



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado Ponente

SEP 044-2022

Radicación 49793

Aprobado mediante acta No. 40

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de abril de dos mil veintidós
(2022)

ASUNTO

Culminada la audiencia de juzgamiento procede la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia a dictar el fallo que en derecho corresponda, dentro de la causa seguida contra el exgobernador encargado del departamento del Chocó, **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, quien fue acusado por la Fiscalía General de la Nación, como autor de los delitos de falsedad ideológica en documento público (art. 286 C.P.), en concurso heterogéneo con prevaricato por acción (art.

413 C.P.), y peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía (art. 397 inc. 2 C.P.).

IDENTIDAD DEL ACUSADO

ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO, identificado con la cédula de ciudadanía número 11.636.201, expedida en Istmina (Chocó), nació el 22 de abril de 1973 en el mismo municipio, hijo de Abrahan Mosquera y Zulma Lozano, de 48 años de edad, casado con Luz Carmaña Murillo Cuesta, con grado de instrucción universitario de economista, especializaciones en derecho público y gestión de entidades territoriales, maestría en dirección y creación de empresas, residente en la carrera 1 N°20-31, barrio Niño Jesús, sector Los Balcones, casa 27 de Quibdó (Chocó).

LOS HECHOS

En su condición de Gobernador Encargado del Departamento del Chocó, **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** expidió la certificación del 28 de julio de 2006, por la cual reconoce sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1995 por el no pago oportuno de cesantías definitivas a 42 docentes del departamento. La certificación fue utilizada como título ejecutivo en el proceso laboral 2700131050012007 adelantado por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó.

Se expidió la certificación sin cumplir los presupuestos fijados en la Ley 244 de 1995 y conllevó al reconocimiento de

acreencias en detrimento de las finanzas del departamento a pesar de la inexistencia del derecho a sanción en varios casos y producida la prescripción en otros, así como a través de poderes otorgados por los beneficiarios con fecha posterior a la expedición del certificado y con reconocimiento del derecho a María de los Ángeles Florez a quien ya le había sido reconocido el mismo.

ANTECEDENTES

1. Actuación procesal

1.1. Con ocasión de la denuncia del 19 de noviembre de 2008 formulada por el señor PATROCINIO SANCHEZ MONTES DE OCA, en su condición de Gobernador del Chocó, la Fiscalía 7 Seccional de Quibdó, con Resolución del 5 de diciembre de 2008 dispuso la apertura de instrucción formal en contra de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** por los delitos de peculado por apropiación y prevaricato por acción. Luego, con providencia del 18 de mayo de 2011 remitió la actuación a la Unidad de Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia¹.

1.2. El Despacho de la Fiscal General de la Nación, a través de Resolución del 2 de agosto de 2011, declaró la nulidad de lo actuado desde la apertura de instrucción y en su lugar profirió resolución de apertura de investigación previa².

¹ C. 1 fiscalía original, folios 7-8, 34

² Ibidem, folios 39-45

1.3. Por Resolución del 27 de mayo de 2014, la Unidad de Fiscalías Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, ordenó la apertura de instrucción y vincular mediante indagatoria a **MOSQUERA LOZANO**³. La indagatoria fue recibida el 10 de agosto de 2015, donde se le comunicaron cargos por los delitos de falsedad ideológica en documento público, prevaricato por acción y peculado por apropiación, señalamientos sobre los que se declaró inocente⁴.

1.4. Con resolución del 29 de febrero de 2016 la Fiscalía Octava Delegada ante la Corte Suprema de Justicia resolvió la situación jurídica de **MOSQUERA LOZANO** absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento⁵.

1.5. Mediante Resolución del 9 de noviembre de 2016, se declaró cerrada la investigación⁶.

1.6. Por Resolución del 28 de diciembre de 2018, la Fiscalía Octava Delegada ante la Corte Suprema de Justicia calificó la instrucción con resolución de acusación contra **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** por los delitos de falsedad ideológica en documento público, prevaricato por acción y peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía. La resolución alcanzó ejecutoria el 12 de enero de 2017⁷.

³ C. 1 fiscalía original, folios 214-221

⁴ C. 2 fiscalía original, folios 245-273

⁵ C. 3 fiscalía original, folios 1-59

⁶ C. 4 fiscalía original, folio 1

⁷ Ibidem, folios 90-146, 173

1.7. El 22 de febrero de 2017 comenzó a correr el traslado de que trata el art. 400 de la Ley 600 de 2000 a nombre de los sujetos procesales⁸.

1.8. El 7 de noviembre de 2017 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, decidió las solicitudes probatorias formuladas por la Fiscalía y la defensa en audiencia preparatoria⁹.

1.9. El 23 de julio de 2018 se produjo la remisión de la actuación a esta Sala Especial¹⁰.

1.10. El 9 de noviembre de 2021 se llevó a cabo la audiencia pública de juzgamiento donde fue interrogado el sindicado **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, se produjeron las alegaciones conclusivas de la Fiscalía reclamando sentencia condenatoria¹¹. Luego, el 9 de diciembre del mismo año se escucharon las alegaciones finales del representante del Ministerio Público quien demandó sentencia condenatoria con excepción del delito de falsedad ideológica en documento público, mientras que el defensor del procesado solicitó la expedición de sentencia absolutoria¹².

2. La acusación

Mediante Resolución del 28 de diciembre de 2016 la Fiscalía Octava ante la Corte Suprema de Justicia calificó la instrucción acusando a **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** como autor

⁸ C. 1 conocimiento original, folio 8

⁹ Ibidem, folios 32-40

¹⁰ Ibidem, folio 288

¹¹ C. 3 conocimiento original, folios 197-201

¹² Ibidem, folios 124-127

responsable de los delitos de falsedad ideológica en documento público (art. 286 C.P.) en concurso heterogéneo con prevaricato por acción (art. 413 C.P.) y peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía (art. 397 inc. 2º C.P.), señalando que cuando fungía como Gobernador encargado del Chocó, suscribió el certificado del 28 de julio de 2006 por el que se reconoce la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías, según la Ley 244 de 1995, a 42 docentes del departamento, documento que fue utilizado como título ejecutivo para promover proceso laboral en contra del departamento.

La certificación del 28 de julio de 2006 fue dictada sin atender los presupuestos fijados en la Ley 244 de 1995, pues conforme a la norma, debe expedirse una resolución que atienda la solicitud de liquidación correspondiente, acto administrativo inexistente en este asunto, sin embargo, la certificación permitió el reconocimiento y pago de acreencias labores aún con inexistencia del derecho para algunos de los casos y con poderes otorgados luego de su expedición e incluso con pago a personas a quienes ya se les habría reconocido con antelación. En efecto, se encontró que sólo 23 de las 42 personas que señala la certificación fueron desvinculadas el 30 de julio de 2004, que otros 5 incluso se vincularon luego de dicha fecha y que para el caso de María de los Ángeles Flores ya se le habría ordenado el pago y reconocimiento de sanción moratoria, a más que 12 de las personas señaladas no fungieron como docentes adscritas al departamento del Chocó. Con todo, por cuenta de la certificación en boga, se pagó a los beneficiarios de la misma un total de \$1.046.343.946 de las arcas del departamento.

3. Alegatos de conclusión en la audiencia pública

Agotado el debate probatorio del juicio, las partes elevaron las siguientes solicitudes:

3.1. La Fiscalía

Solicita la emisión de sentencia condenatoria en contra de **MOSQUERA LOZANO** por los delitos por los que fue acusado indicando que existen elementos que acreditan la certeza de su ocurrencia y la responsabilidad del acusado.

Luego de abordar la identidad del procesado y acreditar su condición de servidor público, para referirse al delito de falsedad ideológica en documento público señala que bajo la condición de gobernador encargado del Departamento del Chocó, éste suscribió la certificación del 28 de julio de 2006, como lo admitió desde su versión libre, documento del que existe demostración en tanto constituyó el título ejecutivo dentro del proceso laboral 270013105001-2007-00692 –en adelante 2007-00692- tramitado en el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó, donde se admitió la demanda el 4 de diciembre de 2007 y en la misma fecha se libró mandamiento de pago a favor de las 42 personas allí relacionadas, ello aunado a un embargo por \$1.800.000.000 y donde aprobada la liquidación del crédito, el 14 de enero de 2008 se dio una transacción por \$1.046.343.946 suscrita entre la abogada demandante y el asesor jurídico de la Gobernación del Chocó, a esa suma se adicionan las agencias en derecho por \$83.707.515,86.

Es presupuesto del delito que en el documento se halle consignada una falsedad o se calle total o parcialmente la verdad y en la certificación del 28 de julio de 2006 se incorporó información contraria a la verdad: se hace mención al reconocimiento de una sanción moratoria a personas que se consigna *“laboraron en el cargo de docentes, al servicio de la gobernación del Departamento del Chocó”*, aunque se demostró que no todas las 42 personas fungieron como tal, pues con certificación allegada por el Coordinador del Fondo de Prestaciones para el sector educativo del Chocó se informó sobre 12 personas que no estuvieron vinculadas a la entidad, idéntico informe que ofreció el director de talento humano de la Administración Temporal para el sector educativo departamental del Chocó; asimismo, se estableció que sólo 23 de las 42 personas señaladas en la certificación en realidad se desvincularon en julio de 2004, se encontró además que 5 personas beneficiarias de la certificación fueron nombradas entre julio de 2004 y septiembre de 2007 y en algunos casos vinculados con posterioridad a la fecha de la certificación, aunado ello a que allí se relaciona a María de Los Ángeles Florez como beneficiaria, no obstante que dentro del proceso ejecutivo laboral 2007-00599 se estableció que con Resolución No. 2003 del 4 de diciembre de 2003 ya se le había ordenado el pago de la sanción; también se hallaron alteraciones en cuanto a nombres y documentos de identidad. Adicionalmente, es relevante que no apareció la certificación original o copia de la misma en las dependencias de la administración departamental y que todos los mencionados allí no eran docentes, así como que habiendo algunos laborado al servicio del FER, les fueron cancelados sus salarios y prestaciones.

Señala que de acuerdo al testimonio del asesor jurídico de la época, confrontado con la versión libre del acusado, se advierte que fue **MOSQUERA LOZANO** quien expidió y respaldó con su rúbrica el contenido de la certificación del 28 de julio de 2006 y el único responsable de la veracidad o no de lo allí consignado y, según lo señalado por el asesor jurídico que luego participó en la transacción, se concluye que no corresponde a éste revisar, ni verificar o aprobar las certificaciones.

Con relación al delito de prevaricato por acción, señala que se acreditó que **MOSQUERA LOZANO** en su condición de gobernador del Chocó dictó una certificación manifiestamente contraria a la ley, documento que se encuentra inmerso dentro del concepto de resoluciones planteado en la descripción penal. Se opone el certificado a la Ley 244 de 1995 por reconocer a 42 personas el derecho a sanción moratoria por el no pago oportuno de sus cesantías definitivas, pero reconociendo lo no debido y habiéndose excedido en los límites temporales; no se logró establecer la existencia de antecedentes administrativos que hubieren precedido la expedición de la certificación del 28 de julio de 2006 ni tampoco trámite, solicitud o reclamación que hubiera dado lugar a su emisión, al punto que tampoco fue hallado el original de la mentada certificación. Aquella fue expedida por el Gobernador encargado como un medio para alcanzar un fin defraudatorio para las finanzas del departamento y sin que tampoco estuviere precedida de un estudio o concepto técnico que determinara la viabilidad y legitimidad del reconocimiento de la sanción moratoria.

Advierte la Fiscalía que si al gobernador encargado le hubiere asistido interés por actuar dentro del marco de la legalidad y no al margen de aquella como se acredita, no es razonable que aquél a nombre de la administración que no ha pagado en forma oportuna cesantías definitivas, proceda a su reconocimiento pero no así a su pago, habilitando que se acuda a la vía judicial para tales reclamaciones con las consecuencias que ello implica, esto es que se sanciona a sí misma para que los beneficiarios de la certificación con evidente y más gravoso detrimento para las arcas públicas acudan al cobro judicial.

Señala que de acuerdo al artículo 93 del Decreto 1222 de 1986 -Código de Régimen Departamental- los gobernadores encargados sólo pueden tramitar actos urgentes, por lo que **MOSQUERA LOZANO** carecía de facultades para efectuar el multicitado reconocimiento, que implicaba una elevada obligación económica a cargo del departamento, no se acreditó que existiera una situación de apremio que lo compeliere a emitir la certificación y por el contrario denota el aprovechamiento de su corto encargo de 3 días para desplegar su ilegal proceder, más cuando suscribió el documento el último día de éste , habiendo podido esperar el retorno del gobernador titular frente a un asunto de tal trascendencia.

Agrega que con la certificación del 28 de julio de 2006 se dispuso del patrimonio público sin determinar el rubro y la partida presupuestal que se comprometía, con lo que también se desconoció el artículo 71 del Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación - Decreto 111 de 1996- que refiere que *“todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones*

presupuestales deberán contar con los certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos (...)”, siendo que sin contar con el certificado de disponibilidad presupuestal ni el registro presupuestal correspondiente se desconocieron principios de la función administrativa. Reconoció en la certificación derecho a sanción moratoria para obligaciones que ya se hallaban prescritas como ocurre frente a las personas desvinculadas en los años 1993, 1996 y 1998 y quienes habrían otorgado poderes para su reclamación entre mayo de 2006 y septiembre de 2007, cuando conforme al artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, las acciones prescriben en un lapso de 3 años desde que se hace exigible la obligación.

Finalmente, frente al delito de peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía, comienza por indicar que conforme a la jurisprudencia, la relación entre el servidor público y los bienes oficiales objeto material de la conducta puede devenir jurídica mas no material, esto es que basta que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional y que el concepto de apropiación debe entenderse en el marco que el servidor público es el garante de los recursos y quien debe velar por su correcta utilización y destinación. **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** como gobernador encargado del Chocó y por ende ordenador del gasto, con la expedición de la certificación del 28 de julio de 2006 constituyó un acto de disposición jurídica sobre recursos públicos del departamento, para que los beneficiarios allí señalados obtuvieran el pago de prestaciones sociales a través del proceso laboral 2007-00692 que totalizaron \$1.179.097.000 y se decretó un embargo y retención de dineros por \$1.800.000.000;

la suma inicialmente transada de \$1.046.343.946 supera los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época en que se produjo la transacción el 14 de enero de 2008.

Señala que frente a las exculpaciones ofrecidas por el acusado en su interrogatorio se tiene que los documentos que aportó son extemporáneos, que las personas que rindieron testimonios permitieron corroborar que algunos no eran docentes y algunos desconocían la existencia de la certificación y que la excusa en torno a que actuó “mecánicamente” no excusa el dolo atendiendo su formación académica y experiencia, las que le imponían una mínima revisión de la naturaleza de la certificación y sus consecuencias económicas; la responsabilidad que cargó en su asesor jurídico fue desmentida por este último quien negó conocimiento sobre la certificación.¹³

3.2.- El Ministerio Público

Postuló la emisión de sentencia condenatoria frente a los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación a favor de terceros agravado, en tanto solicitó fallo absolutorio por el delito de falsedad ideológica en documento público.

Frente a este último delito, explicó que en efecto aquel fue cometido por el acusado, pues a través de la mentada certificación del 28 de julio de 2006 reconoció una acreencia inexistente a favor de varias personas las cuales no se habrían desvinculado en la fecha señalada en ese documento mientras otras no fungieron como docentes o no tuvieron relación laboral con el departamento.

¹³ C. 4 conocimiento original, folios 86-121

Sin embargo, entiende que este delito se presentaría en un concurso aparente con el de prevaricato por acción que también le fue endilgado al acusado y sobre el que sostiene existen también suficientes elementos probatorios que lo acreditan, pues los elementos descriptivos de la conducta de falsedad se hallan contenidos también en el delito de prevaricato por acción que en su criterio posee una mayor riqueza descriptiva y cuyo juicio de desvalor consume al primero.

Con relación al delito de prevaricato por acción, luego de reiterar que el acusado cumple la calidad de servidor público y que también contaba con competencia funcional para dictar la resolución o dictamen sobre el que recae este proceso y que si bien, estrictamente el documento varias veces indicado no constituye puntualmente una resolución si comportó sus efectos, pues irrumpió en el mundo jurídico y con consecuencias jurídicas, como lo fue que los beneficiarios de la misma la usaron como título ejecutivo y obtuvieron pagos de dinero con base en la misma a través de un proceso laboral. Ninguna de sus exculpaciones tales como la presunta malquerencia del denunciante y de su actuar de buena fe son idóneas para explicar el comportamiento contrario a la ley; las pruebas allegadas dejan ver que no fue posible hallar soporte o antecedente de la expedición de la certificación del 28 de julio de 2006 ni de los pagos a los docentes allí señalados y tampoco consta petición o reclamación alguna por parte de los supuestos docentes.

Sobre el delito de peculado por apropiación refiere que no existe asomo de duda sobre su ocurrencia y probable responsabilidad del acusado, por el ilegal reconocimiento y pago

de acreencias labores a favor de presuntos docentes y también por una supuesta sanción moratoria sobre cesantías, acto de disposición que se basó en acto administrativo sin soporte legal y que fue utilizado como título ejecutivo para entablar la reclamación que culminó con un pago por \$1.046.343.946 más las agencias en derecho por transacción a la que llegaron las partes en el Juzgado 1 Laboral del Circuito de Quibdó, concretándose el valor anotado en el monto del peculado por apropiación a favor de terceros.

3.3.- El acusado

Señala que la Fiscalía descontextualiza sus palabras pues no quiso atribuir su presunta responsabilidad a otra persona sino expresar que la firma de la resolución estuvo amparada en la buena fe y que aquella provenía revisada de la oficina jurídica, pues contrario a lo indicado por el asesor, se anexó prueba que el documento fue radicado y revisado en esa oficina antes de firmarlo, como se demostró con el oficio del 26 de julio de 2016 y existen los soportes de las personas a las que se les reconocen prestaciones sociales; la fiscalía archivó las investigaciones contra las abogadas Diana Figueroa y Ana del Carmen, así como el adelantado contra el asesor jurídico Vargas Caicedo, este último quien en su declaración aduce que actuó de buena fe y que todo estaba en orden y por ello se le archivó, encontrando que en realidad se trata de una persecución en su contra. Agrega que si no fue hallado ningún soporte de su certificación, la administración de Sánchez Montes de Oca y en cabeza del mismo destruyeron todos los soportes importantes para su defensa, no sólo para este proceso sino las demás que se siguen en su contra.

Da cuenta de varias declaraciones de personas beneficiarias de la certificación que indicaron ser docentes o miembros del sector educativo y que señalaron no conocerle ni tener relación alguna con éste, al tiempo que reconocen haber dado poder a la oficina jurídica de Patrocinio Sánchez donde laboraba Diana Figueroa y que no hicieron presentación personal en el juzgado y en algunos casos no es su firma, esto es que los poderes fueron cambiados, sin que exista investigación de la Fiscalía por estos hechos.

Reclama la nulidad de todo lo actuado a partir del momento de su vinculación a este proceso, por acreditarse la causal señalada en el artículo 306 numeral 2 de la Ley 600 de 2000 como es *“la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso”* pues citando el artículo 533 de la Ley 906 de 2004, los delitos que ocurran con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha norma se regirán por tal procedimiento y que los delitos que se cometieron con anterioridad a su vigencia pero que sólo se dieron a conocer luego de entrada en vigencia tal norma, con base en la *“tesis de la razón objetiva”* han de someterse también al régimen de la Ley 906 de 2004.

Indica que a efectos de la nulidad invocada se acredita el principio de instrumentalidad pues el debido proceso y la defensa técnica no estuvo garantizado durante la mayoría del desarrollo de la investigación, es trascendente en tanto la irregularidad es palpable pues no se tuvo la oportunidad de acudir a un juez de control de garantías ni de tener su propio cuerpo investigativo y tampoco se le definió su situación jurídica en el momento de la

recepción de su versión libre; la defensa no ha coadyuvado con su conducta alguna ejecución irregular y no tuvo la oportunidad de realizar una defensa técnica que habría sido muy distinta bajo la égida de la Ley 906 de 2004, no existe otro medio procesal que permita subsanar la circunstancia anómala reseñada.

Retoma su defensa señalando que actuó bajo el marco de la buena fe y en su condición de economista y obligado por el cargo de Secretario de Hacienda del Chocó debía velar porque los programas del gobierno regional se pusieran en ejecución; las actividades desarrolladas por los reclamantes en las demandas efectivamente se adelantaron, sin que la fiscalía desvirtuara tal hecho jurídico y en su lugar, archivó los procesos de los beneficiarios y de sus apoderadas así como del asesor jurídico, por lo que la realidad jurídica consiste en que se halla en una causal de ausencia de responsabilidad como lo es obrar con error invencible de la licitud de su conducta (artículo 32 numeral 11 de la Ley 599 de 2000) pues le fue exigido cumplir con el manual de funciones y acatar disposiciones legales, por lo que nos encontraríamos en el escenario del cumplimiento de un deber legal como lo indica el numeral 3° del artículo 32 ibídem, por lo que la conducta no sería punible, además advierte que el peculado cometido sería culposo y al haberse llamado a juicio por uno doloso se impone la absolución.

Da cuenta de sus condiciones personales y familiares e insiste en que su actuar estuvo amparado por la oficina jurídica y el convencimiento de actuar de manera legal y moral, cuenta que desde el año 2010 es paciente que sufre de patologías que pueden ser consideradas como un estado grave por enfermedad ello en

consonancia con el principio de la dignidad humana, padece de hipertensión arterial crónica, con antecedentes familiares de muerte súbita, con síndrome metabólico, dislipidemia mixta, urolitiasis y apnea del sueño, padecimientos que pueden llevar a un ataque cardíaco; el decreto 546 de 2000 (sic) siguiendo las recomendaciones de la OMS consagró las enfermedades crónicas como vulnerables frente a la reclusión intramural, más por el estado de cosas inconstitucional que caracteriza el hacinamiento carcelario. Finaliza su intervención reclamando la declaratoria de inocencia a su nombre.¹⁴

3.4. La defensa:

Reclama absolución porque de acuerdo a la prueba recaudada no se logró llevar al convencimiento sobre la certeza de la tipicidad y de la autoría y responsabilidad de su prohijado, en tanto recuerda las reglas legales frente a la apreciación probatoria bajo la égida de la Ley 600 de 2000. Pone de presente apartes de la declaración de Diana del Carmen Figueroa Lemos y la versión libre de su prohijado para señalar que de aquellas ni de otras pruebas arrimadas al proceso se puede concluir la comisión del ilícito de falsedad ideológica en documento público y explica que para la época de la certificación –cuya expedición fue reconocida por su defendido- la administración departamental ubicaba nominalmente a todos los trabajadores del FER y FED como “docentes” independientemente del oficio que desempeñaren, tal como lo corroboran varias declaraciones allegadas al expediente.

¹⁴ C. 4 conocimiento original, folios 159-173

Estima que no es posible colegir que con la expedición de la certificación del 28 de julio de 2006 de manera directa se hubiere librado orden de pago, pues transcurrió un año y cuatro meses desde aquella y la presentación de la demanda laboral y que el juez laboral en su injurada advirtió que la inspección judicial realizada a los archivos de la Gobernación del Chocó para el 31 de julio de 2007, sirvió de soporte para los procesos ejecutivos; refiere que Ana de Jesús Córdoba Perea, apoderada sustituta de la parte demandante en el proceso laboral 2007-00692 indicó que se practicó inspección judicial previa a demandar, para verificar si a las personas que confirieron poder se les adeudaba cesantías definitivas y se certificó que así era. Señala que las abogadas demandantes en el asunto laboral eran parte de la oficina de abogados de Patrocinio Sánchez Montes de Oca, exgobernador que precedió a la gobernación donde estuvo ROGER PASTOR MOSQUERA y que cuando fungió como gobernador en el año 2009 señaló que todo lo ocurrido en la gestión anterior se salió del protocolo pero ellos mismos enviaron a unas bodegas y en costales, archivos de la gobernación de Julio Ibarguen.

Señala que el acto de firmar una certificación con algunas inconsistencias en cédulas y fechas de retiro exactas sólo obedece a la división funcional de las atribuciones de cada uno de los servidores que fungieron en la elaboración de la certificación, pues su prohijado sólo verificó algunos soportes y firmó un documento que ya venía hecho con el visto bueno del equipo jurídico de la gobernación. Podría argumentarse que el gobernador encargado no fue diligente en la supervisión, pero ello sólo constituiría un accionar culposos que no está previsto como típico.

Tampoco se materializa el delito de prevaricato ya que para la época de los acontecimientos el departamento del Chocó se encontraba sometido a la Ley 550 de 1999 en virtud de la reestructuración de pasivos, y a pesar de ello, algunos jueces ordenaron embargo y secuestro de dineros del departamento, por lo que debió acudir a procedimientos legales para evitar que ello ocurriera y se paralizara la función del departamento, por lo que todo era urgente y necesario. La amenaza de pagos de sanciones, según la Ley 244 de 1995, obligaba al reconocimiento de los valores de cesantías, es así entonces que existió una justificación jurídica para acceder a la firma de la certificación; frente a este reato, el dolo implica el conocimiento del servidor público de la manifiesta ilegalidad de la decisión proferida, sin que sea menester demostrar el móvil que guio la acción de funcionario, lo que no se acreditó en este asunto.

