



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
Magistrado ponente

AP2428-2015

Radicación No. 42527

(Aprobado Acta No. 165)

Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de dos mil quince
(2015)

La Sala procede a resolver sobre la admisibilidad de las demandas de casación presentadas por el defensor de DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN y el apoderado de la compañía DMG Grupo Holding S.A. en Intervención,

vinculada como tercero interviniente, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad, que lo condenó como coautor de los delitos de lavado de activos agravado y captación masiva y habitual de dinero.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE:

Los primeros fueron reseñados por el *ad quem* en los siguientes términos:

El 8 de abril de 2005, mediante escritura pública número 0001033 de la Notaría 35 del Circuito de Bogotá, fue creada la sociedad Grupo DMG S.A. con variado objeto social y un capital de \$100.000.000.00, registrándose como accionista mayoritario DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN con el 51% de participación.

Para el 5 de diciembre de 2005, sin que la sociedad hubiese desarrollado su objeto social, ni generara ingresos operacionales o no operacionales, los socios inyectaron un capital de \$1.135.390.000.00 a través de la cuenta 3-0360-000070-5 del Banco Agrario en calidad de préstamo, pese a que MURCIA GUZMÁN no ostentaba la capacidad económica para ello. El capital de la empresa ascendió, entonces, a \$2.696.230.029.00. La compañía también recibió consignaciones en efectivo, fraccionadas y en cifras cerradas en pesos, desde localidades como Puerto Asís, Mocoa, Orito, La Hormiga, Monte Líbano y Montería.

A diciembre 31 de 2006, la sociedad Grupo DMG S.A. había recibido la suma de \$13.842.000.000.00 de 8.400 personas, mediante la venta de tarjetas prepago DMG, y para el mes de marzo de 2007, esta sociedad había recaudado \$18.545.000.000.00 de 12.641 personas, aproximadamente, aunado a que la comercialización de las tarjetas prepago DMG se hallaban desprovistas de la venta de bienes y servicios; movimientos financieros que fueron informados a la Superintendencia Financiera, entidad que a través de las Resoluciones 1634 del 12 de septiembre de 2007 y 1806 del 8 de octubre de 2007, ordenó suspender las operaciones financieras consistentes en la venta de tarjetas [pre]pago DMG y la devolución de la totalidad de los dineros captados en desarrollo de esa actividad.

Para el mes de marzo de 2007, la empresa [Grupo] DMG S.A. registró un total de ingresos de \$15.603.000.000.00 de pesos por concepto de tarjetas prepago y entregó bienes por valor de \$2.121.000.000.00, equivalentes al 13.6% del dinero recibido; similar registro se percibió, acumulando ventas de tarjetas prepago en los años 2006 a marzo de 2007, por un monto de \$21.744.000.000.00, en tanto que la entrega de mercancías en el mismo periodo ascendió a \$3.199.000.000.00, equivalentes a un 14,7% de los dineros recibidos.

El 7 de abril de 2006, mediante escritura pública número 1238, MURCIA GUZMÁN, entre otros, constituyó la empresa DMG Grupo Holding S.A., con la misma identidad de objeto social y de socios de [la Compañía] Grupo DMG S.A., la cual registró un capital de \$250.000.000.00, un pasivo en la cuenta contable otras obligaciones e ingresos recibidos para terceros por \$42.723.013.690.00 y un total en su patrimonio de \$247.587.962.00. Esta sociedad cautivó personas naturales para que aparecieran como socios de otras empresas y como contraprestación tenían acceso a las tarjetas prepago, a través de las cuales se captaba de forma masiva e ilegal los dineros del

público, al punto que en 2007, esta empresa Holding S.A. recibió un total de \$160.766.640.000.00 y en el año 2008 \$1.043.484.917.770.00.

Las sociedades Grupo DMG S.A., DMG Grupo Holding S.A., Global Marketing Colombia S.A., Bionat Labs S.A., Inversiones Sánchez Rivera & Cía. S.A., Productos Naturales DMG Ltda. y DMG Publicidad y Mercadeo Colombia S.A., realizaron movimientos financieros en cantidades de dinero exorbitantes, fue así como para el 18 de agosto de 2007 se incautaron \$6.500.000.000.00 en La Hormiga – Putumayo, mimetizados en paquetes de [la entidad] Acción Social de la Presidencia de la República, que en realidad pertenecían al Grupo DMG S.A. El 26 de octubre de 2007 \$1.000.000.000.00 de propiedad de esas sociedades, en inmediaciones del aeropuerto de la ciudad de Cartagena, y bajo la misma modalidad se encontraron \$4.700.000.000.00 en Manizales, \$320.000.000.00 en La Dorada y \$400.000.000.00 en Pasto.

Además, en los años 2006 y 2008 se constituyeron empresas en Colombia, Panamá y Estados Unidos por personas naturales que no tenían conocimiento de la forma en que iban a operar, ni las inyecciones de capital que a través de las mismas iban a realizar; se capitalizaron empresas ya existentes como Inversiones Sánchez Rivera & Cía. S.A., utilizadas como intermediarias para aparentar la circulación de dinero; se adquirieron bienes en Colombia y en el exterior a nombre de MURCIA GUZMÁN, se mimetizaron \$10.000.000.000.00 en el supermercado El Gran Trigal de Bogotá; estableciéndose que todas estas operaciones financieras se hallaban... [bajo el] mando y la coordinación de DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN y que esas empresas presentaron inconsistencias, doble contabilidad e irregularidades de orden financiero, administrativo y jurídico.

Con fundamento en el anterior acontecer fáctico, el 20 de noviembre de 2008, en el Juzgado Treinta y Uno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, la Fiscalía le formuló imputación a DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN como autor de los ilícitos de lavado de activos agravado y captación masiva y habitual de dinero; cargos a los que el citado no se allanó.

El 19 de enero de 2009, en el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Bogotá, se acusó al implicado MURCIA GUZMÁN por los delitos de lavado de activos agravado y captación masiva y habitual de dinero (arts. 323, 324 y 316 del C.P., respectivamente).

Tramitado el juicio oral, el 5 de agosto de 2009 se anunció el sentido del fallo de carácter condenatorio, por tanto, a expensas de 2.085 presuntas víctimas, al día siguiente, se adelantó un primer incidente de reparación integral, al cual fue vinculada como tercero interviniente la empresa DMG Grupo Holding S.A. en Intervención, y lo propio ocurrió frente a un segundo incidente que se surtió a partir del 18 de septiembre del mismo año auspiciado por 130 ofendidos más.

El 14 de octubre de 2009, en el primer incidente, el procesado DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN concilió

por \$18.356.940.251.00 con 1.825 de las personas que se anunciaron como víctimas, mientras que en el segundo, en audiencia llevada a cabo del día siguiente, aconteció lo mismo con 128 ofendidos por \$2.478.031.270.00, para un total de 1.993 afectados y \$20.834.971.521.00, tras lo cual, los dos incidentes se surtieron bajo una misma cuerda procesal.

Ahora, como de las 2.215 personas que promovieron los incidentes, 218 retiraron sus pretensiones, la actuación conjunta en concreto prosiguió respecto de 1.997 de las víctimas y la empresa DMG Grupo Holding S.A. en Intervención e, igualmente, entre DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN y los supuestos ofendidos MARÍA LUCÍA ALDANA CUEVAS, FLOR ALBA BERNAL LEÓN, OLMAN ESLAVA HERNÁNDEZ y ANA PATRICIA MONTOYA VARGAS, de modo que practicadas las pruebas y escuchados los alegatos, se declaró civilmente responsable a la citada compañía en relación con 1.993 perjudicados, siendo obligada a pagar \$20.834.971.521, mientras que a ésta y a MURCIA GUZMÁN se los relevó de responsabilidad frente a los 4 nombrados.

Por tanto, el 16 de diciembre de 2009, se condenó al procesado DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN como coautor de las conductas punibles de lavado de activos agravado y captación masiva y habitual de dinero, motivo

por el cual se le impusieron las penas principales de 30 años, 8 meses y 7.5 días de prisión y multa de 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años. Además, se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria.

De otra parte, MURCIA GUZMÁN, junto con la empresa DMG Grupo Holding S.A. en Intervención, fueron obligados a pagar, por concepto de perjuicios materiales, la suma de \$20.834.971.521.00 en relación con 1.993 víctimas, respecto de las cuales también se dispuso la cancelación, para cada una de ellas, de \$100.000.00 por daños morales, mientras que se los exoneró de responsabilidad civil frente a MARÍA LUCÍA ALDANA CUEVAS, FLOR ALBA BERNAL LEÓN, OLMAN ESLAVA HERNÁNDEZ y ANA PATRICIA MONTOYA VARGAS.

Ese fallo fue apelado por el defensor del inculpado y el apoderado de la empresa DMG Grupo Holding S.A. en Intervención, así que el 30 de mayo de 2013, el Tribunal Superior de Bogotá lo confirmó en su integridad y además dispuso la *“entrega a favor de todas las víctimas aquí reconocidas, no conciliadas y debidamente acreditadas, de los dineros que fueron debidamente embargados por cuenta de este proceso”*.

Contra esa determinación los abogados del implicado DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN y de la compañía DMG Grupo Holding S.A. en Intervención, presentaron oportunamente recurso de casación.

Una vez arribó la actuación a la Corte, uno de los abogados de las víctimas solicitó declarar desierto el recurso de casación formulado por la empresa DMG Grupo Holding S.A. en Intervención, bajo el argumento de que como en él se alegan aspectos civiles, el apoderado de tal persona jurídica ha debido dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 371 del Código de Procedimiento Civil, esto es, suministrar lo necesario en orden a expedir las copias para el cumplimiento de la sentencia, como quiera que no se está ante un fallo meramente declarativo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Cuestión previa:

Conforme viene de reseñarse, uno de los apoderados de las afectados solicita que se declare desierto el recurso de casación presentado por el abogado de la compañía DMG

Grupo Holding S.A. en Intervención, pues, a su juicio, el mismo no dio cumplimiento a lo consagrado en el artículo 371 del Código de Procedimiento Civil, en el cual se dispone que en *“el auto que conceda el recurso se ordenará que el recurrente suministre, en el término de tres días a partir de su ejecutoria, lo necesario para que se expidan las copias que el tribunal determine y que deban enviarse al juez de primera instancia para que proceda al cumplimiento de la sentencia, so pena de que el tribunal declare desierto el recurso”*.

Frente a esa petición, basta señalarle al togado que representa a varias de las víctimas y quien depreca lo anterior, que si se observa lo indicado en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, en donde se estipula, en lo pertinente, que *“cuando la casación tenga por objeto únicamente lo referente a la reparación integral decretada en el providencia que resuelva el incidente, deberá tener como fundamento las causales y la cuantía establecidas en las normas que regulan la casación civil”*, de esto se sigue que la remisión al procedimiento civil se limita a dichos aspectos (causales y cuantía), mas no al trámite del recurso extraordinario.

En esa medida, es claro que la petición del abogado de varias de las víctimas es improcedente.

LAS DEMANDAS:

La allegada por el defensor de DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN está integrada por tres cargos y la radicada por el apoderado de DMG Grupo Holding S.A. en Intervención, contiene cuatro censuras.

Ahora, para mayor claridad, a medida que se sintetice en forma independiente el contenido de cada uno de los cargos formulados en las demandas, se revisará si satisfacen o no los requisitos de lógica y adecuada fundamentación exigidos para acceder al recurso extraordinario.

Libelo presentado a nombre del procesado DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN:

Primer cargo:

El impugnante denuncia la violación directa de la ley sustancial, fundado en que el Tribunal incurrió en “*erróneas interpretaciones*”, lo cual, afirma, condujo a la aplicación indebida de “*los artículos 10, 316, 323 y 327 del Código Penal y 1º del Decreto 1981 de 1988*”, modificatorio del artículo 1º del Decreto 3227 de 1982, así como a la correlativa exclusión evidente del artículo 9º del estatuto en cita.

En apoyo de esa postulación, sostiene que como de de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 3227 de 1982, reformado por el artículo 1° del Decreto 1981 de 1988, no hay lugar a predicar la conducta de captación masiva y habitual de dinero cuando *“se provea el suministro de bienes y servicios”*, como en efecto ocurrió en el caso de la especie, de esto se sigue que el juzgador *ad quem* incurrió en *“la aplicación indebida de los artículos 316, 323 y 327 del Código Penal”*, pues ante la atipicidad de la conducta de captación masiva y habitual de dinero que es el *“delito fuente”*, no era posible pregonar el lavado de activos ni el *“enriquecimiento ilícito”*.

Expresa que a la aplicación indebida de las normas en cita, se arribó como consecuencia de su *“errónea interpretación”*, forma de violación de la ley sustancial que ha sido reconocida por esta Sala¹.

Aduce que a partir de la errónea interpretación del artículo 1° del Decreto 3227 de 1982, reformado por el artículo 1° del Decreto 1981 de 1988, norma que define el tipo penal en blanco de captación masiva y habitual de dinero previsto en el artículo 316 del Código Penal, el Tribunal incurrió en la aplicación indebida de las normas que describen las conductas punibles de lavado de activos y

¹ CSJ SP, 5 nov. 2003, rad.15913 y CSJ SP, 10 dic. 2007, rad. 28814, entre otras.

“enriquecimiento ilícito”, pues “no aparece configurado el elemento normativo de «actividades delictivas», propio de este [último] delito”.

Por tanto, sostiene que las siguientes fueron las erróneas interpretaciones en que incurrió el Juez Colegiado:

1. Errónea interpretación en relación con el delito de captación masiva y habitual de dinero:

Expone que el *ad quem* concluyó que había lugar a predicar el ilícito en cita, porque no fue *“la comercialización de las tarjetas prepago, ni la constatación o no de prestación de bienes y servicios, lo realmente relevante”*, sino que esto *“se utilizó como fachada para esquilmar a inversionistas y ahorradores”*, quienes entregaron grandes cantidades de dinero con el fin de obtener una cuantiosa retribución.

Ahora, una vez sostiene que cuando se denuncia la violación directa de la ley sustancial no es posible discutir los hechos, indica que si bien en el caso de la especie el Tribunal, con fundamento en lo afirmado por LUIS ALEJANDRO RUBIO PRIETO y el perito MAURICIO ORTIZ LORA, sostuvo que la *“actividad principal”* con las tarjetas prepago era la de recibir y hacer devolución del dinero y como *“subsidiaria”* estaba la entrega de bienes, de tal manera que esta última fue la *“traslapa» para cubrir el simple contrato de mutuo con*

interés”, a partir de lo cual pregonó el delito de captación masiva y habitual de dinero, el actor expresa que tal “argumento es a todas luces erróneo”, pues el ad quem entendió que “el público no quería en realidad optar por la contraprestación de bienes y servicios... prevista en el contrato que se suscribía con DMG, sino que quería solamente obtener los rendimientos y el capital aportado [también contemplada en el contrato], siendo ésta, para la mencionada Corporación, una máxima de la experiencia”.

Agrega que sin olvidar las limitaciones derivadas de invocar la violación directa de la ley sustancial, *“es pertinente criticar el razonamiento que hace el Tribunal, con el cual pretende... [predicar] la tipicidad del delito de captación masiva y habitual de dinero, vulnerando... [por ende] principios rectores del derecho penal, tales como los... del derecho de acto y de la culpabilidad... [pues] una persona [no] es responsable de un injusto típico solamente por las intenciones y actuaciones de terceras personas (en este caso los tarjetahabientes).*

Dicho de otra manera: a... [su] representado el Tribunal lo condena porque los tarjetahabientes no ejercieron su derecho a adquirir bienes o servicios, lo que implica que el fallo se edifica sobre la base de lo que otras personas hicieron (o dejaron de hacer), mas no por lo que... [su] cliente hizo.”

2. Errónea interpretación sobre del artículo 1º del Decreto 3227 de 1982, modificado por el 1º del Decreto 1981 de 1988, en punto del delito de captación masiva y habitual de dinero:

Respecto de dicha norma, el defensor asevera que el Tribunal realizó “*unas consideraciones... erradas*”, por cuanto a partir de la referida disposición, concluyó que no era posible recibir dineros del público sin autorización legal, independientemente de que con fundamento en tal circulante se pudieran proveer bienes y servicios, cuando lo cierto es que la doctrina² ha indicado que esta última circunstancia es una excepción que no permite predicar el delito de captación masiva y habitual de dinero.

En esa medida, explica que se incurre en la mencionada conducta punible cuando “*no se establece el suministro de tales elementos*” y, “*contrario sensu, si se prevé el suministro de bienes o servicios, ya no habrá... captación*” ilícita, tal como lo ha concluido la Superintendencia Financiera³.

Así las cosas, aduce que el Tribunal erró al sostener que no solo había captación masiva y habitual de dinero cuando se presentaba el mutuo, sino en los casos en que

² “MUÑOZ GARCÍA, Miguel Ángel; MONTAÑA VELANDIA, Juan, *El delito de captación masiva y habitual de dinero*, Bogotá, Temis, 2013, p. 57. También es doctrina de la Superintendencia Financiera, como lo subrayan los autores.”

³ “Concepto 2006068741-001 del 29 de enero de 2007.”

existe como contraprestación el suministro de bienes y servicios, sin tener en cuenta la norma citada (art. 1° del Dec. 3227/82, modificado por el 1° del Dec. 1981/88), pues cuando se provee el suministro de bienes y servicios no hay la referida captación ilícita.

Adicionalmente, aduce que contrario a lo afirmado por el *ad quem*, la norma en cuestión sí consagra la posibilidad de recibir dinero, por cuanto a su vez contempla la contraprestación del suministro de un bien o servicio, así que permite la captación de dinero, pues al precaver el referido suministro, es de obviedad que hay un recaudo previo de circulante, por lo que no es necesaria una autorización legal de la Superintendencia Financiera y de allí que aquel suministro es la única excepción. Además, como la norma no distingue sobre si el suministro debe ser principal o accesorio, el Tribunal no estaba habilitado para hacer la diferenciación con el fin de pregonar el delito de captación masiva y habitual de dinero.

Añade que el error del *ad quem* estribó en concluir que, de aceptarse la simple mención de suministro de bienes y servicios en el contrato de mutuo, hacía inútil la norma (art. 1° del Dec. 3227/82, modificado por el 1° del Dec. 1981/88), olvidando que la misma simplemente contempla que hay una excepción a la prohibición legal, esto es, cuando está de por medio el suministro de bienes y servicios.

Así las cosas, sostiene que en razón de la errónea interpretación del artículo 1° del Decreto 3227 de 1982, modificado por el 1° del Decreto 1981 de 1988, se incurrió en la aplicación indebida del artículo 316 del Código Penal.

En punto de la aplicación indebida de los artículos “323 y 327” de la Ley 599 de 2000, expone que a ello se llegó como consecuencia de la errónea interpretación de los artículos 316 y 1° del Decreto 3227 de 1982, este último modificado por el 1° del Decreto 1981 de 1988.

Al respecto sostiene:

Con relación al delito de lavado de activos, es necesario tener en cuenta, como delito fuente, el de captación masiva y habitual de dinero del público, [por tanto] si se concluye, a partir de una interpretación semántica adecuada del precepto, que no hubo captación de dinero por parte de MURCIA GUZMÁN, no puede predicarse bajo ninguna circunstancia la tipicidad del delito de lavado de activos, porque es en sí imposible acreditar esta conducta de captación a título de inferencia lógica, máxime si consideramos, en grado de certeza, que no se configuró este ilícito, por adecuarse el supuesto fáctico de la excepción de que trata el decreto aludido [art. 1° del Dec. 3227/82, modificado por el 1° del Dec. 1981/88] y que sirve de base para desentrañar el contenido del artículo 316 del Código Penal.

Recordemos que el lavado de activos se tipifica al ocultar o encubrir la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino,

movimiento o derecho sobre bienes ilícitos, provenientes de un delito fuente o subyacente, pero ante la certeza de la atipicidad del delito de captación masiva y habitual de dinero, mal haría el juzgador en tener los bienes derivados de esta conducta atípica, como ilícitos en este caso.

(...)

Por otro lado, es evidente que el lavado de activos exige desde el punto de vista del tipo objetivo, un objeto material, constituido por bienes o derechos muebles o inmuebles de contenido económico, relacionados directamente con el delito que el legislador defina como subyacente del lavado de activos.

[Sin embargo,] no existen bienes de procedencia ilícita que se hubieren “lavado” en este proceso, ya que a) no hay delito fuente... [porque] se reitera, no hubo captación ilegal de dinero, por las razones ya explicadas, y b) naturalmente, los dineros recibidos por el conglomerado DMG fueron de tarjetahabientes, es decir, de los usuarios de las tarjetas prepago que a cambio de su dinero recibieron dichos instrumentos para adquirir bienes y servicios.

[Por tanto,] estos dineros que serían teóricamente el objeto material del delito de lavado, no son, de ninguna manera, ilícitos. Una persona (natural o jurídica) que capta dineros del público no necesariamente está captando dineros ilícitos, en la medida en que los recibe provenientes de la masa de aportantes, tarjetahabientes y/o depositantes.

(...)

Entonces, presumir de derecho que con el solo hecho de la captación el dinero que ingresa a una captadora es ilegal, para considerarlo delito previo de lavado, no es jurídicamente lógico... [siendo] una interpretación errónea más del Tribunal en su sentencia, que no se compeadece con las máximas de la

experiencia. [Así que] si se pretende sostener esta hipótesis, debe probarse, no presumirse, como lo hacen las instancias en sus pronunciamientos.

(...)

Por este motivo, si el Estado decidió que los dineros captados debían ser devueltos a las presuntas víctimas (como así ocurrió), es porque el Estado asumió que esos dineros son lícitos.

A contrario sensu, si se hubiese concluido que esos dineros fuesen ilícitos, tendríamos que asumir que todas las personas que invirtieron su dinero lavaron activos con la complacencia del mismo Estado.

Por lo que respecta al delito de enriquecimiento ilícito [el actor sostiene que] es preciso manifestar que mi representado no fue condenado por este punible, en consideración a las reflexiones contenidas en la sentencia.

Así las cosas, el actor pide casar la sentencia y absolver al procesado por los delitos contemplados en los artículos “316, 323 y 327” del Código Penal.

Consideraciones de la Sala:

Como en síntesis el recurrente denuncia que el Tribunal incurrió en la violación directa de la ley sustancial a consecuencia de la “errónea interpretación” del artículo 1º del Decreto 3227 de 1982, reformado por el artículo 1º del

Decreto 1981 de 1988, lo que a su juicio derivó en la aplicación indebida de los artículos 316, 323 y “327” (sic) del Código Penal, así como en la correlativa exclusión evidente del artículo 9º *ibídem*, toda vez que (i) no era posible predicar el delito de captación masiva y habitual de dinero por cuanto se brindó el “*suministro de bienes y servicios*”, lo cual convirtió en atípica dicha conducta punible, amén de que fue el público quien prefirió la obtención de rendimientos y no el referido suministro; pero además, que (ii) tampoco era viable pregonar la configuración de los delitos de “*enriquecimiento ilícito*” (sic) y lavado de activos, pues no se demostró el elemento normativo “*actividades delictivas*” en orden a deducir la configuración de estas delincuencias, pues afirma el actor que si la captación masiva y habitual de dinero es el “*delito fuente*” de éste último reato y, conforme su visión, no hubo la referida captación ilegal, en tanto que el dinero que se recibió del público no era ilícito; de lo anterior se sigue que el libelista comete un conjunto de desaciertos formales en la postulación y comprobación de la censura que propone, lo que conduce a anticipar su inadmisión.

Con el fin de evidenciar que ello es así, se ofrece oportuno recordar que cuando se denuncia la violación directa de la ley sustancial, como ocurre en el reproche que concita la atención, resulta perentorio que el recurrente se pliegue a un conjunto de requisitos de ineludible cumplimiento, en particular, a abandonar toda discusión en punto de la realidad fáctica declarada en el fallo impugnado

por vía extraordinaria, así como en torno a la valoración probatoria allí consignada, bajo el supuesto de que la causal aludida está prevista para realizar un juicio en derecho a la sentencia, con el cual se busca demostrar la efectiva presencia de uno cualquiera de los sentidos o conceptos de violación, es decir, la exclusión evidente, la aplicación indebida o la interpretación errónea de la ley.

Ahora, es del caso precisar que cuando lo buscado es constatar que en el fallo recurrido en casación se incurrió en la exclusión evidente de una específica norma, se impone comprobar el error acerca de su existencia, vigencia, validez o falta de selección. En otros términos, el problema que subyace cuando se alega este sentido de violación es que un precepto no se aplicó a pesar de que debió serlo.

Así mismo, es menester indicar que si lo deseado es poner de presente que en la sentencia atacada por vía del recurso extraordinario se incurrió en la interpretación errónea de una norma, entonces la tarea discursiva se ha de enfocar en comprobar que a ésta (norma) se le confirió un efecto limitado o excedido distinto al derivado objetivamente de su contenido. Por tanto, aquí la cuestión radica en patentizar que a pesar de que la disposición se seleccionó adecuadamente, no se le dio el alcance que en realidad le corresponde.

Adicionalmente, si lo pretendido es evidenciar la aplicación indebida de una determinada disposición, el esfuerzo argumentativo ha de encaminarse a constatar la defectuosa adecuación del supuesto fáctico dado por probado en el fallo objeto de impugnación extraordinaria, respecto de la hipótesis contemplada en la disposición utilizada. En otras palabras, lo que se persigue al alegar este sentido de violación, es evidenciar que una norma distinta a la empleada es la que recoge el aspecto fáctico reconocido en la sentencia atacada.

De otra parte, es preciso mencionar que como la interpretación errónea parte de la base de que la disposición vulnerada es correctamente seleccionada, conforme se dejó expuesto, no debe confundirse este concepto de violación con los eventos en donde por dársele un alcance equivocado a uno o varios de los elementos que la integran, no es aplicada o es utilizada indebidamente.

En efecto, es pertinente recordar que la aplicación indebida o la exclusión evidente de una norma pueden concurrir a consecuencia de la errónea interpretación de uno o varios de los elementos que la componen.

En estos eventos, el yerro de hermenéutica conduce, en punto de la aplicación indebida, a desbordar el verdadero sentido de uno o plurales elementos que integran la disposición y, por ello, se la pone a gobernar un asunto que no contempla. En cuanto hace a la exclusión de su

aplicación, el error en la exégesis de los elementos que componen la norma lleva a restringir sus efectos jurídicos y por eso no se la utiliza.

Ahora, cuando se pregona que como resultado de la errónea interpretación de la disposición se cae en su exclusión, se impone que el recurrente (i) indique el aspecto de derecho en que centra su controversia, así como (ii) la naturaleza del instituto jurídico recogido en él, (iii) especificando su ubicación en el ordenamiento positivo. Además, (iv) debe puntualizar cuál fue el alcance que se le concedió en el fallo que llevó a desechar la norma e, igualmente, (v) ha de ofrecer las razones por las cuales el entendimiento formulado en la demanda es el acertado, en orden a demostrar que el precepto excluido es el que debe gobernar el caso; tarea en la que resulta perentorio (vi) comprobar la coherencia de la interpretación postulada por el actor respecto de las categorías jurídicas relacionadas con la temática que concentra la atención, teniendo en cuenta el conjunto regulatorio del punto de derecho que se analiza.

Por otro lado, cuando se alega que como fruto de la errónea interpretación de la norma se incurre en su indebida aplicación, corresponde al impugnante (i) precisar el aspecto de derecho objeto del ataque, así como (ii) establecer la naturaleza del instituto jurídico recogido en él, (iii) puntualizando su ubicación en el ordenamiento positivo, (iv) especificar cuál fue la exégesis dada en la sentencia al mismo

e indicar las razones por las que ella resulta equivocada, (v) explicar porqué la comprensión propuesta en la demanda es la correcta, lo que impone (vi) demostrar la coherencia de la interpretación formulada por el actor frente a las categorías jurídicas relacionadas con la temática respecto del universo regulatorio inherente al punto de derecho cuestionado que dio lugar a la utilización incorrecta de la disposición.

Reseñado lo anterior, se evidencia que como el libelista alega que a consecuencia de la errónea interpretación del artículo 1° del Decreto 3227 de 1982, modificado por el artículo 1° del Decreto 1981 de 1988, en el cual se prevé,

El artículo 1° del Decreto 3227 de 1982, quedará así:

Artículo 1° Para los efectos del Decreto 2920 de 1982, se entiende que una persona natural o jurídica capta dineros del público en forma masiva y habitual en uno cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando su pasivo para con el público está compuesto por obligaciones con más de veinte (20) personas o por más de cincuenta (50) obligaciones, en cualquiera de los dos casos contraídas directamente o a través de interpuesta persona.

*Por pasivo para con el público se entiende el monto de las obligaciones contraídas por haber recibido dinero a título de mutuo o a cualquiera otro **en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes o servicios.***

2. Cuando, conjunta o separadamente, haya celebrado en un período de tres (3) meses consecutivos más de veinte (20)

contratos de mandato con el objeto de administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración o para invertirlos en títulos o valores a juicio del mandatario, o haya vendido títulos de crédito o de inversión con la obligación para el comprador de transferirle la propiedad de títulos de la misma especie, a la vista o en un plazo convenido, y contra reembolso de un precio.

Para determinar el período de los tres (3) meses a que se refiere el inciso anterior, podrá tenerse como fecha inicial la que corresponda a cualquiera de los contratos de mandato o de las operaciones de venta.

Parágrafo 1. En cualquiera de los casos señalados debe concurrir además una de las siguientes condiciones:

a) Que el valor total de los dineros recibidos por el conjunto de las operaciones indicadas sobrepase el 50% del patrimonio líquido de aquella persona; o

b) Que las operaciones respectivas hayan sido el resultado de haber realizado ofertas públicas o privadas a personas innominadas, o de haber utilizado cualquier otro sistema con efectos idénticos o similares.

Parágrafo 2. No quedarán comprendidos dentro de los cómputos a que se refiere el presente artículo las operaciones realizadas con el cónyuge o los parientes hasta el 4º grado de consanguinidad, 2º de afinidad y único civil, o con los socios o asociados que, teniendo previamente esta calidad en la respectiva sociedad o asociación durante un período de seis (6) meses consecutivos, posean individualmente una participación en el capital de la misma sociedad o asociación superior al cinco por ciento (5%) de dicho capital... (subrayas y negrilla fuera del texto original);

se incurrió en la aplicación indebida del artículos 316 del Código Penal, así como en la correlativa exclusión del artículo 9º *ibídem*, por cuanto no era posible predicar el delito de captación masiva y habitual de dinero, puesto que se verificó el “*suministro de bienes y servicios*”, lo cual permite predicar que dicha conducta punible es atípica, amén de que fue el público quien prefirió la obtención de rendimientos mas no el referido suministro; de esto se sigue que el recurrente parte de varios supuestos que los hechos declarados en el fallo y el acervo probatorio no reflejan, dando con ello al traste con la obligación de plegarse, por alegar la violación directa de la ley sustancial, a la realidad fáctica consignada en la sentencia impugnada y a la valoración que de los medios de conocimiento se registra en la decisión impugnada, amén de que desconoce el verdadero sentido del artículo 1º del Decreto 3227 modificado por el también Decreto 1981.

En efecto, la postura asumida por el libelista no solo riñe abiertamente con las exigencias formales de la causal aducida, sino en general respecto del recurso de casación, pues la censura simplemente refleja la pretensión del actor por imponer su postura personal sobre la plasmada en el fallo impugnado, sin que por tanto evidencie la existencia de un yerro de la entidad suficiente para infirmarlo, como luego se explicará.

De otra parte, al comparar la labor argumentativa que corresponde desarrollar al censor cuando discute la errónea interpretación que lleva a la aplicación indebida de una determinada norma con el discurso ofrecido por el demandante, igualmente se advierte que escasamente deja planteado el reparo, pues concentra su atención en el “*suministro de bienes y servicios*” a que alude el artículo 1° del Decreto 3227 de 1982, modificado por el artículo 1° del Decreto 1981 de 1988, en punto de lo cual reduce su alegación a sostener que si hay este tipo de contraprestación se desvirtúa la tipicidad respecto de la conducta punible de captación masiva y habitual de dinero (tras lo cual asegura que como es el delito fuente del enriquecimiento ilícito, éste también queda desvirtuado, sobre lo que más adelante se tratará), trayendo a colación alguna doctrina y un concepto de la Superintendencia Financiera de manera “descontextualizada”, con lo que en realidad no logra explicar porqué la postura del Tribunal es equivocada, al paso que la suya resulta ser la correcta.

En efecto, muestra de la descontextualización de las fuentes que esgrime el censor en respaldo de su visión, radica en que la doctrina a la que echa mano⁴, escasamente pone de manifiesto, al analizar tangencialmente el caso que aquí concita la atención, que “*al parecer*” se podía “*inferir*”

⁴ MUÑOZ GARCÍA, Miguel Ángel; MONTAÑA VELANDIA, Juan, *El delito de captación masiva y habitual de dinero*, Bogotá, Temis, 2013, p. 57.

que no se trataba de una captación masiva y habitual de dinero, por cuanto se ofrecían bienes y servicios, comentario frente al que es preciso registrar, se ignoran las particularidades del *sub judice* y de allí que simplemente se especule con las referidas expresiones.