Finalmente, con relación al delito de peculado a favor de terceros, reitera que existe el soporte documental, los testimonios, los soportes de vinculación a la FER y que la certificación solo fue usada a más de un año y medio de su creación como título ejecutivo, por lo que no se advierte que aquella *per se* dispuso de recursos públicos, máxime cuando aquel documento pudo haber sido objeto de contradicción en el proceso laboral; la responsabilidad penal es individual y si se presentaron actos ilícitos por parte de terceros ellos no pueden ser endilgados al exgobernador encargado, no existen elementos de prueba que indiquen la concertación entre éste y sus funcionarios para favorecerlos con recursos oficiales como tampoco que aquel buscaba favorecer a esos terceros de manera intencional, por tanto los derechos les asistían a la mayoría de los 42 reconocidos

e incluso a María de los Ángeles Torres a quien para la fecha de la certificación se le adeudaban sus acreencias.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. De la competencia

El fuero de juzgamiento a que alude el numeral 5° del artículo 235 de la Constitución Política, es una garantía que obliga a un procesamiento especial radicado en determinados operadores jurídicos y de la cual se goza desde el momento en que se asume el cargo, *“es decir basta la sola objetividad de comprobar la vinculación con el cargo para que los operadores judiciales especiales adelanten la investigación y juzgamiento”*¹⁵.

En efecto, la Oficina de Talento Humano de la Gobernación del departamento del Chocó acreditó que **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** ejerció como Gobernador encargado para la fecha de los hechos -28 de julio de 2006- en razón a que mediante Decreto 0387 del 26 de julio de 2006 fue encargado como tal para el periodo del 26 al 28 de julio de ese año¹⁶. Dicho ciudadano fungió como Secretario de Gestión Financiera y Tributaria -luego Secretaría de Hacienda- entre junio de 2005 y diciembre de 2007 y en dicho periodo fue encargado en 15 oportunidades como gobernador, particularmente 7 en el año 2006 dentro de las que se halla la relevante para este asunto¹⁷.

¹⁵ CSJ SCP, 11 de julio de 2012, Rad. 39218.

¹⁶ C. 1 fiscalía original, folio 19

¹⁷ Ibidem, folios 16-16, 20

El párrafo del artículo 235 de la norma constitucional prevé que en aquellos eventos en que Gobernadores hubiesen cesado en el ejercicio de su cargo, la Sala conserva la competencia siempre y cuando el delito que se le impute tenga relación con las funciones desempeñadas¹⁸.

Esta Corporación ha reiterado que el fuero constitucional de los Gobernadores surge de dos posibilidades: i) que el imputado o sindicado de una infracción a la ley penal se desempeñe como tal, lo que exige la actualidad de la investidura o que, ii) después de haber cesado en sus funciones, la conducta que se le imputa tenga relación con las mismas.

En el presente asunto **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** ya no se desempeña como titular del ente territorial, sin embargo, la Sala tiene competencia en razón a que las conductas por las que se le juzga según la acusación, -falsedad ideológica en documento público, prevaricato por acción y peculado por apropiación a favor de terceros-, se realizaron cuando se desempeñó como Gobernador encargado del departamento del Chocó.

2. Cuestiones previas

2.1. De la nulidad invocada por el acusado

En el memorial donde ofrece sus alegatos conclusivos, el mismo **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** invoca el precepto del numeral 2° del artículo 306 de la Ley 600 de 2000

¹⁸ CSJ. AP. 1 sept. 2009, rad. 31652 y 15 nov. 2009, rad. 27032.

para reclamar la nulidad de todo lo actuado desde su vinculación por advertir *“la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso”*.

Señala que la Ley 906 de 2004 en su artículo 533, indicó que sólo los delitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia de tal norma adjetiva serán regidos por aquella, y que la jurisprudencia ha esbozado que delitos que se hubieren cometido con anterioridad a la misma pero que solo fueron conocidos por la justicia con posterioridad a dicha vigencia, deben abordarse bajo esta última norma procesal, ello en virtud de la *“tesis de la razón objetiva”*; al efecto esgrime que en este caso la denuncia data de 2009 y sólo en ese momento se dio inicio a la investigación.

Sobre la nulidad, ha indicado la Sala de Casación Penal¹⁹ que se halla atada a la *“...comprobación cierta de yerros de garantía o estructura insalvables...”* que tornen inviable la actuación, por lo que constituye una carga del censor dar cuenta de la irregularidad sustancial que afecta la actuación –taxatividad– y la manera en que afecta al proceso o las garantías de los intervinientes y el momento procesal en que se produjo.

Agrega la Corte, que el fundamento de la nulidad debe estar contrastado con los axiomas que la rigen, como son la *“convalidación²⁰, protección²¹, instrumentalidad de las formas²²,*

¹⁹ CSJ SP, 18 jun, 2019, rad. 48773

²⁰ Las irregularidades pueden convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado.

²¹ El sujeto procesal que con su conducta no haya dado lugar a la configuración del vicio, es el único que lo puede alegar, salvo que se trate de ausencia de defensa técnica.

²² Como las formas no son un fin en sí mismo, siempre que se cumpla con el propósito que la regla de procedimiento pretendía proteger, no habrá lugar a la declaración de la nulidad.

trascendencia²³ y residualidad²⁴, pues si se avizora que el defecto denunciado no alcanza a transgredir, en grado sumo, el desarrollo de la actuación, ni alterar lo decidido en el fallo censurado, no hay lugar a la admisión del reproche²⁵.

En el presente asunto, se puede colegir acertado el rumbo fijado por el aforado **MOSQUERA LOZANO** para encarar su censura, pues la aplicación de un procedimiento penal ajeno al legalmente atribuible, podría constituir en una afectación al derecho al debido proceso insalvable, al tiempo que explicó que el defecto hallado es trascendente, que no se produjo convalidación alguna por la parte defensiva frente al mismo y que no fueron atendidos los derechos de debido proceso y defensa a consecuencia de éste.

No obstante, para la Sala resulta palmario que las vicisitudes procesales plasmadas por el acusado, así como las circunstancias fácticas que fueron tenidas en cuenta como base en el pronunciamiento jurisprudencial que aporta para soportar sus argumentos²⁶, son diametralmente distintas a la verdad procesal plasmada en este asunto, de ahí que deviene improcedente la declaratoria de nulidad por la razón invocada. Veamos:

Los delitos por los cuales se produjo acusación a nombre de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** corresponden a los de falsedad ideológica en documento público (art. 286, C.P.), prevaricato por acción (art. 413, C.P.) y peculado por apropiación

²³ La magnitud del defecto debe tener incidencia en el sentido de justicia incorporado a la sentencia.

²⁴ La declaratoria de nulidad debe ser el único remedio procesal para superar el vicio detectado.

²⁵ CSJ SP, 18 jun. 2019, rad. 48773

²⁶ CSJ SP, 9 jun. 2008, rad. 29586

a favor de terceros agravado por la cuantía (art. 397 inc. 2º, C.P.), los cuales, de acuerdo a la doctrina y a la misma jurisprudencia, -como se verá más adelante- hacen parte de aquellos denominados "*tipo de conducta instantánea*", esto es que con su materialización se perfecciona y agota el comportamiento ilícito²⁷ y que lógicamente se hallan asociados al hecho jurídicamente relevante de la suscripción del **certificado del 28 de julio de 2006** alusivo al reconocimiento de sanción moratoria por no pago oportuno de cesantías a docentes al servicio de la Gobernación del Chocó. No admite duda para la Sala, que conforme se expone en la resolución acusatoria, el agotamiento de los ilícitos mencionados se daría con la expedición de la certificación, pues con este acto se materializaría el acto reprochable en cada una de las normas penales: se habría dictado un documento público contentivo de afirmaciones falaces -falsedad ideológica en documento público-, con desconocimiento de las normas legales que debían atenderse para su expedición -prevaricato por acción- y con el que se reconoció una obligación económica a cargo del departamento del Chocó -peculado por apropiación-, conducta que si bien demanda además la consumación de la apropiación, entendida ésta ocurrida en el momento en que se privó a la entidad territorial de la disposición sobre sus recursos²⁸, habría ocurrido ello con la emisión del mandamiento ejecutivo de pago, hecho que según se acreditó, acaeció el 4 de diciembre de 2007.

Así, para la fecha de comisión de las conductas punibles endilgadas, conforme se extrae del contenido el inciso 3º del

²⁷ PABON PARRA, Pedro, Manual de derecho penal, Tomo II, parte especial, págs. 555, 901, 965

²⁸ *Está suficientemente decantado por la doctrina y la jurisprudencia que el delito de peculado por apropiación es de carácter instantáneo, por manera que se consuma cuando quiera que el bien público es objeto de un acto externo de disposición o de incorporación al patrimonio del servidor público o de un tercero, que evidencie el ánimo de apropiárselo.* CSJ AP, 18 abr. 2012, rad. 38188

artículo 530 de la Ley 906 de 2004²⁹, no habría entrado en vigencia en el distrito judicial de Quibdó esa norma procesal, por lo que lógicamente los hechos cometidos con antelación a ella seguirían rigiéndose bajo el procedimiento vigente hasta entonces, como lo es en el presente caso la Ley 600 de 2000.

Nótese que la *“tesis de la razón objetiva”* a que acude el acusado, está relacionada y dispuesta a eventos donde se hubiere producido tránsito de normas procedimentales frente a delitos de naturaleza permanente, esto es aquellas conductas que habrían persistido en el tiempo y hubieren sido afectadas por el transcurrir de dos o más normas de procedimiento que por ende les resultaren aplicables y no sólo porque se hubiere iniciado la investigación en vigencia de una norma procesal posterior, como lo quiere hacer ver el aforado. Como se explicó, en el presente caso no advierte la Sala que alguna de las conductas ilícitas objeto de acusación respondan a esta naturaleza, sino que todas se ejecutaron y perfeccionaron con la suscripción del certificado del 28 de julio de 2006, por lo que la anotada tesis no sería aplicable en este caso.

Sin embargo, con el ánimo de brindar mayor claridad al libelista, entiende la Sala necesario abordar brevemente los postulados fijados por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia³⁰ con relación a la multicitada tesis, y que esencialmente consiste en que para los casos donde concurren delitos permanentes durante un tránsito procesal, como sería en efecto el de la Ley 600 de 2000 a la Ley

²⁹ Artículo 530. Selección de distritos judiciales. (...) Los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelajo y Valledupar, y aquellos que llegaren a crearse, entrarán a aplicar el sistema a partir del primero (1º) de enero de 2008.

³⁰ CSJ SCP, 9 de junio de 2008, Rad. 29586.

906 de 2004, con base en criterios “*objetivos y razonables*” se debería acudir a la norma procesal bajo la cual dio inicio a la investigación, para conducirse sobre ella durante todo el procedimiento. Dijo la Corte:

*“(...) se inclina la Sala por acudir a criterios objetivos y razonables, **edificados estos esencialmente en determinar bajo cuál de las legislaciones se iniciaron las actividades de investigación, la que una vez detectada y aplicada, bajo su inmodificable régimen habrá de adelantarse la totalidad de la actuación, sin importar que (al seleccionarse por ejemplo la Ley 600) aún bajo la comisión del delito -dada su permanencia- aparezca en vigencia el nuevo sistema.***

Ya la iniciación de las pesquisas por los senderos de aquella normatividad marcará el rumbo definitivo del procedimiento a seguir (...).

En el mismo pronunciamiento, expuso la Corte que no puede indicarse, -como lo señala justamente el libelista en este asunto- que se debe acudir a uno u otro sistema de enjuiciamiento porque éste responde de mejor manera al goce efectivo de sus derechos constitucionales, pues tanto la Ley 600 de 2000 como la Ley 906 de 2004 reconocen y toman exigibles los mismos. Veamos:

(...) no puede predicarse desigualdad de condiciones procesales sobre la base de que la Ley 600 ofrece más ventajas que la 906 o viceversa, dado que tanto en uno como en otro procedimiento por igual han de respetarse -y con similar intensidad- las garantías fundamentales.

En efecto, el investigado y juzgado por el anterior sistema bien puede exigir de los operadores judiciales que se le respeten la legalidad del delito, de la pena, del juez y del procedimiento; la presunción de inocencia; el derecho de defensa; la contradicción de la prueba; la prohibición de reformatio in pejus; con las excepciones legales la doble instancia, el acatamiento al respectivo esquema procesal, etc.,

*aspiraciones que como derechos igualmente son predicables de quien sea investigado y juzgado bajo los parámetros del nuevo sistema*³¹.

Así mismo, la Corte ha subrayado que incluso si se hubiere optado por aplicar la normativa procesal vigente para el inicio de la comisión de la conducta ilícita a pesar que ya estuviere en marcha una posterior, ello tampoco consiste en una falencia que conlleve la nulidad de lo actuado por afectación de garantías fundamentales, pues la solución planteada en forma alguna corresponde a un mandato de carácter legal. Así lo expresó:

“Más allá de las anteriores consideraciones, debe precisarse que la Corte también ha puntualizado que aún de incurrirse en error al aplicar el criterio de la razón objetiva porque, por ejemplo, ya había entrado en vigor el sistema procesal de la Ley 906 de 2004 cuando se surtieron las indagaciones iniciales, ello no comporta necesariamente afectación del debido proceso porque con su establecimiento no se fijaron pautas de legalidad, siempre y cuando se verifique (i) que el procedimiento elegido haya tenido vocación de aplicabilidad para el caso específico y (ii) que en la actuación procesal surtida se hayan respetado las garantías fundamentales.

Así lo acotó la Sala:

Con el fin de fijar criterios de interpretación que permitieran garantizar soluciones uniformes en la labor de determinar cuál de los dos estatutos debía aplicarse en estos casos, la Corte estructuró la tesis de la razón objetiva, que postula que cuando una situación de esta naturaleza se presenta, debe resolverse acudiendo a criterios objetivos y razonables, consistentes esencialmente en determinar bajo cuál de los dos estatutos se iniciaron las actividades de investigación, debiendo ser el vigente en ese momento el que fije el rumbo del procedimiento a seguir.

³¹ CSJ SCP, 8 de junio de 2008, Rad. 29588, que ha sido reiterada en AP, 12 may. 2010, rad. 32773; AP 6 mar. 2013, rad.36430 y SP, 3 abril 2019, rad. 51285, entre otros.

Pero esto no significa, como pareciera entenderlo el libelista, que si se opta por un criterio distinto, igualmente razonable, verbigracia el de la selección del estatuto vigente cuando se dio inicio a la ejecución del delito, como ocurrió en el presente caso, la actuación cumplida sea nula, porque ambos, al fin y al cabo, tenían vocación de aplicabilidad, en virtud del principio de legalidad procesal, y porque con esta tesis la Corte no pretendió fijar reglas sobre la legalidad del proceso, sino directrices que sirvieran de referente para la solución uniforme de los conflictos que se estaban presentando, como ya se indicó.

Lo importante es que el procedimiento que se seleccione tenga también vocación de aplicabilidad, y que en su desarrollo se respete el debido proceso en sus distintas manifestaciones, al igual que las garantías de orden constitucional y legal de los sujetos procesales, aspectos que no son cuestionados ni puestos en duda por el casacionista.³² (Subraya la Sala)

En conclusión, encontrándose que los delitos por los que cursa la acusación en contra de **MOSQUERA LOZANO** habrían ocurrido para el 28 de julio de 2006 en el Distrito Judicial de Quibdó, donde por entonces regía la Ley 600 de 2000 y ninguno de estos ilícitos alcanzó la condición de permanente, ésta era la norma procesal aplicable a este asunto, sin que fuere necesario ni viable acudir al mecanismo fijado por la jurisprudencia de la “tesis de la razón objetiva” y dado que como se aprecia de los cuadernos de la actuación desde un principio ésta resultó la norma aplicada y a la que hasta entonces se acude, no se actualiza la causal de nulidad invocada bajo las premisas expuestas por el procesado, razón suficiente para denegarla.

³² CSJ AP dic. 12 2013, rad. 41187

2.2. De la norma sustantiva penal a aplicar

Tal como se expuso en el acápite anterior, este asunto se rige por el procedimiento indicado en la Ley 600 de 2000, toda vez que dicha normativa procesal era la vigente en el distrito judicial de Quibdó³³ para la época de los acontecimientos y fue justamente bajo las premisas normativas allí indicadas que se agotó el juzgamiento de **MOSQUERA LOZANO** hasta su culminación.

Por esta misma razón, bajo el entendido que el incremento punitivo de la Ley 890 de 2004 está ligado a la implementación del sistema penal acusatorio en cada distrito judicial³⁴ y que como se explicó, dicho procedimiento no era aplicable en el lugar y para el momento de la conducta punible, no se consultará el contenido de la norma sustantiva citada y por ende se atenderá el texto que contiene las normas penales en su texto y guarismos originales³⁵.

3.- Del fallo a proferir:

A partir del análisis de los elementos probatorios aportados, corresponde concluir si se satisfacen las exigencias del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal aplicable, Ley 600 del 2000, esto es, si surge la certeza sobre la conducta punible y la responsabilidad del acusado, consecuencia de lo cual será emitir sentencia de condena en su contra.

³³ Según el art. 530 de la Ley 906 de 2004, ésta comenzó a regir en el distrito judicial de Quibdó a partir del 1º de enero de 2008

³⁴ CSJ SP. 14 jul. 2021. Rad. 57127

³⁵ Sobre esta temática se ha pronunciado la Corte, recientemente en la CSJ SP 23 ene. 2019 rad. 53776, 27 ene. 2021 rad. 53729, 14 jul. 2021 rad. 2021

Por el contrario, si el análisis integral de las pruebas recaudadas acredita que no se estructuraron los delitos objeto de acusación y/o que el acusado no es responsable de los mismos, el fallo correspondiente será de absolución.

La última determinación igual será adoptada en el supuesto de que esa valoración arroje un estado de incertidumbre insalvable, esto es, que no pueda ser despejado, en tanto el acusado llega al juicio amparado por su derecho fundamental de la presunción de inocencia reglado en el artículo 29 de la Constitución Política y desarrollado por el artículo 7° del estatuto procesal, norma esta rectora, de obligatorio cumplimiento, que prevalece sobre cualquiera otra, debe ser utilizada como fundamento de interpretación (artículo 24) y que lleva inmerso otro derecho superior, cual es el del *in dubio pro reo*, en virtud del cual toda duda debe ser resuelta en favor del sujeto pasivo de la acción penal.

Siendo así, la Sala procederá a establecer si con fundamento en los medios probatorios allegados se acredita, en grado de certeza, las categorías de las conductas punibles y la consecuente responsabilidad de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, quien fue acusado como presunto autor responsable del concurso heterogéneo de los delitos de falsedad ideológica en documento público, prevaricato por acción y peculado por apropiación a favor de terceros agravado, conductas que encuentran regulación en los artículos 286, 413 y 397 inciso 2° de la Ley 599 de 2000.

Para el efecto, es preciso señalar en primer término, que

se hará mención de las conductas por las cuales se acusó al aforado, en específico, y a la manera en que se tipifican; en segunda medida, se analizarán y valorarán los medios de prueba en concreto recolectados en el proceso seguido en contra de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** en los delitos atribuidos en la acusación. Siguiendo el orden impuesto por la misma, se expondrán los argumentos que permiten conceder o no credibilidad a los medios de convicción y, en su análisis se responderá a los alegatos de los sujetos procesales.

4. De los delitos objeto de acusación:

Se acusó a **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** "como presunto autor responsable del delito de falsedad ideológica en documento público (Art. 286 C.P.), en concurso heterogéneo con prevaricato por acción (Art. 413 C.P.) y peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía (Art. 397 inc. 2 *ibídem*)"³⁶

5. Prevaricato por acción

El artículo 413 del Capítulo Séptimo ("*Del prevaricato*") del Título XV ("*Delitos contra la administración pública*") del Libro Segundo del Código Penal (Ley 599 de 2000), se refiere al delito bajo el siguiente tenor literal:

'Artículo 413. Prevaricato por acción. *El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años,*

³⁶ Cuaderno 4 fiscalía, resolución de acusación, folios 90-146.

multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años”.

De acuerdo a la literalidad de la norma los elementos constitutivos de la conducta punible corresponderían con: a) sujeto activo calificado –servidor público–, b) proferir resolución, dictamen o concepto y c) que alguno de estos pronunciamientos sea manifiestamente contrario a la ley.

Ahora, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia³⁷, con relación a los anotados elementos ha expresado:

“i) El sujeto activo del delito de prevaricato por acción es calificado, para cuya comisión se requiere la calidad servidor público en el autor, aspecto que no ofrece ningún tipo de controversia en el sub iudice.

ii) Que aquel servidor público en ejercicio de sus funciones emita la resolución, dictamen o concepto; entiéndase por resolución aquella que no es solamente la providencia emitida por autoridad judicial sino también por funcionario administrativo, en ejercicio uno u otro de sus respectivas atribuciones; y no necesariamente ha de presentar los caracteres formales de auto interlocutorio o de sentencia, lo que importa es que en ella el empleado oficial decida algo en ejercicio de su función.

iii) Que la decisión adoptada bien sea resolución, dictamen o concepto sea “manifiestamente contraria a la ley” es decir que aquella tenga una notoria discrepancia entre lo decidido por un funcionario público y lo que debió decidir, o como tantas veces se ha dicho, que exista una contradicción evidente e inequívoca entre los resuelto por el funcionario y lo mandado por la norma”.

Con relación a este último ítem, ha subrayado también la Corte Suprema de Justicia que la mera disonancia entre el

³⁷ CSJ SCP, 21 ago. 2013, rad. 39751

pronunciamiento y las normas sustanciales o procesales no resulta suficiente para la imputación jurídica, sino que tal disparidad *“... no admita justificación razonable alguna”³⁸*. Señaló además que la expresión *“manifiestamente contraria a la ley”* constituye un ingrediente normativo del tipo penal que debe ser patente y que violente el texto y sentido de la norma, siendo que no pueden considerarse prevaricadoras las decisiones *“desacertadas”* que se funden en *“en un concienzudo examen del material probatorio y en el análisis jurídico de las normas aplicables al caso”*, de ahí que se muestre opuesta a la norma que ampararía esa decisión *“revelándose objetivamente que es producto del simple capricho, de la mera arbitrariedad, como cuando se advierte por la carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo”³⁹*.

Frente al aspecto subjetivo de la tipicidad, éste implica que la decisión haya sido dictada con conocimiento acerca de los hechos constitutivos de la infracción penal y con voluntad de realización. Evidentemente, la modalidad es dolosa en cuanto encarna *“la contrariedad entre lo resuelto y el ordenamiento jurídico debe ser producto de la voluntad conscientemente dirigida a emitir una decisión ilegal”*, en tanto no tendrían esta connotación *“las decisiones cuya oposición manifiesta a la Ley deriva de la impericia, ignorancia o inexperiencia del funcionario”⁴⁰*.

³⁸ CSJ AP, 29 jul. 2015, rad. 44031

³⁹ CSJ SP, 13 ago. 2003, rad. 19303

⁴⁰ CSJ SP, 16 may. 2018, rad. 52545

También la Corte Suprema de Justicia ha amparado la determinación del aspecto subjetivo de la conducta en condiciones personales del procesado como su trayectoria profesional o *“las explicaciones ofrecidas con base en los hechos que procesalmente resultaron inexistentes, ocultados o tergiversados”*⁴¹. Se adiciona además a estos criterios, que la Corporación ha acuñado el concepto de *“finalidad corrupta”* como aquella donde aún existiendo conocimiento de la antijuridicidad del comportamiento, decide el actor proferir una decisión contraria a derecho, aspecto que no resulta un elemento del tipo subjetivo sino que lo integra. Dijo la Corte:

“La finalidad corrupta se verifica cuando la decisión ilegal es proferida con el propósito consciente de favorecer ilícitamente a un tercero, o como consecuencia de un pago, dádiva o promesa, o en conexión con un ilícito subyacente que determina al funcionario a apartarse del orden jurídico, pero también cuando éste último, de manera arbitraria, caprichosa o injusta resuelve autónomamente adjudicar en contra del derecho aplicable o las pruebas a cuya valoración está compelido, así en esa conducta no concurra el ánimo protervo de beneficiar ilícitamente a otra persona.

(...)

*En esas condiciones, cuando el funcionario judicial en ejercicio de sus funciones resuelve apartarse tozudamente del orden jurídico, desconocerlo por un acto deliberado de poder o quebrantarlo por la única razón de ser esa su voluntad, obra también con una finalidad corrupta, pues por esa vía está alterando, trastocando o depravando la función jurisdiccional misma, que no debe estar orientada por propósitos personales o egoístas, sino por la realización de la justicia material.” (Negrillas fuera de texto)*⁴².

Ahora, en torno al objeto material del delito de prevaricato, la jurisprudencia constitucional ha señalado que

⁴¹ CSJ SP, 3 ago. 2005, rad. 22112

⁴² CSJ SP, 16 may. 2018, rad. 52454

“no es solamente la providencia emitida por autoridad judicial sino también por funcionario administrativo, en ejercicio uno y otro de sus respectivas atribuciones; y no necesariamente ha de presentar los caracteres formales de auto interlocutorio o de sentencia, lo que importa es que en ella el empleado oficial decida algo en ejercicio de su función.”⁴³

Es preciso señalar que el delito de prevaricato por acción es de conducta instantánea, pues al materializarse el acto manifiestamente contrario a la ley se perfecciona y agota el tipo sin consideración de sus efectos⁴⁴, además sin que se exija la ejecutoria de la providencia⁴⁵.

Finalmente, el bien jurídico tutelado corresponde a la administración pública, que se ve afectado con el irrespeto a la legalidad, rectitud y honradez que se reclama a los servidores públicos.

5.1 De la tipicidad

5.1.1. De la tipicidad objetiva

5.1.1.1. El señor **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** –entre otros periodos- fungió como Gobernador encargado del Departamento del Chocó para el periodo comprendido entre el 26 y 28 de julio de 2006⁴⁶, conforme a nombramiento que le fue realizado mediante Decreto 0387 del 26 de julio de 2006⁴⁷

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C-335 de 2008

⁴⁴ PABON PARRA, Pedro. Manual de Derecho Penal, Tomo II Parte Especial, Bogotá, 2011

⁴⁵ Cfr. CSJ SP, 15 nov. 2001, rad. 14040

⁴⁶ C. 1 fiscalía original, folio 245

⁴⁷ C. 1 fiscalía original, folio 19

suscrito por Julio Ibarguen Mosquera en su condición de Gobernador del Chocó; tal decreto no fue cuestionado ni tachado de falso dentro de esta actuación, resultando irrefutable que para el momento de los hechos, el acusado cumplía la condición de sujeto activo calificado señalada por la norma arriba transcrita, pues tenía la calidad de servidor público en ejercicio de sus funciones, en desarrollo de las cuales suscribió el **certificado del 28 de julio de 2006**.

La condición de Gobernador Encargado del Departamento del Chocó dotó a **MOSQUERA LOZANO** de la representación legal del mismo como lo dispone el artículo 303 de la Constitución Política al indicar que el Gobernador *"...será jefe de la administración seccional y representante legal del departamento"* en tanto que el artículo 305 de la misma obra le confiere, -entre otras atribuciones- la de *"1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los decretos del Gobierno y las ordenanzas de las Asambleas Departamentales. 2. Dirigir y coordinar la acción administrativa del departamento y actuar en su nombre como gestor y promotor del desarrollo integral de su territorio, de conformidad con la Constitución y las leyes"*, de donde se extrae que posee facultades administrativas en lo que concierne a la entidad territorial, siempre al amparo de la Constitución y las leyes aplicables.

Debe subrayarse también que conforme lo enseña la Constitución Política en su artículo 286 *"Son entidades territoriales los departamentos (...)"* aspecto que resulta relevante para indicar que conforme al artículo 110 del Decreto

111 de 1996⁴⁸ –aplicable por la fecha de los hechos- las entidades territoriales “... tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la misma sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. (...) En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, las Entidades Territoriales...” de ahí que **MOSQUERA LOZANO** en su condición de Gobernador encargado del Departamento del Chocó, contaba con la condición de ordenador del gasto y estaba facultado para comprometer los recursos del departamento, acreditándose así el primer aspecto de la tipicidad objetiva arriba señalado.

5.1.1.2. En segundo lugar, y con relación al siguiente aspecto que reclama la tipicidad objetiva, se advierte que **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** en el marco de la condición de Gobernador Encargado del Departamento del Chocó, para el día 28 de julio de 2006 dictó el Certificado que se transcribe a continuación:

República de Colombia
Departamento del Chocó
Despacho del Gobernador

El suscrito GOBERNADOR (e) DEL DEPARTAMENTO DEL CHOCO, en uso de sus facultades Constitucionales y legales.

CERTIFICA:

⁴⁸ Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto

PRIMERA INSTANCIA 49793
ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO

Que las personas que a continuación se relacionan laboraron en el cargo de Docentes, al servicio de la Gobernación del Departamento del Chocó y se les adeuda la Sanción Moratoria contemplada en las leyes 244 de 1995, por el no pago oportuno de sus Cesantías definitivas, según el siguiente detalle:

NOMBRE	CÉDULA	DESVINCULACIÓN	SALARIO
CHAVERRA V. JOSÉ DE LA CRUZ	4.795.980	30-07-2004	17.765
PALACIOS CÓRDOBA RAMIRO	4.809.348	30-07-2004	17.765
MECHA FORASTERO PATRICIO	11.803.279	30-07-2004	17.765
PALACIOS AGUALIMPIA SARAY	26.258.428	30-07-2004	17.765
MOSQUERA AGUALIMPIA AURELINA	27.328.196	30-07-2004	17.765
CONUMPIA UIPADO JUSTINA	26.366.810	30-07-2004	17.765
RIOS ROBLEDO CLEOTILDE	4.846.437	30-07-2004	17.765
MECHA CAIMAZO MISAL	4.846.437	30-07-2004	17.765
CÓRDOBA JOSÉ JULIÁN	4.820.213	30-07-2004	17.765
TOVAR MOYA IGNACIA	35.600.944	30-07-2004	17.765
TAPIAS BEJARANO MILTON HAROLD	11.795.809	30-07-2004	25.564
OREJUELA QUINTO MARIA LUISA	39.308.000	30-07-2004	17.765
MURILLO BLANDÓN CRUZ CELIS	43.011.696	30-07-2004	25.564
MENA CUESTA JUSTA	54.250.822	30-07-2004	25.564
GAMBOA BEJARANO ABA FLORENCIA	54.251.684	30-07-2004	25.564
PINO MOSQUERA ELVIRA	54.353.369	30-07-2004	25.564
CÓRDOBA CAICEDO ROSA JANNHEY	54.258.694	30-07-2004	17.765
CAZAMO GUZMÁN ISARAMA	82.110.061	30-07-2004	17.765
PEREA SANTOS ELODIA SALLY	26.258.807	30-07-2004	25.564
DOMINGUEZ ARROLLO ZOLIA INERVA	54.253.932	30-07-2004	28.080
PALACIOS MENDOZA GABRIEL	4.825.406	30-07-2004	17.765
CABRERA IZARAMA PLINIO	11.707.443	30-07-2004	17.765
CASTRO PALACIOS MAGNOLIA	54.259.740	30-07-2004	17.765
DÍAZ PALACIOS LUCY RAQUEL	54.255.613	30-07-2004	25.564
CHAMORRO FORASTERO LUCIO	4.859.840	30-07-2004	17.765
PALACIOS PALACIOS MARCELINA	54.252.124	30-07-2004	17.765
GARCÍA CASTRO TIRSA MARÍA	26.274.54	30-07-2004	17.765
MORENO CÓRDOBA ANA TERESA	43.340.329	30-07-2004	17.765
ARIAS ANTONIO CIRO	11.788.123	30-07-2004	17.765
KETTY YAMILETH HINESTROZA C.	35.601.372	30-07-2004	34.067
LUZ ELSA MOSQUERA M.	26.393.780	30-07-2004	18.333
ALFREDO GARCÍA QUEJADA	4.790.910	28-02-1998	4.261
ALBERTO MARMOLEJO	82.110.018	31-12-1997	5.770
FREDDY E. CUESTA	11.796.205	31-12-1997	11.310
CRUZ MARINA LOZANO IBARGÜEN	26.330.896	31-12-1998	18.716

RÍOS M. MARTHA CECILIA	54.251.407	31-08-2004	21.066
YENFA OSIRIS CASTRO CÓRDOBA	26.296.530	30-07-2004	18.400
MARÍA DE LOS ÁNGELES FLORES M	54.250.466	07-07-1996	6.944
GENTH HERNÁNDEZ PINO	54.257.187	31-12-1997	10.266
DIANA DEL CARMEN FIGUERIA L.	54.253.466	31-12-1993	4.900
NIVE DEL CARMEN MOSQUERA PINO	54.251.156	31-12-1997	13.600
ESMIRNA MENA CUESTA	54.254.828	31-12-1997	16.706

La presente certificación se firma en Quibdó a los **28 JUL. 2006** (fecha por sello húmedo)

ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO
Gobernador (e) del Chocó⁴⁹

Con relación a la existencia del documento, como objeto material del delito que se analiza, en principio se observa que en el respaldo del documento citado, en letra de color azul y con firma que se avizora es original –no se trata de una imagen o copia-, obra el siguiente texto:

“El suscrito Gobernador (e) del Chocó:

HACE CONSTAR:

Que el presente documento es primera y fiel copia del original que reposa en los archivos de esta entidad.

ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO

Gobernador (e) del Chocó⁵⁰

Además, sobre la autenticidad del documento, el mismo **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** en diligencia de versión libre expuso: *“A pesar de que es una copia si corresponde a los trazos de mi firma⁵¹, afirmación que sostuvo en interrogatorio en audiencia pública del 9 de noviembre de 2021⁵².*

⁴⁹ C. 2 fiscalía original, folio 107

⁵⁰ *Ibidem*, folio 107 reverso

⁵¹ C. 1 fiscalía original, folio 206

⁵² Cfr, c. 4 conocimiento original, record minuto 23:20 en adelante

Ahora bien, es evidente que el documento señalado reúne la condición que se demanda como elemento normativo del tipo bajo la expresión “*resolución*”⁵³, pues como lo explicó la jurisprudencia arriba transcrita, aquella puede también ser dictada por una autoridad administrativa en ejercicio de sus atribuciones y que contenga una decisión adoptada con ocasión de tal facultad. No obstante que en este asunto el documento fue calificado por el acusado como certificado, contiene expresiones dirigidas al reconocimiento de sanción moratoria por cesantías a nombre de 42 personas y a cargo del departamento del Chocó, ente territorial que por entonces aquel representaba.

5.1.1.3. Frente al tercer aspecto a abordar, tal como se expuso en la acusación, para la expedición del **certificado del 28 de julio de 2006**, se imponía acoger mandatos contenidos en la Ley 244 de 1995⁵⁴ como son:

“Artículo 1. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

⁵³ “El término resolución se ha de entender en sentido amplio, como el decidir, manifestar voluntad, determinación con relevancia jurídica que hace el agente con motivo o por causa del ejercicio de su cargo o funciones y que expide con el lleno de las formalidades legales; comprende entonces todos los actos administrativos –verbales o escritos- los decretos, las resoluciones administrativas, las providencias, autos y sentencias emitidos por cualquier servidor público” Tomado de PABON PARRA, Pedro. Manual de Derecho Penal, Tomo II Parte Especial, Bogotá, 2011, página 966

⁵⁴ “Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Artículo 2. *La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.*

PARÁGRAFO. *En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste*.*

Así, conforme a la normativa en cita, para la expedición de la resolución de liquidación de Cesantías Definitivas debía la entidad nominadora o "patronal", en este caso la Gobernación del Chocó, haber recibido previamente una solicitud por parte de los servidores públicos beneficiarios de la misma y -haciendo hincapié en dicho presupuesto- si hallaba incompletos los requisitos, debía así expresarlo al solicitante en un lapso de 10 días, contando en todo caso con un periodo de 15 días desde la presentación de la solicitud para dictar la providencia respectiva.

Nótese además que el artículo 2° dispone que la firmeza del acto administrativo, marca el inicio de un lapso de 45 días para que la entidad pública desembolse la prestación social, so pena de sanciones económicas por su mora.

En el presente asunto, por parte de la Fiscalía se realizaron seis (6) diligencias de inspección judicial a dependencias de la Gobernación del Chocó⁵⁵ tales como Secretaría General, Oficina Jurídica, Secretaría de Presupuesto, Oficina de Pagaduría, Archivo y Secretaría de Educación, encaminadas por una parte a la obtención del certificado original del 28 de julio de 2006 y por otra a determinar si la misma estuvo precedida de solicitudes de beneficiarios de tales reconocimientos, todas estas en las cuales se obtuvo respuesta negativa frente a tales soportes documentales.

Adicionalmente, con relación a la existencia de reclamaciones, el 10 de abril de 2015 se escuchó en declaración a Yuber Ordoñez Arboleda quien fungió como Jefe de la Oficina Jurídica para la fecha de los hechos, el cual indicó no tener conocimiento alguno en torno al **certificado del 28 de julio de 2006** o a un concepto previo de su oficina para la expedición, en tanto que frente a la ubicación del soporte documental de aquella señaló *“...si lo realizó el gobernador encargado, en ese despacho deben de estar”*⁵⁶. Luego, el 16 de septiembre de 2021 se recibió el testimonio de Jackson Vargas Caicedo, quien fungió como Asesor Jurídico de la Gobernación del Chocó para el periodo de junio a diciembre de 2007, el cual aseguró no haber participado en audiencia de inspección previa al reconocimiento de acreencias laborales pero tampoco que la misma hubiere existido y que no conoce los criterios que se tuvieron en cuenta previo al reconocimiento⁵⁷.

⁵⁵ Cfr. c. 1 fiscalía original, folios 82-83, 84-85, 100-101, 102-103, 128-129, 137-139

⁵⁶ C. 2 fiscalía original, folio 136

⁵⁷ Cfr. record minuto 32:30 - 35:00, c. 3 conocimiento original, folio 126

De la misma forma, se escucharon testimonios de varias de las personas beneficiarias de sanción moratoria por cesantías indicadas en el **certificado del 28 de julio de 2006** que declararon lo siguiente:

Genitts Hernandez Pino el 4 de agosto de 2016 refirió que habría trabajado en colegios adscritos al Departamento del Chocó desde el año 2004 pero nunca como docente sino en la parte administrativa, que desconoce la certificación del 28 de julio de 2006 y que *“...yo apenas miré fue cuando ya nos entregaron la liquidación que le tocaba a uno, cuando le tocaba a uno. Pero esta certificación, lo único que di fue el poder, o sea que yo pasé una carta al doctor Patrocinio porque yo tenía pendiente el pago de la sanción moratoria...”*⁵⁸.

Martha Isabel Rios Marmolejo, el 4 de agosto de 2016 le informó a la Fiscalía que *“... de saber no sabía pero como a mí me sacaron del magisterio y yo sabía que tenía derecho a unas cesantías porque había sido nombrada provisional, fui a que me las expidieran hice una solicitud por escrito, solicité todos los años que había laborado es decir del año 2003 al 2006 y como no me pararon bolas cuando fui a solicitar conseguí una abogada y le di mi caso a la señora DIANA FIGUEROA...”*⁵⁹. En la misma fecha declaró Ana Teresa Moreno Cuesta, quien expuso que se vinculó como docente a la Gobernación del Chocó en febrero de 2000 y fue desvinculada en 2004 y que se involucró en lo relacionado con la sanción moratoria aunque desconocía el texto de la certificación de 2006, que la citaron junto a otros

⁵⁸ C. 3 fiscalía original, folio 208

⁵⁹ C. 3 fiscalía original, folios 211-214

con el argumento que les iban a pagar una sanción moratoria pero no ocurrió, con todo reconoce que no elevó petición directamente a la Gobernación sino a través de su abogada⁶⁰.

Ketty Yaneth Hinestroza Córdoba, el 4 de agosto de 2016 señaló que se desempeñó como docente para los años 2003-2004 y luego fue desvinculada en junio de 2006, con relación a la certificación del 28 de julio de 2006 y la reclamación expuso *“de pronto uno le da los papeles a un abogado, que si le están debiendo una plata, pero el trámite como tal, a mi si me adeudaban, la única gestión que uno hace es darle poderes a un abogado, yo no he pasado nunca petición, nunca lo he hecho, de la deuda si sabía, pero no conocía esa certificación...”*⁶¹

Fredy Enrique Cuesta Cuesta el 3 de agosto de 2016 señaló que fungió como docente adscrito al Departamento del Chocó alrededor del año 1998 y que elevó la reclamación de sus acreencias a través de apoderada judicial pues *“... si reconozco que nosotros solicitamos que nos reconocieran las cesantías a que teníamos derecho, nos solicitaron poder, no recuerdo a quien, una abogada, porque eso pasó de abogado en abogado. Si ahí me dieron una chichigua lo que no recuerdo es cuánto...”*⁶²

Zoila Inerva Domínguez Arroyo, refiere haber fungido como docente desde el año 1998 con la Diócesis de Quibdó, en 1999 en convenio con el municipio, retornó a la diócesis y desde 2004 hasta 2014 volvió a trabajar en Quibdó; niega conocer previamente la certificación del 28 de julio de 2006 al

⁶⁰ Cfr, *Ibidem*, folios 220-223

⁶¹ *Ibidem*, folio 225

⁶² C. 3 fiscalía original, folio 228

tiempo que afirma que con otras personas dieron poder a unos abogados para la reclamación⁶³. Nive del Carmen Mosquera Pino, por su parte, el 5 de agosto de 2016 le informó a la Fiscalía que no estuvo vinculada como docente al Departamento del Chocó pero si al FER como auxiliar de secretaria, para los años 1997, 2000 a 2002, confiesa no haber visto anteriormente la certificación y que le dio poder a una abogada para la reclamación del pago de cesantías sin que hubiere presentado directamente ninguna reclamación⁶⁴.

Ana Cleotilde Rios Robledo el 16 de septiembre de 2021 declaró que no elevó reclamación alguna relacionada con el pago de cesantías y que sólo contrató los servicios de un abogado para obtener el reintegro a sus labores como docente⁶⁵. Luego, Alberto Marmolejo Bermudez en la misma fecha declaró que si bien contrató los servicios de una abogada quien le pagó sus prestaciones luego de tomar lo de sus honorarios, no elevó solicitud alguna para el reconocimiento de cesantías⁶⁶.

Por su parte, Cruz Marina Lozano Ibargüen, el 17 de septiembre de 2021 declaró ante la Corte que trabajó como educadora especial contratada por la Gobernación del Chocó y que varias veces solicitó a la Gobernación el pago de sus acreencias laborales y que en conjunto con los compañeros fueron directamente a presentar esas reclamaciones en la Secretaría de Educación Departamental sin recordar con quien

⁶³ *Ibidem*, folios 231-234

⁶⁴ *Ibidem*, folios 235-238

⁶⁵ Cfr. record minuto 1:30:00 – 1:30:30, 1:40:40 – 1:40:52, c. 3 conocimiento original, folio 126

⁶⁶ Cfr. *ibidem* record minuto 23:13 – 23:50, 43:50 – 44:10,

habló en tanto refiere no recordar haber radicado acción de Tutela para obtener dicho pago⁶⁷. Más tarde, en esa misma oportunidad Esmirna Mena Cuesta indicó que no recuerda haber elevado ninguna reclamación para el pago de acreencias laborales y tampoco acción constitucional con ese propósito o para el pago de sanción moratoria del pago de cesantías⁶⁸. Finalmente, el 14 de octubre de 2021, Alfredo García Quejada declaró que trabajó como celador y que pocos meses después de su desvinculación del Fondo Educativo Regional -FER- le fueron pagadas sus acreencias laborales sin que presentara directamente reclamación alguna para el pago de sus salarios⁶⁹

Entonces, con dos excepciones sobre las cuales, con todo, no se aportó soporte de sus afirmaciones, las personas interrogadas informaron que no presentaron de manera directa reclamación a la Gobernación del Chocó o alguna de sus dependencias, dirigida al reconocimiento y pago de sanción moratoria por cesantías, sino que ello ocurrió fue a través de un proceso judicial para cuyo propósito se le concedió poder para actuar a una abogada, en este caso Diana del Carmen Figueroa Lemos, quien declaró haber actuado en el proceso ejecutivo laboral 2007-0692 adelantado ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó, sin que señalare haber presentado directamente reclamación alguna ante el ente territorial⁷⁰, similar respuesta a la que ofreció Ana de Jesús Córdoba Perea quien también participó como apoderada en el mismo proceso laboral⁷¹.

⁶⁷ Cfr. record minuto 1:17:55 - 1:20:00, c. 3 conocimiento original, folio 132

⁶⁸ Cfr. *ibidem*, record minuto 2:12:25 - 2:12:50, 2:24:20 - 2:25:44

⁶⁹ Cfr. *ibidem*, record minuto 1:05:22 - 1:05:44, folio 174

⁷⁰ Cfr. c. 1 fiscalía original, folios 134-136

⁷¹ Cfr. c. 1 fiscalía original, folios 130-133

Así también, confrontado el proceso laboral 2007-00692⁷² no se observó acta de inspección judicial practicada a la Gobernación del Chocó encaminada a constatar la deuda sobre las 42 personas mencionadas en el **certificado del 28 de julio de 2006** –como aquella misma lo expuso en la demanda ejecutiva laboral⁷³–, esto es que las pruebas allegadas a esta actuación demostraron la inexistencia de reclamaciones directas, por vía de Tutela o por inspección judicial y por parte de alguno de los beneficiarios del acto administrativo, de donde se extrac que para su expedición no se acreditó que los allí mencionados tuvieran derecho a reclamar tales acreencias como tampoco lo contrario, es decir, que no lo fueren por cuanto no estuvieron vinculados a la Gobernación del Chocó o porque se les habrían pagado sus acreencias en tiempo oportuno, caso éste último que le ocurrió por ejemplo a Alfredo García Quejada quien así lo aseguró⁷⁴, circunstancia que resulta diciente para concluir que dicho documento se expidió sin atender el mandato legal del artículo 1º de la Ley 244 de 1995.

Lo anterior es así por cuanto la Ley 244 de 1995 prescribe de manera clara que la resolución por la cual se reconoce la liquidación de Cesantías definitivas es consecuencia y no origen de las solicitudes que eleven los servidores en tal sentido ante la entidad patronal e incluso propone unos términos y procedimiento en caso que la petición se halle incompleta, por lo que la expedición de la providencia de reconocimiento debe ser el reflejo de la verificación de la existencia y conformidad de las solicitudes; así entonces, en tanto **ROGER PASTOR**

⁷² Cfr. cuaderno 1 anexos fiscalía original, folios 2-221

⁷³ *Ibidem*, folio 51

⁷⁴ Op. cit, folio 51 de esta providencia

MOSQUERA LOZANO expidió el **certificado del 28 de julio de 2006** por el cual accede al reconocimiento de cesantías sin que obre siquiera una solicitud para el efecto y por ende sin haber practicado la verificación de la misma, ha proferido una providencia visiblemente ajena a la legalidad.

Vale señalar en este punto que si bien es cierto, conforme a la inspección judicial realizada al proceso laboral ejecutivo laboral 2007-00692, se aprecian poderes conferidos por varios de los 42 beneficiarios del **certificado del 28 de julio de 2006** para *"reclamación administrativa y/o inspección judicial y/o demanda ejecutiva laboral"* y que 12 de los mismos fueron dictados con antelación a la fecha del aludido certificado⁷⁵, como se ha indicado, ninguno de éstos fue encontrado en los archivos de dependencia alguna de la Gobernación del Chocó y por ende tampoco el texto y los soportes de la reclamación que los deben acompañar, ello aunado a que los sellos de presentación corresponden a la Oficina de Apoyo de la Coordinación Administrativa de la Rama Judicial de Quibdó, pero en ningún caso consta sello de radicación o recibido ante la Gobernación del Chocó⁷⁶. Igualmente, se debe destacar que si bien el procesado **MOSQUERA LOZANO** aportó en su versión libre sendas copias de un documento denominado *"liquidación de cesantías, prima de vacaciones, prima de alimentación, prima de transporte, prima móvil docentes enero 1 del 2003 a julio 31 del 2004 Decreto 0430 julio 21/04"* donde en efecto se observan relacionadas 30 de las personas señaladas en el **certificado del 28 de julio de 2006**⁷⁷, el mismo no cuenta con firma del

⁷⁵ Cfr. c. 1 fiscalía original, folios 93-99

⁷⁶ Cfr. c. 1 anexo original fiscalía, folios 3-49

⁷⁷ Cfr. cuaderno 4 anexo original fiscalía, folios 1-40

Gobernador del Departamento ni tampoco con fecha de expedición, esto es que no ofrece certidumbre tampoco sobre su anticipación a la expedición del multicitado acto administrativo.

Finalmente, la Sala debe señalar que los documentos que aportó **MOSQUERA LOZANO** durante su interrogatorio en audiencia pública⁷⁸ no son objeto de valoración, en tanto ninguno de estos fue solicitado durante el traslado de que trata el artículo 400 de la Ley 600 de 2000⁷⁹ y por ende tampoco fueron decretados como pruebas en audiencia preparatoria.

5.1.1.4. De otra parte, conforme al Decreto 111 de 1996⁸⁰ en su artículo 71, la expedición de **certificado del 28 de julio de 2006** donde se produce el reconocimiento de sanción moratoria de cesantías, constituye una determinación que afecta el presupuesto del Departamento del Chocó, por lo que para su expedición también era menester que contare con el certificado de disponibilidad que amparara ese compromiso económico. Dice la norma:

“Artículo 71. Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin.

En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un

⁷⁸ C. 4 conocimiento original, folios 2-87

⁷⁹ Cfr., cuaderno 1 original conocimiento, folios 6, 8, 19, 32-39

⁸⁰ Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto.

requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.

Para las modificaciones a las plantas de personal de los órganos que conforman el Presupuesto General de la Nación, que impliquen incremento en los costos actuales, será requisito esencial y previo la obtención de un certificado de viabilidad presupuestal, expedido por la Dirección General del Presupuesto Nacional en que se garantice la posibilidad de atender estas modificaciones.