No muy diferente acontece con el concepto de la Superintendencia Financiera que menciona el impugnante en apoyo de su tesis⁵, pues si bien en él se indica que en aquellos casos en los que el dinero recibido tenga como contraprestación el suministro de un bien o servicio, no hay lugar a predicar el delito de captación masiva y habitual, cuya descripción típica se complementa con el artículo 1° del Decreto 3227 de 1982, modificado por el artículo 1° del Decreto 1981 de 1988; igualmente se evidencia que más adelante, en el mismo pronunciamiento de la citada entidad, haciendo alusión a otro concepto⁶, se expresa que *“de no brindarse la contraprestación antes aludida, esto es, cuando el aporte mensual no se concrete al final del plazo en el suministro de un bien o servicio al aportante, sino que se restituya el dinero recibido, se configuraría el contrato de mutuo, ya sea oneroso o gratuito —según se reconozcan o no intereses sobre la suma captada—, caso en el cual la operación consultada se ubicaría dentro de la situación prevista en el inciso 2° del numeral 1° consignado en la hoja 2 del presente concepto [“pasivo para con el público”, el cual*

⁵ Del 29 de enero de 2007 con radicado No 2006068741-001.

⁶ Expresado mediante oficio No. 93063173 del 29 de julio de 1994.

se “entiende como el monto de las obligaciones contraídas por haber recibido dinero a título de mutuo o a cualquier otro en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes”], constituyendo así lo que el Decreto 1981 de 1988 denomina “pasivo para con el público”, dando lugar a que se consolide el delito de captación masiva y habitual de dinero.

Como se puede apreciar, el libelista sustenta su postura en la visión sesgada tanto de la doctrina como del concepto de la Superintendencia Financiera que refiere, de donde se sigue que no consigue evidenciar la errónea interpretación del artículo 1º del Decreto 3227 de 1982, modificado por el artículo 1º del Decreto 1981 de 1988, que le atribuye al Tribunal en punto del alcance de la expresión *“suministro de bienes y servicios”*.

Ahora, volviendo a los aspectos fáctico y probatorio señalados en la sentencia, se tiene que el juzgador de segundo grado, en síntesis, de manera detallada, citando prueba —que convenientemente ignora el impugnante—, puso de presente el verdadero alcance del recaudo de dinero por parte del acusado y la organización que éste estructuró para tal efecto, mostrando que la voluntad del implicado fue la de recibir ingentes sumas de dinero de miles de personas sin que mediara autorización legal alguna para ello, a quienes atraía prometiendo jugosos dividendos y para librarse de los controles estatales, acudió a la figura del *“suministro de bienes y servicios”* a través de unas tarjetas

prepago que eran cargadas con los montos del circulante que entregaba cada uno de sus titulares de modo prácticamente informal, dinero que a la postre aquellos perdieron en su totalidad.

Por ese motivo, el *ad quem* concluyó que la estrategia de las tarjetas prepago y el suministro de bienes y servicios “se utilizó como fachada para esquilmar a inversionistas y ahorradores”⁷, mientras que el *a quo* sostuvo que ello “no fue más que la traslapa del ejercicio financiero”⁸ para recolectar dinero del público.

En esa medida, pronto se advierte que el demandante, como se dijo, soslaya el alcance de la expresión “suministro de bienes y servicios” referida en el artículo 1° del Decreto 3227 de 1982, modificado por el artículo 1° del Decreto 1981 de 1988, a partir de lo cual pretende desvirtuar la consolidación de la conducta punible de captación masiva y habitual de dinero.

Conviene entonces traer a colación lo consignado por el Tribunal en la sentencia al predicar la configuración del delito anotado, para constatar que el reparo ensayado por el impugnante constituye un intento infundado dirigido a poner de presente un supuesto error de hermenéutica en

⁷ Pág. 122 del fallo del Tribunal.

⁸ Pág. 22 de la sentencia de primer grado.

punto del artículo 1° del Decreto 3227 de 1982, modificado por el artículo 1° del Decreto 1981 de 1988, al que por remisión se acude al estarse, como se dijo, ante un tipo penal en blanco, a efectos de evidenciar la postura equivocada del libelista.

El Juzgador de segundo grado expresó lo siguiente en torno al delito previsto en el artículo 316 del Código Penal y particularmente en punto del suministro de bienes y servicios:

...Se colige que la actividad perseguida por DAVID MURCIA GUZMÁN, de captar ahorros o recursos del público, exigía la constitución de un establecimiento de crédito, tal como lo dispone el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero —EOSF—, siguiendo para el efecto el procedimiento establecido en el artículo 53 ibídem, en concordancia con el numeral 1° del Capítulo I del Título Primero de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades⁹... [así] que se configura esa captación [ilegal] cuando la recepción de dineros anticipados no genera como contraprestación el suministro de bienes o servicios y se posibilite, además, la devolución de dineros; como en efecto ocurrió, en razón a que se estableció en el presente asunto, que los usuarios del esquema definido por DMG S.A. y Holding DMG, adquirirían la tarjeta para consumir el 5% del importe constituido de manera inmediata a la adquisición o recarga, permitiendo la devolución del 95% que como excedente se restituía en dinero, pero que con el paso del tiempo fue impuesto por las empresas

⁹ “La Superintendencia Bancaria expidió numerosas resoluciones que buscan combatir hechos delictivos. Entre ellas, se encuentra la Circular Externa 007 de 1996 o Circular Básica Jurídica, que es la principal directriz de la conducta de las entidades financieras y crea el «Sistema Integral para la Prevención del Lavado de Activos»...”

aludidas en 6 meses, evento que originó no recibir un bien, o un servicio..., dadas las singular[es] retribu[ciones] ofrecidas, valga decir, del 300%... [así] que la fuente normativa que invoca el defensor como blasón defensivo [es decir, la parte del art. 1º del Dec. 1981 de 1988 donde se establece que no hay lugar a predicar la captación ilegal cuando se “prevea como contraprestación el suministro de bienes o servicios”], debe entenderse de manera contextualizada, es decir, que la contraprestación de los dineros dados como anticipo debe ser exclusivamente en bienes y servicios, sin excepción alguna.

Por ello es preciso recabar que solo las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera se encuentran facultadas legalmente para, entre otras actividades, captar dineros del público en forma masiva y habitual, para lo cual, inexorablemente, deben constituirse bajo el régimen administrativo y financiero del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la Circular Básica Jurídica. Luego entonces, ante el acaecimiento de hechos objetivos o notorios que indiquen la entrega masiva de dineros a personas naturales o jurídicas, directamente o a través de intermediarios mediante operaciones constitutivas de recaudo de operaciones desprovistas de la autorización legalmente expedida por autoridad competente, a cambio de bienes, servicios o rendimientos exorbitantes sin justificación financiera razonable, impone la investigación exhaustiva de la procedencia, inversión y destino que se le imprime a esos capitales.

Se reliva para el efecto, de acuerdo con los estatutos que regían las sociedades DMG y Holding DMG, representadas por el máximo accionista DAVID EDUARDO MURCIA GUZMÁN, y las pruebas allegadas a la actuación, que ninguna duda surge en cuanto a que dentro de sus funciones [legales] no se encontraba la intermediación financiera, por lo cual no podían captar masiva y habitualmente dineros del público... En tanto... [que] es de relivar que la Superintendencia Financiera impuso medidas

coercitivas, en virtud a que a través de las investigaciones administrativas sancionatorias, se estableció que DMG S.A. y Holding DMG incursionaban en captación masiva de dineros, dado que [su actividad] se adecuaba a la prohibición expresamente prevista en el Decreto 1981 de 1988, es decir, cuando el pasivo para con el público está compuesto por obligaciones con más de veinte (20) personas o por más de cincuenta (50) obligaciones, contraídas directamente o a través de interpuesta persona, constatándose que el valor total de los dineros recibidos por el conjunto de las operaciones indicadas sobrepasó el 50% del patrimonio líquido del representante legal DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN, aunado a que para esas operaciones financieras [las empresas] acudieron a ofertas públicas y privadas a personas innominadas; destacándose que el punto álgido no es la comercialización de las tarjetas prepago, ni la contratación o no de prestación de bienes y servicios, lo realmente relevante es que la comercialización de las tarjetas prepago DMG y la prestación de bienes y servicios que se presentaron en algunos casos, se utilizó como fachada para esquilmar a inversionistas y ahorradores, que sin ponderar sus prioridades, dieron rienda suelta a la avidez, y entregaron desprevenidamente bajo una confianza excesiva, grandes sumas de dinero deseosos de obtener las cuantiosas retribuciones ofertadas por DMG.

(...)

Debe predicarse que, sin lugar a dudas, cualquier operación para que no sea tachada de ilegal, [valga decir,] constitutiva de captación masiva de recursos del público... [exige como] requisito sine qua non, dado que constituye la excepción a la regla, que quien recibe los dineros debe entregar como prestación un bien o servicio, pues cuando se recaudan dineros del público en la forma prevista por el legislador como punible, con la promesa que se devolverán dentro de un plazo con o sin rendimientos y sin mediar un bien o servicio, debe entenderse que se trata de un contrato de mutuo... [que] trasciende al ámbito penal [como] cuando se utilizan las tarjetas prepago para percibir

innumerables sumas de dinero, pese a que fueron creadas con el único fin de prestar bienes y servicios.

(...)

De otro lado, y siguiendo con el análisis del haz probatorio para determinar la existencia de la referida captación de dineros, aparece el testimonio de MAURICIO ORTIZ LORA, perito funcionario de la Superintendencia Financiera de Colombia, quien emitió el informe requerido por la delegada de la Fiscalía General de la Nación, en donde estableció que de acuerdo con la evidencia y los soportes de la actuación administrativa, [el objeto social de] DMG, con vigencia hasta el 1º de junio del año 2005... era el de exportar, producir y comercializar en Colombia o en el exterior toda clase de electrodomésticos, vehículos, muebles y equipos para el hogar y la oficina, para la medicina naturista y demás materias primas, repuestos, insumos, accesorios, artículos, herramientas maquinaria, equipos para facilitar y garantizar la comodidad y la salud de hogares colombianos a través de ventas de tarjetas prepago, celebrar contratos de cambio de todas sus manifestaciones, girar toda clase de títulos valores de orden crediticio como pagarés, previo el cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios.

(...)

[Agrega que] la experticia permitió establecer, con una muestra de cien contratos suscritos por los tarjetahabientes, que la actividad principal era el recibo y devolución del dinero, y el aspecto subsidiario era la entrega de bienes, teniendo en cuenta las cláusulas del reglamento —prueba No. 23— que suscribieron al momento de efectuar el desembolso del dinero, y que de conformidad con la cláusula 18, se advierte que “pasados seis meses sin que el cliente haya utilizado las tarjetas del Grupo DMG S.A. se procederá a la devolución del dinero correspondiente al importe de la tarjeta sin hacer descuento alguno al cliente” y en la cláusula 4ª se consagró que la obligación del cliente es consumir como mínimo el 5% del importe, concomitante con la compra o recarga de las tarjetas y frente al 95%, cobra importancia que se contempla la posibilidad de

devolver el dinero si transcurren seis meses sin que se haya utilizado la tarjeta. Luego entonces, expectantes los tarjetahabientes de los multimillonarios réditos del 300% al término de los seis meses, era obvio que optarían sin lugar a dudas por esperar el paso del tiempo.

Resulta apenas elemental entender, que lo pretendido por los inversionistas era recibir los cuantiosos réditos ofrecidos, no de otra manera se explica que mantuviesen los recursos cesantes, pues lo que pretendían realmente [no] era adquirir bienes y servicios, [así que] repugna a las reglas de la experiencia que terminaran recibiendo nuevamente el dinero sin mayor provecho. En tal sentido, contraría la lógica la postura defensiva que porfía en que esa venta era el objeto principal de la negociación, cuando, como se ha visto, y se sostuvo en el fallo confutado, se trataba de una traslapa para cubrir la real substancia del convenio, que era un contrato de mutuo con intereses, desmedidos por demás.

De otra parte, respecto a la existencia del pasivo para con el público [de que trata el artículo 1º del Decreto 3227 de 1982, modificado por el artículo 1º del Decreto 1981 de 1988], representado en obligaciones con más de veinte personas o constituido por más de cincuenta obligaciones, evidenció el perito que a 31 de diciembre del año 2006 la empresa DMG había recibido dinero de 8.814 [personas], generando igual número de obligaciones, y utilizando la figura de las tarjetas prepago, y apoyado en los estados financieros a 31 de diciembre de 2006, se da cuenta de recursos recibidos por la sociedad DMG que ascienden a la suma de trece mil cuatrocientos ochenta y dos millones [(\$13.842.000.000)], valor que supera el 50% del patrimonio líquido a 31 de diciembre de 2006, que se fijó en 89.3 millones de pesos.

(...)

...[Ahora] el valor de los dineros recaudados por el conjunto de operaciones realizadas con las tarjetas DMG [por igual]

sobrepasó el 50% de su patrimonio líquido... [lo cual adicionalmente] se establece a partir del balance y un estado financiero radicado el 3 de abril de 2007 por el presidente del Grupo DMG S.A. DAVID MURCIA GUZMÁN, al destacarse un pasivo a largo plazo de \$14.452.101.592.00, luego entonces, al comparar el 50% del patrimonio líquido frente al último guarismo anotado, obviamente que excede en más del 50%.

(...)

Subyace necesario traer a colación las conclusiones a que arribó el perito MAURICIO ORTIZ LORA, quien expuso en el juicio oral... [que] la norma que tipifica la conducta [(art. 1° del Decreto 3227 de 1982, modificado por el artículo 1° del Decreto 1981 de 1988)] prevé dos supuestos: 1) la recepción esporádica de altas sumas de dinero y; 2) la celebración de cualquiera otro negocio en el que se prevea como contraprestación el suministro de bienes o servicios; en el primer caso, en el contrato de mutuo la obligación del mutuario consiste en devolver la suma recibida junto con los intereses correspondientes, esto último salvo pacto expreso en materia mercantil —artículo 2221 del Código Civil y 1163 del Código de Comercio—.

En relación con el segundo supuesto, que es el que interesa, cuando la disposición señala que por pasivo para con el público se entiende la adquisición de obligaciones por haber recibido dinero a título de mutuo o a cualquier otro que no proceda como contraprestación del suministro de bienes y servicios, está indicando que no resulta posible la recepción de dinero, [así que] por ello es completamente equivocado sostener que se pueda captar recursos del público sin autorización legal, por el simple hecho de que se prevea el suministro de bienes y servicios —de cualquier forma— y tampoco cuando está previsto el suministro de bienes o servicios en cuantía inferior al monto recibido o cuando el suministro de bienes o servicios depende de forma exclusiva de la voluntad de quien haga la entrega de dineros, como en este caso, pues claramente está contemplado en el reglamento del convenio [celebrado] entre los que entregaron el

dinero y DMG, específicamente en los numerales 4, 18 y 19... la facultad del cliente de pedir esa devolución una vez transcurriera el término de seis meses con... un preaviso de 30 días, estando obligados a consumir el 5% del importe, [así que] aceptar... [la] interpretación [del defensor] equivaldría a vaciar de contenido la norma prohibitiva, dado que sería elemental escapar a la norma a simple intuición en el contrato y entregar bienes o servicios si el cliente así lo desea o la obligación de hacerlo en una cuantía inferior a la recibida como ocurrió en este caso.

Dicho de otro modo, la norma prohibitiva sería completamente inútil e ineficaz, pues bastaría con celebrar una convención de cualquier manera bajo la simple posibilidad... de entregar bienes o servicios a quien suministre el dinero, para legitimar una actividad de captación. Bajo dicho entendido una operación de la cual se reciben dineros del público permitiendo al inversionista o al cliente el derecho de redimir un porcentaje en bienes o servicios y/o en dinero... estipulando un porcentaje para una u otra prestación configura indiscutiblemente una actividad de captación masiva e irregular. Esto naturalmente supone la concurrencia de los demás supuestos del artículo 1º del Decreto 1981 de 1988.

Como se puede apreciar, bien distante aflora la visión parcializada de la defensa frente al análisis riguroso del Tribunal, a partir de cual se concluye que se dieron todos los presupuestos señalados en artículo 1º del Decreto 3227 de 1982, modificado por el artículo 1º del Decreto 1981 de 1988, para predicar el delito de captación masiva y habitual de dinero.

Es más, la postura del *ad quem* para nada resulta insular, pues la Sección Cuarta del Consejo de Estado, el 29 de septiembre de 2011¹⁰, al pronunciarse sobre la demanda de nulidad presentada contra las Resoluciones 1634 y 1806 del 12 de septiembre y 8 de octubre de 2007 de la Superintendencia Financiera, por cuyo medio se tomaron medidas administrativas contra el Grupo DMG, señaló en punto del suministro de bienes y servicios, de que trata el artículo 1° del Decreto 3227 de 1982, modificado por el artículo 1° del Decreto 1981 de 1988, lo siguiente:

De conformidad con la norma transcrita, se desprende que la captación ilegal masiva y habitual se presenta cuando la recepción de dineros anticipados genere como contraprestación el suministro de bienes o servicios, y se posibilite, además, la devolución de dineros. En efecto, tal como se encuentra demostrado en el caso propuesto, en las “Condiciones de Uso y Reglamento de las Tarjetas Prepago DMG”, se estableció que los adquirientes de estas tarjetas debían consumir el 5% del importe de las mismas, de manera inmediata a la adquisición o recarga, permitiendo que posteriormente la devolución del 95% restante pudiese hacerse en dinero. Esta “eventualidad”, como la denomina el actor, constituye una ilegal captación masiva y habitual de dinero del público, pues permite que en un momento dado, el cliente, reciba como contraprestación, además de un bien o servicio, dinero. Y si bien la norma no establece de manera expresa que la contraprestación de los dineros anticipados sea “exclusivamente” en bienes y servicios, así debe entenderse, pues si esta regla general tuviese excepción, estaría contemplada de manera expresa en la normativa aplicable. De admitirse lo contrario, se estaría permitiendo que la inversión de

¹⁰ Radicado No. 110010327000200800009 00.

los recursos de captación escape de la regulación previa del Estado en los términos de los artículos 333 y 335 de la Constitución Política.

Así las cosas, como quiera que conforme se dejó planteado inicialmente, cuando se alega que como fruto de la errónea interpretación de una norma se incurre en su aplicación indebida (en este caso, el artículo 316 del Código Penal, el cual recoge un tipo penal en blanco que se complementa con el artículo 1° del Decreto 3227 de 1982, modificado por el artículo 1° del Decreto 1981 de 1988), le corresponde al recurrente, visto el fundamento de su alegato, no solo precisar el aspecto de derecho objeto del ataque (en el *sub judice*, el alcance del suministro de bienes y servicios), la naturaleza del instituto jurídico recogido en él, su ubicación en el ordenamiento positivo y la exégesis dada en la sentencia al mismo, amén del deber de indicar las razones por las que esa apreciación resulta equivocada, tras lo cual se debe explicar porqué la comprensión propuesta en la demanda es la correcta, lo que impone demostrar la coherencia de la interpretación formulada por el actor frente a las categorías jurídicas relacionadas con la temática respecto del universo regulatorio inherente al punto de derecho cuestionado que dio lugar a la utilización incorrecta de la disposición; y el libelista lo que hace es plasmar su criterio personal, por cuanto contrae su argumentación a señalar fuera de contexto la doctrina y un concepto de la Superintendencia Financiera, al paso que ignora la

“teleología” de la norma (art. 1º del Dec. 3227, modificado por el Dec. 1981), la que a su vez es rescatada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en el pronunciamiento que se viene de recordar, amén de que en las Resoluciones 1634 y 1806 del 12 de septiembre y 8 de octubre de 2007 de la Superintendencia Financiera así se había consignado; por tanto, de ello se sigue que el actor escasamente dejó planteada la censura.

Lo consignado en precedencia a su vez sirve para afirmar que, contrario a lo manifestado por el libelista, no es cierto que se haya desconocido la garantía del derecho penal de acto por el hecho de que supuestamente los tarjetahabientes fueron quienes prefirieron la devolución de su dinero acompañado de unos intereses sumamente atractivos, al suministro de bienes y servicios, pues con tal visión se ignora que la estrategia del procesado de ofrecer jugosos frutos hizo parte de la consumación de la conducta punible prevista en el artículo 316 del Código Penal, al punto que de no haber mediado ello, inexorablemente no se habrían captado las cantidades tan cuantiosas de efectivo de manos de miles de personas con el resultado conocido.

De otra parte, en cuanto hace a la queja del censor fundada en que no era posible predicar la conducta punible de lavado de activos con base en la efectiva configuración del delito de captación masiva y habitual de dinero, por cuanto se había incurrido en la errónea interpretación del artículo

1° del Decreto 3227 de 1982, modificado por el artículo 1° del Decreto 1981 de 1988; basta remitirse a lo consignado en precedencia para desvirtuar la queja que en ese sentido edifica el libelista, pues en efecto sí se materializó el ilícito contemplado en el artículo 316 del Código Penal y de allí que sirva de soporte para pregonar la infracción descrita en el artículo 323 *ibídem*, conforme se señaló desde la acusación y luego lo reiteró el Tribunal¹¹.

Por tal motivo, es claro que el reato de captación ilegal sirve para demostrar el elemento normativo del tipo de lavado de activos relativo a que los bienes tengan origen en “*actividades ilícitas*”.

No sobra agregar que no debe confundirse, como lo hace el libelista, la constatación de la captación al margen de la ley con la licitud de los dineros recibidos del público, pues ello sería tanto como afirmar que los frutos de cualquier delito son lícitos en razón de su origen inicial.

La manifestación extrema de la desorientación del libelista aflora cuando refiere que por la conducta punible de enriquecimiento ilícito no fue condenado el procesado, así que no era posible deducirle el delito de lavado de activos, pues con ello ignora, como lo sostuvo el juzgador de segundo

¹¹ Páginas 136 y 137 del fallo del *ad quem*.

grado, que basta con tener elementos de juicio que permitan deducir la existencia de aquella infracción, para que se pueda predicar el último reato en cita.

En ese sentido expresó:

Ahora bien, sobre la fundamentación de la imputación del punible de lavado de activos, en casación 23754 del 9 de abril de 2008... reivindicando la casación del 28 de noviembre de 2007, radicado No. 23174, expresó el Alto Tribunal de la Jurisdicción ordinaria que

*“...basta con que el sujeto activo de la conducta no demuestre la tenencia legítima de los recursos, para deducir **con legitimidad** y en sede de sentencia que se trata de esa adecuación típica (lavado de activos), porque en esencia, las diversas conductas alternativas a que se refiere la conducta punible no tienen como referente “una decisión judicial en firme”, sino la mera declaración judicial de la existencia de la conducta punible que subyace al delito de lavado de activos”.*

Se reiteró así la tesis de que lavar activos es una conducta punible autónoma y no subordinada:

*“El lavado de activos, tal como el género de conductas a las que se refiere el artículo 323, es comportamiento autónomo¹² y su imputación no depende de la demostración, mediante declaración judicial en firme, sino de la mera **inferencia judicial** al interior del proceso, bien en sede de imputación, en sede de acusación o en sede de juzgamiento que fundamente la*

¹²“Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 19/01/2005, rad. No. 21044.”

existencia de la(s) conducta(s) punible(s) tenidas como referente en el tipo de lavado de activos”¹³.

Y se agregó que:

“Cuando el tenedor de los recursos ejecuta esa mera actividad (aparentar la legalidad del activo) y oculta su origen e inclina su actividad al éxito de ese engaño, orienta su conducta a legalizar la tenencia del activo, es claro que incurre en la conducta punible porque su comportamiento se concreta en dar a los bienes provenientes o destinados a esas actividades apariencia de legalidad; es decir, encubre la verdadera naturaleza ilícita del producto”.

Bajo esa lógica, en el presente caso, para tipificar el delito de lavado de activos, bastaba entonces la demostración de que el sujeto activo de la conducta ocultó o encubrió “la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes”, sin necesidad de acreditar con una decisión judicial en firme, el delito de donde provenían los recursos ilícitos, pues la actividad ilegal subyacente sólo requiere de una inferencia lógica que la fundamente, tal como se expuso en el aludido precedente del 28 de noviembre de 2007 [donde se dijo]:

“...demostrar el amparo legal del capital que ostenta o administra, etc., es cuestión a la que está obligado el tenedor en todo momento; y cuando no demuestra ese amparo legítimo es dable inferir, con la certeza argumentativa que exige el ordenamiento jurídico penal, que la actividad ilegal consiste en “...encubrir la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes”, de manera que por esa vía se estructura la tipicidad y el juicio de reproche a la conducta de quien se dedica a lavar activos.

(...)

¹³ “Sentencia de casación del 28 de noviembre de 2007, radicado No. 23174.”

“Se insiste: la imputación por lavado de activos es autónoma e independiente de cualquier otra conducta punible y para fundamentar la imputación y la sentencia basta que se acredite la existencia de la conducta punible subyacente a título de mera inferencia por la libertad probatoria que marca el sistema penal colombiano”.

De otra parte, no sobra recordar que en el caso que ocupa la atención, el Tribunal dedujo el delito de enriquecimiento ilícito, entre muchas otras razones, de las siguientes:

Para el efecto, resulta trascendental el testimonio vertido al juicio oral por la perito ALEXANDRA MONTAÑO HERRERA, contadora pública adscrita a la Dirección de Impuestos Nacionales, quien dictaminó, con base en las disposiciones legales vigentes sobre la materia, como el Régimen Tributario, el Código del Comercio y el Decreto 2649 de 1993, sobre el perfil tributario de DAVID MURCIA GUZMÁN, a partir de las declaraciones tributarias¹⁴ correspondientes a los años 2005 y 2006 del citado contribuyente, y... en el marco del referido estatuto, a través del cual se presumen o asumen como ciertos los datos consignados en las declaraciones, aclaraciones o respuestas, siempre y cuando no se haya solicitado comprobación especial; que para el año 2005 MURCIA GUZMÁN registró un patrimonio bruto de \$1.012.108.000.00 e ingresos brutos de \$60.364.000, bajo el entendido que en el año 2004 no presentó declaración de renta, en atención a que no reunía los requisitos para el efecto, esto es, su patrimonio no ascendía a \$80.000.000.00, ni sus ingresos promediaban \$70.000.000.00 y [además,] con ocasión de la

¹⁴ “Prueba No. 5.”

información bancaria¹⁵ del contribuyente durante los años 2003 a 2008, infirió que eran muy pequeños los movimientos realizados y [no obstante] para el 2005 registró movimientos o consignaciones de hasta \$635.874.673.00.

Verificó la experta a través de la información suministrada por las entidades prestadoras de salud¹⁶ y el Fosyga¹⁷, que el acusado, para los años 2002 y 2003, apareció vinculado a la sociedad DMG Producciones como camarógrafo, con ingresos [mensuales] que ascendieron de \$5.253.000.00 y para el mes de agosto de 2005 registró el cargo de ejecutivo devengando un salario de \$6.420.000.00. Es decir, para el año 2005, registró ingresos por \$31.100.000.00 por fracción de ese año, información que contrastada con la contabilidad suministrada por el Grupo DMG S.A., no encontró correspondencia, pues no se encontraron pagos efectuados por la empresa Grupo DMG S.A. a MURCIA GUZMÁN por concepto de sueldos y honorarios.

Así mismo, verificó [a partir de] los soportes contables de la empresa Grupo DMG S.A., que obtuvo préstamos de MURCIA GUZMÁN para el año 2005, por cuantía de \$1.135.390.000.00... [lo que] no guarda relación con el registro contable, pues no se corresponde con el patrimonio bruto, ni con los ingresos reportados por el contribuyente para ese año gravable. Realizado el análisis horizontal de las declaraciones de renta para los años 2005 y 2006... en los ingresos brutos registra un incremento significativo del 593%, que trasciende de \$60.364.000.00 a \$418.087.000.00, valor que no fue debidamente soportado, dado que el ingreso anual como ejecutivo de la empresa DMG, arrojó \$70.620.000.00 para el año 2006.

(...)

¹⁵ "Prueba No. 7."

¹⁶ "Prueba No. 6."

¹⁷ "Prueba No. 11."

Del testimonio del perito [DIEGO JAVIER] URRUTIA SANABRIA se estableció, con base en los extractos de la cuenta corriente 3-0360-000070-5 del Banco Agrario de Colombia, de titularidad de DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN, representante legal de la sociedad DMG S.A., que recibió múltiples depósitos hechos en sumas cerradas desde La Hormiga, Orito, Puerto Asís, Mocoa, Monte Líbano y Montería, en cuantía de \$2.469.071.124.00, sin que se encuentre razón aparente para ello, tampoco se justificó ese incremento patrimonial, y desde luego [ello] riñe con el perfil tributario, económico y financiero que viene de analizarse.

En suma, como quiera que el demandante, para dar sustento al reparo que se viene de analizar, a pesar de invocar la violación directa de la ley sustancial, desconoce los hechos declarados en la sentencia, así como la valoración probatoria del Tribunal, pero además, deja enunciada la supuesta errónea interpretación de la norma que complementa el tipo penal en blanco de captación masiva y habitual de dinero y, finalmente, olvida que basta constatar inferencialmente la existencia del delito de enriquecimiento ilícito para poder predicar el de lavado de activos por el que efectivamente fue condenado el acusado DAVID EDUARDO MURCIA GUZMÁN, de esto se sigue, conforme se anunció desde el comienzo, que la presente censura debe ser inadmitida.

Segundo cargo

El recurrente acusa la sentencia de haber incurrido en la violación indirecta de la ley sustancial, a consecuencia de error de derecho por falso juicio de legalidad, el cual, afirma, se consolidó al *“otorgarle la categoría de perito a quien no fue anunciado bajo esa calidad, ni desarrolló al interior de la actuación ese rol”*, con quien se introdujeron al juicio oral las interceptaciones telefónicas, lo que condujo a condenar al procesado por los delitos de lavado de activos y captación masiva y habitual de dinero.

Al respecto sostiene el censor que las interceptaciones telefónicas que sirvieron de sustento para condenar al procesado, han debido *“producirse a partir del cumplimiento de unas exigencias legales, dentro de las cuales es pertinente mencionar la demostración, mediante prueba científica, del cotejo de voces, [la que debió ser] llevada a cabo por un experto en fonoaudiología y acústica”*, y de allí que la Fiscalía, en el escrito de acusación, designó a la experta JUDITH VALENCIA TORRES para que se ocupara de ese aspecto.

No obstante, asevera el libelista, no se realizó el mencionado *“cotejo de voces”*, pues el Tribunal aceptó como perito al policial encargado de realizar las interceptaciones telefónicas, es decir, a NELSON CARMONA RODRÍGUEZ, con lo cual desconoció lo previsto en el artículo 408 de la Ley 906 de 2004, en donde se establece quiénes pueden ser peritos e, igualmente, el artículo 413 *ídem*, en el que se consagra la

necesidad de “*acreditar la idoneidad del perito*”, lo que tampoco hizo el citado, ni se arrimó la base de la opinión pericial para que las partes la conocieran previamente y de allí que se soslayó lo preceptuado en el artículo 415 *ibídem* y el artículo 420 *ejusdem*, último en el que se regula la forma de apreciar la prueba pericial.

Adicionalmente, pone de presente que el juez *a quo*, indebidamente, echó mano de su conocimiento privado para concluir que la voz registrada en las interceptaciones telefónicas era la del procesado.

Así las cosas, concluye que el error del Tribunal consistió en darle la condición de perito a quien legalmente no la tenía.

Además, sostiene que las interceptaciones telefónicas por sí solas no tienen valor probatorio, pues “*requieren que sean convalidadas por un perito previamente asignado para esos menesteres*”, bien para incriminar o para exonerar.

Añade que, como el uniformado NELSON CARMONA RODRÍGUEZ no podía ni debía presentarse como experto en fonoaudiología acústica por no ostentar esa calidad, amén de que tampoco se la pregonó en la audiencia preparatoria, pues solo se lo anunció como testigo, entonces el Tribunal

no ha debido tenerlo en cuenta en aquella condición para sustentar la condena contra el acusado, pues legalmente ello no era posible, conforme quedó explicado, postura que dice el actor, encuentra respaldo en la sentencia C-396 de 2007.

Por tanto, afirma que las manifestaciones realizadas por el policial en cuestión las hizo como testigo mas no en la condición de perito, por ende, no podía *“explicar el contenido de dictamen alguno”*, ni se podía *“interpretar como válida una prueba que no reunió, a cabalidad, las condiciones legalmente exigidas”*.

Agrega que si bien el Tribunal sostuvo, al igual que el *a quo*, que el uniformado CARMONA RODRÍGUEZ era un *“perito o experto acreditado como analista de voces”*, lo cierto es que ello no es así, pues su labor era la de interceptar comunicaciones mas no la de rendir dictamen alguno en materia de cotejo de voces, conforme lo exige el artículo 408 de la Ley 906 de 2004.

Por tanto, el actor considera consolidado el falso juicio de legalidad pregonado, pues si bien el juez goza de cierta libertad para apreciar la prueba, lo debe hacer dentro de los límites de la Constitución y la ley, asunto que no ocurrió en el caso particular, amén de que el juzgador *a quo* utilizó su conocimiento privado, en contra de lo previsto en el artículo 435 del Código de Procedimiento Penal, en orden a deducir

que la voz contenida en las interceptaciones telefónicas era la del procesado, lo cual fue convalidado por el *ad quem*.

En punto de la trascendencia del yerro denunciado, expone que estriba en que la prueba en cuestión *“fue uno de los fundamentos con los que el Tribunal... edificó la sentencia condenatoria”* contra el acusado, en consecuencia, solicita casar la sentencia y que se dicte una de reemplazo absoluta.

Consideraciones de la Sala:

Cuando se perfila un reproche por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial, como sucede en este caso, se parte del supuesto de que el juzgador ha incurrido en errores en la apreciación de la prueba, bien de hecho: por falso juicio de identidad, de existencia o falso raciocinio; o de derecho: por falso juicio de convicción o legalidad; lo cual puede dar lugar a la aplicación indebida de una norma y a la correlativa falta de aplicación de otra.