Cualquier compromiso que se adquiriera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones (Ley 38/89, artículo 86, Ley 179/94, artículo 49).*

Como se expuso *ut supra*, está probado que realizadas sendas inspecciones judiciales a distintas dependencias de la Gobernación del Chocó a más que no se halló el original del **certificado del 28 de julio de 2006** tampoco se encontró otro documento que lo soporte o avale, dentro de los que justamente están inmersos los mencionados en la norma transcrita, como son el certificado de disponibilidad presupuestal y el registro presupuestal. Es claro que la inexistencia de los mencionados documentos comporta también un palpable y deliberado desconocimiento de la norma arriba señalada, más cuando **MOSQUERA LOZANO** no obstante su designación como Gobernador encargado, originariamente se desempeñaba al servicio del ente territorial como Secretario de Hacienda, cargo para el cual debía conocer con suficiencia si bien no el tenor literal del mandato contenido en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, sí que para la expedición de un documento que

comprometiera recursos del departamento del Chocó debía contarse con la base presupuestal que lo amparara y por ende con el documento que así lo certificara; así también por esa misma condición profesional y laboral le resultaba plenamente exigible que verificase la existencia del registro presupuestal para tan elevada obligación pecuniaria, sin que tampoco hubiere rastro alguno del mismo al momento de la suscripción del certificado.

La exculpación que en torno a este punto ofreció el acusado en su versión libre e indagatoria, relacionada con que existía en la Gobernación del Chocó un rubro destinado a "*sentencias y conciliaciones*" en forma alguna responde al mandato legal citado, pues en principio, como su nombre lo indica, el rubro presupuestal mencionado estaría destinado a atender contingencias económicas de carácter judicial, en tanto el certificado de disponibilidad presupuestal es el respaldo preciso de la obligación que a través del acto administrativo reconoce el Departamento; en segundo lugar, la existencia de un rubro presupuestal no se asimila al documento de soporte que señala el artículo 71 ejusdem. Tampoco es de recibo la explicación esbozada en audiencia pública⁸¹ relacionada con los ingresos "*sin situación de fondos*" pues en definitiva a través del **certificado del 28 de julio de 2006** no sólo se informó acerca de deudas laborales del Departamento, sino que se produjo su reconocimiento y que además representaban un elevado costo para el ente territorial.

⁸¹ Cfr. record 01:09:00 – 01:11:00 c. 3 conocimiento original, folio 196
Página 51 de 130

5.1.1.5. Se sigue además que, conforme al Código del Régimen Departamental⁸², la designación en encargo como Gobernador está dirigida a atender eventos urgentes. Así lo expone la norma:

*“Artículo 93. La residencia habitual del gobernador será la capital del departamento, pero puede ausentarse de ella en ejercicio de sus funciones y con permiso o por orden del gobierno, por razones de buen servicio. Cuando se ausente **dejará encargado del despacho para asuntos urgentes a uno de sus secretarios**”.* (Subraya y negrillas de esta Sala).

Para la Sala, la expedición del **certificado del 28 de julio de 2006** por el cual se reconoce deuda por el no pago oportuno de sanción moratoria a 42 personas vinculadas con la Gobernación del Chocó, en forma alguna corresponde a un asunto “urgente” que debiera ser atendido por el Gobernador encargado **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, siendo que la postura de éste conllevó a desatender igualmente este mandato legal. En efecto, la norma invoca la necesidad que ante la ausencia del titular de la Gobernación se encargue a un secretario de ésta para que asuma la representación legal del ente territorial en tanto medie esa falta, pero restringida a la atención de eventos que no puedan esperar a ser resueltos por el titular una vez regrese, como podría ser la atención de una calamidad pública, un desastre natural –y lo que ellas demanden a nivel logístico, presupuestal-, entre otros, que resultaren apremiantes y cuya solución sea eminentemente impostergable, condición que en forma alguna alcanza la suscripción del citado certificado, más en el contexto fáctico propuesto para este asunto, donde la ausencia del

⁸² Decreto 1222 de 1986

Gobernador Julio Ibarguen Mosquera sólo se dio por tres días; esta consideración se ata a la expuesta frente al contenido del artículo 1° de la Ley 244 del 29 de abril de 1995⁸³, pues conforme a aquella sería luego de 15 días hábiles contados desde la solicitud de reconocimiento que se debía expedir la resolución de reconocimiento de la acreencia laboral, pero en tanto no se presentaron estas solicitudes -como ya se acreditó- no estaba el Gobernador encargado vinculado a un término perentorio para su reconocimiento y por ende, no habría ninguna urgencia por expedir el acto administrativo, hecho que acredita con suficiencia la premeditada desobediencia frente a esta norma legal.

5.1.1.6. Ahora bien, tal como se indicó en la resolución de acusación, adicionalmente se observa que en el **certificado del 28 de julio de 2006, ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** aduce el reconocimiento de la sanción moratoria por no pago oportuno de las cesantías definitivas a nombre nueve (9) personas que se habrían desvinculado de la entidad territorial entre el 31 de diciembre de 1993 y el 31 de diciembre de 1998, esto es 7 años 6 meses y 28 días desde la última de estas desvinculaciones, quienes para entonces -según se explicará a continuación- ya no serían destinatarias de tal reconocimiento, por prescripción. Son estas⁸⁴:

<i>ALFREDO GARCÍA QUEJADA</i>	<i>4.790.910</i>	<i>28-02-1998</i>	<i>4.261</i>
<i>ALBERTO MARMOLEJO</i>	<i>82.110.018</i>	<i>31-12-1997</i>	<i>5.770</i>
<i>FREDDY E. CUESTA</i>	<i>11.796.205</i>	<i>31-12-1997</i>	<i>11.310</i>
<i>CRUZ MARINA LOZANO IBARGÜEN</i>	<i>26.330.896</i>	<i>31-12-1998</i>	<i>18.716</i>
<i>MARÍA DE LOS ÁNGELES FLORES M</i>	<i>54.250.466</i>	<i>07-07-1996</i>	<i>6.944</i>
<i>GENITH HERNÁNDEZ PINO</i>	<i>54.257.187</i>	<i>31-12-1997</i>	<i>10.266</i>
<i>DIANA DEL CARMEN FIGUERIA L.</i>	<i>54.253.466</i>	<i>31-12-1998</i>	<i>4.900</i>

⁸³ Op. cit., pág. 46

⁸⁴ Se indican en el estricto orden y literalidad consignado en el certificado del 28 de julio de 2006

NIVE DEL CARMEN MOSQUERA PINO	54.251.156	31-12-1997	13.600
ESMIRNA MENA CUESTA	54.254.828	31-12-1997	16.706

A través del Concepto 86841 del 18 de marzo de 2019 del Departamento Administrativo de la Función Pública, atendiendo una consulta relacionada con la prescripción de los derechos salariales y prestacionales, indicó:

"La prescripción de los derechos de los empleados públicos es por regla general de tres (3) años contados a partir de la fecha en que se haya hecho exigible la obligación, de conformidad con lo establecido en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

La aplicación de la anterior norma se fundamenta en lo expresado en la sentencia de la Corte Constitucional C-745 de 1999, referente a la demanda del primer inciso del artículo 4° de la Ley 165 de 1941 (que consagraba el término que venía rigiendo para la prescripción de salarios), fallo en el cual se precisa que dicha norma se encuentra derogada tácitamente por la nueva legislación laboral y da paso a la aplicación del artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

(...) sobre las acreencias laborales cabe precisar que esta Dirección, acogiendo los criterios planteados por la Corte Constitucional en sentencia C-745 de 1999, ha considerado que el término de prescripción de los derechos laborales de los servidores públicos es de tres (3) años. Para mayor ilustración se transcribe un aparte de la citada sentencia:

"En efecto, la interpretación que, en reiteradas oportunidades, ha realizado el Consejo de Estado, también sostiene que el término de prescripción para el cobro de salarios e indemnizaciones por accidentes de trabajo para los trabajadores al servicio del Estado es el que consagran los artículos 488 del CST, 151 del CPL y 41 del Decreto 3135 de 1968, esto es, un término de tres años para todos los casos, pues "la prescripción establecida en el citado artículo 151 [del Código de Procedimiento Laboral] se refiere a las acciones que emanen de las leyes sociales, en un sentido general, lo que quiere decir que comprende no sólo las acciones que se refieren a los trabajadores particulares sino también a

los que amparan a los servidores oficiales" (Consejo de Estado, Sentencia del 16 de noviembre de 1959).

En otro pronunciamiento, la Sección Segunda del Consejo de Estado dijo:

"No es válida la argumentación que hacen algunos en el sentido de que el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo no es aplicable a los empleados públicos, especialmente por lo dispuesto en el artículo 4º del Código Sustantivo del Trabajo, pues esta norma se refiere únicamente a las disposiciones del mismo estatuto en lo concerniente a las relaciones laborales de carácter individual" (Consejo de Estado, Sentencia del 21 de septiembre de 1982). (Negrillas y subrayado de la Sala)

Así entonces, con relación a la prescripción de las acciones para el reconocimiento de derechos prestaciones, existe un amplio marco normativo aplicable. Comencemos por el Código Sustantivo del Trabajo⁸⁵:

***ARTÍCULO 488. REGLA GENERAL.** *Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto**

ARTÍCULO 489. INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION. *El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente*.*

El Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social⁸⁶ señala:

⁸⁵ Decreto 2863 de 1950

⁸⁶ Decreto Ley 2158 de 1948

"ARTICULO 151. Prescripción. *Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual".*

Finalmente, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968⁸⁷ indica:

"ARTÍCULO 41. *Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual".

Para la Sala, la indicación de las anotadas nueve personas como beneficiarias de la sanción moratoria, sin duda también constituye una manifiesta maniobra ilegal del acusado, pues desconoció el tenor de una pluralidad de normas -que incluso estaban acompañadas para la época por conceptos del Consejo de Estado- que con especial claridad fijaban el término para promover las acciones laborales en tres años contados desde que "*se haya hecho exigible*", que para el caso concreto, tratándose de cesantías definitivas, comenzaba a correr desde la fecha de desvinculación, dato que fue incluido en el mismo certificado del 28 de julio de 2006 y que con facilidad pudo observar **MOSQUERA LOZANO**. Si bien es cierto, de acuerdo con las normas anotadas, la expedición del certificado *per se* no conllevaba la interrupción del término prescriptivo, pues ésta sólo se daría con la radicación de la demanda laboral o

⁸⁷ Decreto 3135 del 26 de diciembre de 1968 "Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales."

reclamación administrativa, si consiste en una grosera artimaña para comprometer de manera injusta el presupuesto de la Gobernación del Chocó.

5.1.1.7. Debe señalarse además que en torno a la “*manifiesta contrariedad*” con las Leyes 244 de 1995, Decreto 111 de 1996, Decreto 1222 de 1986 y normas laborales, hasta ahora reseñadas y valoradas, dentro del mismo texto del **certificado del 28 de julio de 2006** se pueden avizorar con facilidad errores que corresponderían a hechos indicadores⁸⁸ de la adecuación típica objetiva del comportamiento endilgado a **MOSQUERA LOZANO**.
Veamos:

- En las líneas 7 y 8 de la gráfica se indicaron los nombres de “*RIOS ROBLEDO CLEOTILDE*” y “*MECHA CAIZAMO MISAEL*”, asignándoles a ambos el mismo número de cédula 4.846.437, cupo numérico que por demás no corresponde a ninguno de éstos sino a Braulino Lerma Palacios⁸⁹

- En la línea 6 de la gráfica aparece el nombre “*CONUMPIA UIPADO JUSTINA*”, siendo correcto CUNAMPIA VIPURO JUSTINA⁹⁰

- En la línea 28, se aprecia el nombre “*MORENO CORDOBA ANA TERESA*”, el correcto es MORENO CUESTA ANA TERESA⁹¹.

⁸⁸ La Corte Suprema de Justicia ha explicado el concepto de hecho indicador a través de un ejemplo: “en un caso de homicidio cometido con arma de fuego, uno de los hechos jurídicamente relevantes puede consistir en que el acusado fue quien le disparó a la víctima. Es posible que en la estructuración de la hipótesis, la Fiscalía infiera ese hecho de datos o hechos indicadores como los siguientes: (i) el procesado salió corriendo del lugar de los hechos segundos después de producidos los disparos letales; (ii) había tenido un enfrentamiento físico con la víctima el día anterior; (iii) dos días después del homicidio le fue hallada en su poder el arma con que se produjo la muerte; etcétera”. CSJ SP, 5, jul. 2017, rad. 44932

⁸⁹ C. 4 anexos fiscalía original, folio 192, 193 y c. 3 original conocimiento, folio 128

⁹⁰ Ibidem, folio 190

⁹¹ Ibidem, folio 216

- En la línea 30, aparece "*KETTY YAMILETH HINESTROZA C.*" y su nombre correcto es KETTY YANETH HINESTROZA CORDOBA⁹².

- En la línea 36 se lee "*RIOS M. MARTHA CECILIA*", en tanto el nombre corresponde a RIOS MARMOLEJO MARTHA ISABEL⁹³

Para la Sala es evidente que los errores consignados en la certificación muestran la prisa del acusado en su expedición, al punto que no se realizó una verificación o una lectura siquiera básica de su contenido, de la cual se habría podido extraer al menos el primer error arriba señalado y que es ostensible en el texto; el afán de **MOSQUERA LOZANO** por dictar el certificado se deduce con facilidad de esas faltas y de su fecha de expedición - último día de gestión como Gobernador encargado- y de estos se puede deducir también el propósito de aquél por desconocer las normas que mediaban a su suscripción; las imprecisiones observadas en el documento no corresponden a meras fallas de digitación como lo quiere hacer ver el defensor del procesado, sino que son consecuencia de la ausencia de soporte para verificación de la información que allí se consignaba.

Otro hecho indicador, corresponde a que una vez **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** culminó su encargo como Gobernador -estuvo encargado entre el 26 y 28 de julio de 2006- y de acuerdo a las pruebas allegadas⁹⁴ retornó a su cargo como Secretario de Hacienda del Departamento del Chocó, cartera que justamente se encarga, junto con el Gobernador, de

⁹² *Ibidem*, folio 218

⁹³ *Ibidem*, folio 226

⁹⁴ Cuaderno 1 original fiscalía, folio 20

administrar lo atinente al presupuesto del ente territorial, o como éste mismo lo explicó en su declaración en audiencia pública *"... las funciones eran como el manejo de la cosa financiera y presupuestal del departamento (...) el manejo de todo el tema presupuestal, la programación del presupuesto, el manejo adecuado del ingreso (...) para lograr no el crecimiento de las finanzas sino la estabilidad de los ingresos de libre destinación y los ingresos procedentes del sistema general de participaciones..."*⁹⁵ y no obstante que él mismo había firmado el **certificado del 28 de julio de 2006** que reconocía acreencias económicas a favor de servidores públicos adscritos a la Gobernación del Chocó y que por ende afectarían las arcas de ese departamento, ni dentro del término señalado en el artículo 2° de la Ley 244 de 1995 *"...45 días hábiles a partir de la fecha de la cual queda en firme el acto administrativo..."* ni con posterioridad a éste, se ocupó de promover por medio del titular de la Gobernación el pago de los valores reconocidos, sino que se abandonó el cumplimiento de esta obligación para que finalmente y a través de un proceso ejecutivo laboral, los beneficiarios del certificado hicieran los cobros pertinentes, con el mayor costo para la entidad territorial como lo advierte el párrafo de ese mismo articulado⁹⁶.

Las exculpaciones de **MOSQUERA LOZANO** reflejadas en su diligencia de indagatoria y declaración en audiencia pública, relacionadas con la buena fe por cuanto su firma debió estar antecedida del concepto o visto bueno del asesor jurídico de la Gobernación del Chocó, son desmentidas tajantemente por el

⁹⁵ Record minuto 12:25 -12:35, c. 3 original conocimiento, folio 198

⁹⁶ Op. cit. pág. 46

propio Yuber Ordoñez Arboleda, quien en su declaración del 10 de abril de 2015 señaló que no tuvo conocimiento ni incidencia alguna en la expedición del anotado certificado y que si así lo hubiera sido, debería existir un soporte por cuanto “... *en esa época mi intervención sobre concepto era por escrito...*”⁹⁷, dicho que quedó corroborado con lo indicado por el Jefe de la Oficina Jurídica del Departamento del Chocó para el año 2014, quien no encontró soporte alguno sobre ese tópico⁹⁸.

La amenaza de sanciones por el no pago oportuno de acreencias laborales -como lo sugiere el defensor en los alegatos conclusivos- no corresponde a una justificación jurídica para la expedición de la certificación sin atender los presupuestos fijados en la Ley 244 de 1995, pues en primer lugar no se allegó evidencia alguna de la misma -dado que ni siquiera se encontraron reclamaciones- y en segundo lugar por cuanto justamente el certificado ya era contentivo del reporte de una sanción por no pago oportuno y lo que correspondía era realizarlo en un lapso determinado, evento que tampoco ocurrió; vale señalar además que el Decreto 3752 de 2003⁹⁹ que fue allegado al expediente para acreditar -según la defensa- que la no afiliación de los maestros al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, implica la responsabilidad del ente territorial frente a las mismas, no tiene injerencia alguna en lo que hasta aquí se ha expuesto, pues el debate probatorio no giró en torno a esa responsabilidad, sino a la ausencia de soportes y facultades del gobernador encargado para efectuar tal reconocimiento.

⁹⁷ Cfr. cuaderno 2 fiscalía original, folios 134-137

⁹⁸ Cuaderno 1 fiscalía original, folio 303

⁹⁹ C. 1 conocimiento original, folios 97-100

Se concluye entonces, que **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** en su condición de Gobernador encargado del Departamento del Chocó, en el reconocimiento de sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías que realizó a través del **certificado del 28 de julio de 2006** desconoció de manera burda mandatos específicos contenidos en la Ley 244 de 1995, Decreto 111 de 1996 y Decreto 1222 de 1986, comportamiento que objetivamente concuerda con el descrito en el artículo 413 del estatuto penal.

5.1.2. De la tipicidad subjetiva

Esta supone que la decisión objeto de escrutinio haya sido adoptada con conocimiento actual y efectivo de los hechos que constituyen la infracción penal y que pese a ello hubiere voluntad en su realización. En otros términos, que quien dictó la decisión conocía las normas que la amparaban y regulaban y se apartó de aquellas de manera caprichosa. La Corte Suprema de Justicia¹⁰⁰ refiere que el dolo en este comportamiento implica *“la contrariedad entre lo resuelto y el ordenamiento jurídico debe ser producto de la voluntad conscientemente dirigida a emitir una decisión ilegal”*, al tiempo que excluye *“las decisiones cuya oposición manifiesta a la Ley se deriva de la impericia, ignorancia o inexperiencia del funcionario”*, agregó además que para determinar la concurrencia de este elemento de la tipicidad se puede atender a la trayectoria profesional del acusado, la manera en que se habría cometido el comportamiento e incluso las explicaciones

¹⁰⁰ CSJ SP, 16 may. 2018, rad. 52545

ofrecidas frente a los hechos que se acreditaron falaces o tergiversados¹⁰¹”.

ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO conforme lo refirió en su versión libre, cuenta con estudios superiores como *“... economista de la Universidad Cooperativa de Colombia con sede en Bogotá en el año 2001, especialización en derecho público en la Universidad Autónoma con sede en Bogotá en el año 2002; especialización en gestión de entidades territoriales en el año 2004 en la Universidad Externado de Colombia y maestría en dirección y creación de empresas en la Universidad EAN en Bogotá año 2009”*¹⁰², y por ende para la época de los hechos contaba al menos con una experiencia profesional de 5 años en tanto que para entonces ya había laborado como *“... auxiliar administrativo cámara de representantes, año 1996-1997, auxiliar administrativo de presupuesto en el Departamento Nacional de Planeación año 1998 a mayo de 2005...”*¹⁰³. Además fue designado Secretario de Hacienda del Departamento del Chocó desde el 7 de junio de 2005 y el 31 de diciembre de 2007 y fue elegido en quince (15) oportunidades como Gobernador encargado del Departamento, dentro de las que se destaca el mandato de tres (3) días para el que fue designado *“... mientras dura la ausencia del titular”* entre el 26 y 28 de julio de 2016 conforme al Decreto No. 0387 del 26 de julio de 2006¹⁰⁴.

¹⁰¹ CSJ SP, 3 ago. 2006, rad. 22112.

¹⁰² C. 1 fiscalía original, folio 204-211

¹⁰³ C. 2 fiscalía original, folios 245-273

¹⁰⁴ Cfr. c. 1 fiscalía original, folios 15-20

En el encargo mencionado, suscribió **MOSQUERA LOZANO** el certificado del 28 de julio de 2006 por el cual se reconoció el derecho a sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías a nombre de 42 docentes (sic) del Departamento del Chocó, documento que según se acreditó, se emitió sin contar con solicitudes de los beneficiarios, soportes documentales que refirieran el derecho o no a la acreencia laboral, certificado de disponibilidad presupuestal y registro; adicionalmente fue dictado en su condición de Gobernador encargado sin que dicho reconocimiento constituyera un acto urgente e impostergable que no pudiese aguardar el retorno del Gobernador titular y donde se reconocieron acreencias -entre otros- a 9 trabajadores que se habrían desvinculado de la entidad entre los años 1993 y 1998 -según el mismo documento- y por ende ya encontrarían prescrita la acción laboral. Cada uno de estos hallazgos son disonantes con normas legales específicas que no sólo podían sino debían ser conocidas por el procesado, pues incluso la Ley 222 de 1995 que refiere el trámite para la expedición del reconocimiento es citada por éste en el certificado.

Entonces, descartada la inexperiencia del funcionario para la expedición de este tipo de providencias, como que además fungía como titular de la cartera de Hacienda del Departamento del Chocó desde al menos un año antes de este evento y que por ende no era ajeno al conocimiento de temas asociados a las finanzas y gastos del ente territorial y los procedimientos para la apropiación de recursos para determinados propósitos de aquel, y que no se trataba de una persona ignorante frente a esta temática dada la amplia

formación académica relacionada con que contaba, para la Sala es claro que **MOSQUERA LOZANO** era consciente que era autor de una certificación manifiestamente ilegal, y que era perentorio a pesar de las múltiples falencias que pudiera presentar, expedirla antes de terminar su encargo, como que no de otra manera hubiere podido dictarla en el periodo para el que fue designado, si para impartirla había que ocuparse de verificar la historia laboral de cada uno de los beneficiarios y analizar la reclamación y soportes que éstos hubieren presentado, hecho para el cual el legislador incluso concedió un plazo de 15 días hábiles que obviamente no se utilizó.

La postura defensiva contenida en los alegatos finales, esbozada en sede del aspecto subjetivo de la tipicidad, según la cual, a pesar que por entonces el ente territorial se hallaba sometido a Ley 550 de 1999, los jueces ordenaron embargos y secuestro de dineros del departamento, lo que justificaba recurrir a procedimientos legales para así evitarlo como la expedición del certificado de julio de 2006, es derrumbada justamente por ese mismo hecho, pues al dictarlo no sólo se pronunció una decisión ajena a las normas que la regían sino que ante la ausencia de trámites adicionales del ente territorial para el pago de lo allí reconocido, dio lugar a más embargos de los dineros del departamento por \$1.800.000.000.

Además, el dolo en el comportamiento también logra deducirse de los hechos indicadores que se determinaron *ut supra* como son las inconsistencias en nombres y cédulas contenidas en el documento, que el mismo se hubiere impartido el último día de su gestión en encargo y que

regresando a la Secretaría de Hacienda no se apropió de su determinación para promover el pago de las acreencias que él mismo habría reconocido. Debe subrayarse en este punto, que a más que no se halló prueba que indique que los documentos soporte del certificado fueron destruidos u ocultados por el gobierno entrante en el ente territorial -como adujo el aforado-, y si en gracia de discusión así hubiere ocurrido, los mismos testigos indicaron no haber presentado reclamación directa para el pago de sus acreencias laborales, no existiendo entonces motivo legal para el reconocimiento.

Así entonces, advierte la Sala que se ha acreditado desde la categoría dogmática de la tipicidad la autoría de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** en el delito de prevaricato por acción.

5.2 Antijuridicidad:

Considera la Sala que es diáfana la efectiva lesión al bien jurídico protegido, como lo reclama el artículo 11 de la Ley 599 de 2000¹⁰⁵; en lo formal en tanto como se ha explicado **PASTOR MOSQUERA** cometió el ilícito de prevaricato por acción, conducta que se halla prohibida en el estatuto penal sustantivo y en lo material dado que la comisión de ese comportamiento lesiona a la administración pública, cuyo propósito, es satisfacer el interés general.