Cabe señalar que los últimos yerros, esto es, los errores de derecho, que es a los que se refiere el demandante, se presentan cuando el juzgador, al contemplar el medio de conocimiento, le otorga al elemento de persuasión un valor diverso al asignado en la ley, bien porque le niega al medio de conocimiento el valor suasorio que la ley le asigna (falso

juicio de convicción positivo), o en razón a que le concede al mismo uno que la ley no le reconoce (falso juicio de convicción negativo), mas también pueden darse los yerros de derecho cuando el fallador aprecia un medio de persuasión que ha sido practicado con violación de garantías fundamentales o de formalidades legales (falso juicio de legalidad positivo). Por igual se estructura en el evento en que se rechaza y deja de valorar porque a pesar de haber sido objetivamente cumplidas unas y otras (garantías y formalidades), se considera que no concurren (falso juicio de legalidad negativo).

Ahora, conviene agregar que en el caso del falso juicio de legalidad positivo, que es el alegado por el censor, corresponde identificar el elemento de convicción calificado de ilegal, poner de manifiesto las disposiciones —constitucionales o legales— que al ser quebrantadas determinaron tal ilegalidad y demostrar que ello efectivamente se materializó.

Así mismo, no sobra agregar que en el segundo evento (falso juicio de legalidad negativo), es deber del demandante comprobar la legalidad de la prueba que ha sido desechada porque el juzgador considera que no la tiene.

Adicionalmente, en los dos casos aludidos (falso juicio de legalidad positivo o negativo), es del resorte del libelista acreditar la trascendencia del yerro frente a las conclusiones

del fallo, es decir, debe demostrar que con la marginación de la prueba calificada de ilegal, los restantes medios de persuasión conducen a una decisión sustancialmente diversa a la que es objeto de impugnación; o que con la incorporación del medio de prueba que el censor estima legal pero el juzgador no, las conclusiones son diametralmente distintas de las contenidas en la sentencia recurrida por vía extraordinaria.

Adicionalmente, cabe precisar que los errores relativos a la legalidad de la prueba no pueden surgir de la mera disparidad de criterios entre el plasmado por los juzgadores y el ofrecido por el sujeto procesal inconforme, sino de la objetiva transgresión de derechos o garantías.

Bajo esa perspectiva, en sede de casación no es posible realizar la simple confrontación de juicios entre los expuestos por el fallador de segundo grado y los planteados por el demandante, pues en un escenario de ese jaez prevalecerán los de aquel y no los de éste, en razón de la doble presunción de legalidad y acierto que acompaña a la sentencia cuando se acude al recurso extraordinario.

Así las cosas, resulta desacertado tratar de imponer, a través del medio de impugnación aludido, las apreciaciones personales de la parte recurrente sobre las de los juzgadores,

es decir, determinar, a partir de criterios eminentemente personales, qué prueba es legal y cuál no.

Por tanto, en sede de casación no se trata de alegar discrepancias interpretativas entre la apreciación que de las pruebas hizo el juzgador y cómo aspira el impugnante que se valoren, por cuanto tal postura resulta impertinente en sede de casación, dada, se insiste, la presunción de legalidad y acierto que ampara al fallo confutado por vía extraordinaria.

De otro lado, la Sala debe enfatizar que cuando el demandante decide perfilar su ataque por la vía indirecta con el fin de denunciar la violación de normas sustanciales por errores de derecho en la apreciación de los medios de conocimiento, la misma naturaleza excepcional que el recurso de casación entraña, le impone al actor la necesidad de abordar la demostración de cómo habría de corregirse el yerro probatorio que denuncia, de tal manera que ello conduzca tanto a la modificación del supuesto fáctico como de la parte dispositiva de la sentencia.

Esta tarea envuelve entonces, el deber de realizar un nuevo análisis de los medios de conocimiento, excluyendo la prueba que fue ilegalmente producida, si lo alegado es un falso juicio de legalidad positivo o; incluyendo aquella que, a pesar de haber sido desechada por el fallador, debe

apreciarse porque fue adecuadamente practicada, si lo discutido es un falso juicio de legalidad negativo.

Esa labor, desde luego, no debe ser ejecutada de manera insular sino conjunta, esto es, a través de la confrontación entre lo acreditado por los medios de conocimiento válidamente practicados y correctamente apreciados (siguiendo para el efecto las reglas de la sana crítica) y lo que resulte de la corrección probatoria derivada del ataque casacional.

Efectuadas las anteriores precisiones, se observa que como en el caso de la especie el libelista cuestiona que se tuvo en calidad de perito al policial NELSON CARMONA RODRÍGUEZ para identificar la voz del acusado DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN, a pesar de que solo se le había encargado de efectuar la interceptación de las llamadas realizadas por el citado y que la Fiscalía había designado para dicho efecto a la experta JUDITH VALENCIA TORRES, de modo que se desconoció lo preceptuado en el artículo 408 de la Ley 906 de 2004, donde se prevé quiénes pueden ser peritos, lo estipulado en el artículo 413 *ídem*, en el que se indica la necesidad de acreditar la idoneidad del perito, lo que a su vez llevó a que no se presentara la base de la opinión pericial en contra de lo dispuesto en el artículo 415 *ibídem* y tampoco se cumplió con lo consagrado en el artículo 420 *ejusdem*, norma que regula la forma de apreciar la prueba

pericial; de esto se sigue que el censor, con el fin de dar sustento a la presente censura, soslaya abiertamente el contenido real de la actuación procesal, amén de que incluso el reproche resulta totalmente intrascendente, por cuanto si hubiera desarrollado el esfuerzo argumentativo que atrás se reseñó, se habría percatado de que el medio de prueba cuestionado no es el único que soporta la sentencia impugnada, conforme se expone enseguida.

Al efecto, inicialmente se ofrece oportuno mencionar que las constancias procesales se encargan de revelar que, contrario a lo afirmado por el impugnante, en modo alguno el policial NELSON CARMONA RODRÍGUEZ fue anunciado por la Fiscalía como perito, pues desde el escrito de acusación lo presentó como testigo de acreditación¹⁸, rol que le reiteró en la respectiva formulación de aquella¹⁹ y en la audiencia preparatoria²⁰, para, finalmente, en el juicio oral²¹, insistir, en esa calidad, en particular respecto de las interceptaciones telefónicas realizadas a los directivos de las empresas Grupo DMG S.A. y DMG Grupo Holding S.A.

En esas condiciones, se reputa del todo sofisticada la censura planteada por el demandante, pues parte de un

¹⁸ Folio 87 del cuaderno original No. 1 del juicio oral.

¹⁹ Sesión del 19 de enero de 2009, corte 6, minuto 27:48.

²⁰ Sesión del 15 de abril de 2009, minuto 25:40.

²¹ Sesiones del 17, 18 y 23 de junio de 2009.

supuesto de hecho que la actuación objetivamente en absoluto refleja.

Por tanto, es evidente que la defensa, en aras de sustentar su reproche, deliberadamente confunde la condición de perito con la de testigo.

Esta situación, permite colegir que no hay lugar a predicar un error de valoración probatoria y menos uno del talante que alega el defensor, esto es, un error de derecho por falso juicio de legalidad positivo, pues, de un lado, no se dan los presupuestos para admitir tal evento y, de otra parte, si se mira con detenimiento la queja plateada, en gracia de discusión lo que en ella se pone en discusión no es un problema de validez de la prueba, sino respecto de su poder suasorio, por cuanto si hipotéticamente, como lo asegura el actor, se admitiera que, se tomó como perito a quien en el caso particular simplemente era un testigo, entonces, la discusión se trasladaría al escenario de la credibilidad, en tanto que, las afirmaciones del declarante no estarían respaldadas en un conocimiento experto debidamente comprobado, sino en una mera opinión personal, de modo que si alguna queja hubiese querido adelantar el censor, se reitera, conforme las circunstancias descritas y el planteamiento propuesto por él, a lo sumo ha debido perfilar su queja a través de un error de hecho por falso raciocinio, en orden a evidenciar los yerros derivados de su apreciación frente a las reglas de la sana crítica.

La anterior reflexión se ampara adicionalmente en que como la prueba testimonial no exige los requisitos de la pericial, entonces, su contenido se debe valorar en esa dimensión (testimonio) y no como si se tratara de la manifestación de un experto, con las consecuencias que afloran en punto de su apreciación si se expresan conceptos que son propios de una persona versada.

Igualmente, la visión que se expone encuentra sustento en que el órgano de prueba, tanto en una experticia como en el testimonio, es una persona natural, de modo que en el primer caso, la persona tiene unas calidades individuales por razón de su conocimiento científico, técnico, artístico o especializado, mientras que el último tan solo es quien refiere un acontecimiento que ha percibido por medio de sus sentidos.

Dicho en otros términos, si como lo plantea el libelista, en un determinado caso se tomara como perito a quien en verdad es un simple testigo, la consecuencia no es otra que la ponderación de su credibilidad bajo las reglas de la sana crítica, respecto de su dicho frente a los conceptos que emita, en tanto que carece del conocimiento especializado que se le atribuye equivocadamente en la sentencia, mas no cuestionar su legalidad como lo pregona el censor.

Ahora, al margen de lo señalado en precedencia, cabe recordar que el uniformado NELSON CARMONA RODRÍGUEZ siempre fue anunciado por la Fiscalía como testigo de acreditación de las interceptaciones telefónicas realizadas a los directivos de las empresas Grupo DMG S.A. y DMG Grupo Holding S.A., a quien a su vez se lo tuvo como un testigo técnico y de allí que con acierto el Tribunal expuso sobre el particular lo siguiente:

A pesar de los señalamientos de ineptitud y falta de experticia que se predicen del testigo NELSON CARMONA RODRÍGUEZ, investigador de la Sala Técnica de la Policía Judicial Dijin, que fungió como analista técnico, su testimonio fue vertido en el debate oral en tal calidad, se itera, de analista técnico, en virtud a que el procedimiento de grabaciones magnetofónicas incontrovertiblemente están autorizadas por el artículo 424 de la Ley 906 de 2004, numerales 2º y 4º, así como cualquier otro objeto similar o análogo a los anteriores. Testigo que en los albores de su relato fue acreditado como profesional o experto en su campo de análisis de comunicaciones, no como “perito en análisis de voces”, —como lo afirma la defensa, y en honor a la verdad fue mencionado en el fallo confutado²²—... [toda vez que] su relato se circunscribió a brindar a la audiencia oral multiplicidad de detalles y apartes de comunicaciones que daban cuenta de incautaciones de dinero, órdenes impartidas por MURCIA GUZMÁN, de pagos, de incremento en puntos, de consignaciones urgentes, de compraventa de bienes, entre otros; por ello, el relato del tantas veces nombrado investigador se caracteriza por ser una narración desprovista de discernimiento privado, [es decir,] su análisis fue producto del conocimiento y la experticia de su labor,]lo que] llevó a determinar al Juez el valor

²² Páginas 13 y 14 de la sentencia de primera instancia, se agrega.

preponderante de la prueba, [esto es,] las conversaciones, que dicho sea de paso, se facilitaron aún más porque los mismos interlocutores alertaban sobre el nombre específico del otro participante, aspecto que no afirmó el investigador, simplemente fue producto del conocimiento que arrojan las pruebas en razón a que refulge quienes eran los interlocutores en cada una de las llamadas, aunado a que esa labor tan criticada por la defensa pero contundente, fue producto de trece meses de seguimientos, en la que se identificaron tonos, estribillos, que dentro del marco del principio denominado “rueda de reconocimiento de voz”, posibilitan asimilar y matizar las voces participantes en las conversaciones y de contera determinar sin lugar a equívocos, cuál correspondía a la de DAVID MURCIA GUZMÁN.

Respecto a este principio, de aceptación universal por la comunidad internacional, la perito JUDITH FABIOLA VALENCIA TORRES²³, testigo adscrita al laboratorio de acústica forense de la Dijñ, de profesión fonoaudióloga, precisó que frente a un estímulo constante como lo es la voz y el habla de una persona, bajo sus características indicadoras de cadencias, tonos, timbres, estribillos y acentos, [permitió que] en este caso el investigador NELSON CARMONA, pudiera reconocer la voz del enjuiciado, dado que se generó familiaridad con el estímulo percibido... [así que] logró determinar los interregnos en que participaba DAVID MURCIA GUZMÁN, con ocasión a la fonética articuladora, entonaciones o expresiones cotidianas.

Ahora bien, como el defensor ha entendido que el investigador CARMONA RODRÍGUEZ fue admitido como perito, afirmación equivocada, [pues] se reitera, ni la Fiscalía General de la Nación lo ofreció en tal calidad... [ni] invocó esa categoría para [que fuera]... aceptado como prueba, pues en realidad, atendiendo las acepciones gramaticales de su función, era totalmente imposible que en ese sentido procediera el Ente

²³ “Minuto 2:43, audio No. 13 del juicio oral, admitida como prueba 144.”

Acusador, [entonces,] dado... el concepto errado en el que porfía la defensa, de testigo perito... [frente a] testigo técnico... [los cuales] acogen significados sustancialmente disimiles, conviene [hacer la] distinción con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que en casación 30612, del 3 de febrero de 2010... precisó:

“Así mismo, no se puede confundir la diferencia entre testigo perito y testigo técnico, toda vez que este último es aquel sujeto que posee conocimientos especiales en torno a una ciencia o arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso, de acuerdo con la teoría del caso, mientras que el primero se pronuncia no sobre los hechos, sino sobre un aspecto o tema especializado que interesa en la evaluación del proceso fáctico.

Dicho de otra manera, el testigo técnico es la persona experta en una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que, al relatar los hechos por haberlos presenciado, se vale de dichos conocimientos especiales.”²⁴

En efecto, en este sentido se verificó el CD de fecha 16 de junio del 2009... [que recoge] el trámite del juicio oral, puntualmente en la declaración de NELSON CARMONA RODRÍGUEZ, [quien] afirmó que interceptó, previa orden legalmente emitida, varios números telefónicos, precisando que su labor consistió en la escucha de las comunicaciones, que posteriormente entregó a los investigadores para que realizaran las diferentes labores de campo, [los que] embalaba y rotulaba, y se preocupó por garantizar la cadena de custodia, luego procedía a remitirlas ante el Juez de Control de Garantías; ilustró que a través del sistema Harward y Lincon que permite recibir señales desde la Fiscalía General de la Nación y a través del Software Peling 8, acceder a las grabaciones que eran útiles a la investigación, [las]

²⁴ “Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 11 de abril de 2007, radicación No. 26128”.

que fueron sometidas a los controles legales previstos por la ley. En ese mismo sentido, presentó la Fiscalía delegada su discurso como no recurrente, incluso citó para el efecto, que entregó a quien entonces fungía como defensor técnico del procesado, debidamente autorizado por el abogado principal, el escrito en donde se relacionaban y entregaban todas las actas realizadas ante los jueces penales municipales con función de control de garantías. Para el efecto, se destaca que en el juicio oral, el testigo de acreditación dejó constancia en cada interceptación telefónica, que fue sometida a control previo y posterior ante Juez competente.

Desde luego que las interceptaciones como tal, no son prueba, se traducen en un contenido documental, y su contenido arroja gran poder suasorio, dado que la voz como elemento identificador, con ocasión de las modulaciones y tonalidades particulares incontestablemente permiten identificar los partícipes en una conversación, sobre todo si se encuentra registrada en una grabación sonora que, con las modernas tecnologías, puede cotejarse con la del acusado dada la similitud fonética; ese es el aspecto puntual que llevó al analista a concluir, no a través de un dictamen pericial como lo exige ahora la defensa, pues recuérdese que [incluso] su pupilo judicial se negó a la práctica... [lo] que [entonces] permitió valorar el testimonio de quien la interceptó, para el caso, un técnico en la materia....

El recurrente, de forma reiterativa, sostiene que al no existir una prueba técnica de cotejo de voces, en donde se confronte la de su cliente con las supuestas grabaciones, no se puede sostener que éste haya participado en las mismas, y es por eso que, de manera igualmente vehemente, pide que no se asuman como pruebas las incorporadas por la Fiscalía con CARMONA RODRÍGUEZ. El impugnante soslaya que en el ordenamiento legal colombiano rigen los principios de libertad de prueba y libre apreciación probatoria, de manera que los hechos y

circunstancias de interés para la solución correcta del caso, son susceptibles de probar con los medios establecidos en el Código de Procedimiento Penal o los de carácter técnico o científico que no violen los derechos humanos (art. 373 ib.). De igual modo, que no existe un sistema de tarifa legal²⁵, lo cual implica que el sentenciador está en libertad de apreciar las pruebas en conjunto, matizarlas, con el límite que le imponen las reglas de la sana crítica, a partir de las cuales queda facultado para otorgar mérito a los medios de prueba, los elementos materiales probatorios o las evidencias físicas que le ofrecen valor demostrativo, y para negárselo a las que no tienen la virtud de persuadirlo.

(...)

Con todo, la discusión que plantea la defensa está dada, no siempre, en el contenido del elemento material, esto es, las conversaciones mismas, sino en tópicos relacionados con la idoneidad, capacidad y aptitud del testigo para reconocer las voces e identificar a quienes participan en las conversaciones. Sobre el particular, debe señalar la Sala que el justiprecio del dicho del pluricitado testigo no margina las condiciones de profesionalismo frente a la labor que realizó, en donde por un importante lapso (13 meses) se dedicó a la escucha de miles de llamadas, actividad que no le es extraña, pues se acreditó en el juicio que es un avezado investigador, experto en el tema de la interceptación de comunicaciones, tarea que durante más de tres lustros ha realizado con competencia, al punto de ser congratulado por sus superiores. Este testigo no se dedicó en el juicio de manera exclusiva a señalar o individualizar a los partícipes en las comunicaciones intervenidas, como lo sugiere la defensa, sino que entregó datos sobre la identificación de las líneas, quiénes eran sus titulares, en qué tiempo se realizaron las llamadas, cuál era el contenido de los mensajes y los temas de conversación, datos que, bajo el tamiz de la sana crítica y, en consonancia con los restantes medios de convicción, permitieron

²⁵ “Como excepción en la Ley 906 puede considerarse como tarifa legal negativa la prohibición de sentencias condenatorias apoyadas exclusivamente en pruebas de referencia”.

concluir la existencia de los hechos que fundamentaron la acusación y la existencia de los reatos imputados a MURCIA GUZMÁN.

Así las cosas, lo señalado en precedencia permite desvirtuar que el dicho de NELSON CARMONA RODRÍGUEZ se acogiera en la sentencia de segundo grado como si se tratara de un perito.

Ahora, es del caso agregar que resulta contradictoria la queja de la defensa en punto de que no se llevó a cabo el cotejo de voz entre la obtenida de las interceptaciones telefónicas y la del acusado, por cuanto éste, como lo señaló el Tribunal²⁶, en ejercicio del derecho de no autoincriminación, sistemáticamente optó por abstenerse de someter la suya a dicho estudio comparativo, así que no es cierto que por el hecho de contarse con la versión de NELSON CARMONA RODRÍGUEZ, se omitiera la práctica de tal cotejo, como paladinamente lo asegura el defensor.

De otra parte, si bien es cierto que el ataque casacional debe dirigirse contra el fallo de segundo grado y en ese sentido lo que procede es desvirtuar las bases que le dan sustento, por igual es acertado afirmar que también corresponde cuestionar la sentencia de primer grado en todo

²⁶ Página 92 del fallo del *ad quem*.

aquello que le dé respaldo a aquella (principio de unidad jurídica inescindible).

En esa medida, cuando en sede del recurso extraordinario se perfila una censura con la cual se busca quebrar la presunción de legalidad y acierto que acompaña al fallo de segundo grado, se impone indagar preliminarmente acerca de los fundamentos que le dieron sustento, en orden a determinar si dentro de ellos debe incluirse alguno de los consignados en la sentencia de primer grado, siempre que no se le opongan.

En el presente asunto se observa que el recurrente adujo que el juzgador de primer grado acudió a su conocimiento privado con el fin de concluir que la voz que aparecía en varias de las interceptaciones telefónicas legalmente realizadas, era la del acusado DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN, crítica que descartó el Tribunal con fundamento en que simplemente el fallador *a quo*, tras apreciar el testimonio del policial NELSON CARMONA RODRÍGUEZ, había arribado a la misma conclusión, es decir, que la voz que aparecía en plurales interceptaciones era la del procesado MURCIA GUZMÁN.

Bajo esa perspectiva, es claro que el fallo de segundo grado, al descartar el conocimiento privado del juez y poner de presente que la conclusión relativa a que la voz que aparecía en algunas interceptaciones y la del acusado era la

misma se desprendía de lo afirmado por NELSON CARMONA RODRÍGUEZ, permite concluir que aquel conocimiento del juez no fue el sustento de la sentencia de segundo grado en ese aspecto, sino tan solo lo declarado por CARMONA RODRÍGUEZ, así que si alguna queja quería edificar el defensor para cuestionar la conclusión acerca de la identidad entre la voz del inculpado y la registrada en las grabaciones, le correspondía alegar un falso raciocinio cuya base fuera el dicho del mencionado deponente.

En esa medida, se tiene que el censor no solo no tuvo en cuenta cuál fue el fundamento de la sentencia de segundo grado, sino que además, al incurrir en el error evidenciado, dejó de atacar el fallo en el aspecto señalado, con lo cual se incrementa la ausencia de trascendencia del reparo que aquí es objeto de análisis.

Con razón, entonces, el juzgador de segundo grado sostuvo sobre el particular lo siguiente:

Otro de los aspectos en que insiste el recurrente en gran parte de su intervención en la vista de argumentación oral, y que toma como soporte para predicar la parcialidad del juez y el desconocimiento de las reglas del debido proceso probatorio, es el que atañe con las conclusiones a que llega respecto del contenido de las aludidas interceptaciones... Se sostiene que usó el conocimiento personal para establecer que, entre otros, el susodicho MURCIA GUZMÁN, intervino en varias de las comunicaciones presentadas por la Fiscalía, esa actitud, se

estima por la defensa, desconoce el inciso final del artículo 435 del Código de Procedimiento Penal que la proscribe.

De cara a esa censura, no advierte la Sala la irregularidad que de forma tozuda sostiene la defensa, pues en este caso no resulta válido decir que el juez, ante la ausencia de una prueba para dar por probado un hecho o una circunstancia, acudió a su conocimiento privado sobre interceptación de comunicaciones para dar su opinión; lo que se ve de forma paladina es el ejercicio de la atribución/deber de valorar las pruebas oportunamente allegadas al juicio. Los comentarios que sobre el particular hace el juez en el fallo, buscan resaltar lo evidente de las conclusiones del testigo CARMONA RODRÍGUEZ, y de ninguna forma suplir la inactividad probatoria, en este caso de la Fiscalía.

Las apreciaciones que hace el operador judicial se refieren a la percepción que tuvo como sujeto de conocimiento, en virtud del contacto directo con los medios de prueba exhibidos en el juicio (principio de publicidad); de la presencia del juez (principio de inmediación); practicados en la audiencia (principio de concentración); y sobre los que se posibilitó la contradicción y controversia, en particular por la defensa (principio de contradicción y confrontación). Luego, no se trata de haber acudido a su conocimiento privado, como lo pregonaba el censor, sino del ejercicio de la labor que le atañe como juzgador, es decir, de determinar el valor del medio analizado.

Fue, entonces, en el contexto de la apreciación probatoria, y pretendiendo darle respaldo al dicho de un testigo, que el juez afirmó que inclusive él, en el desarrollo del juicio y por fuerza de haber escuchado durante extensas jornadas las grabaciones, pudo también distinguir algunas voces, no pudiéndose concluir que motu proprio se atribuyó esa condición de experto... [sino

que] al determinar el poder suasorio de la prueba, la circunstancia de haber escuchado las interceptaciones, razón de ser de su exhibición, le permitieron darle el respaldo al testimonio del experto en interceptación de comunicaciones.

Ahora, la falta de rigor casacional por parte del censor se evidenció hasta el final del reparo, pues en las postrimerías del mismo asegura que su trascendencia radica en que la prueba cuestionada *“fue uno de los fundamentos con los que el Tribunal... edificó la sentencia condenatoria”*, de donde se sigue que con tal afirmación reconoce la existencia de otros medios de conocimiento que también apoyaron el fallo confutado, con lo cual su afirmación envuelve una contradicción, pues predica la incidencia de un error de valoración pero a la vez reconoce que hay otros elementos de convicción que sustentan la sentencia. Dicho en otros términos, pregonar la trascendencia de una prueba que acepta no la tiene.

En suma, como el demandante ignora el contenido objetivo de la actuación procesal y a la vez omite desarrollar la censura alegada en los términos que exige el recurso de casación, de esto se sigue que la censura debe ser inadmitida.

Tercer cargo:

Con apoyo en la casual segunda de casación, el impugnante denuncia que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, por cuando se desconoció el principio de imparcialidad, toda vez que el juez, en la audiencia de formulación de acusación, asesoró a la Fiscalía sobre la manera de redactar el escrito que la contenía.

En sustento de tal censura, luego de citar normas y criterio de autoridad que aluden al principio de imparcialidad, expresa que si bien el juez es el supremo director del debate procesal, por igual debe mantener su equilibrio, así que cuando, como consecuencia de sus actuaciones, se generan repercusiones para las partes, es claro que ese equilibrio y, por ende, la imparcialidad, se ven quebrantados.

Añade que el juez no puede “aconsejar” a la defensa ni a la Fiscalía sobre el contenido de sus pretensiones, pues cuando lo hace toma partido a favor de quien asesora, rompiéndose el referido equilibrio.

En punto del caso particular, expresa que la afectación al principio de imparcialidad se consolidó cuanto el juez le “aconsejó” a la Fiscalía que corrigiera el escrito de acusación, pues de ello da cuenta que en la audiencia que se llevaba a cabo con el fin de formular la acusación, el juzgador le pidió que procediera a hacerlo de forma “técnica”,

es decir, inicialmente estableciendo los hechos, a lo cual el fiscal del caso le pidió que le permitiera leer el contenido del escrito que la contenía, ante lo que el juzgador insistió en que la organizara, expresándole: *“empiece por decir, puede que no sea el día tal, pero [si] entre tal época y tal época, tales personas o entre ellas... hicieron tales y tales y tales cosas, su resultado fue este y obtuvieron esta conclusión, eso se adecua a tal”* delito; así que le concedió un receso para el efecto.

Así las cosas, el censor concluye que se presentaron las siguientes situaciones: (i) la iniciativa de corrección y asesoría partió del juez; (ii) el fiscal insistió en su proyecto original de escrito de acusación; (iii) el juez trazó los derroteros bajo los cuales se debía hacer la modificación del escrito de acusación; (iv) el fiscal terminó cediendo ante la *“férrea postura”* del juez, quien le dio un plazo adicional para que cumpliera con lo solicitado; (v) el juez, ante su actitud prevaricadora, pretendió *“blindarse”* bajo el argumento de que con su decisión buscaba garantizar el derecho de defensa.

Ahora, en punto de la *“iniciativa”* del juez para que se modificara el escrito de acusación, el actor señala que esto se opone al principio de imparcialidad, pues aquel no debe tomar partido en la construcción de las argumentaciones de las partes, así que en apoyo de su postura cita criterio de

autoridad²⁷ y añade que si el juzgador se hubiese mantenido neutral, la Fiscalía habría llevado a cabo la diligencia de formulación de acusación como originalmente lo programó, añadiendo que cuando el fallador intervino, ya *“tenía formada la idea de una [sentencia] condenatoria”*.

Aduce que si el escrito de acusación presentaba falencias en su diseño, por ejemplo, en su enfoque, en la imputación fáctica o jurídica o en cualquier otro aspecto, esto no tenía por qué ser preocupación del sentenciador.

En esa medida, sostiene que es claro que se afectó el principio de imparcialidad del juez.

En cuanto hace referencia a la *“insistencia”* del fiscal por formular la acusación con base en el escrito original que la contenía, expone que si a su vez *“el juez... no hubiese alterado el proyecto inicial del ente acusador. El escrito de acusación... se habría mantenido incólume”* y por tanto se habría conservado la imparcialidad del sentenciador, el cual debe estar exento de cualquier actitud de preferencia o rechazo respecto de cualquiera de los intervinientes, en apoyo de lo cual trae criterio de autoridad²⁸.

Indica que si el escrito de acusación tenía yerros, la Fiscalía debía correr con las consecuencias derivadas de sus

²⁷ ACC 091 de 2003 y CSJ AP, 27 Oct. 2008, Rad. 29979.

²⁸ SCC C-881 de 2011 y SCC T-1228 de 2003.

falencias, en la medida que los restantes intervinientes las detectaran, en sustento de lo cual cita jurisprudencia de esta Sala²⁹.

En relación con los “*derroteros*” fijados por el juez que llevaron a la “*sustitución*” del escrito de acusación, señala que no se propusieron de manera abstracta o general, sino que se refirieron a aspectos puntuales sobre los hechos, tal como quedó precisado atrás, lo que lleva a estar frente a una situación similar a aquella en donde el juez, al momento de la exposición de la teoría del caso por parte del abogado del acusado, entrara a sugerirle la manera de hacerlo con el fin de obtener una mayor eficacia defensiva.

Así las cosas, insiste en que la intervención del juez para que se modificara el escrito de acusación denotó que tenía la idea preconcebida de emitir una sentencia condenatoria y de allí que es evidente el desconocimiento del principio de imparcialidad en el presente asunto.

En punto de la “*obediencia*” del fiscal para modificar el escrito de acusación, asegura, de un lado, con sustento en criterio de autoridad³⁰, que ni siquiera el superior jerárquico del fiscal le puede insinuar la manera como debe resolver los casos a su cargo y, de otra parte, que el fallador, al

²⁹ CSJ AP, 15 Jul. 2008, Rad. 29994 y CSJ SP, 18 Abr. 2012, Rad. 38020.

³⁰ SCC C-558 de 1994.

concederle un receso para el efecto, puso en evidencia la vulneración del principio de imparcialidad, afectando con ello el derecho de defensa.

Finalmente, el impugnante aduce que el “*blindaje*” utilizado por el juez según el cual, la solicitada modificación del escrito de acusación solo buscaba garantizar el derecho de defensa, realmente constituye un prevaricato por acción, pues esa argumentación únicamente buscó acomodar la acusación a la idea preconcebida de emitir un fallo de condena, así que el discurso “*pseudojurídico*” empleado por el *a quo* con la excusa de salvaguardar las garantías del procesado, en realidad perseguía librarse de cualquier investigación penal futura, conclusión que extiende al Tribunal, por cuanto confirmó la sentencia de primera instancia.

En esa medida, pide casar la sentencia y que se decrete la nulidad de lo actuado por el juez de conocimiento.

Consideraciones de la Sala:

Si bien el censor pregona que se desconoció el principio de imparcialidad porque el juez de conocimiento “*asesoró*” a la Fiscalía sobre la manera como debía presentar la acusación en aras de superar los yerros que contenía, a partir de lo cual el actor asegura que dicho juzgador reveló

la idea preconcebida que tenía de querer condenar al procesado; de lo anterior se sigue que como tales afirmaciones no coinciden con la realidad que arroja la actuación, se impone anticipar que el reproche será inadmitido.

Inicialmente se ofrece oportuno señalar, que de conformidad con el principio de prevalencia o preeminencia que gobierna el recurso de casación, las censuras que se formulen con fundamento en la causal segunda prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, como ocurre con la que aquí es materia de análisis, deben presentarse encabezando los distintos ataques ensayados por el libelista. Lo anterior, por la potísima razón que de prosperar perderían importancia los restantes que se enfoquen con sustento en otras causales (violación directa e indirecta de la ley sustancial), pues estas exigen la presencia de una actuación libre de vicios *in procedendo*.

Es evidente que en el caso que concita la atención no se tuvo en cuenta el principio aludido, pues el reparo objeto de estudio se propone en último término, lo cual no solo constituye un desacierto formal, sino que se erige como una de las muchas manifestaciones de carencia de rigor en la postulación del reproche que se analiza.

En efecto, a lo señalado en precedencia se suma el hecho de que por igual el demandante soslaya el principio de objetividad, conforme al cual, en la proposición de un determinado cargo corresponde plegarse por entero a la realidad procesal, pues hace un relato de la actuación del juez que en modo alguno se ajusta a lo realmente sucedido, lo que denota el simple interés por imponer la visión particular, mas no el ánimo por evidenciar la consolidación del desconocimiento de la garantía del juez imparcial.

El sesgo de la postura de la defensa, incluso la lleva a ignorar el principio razón suficiente, pues la queja que pregona, amén de no consultar el contenido objetivo del trámite, escasamente se deja planteada, toda vez que se contrae a narrar la intervención del juez en la audiencia de formulación de acusación, sin que se ponga de manifiesto la trascendencia de la supuesta irregularidad.

Conviene entonces recrear lo que efectivamente sucedió en aquella ocasión, con el propósito de evidenciar la inocuidad del ataque del demandante.

Conforme lo muestran los registros de la actuación³¹, el 19 de enero de 2009, una vez se agotó el trámite previsto en el inciso primero³² del artículo 339 de la Ley 906 de 2009,

³¹ Folio 131 del cuaderno original No. 1 del juicio oral.

³² “Abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra a la Fiscalía, Ministerio Público y defensa para que

el juez de conocimiento dio paso a lo consagrado en el inciso segundo *ibídem*, esto es, le concedió la palabra al Fiscal para que formulara la correspondiente acusación.

En esa medida, como el Fiscal inició la formulación de acusación haciendo referencia a unos hechos que, en concepto del juez, no daban claridad en punto de la imputación fáctica, lo interrumpió para expresar lo siguiente:

“Señor Fiscal, vamos a formular la acusación y lo vamos a hacer con técnica. Lo primero es, establezca los hechos. Eso quiere decir, elimine de todo ese contexto de la acusación, que por lo menos trae el escrito, todo argumento y elimine toda referencia a la prueba, porque no hemos practicado ninguna prueba, y todo argumento porque tampoco es momento. Lo que pretendo es señor Fiscal, entiéndame, con todo respeto y consideración, no confundamos una acusación con un alegato final de un juicio oral. Entonces, qué es lo que debe hacer: relatar con toda claridad los hechos, el día tal o entre la época o entre esta época y esta época tales personas hicieron esto y esto y finalmente concluye con su adecuación jurídica. Señor juez [dice el Fiscal], con todo el respeto que usted me merece, lo que pasa es que estamos en presencia de un delito de lavado de activos y como tal no estamos en presencia de un hecho punible como un homicidio en donde uno pueda decir el día tal, a tal hora, el señor X fue ultimado por el señor Y. Yo le rogaría señor Juez que me permitiera hacer la lectura total de la acusación... como quiera que son indispensables para la Fiscalía todos los hechos que se

expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato.”

narran en la misma, y no estamos haciendo referencia a ningún elemento material probatorio ni evidencia física, ni mucho menos a pruebas porque nosotros sabemos que en este estadio solo hacemos referencia a elementos materiales probatorios. Entonces, si usted me lo permite señor Juez, o si usted a bien tiene académicamente determinarme cómo lo hacemos, bien lo podemos realizar, pero señor Juez, entiéndame que estamos ante un posible delito de lavado de activos, que es un delito muy especial y que merece [hacer referencia a] toda esta situación que tenemos. Señor Fiscal [dice el Juez], estoy entendiendo ¿Usted lo que va a hacer es a retomar lo que trae en el escrito de acusación? Correcto señor Juez [dice el Fiscal]. Es ahí en donde encuentro serias dificultades de técnica en la configuración de una acusación, especialmente en lo que hace con la configuración fáctica. Es verdad, es un delito de lavado de activos que tiene algunas dificultades de tipo dogmático y genera serias dificultades en su configuración, pero eso no releva a la Fiscalía del deber de claridad absoluta a la hora de formular la acusación y eso dispensa las mismas reglas que si se tratara de un delito simple, verbi gracia, el homicidio que usted ha referido, y lo que eso sugiere es que hay que hacer un esfuerzo mayor en pos de la claridad, y definitivamente toda imputación fáctica debe tener las condiciones que le vengo refiriendo. Empiece por decir, puede que no sea el día tal, pero entre tal época y tal época, tales personas o entre ellas hicieron tales, tales y tales cosas, su resultado fue éste y obtuvieron esto, eso se adecua a [tal delito] ¿Será posible? Señor Juez, [dice el Fiscal,] entonces con todo el respeto que usted me merece le solicito que se aplace esta audiencia para darle cumplimiento como se debe a lo que su señoría requiere. Con todo respeto señor Fiscal, [dice el Juez,] no es a lo que yo, a la vista de un capricho requiero. No, es a la vista de garantizar derechos fundamentales a la defensa. Señor Juez, permítame termino [señor Fiscal] y después le doy el uso de la palabra. Si no hay una acusación clara, las facultades de oposición se ven disminuidas, el trabajo de campo, la práctica de pruebas, si no tiene un soporte sólido sino confuso y deleznable,

*no hace fácil el ejercicio de la defensa y eso es tan solo lo que el Juez pretende para este caso, [es decir,] que la imputación fáctica sea absolutamente clara. Ahora, si de momento no hay posibilidades de ese efecto, se puede hacer un receso, pero tan solo un receso, no aplazar la audiencia para otro día... entonces bajo estas circunstancias se suspende el curso de la audiencia y fija para proseguir las cuatro de la tarde de esta misma fecha...*³³

Como se puede apreciar, la intervención del juez de conocimiento en la audiencia que concita la atención se circunscribió a solicitarle a la Fiscalía, con el fin de asegurar el ejercicio del derecho a la defensa, mayor claridad en la exposición de los hechos, sin hacer ningún juicio de valor que permitiera, como lo insinúa el demandante, deducir que con ello se estaba afectando la garantía de la imparcialidad del juez.

Con razón el Tribunal, al estudiar el punto bajo análisis, expuso:

Del proceder del juez, al pretender precisar en la audiencia de acusación los momentos de la realización de la hipótesis delictiva y, a partir de estos, individualizar las preposiciones fácticas que se debían acreditar en el juicio, no se vislumbra la intervención onipotente que le atribuye la defensa, más, si se repara que en su intervención el juzgador no introdujo hechos, que no se hubiesen tenido en cuenta en la imputación, como tampoco insinuó o impuso la calificación jurídica que debía darse a los planteados por la Fiscalía. Es decir, la censura que se plantea resulta no solo infundada, sino que se

³³ CD No. 3 de la audiencia de formulación de acusación, corte 4, minuto 1:59:04 y siguientes.

DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN

muestra como un estéril esfuerzo por minar la fuerza del fallo, sosteniendo afectaciones al debido proceso que no tienen tal entidad, de cara a las garantías procesales que se reivindican. Incluso es un tema decantado, como se advirtió en el acápite de antecedentes procesales y debe acatarse lo allí resuelto, para zanjar la discusión bizantina, dado que —se itera—, ésta Sala en otrora decisión declaró infundada la recusación propuesta con base en el numeral 4 del artículo 56 del Código Procesal Penal.

(...)

Por ello, vale la pena destacar la estricta intervención como presidente de la audiencia del Juez 4º Penal Especializado, que incontrastable efectuó un control meramente formal en el desarrollo de la audiencia de acusación, exigiendo del Ente Persecutor claridad y puntualidad de los hechos jurídicamente relevantes, [por lo que] se advierte [que] su intervención [se adelantó] en cumplimiento de la atribución legal prevista en el Libro III, del Título I de la Ley 906 de 2004, y el artículo 10º de la misma ley, frente al postulado que la formulación de acusación que constituye un acto procesal, que opera complejo, como reiteradamente lo ha sostenido el Alto Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, (...) debe contener aspectos básicos referidos a las partes, la delimitación fáctica de lo ocurrido, su denominación jurídica, y el anexo que contiene la relación completa e identificación de los elementos materiales probatorios, evidencia física e informes que ha recolectado el Ente Acusador en su labor investigativa... Por lo anterior, se itera, la intervención del Funcionario Judicial en la audiencia de acusación se efectuó dentro del marco eminentemente formal, que dista de desplegar un perfil de asesor del Ente Acusador, como lo afirma la defensa.

Ahora, no solo le asiste la razón al juzgador de segundo grado al afirmar que la intervención del *a quo* fue eminentemente formal en punto de la imputación fáctica y por ello queda desvirtuada toda posibilidad de predicar el desconocimiento del principio de imparcialidad del juez, sino que esta Corporación, ha señalado sobre el particular, que incluso es un deber del juez garantizar la suficiente claridad frente a los hechos, pues al respecto ha sostenido:

13. ...en la formulación de cargos solo se puntualizó jurídicamente la ocurrencia de unos delitos, por los cuales se profirió condena, pero respecto de éstos el órgano investigador pretermitió la obligación de expresar de manera clara, precisa, completa, detallada y sin ambigüedades, las conductas o comportamientos (de acción u omisión) desarrollados por cada uno de los inculcados, y que permitían atribuirles alguna forma de participación en las conductas punibles, deviniendo entonces aparente la observancia del principio de congruencia y, de contera, lesionados el debido proceso y el derecho de defensa de aquéllos.

13.1. En efecto, en la transcripción completa del aspecto fáctico contenido en el escrito de acusación, plasmada al inicio de esta providencia, puede observarse que el fiscal hizo una narración acerca de la muerte violenta de... perpetrada, según el relato, el 22 de enero de 2006 en el municipio de... por parte de integrantes de “un grupo armado ilegal auspiciado por las AUC y el Narcotráfico”, y probablemente por móviles políticos.

No obstante, pese a esa concreción fáctica de la que apenas se infiere la configuración de las hipótesis punibles descritas en los artículos 103, 104 y 340, inciso segundo, de la Ley 599 de 2000, a saber: homicidio agravado y concierto para delinquir agravado, es lo cierto que en parte alguna de esa relación consignó el instructor una actividad, conducta o comportamiento de... o de... del que razonadamente pueda concluirse una particular forma de participación de aquélla o de éste en los referidos delitos.

Lo especificado en el escrito de acusación con posterioridad a ese acontecer, se reduce a una insustancial reseña acerca de las actuaciones adelantadas para obtener la captura de unas personas a las que tácitamente atribuye un compromiso indeterminado en esos sucesos, así como el estadio o fase procesal del respectivo juicio.

Seguidamente se limitó a señalar que “ante la recolección de información legalmente obtenida” y de “nuevos materiales probatorios y evidencia física”, solicitó, obtuvo y concretó la captura de... y de ..., y posterior a ello la imposición de medida de aseguramiento, respecto de la primera por “Concierto para Delinquir, Inc. 2 art. 340, en concurso con el punible de Desplazamiento Forzado, artículo 180 del Código Penal”, y en relación con el segundo “en calidad de coautor por Homicidio Agravado (artículo 103, 104, No. 6, 7 y 10) en concurso con Concierto para Delinquir, Inc. 2 art. 340, y Desplazamiento Forzado, artículo 180 del Código Penal”, para luego finalizar con la afirmación en el sentido de que “Es por estos mismos punibles que se formula acusación contra las personas aquí mencionadas”.

Nótese que el funcionario instructor desatendió flagrantemente la exigencia prevista en diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos e igualmente regulada en el ordenamiento interno (Ley 906 de 2000, artículos 8-h y 337-2)...

13.2. Dicha precariedad o falencia del escrito de acusación, de manera contraria a lo aseverado por el Fiscal Delegado ante esta Corporación en la diligencia de sustentación del recurso extraordinario, no fue corregida en la audiencia de formulación de acusación, toda vez que para el juez de conocimiento de entonces pasó inadvertida dicha irregularidad y sin el menor reparo procedió a declarar ajustado a derecho el correspondiente escrito, concediendo luego el turno al fiscal para hacer la acusación en forma oral, oportunidad en la que el funcionario en cuestión se conformó con reiterar lo expuesto en el escrito antecedente, agregando apenas que como consecuencia del actuar violento del grupo armado ilegal que delinquía en el municipio de... y debido a las amenazas que ejercía respecto de determinadas personas, éstas tuvieron que abandonar su lugar

de residencia en esa localidad, obviando el investigador cualquier concreción de tipo fáctico acerca de específico actuar de los acusados que permitía relacionarlos en una determinada forma de participación con los comportamientos delictivos atribuidos a la aludida organización al margen de la ley.

Importante es destacar que de acuerdo con expreso mandato y principio rector (Ley 906 de 2004, artículo 10, inciso final), el juez de conocimiento estaba en la obligación de corregir el acto irregular, y aun cuando los sujetos pasivos de la acción penal o sus apoderados en la respectiva audiencia no ejercieron actividad en procura de conjurar la enunciación genérica, vaga y omisiva de los cargos formulados en el acto complejo de acusación, tal proceder no puede interpretarse o considerarse como aprobación tácita del reseñado vicio, dado que el mismo trascendió en vulneración del derecho de defensa, garantía superior que no admite esa clase de enmienda derivada de los principios de convalidación e instrumentalidad que rigen las nulidades.

(...)

15. Concluyendo, observa la Sala que como solo en el desarrollo del juicio y con la práctica de las diferentes pruebas solicitadas por la Fiscalía se conocieron los hechos jurídicamente relevantes que permitieron a los jueces de primero y segundo grado edificar el fallo de condena contra los procesados, el debido proceso inherente a la sistemática adversarial y contradictoria reglada en la Ley 906 de 2004, se desconfiguró quedando refundidas en el juez, que debía ser imparcial y ajeno a la controversia, la función acusadora y juzgadora, además que como únicamente hasta ese estadio o momento de la actuación los imputados conocieron las conductas propias reprochadas, que los incriminaban en los delitos atribuidos y por los cuales fueron condenados, no pudieron ejercer a cabalidad su derecho fundamental de defensa, siendo obligatoria, por ausencia de otra forma de enmendar el agravio, la declaratoria de nulidad deprecada por el recurrente.

(...)

La nulidad decretada surte sus efectos a partir del acto procesal reglado en el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, esto es, desde la audiencia pública de formulación de acusación en aras de que se corrija la irregularidad comentada, por cuanto es en esa actuación en la que se concreta de manera definitiva y vinculante el aspecto fáctico al que se circunscribirá el juicio y al que queda ligada la facultad del juzgador de emitir el fallo que en derecho corresponda. (subrayas fuera de texto original. CSJ SP, 8 jun. 2011, rad. 34022).

De lo anterior se sigue que es deber del juez de conocimiento asegurar el cumplimiento de los requisitos formales del escrito de acusación, así que lo afirmado por el libelista, quien sostiene que a expensas del *a quo* se promovió la modificación de la acusación, no se ajusta a la realidad, pues, como quedó explicado, el funcionario judicial de primer grado tan solo veló porque el aspecto fáctico quedara suficientemente claro, con el fin de asegurar el derecho de defensa del procesado, lo que por ende permite descartar la afectación del principio de imparcialidad.

Tan cierto es que no hubo modificación trascendente alguna en la formulación de acusación, que basta comparar el escrito original que la contiene³⁴ con lo señalado en la respectiva audiencia³⁵, para percatarse de tal situación, toda vez que las variaciones fueron meramente formales en aras

³⁴ Folios 79 a 86 del cuaderno original No. 1 del juicio oral.

³⁵ CD No. 3 de la audiencia de formulación de acusación, corte 6, minuto 2:35 y siguientes.

de garantizar a la defensa el conocimiento de los hechos jurídicamente relevantes.

Es que incluso las falencias que le atribuye la defensa al escrito de acusación, como lo sostuvo el Tribunal, simplemente son el fruto de la opinión del recurrente, al punto que ni siquiera las precisa.

En resumen, como el demandante no solo desconoce el contenido objetivo de la actuación procesal, sino que adicionalmente no atina a demostrar la supuesta irregularidad que pregona, de esto se sigue, como se anunció desde el principio, que la censura objeto de análisis debe ser inadmitida.

Demanda presentada en representación de DMG Grupo Holding S.A. en Intervención:

Primer cargo:

El apoderado de DMG Grupo Holding S.A. en Intervención, con apoyo en la causal primera de casación prevista en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, denuncia la violación directa de la ley sustancial por cuanto,

a su juicio, el Tribunal incurrió en la *“interpretación errónea”* de los artículos 132 de la Ley 906 de 2004 y 1494 y 2341 del Código Civil.

Al respecto expresa que el yerro anotado estriba en que el juzgador de *“primera instancia”* le dio un alcance equivocado a las normas en cita, al reconocer como víctimas de los delitos de captación masiva y habitual de dinero y lavado de activos, por los que fue condenado DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN, a personas naturales que no tenían aquella condición.

En ese sentido, sostiene que se cometieron los siguientes yerros:

Primer error:

Aduce que en el caso de la especie, con fundamento en lo preceptuado en el artículo 132 de la Ley 906 de 2004, fueron aceptados 1.993 ciudadanos en calidad de ofendidos, norma que *“involucra la definición de injusto como factor determinante para el reconocimiento como víctima.”*

Así las cosas, [expresa que] la construcción del injusto se sustenta desde la base de la acción típica y antijurídica

que genera indefectiblemente la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico³⁶.

Señalado lo anterior, asevera que para establecer quiénes son víctimas del delito de captación masiva y habitual de dinero que cometiera DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN, se debe analizar la relación existente entre el tipo penal y el interés jurídico que se pretende proteger, alcance que no se tuvo en cuenta en el caso particular por los falladores, al reconocer a quienes se presentaron como víctimas.

En ese sentido, inicialmente expresa, frente al delito descrito en el artículo 316 del Código Penal, que el sujeto pasivo es “*el Estado*”, por cuanto se tutela el bien jurídico del orden económico y social, pues se “*protege el ataque que un particular realiza al sistema financiero y en general a la economía nacional*”.

Dicho lo anterior, puntualiza que el tipo penal en mención sanciona “*el ejercicio ilegal de la actividad financiera ejercida por quienes no detentan autorización estatal alguna*” relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos, afectando así a la economía o a quienes en ella

³⁶ “CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal General*. Madrid. En BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán (1999). *Lecciones de Derecho Penal*, Editorial Trotta, Volumen II, página 33.”

intervienen, eso sí, siempre que estos últimos no tengan interés en beneficiarse así mismos con la conducta punible.

Expresa, entonces, que si bien el Tribunal tuvo como ofendidos a quienes en el incidente de reparación demostraron un daño representado en el dinero que cada uno entregó a las empresas Grupo DMG S.A. y DMG Grupo Holding S.A., con ello se incurrió en un error *in iudicando*, pues aun cuando para el efecto seleccionó la norma correcta, es decir, el artículo 132 de la Ley 906 de 2004, se equivocó al considerar que víctima *“es todo aquel que haya sufrido un perjuicio como consecuencia del injusto... [pues no] interpret[ó] que el injusto comporta un análisis objetivo-subjetivo, tendiente a configurar la calidad de víctima”*.

Al respecto afirma que a pesar de que el delito de captación masiva y habitual de dinero es pluriofensivo, en tanto puede afectar la economía nacional e intereses individuales, esto último ha de predicarse a condición de que las supuestas víctimas no hayan consentido libre y voluntariamente en el mismo.

Asegura, entonces, que en el caso de la especie no hay víctimas, por cuanto las que se reputan como tal consintieron en la comisión del delito, en tanto intervinieron libre y voluntariamente en la actividad ilegal desarrollada por el procesado DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN.

Al efecto, con apoyo en la doctrina, define las “*acciones a propio riesgo*”, tras lo cual asegura que las personas que se dicen víctimas entregaron su dinero libre y voluntariamente llevadas por la ambición, luego de lo cual sobrevino su descalabro patrimonial y la crisis en la economía nacional.

Por tanto, manifiesta que se hace necesario analizar las condiciones que se exigen por la doctrina y la jurisprudencia “*para la existencia del consentimiento de la víctima, pues este hace parte del injusto que erradamente interpreta el fallador, para dar la calidad de víctimas a los afectados*”.

En ese sentido, expresa, en primer lugar, que se debe tratar de un derecho que sea susceptible de disposición, lo que en el caso particular se cumple, pues los afectados pusieron en riesgo dinero; en segundo lugar, el consentimiento debe otorgarse previa o concomitantemente a la acción típica, lo que en el *sub judice* se dio en este último momento y; en tercer lugar, el consentimiento debe ser voluntario y manifiesto, lo que también se satisface, por cuanto de esa manera fue expresado; todo lo anterior, afirma, con el fin de obtener una utilidad inverosímil.

Una vez sostiene que a pesar de advertirse públicamente de los riesgos que se corría al invertir en las

empresas DMG, los afectados persistieron en hacerlo; concluye que *“no se configuró un daño antijurídico, puesto que [el mismo] se originó en un accionar... de la[s] víctima[s] y además no se trató de una situación jurídicamente protegida”*.

Segundo error:

Aduce que quienes depositaron su dinero en las empresas DMG no pueden ser considerados como víctimas ni perjudicados, por cuanto resultaron atados a una situación que fue producto de su libre albedrío encaminado a obtener un provecho, por demás ilegal.

Por tanto, agrega, no son víctimas quienes consciente y voluntariamente hicieron parte de la cadena que afectó el orden económico y social, al entregar su dinero a cambio de utilidades exorbitantes.

En esa medida, expresa que en el caso particular se está frente a *“un hecho o culpa de la víctima”*, pues ante la expectativa de obtener ganancias desmesuradas, los que se dicen ofendidos libremente decidieron invertir a pesar de que ya habían sido advertidos de los riesgos que implicaba esa operación. Además, quienes causaron el daño fueron los que captaron el dinero, mas no la compañía DMG Grupo Holding S.A. en Intervención.

Tercer error:

Se lo hace consistir en que los supuestos afectados no tienen la calidad de víctimas, por cuanto era necesario que demostraran que habían sido los sujetos pasivos de una “estafa masiva”, lo que no ocurrió, pues entregaron su dinero conscientemente atraídos por ganancias extraordinarias en medio de un ambiente ilegal que determinó la captación masiva de dinero sin autorización.

En punto de la trascendencia, señala que lo anterior es suficiente para evidenciar el error *in iudicando* en que incurrieron los falladores de instancia, al considerar que 1.993 personas habían sido víctimas de la compañía DMG Grupo Holding S.A. en Intervención, pues para ello interpretaron equivocadamente los artículos 132 de la Ley 906 de 2000 y 1494 y 2341 del Código Civil.

Agrega que si el Tribunal hubiera entendido correctamente la norma (art. 132 C. de P.P.), habría concluido:

1. Que el sujeto activo del injusto únicamente fue el procesado DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN, en razón a que el interés jurídico que protege la norma es la economía

nacional y que el citado actuó por fuera del marco legal, obrando a su vez los 1.993 afectados bajo su propia voluntad y riesgo debido a su ambición.

2. Que no había lugar a reconocer la calidad de víctimas a los afectados por el simple hecho de haber entregado su dinero a DMG, por cuanto participaron consciente y voluntariamente en perjuicio de sus propios intereses.

En ese sentido, añade que *“el injusto penal al que hace referencia la norma, es el que define la calidad de víctima, pues si el bien jurídico tutelado es el «orden económico y social», significa que las víctimas tienen que ser necesariamente quienes se vieron perjudicadas con la realización de la conducta punible, porque no intervinieron consciente y voluntariamente en el «desorden» generado en la economía, [no obstante] tal como lo afirma el juez de primera instancia, aceptaron intereses de usura, lo que también resultaría sancionable y lo que afecta claramente el orden económico y social”*.

3. Que debía sustraerse de *“la calidad de víctimas a los afectados de DMG Holding en Intervención, pues carecen de legitimidad para invocar tal calidad, pues con su actuar libre y voluntario, conscientes de la afectación a la economía nacional, violaron sus deberes de autoprotección*

voluntariamente, generando así acciones a propio riesgo, que si bien pueden generar una condena en quien realiza materialmente la conducta, por haber afectado el bien jurídico del orden económico y social (bien jurídico que es de interés colectivo), excluye la calidad de víctima.

(...)

Así las cosas, [expone que] el resultado de captación masiva y habitual de dinero y el lavado de activos, por el que se condenó a DAVID MURCIA GUZMÁN, fue posible por la intervención, dolosa o culposa, de cada uno de los afectados, quienes omitieron sus deberes de autoprotección guiados por la codicia y su deseo de obtener fortunas de manera pronta y rápida, sin importar la procedencia lícita o ilícita de los dineros que pretendían recaudar a través de la figura piramidal o si se afectaba el orden económico y social.”

Finalmente, remata señalando que a raíz de la “errada interpretación de la norma”, se le dio la calidad de víctimas a todos aquellos que soportaron un “daño... sin importar su participación en el tráfico jurídico”, cuando de haberse dado el alcance adecuado a “la norma”, se habrían excluido de dicha condición, por haber intervenido en actividades irregulares que afectaban el orden económico y social con el fin de obtener rendimientos más allá de la usura, “por lo cual no surge la pretendida relación de una responsabilidad extracontractual, como erradamente se pretende por el operador judicial”.

Por tanto, solicita casar la sentencia y que ésta sea revocada, “*en aras de excluir a las supuestas víctimas*”, pues no tienen “*derecho alguno como víctimas en lo penal*”.

Consideraciones de la Sala:

Como a partir de tres perspectivas diversas el impugnante sostiene que se incurrió en la interpretación errónea de los artículos 132 de la Ley 906 de 2004 y 1494 y 2341 del Código Civil, esto es, (i) de las “*acciones a propio riesgo*”, (ii) de un “*hecho o culpa de la víctima*” y (iii) de que los supuestos perjudicados no fueron los sujetos pasivos de una “*estafa masiva*”; toda vez que frente a esas tres alternativas el actor asegura que los presuntos ofendidos actuaron libre y voluntariamente en perjuicio de sus propios intereses animados por las jugosas ganancias que obtendrían, razón por la cual en realidad no tienen la calidad de ofendidos, así que pide casar la sentencia y que, en consecuencia, sean excluidos como víctimas, pues no tienen derecho alguno en lo penal; de esto se sigue que el libelista utiliza el recurso de casación para cuestionar aspectos que fueron resueltos en desarrollo de la acción penal y que, por tanto, son ajenos al incidente de reparación integral, a lo cual se suma que, aún dejando de lado lo anterior, tampoco formula y desarrolla adecuadamente la censura.

En cuanto hace referencia a esto último, sea lo

primero destacar, que como el sentido o concepto de violación alegado por el libelista es la interpretación errónea, y el mismo parte de suponer que la norma que resuelve el caso fue seleccionada correctamente, pero se le confirió un efecto limitado o excedido distinto al derivado objetivamente de su contenido, es decir, que no se le dio el alcance que en realidad le corresponde; y en la censura objeto de análisis formal se pide casar la sentencia impugnada y que sea revocada *“en aras de excluir a las supuestas víctimas”*, pues no tienen *“derecho alguno como víctimas en lo penal”*; de lo anterior se sigue que el reparo es enfocado equivocadamente.

Desde luego, si como lo sostiene el demandante, se incurrió en la interpretación errónea de la norma procesal de efectos sustanciales contenida en el artículo 132 del Código de Procedimiento Penal, donde se prevé que *“Se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia del injusto”* y, a su vez, en el fallo confutado se le reconoció esa calidad a 1.993 personas, a lo que abiertamente se opone el censor, de esto se sigue que el sentido o concepto de violación de la norma invocado por el actor fue desacertado, pues lo que en realidad alega es la aplicación indebida de dicha disposición, al supuestamente incurrirse en su *“errónea interpretación”*.

Al respecto es preciso recordar, conforme se dejó expuesto al analizar el primer cargo formulado en la demanda allegada por el defensor del procesado, que en casos como el presente, no debe confundirse la interpretación errónea de una norma, con aquellos eventos en donde por dársele un alcance equivocado a uno o varios de los elementos que la integran se arriba a su errónea interpretación y por ende se la aplica indebidamente.

En efecto, es preciso anotar que en estos eventos el yerro de hermenéutica conduce a desbordar el verdadero sentido de uno o plurales elementos que conforman la disposición y por ello se lo pone a gobernar un asunto que no contempla, por lo que se incurre en su aplicación indebida.

Ahora, sobre la forma de alegar la aplicación indebida de una norma, a consecuencia de su errónea interpretación, se trató ampliamente al estudiar las formalidades del primer cargo propuesto en la demanda presentada por el defensor del procesado, motivo por el cual resulta innecesario volver sobre el punto, bastando señalar, frente al reparo que concita la atención, que como el actor no atinó a identificar dicho yerro, obviamente ningún desarrollo agotó al respecto.

Cabe anotar que tal falencia por igual se predica respecto de los artículos 1494 y 2341 del Código Civil, frente

a los que el impugnante, al invocar el mismo yerro, escasamente se limita a mencionarlos, dando así por demostrada la censura, por lo que en realidad no ofrece argumento trascendente alguno.

Los defectos en la formulación de la censura bajo estudio afloran nuevamente cuando, en síntesis, el recurrente alega que si bien el injusto envuelve los desvalores de acción y de resultado y que el delito de captación masiva y habitual de dinero puede afectar tanto derechos colectivos como individuales, igualmente solo es posible predicar la calidad de víctima, frente a los titulares de estos últimos derechos, si no han tenido interés en beneficiarse de dicha conducta punible, así que como en el caso de la especie albergaron ese interés, entonces no son víctimas; tal postura que lleva a evidenciar que el recurrente soslaya varias circunstancias.

En primer término, que en desarrollo de la acción penal se declaró que el procesado DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN, en efecto cometió el delito de captación masiva y habitual de dinero y que a consecuencia del mismo resultaron afectadas centenares de personas, es decir, que se le produjo un daño real y concreto a éstas.

Ahora, si bien no es posible desconocer que en el incidente de reparación es factible cuestionar la calidad de víctima de quien así se anuncia, no se debe olvidar el alcance

de tal concepto.

Resulta entonces oportuno recordar, que sobre el particular la Sala ha expresado lo siguiente³⁷:

...la Corte dilucidará si los conceptos de perjudicado y víctima se equiparan en la actual sistemática procesal penal —Ley 906 de 2004— o si se trata de categorías diferentes...

El vocablo víctima se refiere a la “persona que padece un daño por culpa ajena o por causa fortuita”³⁸ y la expresión perjudicado designa a quien “ha sido víctima de daño o menoscabo material o moral”³⁹.

Se trata, entonces, de términos de similar acepción, razón que explica porqué la Ley 906 de 2004 los englobó en el término genérico “víctima” otorgándoles trato análogo al exigir para ambos el señalamiento de un daño concreto que los autorice a participar en el proceso penal.

En efecto, el legislador colombiano, al diseñar la Ley 906 de 2004, optó por el término víctima para referirse a todas las personas naturales o jurídicas que individual o colectivamente han sufrido algún daño como consecuencia del injusto, dentro de las cuales, obviamente, se encuentran los perjudicados en la medida que también han padecido un daño derivado del delito.

De esta manera, en la actual sistemática procesal penal, de cara a la intervención en el proceso penal, dicha locución hace

³⁷ CSJ AP, 6 jul. 2011, rad. 36513.

³⁸ “Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Tercera Edición, Madrid 2009.”

³⁹ “Ibíd.”

referencia tanto a las víctimas directas (sujeto pasivo del delito) como a los perjudicados (víctimas indirectas del mismo).

El artículo 250, numeral 6, de la Carta Política, refiere como un deber de la Fiscalía General de la Nación, brindar asistencia a las víctimas y “disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los afectados con el delito”, de donde se extracta una definición amplia según la cual víctima es toda persona afectada con el delito.

El artículo 132 de la Ley 906 de 2004 define dicho concepto, así:

“Víctimas. Se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño (directo) como consecuencia del injusto”⁴⁰.

Es decir, víctima es: a) la persona natural o jurídica; b) que individual o colectivamente; c) ha sufrido algún daño; d) como consecuencia del injusto; definición amplia que incluye la categoría perjudicado con el delito.

Y si bien la Ley 906 de 2004 en los artículos 56, numerales 2, 5, 9 y 10; 71, 75, 111, literal d), y 524, utiliza la expresión “perjudicados”, lo hace para referirse a las víctimas indirectas del delito para diferenciarlas de la víctima directa o sujeto pasivo del delito.

En este aspecto, dicha normatividad acoge la distinción efectuada por la Corte Constitucional entre las categorías víctima

⁴⁰ “La expresión directo, colocada entre paréntesis, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-516 del 11 de julio de 2007.”

y perjudicado⁴¹, que enfatiza en el origen del daño a reparar sin soslayar la exigencia de un daño real y concreto, como factor común a esas figuras jurídicas.

Así, el Tribunal Constitucional en determinación proferida con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema procesal acusatorio, equiparó los dos conceptos en punto de los requisitos que deben cumplir para participar en el proceso penal colombiano:

“De tal manera que en el ámbito nacional, tanto en el contexto de justicia regida por la ley penal ordinaria como en justicia transicional, la jurisprudencia de esta Corporación ha fundado la legitimidad para intervenir en condición de víctima, perjudicado o “afectado con el delito”, en la acreditación de un daño real, concreto y específico.

(...)⁴² (subrayas fuera de texto).

En términos similares se pronunció esta Corporación:

“Según el artículo 132 de la Ley 906 de 2004, víctima es toda persona natural o jurídica que individual o colectivamente ha sufrido algún perjuicio como consecuencia del injusto, calidad que le otorga el derecho de acceder a la actuación e impone reconocerla como tal en el proceso.

⁴¹ “La Corte Constitucional, en sentencia C-228 del 3 de abril de 2002, diferenció los conceptos, así: “La Corte precisa que parte civil, víctima y perjudicado son conceptos jurídicos diferentes. En efecto, la víctima es la persona respecto de la cual se materializa la conducta típica mientras que la categoría “perjudicado” tiene un alcance mayor en la medida en que comprende a todos los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial, como consecuencia directa de la comisión del delito. Obviamente, la víctima sufre también en daño, en ese sentido, es igualmente un perjudicado. La parte civil es una institución jurídica que permite a las víctimas o perjudicados, dentro de los cuales se encuentran los sucesores de la víctima, participar como sujetos en el proceso penal”⁴¹. (subrayas fuera de texto) Distinción que no se opone a la definición ampliada de víctima adoptada por la Ley 906 de 2004, en la medida que se refiere al origen del daño a reparar, más no a la condición de haber padecido un perjuicio.” (subraya fuera del texto original)

⁴² “Cfr. Sentencia C-516 de julio 11 de 2007.”

*Sin embargo, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación que habilitan tal intervención no son absolutos en cuanto se requiere la acreditación de un daño concreto, baremo que también se traslada al campo del ejercicio impugnatorio al ser necesario que quien promueva los recursos, además de tener legitimación en el proceso, dado el reconocimiento como interviniente o parte, tenga legitimación en la causa a través del interés jurídico para atacar la decisión si le ha irrogado algún perjuicio.*⁴³. (Subrayas fuera de texto)

En suma, si bien existen diferencias entre los conceptos de víctima y perjudicado, la Ley 906 de 2004 los integró en el término genérico “víctima” para referirse a las personas que por haber padecido un daño real y concreto tienen derecho a intervenir en el proceso penal con el propósito de obtener verdad, justicia y reparación.

La víctima, incluso, puede optar por una pretensión ajena al ámbito exclusivamente patrimonial sin tornar ilegítima su condición de interviniente o imposibilitar su participación en el trámite, siempre que subsistan los dos o uno de los restantes intereses y se demuestre el daño concreto respecto de ellos, que justifiquen su presencia dentro de la actuación penal⁴⁴.