¹⁰⁵ Artículo 11. Antijuridicidad. "Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley penal"

El acusado, a quien se habrían discernido temporalmente las funciones de Gobernador del Departamento del Chocó y por ende le asistían acogerse a los mandatos constitucionales y legales y de contera proveer por el amparo de los intereses de la sociedad, optó por hacer lo contrario, esto es desconocer las normas legales que vinculaban actos propios de su función, mediante la emisión del **certificado del 28 de julio de 2006** en desconocimiento de una pluralidad de normas que lo afectaban, ocasionando de manera maliciosa el reconocimiento de acreencias laborales con afectación de las arcas del Departamento a personas que no lo habían así reclamado o en definitiva no eran destinatarias de las mismas, causando así consecuencias nocivas a la comunidad que representaba. Lo anterior hace evidente la grave lesión al bien jurídico tutelado de cuyo titular es el Estado y que está encaminado justamente a *"... que se desarrolle con arreglo a unos principios mínimos que garanticen la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad, que permitan asegurar su correcto y eficiente funcionamiento y generar la legitimidad y buena imagen de sus actuaciones ante la comunidad"*.¹⁰⁶

No se acreditó en sede de antijuridicidad, causal alguna de justificación del comportamiento desplegado por el acusado, sino que por el contrario se pudo constatar que su propósito no era otro que desviado, corrupto y ajeno a los intereses que debía preservar. Se reitera, la conducta prevaricadora de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** lesionó a la administración pública en tanto afectó su normal

¹⁰⁶ Corte Constitucional, C-631 de 1996

funcionamiento en su componente de legalidad con la expedición de un acto administrativo dirigido a reconocer beneficios inexistentes.

5.3 Culpabilidad

Para la Sala, la conducta del **MOSQUERA LOZANO** le resulta reprochable en tanto la materializó con conciencia de su antijuridicidad, pues aunado a lo hasta ahora explicado, en el desarrollo del proceso no se alegó ni acreditó circunstancia que afectara su autodeterminación, menos aún al momento de la comisión del comportamiento punible. Por el contrario, se acreditó que se trata de una persona adulta, con amplia experiencia profesional y con formación académica superior y que además ya habría desempeñado el cargo de Gobernador en varias oportunidades en el Departamento del Chocó, de ahí que tenía plena capacidad de comprender la ilicitud y de determinarse de acuerdo con esa comprensión (artículo 33 del Código Penal), de donde surge que era imputable.

Como se ha expuesto, **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, tenía conocimiento de la ilicitud de su proceder y por ende le era exigible un comportamiento diverso, en este caso ajustado a derecho, sin embargo optó de manera voluntaria por apartarse del ordenamiento y contrariar la ley, siendo así destinatario de un juicio de reproche. La actuación en derecho que le era exigible al aforado no era otra que cumplir la Constitución y leyes que juró acatar como preámbulo de su designación como Gobernador encargado y concretamente verificar la existencia de soportes de solicitud o reclamación de

acreencias laborales de las 42 personas que erigió en el **certificado del 28 de julio de 2006**, para confrontar aquellas con las información obrante en la Gobernación en torno a su vinculación, a que no se hubieren efectivamente cancelado obligaciones laborales y que aún les asistiera ese derecho, labores que pasó por alto para emitir esa certificación en un tiempo mínimo, acto éste que además desvirtúa la apariencia de legalidad de sus decisiones dejando en evidencia su voluntad de oponerse al mandato jurídico.

6. Falsedad ideológica en documento público:

El artículo 286 del Capítulo Tercero (*“De la falsedad en documentos”*), del Título IX (*“Delitos contra la fe pública”*), del Libro Segundo del Código Penal (Ley 599 del 2000), define, tipifica y sanciona el delito de falsedad ideológica en documento público, en los siguientes términos:

“El servidor público que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

De la definición legal surgen como elementos del tipo:

El sujeto activo es calificado: servidor público en ejercicio de sus funciones, condición que en términos del artículo 20 del Código Penal ostentan los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

La conducta consiste en consignar una falsedad o callar total o parcialmente la verdad al extender un documento público, el primer verbo rector consiste en *“incorporar, señalar o declarar hechos falsos, o negar hechos verdaderos, ciertos o conocidos, en el cuerpo del objeto material de la infracción”* en tanto el segundo se entiende por *“conducta de abstención, acción de no referir, en el objeto material, lo que se conoce como verdadero o cierto, y que se debe consignar en él”*¹⁰⁷.

De acuerdo a los mismos verbos rectores, se entiende que es un delito que se materializa al momento de la suscripción o elaboración donde se incorpora la falsedad, esto es que se agota de forma instantánea con la extensión del documento público¹⁰⁸, o dicho de otra forma *“la acción típica solamente puede realizarse en el momento de la extensión del documento, es decir, en el momento de su fijación en el medio material que lo soporta (momento de elaboración) por parte de su autor”*¹⁰⁹.

Sobre los elementos de la conducta punible, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha enseñado:

“El delito de falsedad ideológica de servidor público en documento público tiene lugar cuando se consignan declaraciones ajenas a la verdad, caso en el cual, el documento verdadero en su forma y origen (auténtico), contiene afirmaciones falsas sobre la existencia histórica de un acto o un hecho, o sus modalidades, bien porque se los hace aparecer como verdaderos pese a no haber ocurrido, o cuando habiendo acontecido de determinada manera, son presentados de una diferente.

¹⁰⁷ PABON PARRA, Pedro Alfonso. Manual de derecho penal. Tomo II Parte Especial, Octava Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Bogotá D.C. 2011

¹⁰⁸ *Ibidem*

¹⁰⁹ CORREDOR PARDO, Manuel. Falsedad documental: ficción social de autor. Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 417

De forma similar a como ocurre con el delito de falsedad en documento privado, es necesario que tal instrumento pueda servir de prueba, condición sin la cual la conducta no supera el juicio de tipicidad objetiva¹¹⁰.

Como se consignó anteriormente, se ha acreditado que **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** fungió como Gobernador encargado del Departamento del Chocó para el periodo comprendido entre el 26 y 28 de julio de 2006¹¹¹, por lo que para el momento de los hechos cumplía la condición de sujeto activo calificado señalada por la norma arriba transcrita.

Ahora, en torno a la existencia del **certificado del 28 de julio de 2006**, la misma se acreditó en el acápite alusivo al ilícito de prevaricato por acción, pues aunado a que copia del mismo reposa en el expediente¹¹² y no obstante que no se halló el original, el mismo acusado reconoció su firma en el mentado documento, ello tanto en diligencia de versión libre¹¹³ como en el interrogatorio ofrecido en la audiencia pública del 9 de noviembre de 2021¹¹⁴.

El documento, constituyó el título ejecutivo dentro del proceso laboral 2007-00692, tal como se extrae del Auto interlocutorio No. 2225 del 4 de diciembre de 2007 del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó¹¹⁵, donde se indicó que *“Los títulos ejecutivos consisten en la CERTIFICACIÓN EXPEDIDA X EL ENTE DEMANDADO, constatando que dichos documentos son fiel y primera copia tomada del original que*

¹¹⁰ CSJ jul. 29 2008, rad. 29383

¹¹¹ C. 1 fiscalía original, folio 245

¹¹² C. 2 fiscalía original, folio 107

¹¹³ C. 1 fiscalía original, folios 204-211

¹¹⁴ Cfr. record 23:20 – 25:30, c. 3 original conocimiento, folio 196

¹¹⁵ C. 1 fiscalía original, folio 293-294

reposa en los archivos de dicha entidad a solicitud de los interesados” y más adelante dispuso “*librese mandamiento de pago, por vía ejecutiva por concepto de sanción moratoria y a favor del (los) demandante(s)...*”; de ahí que con facilidad se obtiene que el documento resultó apto para servir de prueba y producir efectos jurídicos.

Ahora, con relación al presupuesto de la conducta punible relacionado con que “...*consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad*”, obra en el expediente Oficio del 17 de abril de 2015 dictado por Ferney Antonio Loaiza Acevedo en su condición de Coordinador Fondo Prestaciones – Administración Temporal para el Sector Educativo Departamento del Chocó, donde entre otros aspectos, en el numeral 4° de la comunicación expresó¹¹⁶:

*“4. En cuanto a los docentes contenidos en este numeral, les informamos que previa revisión de todas las bases de datos con que cuenta esta Secretaría de Educación del Departamento del Chocó – Administración Temporal, así como también las suministradas por la Dirección de Afiliaciones y Recaudos de la Fiduprevisora S.A., **no se encontró ningún registro que sugiera que las siguientes personas han estado vinculadas a esta entidad**, ellos son:*

No.	CEDULA	NOMBRE
1	11.803.279	MARTHA PATRICIA FORASTERO
2	4.846.437	CLEOTILDE RIOS ROBLEDO
3	4.820.213	JOSE JULIAN CORDOBA
4	54.353.369	ELVIA PINO MOSQUERA
5	4.790.910	ALFREDO GARCÍA QUEJADA

¹¹⁶ C. 2 fiscalía original, folios 159-165

6	82.110.018	ALBERTO MARMOLEJO
7	11.796.205	FREDY E. CUESTA
8	26.330.896	CRUZ MARINA LOZANO IBARGUEN
9	54.257.187	GENTH HERNANDEZ PINO
10	54.253.466	DIANA DEL CARMEN FIGUEROA L.
11	54.251.156	NIVE DEL CARMEN MOSQUERA PINO
12	54.254.828	ERMIRNA MENA CUESTA

Los nombres enlistados corresponden a los mismos descritos en las líneas 3¹¹⁷, 7, 9, 16¹¹⁸, 32, 33, 34, 35, 39, 40, 41, 42 del **certificado del 28 de julio de 2006**.

Frente a este punto, como nota relevante se encontró que DIANA DEL CARMEN FIGUEROA L. coincide con la abogada titular que adelantó el proceso ejecutivo laboral 2007-00692, quien en declaración del 5 de septiembre de 2011¹¹⁹ señaló:

"... en ese proceso hablan unas personas que eran docentes y otras que eran administrativos; los docentes fueron los que desvincularon del departamento sin cancelarles sus cesantías y los administrativos fueron algunas personas entre esas estaba yo, que trabajamos en el antiguo FER en distintos colegios y a nosotros nos quedaron debiendo salario, cesantías y sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, yo trabajaba en la oficina de la doctora Ana de Jesús Córdoba Perea..."

Por su parte, ANA DE JESÚS CORDOBA PEREA, abogada suplente dentro del anotado litigio, en declaración del 5 de septiembre de 2011¹²⁰, expuso:

¹¹⁷ En el certificado aparece MECHA FORASTERO PATRICIO

¹¹⁸ En el certificado aparece ELVIRA PINO MOSQUERA

¹¹⁹ C. 1 fiscalía original, folio 134

¹²⁰ *ibidem*, folios 128-131

“El proceso no lo adelanté yo, simplemente que la doctora DIANA DEL CARMEN FIGUEROA por cuestiones de viaje o enfermedad me lo sustituía, dentro de ese lapso de tiempo me tocó hacer las actuaciones pertinentes. Debo manifestar que para esa época ella trabajaba en mi oficina (...) tengo entendido por lo que me informó en su momento la doctora DIANA que los docentes y administrativos que trabajaron con ella en el FER habían hecho sus solicitudes, en la oficina también se hicieron peticiones a la Gobernación del Chocó para el pago, lo que tiene que ver con los docentes, de cesantías y sanción moratoria...”.

GENITTS HERNANDEZ NIÑO en declaración del 4 de agosto de 2016, al ser consultada sobre si alguna vez estuvo vinculada como docente del Departamento del Chocó, indicó *“no, nunca he sido docente, siempre he trabajado en la parte administrativa, de la docencia, pero en la parte administrativa como secretaria”*¹²¹, hecho que además es acreditado por el rector de la *Institución Educativa Mia – Rogerio Velasquez Murillo* quien respondiendo requerimiento de la Corte señaló que no había evidencia de la vinculación de aquella a ese establecimiento¹²², en tanto el Rector de la *Institución Educativa Manuel Agustín Santacoloma de Quibdó*, frente a ella aseguró que *“...personalmente la vi laborando como secretaria en el colegio Manuel Santacoloma jornada diurna...”*¹²³. Más adelante, en su declaración, al indicársele el nombre de las personas obrantes en el **certificado del 28 de julio de 2006** señaló: *“con estas personas que le voy a mencionar trabajamos en el FER como administrativos: ESMIRNA MENA CUESTA, NIVE DEL CARMEN MOSQUERA*

¹²¹ C. 3 fiscalía original, folios 209-210

¹²² Cfr. c. 1 conocimiento original, folio 55

¹²³ *Ibidem*, folio 74

PINO, yo trabajé con DIANA DEL CARMEN FIGUEROA en el Santa Coloma y con MARIA DE LOS ANGELES FLOREZ también (...) secretarias, ninguna fue docente”.

FREDY ENRIQUE CUESTA CUESTA declaró el 3 de agosto de 2016¹²⁴ y expuso que sí actuó como docente en el Departamento del Chocó: *“yo fue en el municipio de Alto Baudó, a través de la modalidad de contrato indefinido como en el año 98, estuve como dos años, en el Colegio Misael Soto Córdoba, solamente vinculado para esa época. También estuve vinculado en el Fondo Educativo Regional del Chocó – FER a través de contratos que se firmaban cada seis meses, estuve vinculado para el 96, 97 no recuerdo exactamente, lo estuve como docente en una vereda que se llama pueblo viejo”. Al indagársele la razón por la que la Secretaría de Educación Departamental del Chocó señaló que a su nombre “no se encontró ningún registro”, expuso que “... yo estuve trabajando como contratado y también trabajé como auxiliar administrativo del FER y eso ya se remonta a los años 95, en ese entonces no existía la Secretaría de Educación, lo de educación lo manejaba el Fondo Educativo Regional del Chocó –FER...”.*

NIVE DEL CARMEN MOSQUERA PINO rindió declaración el 5 de agosto de 2016¹²⁵, donde explicó que *“... nunca he sido docente, pero sí estuve vinculada en el Fondo Educativo Regional del Chocó – FER para la época de 1997, 2000 al 2002, eso lo mandaban a uno le mandaban como auxiliar de*

¹²⁴ C. 3 fiscalía, folios 227-234

¹²⁵ C. 3 fiscalía original, folio 236

secretaría, como mecanógrafa y lo mandaban a uno a varios colegios como secretaria. Trabajé en el FER hasta el 2002...".

ANA CLEOTILDE RIOS ROBLEDO rindió declaración el 16 de septiembre de 2021 ante esta Sala donde frente a su actividad laboral explicó que¹²⁶ *"...yo me dedicaba, yo era docente, cuando en el 2004 el señor Julio Ibarguen incluso el señor ese que usted me está preguntando, nos retiró que porque nosotros éramos pedagógicos y no éramos superior"* cuenta que comenzó a trabajar en el año 1986 hasta el 2002 como docente en La Peña, que en aquella época la contrató el alcalde de Quibdó, luego en el 2002 trabajó en el municipio Depé (sic) en el Colegio Diego Luis Córdoba para entonces la nombró el alcalde del municipio de Depé y allí trabajó alrededor de dos años, en el departamento la nombraron en el 2004 y duraron como un año apenas pero en el mismo colegio.

ALBERTO MARMOLEJO BERMUDEZ rindió declaración ante la Corte Suprema de Justicia el 16 de septiembre de 2021¹²⁷, donde al consultársele sobre su vinculación con el Departamento del Chocó como trabajador expuso que *"... he trabajado con ellos así temporalmente (...) con la gobernación prestó los servicios de fumigación de ratización en todas las oficinas"*. Frente a la pregunta de si ha trabajado como docente o administrativo docente para la Gobernación señaló que *"no, no allá en la Secretaría de Educación era celador, entrabamos a las seis de la mañana y salíamos a las cinco de la tarde (...) fueron seis meses y medio que trabajé allá (...) tiene como unos*

¹²⁶ Cfr, record minuto 1:16:00 – 2:40:00, c. 3 conocimiento original, folio 126

¹²⁷ Cfr, ibídem, record minuto 08:40 - 56:09

18 años o en qué año...". Señala que fue en el FER donde les dieron los contratos para trabajar en la Gobernación por seis meses y medio como celador.

CRUZ MARINA LOZANO IBARGÜEN rindió declaración ante la Corte Suprema de Justicia el 17 de septiembre de 2021¹²⁸ donde refiere tener estudios universitarios como terapeuta ocupacional, haber vivido en Istmina y Andagolla. Cuenta que estuvo vinculada a la Gobernación del Chocó, pues *"... en ese entonces se trabajaba con el fondo educativo regional FER que luego de que desapareció ya lo presentaba la gobernación ya entonces trabajé con el programa de educación especial como en Istmina y en Quibdó (...) fueron como cinco años que laboré la fecha exacta no la recuerdo ahorita (,,,) como en el 2005, como en el 95, de verdad que no recuerdo porque fue hace tanto tiempo..."*. Allegó además, certificaciones expedidas por la Secretaría de Educación y Cultura donde acredita su vinculación con aquella.

ESMIRNA MENA CUESTA rindió declaración el 17 de septiembre de 2021 ante la Corte Suprema de Justicia¹²⁹, refiere que es profesional como Trabajadora Social de la Universidad Jorge Luis Córdoba y en la actualidad se desempeña como tal en la Gobernación del Chocó en la Oficina de Integración Social supervisando el PAE, trabajo que realiza desde el año 2014, pero recuerda que inicialmente se vinculó con el FER y ha residido en Quibdó. Con relación a su vinculación con el FER cuenta que laboró como *"trabajadora*

¹²⁸ Cfr, record minuto 11:07 – 01:32:38, c. 3 conocimiento, folio 132

¹²⁹ Cfr, Ibdem record minuto 1:32:40 – 2:33:00, folios 132, 142-143

social dos años seguidos (...) en el 97, 98 más o menos esa fecha...” su función correspondía con “... ahí mismo en Quibdó, con los trabajadores la parte social como era talleres, encuestas, dar charla, duré dos años...”, explica que se trató de dos contratos, en el año 1997 terminó uno y en 1998 comenzó otro y luego no se lo renovaron más, recuerda que cuando estaba en FER fungió como docente y la enviaron al Colegio Armando Luna a dictar clase de 6 a 10 de la noche, sobre ética valores, deserción escolar, ello ocurrió en el segundo contrato, pues en el primero trabajó con la parte administrativa. Aportó constancia dictada por el Fondo Educativo Regional del Chocó del 25 de abril de 2001, donde refiere su vinculación entre el 1º de enero de 1998 al 31 de diciembre de 1999.

ALFREDO GARCÍA QUEJADA el 14 de octubre de 2021 compareció ante la Corte Suprema de Justicia¹³⁰, donde señaló haber estudiado hasta el grado 3º de primaria, hace bastante no trabaja y cuando lo hacía era albañil y fue propietario de un establecimiento de comercio conocido como “granero”. Refiere que trabajó en el FER como vigilante pero no recuerda cuando ocurrió, al menos tendría unos 50 años y lo desarrolló en la Alameda por un lapso de cuatro años, se trataba de un lugar donde había oficinas.

Así entonces, con excepción del señor PATRICIO MECHA FORASTERO –la cédula corresponde al número 11.803.278-¹³¹ quien habría fallecido el 10 de abril de 2018¹³², JOSE JULIAN CORDOBA RIVAS y ELVIRA PINO MOSQUERA quienes no

¹³⁰ Cfr, record minutos 22:00 – 36:00, c. 3 conocimiento original, folio 174

¹³¹ En el certificado del 28 de julio de 2006 aparece 11.803.279

¹³² C. 2 conocimiento original, folio 108 - Informe de Policía Judicial del 25 de enero de 2021

pudieron ser ubicados para rendir testimonio, a lo que la defensa renunció a su interrogatorio¹³³ y CLEOTILDE RIOS FORASTERO así como FREDY CUESTA, quienes declararon haber sido docentes adscritos al Departamento del Chocó, se pudo constatar con base en los testimonios que era lógico que no se hallaren soportes de la vinculación de las otras 7 personas indicas en la gráfica¹³⁴ a la Secretaría de Educación del Departamento del Chocó, pues si bien podrían haber hecho parte del cuerpo administrativo de la entidad a través del Fondo Educativo Regional como lo adujo el defensor de **MOSQUERA LOZANO** en sus alegatos conclusivos, no actuaron en forma alguna como “*docentes*”, afirmación constante en el certificado que resulta reprochable desde el punto de vista objetivo, en torno al ilícito objeto de estudio, pues falsamente se les adjudicó a varias personas una condición que según lo reportado por la misma entidad no tuvieron, como se puede resumir en el cuadro siguiente:

NOMBRE	VINCULADO COMO
ALFREDO GARCÍA QUEJADA	VIGILANTE
ALBERTO MARMOLEJO	VIGILANTE
CRUZ MARINA LOZANO IBARGUEN	TRABAJADORA SOCIAL
GENITH HERNANDEZ PINO	SECRETARIA
DIANA DEL CARMEN FIGUEROA L.	ADMINISTRATIVA DOCENTE
NIVE DEL CARMEN MOSQUERA PINO	AUXILIAR DE SECRETARÍA
ERMIRNA MENA CUESTA	TRABAJADORA SOCIAL

¹³³ Cfr. c. 4 original conocimiento, folio 176

¹³⁴ Op. cit., pág. 77

El mismo documento arriba citado¹³⁵, refiere que en realidad fueron 23 de las personas enlistadas (42) quienes fueron desvinculados en julio de 2004, pero ello ocurrió con Decreto 430 del 21 de julio de 2004, no el 30 de julio de 2004 como lo indica el **certificado del 28 de julio de 2006**. Son ellos:

No.	CEDULA	NOMBRE	DESDE	HASTA
1	4.795.980	JOSE DE LA CRUZ CHAVERRA V.	01/01/2004	21/07/2004
2	4.809.348	RAMIRO PALACIOS CORDOBA	18/12/2003 ¹³⁶	21/07/2004
3	26.258.428	SARAY PALACIOS AGUALIMPIA	21/04/2003	21/07/2004
4	26.328.196 ¹³⁷	AURELINA MOSQUERA AGUALIMPIA	01/01/2004	21/07/2004
5	26.366.610	JUSTINA CANUMPIA VIPIRO ¹³⁸	01/01/2004	21/07/2004
6	39.308.000	MARIA LUISA OREJUELA QUINTO	20/01/2003	21/07/2004
7	43.048.961	CRUSCELIS MURILLO BLANDON ¹³⁹	17/02/2003	21/07/2004
8	54.250.922	JUSTA MENA CUESTA	17/02/2003	21/07/2004
9	54.251.684	ANA FLORENCIA GAMBOA BEJARANO	21/04/2003	21/07/2004
10	54.258.684	ROSA JANNHEY CORDOBA CAICEDO	24/02/2003	21/07/2004
11	82.110.061	GUZMAN CAISAMO ISARAMA ¹⁴⁰	26/09/2003	21/07/2004
12	26.258.353 ¹⁴¹	ELODIA SALLY PEREA SANTOS	01/01/2004	21/07/2004
13	54.253.932	ZOLA INERVA DOMINGUEZ ARROYO ¹⁴²	24/04/2003	21/07/2004
14	4.825.040 ¹⁴³	GABRIEL PALACIOS MENDOZA	20/01/2003	21/07/2004
15	11.707.443	PLINIO CABRERA IZARAMA	26/09/2003	21/07/2004
16	54.258.740	MAGNOLIA CASTRO PALACIOS	01/01/2004	21/07/2004
17	54.255.613	LUCY RAQUEL DIAZ PALACIOS	01/01/2004	21/07/2004
18	4.859.840	LUCIO CHAMORRO FORASTERO	01/01/2004	21/07/2004
19	54.252.124	MARCELINA PALACIOS PALACIOS	21/04/2003	21/07/2004
20	26.274.547 ¹⁴⁴	TIRSA MARIA GARCIA CASTRO	18/12/2003	21/07/2004
21	43.340.329	ANA TERESA MORENO CORDOBA	01/01/2004	21/07/2004
22	26.393.780	LUZ ELSA MOSQUERA MOSQUERA ¹⁴⁵	01/02/2004	21/07/2004
23	26.296.530	YENFA OSIRIS CASTRO CORDOBA	01/01/2004	21/07/2004

¹³⁵ Op. cit, pág. 76

¹³⁶ Por Decreto 1177 de 2003, cuaderno 1 conocimiento original, folio 154-158

¹³⁷ En el certificado aparece 27.328.196

¹³⁸ En el certificado aparece JUSTINA CONUMPIA UIPADO

¹³⁹ En el certificado aparece 43.011.696, CRUZ CELIS MURILLO BLANDON

¹⁴⁰ En el certificado aparece CAIZAMO GUZMAN ISARAMA

¹⁴¹ En el certificado aparece 26.258.807

¹⁴² En el certificado aparece DOMINGUEZ ARROLLO ZOLA INERVA, por Decreto 0372 de 21 de abril de 2003, c. 1 original conocimiento, folio 196-199

¹⁴³ En el certificado aparece 4.825.406

¹⁴⁴ En el certificado aparece 26.274.54

¹⁴⁵ En el certificado aparece LUZ ELSA MOSQUERA M.

Los nombres enlistados corresponden a los mismos descritos en las líneas 1, 2, 4, 5, 6, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 31 y 37 del certificado del 28 de julio de 2006.