Por tanto, para acceder al reconocimiento como víctima (directa —sujeto pasivo— o indirecta —categoría inclusiva del término perjudicado—) dentro del proceso penal actual, no basta con pregonar un daño genérico o potencial, además es preciso señalar el daño real y concreto causado con el delito, así se persigan exclusivamente los objetivos de justicia y verdad y se prescinda de la reparación pecuniaria.

⁴³ “Cfr. Providencias del 11 de noviembre de 2009, Rad. 32564; 6 de marzo de 2008, Rad. 28788 y Rad. 26703; 1 de noviembre de 2007, Rad. 26077; 10 de agosto de 2006, Rad. 22289.”

⁴⁴ “Cfr. Providencias del 9 de diciembre de 2010, Rad. 34782 y del 10 de agosto de 2006, Rad. 22289.”

De lo anterior se concluye entonces, que víctima directa es el sujeto pasivo de la conducta punible y que en sentido amplio víctima también es la persona que ha resultado afectada, a quien se le denomina perjudicada, a la cual se le llama víctima indirecta.

Así mismo, que para obtener el reconocimiento como víctima —directa o indirecta—, se requiere que la persona natural o jurídica individual o colectivamente, haya sufrido un daño, el cual debe ser real y concreto.

Ahora, se observa que en la sentencia del *a quo*, a la cual se acude en aplicación del principio de unidad jurídica inescindible⁴⁵, al hacer referencia —preferentemente— al delito de captación masiva y habitual de dinero, se expuso lo siguiente:

376. De igual manera... la teoría del caso de la Fiscalía... [se probó] con certidumbre... [pues se presentó] una multiplicidad de actos comerciales, que tanto en el plano individual como en su masiva configuración, se avienen a diversas descripciones típicas, entre ellas, la de captación masiva y habitual de dinero, con dominio del señor DAVID

⁴⁵ Según el cual, los fallos de primer y segundo grado forman un sola pieza procesal cuando tienen el mismo sentido, de tal manera que la del *ad quem* se entiende complementada por la del *a quo*. Además, prevalecerán las conclusiones consignadas por el Tribunal sobre las del juzgado, en todo aquello que las de éste se le opongan.

EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN. Él, a través de las sociedades Grupo DMG S.A. y DMG Grupo Holding S.A., en múltiples agencias que ubicó a lo largo y ancho de la geografía nacional, durante los años 2006 a 2008, recibió, de más de 12.000 personas, a título de mutuo con interés, sumas que para ésta última calenda, según registros contables, alcanzaron \$1.042.484.917.770.00, adecuando su conducta a lo previsto en el artículo 316 de la Ley 599 de 2000.

377. Primero la empresa Grupo DMG S.A. y luego, tras las órdenes de la Superintendencia Financiera de Colombia, DMG Grupo Holding S.A., ambas gobernadas por el señor DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN, sin autorización del Estado, adquirieron múltiples veces más de 50 obligaciones para con el público, de una masa de personas muy superior a 20, a través de tarjetas prepago que no preveían como contraprestación obligada el suministro de bienes y servicios, con el agregado que el valor total de los dineros recibidos por el conjunto de las operaciones que cada una de las sociedades captadoras realizó, sobrepasó dramáticamente el 50% de sus respectivos patrimonios líquidos. De ese modo, la recepción de recursos del público, técnicamente, adquirió estatus de masiva y habitual, según la definición que por reenvío concibió el artículo 1º del Decreto 2920 de 1982, que hace parte del sistema jurídico colombiano.

El señor DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN, embriagado por la riqueza, se reveló contra el poder del Estado; [así que] apenas la Superintendencia Financiera de Colombia le ordenó, como presidente de la sociedad Grupo DMG S.A., suspender la captación masiva y habitual de dineros y devolver al público los capitales recibidos, creó la sociedad DMG Grupo Holding S.A., a través de la cual, con mayor contundencia, prosiguió su práctica... Con MARGARITA PABÓN y su bufete de abogados, afinó la estrategia, creó un descomunal montaje de sociedades de

papel, de las cuales vendió acciones y logró traslados millonarios de capital, por medio de cuentas bancarias.

(...)

383. De los comportamientos humanos atrás reseñados, erigidos como conductas punibles (art. 9 C. P.), de lavado de activos agravado y captación masiva y habitual de dineros, cabe pregonar, en el ámbito de lo injusto, la tipicidad (art. 10 Ib.) y la antijuridicidad (art. 11 ib.). Lo primero, por cuanto las acciones, como acaba de verse, ambas tienen todas las características objetivas que determinan su pertenencia al nivel valorativo de la adecuación, a las hipótesis penales referidas. Lo segundo, porque los supuestos de hecho típicos, en sus individualidades, contravinieron sin justificación alguna, el interés de protección de las normas vulneradas, esto es, el orden económico y social y la confianza debida al sistema financiero; eso se verifica cuando claramente se advierte, que no estuvieron justificados por normas permisivas, legales o supralegales, que como excusas de exclusión de lo injusto, borren o eliminen su antijuridicidad.

384. Verificado, entonces, que las acciones juzgadas son típicas, por subsumirse las conductas humanas, objetivamente consideradas, dentro de concretos modelos de ilicitud, pero además antijurídicas, por haberse realizado tipos de lo injusto no cubiertos por ninguna causal permisiva, marcha el Juzgado a examinar, si se pueden atribuir los hechos así caracterizados al señor DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN, su autor, esto es, si cabe formular en su contra un querer de resultado típico, doloso, adrede o intencional, única modalidad de conducta que admiten los delitos imputados, con arreglo al principio de culpabilidad (art. 12 ib.), erradicada del orden justo toda forma de responsabilidad objetiva.

385. A ese respecto considera el Juzgado, que las conductas de lavado de activos y captación masiva y habitual de dineros son disvaliosas, respecto del señor DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN, también por la presencia del tipo

subjetivo del injusto, a título de dolo (art. 22 ib.). Fue su libérrima voluntad, como su conciencia, aferradas a una ambición desmesurada de riqueza, las que determinaron la dirección y el fin de tales acciones. De manera intencional, dispuso su inteligencia, liderazgo, destreza técnica, poder y mando, para que los comportamientos juzgados, de principio a fin, adoptaran el rumbo que cogieron, sin parar mientes en la legalidad y el interés general que estaba de por medio. Era consciente de lo que hacía y, a pesar de ello, adelantó las acciones típicas en sus múltiples actos, fases e interfaces, sin ningún freno o cohibición.

(...)

387. En relación con la captación masiva y habitual de dinero... el señor DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN.... a través de las agencias del grupo DMG que abrió a lo largo y ancho de todo el país, lo que hizo fue recibir de miles de personas dinero en efectivo a título de mutuo... [con el] señuelo de insospechados intereses que atraieron masas de ahorradores, que por consecuencia le generaron miles de obligaciones por sumas astronómicas, muy por encima del 50% de todo su patrimonio, con todo y el de sus empresas, sin tener la autorización del Estado para desarrollar dicha actividad, conforme lo exige el artículo 335 de la Constitución Política; todo a solapa de la venta de bienes y servicios en proporciones menores, mediante tarjetas electrónicas. (subrayas fuera del texto original)

Así las cosas, es claro que DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN, a través de las empresas Grupo DMG S.A. y DMG Grupo Holding S.A., recibió cuantiosas sumas de dinero de centenares de personas sin que para ello mediara autorización legal, utilizando para el efecto la tramoya de unas tarjetas prepago que envolvían el reconocimiento de atractivos rendimientos, lo cual configura el delito de

captación masiva y habitual de dineros.

Entonces, a partir de lo anotado se concluye que los argumentos esgrimidos por el impugnante, valga decir, que solo se puede reputar la calidad de víctima si no se ha tenido interés en la conducta punible de captación masiva y habitual de dinero y si no se consintió libre y voluntariamente en ella, claramente desconocen, no solo la realidad procesal —en contra de lo exigido por la causal de la violación directa de la ley sustancial invocada por el actor que proscribe cuestionar los hechos declarados en el fallo impugnado y la valoración probatoria consignada en el mismo—, sino que lo esencial, para predicar la condición de víctima, es que el delito haya causado un daño real y concreto, lo que claramente se desprende de lo evocado con antelación.

En esa medida, se observa que el recurrente olvida la naturaleza del incidente de reparación integral, valga decir, que

es un mecanismo procesal encaminado a viabilizar de manera efectiva y oportuna la reparación integral de la víctima por el daño causado con el delito, por parte de quien o quienes puedan ser considerados civilmente responsables o deban sufragar los costos de tales condenas (el declarado penalmente responsable, el tercero civilmente responsable y la aseguradora), trámite que tiene lugar una vez emitido el fallo que declara la responsabilidad penal del acusado, agotadas, por supuesto, las etapas procesales de investigación y juicio oral.

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

*“...si bien la indemnización derivada de la lesión de derechos pecuniarios es de suma trascendencia, también lo es aquella que deriva de la lesión de derechos no pecuniarios, **la cual también está cobijada por la responsabilidad civil**. Es decir, la reparación integral del daño expresa ambas facetas, ampliamente reconocidas por nuestro ordenamiento constitucional”⁴⁶ (se ha resaltado).*

Por lo tanto, la acción de reparación integral es una acción civil al final del proceso penal, una vez declarado un sujeto penalmente responsable⁴⁷. En ese sentido, cuando se busca —como en la generalidad de los casos y, particularmente, el que ahora nos ocupa— la valoración de los daños causados con la ilicitud que se declaró cometida, procede la aplicación de los criterios generales consagrados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 para su establecimiento, en cuanto preceptúa que:

*“**Valoración de daños.** Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios*

⁴⁶ “Corte Constitucional, sentencia C-409 de 2009.”

⁴⁷ “Ibidem.”

de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.”

La norma, dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-487 de 2000, busca un objetivo común en el sistema procesal colombiano, que no es otro que la realización y la materialización de la justicia, cuando cualquier Juez de la República, en un asunto concreto sometido a su conocimiento, deba decretar la indemnización de los daños ocasionados a las personas o cosas, a favor del titular de los derechos.

De esa manera, el precepto citado tiene un efecto homologante en el sistema procesal de indemnización de perjuicios, que lleva a sostener que los criterios a aplicar en cualquier trámite encaminado a obtener la valoración de los mismos, independientemente del juez ante quien se surta, debe consultar, en la medida de lo posible, aspectos comunes, encaminados siempre a la realización y materialización de la justicia. (CSJ SP, 13 abr. 2011, rad. 34145)

Lo recién señalado no solo sirve para precisar la naturaleza del incidente de reparación integral, sino que también es útil para reiterar la tesis según la cual, en ese escenario se deben dejar de lado las discusiones relativas al ámbito penal, de manera que en él únicamente se persigue la indemnización por el daño real y concreto causado con el delito, cuya existencia y responsable, como es obvio se han determinado en la acción penal previamente agotada.

Así las cosas, todo lo relacionado con el delito y la responsabilidad penal queda fuera de controversia en el incidente de reparación integral, por lo que el interés se cifra en el resarcimiento de los perjuicios, y de allí que la queja

acerca de que las víctimas no lo son porque actuaron libre y voluntariamente en contra de sus propios intereses, pierde todo asidero pues en la acción penal ha quedado descartado que así haya sido, por cuanto en el *subjudice* se dio por demostrado que sucumbieron ante la tramoya de las tarjetas prepago seducidos por los altos intereses prometidos.

Así las cosas, el argumento de las “*acciones a propio riesgo*” que trae el actor para rechazar la condena en perjuicios fijada a la empresa DMG Grupo Holding S.A. en Intervención carece de fundamento, por cuanto el punto de partida en el incidente de reparación integral está dado por el hecho de que el delito causó un daño real y concreto a la persona natural o jurídica que demanda ser reconocida como víctima, mas no si aquella consintió libre y voluntariamente en el delito, pues ello ha quedado resuelto con ocasión del adelantamiento de la acción penal, por cuanto al declararse la responsabilidad penal del procesado (injusto culpable), queda fuera de discusión, como atrás se dejó expuesto, cualquier argumento orientado a desvirtuar el injusto, que es a lo que apuntaría el instituto de las acciones a propio riesgo, como quiera que la doctrina señala que excluye la tipicidad de la conducta⁴⁸.

Es más, en gracia de discusión, agréguese que como la figura jurídica pregonada por el recurrente exige, para su consolidación, que “*a. la víctima debe tener bajo su control la*

⁴⁸ LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA, *Acciones a propio riesgo*, Universidad Externado de Colombia, 2006, páginas 23 y 463 y CANCIO MELIÁ, MANUEL, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia y José María Bosch Editor, 2001, páginas 323 y siguientes.

decisión del sí y del cómo del desarrollo de la situación peligrosa para sus propios bienes...⁴⁹ [“porque la esfera de autonomía de la víctima da lugar a la atribución preferente de los posibles daños a su propio ámbito de competencia⁵⁰]; b. la víctima debe ser un sujeto autorresponsable con capacidad para calcular la dimensión del riesgo, [toda vez que] el peligro debe ser conocido y conocible⁵¹, [es decir, “este requisito es una consecuencia del anterior supuesto, porque solo puede considerarse que el hecho es «obra» de la víctima cuando ésta puede decidir sobre el sí y el cómo de la actividad riesgosa”⁵²]; y, c. El tercero no debe tener una especial posición de protección frente al bien jurídico sometido a riesgo. Es decir, no debe ostentar una posición de garante con respecto a la persona que se autopone en peligro”⁵³, siendo del caso recordar que “esa posición de garante se deriva... de una situación normativa especial y puede, en el caso, concreto desplazar el principio de autorresponsabilidad de la víctima⁵⁴” y; en el asunto de la especie se tiene que (i) las víctimas no tuvieron el control de la situación que puso en peligro el bien jurídico del que eran titulares, en tanto no gobernaron el manejo del dinero tras serle desembolsado a las empresas del procesado DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN; (ii) fueron objeto de los procedimientos diseñados por el citado para que entregaran su dinero sin conocer “en concreto” que por la forma en que era administrado se perdería y; (iii) como el acusado estaba captando dinero, normativamente le asistía el deber de velar por el mismo;

⁴⁹ Obra citada, página 462

⁵⁰ Obra citada, página 28.

⁵¹ Obra citada, página 462.

⁵² Obra citada, página 29.

⁵³ Obra citada, página 462.

⁵⁴ Obra citada, página 30.

todo lo anterior lleva a concluir que en modo alguno concurrían los requisitos para estructurar una acción a propio riesgo emprendida por las víctimas de las compañías DMG, dirigidas principalmente por el implicado MURCIA GUZMÁN.

Ahora, en cuanto hace relación al argumento según el cual, en el caso particular no es posible pregonar la calidad de víctimas de las personas que se reputaron como tales en el incidente de reparación integral, pues consciente y voluntariamente hicieron parte de la cadena que afectó el orden económico y social al entregar su dinero a cambio de obtener utilidades exorbitantes, de manera que se está ante *“un hecho o culpa de la víctima”*, amén de que quienes causaron el daño fueron los que captaron el dinero, mas no la compañía DMG Grupo Holding en Intervención; es preciso señalar que el censor una vez más desconoce la naturaleza del instituto jurídico que asume estructurado, pero además, soslaya la realidad procesal con el fin de dar sustento a su queja, la que incluso escasamente deja enunciada, la que por demás resulta contradictoria.

En primer término cabe anotar, frente al argumento que se viene de reseñar, que nuevamente cobra relevancia lo consignado con antelación a cerca de la imposibilidad de cuestionar aspectos relacionados con la acción penal, pues, reitérese, demostrada la existencia del delito —en este caso el de captación masiva y habitual de dinero, que es el que aquí importa—, así como la responsabilidad —en este asunto

la del procesado DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN—; la discusión en el incidente de reparación integral se debe centrar en la indemnización del daño real y concreto que se haya causado con la conducta punible, así que objeciones cifradas en que las víctimas participaron en la comisión del ilícito no tienen cabida.

De otra parte, la especie de la causa extraña del *“hecho o culpa de la víctima”* que asegura el impugnante se consolida en el *sub examine*, amén de que simplemente es planteada, es evidente que en modo alguno se puede predicar aquí, pues para que así fuese, la causa del daño debió ser atribuida exclusivamente a la víctima y en el caso de la especie tal daño, en principio, se le atribuyó al procesado DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN.

Adicionalmente, la afirmación del recurrente acerca de que quienes captaron el dinero fueron los que causaron el daño a las víctimas mas no la empresa DMG Grupo Holding S.A. en Intervención, además de que envuelve una contradicción respecto de lo expuesto tanto frente de las *“acciones a propio riesgo”*, como en relación con el *“hecho o culpa de la víctima”* que alega el impugnante, toda vez que en éstas figuras jurídicas se parte de que la causa del daño se atribuye precisamente a las víctimas y no a un tercero; por igual desconoce la realidad procesal y la ley, por cuanto conforme se aprecia en el certificado de existencia y

representación legal de la referida persona moral⁵⁵, esta es la misma que con anterioridad fue dirigida por DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN, con la novedad de que luego fue intervenida, de donde se sigue que tal ente moral, a través de sus agentes, como por ejemplo el propio MURCIA GUZMÁN, fue el que captó el dinero de las víctimas y ello es tan cierto, que el *juez a quo*, al tratar lo relativo al incidente de reparación integral, afirmó:

437. La testigo MARÍA MERCEDES PERRY FERREIRA, que es además representante legal de la sociedad DMG Grupo Holding S.A. en Intervención, dijo que la Fiscalía General de la Nación le suministró la base de datos "CENCO", donde aparece registrado el universo de operaciones de captación de dineros, ventas y devoluciones que efectuó el grupo empresarial DMG, de donde sacó el registro consolidado de los valores que la sociedad intervenida, no obstante su negativa a conciliar, reconoció que adeudaba a cada uno de los 1.993 demandantes, que conciliaron sus obligaciones con el señor DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN.

438. De esa manera, quedó en evidencia que la persona jurídica que recogió los haberes de los 1.993 demandantes citados, se quedó con ellos porque no los ha devuelto, incurriendo en la conducta de captación masiva y habitual de dinero del público, con grave desatención al orden jurídico-administrativo y por lo previsto en el artículo 1º del Decreto 2920 de 1982, fue la sociedad DMG Grupo Holding S.A., hoy bajo intervención del Estado, para entonces gobernada por el señor DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN, quien por el mismo comportamiento, dada su trascendencia penal, fue declarado

⁵⁵ Folios 17 y 18 del cuaderno original No. 1 del incidente de reparación integral y prueba No. 8 del mismo incidente.

responsable.

439. Según la prueba dos (2) aducida al incidente de reparación integral, de la empresa DMG Grupo Holding S.A. eran socios, que además fungían como destinatarios o miembros de su Junta Directiva, aparte del señor DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN, las señoras JOANNA IVETTE LEÓN BERMÚDEZ y CLAUDIA JAZMÍN LEÓN HERNÁNDEZ, también responsables personalmente de todos los actos de administración, en términos del artículo 24 de la Ley 22 de 1995...

440. Entendiendo que el comportamiento de las organizaciones solo se compromete a partir de la conducta de los individuos, viene bien decir que como el señor DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN, era miembro de la junta directiva y presidente de la sociedad DMG Grupo Holding S.A., por virtud de la ley, sin dejar de ser su agente subordinado, toda acción u omisión suyas, dadas bajo égida del poder que representó como administrador, en tanto llamado a fijar el rumbo, la vida o el impulso de la actividad social de la empresa, por presunción legal, es también responsabilidad de dicha ficción jurídica.

441. Es lo cierto que la sociedad DMG Grupo Holding S.A., a través de sus administradores, especialmente del señor DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN, cuando fungió como su representante legal, realizó una serie de actos externos que significaron la expresión de su voluntad, que para bien o para mal determinaron su rumbo, [actos] de los que en términos del artículo 2347 (sic) del Código Civil, se presume su responsabilidad.

(...)

446. Este juzgado participa del criterio según el cual, la responsabilidad civil... de las personas jurídicas no se deriva necesariamente de su presunta culpa in eligendo o in vigilando con respecto a sus agentes o representantes, porque al fin y al cabo está siempre será falta de alguna persona física en el

desempeño de sus atribuciones, sea por exceso o por defecto, de suerte que se aviene más consistente considerar que su responsabilidad es de carácter objetivo, en tanto que así como sin mayores miramientos puede lucrarse o beneficiarse de sus operaciones, inclusive de las ilícitas, del mismo modo ha de asumir sus consecuencias.

447. De modo que la responsabilidad de las personas jurídicas por sus actos ilícitos, no es necesariamente indirecta, refleja, colateral, sino que también puede ser directa o de primera mano. Cuando sus agentes se comprometen, en ejercicio de sus funciones o por razón de las mismas, para bien o para mal, son ellas quienes lo hacen⁵⁶.

En relación con lo anteriormente transcrito, se ofrece oportuno precisar que, si bien allí el juez *a quo* arribó a la conclusión de que DMG Grupo Holding S.A. actuó a través de sus directivos y por ello su responsabilidad era directa, lo cual es acertado, de esto se sigue que entonces debió hacer referencia al artículo 2341 del Código Civil, mas no al artículo 2347 *ibídem*, norma aquella que incluso es la que cita el demandante, de la cual en todo caso predica equivocadamente su “interpretación errónea”, conforme atrás quedó expuesto.

Ahora, cabe agregar que si bien el Tribunal entendió que el fallador *a quo*, en la argumentación recién transcrita, hacía referencia al artículo 2347 del Código Civil⁵⁷, lo cierto es que aludía al artículo 2341 *ibídem*, según se desprende

⁵⁶ Páginas 212 a 216 del fallo de primera instancia.

⁵⁷ Página 149 de la sentencia del segundo grado.

del pasaje que se viene de rememorar.

En ratificación de lo anterior y para mayor ilustración acerca de la procedencia del artículo 2341 del Código Civil en casos como el que ocupa la atención, es del caso evocar que la Sala⁵⁸ ha expuesto lo siguiente:

...desde la perspectiva del origen del daño, la responsabilidad civil extracontractual puede darse por el hecho propio, también llamada directa o con culpa probada (art. 2341 del C.C.), siendo del caso agregar que ella puede surgir ya de una conducta dolosa o de una culposa.

Así mismo, la responsabilidad civil extracontractual puede aflorar del hecho ajeno (arts. 2347 a 2349 del C.C.), por el hecho de las cosas (arts. 669, 2350, 2351, 2353 a 2355 del C.C. y 1827 del C. de Co.), por actividades peligrosas (art. 2356 del C.C.), por el incumplimiento de obligaciones legales y por los cuasicontratos (arts. 2304, 2313 y 2322 del C.C.).

A propósito de la responsabilidad civil extracontractual por el hecho propio, directa o con culpa probada que, como se verá, es la que en este momento interesa, resulta necesario señalar que en esencia se refiere a la que surge por los daños que de manera personal e inmediata alguien le causa a otro.

Esta visión en principio pareciera referirse exclusivamente a las personas naturales con exclusión de las jurídicas, por lo que es oportuno señalar al respecto, que originalmente se consideró que a estas últimas se les debía aplicar el régimen de la responsabilidad civil extracontractual por el hecho ajeno consagrado en el Código Civil (art. 2347 y ss.), así que en ese

⁵⁸ CSJ SP, 1 oct. 2014, rad. 42256.

escenario la culpa de quien actuaba a nombre de la persona jurídica suponía la de ésta, la que a su vez podía exonerarse demostrando diligencia y cuidado en la vigilancia del agente causante del daño.

Ahora, esa concepción entró en crisis, pues si bien podía comprobarse, para efectos de conjurar la culpa, que en efecto se había realizado aquella vigilancia sobre el agente promotor del daño a través de los órganos de dirección de la persona jurídica, en todo caso quedaban por fuera dichos órganos directivos, al no estar sometidos a vigilancia alguna en razón de su jerarquía y, por tanto, le era imposible al ente moral desvirtuar la culpa derivada de una vigilancia deficiente sobre estos.

Con el propósito de superar esa inconsistencia, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, en resumen, acogió la tesis según la cual las personas jurídicas de derecho privado siempre responden de forma directa por los actos de sus agentes, sin importar si son de dirección o no, pues todos son órganos de aquellas, de tal manera que los actos de aquellos agentes realizados en ejercicio o con ocasión de las funciones de las personas jurídicas, se reputan como propios de éstas⁵⁹. Al respecto concluyó:

“...O todos los agentes, cualesquiera que sean su posición, atribuciones o tareas, son órganos, con igual actitud para obligar directamente a la entidad a que pertenecen, por los actos culposos que ejecuten en el desempeño de sus cargos, con apoyo en el artículo 2341; o ninguno lo es, para que la responsabilidad del ente jurídico sea simplemente indirecta, con respaldo en los artículos 2347 y 2349; pero, como tal conclusión es también inadmisibles en esta hora, es la equiparación de todos los agentes el resultado que se impone, ya que, además, su clasificación práctica presenta serios tropiezos.

⁵⁹ “Gaceta Judicial, T. XCIX, providencia del 30 de junio de 1962.”

De lo anteriormente expuesto fluye la inaplicabilidad de la tesis de la responsabilidad indirecta, por el “hecho ajeno”, y del mismo modo, la organicista, construida sobre tan improcedente discriminación.

En cambio, el problema se desata en forma satisfactoria, desde el ángulo de la persona jurídica privada, mediante la tesis de la responsabilidad directa, en una palabra, por ser los actos de los agentes sus propios actos, tesis cuyos caracteres quedaron determinados en... esta providencia.

Se hacía alusión, entre otras cosas, a lo siguiente:

a) La culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata a la persona jurídica, porque la culpa de sus agentes, cualesquiera que estos sean, es su propia culpa; subsiste, por tanto, como base de responsabilidad el hecho dañoso de un agente determinado;

b) Las obligaciones de elección y vigilancia diligentes, propias de la responsabilidad por los hechos “ajenos” de las personas naturales, que contempla el artículo 2347, no explican la responsabilidad de los entes morales; y desaparecen, en consecuencia, las presunciones de estos fundadas en dichas obligaciones;

c) La entidad moral se redime de responsabilidad probando un hecho extraño (caso fortuito, hecho de terceros o culpa de la víctima);

d) Responde del daño, solidariamente, la persona jurídica y el autor, y aquella puede exigir de éste el valor de la reparación satisfecha a la víctima...”

Ahora, esta Sala de Casación Penal viene acogiendo el criterio que se acaba de señalar, pues al resolver un asunto sobre la prescripción de la acción civil, señaló sobre el tema que aquí concita la atención, lo siguiente:

“b) Cuando la conducta delictiva ha sido realizada por un representante, agente, o dependiente de una persona jurídica en cumplimiento de su objeto social, es claro que, de acuerdo con la teoría del órgano, quien tiene la obligación de indemnizar el daño causado y contra quien se debe dirigir la acción, no sería un tercero civilmente responsable, sino un verdadero autor de la conducta lesiva de bienes jurídicos, pues así como el Estado cumple sus cometidos políticos a través de sus servidores, las personas jurídicas de derecho privado desarrollan su objeto social por intermedio de personas naturales en ejercicio o con ocasión de sus funciones.

(...)

Sobre dicha temática, pertinente se ofrece traer a colación la posición de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en jurisprudencia que resulta no solo vinculante para la Sala por provenir del órgano constitucionalmente establecido para fijar el sentido y alcance de la legislación civil, sino aplicable al caso en cuanto se ocupa de todos y cada uno de los puntos de disenso propuestos por el demandante contra el fallo del Tribunal:

«1.- Según se acaba de ver, se duele en este cargo el recurrente porque el Tribunal no le dio aplicación al artículo 2358 del C.C., en su inciso 2º, puesto que, según él, éste comprende a todos los ‘terceros responsables’, conforme a las disposiciones del capítulo correspondiente; de modo que, existiendo norma específica aplicable al caso, no habría para qué acudir a otras de carácter general.

Para él el precepto citado resulta ser aplicable a la ‘responsabilidad directa o indirecta, propia o de otras personas llámense terceros o directamente responsables’.

2.- Sin embargo, no esclarece cómo pueden ser conciliables los conceptos de ‘responsabilidad directa’ y de ‘terceros responsables’, de forma que cuando se alude a éstos también han de ser comprendidas las hipótesis propias de aquella.

Ello por supuesto, no era —ni es— posible, puesto que son dos nociones que si bien se refieren a la responsabilidad, se distinguen en que mientras que los terceros responsables, como su nombre lo indica, lo son por el hecho de otro, en la responsabilidad directa se responde por el hecho propio, el cual, como es apenas natural, tiene una óptica diferente en tratándose de personas naturales y de personas jurídicas: En aquellas la expresión fáctica y la connotación jurídica del hecho objeto de enjuiciamiento no presenta ninguna dicotomía. En éstas, en cambio, y como quiera que no pueden actuar más que por medio de personas naturales, ambas manifestaciones son atribuibles a sujetos diferentes. Pero la disgregación no autoriza en modo alguno, a aseverar que la de las personas jurídicas es una responsabilidad de terceros. Este es un punto que desde hace ya un tiempo considerable se encuentra no solo decidido sino decantado en la jurisprudencia. Así, en reciente ocasión, dijo la Sala: ‘...En este orden de ideas, a modo de necesaria síntesis y de conformidad con lo dicho en el párrafo que antecede, el régimen de responsabilidad civil por culpa extracontractual al que las leyes comunes someten a las personas jurídicas privadas, se distingue por un conjunto de reglas generales de entre las cuales importa destacar las de mayor significación, a saber:

a) En primer lugar, que la culpa personal de un agente dado, funcionario directivo o subalterno auxiliar, compromete de manera inmediata y directa a la persona jurídica cuyos intereses

sirve, desde luego en cuanto de la conducta por el primero observada pueda aseverarse que hace parte del servicio orgánico de la segunda. En consecuencia, cuando un individuo —persona natural— incurre en un ilícito culposo, actuando en ejercicio de sus funciones o con ocasión ellas, queriendo así por el ente colectivo, no se trata entonces de una falta del encargado que por reflejo obliga a su patrón, sino de una auténtica culpa propia imputable como tal a la persona jurídica, noción ésta que campea en el panorama nacional (G.J. Tomo CXXII, pág. 214)...

b) Secuela forzosa de la regla anterior es que las obligaciones de proceder diligente en la escogencia y en el control de las personas naturales ‘...bajo su cuidado...’, esenciales en la responsabilidad indirecta por el hecho ajeno que instituyen los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, en línea de principio no sirven para explicar la imposición de prestaciones resarcitorias extracontractuales a cargo de los entes morales; esa responsabilidad indirecta que dichos preceptos regulan ‘...supone dualidad de culpas conforme a la concepción clásica que funda la responsabilidad del comitente en las culpas in eligendo e in vigilando, o sea la concurrencia de la imputable al comisionado o dependiente como autor del eventos damni con la in eligendo o in vigilando que se atribuye al patrono; en tanto que la culpa en que puede incurrir la persona moral es inseparable de la individual del agente, porque aquella obra por medio de sus dependientes o empleados, de modo que los actos de éstos son sus propios actos. La responsabilidad en que puede incurrir es, por lo tanto, la que a toda persona con capacidad de obrar corresponde por sus propias acciones...’ (G.J. Tomo XCIX, pág. 653, reiterada en Casación Civil de 28 de octubre de 1975), de donde se sigue que cuando se demanda a una persona jurídica en acción indemnizatoria de daños causados por el hecho culposo de sus agentes cometido en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas, no se convoca a dicha entidad bajo el concepto de ‘...tercero responsable...’ sino a ella como inmediato responsable del resarcimiento debido, de suerte que en ese

específico evento lo conducente es hacer actuar en el caso litigado, para darle a la controversia la solución que la ley ordena, la normatividad contenida en el artículo 2341 del Código Civil y no la prevista en los artículos 2348 y 2349.

(...)

3.- De otra parte, la distinción entre responsabilidad directa y responsabilidad por el hecho de otro no es una cuestión más o menos accesoria o de segundo orden, sino que se trata de algo que está en la base misma de la responsabilidad, como que su fundamento es distinto, pues si la culpa ‘in eligendo’ o la culpa ‘in vigilando’ son las que inspiran o justifican la responsabilidad indirecta, tal como se desprende de los artículos 2347 y 2349 del C.C., las mismas en el supuesto de la responsabilidad directa o por el hecho propio, carecen de toda incidencia, siendo otros los soportes en los que ésta descansa” (CSJ SP, 2 Abril 2008, Rad. 28396, en sentido semejante CSJ SP, 11 Abr. 2012, Rad 33085)».

Así las cosas, queda precisado que el fallador *a quo*, a través de su discurso, en efecto se refirió a los presupuestos del artículo 2341 del Código Civil, como por igual lo entendió el demandante, norma a la que incluso esta Sala ha hecho referencia en casos en los que se recogen supuestos fácticos semejantes al que aquí se juzga, a partir de lo cual se deduce, frente al caso de la especie, que DMG Grupo Holding S.A. fue la persona jurídica que captó el dinero de las víctimas y que por ende le cabe responsabilidad aquiliana.

De otra parte, la queja final del demandante, relativa a que en el *sub judice* era necesario que se demostrara que las víctimas lo eran de un delito de “*estafa masiva*” y no lo hicieron, por cuanto entregaron su dinero atraídos por los

jugosos rendimientos que se les ofrecía; permite afirmar que este reparo, como los restantes que han sido analizados, escasamente se deja enunciado, pero además, desconoce la realidad procesal, amén de su intrascendencia, pues al respecto baste recordar que al comienzo, al tratar la crítica basada en las *“acciones a propio riesgo”*, se dejó ampliamente explicado que los ofendidos sí tenían la calidad de víctimas que el libelista les niega, por la elemental consideración de que sucumbiera ante la manipulación de que fuera objeto por parte de DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN.