Se aprecia además, conforme lo reporta el Oficio del 17 de abril de 2015 arriba citado y también lo hace el Oficio del 23 de abril de 2015 firmado por Milton Ariel Mosquera Mena como Director Talento Humano (E) Administración Temporal para el Sector Educativo Departamento del Chocó¹⁴⁶, que varias de las personas mencionadas en el certificado se habrían vinculado a la entidad en fechas muy cercanas o posteriores a las que se les certificó como de desvinculación y que esto último habría ocurrido mucho después de la allí señalada, sin que conste que laboraren allí mismo en periodos anteriores. Veamos:

N.	CEDULA	NOMBRE	DESDE	HASTA	SEGUN CERTIFICAD HASTA
1	11.795.809	MILTON HAROL TAPIAS BEJARANO	23/07/2004	11/12/2006	30/07/2004
2	4.809.348	MARTHA ISABEL RIOS MARMOLEJO ¹⁴⁷	04/08/2004	12/12/2006	30/07/2004
3	4.846.788	MISAEEL MECHA CAIZAMO	11/11/2004	11/12/2006	30/07/2004
4	35.601.372	KETTY YANETH HINESTROZA CORDOBA	10/07/2004	29/06/2008	30/07/2004
5	43.046.881	IGNACIA TOVAR MOYA ¹⁴⁸	18/08/2007	VIGENTE	30/07/2004

Adicionalmente, de acuerdo a varios actos administrativos que fueron allegados al expediente, se pudo corroborar que aunados a los señalados por la citada dependencia de Talento Humano, otras personas indicadas en el **certificado del 28 de julio de 2006** fueron vinculadas a la entidad territorial para la misma época o con posterioridad a la fecha en que se signó su

¹⁴⁶ C. 2 fiscalía original, folios 167-178

¹⁴⁷ Por Decreto 435 de 23 de julio de 2004, c. 1 original conocimiento, folios 159-161

¹⁴⁸ Ibidem, folios 186-195

desvinculación en éste; es decir, que si bien pudieron haber culminado su vinculación para la época indicada en el certificado, luego continuaron laborando para ésta misma:

No.	CEDULA	NOMBRE	DECRETO VINCULACIÓN	SEGÚN CERTIFICADO HASTA
1	11.707.443	CABRERA IZARAMA PLINIO	0574 DEL 01/10/2004 ¹⁴⁹	30/07/2004
2	39.308.000	OREJUELA QUINTO MARIA LUISA	0435 DEL 23/07/2004 ¹⁵⁰	30/07/2004
3	4.859.840	CHAMORRO FORASTERO LUCIO	0574 DEL 01/10/2004 ¹⁵¹	30/07/2004
4	54.258.740	CASTRO PALACIOS MAGNOLIA	0318 DEL 22/06/2007 ¹⁵²	30/07/2004
5	28.298.530	CASTRO CORDOBA YENFA OSIRIS	1399 DEL 06/08/2014 ¹⁵³	30/07/2004
6	54.253.932	ZOLA MINERVA DOMINGUEZ ARROYO	0317 DEL 22/06/2007, 008 DEL 18/02/2008 ¹⁵⁴	30/07/2004
7	54.251.884	AMA FLORENCIA GAMBOA BEJARANO	0388 DEL 28/07/2008, 0100 del 10/02/2009 ¹⁵⁵	30/07/2004

Se advierte también que en la línea 38 del cuadro consignado en el **certificado del 28 de julio de 2006** aparece como beneficiaria de la sanción moratoria por no pago de cesantías MARIA DE LOS ANGELES FLORES M. de quien se refiere se desvinculó el 7 de julio de 1996, persona ésta que conforme al Oficio del 17 de abril de 2015 reiterado en el Oficio del 23 de abril de 2015 -ambos arriba indicados-, en realidad prestó sus servicios al Departamento del Chocó en el cargo de auxiliar administrativo. Adicionalmente, obra copia del proceso ejecutivo laboral 270013105001200700599 del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó¹⁵⁶, donde consta la Resolución No. 0715 del 1° de agosto de 2002 por la

¹⁴⁹ Cuaderno 1 original conocimiento, folios 162-166

¹⁵⁰ Ibidem, folios 167-171

¹⁵¹ Ibidem, folios 167-171

¹⁵² Ibidem, folios 176-182

¹⁵³ Ibidem folios 183-185

¹⁵⁴ Ibidem folios 205-210

¹⁵⁵ Ibidem, folios 211-225

¹⁵⁶ C. 3 anexo original fiscalía

que se le reconoce "... valores por concepto de prestaciones sociales adeudadas" por el periodo laborado del 2 de enero de 1988 a 7 de julio de 1996¹⁵⁷ y Resolución No. 2003 del 4 de diciembre de 2002 firmada por Gobernador del Chocó Encargado para entonces donde se reconoce -entre otros- a MARIA DE LOS ANGELES FLOREZ MARTINEZ sanción moratoria por el no pago de cesantías¹⁵⁸; luego, con Interlocutorio No. 1980 del 31 de octubre de 2007 se libra mandamiento de pago a favor de ésta -entre otras personas- por \$12.674.625¹⁵⁹ y finaliza con Auto interlocutorio No. 502 del 1º de junio de 2009 donde se declara terminado definitivamente el proceso por pago total de la obligación¹⁶⁰, determinación que luego fue revocada con Auto interlocutorio del 22 de septiembre de 2009, por cuanto se advirtió que MARIA DE LOS ANGELES FLOREZ MARTINEZ no habria ofrecido poder o contrato de cesión de crédito para dicho trámite, al tiempo que se ordenó al ejecutante la devolución de \$86.120.401¹⁶¹. Así, se concluye que **MOSQUERA LOZANO** falsamente, a través del documento que suscribió, promovió en nombre de aquella el reconocimiento de sanción moratoria por no pago de cesantías a pesar que las mismas no sólo le habrían sido reconocidas con antelación sino también liquidadas.

Ahora bien, debe añadirse que una de las falencias valoradas como hecho indicador del delito de prevaricato por acción¹⁶², relacionada con la indicación de varios nombres y

¹⁵⁷ Ibidem, folios 86, 52-67

¹⁵⁸ Ibidem, folios 68-70

¹⁵⁹ Ibidem, folios 90-94

¹⁶⁰ Ibidem, folio 262

¹⁶¹ Ibidem, folios 276-279

¹⁶² Ver folios 63 de esta providencia

número de identificación que no corresponden en forma alguna a los datos que al respecto reporta la Registraduría Nacional del Estado Civil son demostrativas de la materialidad del delito de falsedad ideológica en documento público, pues en efecto se consignó en el documento información mendaz y que en no pocos casos se trató de un mero yerro de digitación como lo propuso la defensa, sino de alteraciones que alcanzaron a cambiar por completo la identidad de supuestos beneficiarios de la sanción moratoria.

En resumen, se acreditó que el **certificado del 28 de julio de 2006** por el cual efectúa reconocimiento de sanción moratoria por no pago oportuno de cesantías definitivas, suscrito por **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** es falaz en varios apartes de su contenido, como que *i)* señaló como beneficiarios a personas que fungieron como “*docentes*” adscritos al departamento sin que tuvieran esa condición, *ii)* consignó una fecha de desvinculación distinta a la que consta en los soportes *iii)* señaló como desvinculadas a personas que en realidad fueron contratadas poco antes o después de la fecha del certificado *iv)* reconoció la sanción moratoria a MARIA DE LO ANGELES FLORES a quien por entonces ya se habría reconocido y liquidado la misma y *v)* alteró los nombres y número de identificación de varios de los beneficiarios.

Se concluye entonces que se actualizan todos los elementos objetivos que describe el tipo penal, en tanto se acreditó que el **certificado del 28 de julio de 2006** fue expedido por el acusado **MOSQUERA LOZANO** cuando gozaba de la condición de servidor público y en ejercicio de sus

funciones, su contenido sirvió de prueba haciendo las veces de título ejecutivo, justamente para la tramitación de un proceso ejecutivo laboral y en su interior contiene varias aseveraciones contrarias a la verdad, siendo entonces objetivamente típico el comportamiento endilgado.

Sin embargo, a tono con lo señalado por el representante del Ministerio Público en sus alegatos finales¹⁶³ encuentra la Sala que la descripción del delito de *"falsedad ideológica en documento público"* está contenida dentro de los elementos que constituyen el ilícito de *"prevaricato por acción"* más atrás analizado, por lo que nos encontraríamos frente a un concurso aparente de tipos penales, que ha sido definido por esta Corporación de la siguiente manera:

"El concurso aparente de delitos ocurre -que bien se ha clarificado es solo un aparente concurso-, cuando una misma situación de hecho desplegada por el autor pareciera adecuarse a las previsiones de varios tipos penales, cuando en verdad una sola de estas normas es aplicable al caso en concreto, atendiendo razones de especialidad, subsidiaridad o consunción que las demás resultan impertinentes por defectos en su descripción legal o porque las hipótesis que contienen van más allá del comportamiento del justiciable.

Se trata, por ende, de un formal acomodamiento de la conducta a dos disímiles descripciones que la punen en la ley, solo que el análisis de sus supuestos bajo aquellos postulados generales de contenido jurídico elaborados por la doctrina posibilitan descartar su material concurrencia, por entrar, preferiblemente, uno de ellos a colmar en los distintos órdenes de los principios que los regulan, con mayor amplitud en sus características estructurales, o en el desvalor de conducta que es predicable o en el nivel de afectación del bien jurídico que es objeto de tutela con su contemplación legal.

La jurisprudencia ha señalado que el concurso aparente de tipos penales tiene como presupuestos básicos (i) la unidad de acción, esto

¹⁶³ C. 4 original conocimiento, folios 128-145

es, que se trata de una sola conducta que encuadra formalmente en varias descripciones típicas, pero que realmente sólo encaja en una de ellas, (ii) que la acción desplegada por el agente persiga una única finalidad y (iii) que lesione o ponga en peligro un solo bien jurídico, de manera tal que la ausencia de uno de tales elementos conduce a predicar el concurso real y no el aparente¹⁶⁴.

No obstante, la Sala de Casación Penal ha explicado que este último presupuesto básico, depende del principio sobre el cual recaiga su aplicación, esto es si el concurso aparente de tipos proviene de la *especialidad, subsidiariedad o consunción*, que ha explicado de la siguiente forma:

*“Una norma penal es especial cuando describe conductas contenidas en un tipo básico, con supresión, agregación, o concreción de alguno de sus elementos estructurales. Por consiguiente, para que un tipo penal pueda ser considerado especial respecto de otro, es necesario que se cumplan tres supuestos fundamentales: 1) que la conducta que describe esté referida a un tipo básico; b) Que entre ellos se establezca una relación de género a especie; y, c) Que protejan el mismo bien jurídico. Si estos presupuestos concurren, se estará en presencia de un concurso aparente de tipos, que debe ser resuelto conforme al principio de especialidad: *lex specialis derogat legi generali*.*

Un tipo penal es subsidiario cuando solo puede ser aplicado si la conducta no logra subsunción en otro que sancione con mayor severidad la transgresión del mismo bien jurídico. Se caracteriza por ser de carácter residual, y porque el legislador, en la misma consagración del precepto, advierte generalmente sobre su carácter accesorio señalando que solo puede ser aplicado si el hecho no está sancionado especialmente como delito, o no constituye otro ilícito, como acontece, por ejemplo, con el abuso de autoridad (art.152, modificado por el 32 de la ley 190 de 1995), o el empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos (artículo 198 ejusdem), entre otros.

¹⁶⁴ Ver entre muchas otras, CSJ SP 15 junio 2005, rad. 21629. CSJ SP, feb. 18 2000, rad. 12820. SP. Jul. 16 de 2014, rad. 41800. SP, ago. 14 2012, rad. 39160. CSJ SP 9 de marzo 2006, rad. 23755. CSJ SP 10 de mayo 2001, rad. 14605. CSJ SP 15 junio 2005, rad. 21629. CSJ SP 17 agosto 2005, rad. 19391.

(...)

Finalmente se tiene **el tipo penal complejo o consuntivo**, que por regla general se presenta cuando su definición contiene todos los elementos constitutivos de otro de menor relevancia jurídica. **Se caracteriza por guardar con éste una relación de extensión-comprensión, y porque no necesariamente protege el mismo bien jurídico**. Cuando esta situación ocurre, surge un concurso aparente de normas que debe ser resuelto en favor del tipo penal de mayor riqueza descriptiva, o tipo penal complejo, en aplicación del principio de consunción: *lex consumens derogat legis consumptae*¹⁶⁵. (Subrayado y negrillas de la Sala)

Sobre este último principio, explicó la Corte "el juicio de desvalor de uno de los comportamientos en aparente concurso, consume el juicio de desvalor del otro delito, dado que la entidad de este último no trasciende ni cobra autonomía en punto de la lesión al bien jurídico tutelado, en la medida que su punición ya ha sido establecida por el legislador al tipificar el otro comportamiento"¹⁶⁶, de lo que se extrae que en definitiva la consunción como uno de los presupuestos del concurso aparente de tipos, se genera cuando de dos o más tipos penales que en efecto poseen su propia identidad y existencia¹⁶⁷, pero que en todo caso se relacionan conforme a un mismo supuesto fáctico desarrollado también por un mismo autor, se advierte que uno de estos resulta aún más amplio que otro en los elementos que lo componen y por ende el juicio de desvalor de aquel torna inane el mismo ejercicio frente a este último, el cual pierde entonces su relevancia jurídica dentro de esa relación, de ahí que la consecuencia no puede ser otra que sólo se proceda por el primer delito, ello, sin consultar homogeneidad

¹⁶⁵ CSJ SCP, 18 feb. 2000, rad. 12820

¹⁶⁶ CSJ SCP, 26 ene. 2005, rad. 21474

¹⁶⁷ CSJ SCP, 10 ago. 2016, rad. 47660

en el bien jurídico tutelado y por aplicación del principio *non bis in idem*.

Descendiendo al caso concreto y como se expuso *ut supra*, analizada la responsabilidad penal de **ROGER PASTOR MOQUERA LOZANO** frente al delito de prevaricato por acción, se evidenció que con la suscripción del **certificado del 28 de julio de 2006** se desconocieron varias normas legales que regulaban *ex ante* su expedición y que incluso señalaban las consecuencias de aquella, acto que como se explicó, resultó en manifiestamente contrario a la ley.

Ello, en tanto *i)* produjo el reconocimiento de sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías definitivas a personas que no habían elevado solicitud alguna en tal sentido, *ii)* luego de su reconocimiento no se ocupó de procurar su pago en el término legal establecido, *iii)* no acompañó tal reconocimiento de certificado de disponibilidad presupuestal ni registro presupuestal, *iv)* no se trataba de una decisión con carácter urgente que debiera agotar durante el lapso en que estuvo encargado de la Gobernación del Chocó y *v)* además efectuó el reconocimiento de la sanción moratoria a personas sobre las que ya habría caducado el derecho a reclamarla.

Por otra parte, **MOSQUERA LOZANO** dictó el **certificado del 28 de julio de 2006** en su condición de Gobernador encargado del Chocó y dentro del mismo consignó sendas falsedades como que *i)* confirió la condición de docentes a quienes no la tenían, *ii)* señaló fechas de desvinculación distintas a las que realmente ocurrieron, *iii)* reconoció la sanción moratoria a MARIA DE LOS

ANGELES FLORES sobre quien ya habría obrado reconocimiento y pago, y iv) ofreció información mendaz para algunos nombres y documentos de identidad, por lo que, -como se ya se analizó- habría también agotado la descripción típica del delito de falsedad ideológica en documento público; empero, se advierte que estos hallazgos también pueden resultar inmersos dentro de la figura delictiva más arriba indicada, que por su mayor riqueza descriptiva, afectaría esta última por consunción, evidenciándose entonces un concurso aparente de tipos en favor del punible contra la administración pública. Nótese que las conductas, en definitiva, provienen de un mismo supuesto fáctico, como fue la expedición del pluricitado certificado, acto con el cual, acorde con la acusación, agotó los dos comportamientos ilícitos citados y que -puede advertirse- como producto del desconocimiento de las normas legales aplicables y su manifiesta contrariedad, se consignaron afirmaciones falaces en el mismo.

La Sala de Casación Penal de esta Corporación lo explicó así en un caso similar:

"El anterior análisis obliga concluir que, cuando un servidor público profiera un dictamen, resolución o concepto, realizando apreciaciones probatorias sesgadas u opuestas a la realidad del proceso, que propendan por otorgar una apariencia de adecuada motivación a lo que en últimas constituye un pronunciamiento injusto y manifiestamente contrario a la ley, estará incurriendo, al menos objetivamente, en el delito de prevaricato por acción, presentándose un concurso aparente con el delito de falsedad ideológica en documento público, que se resuelve por el principio de consunción, pues, el desvalor del delito de prevaricato por acción consume el desvalor del delito de falsedad ideológica en documento público, bajo el entendido que este último se integra al anterior".

Y agregó:

“Distinto es lo que ocurre cuando el mismo servidor público, en ejercicio de sus funciones, al extender un documento público que pueda servir de prueba consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, y con base en él, profiera una decisión manifiestamente contraria a la ley, pues, en este caso se trata de un concurso material o real, ya que la falsedad sirve de delito medio al delito fin, el prevaricato, en un contexto de secuencialidad fáctica ontológica y jurídicamente separable¹⁶⁸”

Entonces, la Sala habrá de impartir absolución a nombre de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** por el delito de falsedad ideológica en documento público, en tanto se advierte que en este asunto este delito está afectado por el fenómeno del concurso aparente de tipos por consunción frente al ilícito de prevaricato por acción, por el que –como se anticipó– se impartirá condena.

7. Peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía

Está descrito en el artículo 397 del Capítulo Primero (*“Del peculado”*) del Título XV (*“Delitos contra la administración pública”*) del Libro Segundo del Código Penal (Ley 599 de 2000), con el siguiente tenor literal:

“Artículo 397. Peculado por apropiación. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado y sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

¹⁶⁸ CSJ SCP, 10 ago. 2016, rad. 47660

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes...".

De acuerdo a la descripción de la conducta típica su estructuración demanda *a* un sujeto activo calificado, en este caso servidor público, *b*) apropiación de bienes del Estado o de empresas o instituciones donde aquél tenga parte o de bienes o fondos parafiscales o particulares que se le hayan confiado por razón o con ocasión de sus funciones *c*) que la apropiación se produzca en provecho propio o de un tercero *d*) que el agente posea competencia funcional o material para disponer de éstos.

En torno al primer aspecto a valorar, esto es la condición de sujeto activo calificado, la Sala de Casación Penal de esta Corporación ha decantado que sobre aquel *"...debe concurrir la potestad de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de sus atribuciones. La relación entre el funcionario público y los bienes oficiales puede ser material o jurídica no necesariamente originada en una asignación de competencia, basta que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional"*¹⁶⁹, es decir que no resulta necesario como atributo del sujeto activo que posea la disponibilidad directa de los bienes, sino que también deriva de una potestad jurídica que se le brinda para que disponga sobre su destino¹⁷⁰.

Ahora, con relación al momento en que se consuma el delito, la Sala de Casación Penal ha definido que éste se

¹⁶⁹ CSJ SCP, 8 nov. 2017, rad. 43263

¹⁷⁰ CSJ SCP, 6 mar. 2003, rad. 18021

presenta *“cuando el servidor público sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga. El acto de sustracción priva al Estado de la facultad dispositiva de los recursos, sin que forzosamente quien cumple la acción entre a disfrutar o gozar de aquellos, es suficiente que impida al Estado seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público”*¹⁷¹, de donde se decanta que se trata de un ilícito de carácter instantáneo que se materializa cuando el bien público es objeto de disposición o incorporación al patrimonio del servidor público o un tercero, esto último lo cual caracteriza la conducta como de resultado, en tanto si no se concreta esta disposición del objeto material, el comportamiento sólo sería tentado. Empero, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha explicado que –en casos como el presente- donde la apropiación tendría origen en un acto administrativo, el momento consumativo en mención puede ser distinto de la decisión que ampara la disposición del bien, pues si bien en algunos casos la decisión en si misma conlleva su materialización –como cuando, por ejemplo, el servidor judicial toma para sí recursos que le fueron entregados por una parte a manera de pago de una caución, una multa, etc.-, en otros conlleva un acto complejo, como cuando una decisión administrativa o judicial ordena el pago ilegal de dineros del Estado a un tercero y tiempo después se emiten los títulos o mandamiento de pago de aquellos para que el tercero se los apropie, momento este último donde acontece la consumación del delito. Así lo explicó la Corte¹⁷²:

¹⁷¹ CSJ SP, 10 oct. 2012, rad. 38398

¹⁷² CSJ SP, 28 jun. 2017, rad. 49020

*"Está suficientemente decantado por la doctrina y la jurisprudencia que el delito de peculado por apropiación es de carácter instantáneo, por manera que se consuma cuando quiera que el bien público es objeto de un acto externo de disposición o de incorporación al patrimonio del servidor público o de un tercero, que evidencia el ánimo de apropiárselo*¹⁷³.

(...)

Esta es la situación predicable de los funcionarios judiciales, en la medida en que ostentan un vínculo con los bienes públicos respecto de los cuales adoptan decisiones, que les permite disponer de ellos a través de providencias vinculantes para las partes e investidas de la presunción de acierto y legalidad. Por ello, ha sostenido la Sala, cuando quiera que se apartan de su cometido legal y constitucional, para otorgar ilegítimamente a particulares derechos sobre bienes públicos, actualizan el tipo de peculado por apropiación.

*No obstante, ello no puede llevar al extremo de afirmar, como se deduce en el fallo impugnado con sustento en pretérita decisión de esta Corporación*¹⁷⁴, *que el delito se consuma por la sola razón de las funciones oficiales, pues, sin perjuicio de que no se precise para su estructuración la producción de un resultado, sí exige la acción de apropiarse*¹⁷⁵ *del patrimonio público, ya sea directamente o a través de un acto de disposición jurídica que se materialice sobre aquél.*

*En otras palabras, se requiere que esa facultad legal de disposición, derivada -esta sí- de las funciones atribuidas al funcionario judicial y que le permite ordenar la entrega o pago de rubros de naturaleza pública, "se traduzca en el cumplimiento de la decisión, que puede operar en momento más o menos cercano a su expedición, o diferirse en el tiempo de conformidad con la naturaleza de lo ordenado"*¹⁷⁶.

*Ahora bien; hay asuntos en los que el momento consumativo de la conducta punible se identifica con el de proferimiento de la decisión judicial, como cuando esta por sí sola "sustraer el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga"*¹⁷⁷. *No así cuando la realización de la conducta prohibida es producto de un acto complejo en el que*

¹⁷³ CSJ AP, 18 abr. 2012, rad. 38188

¹⁷⁴ Se trata de la providencia SP, 6 mar. 2013, rad. 19021, en la cual la Sala afirmó la consumación de la conducta punible de peculado por apropiación por razón de las funciones oficiales que cumplía el procesado, en contraposición a la posible estructuración de un delito de estafa.

¹⁷⁵ "tomar para sí alguna cosa, haciéndose dueño de ella, por lo común de propia autoridad". Diccionario Usual. Real Academia Española

¹⁷⁶ CSJ. SP, 20 feb. 2013. Rad. 39353. También CSJ. SP, 2 jul. 2014. Rad. 38356.

¹⁷⁷ CSJ SP, 10 oct. 2012, rad. 38.396.

converge la voluntad del juez que ilegalmente ordena el pago de lo no debido, pues en estos casos, la consumación acaece cuando ese acto de disposición jurídica se concreta en acciones que distraen el bien del patrimonio del Estado, despojándolo así de su función pública.

El delito, como expresión del comportamiento humano, requiere para su consumación la ejecución de todos los actos propios de la descripción típica. En este orden, la emisión de una decisión contraria a derecho que reconoce ilegalmente una acreencia a cargo del Estado constituye un acto ejecutivo que da inicio a la conducta desvalorada de peculado, pero no la colma. En consecuencia, si el fallo no se concreta en actos materiales de disposición sobre el erario, la conducta se queda en su fase tentada por ausencia de uno de los elementos esenciales del peculado por apropiación: el adueñarse para sí o para otro de bienes de naturaleza pública⁷⁸. (Subrayado y negrillas de la Sala)

Pues bien, con base en el derrotero fijado, se abordará el examen de las distintas categorías dogmáticas encaminadas a determinar la eventual responsabilidad penal del acusado.

7.1 De la tipicidad

7.1.1 De la tipicidad objetiva

Como se ha expuesto con antelación¹⁷⁸, **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** fungió como Gobernador encargado del Departamento del Chocó en el periodo del 26 al 28 de julio de 2006, ello conforme a nombramiento que se le hiciera a través del Decreto No. 0387 del 26 de julio de 2006 suscrito por el Gobernador Julio Ibarguen Mosquera¹⁷⁹ y que dentro de las funciones que le fueron discernidas, por su condición de representante legal del ente territorial durante ese periodo,

¹⁷⁸ Ver página 41 de esta providencia

¹⁷⁹ C. 1 fiscalía original, folio 19

conforme lo indicado en el artículo 110 del Decreto 111 de 1996 se hallaba la de *“... comprometer a nombre de la persona jurídica de la que hagan parte y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la misma sección...”*, por lo que claramente reúne la condición especial que reclama el tipo penal para ser sujeto activo del mismo, pues no sólo se trataba para entonces de un servidor público, sino que se hallaba facultado para administrar los bienes del ente territorial.

En ese escenario, **MOSQUERA LOZANO** suscribió el **certificado del 28 de julio de 2006**, por el que indicaba que *“... las personas que a continuación se relacionan laboraban en el cargo de Docentes, al servicio de la Gobernación del Departamento del Chocó y se les adeuda la Sanción Moratoria contemplada en las leyes 244 de 1.995, por el no pago oportuno de sus Cesantías definitivas...”* aludiendo entonces a 42 personas, sobre las cuales ofreció sus nombres, números de cédula –con sendas inconsistencias como se explicó *ut supra*–, fecha de desvinculación y salario. Dicho acto jurídico, como quedó plenamente decantado en el acápite correspondiente al análisis del delito de prevaricato por acción, fue dictado en manifiesta contradicción a varias disposiciones legales y resultó base para la apropiación por terceros de recursos públicos del Departamento del Chocó, como se verá:

En efecto, el **certificado del 28 de julio de 2006** fue utilizado por la abogada Diana del Carmen Figueroa Lemos para impulsar demanda ejecutiva laboral en contra del Departamento del Chocó y en nombre de las personas aludidas en dicho documento, justamente para que se librara

mandamiento de pago por un total de \$1.179.097.000, cuantía a la que se debían sumar intereses, costas y agencias en derecho, en tanto también se reclamó medida cautelar de embargo y secuestro de los dineros del Sistema General de Participación del Departamento del Chocó.¹⁸⁰

La demanda fue admitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó bajo el radicado 2007-00692 con providencia del 4 de diciembre de 2007, misma fecha en la cual libró mandamiento de pago por vía ejecutiva en los términos indicados en la demanda, al tiempo que ordenó el embargo y retención de dineros que tuviere el ente territorial demandado por valor de \$1.800.000.000, medida esta última que fue comunicada al Banco Popular de Quibdó en esa misma fecha¹⁸¹, el cual en efecto acogió dicho mandato judicial como se refleja en la relación de embargos que allegó al proceso¹⁸².

Posteriormente, el 19 de diciembre de 2007, el abogado JACKSON VARGAS CAICEDO actuando como Asesor Jurídico del Departamento del Chocó, junto con la abogada DIANA DEL CARMEN FIGUEROA LEMOS, solicitaron al Juzgado aceptar una transacción que habrían elaborado por la suma de \$1.046.343.946, más las agencias en derecho que serían tasadas por ese ente de justicia. Al efecto, con Auto interlocutorio del 6 de febrero de 2008 que fue posteriormente aclarado con Auto del 25 de febrero de 2008¹⁸³ se aprobó la transacción propuesta en tanto se fijaron las agencias en

¹⁸⁰ C. 1 anexo original fiscalía, folios 49-54

¹⁸¹ *Ibidem*, folios 55-60

¹⁸² C. 2 fiscalía original, folio 12, 32, 48, 49,

¹⁸³ Nuevamente lo corregiría con Auto del 18 de marzo de 2009, ver folio 214 *ibidem*

derecho en \$83.707.516, para un total de \$1.130.051.462¹⁸⁴. Luego, atendiendo peticiones elevadas por la abogada Ana de Jesús Correa Perea –a quien Diana del Carmen Figueroa Lemos habría sustituido poder para actuar- el citado Despacho judicial con Autos del 12 y 22 de mayo de 2008 ordenó el embargo y secuestro de la cuenta del banco agrario 33030013669 denominada sobre tasa de combustible por \$1.130.051.462 y la cuenta 578245415 del Banco de Bogotá por un porcentaje que no superase los \$1.100.000.000¹⁸⁵; más tarde, con Auto del 21 de noviembre de 2008 decretó el embargo y retención de dineros de la cuenta No. 110380001170-0 del Banco Popular y 578373615 del Banco de Bogotá hasta \$998.984.462¹⁸⁶ para luego ordenar el embargo y retención de dineros remanentes en otros procesos laborales a favor del radicado 2007-00692¹⁸⁷.

El 15 de julio de 2009, el Juzgado Primero Laboral del Circuito señaló que para entonces se habrían cancelado \$874.710.694 y ordenó el fraccionamiento de un depósito judicial retenido por \$588.216.826,75 en tanto ambas sumas superaban el valor de la liquidación por \$1.130.051.461¹⁸⁸. Finalmente, con Auto interlocutorio No. 239 del 29 de marzo de 2012, el Juzgado declaró la terminación del proceso por pago total de la obligación al tiempo que ordenó el levantamiento de las medidas cautelares impuestas con ocasión de ese asunto y el traslado de los recursos provenientes

¹⁸⁴ Ibidem, folios 68-70, 72-73

¹⁸⁵ Ibidem, folios 88, 89

¹⁸⁶ Ibidem, folio 132

¹⁸⁷ Ibidem, folio 149

¹⁸⁸ C. anexo 1 original conocimiento, folio 255

del fraccionamiento antes mencionado, a manera de remanente, a otro proceso laboral¹⁸⁹.

Ahora bien, dentro del paginario del proceso ejecutivo laboral 2007-0692 obran las siguientes órdenes de pago de depósitos judiciales¹⁹⁰

	Número depósito	Fecha depósito	Fecha oficio	Valor	Pagare
1	433030000153397	18/06/2007	24/06/2008	\$43.689.000	Ana de J. Córdoba
2	433030000155154	14/07/2008	18/07/2008	\$43.689.000	Ana de J. Córdoba
3	433030000156836	13/08/2008	28/08/2008	\$43.689.000	Ana de J. Córdoba
4	433030000163319	25/11/2008	02/12/2008	\$43.689.000	Ana de J. Córdoba
5	433030000165194	18/12/2008	20/01/2009	\$43.689.000	Diana Figueroa L.
6	433030000166947	22/01/2009	27/01/2009	\$85.742.000	Diana Figueroa L.
7	433030000171654	31/03/2009	03/04/2009	\$51.663.000	Diana Figueroa L.
8	433030000172979	23/04/2009	12/05/2009	\$51.663.589	Diana Figueroa L.
9	433030000175858	08/06/2009	12/06/2009	\$51.663.589	Diana Figueroa L.
10	433030000135307	05/09/2007	16/06/2009	\$43.000.000	Diana Figueroa L.
11	433030000167955	04/02/2009	24/02/2009	\$147.811.105	Diana Figueroa L.
12	433030000170427	09/03/2009	18/03/2009	\$109.947.000	Edison Parra M.
13	433030000160493	16/10/2008	21/10/2008	\$43.689.000	Ana de J. Córdoba
14	433030000158790	17/09/2008	21/10/2008	\$19.424.000	Ana de J. Córdoba

Para la Sala, con la acreditación de las medidas cautelares de embargo y retención de dineros sobre las cuentas bancarias del Departamento del Chocó y el posterior desembolso de los títulos con cargo también al presupuesto departamental, queda demostrada la materialidad del delito de peculado por apropiación a favor de terceros enrostrado a **MOSQUERA LOZANO**, pues fue con ocasión del acto administrativo que impartió de manera fraudulenta que se produjo el reconocimiento de acreencias laborales, exigencia que se perfeccionó con el desarrollo del proceso laboral donde

¹⁸⁹ *Ibidem*, folio 325

¹⁹⁰ *Ibidem*, folios 111, 115, 117, 143, 164, 166, 219, 221, 227, 228, 248, 244, 252

finalmente se pagaron las cuantías allí reconocidas a los demandantes, siendo así que se produjo la apropiación de los dineros estatales por terceros.

También, de acuerdo a la jurisprudencia arriba transcrita¹⁹¹, la consumación del ilícito devino con la emisión por parte del Juez Primero Laboral del Circuito de Quibdó de la providencia del 4 de diciembre de 2007, donde con base en el certificado, emitió mandamiento de pago con su consecuente medida cautelar, pues a partir de entonces la entidad territorial fue privada de la posibilidad de disponer de recursos por valor de \$1.800.000.000. En efecto, la Sala de Casación Penal de esta Corte, en casos similares¹⁹² ha señalado que la providencia a través de la cual se ordena el pago *“... de cara a la consumación del delito de peculado por apropiación, constituye el acto mismo de apropiación, pues dada su naturaleza jurídica, a partir de ese momento esos rubros pasaron injustamente a manos de particulares...”*.

No existe duda que **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, con la suscripción del certificado de reconocimiento de acreencias laborales del 28 de julio de 2006, para cuya expedición no tuvo en cuenta ningún soporte que acreditara la existencia de la obligación ni la respaldó con certificado de disponibilidad presupuestal o registro presupuestal, -entre otras irregularidades que ya se advirtieron-, ocasionó un detrimento elevado al presupuesto del Departamento del Chocó y dispuso con esa manifestación de bienes del Estado para que fueran

¹⁹¹ Op. cit. CSJ SP, 10 oct. 2012, rad. 38396

¹⁹² Op. cit. CSJ SP, 28 jun. 2017, rad. 49020, también CSJ SP, 18 abr. 2012, rad. 38188

trasladados a manos de los demandantes, esto con independencia que el pago de los valores se hubiere dado paulatinamente.

Por cuenta del actuar ilícito de **MOSQUERA LOZANO** fue despojada la entidad territorial, -conforme a los títulos de depósitos judiciales reseñados-, de la suma de \$823.048.283. Vale señalar, en este punto, que para el año 2006 el salario mínimo mensual estaba calculado en la suma de \$408.000¹⁹³, por lo que sin duda el valor de lo apropiado superó ostensiblemente los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes¹⁹⁴, actualizándose lo indicado en el inciso segundo del artículo 397 del Código Penal, antes citado.

Ahora bien, frente a la manifestación de la defensa, alusiva a la imposibilidad de colegir que con la expedición del **certificado de julio de 2006** se hubiere librado orden de pago, dado el tiempo que transcurrió entre éste y la demanda laboral -1 año y 4 meses-; debe indicarse que tal conclusión no proviene de una inferencia sino de la evidencia allegada, esto es que el mencionado documento fue presentado con la demanda y fue la base sobre la cual el Juzgado laboral emitió mandamiento de pago al considerarlo título ejecutivo, como ya se decantó; así tampoco se encontró en el paginario de la actuación la inspección judicial a los archivos de la Gobernación del Chocó a que alude la defensa y que refiere fue la base del proceso ejecutivo, ni se halló evidencia demostrativa de la reubicación de los archivos del departamento del Chocó. Se reitera, de

¹⁹³ Decreto 4686 de 21 de diciembre de 2005

¹⁹⁴ De conformidad con el salario mínimo de 2008 (\$408.000), una cuantía de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes equivale a \$81.600.000

acuerdo al texto del Auto del 4 de diciembre de 2007 del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó, el título ejecutivo que se menciona como pilar del mandamiento de pago no fue otro que el **certificado del 28 de julio de 2006**, sin que el togado hubiere hecho alusión a inspección judicial alguna, misma que tampoco fue encontrada en el cuerpo del proceso laboral.

De igual manera no se atenderá la exculpación dirigida a trasladar la responsabilidad del acusado en los intervinientes en el proceso ejecutivo laboral, pues como el mismo defensor lo señala, la responsabilidad en este caso es individual y la incorrección es las actuaciones desplegadas por **MOSQUERA LOZANO** es la base del reproche penal; se ha acreditado que éste desplegó actos idóneos y materializó no solo este último comportamiento ilícito sino los más arriba valorados por lo que aún si se hubiere determinado el compromiso penal sobre alguno de los demás involucrados en el proceso ejecutivo laboral ello en forma alguna sustrae la responsabilidad del acusado en los mismos. De otra parte, la configuración del ilícito de peculado por apropiación a favor de terceros, no supone como uno de sus ingredientes la concertación entre el sujeto activo calificado y aquellos, por lo que ausencia de pruebas en tal sentido no tiene alcance para fincar la ausencia de responsabilidad del procesado ni resulta relevante para, por otro lado, determinarla.

7.1.2 De la tipicidad subjetiva

Con relación a este elemento, debe la Sala señalar que **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** evidentemente conocía que con la suscripción del **certificado del 28 de julio de 2006** reconocía una deuda del ente territorial a favor de los ciudadanos allí enlistados y que por ende se asumía una obligación dineraria, pues en principio ello se deduce de la lectura del documento y así también lo expuso en su versión libre donde aceptó que con éste se realizaba el reconocimiento de emolumentos laborales.

También, resultaba claro para el aforado que la función constitucional¹⁹⁵ que le fue conferida, conllevaba la facultad de ordenar el gasto departamental y direccionar el presupuesto y los recursos de la Gobernación del Chocó, -pues no de otra forma aceptaría la expedición del documento y habría indicado en indagatoria que el encargo como Gobernador suponía plenas facultades de administración¹⁹⁶- por lo que el acto administrativo suscrito suponía el desplazamiento de rubros del presupuesto para atenderlos y a pesar de ello y sin contar con un certificado que refiera el soporte para atender tal acreencia optó por seguir adelante con el reconocimiento que conllevó a la reclamación económica con la correspondiente afectación económica que ello supuso.

¹⁹⁵ La Corte Suprema de Justicia se ha referido a las funciones del Gobernador indicando que se trata de "esa suprema dirección asignada al gobernador dimana de un conjunto de disposiciones de orden constitucional y legal, en virtud de las cuales ejerce la representación legal del departamento y además es el agente del Presidente de la República para la ejecución de las políticas económicas nacionales..., ostenta la facultad de ordenación del gasto departamental, y cuenta, entre otras, con las siguientes atribuciones y deberes..., dirigir la ejecución del presupuesto y de los recursos cedidos por la nación para el beneficio del departamento" CSJ SP, 13 mar. 2013, rad. 37858

¹⁹⁶ Cfr, cuaderno 2 original fiscalía, folios 245-273

Esa actitud, decantada entonces en el reconocimiento de una acreencia laboral, sin soporte alguno documental o presupuestal, sin actos propios del procesado para proveer por su pago oportuno y directamente por parte de la entidad territorial, para que finalmente se consumara su apropiación a través de un mandamiento de pago, da cuenta del conocimiento de **MOSQUERA LOZANO** sobre los hechos que constituyeron el comportamiento y la procura por su materialización, en este caso la apropiación de terceros de dinero que para entonces pertenecía a la Gobernación del Chocó de la que era representante y por ende garante. En ningún caso se podría atribuir el comportamiento endilgado a una falta de previsión o cuidado del acusado, pues con claridad se aprecia que adelantó actos idóneos para proveer por el desplazamiento patrimonial –que sin duda resultan más evidentes con los hallazgos falaces en el contenido del certificado- y en forma alguna soportados en normas legales o al menos en documentos que acreditaran la preexistencia de la deuda.

7.2 De la antijuridicidad

La afectación al bien jurídico tutelado de la Administración Pública se acredita por una parte por la demostración a través de la evidencia allegada de la comisión de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** del ilícito de peculado por apropiación a favor de terceros, conducta que se halla consignada en el Código Penal como una de aquellas que lesiona el adecuado desarrollo de la actividad estatal, cuyo fin, como se anotó anteriormente¹⁹⁷, no es otro que satisfacer el interés general.

¹⁹⁷ Op. cit. Corte Constitucional C-631 de 2009

Debe recordarse, que la Administración Pública encarna la finalidad de satisfacer las necesidades colectivas, conforme a una actividad ajustada al orden jurídico por parte del servidor público, por lo que éste debe responder a varios pilares constitucionales asociados a los fines del Estado como son la prevalencia del interés general, mantener la vigencia de un orden justo y servir a la comunidad, así como proteger a las personas residentes en Colombia –entre otros- en sus bienes.¹⁹⁸ La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁹⁹, citando su propia jurisprudencia ha señalado que:

“En los delitos contra la administración pública, ésta se tutela como un interés al servicio de la comunidad y los gobernados, de tal manera que aparezca protegido a algo funcional y dinámico, pues, de lo contrario, se sancionarla como delito la mera desobediencia a la ley (violación de prohibiciones o mandatos) y no la real transgresión de bienes jurídicos. El ius puniendi, por su naturaleza extrema, no puede disponerse para aislados quebrantamientos de deberes profesionales o para la protección de una vaga pureza de la administración pública, pues ello se traduciría en una visión totalitaria de la actividad administrativa, sino que es preciso establecer que la conducta juzgada pone en riesgo concreto los procedimientos que los miembros de la colectividad tienen para resolver sus conflictos” (Segunda instancia, radicación número 13.827, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

La administración pública es una organización, una estructura, un andamiaje en movimiento permanente, que cumple sus funciones con base en un orden previamente establecido, disposición que es la observada, percibida y esperada por la comunidad. Cuando esa organización o estructura se resquebraja, se modifica o altera y, por tanto, se torna en disfuncional, las consecuencias las padece el ciudadano, como miembro de un grupo social que, a su vez, es elemento esencial del ente conocido como Estado. En este sentido, aunque respecto del delito de peculado, pero con la misma base, se ha pronunciado la Corte, por ejemplo en sentencia de única instancia del 31 de enero del 2001 (radicación número 6593, M. P. Mario Mantilla Nougués), decisión que recuerda e incorpora en su texto

¹⁹⁸ Constitución Política de Colombia, artículos 1, 2

¹⁹⁹ CSJ SP, 22 feb. 2012, rad. 35606

pensamientos similares de la Sala perceptibles en pronunciamientos del 30 de septiembre de 1975 (M. P. Federico Estrada Vélez) y del 7 de junio de 1983 (M. P. Alfonso Reyes Echandía).

En general, como importante punto de partida, se puede admitir que el bien jurídico tutelado que se estudia es ofendido cuando se atenta contra la buena marcha de la administración pública, es decir, cuando su organización, estructura o funcionalidad son distorsionadas o víctimas de otros rumbos".

En el caso concreto, a **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** por cuenta de su designación como Gobernador encargado del Chocó, se le encomendó proveer por una adecuada administración de los recursos que poseía el ente territorial, pero en su lugar actuó encaminado a la apropiación de los mismos mediante un acto jurídico diametralmente opuesto a la regulación legal, habiendo consolidado su objetivo en el saqueo de los fondos públicos a través de la demanda ejecutiva laboral y en favor de los allí demandantes. Entonces, se produjo una efectiva y grave lesión al bien jurídico tutelado, pues el aforado en ejercicio de su función atentó contra el Estado que representaba y causó así un grave perjuicio a la comunidad, que lógicamente se vio privada de esos recursos que, de haber sido administrados conforme a los principios constitucionales arriba mencionados, habrían propendido por el goce de los derechos de los asociados.

7.3 Culpabilidad

Con relación a la culpabilidad, como elemento de la responsabilidad penal, es evidente que el comportamiento de **MOSQUERA LOZANO** le resulta reprochable pues actuó con conciencia de su antijuridicidad pues no se acreditó durante la

actuación procesal evento, padecimiento o condición alguna que tuviere la potestad para afectar su autodeterminación, especialmente para el momento de los acontecimientos, pues incluso éste en su injurada expuso conocer los alcances de la decisión que ahora es objeto de reproche.

Por otra parte, como se expuso *ut supra* se obtuvo que el acusado es una persona adulta, con una extensa formación académica y experiencia profesional, que habría desempeñado el encargo como Gobernador en varias oportunidades y que administraba la cartera de Hacienda del Departamento del Chocó para la época de los hechos, por lo que se infiere sin dificultad que podía comprender la ilicitud del comportamiento que estaría desplegando y que pudo determinarse conforme a esa comprensión.

Se concluye entonces que **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, conocía con suficiencia de la ilicitud del comportamiento que estaba desplegando y contando con la posibilidad de determinar el mismo de manera distinta, esto es con acatamiento de las normas constitucionales y legales que juró proteger, optó de manera voluntaria por apartarse de aquellas y contrariar la ley mediante la apropiación a través de terceros de dineros públicos administrados por la Gobernación del Chocó, siendo así destinatario de un juicio de reproche. Evidentemente, una administración de los recursos públicos austera, eficiente, transparente y con acatamiento de las normas que la regulaban, le era exigible, pero en cambio de ello y en el limitado trasegar por la Gobernación -3 días- decidió emitir el **certificado del 28 de julio de 2006** con el que ofrecía

el reconocimiento de sanciones moratorias por acreencias laborales a personas a las que no les resultaban exigibles o no lo eran en tales cuantías, acto administrativo que resultó idóneo para su propósito, como era que en definitiva los dineros allí representados fueran apropiados por terceros, hecho éste que se probó en grado de certeza, acreditándose así la responsabilidad penal del acusado en torno a este delito.

8. De las causales de ausencia de responsabilidad expuestas por el procesado:

El aforado **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** en sus alegatos durante audiencia pública, refirió hallarse amparado por dos causales eximentes de responsabilidad, sin indicar puntualmente frente a cuál de los tres delitos por los que fue acusado aquellas se actualizaban, por lo que se asume el análisis de su pedimento en este acápite.

Señaló que actuó *“con error invencible de la licitud de su conducta”* conforme lo indicado en el numeral 11 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, pues obró bajo la exigencia de acatar el manual de funciones y disposiciones legales, de ahí que también estaría amparado por la causal 3ª de la misma norma, esto es que *“se obre en estricto cumplimiento de un deber legal”*.

La vaguedad de la propuesta defensiva esbozada por **MOSQUERA LOZANO** deriva, sin duda, en la desestimación de su alegación, pues frente a esta exposición no le resulta posible a la Sala ofrecer una respuesta con soporte argumental que contenga sustento jurídico y probatorio. En efecto, la

indeterminación del alegato defensivo obligaría a esta colegiatura a acometer el examen de las diversas opciones que brinda la figura de la *"ausencia de responsabilidad"* tanto para el error de tipo como el de prohibición y sus modalidades de vencible e invencible, para a partir de allí construir postulaciones sobre tales fenómenos jurídicos asociándolos a lo que fue demostrado en el proceso y así abordar un argumento que el aforado no realizó –ni tampoco lo hizo su abogado–, actividad que es ajena a la función encomendada a la Sala.

Basta advertir que el acusado acogió la figura del *"error invencible de la licitud de su conducta"* que no es otra cosa que el *"error de prohibición"* indicando que obró conforme al manual de funciones y disposiciones legales, que en principio se asemejaría al *"error de tipo"* que explica el numeral 10° del artículo 32 del Código Penal, pero con todo no acreditó cómo se hallaría en alguna de esas circunstancias, tampoco lo hizo con el *"estricto cumplimiento de un deber legal"* pues no esbozó siquiera cómo su actuación recaía en esa circunstancia, cuando precisamente el desconocimiento de las normas que amparaban la producción del **certificado del 28 de julio de 2006**, resulta en uno de los principales reproches a su comportamiento, siendo que las circunstancias plasmadas en su alegato –vr gr. error de tipo y error de prohibición invencible– en realidad se muestran muy lejanas a la realidad fáctica acreditada conforme a las pruebas vertidas en el proceso penal.

El aforado, en su alegato defensivo, no explicó siquiera la norma específica del manual de funciones que amparó la

emisión del **certificado del 28 de julio de 2006** en la forma y con el contenido que lo construyó, ni tampoco las normas legales sobre las que lo fundamentó, ni a cual deber legal específico adecuó su actuar al expedirlo, más si como se ha explicado a lo largo de este fallo, sustentó el documento en la Ley 244 de 1995, misma cuyo desconocimiento se advirtió de manera incontestable conforme a la valoración probatoria y constituye uno de los mayores reproches a su conducta, pues de allí derivaron varios de los hallazgos penales que encuadraron en los delitos acusados. Se ha dado cuenta a lo largo de esta decisión que si bien es cierto el acusado no acredita ser profesional en derecho, sí lo es en economía y poseía amplia experiencia en administración de gastos y presupuesto, especialmente por su cargo como Secretario de Hacienda del Departamento del Chocó, por lo que se advierte que logró actualizar conocimiento sobre los presupuestos que debía atender con miras a la determinación que adoptó, de los cuales decidió apartarse, motivado en la apropiación de los recursos del ente territorial, aspectos estos sobre los que no puede reputarse, -como sería necesario para estructurar el fenómeno jurídico de la causal de ausencia de responsabilidad examinada-, el desconocimiento de la normativa que imponía el procedimiento a seguir y los de los deberes que debía cumplir, ello enmarcado en las normas constitucionales y legales que direccionaban la función administrativa que le fue atribuida.

9. Dosificación punitiva:

El artículo 31 del Código Penal, alusivo al **concurso de conductas punibles** señala que *"el que con una acción u*

omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética”.

En el presente asunto, **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** fue hallado penalmente responsable de los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación, siendo menester entonces determinar, conforme a la norma antes citada, cuál de aquellas resulta más grave según su naturaleza, en este caso sin el aumento general de penas contenido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 como ya se explicó²⁰⁰.
Veamos:

9.1 Del prevaricato por acción

El delito de prevaricato por acción, en la forma señalada en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000 contiene un marco punitivo de tres (3) a ocho (8) años -o lo que es lo mismo 36 a 96 meses- de prisión y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como una pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

De conformidad con lo indicado en el artículo 61 de la Ley 599 de 2000, para establecer los cuartos punitivos se debe restar la pena mínima a la máxima y este resultado dividirlo en cuatro. Veamos el ejercicio:

²⁰⁰ Ver pág. 29 de esta providencia

96 meses - 36 meses = 60 meses

60/4 = 15 meses

Conforme a lo anterior los cuartos punitivos de la pena de prisión son los siguientes:

Primer cuarto	Segundo cuarto	Tercer cuarto	Cuarto final
36 a 51 meses	51 meses 1 día a 66 meses	66 meses 1 día a 81 meses	81 meses 1 día a 96 meses

Similar actividad frente a la pena de multa arroja lo siguiente:

Primer cuarto	Segundo cuarto	Tercer cuarto	Cuarto final
50 a 87.5 smlmv	87.6 a 125 smlmv	125.1 a 162.5 sml	162.6 a 200 smlmv

A nombre de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** no se imputaron circunstancias de menor o mayor punibilidad, por lo que para la fijación de la pena nos debemos ubicar en el primer cuarto señalado en la gráfica, mismo dentro del cual, atendiendo lo señalado en el inciso 3° del artículo 61 del Código Penal²⁰¹, se impondrá la pena mínima aumentada en 2 meses, esto es 38 meses de prisión (corresponde a un incremento del 13.33% dentro del referido cuarto de movilidad), esto especialmente en atención a la intensidad del dolo que se aprecia en el mismo, por cuanto fueron varias y de notable consideración las normas

²⁰¹ "Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención la culpa concurrente, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

que se desconocieron con el propósito de agotar el comportamiento ilícito.