Adicionalmente, no sobra mencionar que esta queja del actor tuvo origen cuando apeló la sentencia, momento procesal en el que, bajo su muy particular visión, expresó que como el Juez *a quo*, en el numeral 455 del fallo⁶⁰, afirmó que se había presentado una *“estafa masiva”* esto permitía predicar la condición de víctimas de los afectados, así que el recurrente adujo que como por tal delito no se había producido acusación, entonces por el mismo aquí no podía haber víctimas y por ello se debía exonerar de responsabilidad civil a DMG Grupo Holding S.A. en Intervención; postura que simplemente es el fruto de descontextualizar dicha afirmación (estafa masiva), pues ella se hizo para describir, en sentido lato, que no estrictamente jurídico, la modalidad utilizada por dicho ente moral en cabeza de DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN, que no fue otra que la de ofrecer altos intereses para captar el dinero

⁶⁰ Pagina 219 de la decisión de primer grado.

del público y luego no devolver el mismo.

En suma, como el actor no solo enfoca equivocadamente la censura, sino que deja escuetamente enunciadas las quejas que propone en su apoyo, a lo cual se suma que ignora la realidad procesal y el verdadero alcance de los institutos jurídicos a los que acude, de ello se sigue que debe ser inadmitida.

Segundo cargo:

El apoderado del tercero interviniente, al amparo de la causal primera de casación contemplada en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, denuncia la *“violación directa de la ley sustancial”*, por cuanto se incurrió en la *“interpretación errónea”* de los artículos 25 y 361 de la Ley 906 de 2004, en concreto porque se *“decretaron pruebas de oficio en el incidente de reparación integral”*.

Al respecto expresa que, inicialmente, demostrará el error de exégesis cometido frente a los artículos 25 y 361 de la Ley 906 de 2004 y que, después, pondrá de presente su trascendencia.

Así las cosas, expone que el juzgador de primer grado rompió el equilibrio del proceso adversarial al ordenar pruebas de oficio en la sesión del 20 de octubre de 2009 del incidente de reparación integral.

En ese sentido, empieza por recrear lo sucedido en dicha sesión y precisa las pruebas de oficio que ordenó el juzgador *a quo*, las cuales consistieron en disponer el traslado de algunos medios de conocimiento documentales que habían sido practicados en el juicio oral.

Aduce, entonces, que si bien el juez de primera instancia, al asumir dicha actitud, argumentó, en síntesis, que lo hacía para evitar un fallo inhibitorio, quien para arribar a esa conclusión se apoyó en criterio fijado por la Corte Constitucional al resolver un caso de carácter civil, que dijo, encajaba en el *sub judice* por cuanto el incidente de reparación integral tiene la misma naturaleza, postura que afirma el censor, a su vez fue avalada por el Tribunal; sostiene que con ello las instancias desconocieron que a pesar de ser posible aplicar las reglas del procedimiento civil al incidente de reparación integral, lo cierto que esto es factible a condición de que no se opongan a la naturaleza del proceso penal, conforme lo prevé el artículo 25 de la Ley 906 de 2004.

Por tanto, trae a colación la sentencia C-396 de 2007 de la Corte Constitucional, en donde se concluyó que no era posible decretar pruebas de oficio en el sistema penal acusatorio que recoge la Ley 906 de 2004, puntualmente frente a la actuación que adelante el juez de conocimiento.

En esa medida, el actor sostiene que el juez *a quo*, “*al decretar pruebas de oficio... se convirtió en un sujeto procesal más en beneficio de las víctimas, quienes tenían la obligación de demostrar los perjuicios... [por lo que] con su injerencia destruyó la naturaleza del proceso adversarial y la vocación de las víctimas para demostrar el perjuicio*”.

Añade que en la exposición de motivos del Acto Legislativo No. 03 de 2002, publicada en la Gaceta del Congreso No. 134, se puso de presente que debía asegurarse la imparcialidad del juez, de manera que el debate era entre dos partes iguales.

Sostiene, por tanto, que como lo que se pretende en el incidente de reparación integral es el resarcimiento de los perjuicios causados a las víctimas, estas son las obligadas a demostrarlos mas no el juez, pues su función se limita a reconocerlos si son probados.

Al respecto indica que como dentro de las características del sistema penal acusatorio está la igualdad

de armas, de modo que cada una de las partes invoca sus pruebas, se observa que en la legislación procesal penal se le concede a las víctimas la oportunidad de acreditar los perjuicios en el incidente de reparación integral (arts. 11 y 103 C. de P.P.).

Luego afirma que como la acción indemnizatoria debe ser promovida por las víctimas, así que no se adelanta de oficio, de allí se sigue que la carga probatoria es de aquellas y no del juez, pues no se trata de un asunto civil sino penal, por lo que el juzgador debe actuar con imparcialidad, debiendo basar su decisión en las pruebas que las partes incorporen en el incidente de reparación integral, cuya decisión luego hace parte del fallo.

Ahora, en punto de la trascendencia, expresa que como el error *in iudicando* se produjo porque se decretaron pruebas de oficio a partir de la interpretación equivocada de los artículos 25 y 361 de la Ley 906 de 2004, ello condujo a la “violación directa” de tales normas, puesto que “*aun cuando se seleccionó el precepto correcto (art. 25 del C.P.P.), se erró en el alcance de la norma, [pues si bien] es cierto que el procedimiento aplicable, en virtud del principio de integración, es el contenido en el régimen procesal civil, no obstante, no se le... [debe dar] el alcance total a la norma... [decretando] pruebas de oficio... [por cuanto esto va] en contravía de la naturaleza del proceso penal.*

De otra parte, una vez reitera que cuando el juez de primer grado decretó pruebas de oficio generó un desequilibrio en el proceso, pues la igualdad de armas, característica propia del sistema penal acusatorio, se vio afectada; aduce que se citó como testigo a la representante legal de DMG Grupo Holding S.A. en Intervención *“bajo el argumento de una pretendida responsabilidad civil extracontractual, como si se tratara de una sociedad en desarrollo normal de su objeto social, desconociendo y echando por la borda la emergencia social decretada bajo los Decretos 4333 y 4334 de 2008, sus motivaciones y medidas extraordinarias, tendientes precisamente a conjurar la crisis causada por el fenómeno desbordado de las pirámides y cuyo motivo fue precisamente la intervención y toma de posesión, para devolver los dineros a los afectados, entre los cuales se encuentran las 1.993 víctimas en lo penal”*.

Señalado lo anterior, nuevamente trae a colación el criterio fijado por la Corte Constitucional en la sentencia C-396 de 2007 según el cual, en el sistema penal acusatorio no es posible que el juez decrete pruebas de oficio, en atención a que se debe garantizar el principio de igualdad de armas.

Sin más predicados, solicita casar la sentencia y que, en consecuencia, se *“ordene desvincular a DMG Holding S.A., hoy en liquidación, como tercero civilmente responsable, por cuanto dicha sociedad fue intervenida en desarrollo de los Decretos 4333 y 4334 del 17 de noviembre de 2008 que*

decretaron la emergencia social y establecieron el procedimiento de intervención y consecuente liquidación judicial para la devolución de dineros a los afectados por el denominado fenómeno de las pirámides”.

Consideraciones de la Sala:

Como el recurrente alega la violación directa de la ley sustancial a consecuencia de la interpretación errónea de los artículos 25 y 361 de la Ley 906 de 2004, por cuanto en su criterio no era posible que en el incidente de reparación integral el fallador de primer grado decretara pruebas de oficio bajo el argumento de que aquel es un trámite que se rige por categorías civiles, pues en concepto del actor solo es factible acudir, por integración, a la legislación de esa materia, siempre y cuando no se oponga a la naturaleza del proceso penal, según lo prevé el citado artículo 25, de manera que la actuación oficiosa del juez *a quo* —avalada por el Tribunal— desconoció lo previsto en el artículo 361 y los principios de igualdad de armas, propio del sistema penal acusatorio, y de imparcialidad, así como la doctrina de la Corte Constitucional (Sent. C-396 de 2007) según la cual, en dicho sistema no es viable disponer la práctica de pruebas de oficio, puntualmente cuando la actuación se surte ante el juez de conocimiento, así que la carga probatoria en el *sub judice* correspondía por entero a los apoderados de las

víctimas por ser quienes promovieron el mentado incidente, de modo que depreca desvincular a DMG Grupo Holding S.A. por cuanto fue intervenida en desarrollo de los Decretos 4333 y 4334 de 2008 de estado de emergencia económica; de esto se sigue que el libelista no atina a formular correctamente la censura, pero además, desconoce la realidad procesal y las normas que deben regular el referido incidente.

En relación con los defectos en la formulación de la censura, cabe precisar que son múltiples.

En primer término, como lo denunciado por el actor es que el juez de primer grado decretó de oficio la práctica de varias pruebas sin que pudiera hacerlo, pues ello se opone a lo previsto en los artículos 25 y 361 de la Ley 906 de 2004, así como a la doctrina constitucional, esto conduce a concluir, preliminarmente, que bajo esa perspectiva ha debido enfocar el reparo por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial, en particular pregonando error de derecho por falso juicio de legalidad.

En efecto, si el libelista consideraba que el Juez *a quo*, en desarrollo del incidente de reparación integral, no podía decretar pruebas de oficio, pues a pesar de que en aplicación del principio de integración (art. 25, L. 906/04) se pueda

acudir a las normas procedimentales de carácter civil, en todo caso, el artículo 361 del Estatuto Procesal Penal y la doctrina constitucional proscriben tal proceder, de esto se sigue que el yerro proclamado por el demandante se habría circunscrito al debido proceso probatorio, específicamente a lo relacionado con la etapa de ordenación de unos determinados medios de conocimiento.

En esa medida, es evidente que la causal aducida por el impugnante, esto es, la violación directa de la ley sustancial, se reputa equivocada, como también el sentido de vulneración alegado, es decir, la interpretación errónea, pues no sobra recordar que éste es patrimonio exclusivo de la causal anotada (violación directa), el cual en esencia consiste, como se explicó al abordar el análisis del primer cargo formulado en la demanda presentada por la defensa, en que la norma sustantiva ha sido aplicada correctamente, pero se le ha dado un alcance excedido o restringido respecto del que en verdad le corresponde.

Entonces, como la discusión, cuando se pregona la interpretación errónea de un precepto, es eminentemente en derecho, de ello se sigue que está desprovista de cualquier juicio de valor respecto de la prueba, contrario a lo que intenta alegar el censor en la censura que se revisa.

Adicionalmente, cabe resaltar que cuando se invoca la violación directa de la ley sustancial, se debe poner de

presente el quebrantamiento de normas de ese carácter (sustantivo), observándose que los artículos 25 y 361 de la Ley 906 de 2004, que denuncia el actor como transgredidos, contienen disposiciones eminentemente instrumentales.

Así las cosas, es palmar que el recurrente, a pesar de la causal invocada (violación directa de la ley sustancial), por igual omitió especificar los preceptos de naturaleza sustantiva supuestamente quebrantados.

De la anterior omisión se deriva otra, esto es, que así mismo el libelista no evidenció la trascendencia de la censura formulada.

Al margen de lo anterior, se tiene que la postura del libelista parte de supuestos jurídicos carentes de soporte, en orden a afirmar que en el incidente de reparación integral no se pueden decretar pruebas de oficio.

En efecto, en primer lugar se ofrece oportuno señalar que el incidente de reparación integral, distinto a lo asumido por el actor, es un trámite eminentemente civil, el cual se adelanta con posterioridad al agotamiento del proceso penal⁶¹, mismo que le sirve de insumo, en tanto allí se

⁶¹ CSJ SP, 13 abr. 2011, rad. 34145.

determina la existencia del delito, así como su responsable, de tal manera que en el referido incidente lo que se resuelve es quiénes están legitimados para reclamar la reparación derivada del daño real y concreto causado con la conducta punible y quiénes civilmente y en qué medida, están llamados a responder por aquella.

Es que al parecer el recurrente olvida la naturaleza del incidente de reparación integral, es decir *que “es una acción civil”*, la cual se tramita una vez se ha declarado a un sujeto penalmente responsable de un delito, conforme lo ha sostenido la Corte Constitucional⁶² y esta Sala⁶³.

En esa medida, la regla prevista en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, conforme a la cual, *“en ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio”*, no tiene cabida frente al incidente de reparación integral, pues éste se rige por las reglas del derecho privado el que, en el Código de Procedimiento Civil⁶⁴, concretamente en los artículos 179 y 180, autoriza el decreto de pruebas de oficio en los siguientes términos:

Artículo 179. Pruebas de oficio y a petición de parte. Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o el juez las considere útiles para la

⁶² SCC C-409 de 2009.

⁶³ CSJ SP, 13 abr. 2011, rad. 34145.

⁶⁴ Bajo cuya égida se tramitó este asunto. No sobra añadir que el Código General del Proceso, en sus artículos 169 y 170, recoge similar reglamentación.

verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes...

Artículo 180. Decreto y práctica de pruebas de oficio. Podrán decretarse pruebas de oficio, en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes, y posteriormente, antes de fallar.

Cabe agregar que en relación con el decreto de pruebas de oficio, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de manera inveterada⁶⁵, viene afirmando al respecto:

De antaño tiene explicitado la Sala que “uno de los avances más importantes que ha tenido el derecho procesal ha sido el de darle al juez o magistrado que tiene a su cargo el trámite de determinada controversia judicial, la potestad de decretar pruebas de oficio. El proceso en estas circunstancias, si bien conserva su naturaleza dispositiva, morigera su estructura a través de la prerrogativa que se le concede al funcionario con el fin de acudir en la búsqueda de la llamada verdad real, con la cual pasa de simple espectador del debate entre los litigantes a convertirse en el director del mismo con plenos poderes, aunque respetando, como es obvio, las reglas aplicables fijadas por el legislador (...) El tema de la prueba de oficio hay que estudiarlo desde dos frentes que son disímiles, aunque se complementan (...) El primero hace referencia a los casos en los cuales por expreso mandato del legislador es obligatorio e ineludible el “decreto de pruebas de oficio”, so pena de que una omisión de tal envergadura afecte la sentencia, pudiendo ser aniquilada a través de la vía del recurso extraordinario de casación apoyado

⁶⁵ CSJ SC, 5 may. 2000, rad. 5165; CSJ SP, 29 nov. 2004, rad. 7880; CSJ SP, 15 jul. 2008, rad. 2003-00869-01 y CSJ SP, 27 ago. 2012, rad. 2006-00712, entre otras.

en la causal primera, por la transgresión de normas de disciplina probatoria que conducen fatalmente a la violación de preceptos sustanciales, obviamente en el entendido de que se reúnan los demás requisitos de procedibilidad, y la preterición de tales medios de convicción tenga trascendencia para modificar la decisión adoptada (...) El punto fue recientemente analizado por la Corporación, en la sentencia No. 069 de 15 de julio de 2008, expediente 000689-01, en la que se precisó que “no solo es una facultad que tiene el juez sino que también es un deber, mucho más si se tiene en cuenta que hay algunos casos en que es obligatorio ordenarlas y practicarlas, como por ejemplo la genética en los procesos de filiación o impugnación; la inspección judicial en los de declaración de pertenencia; el dictamen pericial en los divisorios; las indispensables para condenar en concreto por frutos, intereses, mejoras o perjuicios, etc. De análogo modo para impedir el proferimiento de fallos inhibitorios y para evitar nulidades” (...) El segundo alude a las situaciones procesales en las cuales el juez, en aras de resolver el asunto sometido a su composición, puede usar la facultad discrecional de acudir a dicho mecanismo con el fin de aclarar los puntos oscuros o confusos que interesan al proceso (...) Es cierto que, en principio, el decreto de pruebas de oficio no es un mandato absoluto que se le imponga fatalmente al sentenciador, puesto que él goza de una discreta autonomía en la instrucción del proceso, por la que no siempre que se abstenga de utilizar tal prerrogativa equivale a la comisión de su parte de un yerro de derecho. Además, no puede perderse de vista que hay casos en los cuales la actitud pasiva u omisiva del litigante que tiene la carga de demostrar determinada circunstancia fáctica, es la generadora del fracaso, bien de las pretensiones ora de sus defensas, por haber menospreciado su compromiso en el interior de la tramitación y en las oportunidades previstas por el legislador (...) Además, no puede perderse de vista, tal como lo tiene definido la jurisprudencia de la Sala, que para que pueda acusarse válidamente mediante la presente vía de impugnación extraordinaria una sentencia por haber incurrido en error de

derecho respecto de una prueba y, más concretamente, por no haber decretado alguna de oficio dentro de la discrecionalidad que le es propia al juzgador, es requisito inexcusable, insoslayable e imperativo que la misma obre en el expediente, pues, de no hallarse físicamente en él no es válido aceptar una acusación de dicho talante” (sentencia de 24 de noviembre de 2008, exp. 1998- 00529-01. En iguales términos fallos de 15 de diciembre de 2009, expedientes 1999-01651-01 y 2006-00161-01)⁶⁶

Por su parte, la Corte Constitucional, en punto de la posibilidad de la actividad probatoria oficiosa, que trata bajo el concepto de defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, ha expresado:

La jurisprudencia de esta Corte ha establecido dos presupuestos básicos para determinar si una actuación judicial goza de legitimidad desde el punto de vista constitucional, a saber: (i) que el procedimiento surtido para adoptar una decisión haya preservado las garantías propias del debido proceso, de las que son titulares los sujetos procesales; y, (ii) que la decisión judicial sea compatible con el conjunto de valores, principios y derechos previstos por la Constitución. Si se acredita con suficiencia que la decisión judicial cuestionada incumple estos presupuestos de legitimidad, surge la necesidad de restituir y de preservar la eficacia de los preceptos constitucionales en el caso concreto, mediante la intervención excepcional del juez tutelar.

(...)

3.4.2. Defecto procedimental, el cual dependiendo de las garantías procesales que involucre puede ser de dos tipos: (i) de carácter absoluto, que se presenta cuando el funcionario judicial

⁶⁶ CSJ SC, 21 oct. 2013, rad. 2009-00392-01.

se aparta del proceso legalmente establecido, ya sea porque sigue un proceso ajeno al autorizado o porque omite una etapa sustancial de éste, caso en el cual afecta directamente el derecho al debido proceso⁶⁷, o cuando escoge arbitrariamente las normas procesales aplicables a un caso concreto⁶⁸; y, (ii) por exceso ritual manifiesto, que tiene lugar cuando un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esa vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia habida cuenta que sacrifica el derecho de acceso a la administración de justicia y las garantías sustanciales, so pretexto de preferir el tenor literal de las formas procesales. En otras palabras, el juez asume una ciega obediencia a la ley procesal en abierto desconocimiento de los derechos sustanciales que le asisten a las partes en contienda⁶⁹.

En esta oportunidad, la Sala encuentra pertinente profundizar en el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, apoyándose para tal efecto en varias sentencias de la línea que se han referido puntualmente al tema.

En línea de principio, importa mencionar que según establecen los artículos 228 de la Constitución Política y 4° del Código de Procedimiento Civil, en las actuaciones de la administración de justicia debe prevalecer la aplicación del derecho sustancial, al punto que el juez al momento de interpretar

⁶⁷ “Sentencias T-264 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-599 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez).”

⁶⁸ “Sentencia T-289 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).”

⁶⁹ “Esta Corporación en sentencia T-264 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), a la cual se hará referencia más adelante, señaló que «a partir del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, y de la obligación de dar prevalencia al derechos sustancial (artículo 228 de la Constitución), la Corte ha encontrado que puede producirse un defecto procedimental en una sentencia cuando el funcionario judicial, por un apego excesivo a las formas, se aparta de sus obligaciones de impartir justicia, buscar que las sentencias se basen en una verdad judicial que se acerque lo más posible a la verdad real, garantizar la efectividad de los derechos constitucionales y evitar pronunciamientos inhibitorios que trunquen la eficacia de las actuaciones de la Administración de Justicia, y de los derechos materiales, pues los procedimientos judiciales son medios para alcanzar la efectividad del derecho y no fines en sí mismos».”

la ley procesal, debe tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos en las normas sustanciales. Quiere ello decir que, las formas no deben convertirse en un obstáculo para la efectividad del derecho sustancial, sino que deben propender por su realización.

Pues bien, la providencia fundadora de la línea sobre exceso ritual manifiesto es la sentencia T-1306 de 2001 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra)⁷⁰, en la cual se señaló que si bien los jueces deben regirse por un marco jurídico preestablecido en el que se solucionen los conflictos de índole material que presentan las partes, no lo es menos que “si el derecho procesal se torna en obstáculo para la efectiva realización de un derecho sustancial reconocido expresamente por el juez, mal haría éste en darle prevalencia a las formas haciendo nugatorio un derecho del cual es titular quien acude a la administración de justicia y desnaturalizando a su vez las normas procesales cuya clara finalidad es ser medio para la efectiva realización del derecho material”. En esa sentencia, se definió el exceso ritual manifiesto como “aquel que se deriva de un fallo en el cual haya una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales convirtiéndose así en una inaplicación de la justicia material”.

(...)

Más adelante, en la sentencia T- 264 de 2009 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva)⁷¹, esta Corporación precisó que puede

⁷⁰ “En esa ocasión, la Corte estudió una acción de tutela contra la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien decidió no casar una sentencia ordinaria que negaba el reconocimiento de una pensión de vejez, porque no se cumplieron las formalidades propias que exigía la técnica del recurso extraordinario de casación, a pesar de que el demandante cumplía con todos los requisitos sustanciales para acceder a tal pensión. En ese caso, se concedió el amparo tutelar y se encontró configurada una vía de hecho procedimental por exceso ritual manifiesto.”

⁷¹ “En ese pronunciamiento, la Corte analizó un caso de una acción de tutela en donde la accionante consideró vulnerados sus derechos fundamentales por el Tribunal Superior de Bogotá, al proferir el fallo de segunda instancia dentro de un proceso ordinario de responsabilidad civil extracontractual iniciado por ella, mediante el cual el Tribunal revocó el fallo de primera instancia con base en dos consideraciones centrales: (i) la falta de legitimidad por activa de la peticionaria pues, aparte de las afirmaciones de la demanda,

“producirse un defecto procedimental en una sentencia cuando el funcionario judicial, por un apego excesivo a las formas” se aparta de sus obligaciones de impartir justicia sin tener en cuenta que los procedimientos judiciales son medios para alcanzar la efectividad del derecho y no fines en sí mismos. La Corte al conocer en sede de revisión la providencia atacada, consideró que el Tribunal había incurrido en un defecto procedimental por “exceso ritual manifiesto”, actuando en “contra de su papel de director del proceso y del rol protagónico que le asigna el ordenamiento en la garantía de los derechos materiales, al omitir la práctica de una prueba imprescindible para fallar, a pesar de la presencia de elementos que le permitían concluir que por esa vía llegaría a una decisión indiferente al derecho material. Por esta vía, la autoridad accionada cerró definitivamente las puertas de la jurisdicción a la peticionaria, olvidó su papel de garante de los derechos sustanciales, su obligación de dar prevalencia al derecho sustancial, y su compromiso con la búsqueda de la verdad en el proceso como presupuesto para la adopción de decisiones justas.”⁷² (subrayas fuera del texto original)

Así mismo, con posterioridad la Corte Constitucional expuso⁷³:

4.4 Vale la pena resaltar igualmente en relación con el tema probatorio, lo señalado por la Corte respecto a los deberes de los jueces como directores del proceso. En este asunto la jurisprudencia constitucional ha determinado que se configura el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto cuando existiendo incertidumbre sobre unos determinados hechos que

no se aportó prueba alguna sobre la relación de parentesco; y, (ii) la falta de legitimidad por pasiva de uno de los demandados, pues el vehículo de servicio público que se encontraba en el accidente no era de su propiedad.”

⁷² SCC T-213 de 2012.

⁷³ SCC T-363 de 2013.

se estiman definitivos para la decisión judicial y cuya ocurrencia se infiere razonablemente del acervo probatorio, omite decretar, de forma oficiosa, las pruebas que podrían conducir a su demostración. Lo anterior por cuanto, “pudiendo remover la barrera que se presenta a la verdad real y, por ende, a la efectividad del derecho sustancial, prefiere hacer caso omiso de las herramientas procesales a su alcance, convirtiendo los procedimientos en un obstáculo al acceso a la administración de justicia. En estos casos procede la tutela del derecho constitucional al acceso a la administración de justicia, y la orden de reabrir el debate probatorio, de acuerdo con lo dispuesto en el respectivo código adjetivo, para que el juez de la causa, con audiencia de las partes, ejerza sus deberes inquisitivos⁷⁴.

Por tanto, de lo anterior se sigue que el juez, con el fin de hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal, en materia civil debe contar con la prueba necesaria para decidir, para lo cual incluso puede ordenarla de oficio.

Así las cosas, la tensión que pretende crear el libelista entre lo dispuesto en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, en donde se establece que “*en ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio*”, frente a la posibilidad consagrada en el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil, en el cual se prevé que “*las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles*”, es aparente, pues

⁷⁴ “Al respecto ver entre otras la sentencia T-591 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.”

el actor parte del equívoco de considerar que esa prohibición se extiende al incidente de reparación integral que, como se dijo, es una acción civil que se adelanta “después” del proceso penal, así que en esa medida tal limitación no es aplicable en ese escenario, sobre lo que luego se volverá.

Ahora, no menos infundada es la afirmación del censor según la cual, si bien el artículo 25 de la Ley 906 de 2004 estipula que es posible, en aplicación del principio de integración, acudir a otros ordenamientos en caso de que una determinada materia no esté expresamente regulada en dicha ley, con la salvedad que se debe tener en cuenta que *“no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal”*; por igual es necesario no perder de vista que ello se predica del “proceso penal”, mas no de la actuación eminentemente civil como lo es el incidente de reparación integral, conforme quedó explicado con antelación.

No muy distante es el comentario que se debe hacer frente a la afirmación del censor de que en la Sentencia C-396 de 2007 la Corte Constitucional concluyó que en el sistema penal acusatorio que recoge la Ley 906 de 2004 no es posible que el juez de conocimiento decrete pruebas de oficio, pues allí se afirmó:

En Colombia, con la reforma introducida por el Acto Legislativo número 3 de 2002, el Constituyente escogió claramente el modelo acusatorio para el proceso penal y la Ley

906 de 2004 concretó un nuevo sistema penal acusatorio para conciliarla.

De todas maneras, cabe recordar que, en anteriores oportunidades, esta Corporación ha dejado en claro que, con base en los antecedentes legislativos, el actual procedimiento penal no comparte el diseño de un sistema acusatorio puro, desarrollado en el derecho anglosajón, sino que “se diseñó un sistema de tendencia acusatoria”⁷⁵, en el cual la función del juez “va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad”⁷⁶.

(...)

17. De otra parte, con la introducción del sistema penal acusatorio, también cambiaron estructuras en la actividad probatoria que deben adecuarse a los nuevos roles del juez y de los intervinientes en el proceso penal. Dicho de otro modo, dentro de los rasgos estructurales más marcados en el procedimiento penal acusatorio colombiano, se encuentran los que modificaron la actividad probatoria en el proceso, puesto que el Constituyente y el legislador consideraron necesario modificar e intensificar la aplicación de reglas procesales importantes para condicionar la averiguación de la verdad en el proceso penal y, de esta forma, concretar el deber de buscar la justicia material en nuestro Estado Constitucional. En efecto, para la Sala es evidente que la aproximación democrática y pluralista de la verdad en el proceso

⁷⁵ “Sentencia C-591 de 2005. En el mismo sentido, pueden verse las sentencias C-873 de 2003, C-1260 de 2005 y C-454 de 2006, entre otras.”

⁷⁶ “Sentencia C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.”

penal impone el respeto, por parte de la legislación y de la jurisdicción, de los principios de la actividad probatoria que buscan conciliar la tensión existente entre eficacia del derecho penal y respeto por los derechos y libertades individuales.

(...)

18. El anterior análisis muestra que la prohibición del decreto y práctica oficiosa de pruebas hace parte de la estructura del sistema penal acusatorio y está concebida, de un lado, como un principio procesal dirigido a determinar el rol de los intervinientes en el proceso penal y, de otro, como una garantía sustancial de eficacia del deber del Estado de aproximarse a la verdad de lo sucedido dentro de los parámetros señalados por las garantías y libertades individuales de orden Constitucional y legal. De esta manera, la Sala concluye que no es correcto ligar, por sí solo, el concepto de verdad con la búsqueda de oficio de aquella, pues esa regla probatoria debe ser mirada en su contexto y a partir de su finalidad sustancial.

Ahora, a pesar de que es importante para el control de constitucionalidad de la disposición acusada el argumento expuesto en precedencia, según el cual la prohibición del decreto y práctica de pruebas de oficio en la etapa del juzgamiento hace parte de la estructura del modelo procesal penal diseñado por el Acto Legislativo número 3 de 2002, lo cierto es que ese planteamiento no es suficiente para desvirtuar los cargos y declarar, desde ya, su conformidad con la Carta, de un lado, porque, como lo ha advertido esta Corporación, en el proceso acusatorio el juez no es solamente un árbitro y, de otro, resulta claro que la regla probatoria objeto de estudio también debe respetar otros principios y garantías constitucionales que se encuentran en la Constitución.

19. En efecto, ya se recordó en esta providencia que la Corte Constitucional ha dicho, en reiteradas oportunidades⁷⁷, que el proceso acusatorio en nuestra legislación no es típicamente adversarial, ni un sistema acusatorio puro, por lo que el juez no es un árbitro, sino el encargado de definir, de manera justa y garantista, la responsabilidad penal del implicado y la eficacia de los derechos de la víctima y de la sociedad frente al delito. De ahí que, el solo hecho de que la pasividad probatoria del juez sea una regla estructural en el esquema penal acusatorio no es suficiente para concluir la constitucionalidad de la norma acusada.

De hecho, en el derecho comparado se observa que muchos países que optaron por el proceso penal acusatorio o con tendencia acusatoria conservan, si bien de manera relativa y excepcional, la iniciativa probatoria del juez, sin lo cual no puede decirse que el sistema dejó de ser acusatorio.

(...)

27. En conclusión, para la Sala es evidente que el Constituyente y el legislador colombiano diseñaron un modelo propio de sistema penal acusatorio, pues si bien es cierto toma elementos comunes de éste en algunas legislaciones, también se aparta de otras características. De esta forma, es lógico inferir que el hecho de que otros países hubiesen adoptado la prueba de oficio como una regla necesaria en el proceso penal, no significa que el legislador colombiano estaba obligado a seguir esa corriente en nuestra legislación. Es más, el hecho de que en países en los que la prohibición de pruebas de oficio en el sistema penal acusatorio es aún más absoluta que en Colombia, tales como Estados Unidos y Puerto Rico, nuestro legislador se encuentre en el deber constitucional de regularlo en forma idéntica.

⁷⁷ “Sentencia C-591 de 2005. En el mismo sentido, pueden verse las sentencias C-873 de 2003, C-1260 de 2005 y C-454 de 2006, entre otras.”

De hecho, como ya se advirtió, el legislador goza de amplio margen de libertad de configuración normativa para señalar el régimen probatorio de cada disciplina jurídica, por lo que si bien en esta oportunidad se considera razonable y válido constitucionalmente prohibir el decreto de pruebas de oficio en la audiencia preparatoria, bien podría resultar también conforme a la Carta que, a partir de valoraciones de política criminal, adopte una posición contraria y admita la actividad probatoria del juez en la audiencia preparatoria.

28. Finalmente, es importante aclarar si, como lo sostienen algunos de los intervinientes, que es necesario condicionar la constitucionalidad de la norma acusada, en tanto que si bien no encuentran discutible su constitucionalidad, [en todo caso] el carácter absoluto de la prohibición exige que, en algunos casos límite, sea necesario autorizar el decreto y práctica oficiosa de pruebas para evitar la afectación grave de derechos de las víctimas o del sindicato... [Al respecto] a la Sala le surgen dos interrogantes: ¿Si la prohibición contenida en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004 es absoluta?, esto es, ¿Si tanto los jueces de control de garantías como los de conocimiento están impedidos para decretar pruebas de oficio en todos los casos? Las respuestas a estas preguntas, efectivamente, tienen incidencia constitucional, pues si esta limitación se aplica a los jueces de control de garantías cuyas funciones están centradas en la preservación de la eficacia de los derechos y libertades individuales y, no precisamente, en la dialéctica probatoria, claramente podrían afectarse normas constitucionales que exigen al juez la defensa de derechos subjetivos de aplicación inmediata, tales como la libertad, el debido proceso y la igualdad, entre otros. Entra, pues, la Corte a resolver esos interrogantes.

La prohibición contenida en la norma demandada solo se aplica en las audiencias preparatoria y de juicio.

29. A juicio de esta Sala, la prohibición contenida en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal no es absoluta, en tanto que los jueces de control de garantías sí pueden decretar y practicar pruebas de oficio en casos en los que sea indispensable para garantizar la eficacia de los derechos que son objeto de control judicial. A esa conclusión se llega después de adelantar el análisis sistemático y teleológico de la norma acusada que a continuación se expone:

El artículo 361 de la Ley 906 de 2004 se encuentra incluido en el Libro III del Juicio en el sistema penal acusatorio, Capítulo I, correspondiente a la audiencia preparatoria. En efecto, el Código de Procedimiento Penal se encuentra dividido en siete libros, el I, correspondiente a disposiciones generales, el libro II sobre las Técnicas de Indagación e Investigación de la Prueba y Sistemas Probatorios, el III sobre el Juicio, el libro IV, relativo a la ejecución de sentencias, el libro V sobre Cooperación Internacional, el libro VI, Justicia Restaurativa y, el libro VII sobre el Régimen de Implementación.