La dosificación de la pena de multa se sujeta a las mismas reglas anotadas, esto es que se acogerá el primer cuarto, mismo dentro del cual la pena mínima será aumentada en un 13.33%, esto es 5 smlmv, para un total de 55 smlmv, que no es otra cosa que \$22.440.000²⁰².

En torno a la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la gráfica es la siguiente:

Primer cuarto	Segundo cuarto	Tercer cuarto	Cuarto final
60 a 69 meses	69 meses 1 día a 78 meses	78 meses 1 día a 87 meses	87 meses 1 día a 96 meses

Así, ubicándonos también en el primer cuarto, aplicando el mismo aumento proporcional equivalente al 13.33%, la pena corresponde a 61 meses 6 días de esta sanción accesoria.

9.2 Del peculado por apropiación a favor de terceros

De acuerdo a lo indicado en el segundo inciso del artículo 397 del Código Penal –si lo apropiado supera un valor de doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes- y lo que enseña el numeral 2° del artículo 60 *ibídem*²⁰³, el ilícito de peculado por apropiación a favor de terceros posee una pena de seis (6) a veintidós (22) años seis (6) meses –o lo que es igual 72 a 270 meses- de prisión y multa equivalente al valor de lo apropiado sin que

²⁰² De acuerdo al salario mínimo legal mensual vigente para el año 2006 -\$408.000-

²⁰³ Si la pena aumenta hasta en una proporción, ésta se aplicará al máximo de la infracción básica.

supere los 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuantía que en el caso concreto, conforme a experticia contable No. 10-129465 del 16 de enero de 2018²⁰⁴ correspondería a la suma de \$823.048.283²⁰⁵, que confrontada con el valor del salario mínimo vigente para el año 2006 - \$408.000-, corresponderían a 2.017,2 salarios mínimos legales mensuales.

El ejercicio aritmético para la pena principales de prisión, acorde a los postulados del artículo 61 *ibídem*, es:

$$270 \text{ meses} - 72 \text{ meses} = 198 \text{ meses}$$
$$198 / 4 = 49.5 \text{ meses}$$

Primer cuarto	Segundo cuarto	Tercer cuarto	Cuarto final
72 a 121 meses 15 días	121 meses 16 días a 171 meses	171 meses 1 día a 220 meses 15 días	220 meses 16 días a 270 meses

Como se explicó, **MOSQUERA LOZANO** no fue objeto de imputación de circunstancias de menor o mayor punibilidad, por lo que nos ubicaremos en el primer cuarto, donde atendiendo el postulado del inciso 3° del artículo 61 del Código Penal²⁰⁶, se impondrá la pena mínima aumentada en 7 meses, esto es 79 meses de prisión (corresponde a un incremento del 14.14% dentro del referido cuarto de movilidad), esto especialmente en atención al daño creado con el comportamiento en tanto

²⁰⁴ C. 4 conocimiento original, folios 75-88

²⁰⁵ Este valor corresponde al monto de \$823.048.283 que se pagó por parte de la Gobernación del Chocó a consecuencia del cumplimiento del acuerdo transaccional realizado dentro del proceso laboral 2007-0692 entre el asesor jurídico del departamento del Chocó y la demandante.

²⁰⁶ "Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preferintención la culpa concurrente, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

supuso un enorme detrimento al presupuesto de la Gobernación del Chocó propiciado también en un comportamiento inequívocamente dirigido al apoderamiento a través de terceros del dinero estatal.

Sobre la pena de multa, dado que el legislador la fijó en un monto determinado no hay lugar a la aplicación del sistema de cuartos quedando en la cifra arriba indicada, en tanto la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se fijará en el mismo monto de la principal de prisión²⁰⁷, esto es 79 meses de prisión.

9.3 Del concurso de conductas punibles

Según se extrae del ejercicio de dosificación punitiva realizado, conforme la regla fijada por el artículo 31 del Código Penal, se aprecia que las penas más graves son las alusivas al delito de peculado por apropiación a favor de terceros, por lo que para fijar la sanción definitiva aquellas serán las tenidas en cuenta como base en torno al concurso de infracciones penales.

Así, la pena de prisión de 79 meses dispuesta para el delito de peculado por apropiación a favor de terceros, será incrementada en 3 meses -7.8% del máximo de la pena de prisión- más por el concurso heterogéneo con el delito de prevaricato por acción, para un total de **ochenta y dos (82) meses -6 años 10 meses- de prisión.**

²⁰⁷ Según lo dispone el inciso primero del artículo 397 del C.P. en su texto original.

La pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas que regula el artículo 44 del Código Penal será tasada con base en la más grave según su naturaleza, esto es la de 79 meses que se aumentarán en idéntico porcentaje al de la pena de prisión -7.8% respecto del máximo- y que equivalen a 4 meses 21 días, para un total de 83 meses 21 días.

Ahora, en lo concerniente a la pena principal de multa, para el delito de peculado por apropiación aquella fue fijada por el legislador en un monto fijo, equivalente al valor de lo apropiado, que en este caso -según se explicó-²⁰⁸ equivale a 2017,2 salarios mínimos legales mensuales vigentes, en adelante smlmv, en tanto conforme el ejercicio aritmético realizado para el ilícito de prevaricato se halló en el equivalente a 55 smlmv - o lo que es lo mismo \$22.440.000-. Así, atendiendo lo indicado en el numeral 4º del artículo 39 del Código Penal²⁰⁹, se deben sumar las penas de multa aritméticamente, por lo que adicionada la primera por \$823.048.283 concerniente al delito de peculado por apropiación a favor de terceros, a la de \$22.440.000 por el delito de prevaricato por acción, **se obtiene un total de \$845.488.283**, suma que deberá consignar a nombre del Consejo Superior de la Judicatura, conforme a lo indicado en el artículo 43 del Código Penal.

²⁰⁸ Suma que corresponde a \$823.048.283

²⁰⁹ Artículo 39 C.P. La pena de multa de sujetará a las siguientes reglas: 4. Acumulación. En caso de concurso de conductas punibles o acumulación de penas, las multas correspondientes a cada una de las infracciones se sumarán, pero el total no podrá exceder del máximo fijado en este artículo para cada clase de multa

9.4 De las penas privativas de otros derechos

Dado que a nombre de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** se emitirá condena por un delito que afecta el patrimonio del Estado (peculado por apropiación a favor de terceros), se impondrá la sanción de carácter intemporal prevista en el inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política, conforme a la interpretación que de dicho precepto ha hecho la Corte Constitucional en sentencia C-064 de 2003, conforme su desarrollo legislativo en el parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, que señala:

Artículo 38.- Otras inhabilidades.

(...)

Parágrafo 2°. Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política a que se refiere el numeral 1 de este artículo, se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público.

Para estos efectos la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado.

A partir de dicho aparte normativo, concluyó la Corte Constitucional que "El aparte de la disposición demandada exige que el patrimonio estatal sea efectivamente lesionado para que pueda generarse la inhabilidad que él mismo consagra. A juicio de la Corte tal exigencia no implica una mengua del mandato de protección del patrimonio público y por ende del artículo 122 Superior".

En conclusión, comoquiera que en el presente asunto se acreditó que el patrimonio del Estado fue afectado de manera directa, real y concreta a consecuencia de la conducta desvalorada de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, en tanto ocurrió detrimento del patrimonio de la Gobernación del Chocó, hay lugar a imponer la sanción intemporal de que trata el inciso 5° del artículo 122 Superior.

10.- De los mecanismos sustitutivos de ejecución de la pena

10.1 Del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena

El artículo 63 del Código Penal en su texto original dictaba como requisito objetivo para la concesión de este subrogado *“que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años”* por lo que conforme a dicho mandato, de plano se descarta la posibilidad de otorgar tal mecanismo sustitutivo al aforado, en tanto la pena impuesta supera ostensiblemente esa cifra.

Ahora bien, el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014 modificó el artículo 63 del Código Penal y entre otros aspectos el anotado requisito objetivo, para en su lugar disponer la viabilidad del beneficio en tanto *“... la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro años”* presupuesto que tampoco se acredita en este asunto, toda vez que la pena impuesta es equivalente a 6 años 10 meses de prisión, lo que hace intrascendente el análisis de otros requisitos fijados en la

norma para la concesión del subrogado y conlleva la nugatoria in limine de la misma.

10.2 De la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena intramural.

El artículo 38 de la Ley 599 de 2000 en su texto original, vigente para el momento de los hechos, señalaba como requisito objetivo que la sentencia se imponga por conducta cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos, requisito que si bien se cumpliría en torno al delito de Prevaricato por acción en cuanto conforme a lo indicado en el artículo 413 del Código Penal, contiene una pena mínima de 3 años; no ocurre con el delito de peculado por apropiación a favor de terceros, pues de acuerdo a lo señalado en el inciso segundo del artículo 397 *ibídem*, posee una pena mínima de 6 años. Debe recordarse que la sanción penal se emite por el concurso heterogéneo de los dos delitos, por lo que lógicamente la ausencia de requisitos para acceder al beneficio en uno de estos ilícitos, afecta en su conjunto la viabilidad de su autorización.

Ahora, la Ley 1709 de 2014 en su artículo 23 adicionó el artículo 38B a la Ley 599 de 2000, donde fijó los siguientes requisitos:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.

2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000.*

Pues bien, conforme a la norma transcrita, aplicable a nombre de **MOSQUERA LOZANO** para el estudio del sustituto penal, con ocasión del principio de favorabilidad de transición de leyes penales en el tiempo, en tanto el lapso mínimo de pena se amplía a 8 años, se advierte que efectivamente cumpliría este aspecto objetivo por cuanto los delitos por los que se emitirá condena en su contra contienen penas mínimas inferiores a los 8 años. No obstante, no ocurre lo mismo con el segundo requisito, pues el artículo 68A del Código Penal modificado por la misma Ley 1709 de 2014, señala:

"No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; (...)"

Justamente los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación a favor de terceros, se hallan contenidos en el Título XV del Libro II de la Ley 599 de 2000, que se refiera a los "delitos contra la administración pública", tal como también se ha explicado ampliamente a lo largo de esta providencia, por lo que se actualiza la prohibición legal de concesión de subrogados, sin que haya lugar a conceder este mecanismo sustitutivo a favor de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**.

10.3 De la prisión domiciliaria por enfermedad muy grave

El aforado **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** en sus alegatos en audiencia pública, hizo alusión a sus condiciones personales y familiares y explicó que posee 49 años de edad y sufre patologías que pueden ser consideradas como un estado grave por enfermedad, en tanto padece de hipertensión arterial crónica, síndrome metabólico, dislipidemia mixta, uriolitiasis y apnea del sueño, padecimientos que en su conjunto pueden conllevar un ataque cardíaco. Recordó que conforme el decreto 546 de 2000 (sic) atendiendo a lo indicado por la Organización Mundial de la Salud, se consagraron las enfermedades crónicas como vulnerables frente a la reclusión intramural, por lo que reclama que en atención a principios constitucionales como el de dignidad no se le imponga aquella.

Como logra advertirse de la petición, el aforado no invoca normativa alguna como soporte de la misma y sobre la cual el Despacho puede entonces realizar un análisis profundo, mas con el ánimo de absolver la rogativa se atenderá lo dispuesto en el Código Penal frente a esta figura. Veamos:

El artículo 68 de la Ley 599 de 2000 indica:

***“Reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave. El Juez podrá autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia del penado o centro hospitalario determinado por el INPEC, en caso que se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión normal
(...)”***

Para la concesión de este beneficio debe mediar concepto de médico legista especializado.*

Según el mandato legal, en efecto se viabiliza la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia del condenado o incluso en un centro hospitalario, si se hallare afectado por una enfermedad muy grave incompatible con su permanencia en intramuros, que corresponde justamente a la encomienda del acusado, quien asegura ostentar dicha condición.

Sin embargo, la misma normativa reclama como presupuesto necesario para que el juez pueda pronunciarse y así autorizar el sustituto, que exista concepto de médico legista especializado que explique no sólo la condición de enfermedad muy grave en el sentenciado sino que la misma no aconseja que permanezca cumpliendo la pena en un centro carcelario. Vale señalar en este punto, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional²¹⁰, en el estudio de exequibilidad de similar figura contenida en el numeral 4º del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, relacionada con la detención preventiva en el lugar de residencia del imputado o acusado aquejado por estado grave por enfermedad, concluyó que si bien debe allegarse el dictamen de médicos oficiales como lo enseña la norma, también puede allegarse dictamen de médico privado, ello como garantía del derecho de defensa y debido proceso.

En el *sub lite*, el aforado **MOSQUERA LOZANO** no sólo no aportó el concepto del médico oficial que señala la norma,

²¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-163 del 10 de abril de 2019

ni el de un médico particular, sino que tampoco allegó siquiera copia de historia clínica, epicresis, fórmula médica, etcétera, que al menos soportara sus argumentos, advirtiéndose así que no colmó la expectativa legal para el estudio profundo de su petición, por lo que sin más debe despacharse desfavorablemente.

Así entonces, el sentenciado **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** deberá cumplir la pena impuesta en el establecimiento penitenciario que para el efecto disponga el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-. Empero, a voces de lo señalado en el inciso 2° del artículo 188 de la Ley 600 de 2000, la captura sólo podrá ordenarse una vez la presente sentencia adquiriera firmeza, por lo que dado que actualmente el mencionado ciudadano se halla en libertad, deberá continuar en tal condición.

11. Condena en perjuicios

11.1 Daño emergente y lucro cesante

El artículo 56 de la Ley 600 de 2000, indica que *“... en todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el juez procederá a liquidarlos de acuerdo a lo acreditado en la actuación y en la sentencia condenará al responsable de los daños causados con la conducta punible...”*. Agrega también la norma que se debe dictar decisión en torno a expensas, costas judiciales y agencias en derecho al tiempo que advierte que no hay lugar a

condena de tal naturaleza cuando se acredite que el perjudicado ha procurado la reparación por la vía civil.

En el caso concreto, no se encontró la constitución de parte civil ni se evidenció que se hubiera procurado el pago de indemnización por estos hechos en un trámite distinto a éste, empero, también se constató que la comisión del ilícito de peculado por apropiación a favor de terceros conllevó al detrimento económico de la Gobernación del Chocó, como ampliamente se ha explicado en el discurrir de esta sentencia, por lo que en efecto se impartirá condena en este sentido.

Para tal propósito, se atenderá al dictamen pericial contenido en el Informe de Policía Judicial No. 10-129465 del 16 de enero de 2018 suscrito por la Investigadora del CTI Martina Cruz Martínez²¹¹, donde luego de la verificación del proceso ejecutivo laboral 2007-00692 encontró acreditado el pago de 14 títulos judiciales que sumaron ochocientos veintitrés millones cuarenta y ocho mil doscientos ochenta y tres pesos (\$823.048.283), cifra entonces que correspondería al dinero que fue entregado a los demandantes y que proviene del embargo de las cuentas bancarias de la Gobernación del Chocó y que para este cálculo correspondería al daño patrimonial.

Para calcular el daño emergente y lucro cesante, todo indexado a 31 de octubre de 2017, el dictamen se valió en primer lugar de los índices de precios al consumidor certificados por el DANE conforme a lo indicado en el inciso

²¹¹ Cuaderno 2 original conocimiento, folios 75-89

segundo del artículo 53 de la Ley 610 de 2000²¹²; en torno al lucro cesante acogió lo indicado en el artículo 1617 del Código Civil, fijando el interés legal en el 6%²¹³. Según el informe, la indexación del daño patrimonial al 31 de octubre de 2017, correspondería a \$315.091.161,62, en tanto para esa misma oportunidad, el lucro cesante sería de \$780.966.368,03, para totalizar mil novecientos diecinueve millones ciento cinco mil ochocientos trece pesos (\$1.919.105.813). Veamos:

Proceso	Detrimento patrimonial	Indexación (31/10/2017)	Lucro cesante	Total
2007-00692	\$823.048.283	\$315.091.161,62	\$780.966.368,03	\$1.919.105.813

Ahora bien, teniendo en cuenta que la cifra mencionada en el dictamen, esto es **\$1.919.105.813** fue indexada a 31 de octubre de 2017, la Sala procede a actualizarla al 31 de enero de 2022, con el último IPC reportado por el DANE, utilizando la misma fórmula descrita en dicha pericia. Así:

Cálculo Daño Emergente							
Detalle	Fecha dict. pericial	Fecha a actualizar	VALOR A ACTUALIZAR	ÍNDICE ²¹⁴ DANE		INDEXACIÓN	VALOR INDEXADO
				Fecha Hechos	Fecha Final		
			VH - Valor Histórico	IPC Inicial	IPC Final	=V/r Indexado (-) V/r Histórico	VP={VH*(IPCf/IPCi)}
Cifra	31/10/17	31/01/22	1.138.139.474,62	96,37	113,26	199.472.613,12	1.337.612.087,74
Total			1.138.139.474,62				1.337.612.087,74

Cálculo Lucro Cesante							
Detalle	Fecha dict. pericial	Fecha a actualizar	VALOR A ACTUALIZAR	ÍNDICE ²¹⁵ DANE		INDEXACIÓN	VALOR INDEXADO
				Fecha Hechos	Fecha Final		
			VH - Valor Histórico	IPC Inicial	IPC Final	=V/r Indexado (-) V/r Histórico	VP={VH*(IPCf/IPCi)}
Cifra	31/10/17	31/01/22	780.966.368,03	96,37	113,26	136.873.736,18	917.840.104,21
Total			780.966.368,03				917.840.104,21

212 "Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los periodos correspondientes".

213 Sentencia de unificación CE-SUJ-3-3-001 DE 2015.

214 Fuente: Información Estadística DANE- Año 2003 - 2021

215 Ibidem

Conforme a lo anterior, sumado el valor del daño emergente al lucro cesante ambos indexados, se obtiene como valor de los perjuicios a 31 de enero de 2022: **dos mil doscientos cincuenta y cinco millones cuatrocientos cincuenta y dos mil ciento noventa y un pesos y noventa y cinco centavos (\$2.255.452.191,95)**, cifra que debe reajustarse cuando este proveído cobre ejecutoria.

11.2 De la condena en costas

Con relación al pronunciamiento frente a *“expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho”* debe indicarse conforme a la gratuidad que rige el proceso penal acorde a lo señalado en el artículo 6° de la Ley 270 de 1996²¹⁶ no es viable el cobro y por ende tampoco el cálculo de arancel alguno por el procedimiento agotado, pero de conformidad con lo indicado en la Sentencia C-037 de 1996 de la Corte Constitucional, dicho principio no irradia a aquellos *“gastos que originó el funcionamiento o la puesta en marcha del aparato judicial, debido a la reclamación de una de las partes”* y que con ellos *“se trata ..., de restituir los desembolsos realizados por quienes presentaron una demanda o fueron llamados a juicio y salieron favorecidos del debate procesal.”*

No obstante, el máximo órgano de control constitucional en ejercicio de sus funciones y revisión del texto de la Ley

²¹⁶ *“La administración de justicia será gratuita y su funcionamiento estará a cargo del Estado, sin perjuicio de las agencias en derecho, costas, expensas y aranceles judiciales que se fijan de conformidad con la ley. No podrá cobrarse arancel en los procedimientos de carácter penal ...”*

Estatutaria de la Administración de Justicia, declaró inexecutable la expresión *“que habrán de liquidarse en todos los procesos sin excluir a las entidades públicas”*, pues consideró que era responsabilidad del legislador definir *“en cada proceso, si se amerita o no el cobro de las expensas judiciales, así como el determinar, según las formas propias de cada juicio, si se incluye o no a las entidades públicas dentro de la liquidación de agencias en derecho, costas y otras expensas judiciales.”*

Para el caso que ocupa la atención de la Sala, la Ley 600 de 2000 contempla como posible la liquidación de costas procesales²¹⁷, las que se conforman por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho, entendidas las primeras como *“los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo”*²¹⁸, que en términos de la Sala de Casación Penal son *“los gastos necesarios realizados por cualquiera de las partes para adelantar el proceso, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos y los curadores, los impuestos de timbre, el valor de las copias, registros, pólizas, gastos de publicaciones”*²¹⁹. Las agencias en derecho, por su parte, *“no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora”*²²⁰.

217 A diferencia de lo previsto en el artículo 55 del Decreto Ley 2700 de 1991 y lo previsto para la Ley 906 de 2004, donde resulta posible, pero una vez culminado el incidente de reparación integral, acudiendo por vía de integración normativa a lo señalado en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso
218 Sentencia C-089 de 2002

219 CSJ Radicado 34145 de abril 13 de 2011, reiterada SP440-2018 (49493) de febrero 28 de 2018.

220 Sentencia C-089 de 2002

En el presente asunto, si hubiere lugar a los estos -costas por agencias en derecho y expensas-, de conformidad a lo previsto en los artículos 2, 3 y 40 de la Ley 153 de 1887, el camino para adelantar el trámite para reconocerlas y fijarlas será el previsto en el Código General del Proceso, descrito en los artículos 365 y 366, ello por vía de integración tal como lo ordena el artículo 23 de la Ley 600 de 2000.

Corolario de lo anterior, lo propio sería realizar el reconocimiento de tales derechos y luego dar inicio a un trámite incidental que tiene lugar después de ejecutoria de la sentencia, sin embargo, comoquiera que en el presente asunto no fue acreditado gasto alguno realizado por la parte civil, no se emitirá condena alguna en expensas. Lo propio ocurre con las agencias en derecho, pues ni siquiera se presentó para este asunto profesional del derecho que apoderada los intereses de la Gobernación del Chocó, por lo que no se acreditó una pretensión siquiera sumaria en este sentido, lo que conduce a que no haya lugar a tal reconocimiento en contra de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**.

12. Otras determinaciones

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 469 de la Ley 600 de 2000, la vigilancia de la ejecución de las penas aquí impuestas corresponde al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad -Reparto- del lugar donde se fije la privación de la libertad del procesado. Así, una vez en firme

esta providencia, por Secretaría se remitirá la actuación a la citada autoridad, para lo de su cargo.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ABSOLVER a ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO identificado con cédula de ciudadanía No. 11.636.201 del delito de **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO**.

SEGUNDO.- CONDENAR a ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO identificado con cédula de ciudadanía No. 11.636.201 como autor responsable de las conductas punibles de **PREVARICATO POR ACCIÓN** y **PECULADO POR APROPIACIÓN A FAVOR DE TERCEROS**, en concurso heterogéneo.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, **IMPONER a ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** las penas principales de **ochenta y cuatro (82) meses -6 años 10 meses- de prisión**; inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de **83 meses 21 días y multa**

de **\$845.488.283** que deberá cancelar a favor del Tesoro Nacional - Consejo Superior de la Judicatura.

CUARTO.- CONDENAR a ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO al pago de perjuicios derivados de la conducta punible, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo, equivalentes a **dos mil doscientos cincuenta y cinco millones cuatrocientos cincuenta y dos mil ciento noventa y un pesos y noventa y cinco centavos (\$2.255.452.191,95)**, actualizada al momento de cobrar ejecutoria esta decisión.

QUINTO.- IMPONER a ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO la sanción de carácter intemporal prevista en el inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política.

SEXTO.- NEGAR a ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, así como el sustituto de la prisión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva. En firme, librese orden de captura para asegurar el cumplimiento de la pena de prisión impuesta, conforme las precisiones anotadas en la parte considerativa del presente fallo.

SÉPTIMO.- No condenar a **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, al pago de perjuicios extrapatrimoniales ni expensas judiciales, ni agencias en derecho conforme a lo indicado en la parte motiva.

OCTAVO.- Una vez en firme la presente sentencia, remítase copias de la misma a las autoridades a las que alude el artículo 472 de la Ley 600 de 2000 y de las piezas procesales pertinentes al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad -Reparto-, para lo de su cargo.

NOVENO. - Contra esta decisión procede el recurso de apelación (artículos 1, 2 y 3 num. 6° del Acto Legislativo 01 de 2018), para ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada



JORGE EMILIO CALDAS VERA

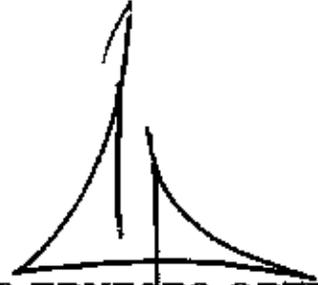
Magistrado



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado

PRIMERA INSTANCIA 49793
ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO



RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ

Secretario