Nótese, que no solo la ubicación de la norma demandada en el contexto normativo significa que la pasividad probatoria del juez está limitada a la etapa del juicio y, especialmente en la audiencia preparatoria, sino también que la ausencia de regulación al respecto en las etapas anteriores al juicio, muestran que la prohibición acusada obedece a la estructura del proceso penal adversarial, según el cual, mientras se ubica en la etapa de contradicción entre las partes, en la fase del proceso en la que se descubre la evidencia física y los elementos materiales probatorios y en aquella que se caracteriza por la dialéctica de la prueba, es lógico, necesario y adecuado que el juez no decrete pruebas de oficio porque rompe los principios de igualdad de armas y neutralidad en el proceso penal acusatorio. No sucede lo mismo, en aquella etapa en la que el juez tiene como única misión garantizar la eficacia de la investigación y la preservación

de los derechos y libertades que pueden resultar afectados con el proceso penal.

30. Así las cosas, la simple ubicación de la norma demandada en el sistema jurídico procesal penal permitiría concluir que el intervencionismo probatorio está prohibido, en forma categórica, solamente para el juez de conocimiento, quien tiene a su cargo la dirección y manejo del debate probatorio entre las partes y, no para el juez de control de garantías; sin embargo, la interpretación teleológica de la norma también conduce a la misma conclusión.

En efecto, en varias oportunidades esta Corporación ha dicho que el juez de control de garantías, juez constitucional por excelencia, es el “garante de los derechos constitucionales y... supervisor de la actuación de las autoridades públicas y de los particulares en la etapa de la investigación penal... tiene a su cargo la ponderación y armonización de los derechos en conflicto”⁷⁸. De esta forma, es lógico sostener que el funcionario judicial que tiene a su cargo conciliar el eficientismo y el garantismo del derecho penal, en tanto que debe preservar los derechos y libertades individuales que consagra la Constitución y, al mismo tiempo, debe favorecer la eficacia de la investigación penal como método escogido por las sociedades civilizadas para sancionar el delito y materializar la justicia en el caso concreto, puede decretar pruebas de oficio cuando considere estrictamente indispensable para desarrollar su labor. De hecho, no se trata de convertir la etapa de preparación al juicio en una fase investigativa por parte del juez, por lo que, dentro de la lógica del sistema acusatorio, él no tendría autorización para averiguar la veracidad de lo ocurrido o para preparar la acusación o la absolución del indiciado, se trata de permitirle al juez

⁷⁸ “Sentencia C-210 de 2007. En el mismo sentido, sentencias C-591 de 2005 y C-873 de 2003, entre otras.”

instrumentos adecuados para ejercer su función de guardián de los derechos y libertades en tensión en el proceso penal.

31. Confirma esa tesis, la interpretación sistemática de la Ley 906 de 2004, en la cual puede observarse con nitidez que el juez penal en el sistema acusatorio no es un convidado de piedra, pues, como se explicó en precedencia, el modelo acusatorio colombiano es propio y no puede ajustarse integralmente a ninguno de los diseñados en el derecho comparado sino que debe ajustarse a todas las características directamente señaladas por el Constituyente (artículo 250 de la Constitución). En efecto, en el esquema colombiano, a diferencia de otros países, el juez de control de garantías puede decretar pruebas para defender los derechos y garantías en tensión, la víctima puede solicitar pruebas para descubrir la verdad, el Ministerio Público [Procuraduría] puede pedir pruebas, si el juez advierte vacío probatorio lo advierte al Ministerio Público [Fiscalía] para que pida las pertinentes y el juez de conocimiento tiene a su cargo el control de las formas que tienen contenido sustancial. En este último aspecto, por ejemplo, el juez de conocimiento: i) controla formal y materialmente el escrito de acusación presentado por la Fiscalía (artículos 336 y 337 del Código de Procedimiento Penal), ii) asiste al descubrimiento de los elementos probatorios y las pruebas (artículo 344), iii) puede contrainterrogar testigos (artículo 397), iv) ejerce control sustancial y formal sobre los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado (artículos 348 a 354), v) realiza control integral sobre la aplicación del principio de oportunidad, vi) decide la pertinencia y admisibilidad de la prueba (artículos 375 y 376) y, vii) realiza control sobre los acuerdos probatorios (artículo 356, numeral 4º).

Eso muestra, entonces, que en nuestra legislación, el juez lejos de ser un convidado de piedra, es una autoridad

plenamente activa en la búsqueda de la verdad, la realización de la justicia y la defensa de los derechos y garantías individuales que se encuentran en tensión en el proceso penal, por esa razón dirige el proceso penal y exige la aplicación del derecho, aunque, de acuerdo con la libertad de configuración normativa del legislador, no pueda decretar pruebas de oficio en la audiencia preparatoria.

32. Además, si como se explicó en precedencia, la justificación de la pasividad probatoria del juez de conocimiento encuentra respaldo constitucional desde la perspectiva de la neutralidad judicial y la igualdad de armas entre las partes en el sistema penal acusatorio, no tiene sustento alguno pretender aplicar esa misma tesis en la etapa procesal en la que no existen partes, ni controversia de pruebas, ni debate en torno a la validez y eficacia de la prueba dirigida a demostrar supuestos abiertamente contradictorios. Luego, es fácil concluir que la prohibición acusada no se aplica en el ejercicio de las funciones propias del juez de control de garantías, sino únicamente ante el juez de conocimiento y, en estos términos, la norma acusada se ajusta a la Constitución. (subrayas fuera del texto original)

De lo anterior se sigue, en síntesis, que si bien la Corte Constitucional declaró exequible el contenido del artículo 361 de la Ley 906 de 2004, donde se prohíbe al funcionario judicial decretar pruebas de oficio, ello se hizo bajo el entendido de que tal limitación solamente opera frente a la audiencia preparatoria, valga decir, para la etapa del juzgamiento que dirige el juez de conocimiento, mas no para la fase preliminar, esto es, la que conduce el juez de control de garantías, en particular por la necesidad de asegurar la protección de los derechos fundamentales tanto de las

víctimas como de los investigados.

Así las cosas, es evidente que fuera de la fase del juzgamiento (audiencia preparatoria y juicio oral), la prohibición de que trata el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, no tiene cabida y si bien la Corte Constitucional nada dijo respecto de estadios posteriores al anotado, es evidente que la restricción señalada en la norma anotada, como lo dejó planteado la Corte Constitucional, corresponden esencialmente a la necesidad de preservar los principios de imparcialidad del juez y de igualdad de armas propios del sistema penal acusatorio.

En esa medida, como la Corte Constitucional y la Sala de Casación Penal, coinciden en concluir que el incidente de reparación integral es una acción civil que se adelanta al final del proceso penal, pero además, tanto la Corte Constitucional como la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia aceptan que en materia civil es posible que el juez ordene pruebas de oficio y, finalmente, la Corte Constitucional considera ajustado a la Carta Política que en desarrollo del sistema penal acusatorio esté proscrita la posibilidad de decretar pruebas de oficio, pero la misma se predica de la etapa del juzgamiento exclusivamente, pues en etapas previas es posible hacerlo, de allí se sigue que en fases posteriores, como lo es el incidente de reparación integral

también es viable hacerlo, así las cosas es claro que la postura del demandante, conforme se dijo inicialmente, parte de supuestos jurídicos equivocados, toda vez que, en síntesis, hace una lectura sesgada de la sentencia C-396 de 2007 que se viene de comentar.

Por tanto, precisado que la prohibición para decretar pruebas de oficio en el marco de la Ley 906 de 2004 se circunscribe a la etapa del juzgamiento y que por ende en el incidente de reparación integral es posible hacerlo, por igual se observa que incluso el libelista no evidenció la trascendencia de la queja que formuló, pues se limitó a señalar las pruebas que unilateralmente ordenó el funcionario judicial de primer grado, sin que, en gracia de discusión, explicara qué habría pasado en el caso de la especie de no haber ocurrido lo anterior.

Resulta oportuno indicar entonces, que si bien el juez de primer grado, en la audiencia llevada a cabo el 20 de octubre de 2009, ordenó que de oficio se trasladaran del proceso penal algunas pruebas, esto es, (i) las escrituras públicas de constitución y reforma de DMG Grupo Holding S.A.; (ii) los requerimientos de la Superintendencia de Sociedades dirigidos tanto al representante legal de la referida compañía, como a su revisor fiscal; (iii) la resolución mediante la cual se le abrió investigación en esa entidad de vigilancia a la mencionada empresa; (iv) la resolución mediante la cual la superintendencia en cita sometió a

control a la persona jurídica anotada; (v) el certificado de existencia y representación legal de la misma; (vi) el informe de los peritos MAURICIO ORTIZ LORA y GERMÁN ANTONIO LEÓN CANCHÓN, (vii) el certificado de existencia y representación legal en el cual se da cuenta del estado de intervención de DMG Grupo Holding S.A. y; (viii) el listado de víctimas que la Fiscalía General de la Nación le aportó a la interventora de dicho ente moral y; de otra parte, el juez *a quo* ya había decretado las pruebas que habían solicitado los apoderados de las víctimas, valga decir, (i) todas las declaraciones extrajuicio allegadas por los denunciantes, en donde —agreguese— se mencionaban los valores entregados a la compañía DMG Grupo Holding S.A. y se establecían las circunstancias en que ello ocurrió; el testimonio de MARÍA MERCEDES PERRY FERREIRA, al paso que negó escuchar en declaración a las víctimas por cuanto ello se suplía con el listado que suministraría la Fiscalía, de esto se sigue que, en gracia de discusión, perdería incidencia la queja del impugnante.

Pero hay más, como quiera que, conforme se dejó expuesto inicialmente al hacer referencia a la actuación procesal relevante, se registró que el incidente de reparación integral al que se ha venido haciendo alusión, se acumuló al que previamente se había comenzado, en el cual se decretaron las pruebas que habían pedido los apoderados de las víctimas, entre ellas, gran parte de las que se ordenaron de oficio por el juez *a quo*, en especial el listado que la Fiscalía General de la Nación le entregó a la interventora de

DMG Grupo Holding S.A., en la cual se daba cuenta de los dineros entregados a dicha empresa por los ofendidos y el certificado de existencia y representación legal dicho ente moral, de esto se sigue que al presentarse comunidad probatoria como resultado de la fusión de los dos incidentes, ello definitivamente conduce a la carencia de trascendencia que en gracia de discusión podría predicarse de la queja propuesta por el recurrente.

En conclusión, como el libelista no atina a formular correctamente la censura, pero además, desconoce la realidad procesal y las normas que deben regular el incidente de reparación, de esto se sigue que el reproche debe ser inadmitido.

Tercer cargo:

Con apoyo en la causal prevista en el numeral 2° del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 305 *ibidem*, el abogado de la compañía DMG Grupo Holding S.A. en Intervención alega que “*no está la sentencia en consonancia con las pretensiones de las víctimas*”.

Al respecto sostiene que, de conformidad con el criterio señalado por la Corte Suprema de Justicia⁷⁹, una de las hipótesis para pregonar la falta de consonancia es la de

⁷⁹ CSJ SC, 1 feb. 2000, rad. 5135 (sic).

“dejar de proveer, positiva o negativamente, acerca de... las excepciones que, además de aparecer probadas, hayan sido alegadas por el demandado..., cuando así lo exija la ley... (Sala de Casación Civil, 1 de febrero de 2000, expediente 5135 (sic)⁸⁰)”.

En esa medida, expresa que en el caso de la especie la incongruencia surgió porque los juzgadores se pronunciaron *“negativamente frente a las excepciones, pues ninguna de las dos instancias respetaron las reglas contempladas en el artículo 305 del C.P.C., al vincular a DMG Grupo Holding en Intervención al pago de sumas por fuera de su status de intervenida.*

Afirmado lo anterior, el censor manifiesta inicialmente que, demostrará *“la existencia de una incongruencia entre las peticiones de las víctimas realizadas en el incidente procesal, y el fallo de primera instancia ratificado por el Tribunal”.*

Bajo esa perspectiva, recuerda el contenido de la sentencia del *a quo* en donde se precisó a quiénes y cuáles perjuicios eran objeto de condena, con fundamento en la conciliación, y lo propio hizo frente al fallo del *ad quem*.

⁸⁰ Si bien esa Sala ha hecho tal afirmación, no lo hizo en ese radicado. En todo caso, al respecto se puede ver CSJ SP, 28 jun. 2000, rad. 5348.

De otra parte, una vez el demandante señala que *“la conciliación es un acto de disposición personal que no involucra a aquellos que [no] hacen parte de la misma”*, seguidamente añade que *“esa conciliación solo puede afectar a terceros, en la medida en que las pretensiones recaigan sobre el condenado, quien es el deudor natural de la obligación, pues, como se sabe, el tercero civilmente responsable responde por los perjuicios ocasionados y cobrados al generador de la fuente de la obligación, por lo que al ser un actor secundario, responderá exclusivamente por lo condenado al deudor principal”*.

Afirmado lo anterior, pone de presente que las víctimas sabían de la situación de intervención de la compañía DMG Grupo Holding S.A. y, en consecuencia, de su *status* especialmente reglado por las normas del estado emergencia económica, conforme lo evidencia la actuación y las actas de conciliación, cuyo contenido evoca en su parte resolutive.

Puntualiza que quien concilió fue DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN y que DMG Grupo Holding S.A., en el momento de la conciliación estaba intervenida en desarrollo de los Decretos 4333 y 4334 de 2008 de estado emergencia económica, de modo que la agente interventora no estaba autorizada para conciliar.

Así las cosas, asevera el libelista, que si las 1.993 víctimas conciliaron con DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN y solicitaron que se vinculara como civilmente responsable a DMG Grupo Holding S.A. en Intervención, sociedad que solo puede responder en los términos de los Decretos 4333 y 4334 de 2008, entonces no era procedente reconocer y pagar cuantías distintas *“hasta concurrencia de los bienes inventariados dentro del trámite de la intervención”*, no obstante, el juez lo autorizó y ordenó.

Por tanto, el actor sostiene que *“DMG Holding S.A. en Intervención alegó y probó en sus escritos de excepción y defensa, la situación de intervención y sus consecuencias, circunstancias que fueron desdeñadas para proceder, el operador judicial, a su vinculación como tercero civilmente responsable, no obstante estar probado que a la intervenida nada la vinculaba con el señor DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN, a sus exdirectivos y a sus órganos de dirección y control, que es precisamente uno de los aspectos especiales de la intervención”*.

En cuanto hace referencia a la transcendencia del cargo, aduce el recurrente que radica en que en contra de lo previsto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, se dejó de *“proveer, positiva o negativamente, acerca de puntos integrantes de las excepciones que, además de aparecer probadas, fueron alegadas por el demandado, lo que conllevó a la vinculación injusta e ilegal como tercero*

civilmente responsable... [de DMG Grupo Holding S.A. en Intervención frente a] las pretensiones conciliadas con DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN”

Finalmente, asevera que “*si los falladores hubiesen mantenido la consonancia del artículo 305 del C. de P. C. con las normas de emergencia social alegada como circunstancia probada de excepción, no hubiesen vinculado a DMG Holding S.A., hoy en Liquidación, al pago de la acreencia conciliada con DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN”.*

Así las cosas, solicita casar la sentencia “*por incongruencia de la sentencia y, en consecuencia, que se ordene desvincular a DMG Holding S.A., hoy en Liquidación, como tercero civilmente responsable, del pago de sumas distintas a las contempladas en los Decretos 4333 y 4334 de 2008... ordenadas en la primera instancia y confirmadas por el Tribunal”.*

Consideraciones de la Corte:

Como quiera que en esencia la censura se funda en que la sentencia impugnada no guarda consonancia con las pretensiones alegadas por las víctimas en el incidente de reparación integral, por cuanto los juzgadores de instancia

resolvieron “*negativamente*” las excepciones propuestas por el apoderado de la empresa DMG Grupo Holding S.A. en Intervención, consistentes en que tal persona jurídica solo podía responder frente a las víctimas en los términos de los Decretos 4333 y 4334 de 2008 de estado de emergencia económica, de modo que por ese motivo no podía conciliar con aquellas y tampoco era posible que en el fallo confutado se la obligara a cancelar sumas distintas a las derivadas del trámite de la intervención, así que solicita casar la sentencia y que se ordene desvincular a dicho ente moral del pago dispuesto en fallo opugnado; de esto se deduce que el cargo objeto de análisis no es formulado adecuadamente e, igualmente, que el mismo desconoce el contenido objetivo de la actuación procesal.

Con el fin de evidenciar las deficiencias formales del cargo, inicialmente es preciso recordar el contenido de la ley en punto de la forma como está regulado el principio de congruencia, así como el alcance que al mismo le ha dado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en particular en lo que hace referencia a las excepciones.

En ese sentido, se tiene que el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil preceptúa:

Congruencias (modificado por el artículo 1º, numeral 135 del Decreto 2282 de 1989). La sentencia deberá estar en

consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.

A su vez, el artículo 306 del mismo estatuto consagra:

Resolución sobre excepciones. Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.

Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, podrá abstenerse de examinar las restantes. En este caso, si el superior considera infundada aquella excepción, resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia.

Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario, se limitará a declarar si es o no fundada la excepción.

Ahora, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, frente al principio de congruencia, ha sostenido:

La incongruencia de que trata la causal segunda del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, está íntimamente relacionada con el incumplimiento del deber que le asigna al juzgador el artículo 305 del estatuto procesal...

Para su éxito se requiere demostrar un alejamiento brusco por el fallador del escrito introductor que fue sometido al análisis de la admisión, así como de la contradicción que de él hicieron los oponentes, dirimiendo la disputa fuera de los lineamientos que en esas precisas oportunidades le indicaron las partes, ya sea al hacer ordenamientos excesivos frente a los reclamos o defensas, cuando deja de lado aspectos sometidos a su escrutinio o resuelve puntos completamente ajenos al debate, salvo cuando procede en estricto cumplimiento de las facultades oficiosas conferidas por la ley.

La Corporación tiene dicho al respecto que “[e]l principio dispositivo que inspira el proceso civil, conduce a que la petición de justicia que realizan las partes delimite la tarea del juez y a que éste, por consiguiente, al dictar sentencia, deba circunscribir

su pronunciamiento a lo reclamado por ellas y a los fundamentos de hecho que hubieren delineado, salvo el caso de las excepciones que la ley permite reconocer de oficio, cuando aparecen acreditadas en el proceso (...) Sobre el particular, la Sala ha sido insistente en que «(...) son las partes quienes están en posesión de los elementos de juicio necesarios para estimar la dimensión del agravio que padecen, con el fin de que sobre esa premisa restringente intervenga el órgano jurisdiccional, a quien le está vedado por tanto, sustituir a la víctima en la definición de los contornos a los que ha de circunscribirse el reclamo y por tanto ceñirse la sentencia, salvo que la ley expresamente abra un espacio a la oficiosidad (...) Al fin y al cabo, la tarea judicial es reglada y, por contera, limitada, no solo por obra de la ley, sino también con arreglo al pedimento de las partes (Cas. Civ., sentencia del 22 de enero de 2007, expediente No. 11001-3103-017-1998-04851-01).

(...)

En este escenario, el principio de congruencia establecido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil impide el desbordamiento de la competencia del juez para resolver la contienda más allá de lo pedido por las partes (ultra petita), o por asuntos ajenos a lo solicitado (extra petita) o con olvido de lo que ellas han planteado (citra petita) (...) En caso de presentarse tal descarrío, su ocurrencia puede denunciarse en casación a través de la causal segunda prevista en el artículo 368 ibídem, pues, valga decirlo, una sentencia judicial de esos contornos agravia súbitamente a la parte que actuó confiada en los límites trazados durante el litigio, toda vez que al ser soslayados por el juez al momento de definirlo, le impiden ejercer a plenitud su derecho a la defensa» (sentencia del 9 de diciembre de 2011, exp. 1992-05900)⁸¹.

⁸¹ CSJ SC, 18 dic. 2013, rad. 200400103.

Por igual, la misma Sala, en punto del principio de congruencia y en relación con las excepciones ha indicado:

2. ...parece conveniente señalar que la actividad del juez, en punto de resolver la causa litigiosa, debe enmarcarse dentro de los límites previstos por el legislador, de manera que no le es dado deducir arbitrariamente cualquier hecho, ni pronunciarse sobre cualquier efecto jurídico, si no han sido afirmados previamente por las partes, a menos claro está, que el ordenamiento le conceda una potestad oficiosa al respecto. No admite discusión, por consiguiente, que la actividad cumplida por dicho funcionario no es ilimitada, de modo que el campo de acción en el que puede desplegar su obrar no es otro que el entorno dentro del cual gira la controversia cuyo conocimiento ha asumido, vale decir, los términos de la confrontación surgida, esto es, lo que pide el actor y excepciona el demandado, sin dejar de lado, por supuesto, las facultades oficiosas que explícitamente le son conferidas.

Emerge, entonces, de manera nítida, que la actividad que aquél cumple está enmarcada por cuatro vectores que se conjugan para delimitar su función: 1) las pretensiones de la demanda; 2); los hechos que la sustentan; 3) las excepciones invocadas por el demandado (cuando así lo exige la ley); y, 4) las excepciones que debe declarar de oficio. Y, sin duda, cuando el funcionario quebranta esos hitos, incurre en una irregularidad que despunta, ya en un exceso de poder o en un defecto del mismo. En la primera hipótesis, porque decide sobre cuestiones no pedidas ó más allá de lo solicitado; en la segunda, en la

medida en que deja de resolver sobre las pretensiones o excepciones aducidas.

2.1. En lo relacionado con las excepciones, es menester puntualizar que en un sentido amplio tal noción comprende no solo cualquier medio del que se valga el demandado para reclamar la desestimación de la demanda, sino, también, ciertas impugnaciones relacionadas con la observancia del procedimiento. En ese orden de ideas, pueden clasificarse en previas, es decir, las que al concernir con la regularidad del proceso, condicionan su eficacia y, por ende, la emisión de la sentencia, cualquiera sea su sentido (estimatoria o desestimatoria de las pretensiones); y de mérito, cuando tienen por contenido hechos jurídicos a los que el ordenamiento concede eficacia para incidir sobre las relaciones jurídicas sustanciales, motivo por el cual, desde esa perspectiva, condicionan la posibilidad de que el juez pueda acceder a los pedimentos del actor.

No puede soslayarse, en todo caso, que por mandato del último inciso del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, el demandado está habilitado para proponer “como” previas las excepciones de cosa juzgada, transacción o caducidad, cuya naturaleza sustancial no se niega, ni... se desdibuja, pero... por diversas razones de política judicial, la economía del proceso entre ellas, autoriza diligenciarlas anteladamente. Es claro, entonces, que no asumen, por esa razón, el carácter de previas, pues a la vista está que no inciden en la regularidad del trámite procesal, sino en la relación sustancial, solo que el legislador, de manera francamente sui generis, habilita su alegación en las mismas condiciones y bajo el mismo trámite que aquellas.

Siguiendo este derrotero, oportuno resulta precisar, igualmente que, conforme a doctrina reiterada de esta Corporación, “en su sentido propio el vocablo «excepción» no es sinónimo de cualquier defensa opuesta a la pretensión del actor, habida cuenta que como lo enseñaron desde comienzos de siglo ilustres expositores encabezados por Chiovenda, se defiende el demandado que se circunscribe a negar el fundamento de la pretensión, al paso que el demandado excepciona cuando aduce hechos nuevos que impiden la protección jurídica del interés del demandante o que tienden a justificar la extinción de las consecuencias jurídicas en las que aquella pretensión vino cimentada. En otras palabras, la proposición de una excepción desplaza de suyo los términos fácticos de la controversia, amplía de manera litigiosa en tanto introduce en la discusión hechos diversos de aquéllos afirmados por el actor, alterando por ende el ámbito de la decisión y sus posibles límites... (Casación del 30 de enero de 1992)” (Sent. Cas. 31 de mayo de 2006, Exp. 00004).

Luego, con estrictez, la excepción de mérito no es la mera negación de las súplicas de la demanda o de los hechos que las sustentan, aunque vislumbren alguna resistencia u oposición del demandado, pues, por el contrario, ella siempre envuelve un asunto novedoso que éste incorpora a la controversia, tendiente a enervar los pedimentos del accionante. Por ello, la eventual incongruencia derivada de la evaluación de los escritos de la parte demandada, debe pregonarse, en puridad, de las excepciones aducidas y no de cualquier otro elemento que recoja la actitud asumida por el demandado desprovista de esta última característica.

2.2. No obstante, lo cierto es que, en tratándose de un límite de la actividad decisoria del juez, la excepción debe entenderse

en un sentido restringido, vale decir, como la contraposición a los hechos constitutivos aducidos por el actor, de otros de carácter modificativo, impeditivo o extintivo con la virtualidad de aniquilar sus pedimentos. Por consiguiente, el fallador solamente podrá acoger en la sentencia aquellos medios exceptivos de carácter sustancial aducidos por el demandado o que oficiosamente pueda examinar, sin que... le sea dado proferir sentencia desestimatoria de las pretensiones del demandante atendiendo una excepción previa...⁸² (subraya fuera de texto)

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, por igual ha recabado que no cualquier argumento orientado a obtener la desestimación de las pretensiones del demandante se corresponde en estricto sentido con el concepto jurídico de “excepción”, así se lo rotule bajo esa denominación, en relación con lo cual ha expresado:

Ha de verse que el carácter de tal solamente lo proporciona el contenido intrínseco de la gestión defensiva que asuma dicha especie, con absoluta independencia de que así se la moteje. Es bien claro que la mera voluntad del demandado carece de virtud para desnaturalizar el genuino sentido de lo que es una excepción.

La excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos. Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose.

A la verdad, la naturaleza de la excepción indica que no tiene más diana [propósito] que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la

⁸² CSJ SC, 15 ene. 2010, rad. 1998-00181.

subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor.

Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad.

De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido “y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen” (G. J. XLVI, 623; XCI, pág. 830).

Es lo que sucede aquí...

La prueba más elocuente está en que la propia demandada se sirvió del mismo argumento tanto para rebatir los supuestos de la demanda como para formular la “excepción”... [lo que] en verdad no era más que una defensa común que se resistía a ver el derecho en el adversario, [por lo que] el tema de la excepción estaba vedado.

Situación esa que ha venido apreciándose a menudo en los trámites judiciales, en los que los juzgadores inadvertidamente pasan por excepción todo lo que el demandado dé en denominar como tal, sin detenerse a auscultar los caracteres que son propios en la configuración de tan específica defensa. En particular no caen en la cuenta de lo impropio que es calificar de excepción la simple falta de derecho en el demandante, lo cual, “según los principios jurídicos no puede tener este nombre, porque la falta de acción por parte del actor implica inutilidad de defensa por parte del reo, y aquélla impone la necesidad de la absolución directa sin el rodeo de la excepción”, según viene sosteniendo esta Corporación desde antiguo (XXXII, 202).

Débesse convenir, entonces, que en estrictez jurídica no cabe pronunciamiento expreso sobre lo que no es una verdadera excepción, habida consideración de que —insístase— “cuando el demandado dice que excepciona pero limitándose (...) a denominar más o menos caprichosamente la presunta excepción, sin traer al debate hechos que le den sentido y contenido a esa denominación, no está en realidad oponiendo excepción ninguna, o planteando una contrapretensión, ni por lo mismo colocando al juez en la obligación de hacer pronunciamiento alguno al respecto”; de donde se sigue que la verdadera excepción difiere en mucho de la defensa común consistente en oponerse a la demanda por estimar que allí está ausente el derecho petitionado; y es claro también que “a diferencia de lo que ocurre con la excepción cuya proposición (...) impone la necesidad de que el juez la defina en la sentencia, la simple defensa no requiere una respuesta específica en el fallo final; sobre ella resuelve indirecta e implícitamente el juez al estimar o desestimar la acción” (CXXX, pag. 19).⁸³ (subrayas fuera del texto original)

Ahora, cabe recordar que la Sala de Casación Civil ha manifestado, en punto de la diferencia entre una “excepción” y la simple “defensa”, lo siguiente:

1. Esta Corporación ya ha puesto de presente, en reiteradas oportunidades, que entre los vocablos “excepción” y “defensa” existen notables diferencias que impiden su confusión, disimilitudes que, inclusive, encuentran su génesis en la agudeza jurídica del derecho romano, puesto que en él se entendió la excepción como la proposición de un hecho nuevo destinado a aniquilar los efectos de la reclamación del demandante, al paso

⁸³ CSJ SC, 11 jun.2001, rad. 6343.

que la defensa se fundaba en la negación del derecho alegado en la demanda, noción que, perfeccionada por la incansable labor de la doctrina y la jurisprudencia, ha perdurado hasta nuestros días.

De ahí que hoy deba inferirse que, en sentido estricto, un demandado se defiende cuando circunscribe su resistencia a los pedimentos del actor a negar los fundamentos de hecho o de derecho en que éste apoya su pretensión. Empero, si aquél no se restringe a adoptar esa posición puramente negativa, sino que, yendo más allá, asume un plan de contraataque en el que aduce armas contrapuestas a las reclamaciones de aquél, consistentes en la alegación de hechos nuevos, ya sean de naturaleza impeditiva o extintiva, pero, en todo caso, distintos de los afirmados en la demanda y encaminados a enervar los efectos jurídicos de éstos, en tal hipótesis, se dice, se está ante una verdadera excepción, la cual, reitérese, no puede asimilarse a cualquier defensa opuesta a la pretensión del actor.⁸⁴ (subrayas fuera del texto original)

Precisado el alcance del principio de congruencia, así como el concepto de excepción de mérito y su tratamiento frente a dicho principio, así como su diferencia con la simple defensa, fácil se advierte, al cotejar la censura objeto de estudio formal, que el demandante no logra evidenciar la supuesta inconsonancia que predica del fallo impugnado frente a la supuesta excepción que alegó, pues lo cierto es que la calificada como tal no lo es, por la potísima razón de que no apunta a desvirtuar el derecho sustancial que le asiste a las víctimas de reclamar la reparación integral por el daño a ellas causado, en particular en cabeza de la

⁸⁴ CSJ SP, 24 sep. 2003, rad. 6896.

persona Jurídica DMG Grupo Holding S.A., respecto de lo cual puede verse lo señalado *in extenso* al estudiar el primer cargo de la demanda en punto de los conceptos “víctima” y “responsabilidad directa de las personas jurídicas”, así que la postura asumida por el apoderado de dicho ente moral más bien se encasilla en un acto defensivo, en tanto reniega del derecho que le asiste a las víctimas de reclamar la indemnización a dicho ente moral.

Ahora, si se dejara de lado lo anterior, en gracia de discusión el mismo contenido de la censura se encarga de desvirtuar una eventual falta de consonancia, pues si se observa con detenimiento, el actor asegura que la violación al principio de congruencia se dio por el hecho de que se resolvió “*negativamente*” frente a las “*excepciones*” por él propuestas, valga decir, que no se aceptó que en virtud de los Decretos 4333 y 4334 de 2008 de estado de emergencia económica la compañía DMG Grupo Holding S.A. en Intervención no estuviera llamada a indemnizar los perjuicios alegados por las víctimas en el incidente de reparación integral, cuando ese fue uno de los asuntos que precisamente se resolvió.

De otro lado, si bien es cierto que el censor por momentos afirma que no se decidió “*positiva o negativamente*” sobre las excepciones, ello envuelve una contradicción frente a lo que se viene de reseñar y por tanto tal queja queda totalmente desvirtuada.

Es más, el resto del contenido de la censura permite arribar a la misma conclusión, pues se observa que el demandante se duele de que no se le haya dado la razón frente a su argumento central conforme al cual, por estar DMG Grupo Holding S.A. bajo intervención no estaba obligada a responder civilmente en el caso de la especie, cuando, insístase, ese extremo se decidió, pues no de otra forma estaría acudiendo en casación ante la adversidad de lo resuelto.

En suma, como el libelista no tiene en cuenta el verdadero alcance de la causal de casación que invoca, pero además desconoce la realidad procesal, no queda otra alternativa que anunciar que esta censura, al igual que las anteriores, se inadmitirá.

Cuarto cargo:

Con sustento en la causal primera de casación contemplada en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el abogado del tercero interviniente denuncia la violación directa de la ley sustancial en razón de la exclusión evidente de los Decretos 4333 y 4334 de 2008 y los artículos 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y 3° de Decreto 1910 de 2009, pues a pesar de estar vigentes para

la época de los hechos y el juzgamiento, el funcionario judicial estimó que no eran aplicables en el *sub judice*.

Sobre el particular expone que no obstante el juez de primer grado señaló:

1. Que si bien varias de las víctimas acudieron simultáneamente tanto ante la compañía DMG Grupo Holding S.A. en Intervención a reclamar la devolución de sus dineros, así como al incidente de reparación integral; tales reclamaciones son de distinta naturaleza, pues en la última se persigue, además de la restitución del dinero, la reparación del daño causado con el delito;

2. Que al incidente de reparación integral no le incumbe la devolución del dinero captado del público por la empresa intervenida sino el hecho de que por esa captación una persona natural fue condenada y esa conducta generó un daño jurídicamente desaprobado que debe ser reparado integralmente, del cual también debe responder una persona jurídica en calidad de tercero (DMG Grupo Holding S.A. en Intervención), situación que tiene un mayor espectro y es distinta a la intervención de que trata el Decreto 4334 de 2008;

3. Que no interesa cuánto dinero entregó cada persona a la compañía intervenida, a efectos de que se acerque a reclamarlo o se resigne a perderlo, sino que lo importante es la diferencia que surge entre el hecho de no haberse cometido el delito y el que se ejecutara, siendo esta la medida de la obligación por la que se debe responder, a título de reparación integral, por el penalmente responsable y solidariamente el tercero interviniente;

4. Que la sola intervención no convirtió en juez a la compañía DMG Grupo Holding S.A. en orden a concluir que no debe responder judicialmente por los daños antijurídicos que ella misma o sus agentes causaron a terceros; pues la intervención solo desplazó a los administradores con algunas prerrogativas y procedimientos de naturaleza jurisdiccional orientadas a superar el estado de ilegalidad, amén de que las decisiones de toma de posesión encaminadas a ese fin son las que tienen efectos de cosa juzgada *erga omnes* conforme lo prevé el Decreto 4334 de 2008, por tanto no envuelve la declaración o negación del derecho de reparación;

5. Que si las víctimas demandaron dentro del incidente de reparación integral la indemnización de perjuicios al penalmente responsable y al tercero interviniente, fue porque entre las primeras y los últimos afloró un conflicto regido bajo unas condiciones especiales, entre ellas, la de acudir a un tercero imparcial;

6. Que no es exacto afirmar que los demandantes reclamaron dos veces su derecho, pues si bien la representante legal de DMG Grupo Holding S.A. en Intervención aceptó en sus alegatos las obligaciones respecto de las víctimas, lo cierto es que no las reconoció en la conciliación, así que aquella afirmación fue una simple invocación de buena voluntad que no se ha materializado y que solo, con la firmeza de la sentencia, asume el *status* de derecho con un título que la respalde, que luego verán los ofendidos como hacerlo efectivo;

Y que, a su vez, el Tribunal expuso:

1. Que el procedimiento administrativo regido por el Decreto 1910 de 2009, que reglamentó los Decretos 4334 y 4595 y la Ley 1116 de 2006, previó un conjunto de medidas dirigidas a ponerle fin a las operaciones irregulares de DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN, procedimiento que es de naturaleza diferente al que se sigue al interior del proceso penal, en atención a que en éste, con ocasión de la conducta punible, se debe ventilar lo relativo a la reparación integral del perjuicio causado, reparación a la cual está atada la empresa intervenida, pues es la misma compañía DMG Grupo Holding S.A.; y

2. Que si bien de la prueba aportada al incidente de reparación se desprende que las víctimas reclamaron ante DMG Grupo Holding S.A. en Intervención, por igual se tiene que aparecen unos saldos, amén de que es diferente la reclamación que se hace por la vía del incidente de reparación, por cuanto busca una reparación integral, así que la pretensión no puede restringirse a lo que se resuelva en el proceso administrativo, en el que por demás la suma reconocida fue ínfima, por lo que también se decidió la entrega a favor de las víctimas reconocidas en el *sub judice* de \$11.580.000.000, los cuales fueron objeto de medida cautelar en la presente actuación;

Conduce al abogado del tercero interviniente a sostener que no era posible obtener, a través del incidente de reparación integral, que la compañía DMG Grupo Holding S.A. en Intervención devolviera los dineros que entregaron las víctimas, pues esa misma reclamación la habían adelantado ante dicha empresa, la cual se había reconocido, conforme aparece en la relación aportada por ésta.

De otra parte, el demandante también aduce que como las víctimas renunciaron al lucro cesante y al daño moral, su pretensión en últimas fue la misma, lo que trajo como consecuencia que dos “*funcionarios jurisdiccionales*” reconocieran igual derecho, a pesar de que “*solo puede*

hacerse efectivo mediante el trámite de intervención”, por estar regulado en una norma especial de obligatorio cumplimiento.

En esa medida, el censor expresa que *“sea cual sea la causa de la reclamación o solicitud de indemnización, el trámite de intervención y liquidación judicial de DMG Grupo Holding S.A. es el único legalmente establecido para reconocer las reclamaciones por devolución de dineros directamente presentadas o las sentencias que ordenen reconocer estos créditos, respetando la prelación de créditos, conforme se desprende del Decreto 4333 de 2008.*

Ahora, una vez aduce que la Superintendencia de Sociedades emitió el auto No. 400-01-479 el 17 de noviembre de 2008, mediante el cual se dispuso la toma de posesión de los bienes y negocios de la persona jurídica DMG Grupo Holding S.A. en orden a devolver los dineros a los inversionistas y que los Decretos 4333 de 2008 y 1910 de 2009 tienen fuerza de ley y que el artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en concordancia con el artículo 189 (num. 11 y 25) de la Constitución Política, facultan al Presidente de la República para reglamentar las tomas de posesión; asegura que el juzgador se equivocó al acudir al trámite de reparación que se aplica a casos comunes, vinculando de paso a DMG Grupo Holding S.A. en Intervención para que respondiera civilmente, pues las pruebas señalan que todos los bienes y negocios fueron incautados y entregados a la agente interventora en

desarrollo de los Decretos 4333 y 4334 de 2008, cuyo objetivo es reparar a los afectados en las condiciones allí fijadas y que en caso de remanentes se pagarán las demás acreencias.

Así las cosas, a juicio del libelista, el Tribunal pretende otorgarle prevalencia al incidente de reparación integral sobre la emergencia económica, la intervención y su procedimiento; interpretación que no se ajusta a la Carta Política, pues no se tuvo en cuenta que en la Sentencia C-135 de 2009, por cuyo medio se ejerció el control de constitucionalidad sobre los Decretos 4333 y 4334 de 2008, se indicó que dentro de los requisitos para decretar la emergencia económica está el que *“no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales”*.

Adicionalmente, trae a colación el contenido de los artículos 1, 2, 3, 4, 7, 10, 15 y 16 del Decreto 4334 de 2008, en donde se establece el procedimiento de la intervención, así como el artículo 3° del Decreto 1910 de 2009, donde se consagra que toda reclamación o bienes deben ser remitidos al agente interventor, quien es el único competente para resolver lo pertinente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9° del Decreto 4334 y el artículo 50 de la Ley 1116 de 2006.

Bajo esa perspectiva, afirma que *“no pueden existir dos trámites paralelos para resolver un mismo asunto y cuando ello ocurre, como en el presente caso, surge una controversia en la aplicación de la norma que se resuelve aplicando la... especial o particular sobre la general, es decir que las normas de intervención, Decretos 4333 y 4334 de 2008, priman sobre las... ordinarias [de carácter] sustancial y procedimental, [bien sean] civiles o penales”*.

Adicionalmente, recuerda que esta Corporación (CSJ SP, 13 Abr. 2011, Rad. 34145) ha precisado que el incidente de reparación integral es un mecanismo procesal encaminado a obtener la indemnización del daño causado con el delito por parte de quienes civilmente están obligados a hacerlo, siendo un mecanismo independiente y posterior al trámite penal propiamente dicho y que la acción de reparación integral de carácter civil, la cual se adelanta después de declarar al sujeto penalmente responsable.

Por tanto, el actor aduce que no se está frente a un proceso penal sino a un trámite civil declarativo, en el cual, el juez, de acuerdo con lo probado, fija el monto de los perjuicios a cargo del condenado y de los terceros civilmente responsables.

En esa medida, expone el censor, que en razón a que la persona jurídica intervenida fue vinculada como

civilmente responsable a pesar de que ha debido tenerse en cuenta lo señalado en los Decretos 4334 de 2008 y 1910 de 2009, en concordancia con la Ley 1116 de 2006, normas que sea del caso señalar, son de obligatorio cumplimiento por cuanto la liquidación adelantada a DMG Grupo Holding S.A. es un proceso concursal regido por normas especiales; ello conduce a concluir que el trámite para obtener la devolución de los dineros entregados a dicha persona jurídica no es otro que el establecido en las normas recién citadas.

Adicionalmente, sostiene que los Decretos 4333 y 4334 de 2008 imponían a la agente interventora de DMG Grupo Holding S.A. el deber de no conciliar en el incidente de reparación integral, en tanto ello vulneraba el derecho a la igualdad frente a los demás afectados con la captación de dinero no autorizada.

Así mismo, afirma el recurrente, que el Decreto 4334 de 2008 y demás normas concordantes *“tienen prelación frente al incidente de reparación reglado en los artículos 102 y siguientes de la Ley 906 de 2004, en cuanto a las normas procedimentales se refiere y en cuanto a las normas subjetivas o relacionadas con la responsabilidad, [pues] se somete a lo establecido en la legislación civil”*, como también por ser disposiciones especiales de conformidad con lo señalado en el artículo 45 de la Ley 57 de 1887.

Así las cosas, el impugnante expresa que la transcendencia del yerro denunciado radica en que no se dio aplicación a los Decretos 4333 y 4334 de 2008, donde se declaró el estado de emergencia económica y la toma de posesión de DMG Grupo Holding S.A.

Añade que si se hubiesen aplicado los decretos mencionados, no se habrían reconocido las acreencias dos veces, de manera que lo acertado era que los 1.993 reconocidos como afectados en lo penal se hubiesen hecho parte en el proceso de intervención, el cual tiene las características de un proceso judicial con efectos *erga omnes* regulado por los decretos anotados y la Ley 1116 de 2006, donde se señala en su artículo 6º que el juez en esos casos es la Superintendencia de Sociedades.

Igualmente, sostiene que en los numerales 12 y 13 del artículo 50 de la Ley 1116 se dispone que todas las acciones ejercidas por fuera de la jurisdicción de la Superintendencia de Sociedades son nulas y que en el numeral 13 se establece la preferencia de las normas del proceso de liquidación sobre cualquier otra que le sea contraria.

Luego trae criterio de autoridad (SCC T-406 de 2006) con el fin de subrayar que la Superintendencia de

Sociedades tiene funciones jurisdiccionales, tras lo cual expresa que no podía haber dos trámites paralelos para resolver el mismo asunto, de manera que si eventualmente surge controversia se debe resolver aplicando la norma especial sobre la general, así que las normas sobre la liquidación priman sobre las del incidente de reparación.

Finalmente, en un capítulo separado, aduce que teniendo en cuenta que el civilmente responsable está en un proceso de liquidación conforme al Decreto 4334 de 2008 y que las normas sobre la misma tienen prelación, *“el Tribunal se equivocó al ordenar la entrega de un título a los apoderados de las víctimas y no a la liquidación”* para pagar las acreencias aceptadas en el procedimiento de intervención, *“ya que por fuero de atracción, todas las reclamaciones por devolución de dinero, así estén contenidas en sentencias en contra de la persona jurídica, deben acudir al concurso especial bajo los principios de par conitio creditorium y el debido proceso”*, de manera que con tal actitud el *ad quem* no aplicó los Decretos 4333 y 4334 de 2008 ni el artículo 3º del Decreto 1910 de 2009.

Así las cosas, solicita casar la sentencia y que, en consecuencia, *“se ordene desvincular a DMG Holding S.A.,*

hoy en Liquidación, como tercero civilmente responsable, del pago de perjuicios ordenados en primera instancia y confirmados por el Tribunal Superior, así como también se revoque la entrega de bienes o dineros a favor de las víctimas, y se ordene la entrega a favor de DMG Grupo Holding S.A. en Liquidación Judicial, para que hagan parte del inventario de bienes destinados a la devolución de dineros a todos los afectados”.

Consideraciones de la Sala:

Como el cargo denuncia la violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de los Decretos 4333 y 4334 de 2008 de estado de emergencia económica y los artículos 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y 3° del Decreto 1910 de 2009, por cuanto en sentir del actor:

(i) No era posible adelantar el incidente de reparación integral a expensas de las víctimas en orden a que la compañía DMG Grupo Holding S.A. respondiera por los dineros a ella entregados, pues aquellas ya habían acudido a ésta con motivo de su intervención y allí se había reconocido que tales fondos se recibieron;

(ii) A lo cual agrega el recurrente que incluso esa reclamación resultó ser igual porque en el incidente de reparación integral las víctimas renunciaron al lucro cesante

y al daño moral, por lo que se puede concluir que dos “*funcionarios jurisdiccionales*” (el de la compañía intervenida y el que adelantó el incidente) reconocieron idéntico derecho, a pesar de que esto únicamente era viable a través del trámite de la intervención en razón a que éste fue regulado por normas especiales que deben prevalecer;

(iii) E, igualmente, el actor afirma que no debe perderse de vista que todos los bienes fueron incautados y entregados a la agente interventora con el objeto de reparar a los afectados, así que contrario a lo concluido por el Tribunal, no era viable hacer prevalecer el incidente de reparación integral sobre el estado de emergencia económica, la intervención y su procedimiento, pues con ello se dejaba de lado que en la Sentencia C-135 de 2009 —que declaró exequible el Decreto 4333— donde se indicó que no era posible conjurar la emergencia económica mediante las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales.

(iv) A lo que el censor añade que en punto de los bienes el único que podía resolver sobre ellos era el agente interventor, de acuerdo con los artículos 9º del Decreto 4334 y 50 de la Ley 1116 de 2006, pero además, que si el incidente de reparación integral, conforme se ha concluido por esta Sala (Rad. 34145), es un mecanismo independiente y posterior al trámite penal de carácter civil en el cual se busca establecer el monto de los perjuicios a cargo del condenado y los civilmente responsables, esto permite afirmar que se

han debido tener en cuenta las normas especiales antes anotadas, así que no se habrían podido reconocer las creencias de las 1.993 personas admitidas finalmente como víctimas, ni ordenado la entrega a éstas de algunos dineros en poder de la persona moral intervenida por estar en tal condición;

De todo lo anterior se sigue que el libelista desconoce el contenido objetivo de la actuación procesal (en contra de los postulados de la causal que aduce, sobre lo cual no es necesario ahondar pues ya se ha tocado ese aspecto en las dos primeras cesuras propuestas por el demandante) en la ley y la doctrina constitucional, por lo que la censura examinada debe ser inadmitida por razón de su intranscendencia.

En sustento de dicha conclusión, inicialmente se ofrece oportuno señalar que en realidad la discusión planteada en el cargo que es objeto de análisis se reduce a que el demandante, contrario a los concluido por el Tribunal, es del criterio que no se ha debido citar como civilmente responsable a la compañía DMG Grupo Holding S.A. en Intervención al incidente de reparación integral adelantado en el *sub judice*, en particular en orden a que indemnizara el daño causado a las 1.993 personas que a la postre se reconocieron como víctimas, respecto de quienes predica que tampoco se les ha debido beneficiar con la orden de entrega de algunos dineros; en concreto debido a la calidad de

intervenida de la referida persona jurídica y porque tal condición y el procedimiento respectivo estaba regulado en varios decretos de estado de emergencia económica cuya aplicación es prevalente.

Al respecto cabe indicar que la actuación procesal se encarga de revelar que, con fundamento en lo normado en los artículos 102 y siguientes de la Ley 906 de 2004⁸⁵, una vez se emitió el sentido del fallo, se adelantaron dos incidentes de reparación integral, en ambos casos por centenares de personas representadas por varios apoderados, incidentes que fueron objeto de acumulación, así que con ocasión de esa fusión, finalmente, en relación con 1.993 víctimas, se declaró civilmente responsable a la compañía DMG Grupo Holding S.A. en Intervención, persona jurídica que fue citada oportunamente para que ejerciera los derechos de defensa y contradicción, aspecto éste que no es objeto de discusión por el demandante.

Empero, como cuestiona la citación misma, corresponde poner de presente que por razones constitucionales y de ley tal objeción es abiertamente infundada.

De manera vehemente el recurrente insiste en que como la compañía DMG Grupo Holding S.A. fue intervenida

⁸⁵ Se precisa que en razón de la época en que se tramitó el incidente de reparación (año 2009), en este caso no es aplicable la reforma introducida a través de la Ley 1395 del 12 de julio de 2010.

en aplicación de los Decretos 4333 y 4334 de 2008 de estado de emergencia económica, tal condición (la de intervenida) impedía que fuera citada para que respondiera civilmente en el incidente de reparación integral promovido en el *sub judice*, pues dichos decretos y otras normas que los complementan, fijaban un procedimiento administrativo especial y prevalente encaminado a efectuar la restitución de los dineros a los afectados a medida que se recuperaran por distintas causas.

Esa postura, amén de que parte de supuestos equivocados, pone en cuestión, frente al *sub judice*, la aplicabilidad de la Ley 906 de 2004 que contiene el Código de Procedimiento Penal, el cual gobernó el referido incidente.

Por tanto, es necesario traer a colación el verdadero sentido de los Decretos 4333 y 4334, con el fin de evidenciar que en modo alguno es posible predicar que estos resultan prevalentes frente a la Ley 904 de 2004, particularmente en punto de la regulación del incidente de reparación integral y la posibilidad de vincular a él a la compañía DMG Grupo Holding S.A. en Intervención.

En lo que hace relación al Decreto 4333 del 7 de noviembre de 2008, se tiene que a través del mismo se declaró el estado de emergencia económica con fundamento, entre otras razones, en

Que... han venido proliferando de manera desbordada en todo el país distintas modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público no autorizados, bajo sofisticados sistemas que han dificultado la intervención de las autoridades;

Que con base en las falsas expectativas generadas por los inexplicables beneficios ofrecidos, un número importante de ciudadanos ha entregado sumas de dinero a captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas, comprometiendo su patrimonio;

(...)

Que frente a la presencia de dichos captadores o recaudadores de dineros del público en distintas regiones del Territorio Nacional, mediante operaciones no autorizadas se han adoptado acciones y medidas por parte de distintas autoridades judiciales y administrativas;

Que no obstante lo anterior, se hace necesario adoptar procedimientos ágiles, mecanismos abreviados y demás medidas tendientes, entre otras, a restituir a la población afectada por las mencionadas actividades, especialmente a la de menores recursos, los activos que sean recuperados por las autoridades competentes... (subrayas fuera del texto original)

A su vez, la Corte Constitucional, al revisar el Decreto 4333 de 2008, consideró que era exequible por cuanto,

Descrito el marco jurídico vigente al momento de la declaratoria del estado de emergencia social, [inicialmente] se podría argumentar que en el ordenamiento jurídico existían suficientes mecanismos en cabeza tanto de autoridades administrativas como judiciales para conjurar la crisis originada por la captación masiva y habitual realizada por parte de personas jurídicas y naturales no autorizadas. No obstante,

cobran aquí importancia otros argumentos esgrimidos por el Gobierno Nacional en la parte motiva del Decreto 4333 de 2008 para justificar la insuficiencia de los poderes estatales ordinarios [como]: (i) la afirmación que las modalidades de captación y recaudo masivo de dineros del público operaban bajo sofisticados sistemas que dificultaban la actuación de las autoridades, (ii) la necesidad de establecer una legislación especial que regulara el procedimiento de devolución de los dineros captados, (iii) la necesidad de ajustar las consecuencias punitivas de los comportamientos señalados en el presente decreto; (iv) la necesidad de profundizar los mecanismos de acceso para las personas de bajos recursos al sistema financiero y (v) la necesidad de dotar a las autoridades locales de mecanismos expeditos con miras a evitar la pérdida de los recursos que puedan afectar el interés de la comunidad.

En efecto, aunque cada una de estas razones será examinada a continuación, en general todas apuntan a la misma dirección: señalar la insuficiencia de la legislación vigente al momento en que se adopta la medida excepcional para conjurar la grave perturbación al orden social causada por la masiva captación ilegal. Nótese que el decreto contiene una valoración cualitativa, pues se reconoce que existen medios ordinarios pero se afirma que estos no son suficientes para conjurar la grave perturbación del orden público.

Respecto del primer argumento consistente en que la sofisticación de los medios empleados por los captadores dificultaba la actuación de las autoridades estatales, aunque el Decreto 4333 de 2008 no explica en que estriba la susodicha sofisticación, este extremo ha sido ampliamente explicado por los intervinientes y en los informes relacionados en el acápite probatorio. Así, en el informe presentado por el Superintendente Financiero se expone que los mecanismos empleados por los captadores para ocultar sus operaciones eran en extremo sofisticados, creados precisamente para eludir la definición de captación ilegal contenida en el Decreto 1981 de 1988. De conformidad con esta normativa para que se configure la captación ilegal es preciso que los dineros se reciban sin tener como contraprestación el suministro de bienes o servicios, razón por la cual los captadores no autorizados acudieron a figuras tales como la venta de programas o proyectos turísticos, la venta

de tarjetas prepago, la promoción o publicidad voz a voz, los contratos de cuentas en participación, la venta de proyectos turísticos e inmobiliarios, entre otras. De este modo la sofisticación de los medios empleados consistía precisamente en acudir a sistemas ideados especialmente para engañar el público, disfrazar la actividad de captación y dificultar la labor de control estatal. Se diseñaron formas contractuales atípicas que permitían encubrir la real naturaleza del recaudo de dineros del público, a la vez que mediante expertos asesores legales se defendían interpretaciones poco ortodoxas del ordenamiento jurídico para darle un manto de legalidad a la actividad de las empresas captadoras. También se crearon empresas fachada debidamente registradas en la cámara de comercio con objetos societarios vagos e indefinidos que permitían difuminar las operaciones de captación. La sofisticación de los medios empleados hacía necesaria la adopción de mecanismos de excepción que permitieran enfrentar la captación masiva no autorizada, valoración que a juicio de esta Corporación no resulta manifiestamente errada ni arbitraria.

En segundo lugar, se afirma en el Decreto 4333 de 2008 que era necesario diseñar procedimientos ágiles para la devolución de los dineros recuperados una vez fueran intervenidos los captadores, este segundo extremo también ha sido aclarado por los numerosos informes e intervenciones presentados, en los cuales se ha destacado que según el artículo 19 de la Ley 35 de 1993, reglamentado por el Decreto 1228 de 1996, las autoridades competentes para la devolución de los dineros recuperados por operaciones de captación no autorizada eran los jueces de circuito, los cuales actuaban según el procedimiento señalado por el Título II del Libro sexto del Código de Comercio. Se argumenta entonces que este procedimiento no era efectivo por su larga duración cuando se trataba de devoluciones masivas, debido a reclamaciones presentadas por miles de depositantes, valoración que a juicio de esta Corporación no resulta manifiestamente errada ni arbitraria.
(subraya fuera del texto original)

En esa medida, dos ideas centrales gravitan en torno al contenido y la constitucionalidad del Decreto 4333 de 2008, valga decir, “la necesidad de dotar a las autoridades

locales de mecanismos expeditos con miras a evitar la pérdida de los recursos que puedan afectar el interés de la comunidad” y “la necesidad de establecer una legislación especial que regulara el procedimiento de devolución de los dineros captados”.

Así las cosas, hasta aquí es clara la finalidad del Decreto 4333 de 2008, como también lo es que en manera alguna se hizo referencia al procedimiento penal y menos a limitaciones inherentes a los trámites allí previstos, en particular al adelantamiento del incidente de reparación integral y, de contera, a la posibilidad de vincular a la persona jurídica DMG Grupo Holding S.A., en Intervención, como insistentemente lo pregona el demandante, pues es palmar que las medidas que se expedirían con fundamento en el referido decreto, dadas las consideraciones que le dieron sustento, no podían ser otras que las allí anunciadas, en suma, como ya se dijo, establecer un procedimiento administrativo expedito para conjurar la captación masiva ilegal de dinero y promover su pronta devolución.

Con más ahínco se ve reflejada esa visión al examinar el contenido y la constitucionalidad del Decreto 4334 del 7 de noviembre de 2008, expedido con fundamento en el también Decreto 4333 de la misma fecha, por cuyo medio se declaró el estado de emergencia económica.

En efecto, en el Decreto 4334, en su parte considerativa se expresó que

...se han presentado conductas y actividades sobrevinientes por parte de personas naturales y jurídicas que atentan contra el interés público protegido por el artículo 335 de la C.P., en tanto que por la modalidad de captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones y negociaciones, generan abuso del derecho y fraude a la ley al ocultar en fachadas jurídicas legales... causando graves perjuicios al orden social y amenazando el orden público, tal como fue expresado en el decreto de Declaratoria de Emergencia, razón por la cual, el Gobierno Nacional debe adoptar urgentes medidas con fuerza de ley que intervengan de manera inmediata las conductas, operaciones y el patrimonio de las personas involucradas y en las de quienes amenazan con desarrollarlas en adelante... (subrayas fuera del texto original)

Por tal razón, en el referido decreto se dispuso, entre otras cosas, lo siguiente:

Artículo 2o. Objeto. La intervención es el conjunto de medidas administrativas tendientes, entre otras, a suspender de manera inmediata las operaciones o negocios de personas naturales o jurídicas que a través de captaciones o recaudos no autorizados, tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones y negociaciones masivas, generan abuso del derecho y fraude a la ley al ejercer la actividad financiera irregular y, como consecuencia, disponer la organización de un procedimiento cautelar que permita la pronta

devolución de recursos obtenidos en desarrollo de tales actividades. (subrayas fuera del texto original)

Se aprecia, entonces, que el objeto de la intervención regulada en el Decreto 4334 de 2008 coincide en un todo con la finalidad del Decreto 4333 del mismo año, por cuyo medio se había declarado el estado de emergencia económica, valga reiterarlo, conjurar la captación masiva ilegal de dinero y asegurar su expedita devolución.

Ahora, es oportuno recordar desde ya, que en el artículo 10° del Decreto 4334 de 2008 se consagró “*La prohibición de iniciar o continuar procesos o actuación alguna contra la intervenida sin que se notifique personalmente al agente interventor, so pena de ineficacia*”, de donde se sigue que el decreto en mención habilita el adelantamiento de acciones contra DMG Grupo Holding S.A. en Intervención, con la salvedad de que debe ser notificada para que su vinculación tenga validez, mas no como lo concluye el libelista, quien da a entender que aquello (vinculación) está proscrito por dicha norma.

Precisado el sentido de los Decretos 4333 y 4334 de 2008, se ofrece oportuno señalar que entonces le asistió la razón al Tribunal cuando afirmó:

Se repara que esta Magistratura, en providencia del 8 de octubre de 2009, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el mismo sujeto procesal que ahora implora la revocatoria de la condena en perjuicios, zanjó la controversia referente a la vinculación de... [DMG Grupo Holding S.A.] en Intervención y precisó desde entonces que fue acertada la postura del a quo, de vincularla como tercero civilmente responsable, frente a la pretensión indemnizatoria de las víctimas...

También contempló que dentro del proceso administrativo, en el marco del Decreto 1910 del 27 de 2009, que reglamenta parcialmente el 4334 de 2008, la Ley 1116 de 2006 y el 4591 de 2008, se prevén un conjunto de medidas administrativas con el objeto de finiquitar las operaciones irregulares originadas en la actividad que desplegó DAVID MURCIA GUZMÁN, y se puntualizó desde aquel estanco procesal que ese procedimiento administrativo es de naturaleza sustancialmente diferente al que se debate en el proceso penal, en el entendido que con ocasión del comportamiento punible se debe ventilar la pretensión que persigue la reparación integral del perjuicio generado, en el entendido de que existe identidad entre [DMG [Grupo] Holding S.A. y la persona jurídica intervenida, dado que constituyen la misma empresa.

Por tanto, es palmar que el procedimiento administrativo previsto en el Decreto 4334 de 2008 tiene una naturaleza y finalidad precisas (conjurar de forma expedita la captación masiva ilegal de dinero y asegurar su pronta devolución) y por ende distinta a la perseguida en el incidente de reparación integral (obtener la declaración del civilmente responsable y el reconocimiento de la indemnización por el daño causado con el delito).

Así las cosas, la queja del actor fundada en que tanto a través del procedimiento administrativo previsto en el Decreto 4334 de 2008 y demás normas que lo complementan, como por medio del incidente de reparación integral se buscó el reconocimiento de una misma reclamación, carece de asidero, pues según lo dejó expuesto el juzgador *a quo*⁸⁶, en el mencionado incidente no solo se pretende la devolución del dinero, “*sino la reparación de un daño causado por un delito*”, donde en efecto, aunque puede estar comprendido el valor de aquella, no lo es todo, porque ostentan distinta naturaleza, valga decir, mientras que en el procedimiento administrativo los afectados deben plegarse a una devolución a prorrata de lo recuperado, con el incidente las víctimas tienen la posibilidad de exigir el resarcimiento total de los perjuicios generados con la conducta punible.

Ahora, el hecho de que el interés de las víctimas terminara siendo el mismo en el procedimiento administrativo regido por el Decreto 4334 de 2008 y el manifestado en el incidente de reparación integral, esto es, el mero monto de lo que cada una entregó a la compañía DMG Grupo Holding S.A en Intervención, pues en el incidente renunciaron al lucro cesante, en manera alguna desvirtúa la naturaleza diferente de los trámites en cuestión, pues dicha renuncia obedeció a la aplicación del mecanismo

⁸⁶ Página 219 de la sentencia de primer grado.

alternativo de la conciliación, que por lo menos se logró entre el procesado DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN y las susodichas víctimas.

Cabe insistir, entonces, que lo que está regulado de manera especial en el Decreto 4334 de 2008 son los medios para impedir de forma inmediata la captación masiva e ilegal de dinero y conseguir su expedita devolución, mientras que en el incidente lo buscado es la indemnización integral del daño derivado del delito y de allí la trascendental diferencia.

Igualmente, carece de asidero la afirmación del recurrente en punto de que no era posible citar a la empresa DMG Grupo Holding S.A. para que respondiera civilmente dentro del incidente de reparación integral, en tanto que su razón de ser se reducía a los aspectos propios de la intervención regulada por el Decreto 4334 de 2008, pues con ello se pierde de vista, como lo dedujo el Tribunal, que dicho ente moral era el mismo que bajo la dirección —principalmente— del procesado DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN, captó de manera masiva e ilegal el dinero de las víctimas y tal como se dejó ampliamente expuesto al examinar el primer cargo propuesto por el demandante, estaba llamada a responder civilmente.

De otra parte, se ofrece del todo sofisticada la razón esgrimida por el recurrente consistente en que el Tribunal ignoró el contenido de la Sentencia C-135 de 2009, por cuyo medio la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del Decreto 4333 del 7 de noviembre de 2008, en concreto al tramitar el incidente de reparación integral, pues en dicha sentencia lo que se dijo, como atrás se expuso, es que los medios legales existentes para conjurar de forma expedita la captación masiva e ilegal de dinero eran insuficientes, de modo que un asunto es que para ese entonces los instrumentos que el ordenamiento jurídico ofrecía no fueran eficientes y otro que no se pudiera acudir al incidente de reparación integral.

Dicho en otros términos, el libelista asimila el procedimiento administrativo previsto en el Decreto 4334 de 2008 orientado a evitar de forma expedita la continuación de la captación masiva e ilegal de dinero y los mecanismos para recuperarlo y devolverlo a sus propietarios, con la posibilidad de acudir al proceso penal, en particular al incidente de reparación integral con el propósito de buscar el resarcimiento de los perjuicio irrogados con la conducta punible de captación masiva y habitual de dinero.

En esa medida, es evidente la equivocación del demandante cuando afirma que no era posible adelantar *“dos trámites paralelos para resolver un mismo asunto”*, pues está claro que el procedimiento administrativo contemplado

en el Decreto 4334 de 2008 persigue unos fines y el inciden de reparación integral otros.

De otra parte, en cuanto hace relación a la orden del Tribunal de disponer la entrega de algunos dineros o bienes a las víctimas aquí reconocidas, como de forma lacónica el impugnante expresa que dicho juzgador se equivocó al adoptar esa determinación, toda vez que la compañía DMG Grupo Holding S.A. se encuentra en liquidación y, de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 4334 de 2008, cuyas normas tienen prelación, así como según el artículo 3º del Decreto 1910 de 2009, el único que puede resolver sobre ellos es el interventor o liquidador de dicha persona jurídica; es claro que tal reclamación no es desarrollada adecuadamente, en tanto que no se expone a qué dineros o bienes en concreto se alude, pues se hace mención a un título de depósito judicial que la actuación no registra, amén de que no atina a indicar la situación jurídica que frente a tales dineros refleja el proceso.

Entonces, evidenciado como ha quedado, que el recurrente desconoce la actuación procesal, el contenido de la ley y la doctrina constitucional, pues, por el contrario, se dedica a tratar de imponer su visión personal, de lo anterior se sigue que la censura objeto de examen debe ser inadmitida.

Cuestión adicional:

No obstante lo anterior, la Corte observa la eventual vulneración de garantías del procesado al dosificar la pena en la sentencia, así como en punto del debido proceso en torno a la entrega de los dineros que ordenó el Tribunal, pues si bien sobre éstos pesa una medida cautelar, ella se impuso en los términos del artículo 542 del Código de Procedimiento Civil.

Entonces, como la Corte está facultada para intervenir ante el quebranto de garantías con el propósito de hacer efectivo el derecho material, por ello ordenará que una vez se surta la notificación de la presente determinación y se resuelva el mecanismo de insistencia en el evento de intentarse, vuelva el proceso al Despacho del Magistrado ponente para que la Sala oficiosamente profiera el pronunciamiento respectivo.

Ahora, conforme también lo tiene precisado la Corporación (CSJ AP, 23 ago. 2007, rad. 28059), no se dispondrá de la celebración de la audiencia de sustentación prevista en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004, por cuanto su procedencia está circunscrita a los casos de admisión del libelo.

Sobre el mecanismo de insistencia:

Cabe mencionar que contra la decisión de inadmitir las demandas de casación, únicamente procede el mecanismo de insistencia previsto en el inciso 2° del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, en los términos señalados por esta Sala en auto del 12 de diciembre de 2005, proferido dentro de la radicación No. 24322.

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

RESUELVE:

1. INADMITIR las demandas de casación presentadas por el defensor del procesado DAVID EDUARDO HELMUT MURCIA GUZMÁN y el apoderado de la compañía DMG Grupo Holding S.A. en Intervención.

2. ADVERTIR que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es viable la interposición del mecanismo de insistencia en los términos precisados por la Sala.

3. REGRESAR el diligenciamiento al Despacho del Magistrado Ponente tras eventualmente surtirse el

mecanismo de insistencia, con el propósito de que la Sala se pronuncie oficiosamente acerca de la posible vulneración de garantías.

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Impedido

EYDER PATIÑO CABRERA

Impedido

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Impedido

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria