

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

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado Ponente

SP12042-2015

Radicación n° 45104

(Aprobado Acta No. 314)

Bogotá, D.C., nueve (09) de septiembre de dos mil quince (2015).

V I S T O S

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por la agente del Ministerio Público y los defensores de los procesados tenientes ILICH FERNANDO MOJICA CALDERÓN y JORGE SANABRIA ACEVEDO, de los suboficiales LUIS ENRIQUE CASTRO TEJEDOR, DORIAN JAVIER ESCORCIA NARVÁEZ, JUAN PABLO GUTIÉRREZ LÓPEZ, YOVANY LIZARAZO VALDERRAMA, DIEGO FERNANDO RACINES PLAZA, WILFREDO ARLEY SANTOS BRIÑEZ, WILSON RAFAEL SARMIENTO GUZMÁN, ÁNGEL ROBINSON TELLO RIVAS y PEDRO ANTONIO VAQUEN TALERO, y de los soldados voluntarios HERNEY ANACONA BOLAÑOS, ALEXANDER ANGULO MOSQUERA, WILSON DE JESÚS ARTUNDUAGA, DARWIN ALFONSO ÁVILA ROYERO, JOEL DE JESÚS BOCANEGRA AGUDELO, LUCIANO BUITRAGO QUINTERO, CARLOS ANDRÉS CÁRDENAS RUIZ, WILFREDO CERQUERA PATARROYO, ÓSCAR

CHÁVEZ FLÓREZ, LUIS ANTONIO CHÍA ORTIZ, LUIS MAURICIO CORTÉS GONZÁLEZ, ELISEO FLORES CRISTANCHO, CRISTÓBAL CRUZ SILVA, RICHARD EMILIO CUASPUD CANCHALA, YONID DÍAZ VERGEL, LUGER DÍAZ DURÁN, YOVANY DÍAZ CAÑÓN, CARLOS ALFREDO ERAZO JOJOA, DIEGO FERNANDO ESCOBAR BRIÑEZ, EVARISTO FLÓREZ ARENAS, JOSELÍN FORERO ALFONSO, FERNEY GALINDO ROJAS, WILLIAM GASCA VALENCIA, AUDREY GIRALDO BEDOYA, ELÍ FREDY GÓMEZ URBANO, PABLO GONZÁLEZ VELA, LUIS HERNEY GONZÁLEZ MURILLO, GILDARDO GUTIÉRREZ, HARRY FERNANDO GUZMÁN RODRÍGUEZ, LUIS ALBERTO HENAO ROMERO, JOSÉ ANTONIO HERRERA BLANCO, ROBINSON HINESTROZA, JESÚS DANILLO JIMÉNEZ BLANDÓN, JAIR JUNCA PUENTES, JHON FREDY LADINO LADINO, GERMÁN LASSO JAIMES, JAMES WILSON LASSO, LUCIO LEÓN LEÓN, POLBRAYAN LEÓN LAVACUDE, VÍCTOR MANUEL LEÓN SANTOS, GREGORIO LIZARAZO RINCÓN, FRUDIS LOAIZA POLOCHE, JABER OBEIMAR LÓPEZ FIGUEROA, ROSO ALBEIRO LÓPEZ RICO, DIEGO EDISON LÓPEZ MELENGUE, YESID FERNANDO MÁRQUEZ FUENTES, JUAN CARLOS OME ORTIZ, JOSÉ FELICIANO OSORIO CAMPOS, WILSON ENRIQUE PALOMINO TAPIERO, ALBERT HERNÁN PINEDA ÁLVAREZ, HEIBER POSADA SÁNCHEZ, ELCIARIO RAMÍREZ MOSQUERA, ALEXANDER RIAÑO MANCIPE, LUIS FERNANDO RIASCOS RIASCOS, EMERSON RODRÍGUEZ ARDILA, EDINSON RODRÍGUEZ VALLEJO, EMILIO JOSÉ ROJAS GARCÍA, FREDY ALEXANDER ROJAS, RUBÉN DARÍO RONCO RUBIANO, LUIS GABRIEL SÁNCHEZ ALOMIA, WILSON ALEXANDER SANDOVAL GUZMÁN, NELSON ANTONIO SÁYAGO ESCALANTE, JAVIER ANTONIO SERNA, EDINSON SOLÍS MONTAÑO, JOSÉ NORBERTO SOTO HORTÚA, LUÍS HERNANDO SUAZA MONTEALEGRE, FREDY ALFONSO TARAZONA CÁCERES, LUIS DARÍO TELAG TITISTAR, EDGAR TRIANA ALBARRACÍN, SAÚL NAIR URIBE SÁNCHEZ, JOSÉ LUIS URIBE SANTANDER, HERNANDO VALENCIA

VARGAS, YUVER VARGAS VARGAS, JUAN CARLOS VÁSQUEZ JAIME, DANY FREDY VERANO RUÍZ, JHON JAIME VIVAS PEÑALOSA y HERNEY VIVEROS LUCUMY, miembros del Ejército Nacional, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior Militar, mediante la cual se confirmó parcialmente la proferida por el Juzgado Sexto de Instancia ante Brigadas Móviles que, junto a otros uniformados, los condenó como coautores del delito de peculado por apropiación.

HECHOS

Fueron sintetizados de la siguiente manera por el ad quem:

Consta en el expediente que 147 militares integrantes de las Contra Guerrillas Demoledor, comandada por el Teniente MOJICA CALDERÓN ILICH FERNANDO, y Buitre, al mando del Teniente SANABRIA ACEVEDO JORGE, del Batallón de Contra Guerrillas No. 50 “Batalla de Palonegro”, adscritas a la Brigada Móvil No. 6, en desarrollo de la operación militar “Fortaleza”, tendiente a contrarrestar el accionar delictivo de la cuadrilla Teófilo Forero de las FARC, en jurisdicción del municipio de San Vicente del Caguán, ante el secuestro reciente de un suboficial [del Ejército Nacional] y algunos ciudadanos Norteamericanos, incautaron en el mes de abril de 2003, varias caletas contentivas de material de guerra e intendencia de uso privativo de las Fuerzas Militares, y otras con cuantiosas sumas de dólares y pesos, camufladas bajo tierra por esa organización delictiva, en el área selvática de Coreguaje, municipio de San Vicente del Caguán, antigua zona de distensión, último hallazgo que omitieron reportar a sus superiores, para proceder a apropiarse de estos valores.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Por los anteriores hechos, el 19 de mayo de 2003¹ el Juzgado 51 de Instrucción Penal Militar dispuso la apertura investigación formal en contra de los integrantes de las Compañías «Buitre» y «Demoledor», adscritas al Batallón de Contraguerrilla No. 50 «Batalla de Palonegro», de la Brigada Móvil No. 6, del Ejército Nacional.

2. Vinculados los sindicatos a la investigación, algunos a través de sendas indagatorias² y otros mediante la

¹ Folios 4 y 5 C.O. 1

² CP. SOLANO SUÁREZ DAMIÁN, folios 86-106 C.O. 3 y 77 C.O. 15; TE. MOJICA CALDERÓN ILICH FERNANDO, folios 159-174 C.O. 3 y 112-116 C.O. 15; SLV. GUERRERO ROSERO FERNANDO ALDEMAR, folios 292-300 C.O. 3 y 205-207 C.O. 14; TE. SANABRIA ACEVEDO JORGE, folios 178-203 C.O. 3 y 276-282 C.O. 14; SLV. QUINTERO CORTÉS JHON JAIR, folios 7-12 C.O. 4 y 90-92 C.O. 15; SLV. QUINTERO CORTÉS JORGE ARMANDO, folios 13-18 C.O. 4 y 109-111 C.O. 15; ST. ROA MARTÍNEZ IVÁN MAURICIO, folios 49-65 C.O. 4, 192-196 C.O. 15 y 104-108 C.O. 21; SLV. ROJAS FREDY ALEXANDER, folios 91-103 C.O. 4 y 181-186 C.O. 15; SLV. SANDOVAL GUZMÁN WILSON ALEXANDER, folios 186-195 C.O. 4, 254-256 C.O. 5 y 206-208 C.O. 15; SLV. GONZÁLEZ VELA PABLO, folios 284-288 C.O. 4 y 4-6 C.O. 15; SLV. RODRÍGUEZ ARDILA EMERSON, folios 289-295 C.O. 4 y 154-157 C.O. 15; SLV. GIRALDO BONILLA LENIN, folios 59-64 C.O. 5 y 266-268 C.O. 14; CP. MENA BENÍTEZ ELISEO, folios 136-143 C.O. 5 y 101-104 C.O. 15; SLV. VÁSQUEZ JAIME JUAN CARLOS, folios 112-126 C.O. 4 y 209-212 C.O. 15; SLV. HERNÁNDEZ PÁEZ JOSÉ GREGORIO, folios 140-143 C.O. 4 y 33-35 C.O. 15; SLV. ARTUNDUAGA WILSON DE JESÚS, folios 144-152 C.O. 4 y 199-203 C.O. 14; CP. LIZARAZO VALDERRAMA YOVANY, folios 196-203 C.O. 4 y 197-200 C.O. 15; SLV. GUTIÉRREZ CUÉLLAR JORGE IVÁN, folios 296-301 C.O. 4 y 195-197 C.O. 14; SLV. CUASPUD CANCHALA RICHARD EMILIO, folios 1-7 C.O. 5 y 129-131 C.O. 15; SLV. LEÓN LAVACUDE POLBRAYAN, folios 8-15 C.O. 5 y 93-96 C.O. 15; SLV. RONCO RUBIANO RUBÉN DARÍO, folios 16-22 C.O. 5 y 164-166 C.O. 15; SLV. ROJAS DÍAZ CRISANTO, folios 65-70 C.O. 5 y 27-29 C.O. 15; SLV. VELANDIA ROLÓN JOSÉ ALEJANDRO, folios 71-76 C.O.5 y 37-39 C.O. 15; SLV. OSORIO CAMPOS JOSÉ FELICIANO, folios 77-81 C.O. 5 y 146-148 C.O. 15; SLV. RODRÍGUEZ EMBUS MARIO ALBERTO, folios 82-87 C.O. 5 y 139-141 C.O. 15; SLV. SUÁREZ AMADO JAIR, folios 88-92 C.O. 5 y 23-25 C.O. 15; SLV. TRIANA ALBARRACIN EDGAR, folios 109-113 C.O. 5 y 167-169 C.O. 15; SS. CASTRO TEJEDOR LUIS ENRIQUE, folios 144-149 C.O. 5 y 126-128 C.O. 15; SV. RACINES PLAZA DIEGO FERNANDO, folios 150-155 C.O. 5 y 46-49 C.O. 15; CP. TAPASCO OTAGRI JUAN CARLOS, folios 157-162 C.O. 5 y 132-134 C.O. 15; CP. LÓPEZ OSORIO CARLOS FERNANDO, folios 170-175 C.O. 5 y 217-220 C.O. 14; SV. DÍAZ RENDÓN JOSÉ URIEL, folios 177-184 C.O. 5 y 298-301 C.O. 14; CP. MENA BENITEZ ELISEO, folios 232-233 C.O. 5; SLV. QUEMBA LUIS ALBERTO, folios 173-182 C.O. 4, 187-190 C.O. 15 y 109-111 C.O. 21; SLV. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ OSWALDO, folios 256-261 C.O.4; SLV. HOMES HERNÁNDEZ ALCIDES, folios 264-268 C.O. 4 y 290-292 C.O. 14; SLV. RIASCOS RIASCOS LUIS FERNANDO, folios 23-27 C.O. 5 y 19-21 C.O. 15; SLV. HERRERA BLANCO JOSÉ ANTONIO, folios 28-32 C.O. 5 y 7-9 C.O. 15; SLV. LOAIZA POLOCHE FRUDIS, folios 33-37 C.O. 5 y 15-17 C.O. 15; SLV. HERRERA PARADA JHON JAIR, folios 38-43 C.O. 5; SLV. LÓPEZ RICO ROSO ALBEIRO, folios 44-48 C.O. 5 y 11-13 C.O. 15; SLV. CHIMBACO VARGAS JAIR, folios 93-98 C.O. 5 y 143-145 C.O. 15; SLV. RIAÑO MANCIPE ALEXANDER, folios 99-103 C.O. 5 y 234-237 C.O. 14; SLV. RAMÍREZ MOSQUERA ELCIARIO, folios 104-108 C.O. 5 y 212-215 C.O. 14; SV. VAQUEN TALERO PEDRO ANTONIO, folios 193-197 y 136-138 C.O. 15; CP. SANTOS BRÍÑEZ WILFREDO ARLEY, folios 200-204 C.O. 5 y 122-124 C.O. 15; SLV. URIBE SANTANDER JOSÉ LUIS, folios 176-184 C.O. 6 y 151-152 C.O. 15; SLV. CORTÉS GONZÁLEZ LUIS MAURICIO, folios 228-231 C.O. 4 y 189-190 C.O. 14; SLV. RUBIO MONTOYA JOSÉ ALEXANDER, folios 234-237 C.O. 4 y 57-60 C.O. 15; CP. SARMIENTO GUZMÁN WILSON RAFAEL, folios 52-58 C.O. 5 y 105-108 C.O. 15; CP. MUÑOZ BENAVIDES WILFRED MILTON, folios 206-215 C.O. 5; SS. ESCORCIA NARVÁEZ DORIAN JAVIER, folios 217-228 C.O. 5 y 1-3 C.O. 15; SLV. RODRÍGUEZ VALLEJO EDINSON, folios 243-249 C.O. 4 y 257-

declaratoria de persona ausente³, a través de proveídos del año 2003 calendados el 28⁴ y 30⁵ de mayo; el 5⁶, 11⁷, 18⁸ y

261 C.O. 14; SLV. ANACONA BOLAÑOS HERNEY, folios 270-275 C.O. 4 y 222-224 C.O. 14; SLV. ULLOA CARLOS ARTURO, folios 205-214 C.O. 6 y 52-55 C.O. 15; SLV. CERÓN GUZMÁN JULIAN ANDRES, folios 215-223 C.O. 6 y 158-161 C.O. 15; SLV. GIRALDO BONILLA ISAAC, folios 228-237 C.O. 6 y 269-271 C.O. 14; SLV. MUÑOZ GUTIERREZ JUAN CARLOS, folios 241-245 C.O. 6 y 74 C.O. 15; SLV. VERANO RUIZ DANY FREDY, folios 3-6 C.O. 7 y 72 C.O. 15. Indagatoria C3. SÁNCHEZ ALOMIA LUIS GABRIEL, folios 141-145 C.O. 8, 117-121 C.O. 15 y 24-25 C.O. 20; SS. TELLO RIVAS ÁNGEL ROBINSON, folios 146-151 C.O. 8, 80-84 C.O. 15 y 214-217 C.O. 29; SLV. RUBIO SOTELO CARLOS, folios 153-160 C.O. 8 y 213-215 C.O. 15; SLV. PAJOY POBRE NÉSTOR YAMID, folios 6-9 C.O. 9 y 61-64 C.O. 15; Indagatoria SLV. DÍAZ DURAN LUGER, folios 108-111 C.O. 9 y 150 C.O. 15; SLV. LEON SANTOS VICTOR MANUEL, folios 53-58 C.O. 9; SLV. GONZÁLEZ MURILLO LUIS HERNEY, folios 62-68 C.O. 9 y 85 C.O. 15; SLV. LASSO JAIMES GERMÁN, folios 195-197 C.O. 9 y 284-288 C.O. 14; SLV. LASSO JAIMES WILSON, folios 198-202 C.O. 9 y 75 C.O. 15; SLV. VILLAMIZAR ALBARRACIN NIXON, folios 103-108 C.O. 10; SLV. GIRALDO BEDOYA AHUDREY, folios 116-117 C.O. 10 y 192-193 C.O. 14; SLV. GASCA VALENCIA WILLIAM, folios 95-97 C.O. 10 y 153 C.O. 15; SLV. BOLAÑOS LULIGO JAMER ARLES, folios 255-257 C.O. 10 y 272-274 C.O. 14; SLV. VARGAS VARGAS YUBER, folios 73-80 C.O. 11, 203-205 C.O. 15 y 101-103 C.O. 21; SLV. ESCOBAR BRIÑEZ DIEGO FERNANDO, folios 139-142 C.O. 11 y 97-100 C.O. 15; SLV. VIVAS PEÑALOSA JOHN JAIME, folios 143-146 C.O. 11 y 227-231 C.O. 14; SLV. FAJARDO SERRATO OSCAR EDUARDO, folios 28-34 C.O. 12 y 163 C.O. 15; SLV. RENDÓN ÁLVAREZ HÉCTOR FABIO, folios 162-165 C.O. 13 y 41-42 C.O. 18; SLV. CERQUERA PATARROYO WILFREDO, folios 166-169 C.O. 13 y 39-40 C.O. 18; SLV. JUNCA PUENTES JAIR, folios 240-247 C.O. 14; SLV. LEÓN SANTOS VÍCTOR MANUEL, folios 250-255 C.O. 14; SLV. TELAG TITISTAR LUIS DARIO, folios 167-170 C.O. 22; y SLV. PEÑA DILMER ALEXANDER, folios 75-83 C.O. 23 y 80-82 C.O. 32.

³ Folios 119-124 C.O. 11, se declaran persona ausente a CP GUTIÉRREZ LÓPEZ JUAN PABLO y a los soldados voluntarios ANGULO MOSQUERA ALEXANDER, ÁVILA ROYERO DARWIN ALFONSO, BOCANEGRA AGUDELO JOEL DE JESÚS, BUITRAGO QUINTERO LUCIANO, CAICEDO VARGAS ANDRÉS ALBERTO, CÁRDENAS RUIZ CARLOS ANDRÉS, CERQUERA PARARROYO WILFREDO, CHÁVEZ FLÓREZ OSCAR, CHÍA ORTIZ LUIS ANTONIO, CRUEL QUIÑONES RAFAEL ALONSO, CRUZ SILVA CRISTOBAL, DAZA GÓMEZ HANNER, DELGADO MEDINA JOSÉ NEMESIO, DÍAZ BERJEL YONID, DÍAZ CAÑÓN JOVANY, DÍAZ LOZADA LUIS FERNANDO, DÍAZ VELASCO WALTER, DOMÍNGUEZ RONDÓN JOSÉ ANTONIO, DUARTE PEDRAZA HÉCTOR OMAR, ERASO JOJOA CARLOS ALFREDO, ESCALANTE MORA JUAN GABRIEL, ESTEVEZ CARDOZO JAIME ANTONIO, FANDIÑO CASAS JOSÉ DE JESÚS, FLÓREZ ARENAS EVARISTO, FLÓREZ BLANDÓN FABIO NELSON, FLÓREZ CRISTANCHO ELISEO, FORERO ALFONSO JOSELIN, GALINDO ROJAS FERNEY, GÉLVEZ CORREDOR JAIRO ANTONIO, GIRALDO BONILLA FRANKISTEY, GÓMEZ URBANO ELY FREDY, GONZÁLEZ PACHÓN MAURICIO, GUTIÉRREZ GILDARDO, GUZMÁN, RODRÍGUEZ HARRI FERNANDO, HENAO ROMERO LUIS ALBERTO, ERAZO JOJOA CARLOS ALFREDO, HINESTROZA ROBINSON, JIMÉNEZ BLANDÓN JESÚS DANILO, JUNCA PUENTES JAIR, LADINO LADINO JHON FREDY, LEÓN LEÓN LUCIO, LIZARAZO RINCÓN GREGORIO ISRAEL, LÓPEZ FIGUEROA JABER OBEIMAR, LÓPEZ MELENGE DIEGO EDINSON, MÁRQUEZ FUENTES YESID FERNANDO, OME ORTIZ JUAN CARLOS, ORTIZ MUÑOZ JULIÁN ANDRÉS, PALOMINO TAPIERO WILSON ENRIQUE, PEÑA DILMER ALEXANDER, PINEDA ALVAREZ ALBERT HERNÁN, POSADA SÁNCHEZ HEIBER, PUERTO CASTRO JUAN, QUINTERO CLAROS JHON JAIRO, RENDÓN ÁLVAREZ HÉCTOR FABIO, RODRÍGUEZ GIOVANNI ERNESTO, RODRÍGUEZ ROZO JAIME FERNANDO, ROJAS GARCÍA EMILIO JOSÉ, SAN PEDRO HERNÁNDEZ CARLOS, SÁNCHEZ ALEXANDER MAURICIO, SÁYAGO ESCALANTE NELSON ANTONIO, SERNA JAVIER ANTONIO, SOLIS MONTAÑO EDINSON, SOTO HORTÚA JOSÉ NORBERTO, SUAZA MONTEALEGRE LUIS HERNANDO, TARAZONA CÁCERES FREDY ALFONSO, TELAG TITISTAR LUIS, URIBE SÁNCHEZ SAÚL NAIR, VALENCIA QUIÑONEZ CARLOS AUGUSTO, VALENCIA VARGAS HERNANDO, VILLAFANE CAICEDO JULIÁN, VIVEROS LUCUMI HERNEY y ZAPATA ÁLVAREZ NELSON.

⁴ Folios 46-115 C.O. 6.

⁵ Folios 246-309 C.O. 6.

⁶ Folios 104-172 C.O. 7.

⁷ Folios 166-235 C.O. 8.

⁸ Folios 117-190 C.O. 9.

24⁹ de junio; el 2¹⁰, 10¹¹, 16¹² y 23¹³ de julio; el 25 de agosto¹⁴ y 2 de septiembre¹⁵, se les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de peculado por apropiación, absteniéndose de imponérsela por el ilícito de desobediencia; siendo confirmadas tales determinaciones por el Tribunal Superior Militar el 10 de marzo de 2004¹⁶.

Cabe anotar que la totalidad de los procesados se encuentran gozando del beneficio de la libertad provisional, según decisiones adoptadas por los Juzgados 76, 82, 83 y 84 de Instrucción Penal Militar y el Tribunal Superior Militar.

3. El 26 de febrero de 2004¹⁷, se admitió la demanda de constitución de parte civil incoada por la apoderada de La Nación–Ministerio de Defensa Nacional–Ejército Nacional.

4. Perfeccionada la investigación, el sumario fue remitido a la Fiscalía 28 Penal Militar, que el 21 de julio de 2005¹⁸ cerró el ciclo instructivo y el 09 de noviembre del mismo año¹⁹ calificó el mérito del sumario, profiriendo acusación en contra de todos los procesados por el delito de peculado por apropiación y cesó el procedimiento a su favor por el de desobediencia; y lo propio ocurrió en beneficio del

⁹ Folios 225-298 C.O. 9.

¹⁰ Folios 137-205 C.O. 10.

¹¹ Folios 271 y ss. C.O. 10.

¹² Folios 155-231 C.O. 11.

¹³ Folios 70-152 C.O. 12.

¹⁴ Folios 180-247 C.O. 13.

¹⁵ Folios 276 y ss. C.O. 13.

¹⁶ Folios 124-184 C.O. 23.

¹⁷ Folios 210-212 C.O. 22.

¹⁸ Folios 50-54 C.O. 39.

¹⁹ Folios 240 y ss. C.O. 42.

cabo primero WILFRED MUÑOZ BENAVIDEZ por las mencionadas conductas, decisión que, impugnada, fue confirmada por la Fiscalía Quinta Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar el **15 de febrero de 2006**²⁰, fecha en que cobró ejecutoria.

5. Remitida la actuación al Juzgado Sexto de Instancia de Brigadas Móviles, el 16 de marzo de 2006²¹ se decretó la iniciación del juicio, llevándose a cabo la audiencia de Corte Marcial el 12 de junio del mismo año²². Concluido el debate procesal, el 8 de agosto de 2006²³ se condenó a los acusados como coautores del delito de peculado por apropiación y se cesó el procedimiento a favor de los soldados voluntarios MAURICIO GONZÁLEZ PACHÓN y CARLOS RUBIO SOTELO; decisión que fue impugnada por los defensores, la parte civil y algunos de los procesados²⁴.

6. El Tribunal Superior Militar, mediante providencia del 4 de junio de 2007²⁵, al desatar el recurso vertical, declaró la nulidad de la actuación a partir del auto que decretó la iniciación del juicio y devolvió el expediente al Juzgado de origen para reponer la actuación viciada.

7. El 24 de junio de 2009²⁶ se dispuso nuevamente la iniciación de la etapa de juicio, pero dicha decisión fue apelada²⁷ y el Tribunal Superior Militar, mediante

²⁰ Folios 174-254 C.O. 46.

²¹ Folios 24 C.O. 49.

²² Cuadernos 55 y 56.

²³ Cuaderno 57.

²⁴ Folios 72-309 C.O. 58 y 1-155 C.O. 59.

²⁵ Folios 1522-1578 C.O. 63.

²⁶ Folio 2937-2943 C.O. 67.

²⁷ Folio 3170 y siguientes C.O. 68.

providencia del 15 de febrero de 2010²⁸, se inhibió de conocer la alzada.

La audiencia de Corte Marcial se llevó a cabo entre el 5 de julio y el 17 de noviembre de 2011²⁹, y concluido el debate procesal, el 25 de febrero de 2013³⁰, el a quo dictó sentencia por medio de la cual condenó a los acusados como coautores del ilícito de peculado por apropiación, de la siguiente manera:

A los tenientes (r) SANABRIA ACEVEDO JORGE y MOJICA CALDERÓN ILICH FERNANDO, a ciento veintiuno punto cinco (121.5) meses de prisión y multa de cuatrocientos cincuenta y nueve punto cincuenta y un (459.51) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de los hechos.

Al subteniente (r) ROA MARTÍNEZ IVÁN MAURICIO, a sesenta punto setenta y cinco (60.75) meses de prisión y multa de doscientos veintinueve punto setenta y seis (229.76) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de los hechos.

A los sargentos viceprimeros (r) DÍAZ RENDÓN JOSÉ URIEL, RACINES PLAZA DIEGO FERNANDO y VAQUEN TALERO PEDRO ANTONIO; a los sargentos segundos (r) CASTRO TEJEDOR LUIS ENRIQUE, ESCORCIA NARVÁEZ DORIAN JAVIER y TELLO RIVAS ÁNGEL ROBINSON; a los cabos primeros (r) LÓPEZ OSORIO CARLOS FERNANDO, MENA BENÍTEZ ELISEO, SANTOS BRIÑEZ

²⁸ Folio 3758-3791 C.O. 70.

²⁹ Folio 5201-5540 C.O. 75.

³⁰ Cuaderno 77.

WILFREDO ARLEY, SARMIENTO GUZMÁN WILSON RAFAEL y TAPASCO OTAGRI JUAN CARLOS; y al cabo tercero (r) SÁNCHEZ ALOMIA LUIS GABRIEL, a ciento nueve punto ciento veinticinco (109.125) meses de prisión y multa de trescientos noventa y cuatro punto sesenta y tres (394.63) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de los hechos.

A los cabos primeros (r) LIZARAZO VALDERRAMA YOVANY y SOLANO SUÁREZ DAMIÁN, a sesenta y tres punto sesenta y cinco (63.65) meses de prisión y multa de doscientos treinta punto veintiún (230.21) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de los hechos.

Al cabo primero (r) GUTIÉRREZ LÓPEZ JUAN PABLO, a ciento nueve punto ciento veinticinco (109.125) meses de prisión y multa de trescientos noventa y cuatro punto sesenta y tres (394.63) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de los hechos.

A los soldados voluntarios (r) ARTUNDUAGA WILSON DE JESÚS, DÍAZ DURÁN LUGER, ROJAS FREDY ALEXANDER y VÁSQUEZ JAIME JUAN CARLOS, a cincuenta y seis punto cuarenta y cinco (56.45) meses de prisión y multa de ciento noventa y dos punto treinta y siete (192.37) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de los hechos.

A los soldados voluntarios (r) GUERRERO ROSERO FERNANDO ALDEMAR, QUEMBA LUIS ALBERTO, RODRÍGUEZ VALLEJO EDINSON, SANDOVAL GUZMÁN WILSON ALEXANDER y

VARGAS VARGAS YUVER, a cuarenta y ocho punto treinta y ocho (48.38) meses de prisión y multa de ciento sesenta y cuatro punto ochenta y nueve (164.89) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de los hechos.

A los soldados voluntarios (r) GASCA VALENCIA WILLIAM, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ OSWALDO, LASSO JAIMES GERMÁN, LASSO JAIMES WILSON, LEÓN SANTOS VÍCTOR MANUEL, PEÑA DILMER ALEXANDER, RENDÓN ÁLVAREZ HÉCTOR FABIO, CERQUERA PATARROYO WILFREDO, URIBE SANTANDER JOSÉ LUIS, MUÑOZ GUTIÉRREZ JUAN CARLOS, CERÓN GUZMÁN JULIÁN ANDRÉS, ULLOA CARLOS ARTURO y FAJARDO SERRATO OSCAR EDUARDO, a ochenta punto sesenta y tres (80.63) meses de prisión y multa de doscientos setenta y cuatro punto ocho (274.8) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de los hechos.

A los soldados voluntarios (r) ANACONA BOLAÑOS HERNEY, BOLAÑOS LULIGO JAMER ARLES, CHIMBACO VARGAS JAIR, CORTÉS GONZÁLEZ LUIS MAURICIO, CUASPUD CANCHALA RICHARD EMILIO, ESCOBAR BRIÑEZ DIEGO FERNANDO, GIRALDO BEDOYA AUDREY, GIRALDO BONILLA ISAAC, GIRALDO BONILLA LENIN, GONZÁLEZ MURILLO LUIS HERNEY, GONZÁLEZ VELA PABLO, GUTIÉRREZ CUÉLLAR JORGE IVÁN, HERNÁNDEZ PÁEZ JOSÉ GREGORIO, HERRERA BLANCO JOSÉ ANTONIO, HERRERA PARADA JHON JAIRO, HOMEZ HERNÁNDEZ ALCIDES, JUNCA PUENTES JAIR, LEÓN LAVACUDE POLBRAYAN, LOAIZA POLOCHE FRUDIS, LÓPEZ RICO ROSO ALBEIRO, OSORIO CAMPOS JOSÉ FELICIANO, PAJOY POBRE NÉSTOR YAMID, QUINTERO CORTÉS JHON JAIRO, QUINTERO CORTÉS JORGE ARMANDO, RAMÍREZ MOSQUERA

ELCIARIO, RIAÑO MANCIPE ALEXANDER, RIASCOS RIASCOS LUIS FERNANDO, RODRÍGUEZ ARDILA EMERSON, RODRÍGUEZ EMBUS MARIO ALBERTO, ROJAS DÍAZ CRISANTO, RONCO RUBIANO RUBÉN DARÍO, RUBIO MONTOYA JOSÉ ALEXANDER, SUÁREZ AMADO JAIRO, TELAG TITISTAR LUIS DARÍO, TRIANA ALBARRACÍN EDGAR, VELANDIA ROLÓN JOSÉ ALEJANDRO, VERANO RUÍZ DAN Y FREDY, VILLAMIZAR ALBARRACÍN NIXON YOVANI y VIVAS PEÑALOSA JOHN JAIME, a noventa y seis punto setenta y cinco (96.75) meses de prisión y multa de trescientos veintinueve punto sesenta y cinco (329.75) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de los hechos.

A los soldados voluntarios (r) ANGULO MOSQUERA ALEXANDER, ÁVILA ROYERO DARWIN ALFONSO, BOCANEGRA AGUDELO JOEL DE JESÚS, BUITRAGO QUINTERO LUCIANO, CAICEDO VARGAS ANDRÉS ALBERTO, CÁRDENAS RUÍZ CARLOS ANDRÉS, CHÁVEZ FLÓREZ OSCAR, CHÍA ORTIZ LUIS ANTONIO, CRUEL QUIÑONES RAFAEL ALONSO, CRUZ SILVA CRISTÓBAL, DELGADO MEDINA JOSÉ NEMESIO, DÍAZ VERGEL YONID, DÍAZ CAÑÓN YOVANY, DÍAZ LOZADA LUIS FERNANDO, DÍAZ VELASCO WALTER, DOMÍNGUEZ RONDÓN JOSÉ ANTONIO, DUARTE PEDRAZA HÉCTOR OMAR, ERAZO JOJOA CARLOS ALFREDO, ESTÉVEZ CARDOZO JAIME ANTONIO, FANDIÑO CASAS JOSÉ DE JESÚS, FLÓREZ ARENAS EVARISTO, FLÓREZ BLANDÓN FABIO NELSON, FLÓREZ CRISTANCHO ELISEO, FORERO ALFONSO JOSELÍN, GALINDO ROJAS FERNEY, GÉLVEZ CORREDOR JAIRO ANTONIO, GIRALDO BONILLA FRANKISTEY, GÓMEZ URBANO ELI FREDDY, GUTIÉRREZ GILDARDO, GUZMÁN RODRÍGUEZ HARRY FERNANDO, HENAO ROMERO LUIS ALBERTO, HINESTROZA ROBINSON, JIMÉNEZ BLANDÓN JESÚS DANILO, LADINO LADINO JHON FREDDY, LEÓN LEÓN LUCIO, LIZARAZO RINCÓN GREGORIO

ISRAEL, LÓPEZ FIGUEROA JABER OBEIMAR, LÓPEZ MELENGE DIEGO EDINSON, MÁRQUEZ FUENTES YESID FERNANDO, OME ORTIZ JUAN CARLOS, ORTIZ MUÑOZ JULIÁN ANDRÉS, PALOMINO TAPIERO WILSON ENRIQUE, PINEDA ÁLVAREZ ALBERT HERNÁN, POSADA SÁNCHEZ HEIBER, QUINTERO CLAROS JHON JAIRO, RODRÍGUEZ GIOVANNI ERNESTO, RODRÍGUEZ ROZO JAIME FERNANDO, ROJAS GARCÍA EMILIO JOSÉ, SÁNCHEZ ALEXANDER MAURICIO, SÁYAGO ESCALANTE NELSON ANTONIO, SERNA JAVIER ANTONIO, SOLÍS MONTAÑO EDINSON, SOTO HORTÚA JOSÉ NORBERTO, SUAZA MONTEALEGRE LUIS HERNANDO, TARAZONA CÁCERES FREDY ALFONSO, URIBE SÁNCHEZ SAÚL NAIR, VALENCIA QUIÑÓNEZ CARLOS AUGUSTO, VALENCIA VARGAS HERNANDO, VILLAFANE CAICEDO JULIÁN, VIVEROS LUCUMY HERNEY y ZAPATA ÁLVAREZ NELSON, a noventa y seis punto setenta y cinco (96.75) meses de prisión y multa de trescientos veintinueve punto setenta y cinco (329.75) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de los hechos.

A todos los uniformados en mención se les impuso la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión.

De otra parte, absolvió a los soldados voluntarios (r) ESCALANTE MORA JUAN GABRIEL y RODRÍGUEZ ALBARRACÍN LUIS FELIPE, y cesó procedimiento a favor de los soldados voluntarios DAZA GÓMEZ HANNER WILLIAM, PUERTO CASTRO JUAN ALBERTO y SAMPEDRO HERNÁNDEZ CARLOS ENRIQUE ante la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal por muerte.

Asimismo, negó a los condenados el reconocimiento del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y nada dijo sobre el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria. De otro lado, desestimó las pretensiones de la apoderada de la parte civil y dispuso el comiso de los dineros incautados y reintegrados, a favor de la Fiscalía General de la Nación, así como la devolución de algunas cauciones prestadas por los procesados en la fase de la instrucción, y negó la restitución de otras.

8. Apelado el fallo por los defensores de los procesados, la Procuradora Judicial 136 Penal II, la Fiscal 28 Penal Militar y la apoderada de la parte civil, el Tribunal Superior Militar, mediante decisión adiada 31 de julio de 2014, lo confirmó parcialmente, por cuanto ajustó la pena impuesta a los condenados de la siguiente manera:

A los tenientes (r) MOJICA CALDERÓN Ilich Fernando y SANABRIA ACEVEDO JORGE; a los sargentos viceprimeros (r) DÍAZ RENDÓN JOSÉ URIEL, RACINES PLAZA DIEGO FERNANDO y VAQUEN TALERO PEDRO ANTONIO; a los sargentos segundos (r) CASTRO TEJEDOR LUIS ENRIQUE, ESCORCIA NARVÁEZ DORIAN JAVIER y TELLO RIVAS ÁNGEL ROBINSON; a los cabos primeros (r) GUTIÉRREZ LÓPEZ JUAN PABLO, LÓPEZ OSORIO CARLOS FERNANDO, MENA BENÍTEZ ELISEO, SANTOS BRIÑEZ WILFREDO ARLEY, SARMIENTO GUZMÁN WILSON RAFAEL y TAPASCO OTAGRI JUAN CARLOS; al cabo tercero (r) SÁNCHEZ ALOMIA LUIS GABRIEL; y a los soldados voluntarios (r) ANACONA BOLAÑOS HERNEY, ANGULO MOSQUERA ALEXANDER, ÁVILA ROYERO DARWIN ALFONSO,

BOCANEGRA AGUDELO JOEL DE JESÚS, BOLAÑOS LULIGO JAMER
ARLES, BUITRAGO QUINTERO LUCIANO, CAICEDO VARGAS ANDRÉS
ALBERTO, CÁRDENAS RUÍZ CARLOS ANDRÉS, CHÁVEZ FLÓREZ
OSCAR, CHÍA ORTIZ LUIS ANTONIO, CHIMBACO VARGAS JAIR,
CORTÉS GONZÁLEZ LUIS MAURICIO, CUASPUD CANCHALA RICHARD
EMILIO, CRUEL QUIÑONES RAFAEL ALONSO, CRUZ SILVA
CRISTÓBAL, DELGADO MEDINA JOSÉ NEMESIO, DÍAZ VERGEL YONID,
DÍAZ CAÑÓN YOVANY, DÍAZ LOZADA LUIS FERNANDO, DÍAZ VELASCO
WALTER, DOMÍNGUEZ RONDÓN JOSÉ ANTONIO, DUARTE PEDRAZA
HÉCTOR OMAR, ERAZO JOJOA CARLOS ALFREDO, ESCOBAR BRIÑEZ
DIEGO FERNANDO, ESTÉVEZ CARDOZO JAIME ANTONIO, FANDIÑO
CASAS JOSÉ DE JESÚS, FLÓREZ ARENAS EVARISTO, FLÓREZ
BLANDÓN FABIO NELSON, FLÓREZ CRISTANCHO ELISEO, FORERO
ALFONSO JOSELÍN, GALINDO ROJAS FERNEY, GÉLVEZ CORREDOR
JAIRO ANTONIO, GIRALDO BEDOYA AUDREY, GIRALDO BONILLA
FRANKISTEY, GIRALDO BONILLA ISAAC, GIRALDO BONILLA LENIN,
GÓMEZ URBANO ELY FREDY, GONZÁLEZ MURILLO LUIS HERNEY,
GONZÁLEZ VELA PABLO, GUTIÉRREZ CUÉLLAR JORGE IVÁN,
GUTIÉRREZ GILDARDO, GUZMÁN RODRÍGUEZ HARRY FERNANDO,
HENA ROMERO LUIS ALBERTO, HERNÁNDEZ PÁEZ JOSÉ GREGORIO,
HERRERA BLANCO JOSÉ ANTONIO, HERRERA PARADA JHON JAIRO,
HINESTROZA ROBINSON, HOMEZ HERNÁNDEZ ALCIDES, JUNCA
PUENTES JAIR, JIMÉNEZ BLANDÓN JESÚS DANILO, LADINO LADINO
JHON FREDY, LEÓN LAVACUDE POLBRAYAN, LEÓN LEÓN LUCIO,
LIZARAZO RINCÓN GREGORIO ISRAEL, LOAIZA POLOCHE FRUDIS,
LÓPEZ FIGUEROA JABER OBEIMAR, LÓPEZ MELENGE DIEGO
EDINSON, LÓPEZ RICO ROZO ALBEIRO, MÁRQUEZ FUENTES YESID
FERNANDO, OME ORTIZ JUAN CARLOS, ORTIZ MUÑOZ JULIÁN
ANDRÉS, OSORIO CAMPOS JOSÉ FELICIANO, PAJOY POBRE NÉSTOR
YAMID, PALOMINO TAPIERO WILSON ENRIQUE, PINEDA ÁLVAREZ

ALBERT HERNÁN, POSADA SÁNCHEZ HEIBER, QUINTERO CLAROS JHON JAIRO, QUINTERO CORTÉS JHON JAIRO, QUINTERO CORTÉS JORGE ARMANDO, RAMÍREZ MOSQUERA ELCIARIO, RIAÑO MANCIPE ALEXANDER, RIASCOS RIASCOS LUIS FERNANDO, RODRÍGUEZ ARDILA EMERSON, RODRÍGUEZ EMBUS MARIO ALBERTO, RODRÍGUEZ GIOVANNI ERNESTO, RODRÍGUEZ ROZO JAIME FERNANDO, ROJAS DÍAZ CRISANTO, ROJAS GARCÍA EMILIO JOSÉ, RONCO RUBIANO RUBÉN DARÍO, RUBIO MONTOYA JOSÉ ALEXANDER, SÁNCHEZ ALEXANDER MAURICIO, SÁYAGO ESCALANTE NELSON ANTONIO, SERNA JAVIER ANTONIO, SOLÍS MONTAÑO EDINSON, SOTO HORTÚA JOSÉ NORBERTO, SUÁREZ AMADO JAIRO, SUAZA MONTEALEGRE LUIS HERNANDO, TARAZONA CÁCERES FREDY ALFONSO, TELAG TITISTAR LUIS DARÍO, TRIANA ALBARRACÍN EDGAR, URIBE SÁNCHEZ SAÚL NAIR, VALENCIA QUIÑÓNEZ CARLOS AUGUSTO, VALENCIA VARGAS HERNANDO, VELANDIA ROLÓN JOSÉ ALEJANDRO, VERANO RUÍZ DANY FREDY, VILLAFañE CAICEDO JULIÁN, VILLAMIZAR ALBARRACÍN NIXON, VIVAS PEÑALOZA JHON JAIME, VIVEROS LUCUMY HERNEY y ZAPATA ÁLVAREZ NELSON; se la fijó en cincuenta y dos (52) meses y quince (15) días de prisión, multa de ciento setenta y nueve punto treinta y tres (179.33) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos, a su vez les impuso la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas consagrado en el inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política y la restricción en el ejercicio de los demás derechos políticos consagrados en el artículo 40 ibídem por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

Al subteniente (r) ROA MARTÍNEZ IVÁN MAURICIO; a los cabos primeros (r) LIZARAZO VALDERRAMA YOVANY y SOLANO SUÁREZ DAMIÁN; y a los soldados voluntarios (r) CERÓN

GUZMÁN JULIÁN ANDRÉS, CERQUERA PATARROYO WILFREDO, WILSON DE JESÚS ARTUNDUAGA WILSON, DÍAZ DURÁN LUGER, FAJARDO SERRATO OSCAR EDUARDO, GASCA VALENCIA WILLIAM, GUERRERO ROSERO FERNANDO ALDEMAR, LASSO JAIMES GERMÁN, LASSO JAIMES WILSON, LEÓN SANTOS VÍCTOR MANUEL, MUÑOZ GUTIÉRREZ JUAN CARLOS, PEÑA DILMER ALEXANDER, QUEMBA LUIS ALBERTO, RENDÓN ÁLVAREZ HÉCTOR FABIO, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ OSWALDO, RODRÍGUEZ VALLEJO EDISON, ROJAS FREDY ALEXANDER, SANDOVAL GUZMÁN WILSON ALEXANDER, ULLOA CARLOS ARTURO, URIBE SANTANDER JOSÉ LUIS, VARGAS VARGAS YUVER y VÁSQUEZ JAIME JUAN CARLOS; se la determinó en cuarenta y ocho (48) meses y ocho (8) días de prisión, multa de ciento sesenta y cuatro punto treinta y ocho (164.38) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a su vez les impuso la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas consagrado en el inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política y la restricción en el ejercicio de los demás derechos políticos consagrados en el artículo 40 ibídem por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

De igual forma, cesó el procedimiento a favor de los soldados voluntarios MAURICIO GONZÁLEZ PACHÓN y CARLOS RUBIO SOTELO y, de otro lado, le negó a los sentenciados el beneficio de la libertad provisional y revocó la orden respecto del comiso de los dineros incautados, compulsando copias ante la Fiscalía General de la Nación para que iniciara el correspondiente trámite de extinción de dominio sobre los mismos.

9. Frente a lo anterior, la agente del Ministerio Público y los defensores de los tenientes (r) ILICH FERNANDO MOJICA CALDERÓN y JORGE SANABRIA ACEVEDO, del subteniente (r) IVÁN MAURICIO ROA MARTÍNEZ, de los suboficiales (r) LUIS ENRIQUE CASTRO TEJEDOR, DORIAN JAVIER ESCORCIA NARVÁEZ, JUAN PABLO GUTIÉRREZ LÓPEZ, YOVANY LIZARAZO VALDERRAMA, CARLOS FERNANDO LÓPEZ OSORIO, DIEGO FERNANDO RACINES PLAZA, WILFREDO ARLEY SANTOS BRIÑEZ, WILSON RAFAEL SARMIENTO GUZMÁN, ÁNGEL ROBINSON TELLO RIVAS y PEDRO ANTONIO VAQUEN TALERO, y de los soldados voluntarios (r) HERNEY ANACONA BOLAÑOS, ALEXANDER ANGULO MOSQUERA, WILSON DE JESÚS ARTUNDUAGA, DARWIN ALFONSO ÁVILA ROYERO, JOEL DE JESÚS BOCANEGRA AGUDELO, LUCIANO BUITRAGO QUINTERO, CARLOS ANDRÉS CÁRDENAS RUIZ, WILFREDO CERQUERA PATARROYO, ÓSCAR CHÁVEZ FLÓREZ, LUIS ANTONIO CHÍA ORTIZ, LUIS MAURICIO CORTÉS GONZÁLEZ, ELISEO FLORES CRISTANCHO, CRISTÓBAL CRUZ SILVA, RICHARD EMILIO CUASPUD CANCHALA, YONID DÍAZ VERGEL, LUGER DÍAZ DURÁN, YOVANY DÍAZ CAÑÓN, CARLOS ALFREDO ERAZO JOJOA, DIEGO FERNANDO ESCOBAR BRIÑEZ, EVARISTO FLÓREZ ARENAS, JOSELÍN FORERO ALFONSO, FERNEY GALINDO ROJAS, WILLIAM GASCA VALENCIA, AUDREY GIRALDO BEDOYA, ELÍ FREDY GÓMEZ URBANO, PABLO GONZÁLEZ VELA, LUIS HERNEY GONZÁLEZ MURILLO, GILDARDO GUTIÉRREZ, HARRY FERNANDO GUZMÁN RODRÍGUEZ, LUIS ALBERTO HENAO ROMERO, JOSÉ ANTONIO HERRERA BLANCO, ROBINSON HINESTROZA, JESÚS DANILO JIMÉNEZ BLANDÓN, JAIR JUNCA PUENTES, JHON FREDY LADINO LADINO, GERMÁN LASSO JAIMES, JAMES WILSON LASSO, LUCIO LEÓN LEÓN, POLBRAYAN LEÓN LAVACUDE, VÍCTOR MANUEL LEÓN SANTOS, GREGORIO LIZARAZO RINCÓN, FRUDIS LOAIZA POLOCHE, JABER OBEIMAR LÓPEZ FIGUEROA, ROSO ALBEIRO LÓPEZ RICO, DIEGO

EDISON LÓPEZ MELENGUE, YESID FERNANDO MÁRQUEZ FUENTES, JUAN CARLOS OME ORTIZ, JULIÁN ANDRÉS ORTIZ MUÑOZ, JOSÉ FELICIANO OSORIO CAMPOS, NÉSTOR YAMID PAJOY POBRE, WILSON ENRIQUE PALOMINO TAPIERO, ALBERT HERNÁN PINEDA ÁLVAREZ, HEIBER POSADA SÁNCHEZ, ELCIARIO RAMÍREZ MOSQUERA, ALEXANDER RIAÑO MANCIPE, LUIS FERNANDO RIASCOS RIASCOS, EMERSON RODRÍGUEZ ARDILA, EDINSON RODRÍGUEZ VALLEJO, EMILIO JOSÉ ROJAS GARCÍA, FREDY ALEXANDER ROJAS, RUBÉN DARÍO RONCO RUBIANO, LUIS GABRIEL SÁNCHEZ ALOMIA, MAURICIO ALEXANDER SÁNCHEZ, WILSON ALEXANDER SANDOVAL GUZMÁN, NELSON ANTONIO SÁYAGO ESCALANTE, JAVIER ANTONIO SERNA, EDINSON SOLÍS MONTAÑO, JOSÉ NORBERTO SOTO HORTÚA, LUÍS HERNANDO SUAZA MONTEALEGRE, FREDY ALFONSO TARAZONA CÁCERES, LUIS DARÍO TELAG TITISTAR, EDGAR TRIANA ALBARRACÍN, SAÚL NAIR URIBE SÁNCHEZ, JOSÉ LUIS URIBE SANTANDER, HERNANDO VALENCIA VARGAS, YUVER VARGAS VARGAS, JUAN CARLOS VÁSQUEZ JAIME, DANY FREDY VERANO RUÍZ, JHON JAIME VIVAS PEÑALOSA y HERNEY VIVEROS LUCUMY, miembros del Ejército Nacional, interpusieron y sustentaron oportunamente el recurso extraordinario de casación.

10. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante proveído del 25 de marzo de 2015, admitió el cargo único de las demandas allegadas en representación de WILSON RAFAEL SARMIENTO GUZMÁN y otros, y DIEGO EDISON LÓPEZ MELENGUE y otro; el primer reproche de los libelos presentados en nombre de JOEL DE JESÚS BOCANEGRA AGUDELO y otros, JOSÉ NORBERTO SOTO HORTÚA, CRISTÓBAL CRUZ SILVA y otros, JUAN PABLO GUTIÉRREZ LÓPEZ y otros, ILICH FERNANDO MOJICA CALDERÓN y del formulado por el agente del

Ministerio Público; la segunda y tercera censura de la demanda radicada en representación de YOVANY LIZARAZO VALDERRAMA y otros; y el segundo reparo de los libelos presentados en nombre de WILSON DE JESÚS ARTUNDUAGA y JORGE SANABRIA ACEVEDO y otros; e inadmitió los restantes.

11. El delegado del Ministerio Público rindió el concepto de rigor el 1° de julio de la presente anualidad.

SÍNTESIS DE LAS DEMANDAS

Los cargos admitidos por la Corte en orden a pronunciarse de fondo **están orientados, sin excepción, a acreditar la atipicidad de la conducta ejecutada** por los procesados frente al delito de peculado por apropiación por el cual fueron condenados, y se sintetizan así:

1. Primer cargo de la demanda formulada por el defensor de los soldados voluntarios del Ejército Nacional JOEL DE JESÚS BOCANEGRA AGUDELO, LUCIANO BUITRAGO QUINTERO, CARLOS ANDRÉS CÁRDENAS RUIZ, ÓSCAR CHÁVEZ FLÓREZ, YONID DÍAZ VERGEL, HARRY FERNANDO GUZMÁN RODRÍGUEZ y LUIS ALBERTO HENAO ROMERO.

El demandante manifiesta que el Tribunal incurrió en la violación directa de la norma sustancial, toda vez que los hechos materia de juzgamiento no tipifican el delito de peculado por apropiación por el que fueron condenados sus defendidos, decisión que además conculca el principio de legalidad.

Después de transcribir las normas constitucionales y legales que en los Códigos Penal –Ley 599 de 2000–, de Procedimiento Penal –Ley 600 de 2000– y Penal Militar –Ley 522 de 1999–, consagran el principio de legalidad, así como los preceptos de la Convención Americana de Derechos Humanos que apuntan en el mismo sentido, el censor se refiere a los elementos estructurales de la conducta punible y su definición normativa, tras lo cual **se interroga acerca de por qué los juzgadores de instancia dieron aplicación a la Ley 1201 de 2008, «por la cual se regula el hallazgo de bienes por parte del servidor público», y con fundamento en ella emitieron condena en contra de los militares procesados.**

Señala que el principio de favorabilidad de la ley penal, según lo establece el artículo 29 de la Carta, está consagrado a favor del acusado, siempre que las normas posteriores le sean beneficiosas, por tanto, considera «*absurdo por parte de los administradores de justicia... que den aplicación a una norma posterior a los hechos ocurridos*».

Afirma que en el proceso no se probó quién era el dueño de la caleta de dinero encontrada por los inculcados y, por ende, como dicho bien no pertenecía a nadie, se debe entender que se trataba del descubrimiento de un tesoro, al cual resultan aplicables las disposiciones contenidas en el Código Civil –art. 700 y ss.–.

Se refiere a los elementos estructurales del delito de peculado por apropiación –art. 397 del C.P.–, respecto de los que cita jurisprudencia de esta Corporación, y concluye que

confrontados aquellos con la situación fáctica materia de juzgamiento, se advierte «*fácilmente sin lugar a equivocarnos que bajo ninguna circunstancia tipifican dichos hechos en la conducta de un hecho punible (sic)*», además que el comportamiento atribuido a sus representados no vulneró «*ningún derecho de persona en este caso del Estado, por cuanto no era la propietaria (sic) de los bienes conocidos como La Guaca*», luego, dice, los juzgadores de primer y segundo grado vulneraron el principio de legalidad, en relación con el cual cita plurales decisiones de la Corte Constitucional que se refieren a su definición y alcance, destacando los principios de reserva legal, prohibición de retroactividad y tipicidad o taxatividad que le dan contenido.

2. Primer cargo de la demanda formulada por el defensor del soldado voluntario del Ejército Nacional JOSÉ NORBERTO SOTO HORTÚA.

Expone el recurrente que el ad quem incurrió en la violación directa de la norma sustancial por aplicación indebida del artículo 397 del Código Penal, puesto que los hechos juzgados no se subsumen en el delito de peculado por apropiación.

Señala que como consecuencia del yerro denunciado se vulneraron garantías fundamentales de su representado, pues siendo atípica la conducta por la que se le acusó, no podían los juzgadores de instancia atribuirle responsabilidad penal, decisiones éstas que además desconocieron el principio de legalidad establecido en la Constitución Política,

los tratados internacionales y la ley penal, cuyas normas se encarga de citar, al dar aplicación a la **Ley 1201 de 2008, normativa posterior a los hechos juzgados**, ocurridos en el año 2003.

Luego de enunciar los elementos constitutivos del ilícito de peculado por apropiación y de referir la jurisprudencia de esta Corporación sobre el tema, en idénticos términos a los consignados en el reproche resumido en el numeral anterior, el libelista afirma que cotejada la situación fáctica enrostrada a su defendido con la hipótesis comportamental prevista en el artículo 397 del Código Penal, se advierte *«fácilmente, sin lugar a equivocarnos, que bajo ninguna circunstancia tipifican dichos hechos en la conducta de un hecho punible (sic)»*, además que con aquella tampoco se vulneró *«ningún derecho de persona en este caso del Estado, por cuanto no era la propietaria (sic) de los bienes conocidos como La Guaca»*, por lo que, estima, *«el fallador de primer (sic) y segunda instancia vulneraron el principio de legalidad»*.

Y reproduciendo lo dicho en la censura sintetizada en el numeral anterior, expone que la favorabilidad de la ley penal es un principio que opera a favor del acusado, según lo consagra el artículo 29 de la Carta, siempre que las normas posteriores no le sean perjudiciales, luego considera *«absurdo por parte de los administradores de justicia... que den aplicación a una norma posterior a los hechos ocurridos»*.

Así mismo, dice que en el proceso no se demostró quién era el dueño del dinero encontrado por los militares procesados, es decir, que dicho bien no pertenecía a nadie, situación que no fue regulada por el legislador hasta el advenimiento de la Ley 1201 de 2008, norma que no es aplicable por ser posterior a los hechos juzgados.

Cita decisiones de la Corte Constitucional relativas al principio de legalidad, destacando como una de sus aristas la prohibición de aplicar retroactivamente las normas que sean desfavorables a los intereses del procesado.

3. Primer cargo de la demanda formulada por el defensor de los soldados voluntarios del Ejército Nacional CRISTÓBAL CRUZ SILVA, LUGER DÍAZ DURÁN, EVARISTO FLÓREZ ARENAS, GERMÁN LASSO JAIMES, WILSON LASSO JAIMES, EMILIO JOSÉ ROJAS GARCÍA y LUIS HERNANDO SUAZA MONTEALEGRE.

Señala el impugnante que con la sentencia rebatida el juzgador de segundo grado incurrió en la violación directa de la norma sustancial, toda vez que condenó a sus defendidos por una conducta atípica, dado que el comportamiento que ejecutaron los militares procesados no configura el delito de peculado por apropiación; amén que aquél tampoco afectó el bien jurídico protegido, esto es, la administración pública.

Al igual que en los reparos resumidos en los numerales precedentes, transcribe las normas constitucionales y legales, así como de derecho internacional aplicable en Colombia,

que protegen el principio de legalidad, para luego afirmar que en el asunto de la especie los juzgadores de instancia lo «*han desbordado y vulnerado... ya que tipificaron unos hechos como delito sin que existieran los más mínimos elementos para que se tuvieran como ilícitas las conductas desarrolladas por los miembros de la Fuerza Pública al encontrarse la famosa Guaca*».

A continuación se refiere a las categorías penales que estructuran la conducta punible y cita las normas de los Códigos Penal y Penal Militar que las definen, y asevera que es «*absurdo*» que los sentenciadores de primer y segundo grado hubieran dado aplicación a la Ley 1201 de 2008, que regula el hallazgo de bienes por parte del servidor público, para resolver el caso concreto, pues esta norma es posterior a la ocurrencia de los hechos objeto de juzgamiento, con lo cual trasgredieron los principios de irretroactividad de la ley penal y favorabilidad, este último que, precisa, solo procede a favor del acusado.

Añade que en el proceso no se demostró quién era el dueño de los dineros hallados por los militares incriminados, luego considera que tales bienes no pertenecían a nadie, situación frente a la cual, aduce, no resulta aplicable la supracitada ley, sino el artículo 700 del Código Civil que reglamenta lo relativo al descubrimiento de tesoro.

Después de enunciar los elementos que doctrina y jurisprudencia han establecido como constitutivos del delito de peculado por apropiación, afirma que si «*enlazamos la*

situación fáctica... con la norma analizada, podemos concluir fácilmente, sin lugar a equivocarnos, que bajo ninguna circunstancia tipifican dichos hechos en la conducta de un hecho punible (sic); además que no se afectó el bien jurídico tutelado, pues no se probó que el Estado fuera el dueño del dinero hallado por los acusados, por tanto el fallo impugnado vulnera «*el principio de legalidad*», respecto del cual se encarga de citar jurisprudencia de la Corte Constitucional.

4. Cargo único de las demandas formuladas por el defensor del suboficial WILSON RAFAEL SARMIENTO GUZMÁN (CP) y de los soldados voluntarios del Ejército Nacional LUIS ANTONIO CHÍA ORTIZ, EVARISTO FLÓREZ ARENAS, FERNEY GALINDO ROJAS, PABLO GONZÁLEZ VELA, LUCIO LEÓN LEÓN y EMERSON RODRÍGUEZ ARDILA.

La Corte compendiará a continuación las demandas presentadas en nombre de cada uno de los acusados en mención como si se tratara de una sola, habida cuenta que los asiste el mismo defensor y el cargo que se postula en cada caso se sustenta en idénticos argumentos fácticos y jurídicos.

El casacionista manifiesta que los juzgadores de instancia incurrieron en la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 397 del Código Penal, que tipifica en delito de peculado por apropiación.

Una vez transcribe el precepto que reputa indebidamente aplicado y las normas que consagran los principios de legalidad y tipicidad, expone que en materia penal al juzgador

solo le es permitido aplicar las leyes pre-existentes al acto imputado y vigentes al momento de su realización, las cuales deben describir de forma inequívoca la conducta cumplida por el acusado.

Anota que la normativa en que se sustenta la condena proferida en contra de sus representados, esto es, la Ley 1201 de 2008, no observa las referidas exigencias de orden constitucional y legal, toda vez que no había sido promulgada cuando se cometió el hecho juzgado, siendo precisamente este suceso el que determinó la iniciativa legislativa que concluyó en su expedición, ante la necesidad de «*establecer sanciones graves de carácter penal, disciplinario y fiscal a quienes se apropien de bienes hallados en ejercicio de su actividad militar*», luego de lo cual cita la exposición de motivos que apoyó su presentación en el Congreso.

Destaca que el comportamiento realizado por sus defendidos no se adecua al tipo previsto en el artículo 397 del Código Penal, al punto que el legislador se vio en la necesidad de proferir una ley que estableció nuevas circunstancias que permiten encuadrar el hecho juzgado en este proceso para que pudiese ser objeto de sanción penal, lo cual se materializó en la pluricitada Ley 1201 de 2008, que además hizo claridad en el sentido de que los bienes mostrencos hallados de manera fortuita por servidores públicos en cumplimiento o con ocasión de sus funciones pertenecen a la Nación, situación que, afirma, no está

contemplada en la descripción típica del delito de peculado por apropiación.

Refiere que no obstante la imposibilidad jurídica de aplicar el artículo 5° del mencionado estatuto para edificar la condena de los militares incriminados, toda vez que el mismo no había sido expedido cuando ocurrieron los hechos objeto de juzgamiento, su empleo por parte de los juzgadores de instancia es lo que configura el yerro por aplicación indebida del artículo 397 del Código Penal, norma ésta que antes del año 2008 no contemplaba que el servidor público, en ejercicio o con ocasión de sus funciones, se apropiara de bienes mostrencos, tal como cataloga el dinero hallado por los procesados, motivo por el cual se determinó que en tal caso se incurría en el delito de peculado por apropiación. Por tanto, de no haberse cometido el vicio denunciado, el fallo habría sido de carácter absolutorio.

Por último, solicita a la Corte casar la sentencia recurrida y, en su lugar, absolver a sus prohijados del cargo formulado en la resolución acusatoria.

5. Primer cargo de la demanda formulada por la Delegada del Ministerio Público.

Expresa que el juez colegiado violó directamente la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 397 del Código Penal.

Manifiesta que los falladores de instancia, frente a la configuración del delito de peculado por apropiación,

tuvieron en cuenta (i) la calidad de servidores públicos que para la fecha de los hechos tenían los integrantes de las compañías «*Buitre*» y «*Demoledor*», adscritas al Batallón de Contraguerrilla No. 50 «*Batalla de Palonegro*», de la Brigada Móvil No. 6; (ii) la orden de operaciones que cumplían; y, (iii) que en desarrollo de la misma hallaron dinero en efectivo –dólares y pesos– enterrados en una caleta, de los cuales se apropiaron, cuando su deber funcional era reportarlos a sus superiores y custodiarlos mientras se dejaban a disposición de la autoridad respectiva.

Luego de transcribir apartes de las sentencias de primero y segundo grado, la agente del Ministerio Público indica que en ellos se reconoce sin ambages que la misión encomendada a los militares acusados se contraía a ejercer control del área en que hacían presencia los insurgentes de la cuadrilla «*Teófilo Forero*» de las FARC, así como a garantizar las comunicaciones de las unidades castrenses que directamente estaban en la búsqueda y rescate de tres ciudadanos norteamericanos y un militar colombiano secuestrados por el mencionado grupo armado ilegal, y que dentro de la misión que les fue encomendada no estaba la «*de hallar o de encontrar dineros de la columna guerrillera*»; hechos que la impugnante dice no cuestionar.

De igual forma, anota que también comparte la declaración de los falladores de instancia, en el sentido que los procesados hallaron una caleta con dineros en desarrollo de la orden de operaciones que ejecutaban, y que se apropiaron de los mismos repartiéndolos entre sus

integrantes omitiendo informar el hallazgo a sus superiores cuando era su deber funcional hacerlo.

Refiere que la ilegalidad del fallo estriba en que los juzgadores de primero y segundo nivel, a partir de la anotada situación fáctica, concluyeron que se tipifica el delito de peculado por apropiación, puesto que dicha conducta, en razón de los principio de legalidad y taxatividad de la norma penal, demanda para su configuración que el bien sobre el cual recae la apropiación por parte del servidor público haya entrado al «*ámbito de custodia de la administración pública*», lo cual, afirma, en el asunto de la especie no ocurrió debido a que «*los dineros no fueron incautados con el procedimiento correspondiente, reporte y elaboración de [la respectiva] acta*», luego adoleciendo de tal exigencia no podían ser objeto del ilícito en comento.

Destaca que al no reportarse el hallazgo del dinero y haberse prescindido de la elaboración de las respectivas actas con la finalidad de dejarlo a disposición de la autoridad competente, impide reputarlo como «*bienes oficiales*» y, por ende, no es pasible de la apropiación a que se refiere el delito de peculado, aunque sí se presenta la «*omisión de un acto propio del cargo o el incumplimiento del deber inherente a la función que cumple el servidor público*», que eventualmente tipificaría el reato de prevaricato por omisión, comportamiento que no fue endilgado fáctica ni jurídicamente a los procesados.

Añade que aun aceptando que los militares inculpatos tenían el deber funcional de identificar,

incautar y reportar el caudal hallado en la caleta, para la estructuración del ilícito por el que se les condenó, «*el bien apropiado tenía que haber ingresado previamente a la administración pública*», lo cual, destaca, no sucedió por las razones consignadas anteriormente.

De otra parte, refiere que el deber funcional de informar acerca del pluricitado hallazgo correspondía «*por jerarquía y comunicación directa con el puesto de mando atrasado, directamente al Comandante de la Contraquerrilla que lo encontró*», esto es, al teniente FERNANDO ILICH MOJICA CALDERÓN, oficial al mando de la Compañía «*Demolador 6*», y no a todos los integrantes de las dos Compañías como lo afirmó el Tribunal, de donde colige que la conducta en que pudieron haber incurrido los demás militares subordinados que «*guardaron silencio y no denunciaron teniendo el deber [de hacerlo]*» es la de omisión de denuncia.

Critica que el ad quem concluyera que el mero hallazgo de «*dinero abandonado en la selva*» originara para los militares que lo encontraron un deber de «*custodia automática*» respecto del mismo, pues considera que el simple «*contacto físico*» entre el servidor público y el bien no genera *per se* tal efecto, sino que de acuerdo con la descripción típica del artículo 397 del Código Penal, es necesario que previamente al apoderamiento aquellos hayan ingresado al ámbito oficial, lo cual, asevera, no aconteció en el caso particular, toda vez que el circulante fue descubierto de manera «*casual*» por los militares acusados, de donde

infiere que sus presuntos propietarios, valga decir, «*las FARC o las víctimas que pagaron para no ser secuestrados o que fueron ‘boletados’*», no tuvieron la intención de entregar esos dineros en administración, custodia o tenencia a los inculcados, pues de haberlo querido así «*no lo habrían enterrado, no lo habrían abandonado, sino que habrían concertado un encuentro para hacer entrega de los dineros, probabilidad ésta muy remota, habida consideración del contexto bélico de las acciones, la procedencia al parecer ilícita de los dineros y la indeterminación de los propietarios. Y, sobre todo, por la causa y objeto ilícitos [de los mismos]*».

Luego de citar jurisprudencia de esta Corporación –CSJ SP, 9 feb. 2011, rad. 35603– acerca de los elementos constitutivos del delito de peculado por apropiación, la Delegada del Ministerio Público indica que los juzgadores de instancia reconocen que el dinero hallado por los procesados estaba «*encaletado*» y que ningún particular se los entregó para su custodia, tenencia o administración, luego en la conducta de aquellos no concurre el elemento normativo del tipo penal relativo a que el objeto material «*se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones*» al servidor público, pues afirma que «*los bienes [de] particulares sean lícitos o no... ipso facto y de manera inmediata no ingresan a la órbita del Estado, [así que] preciso es que... éstos los hayan entregado o confiado a la administración o la administración los haya incautado o decomisado mediante un trámite reglado*»; además considera que «*una cosa es encontrar o hallar un bien enterrado, que en la sentencia se da por probado es de particulares... y otra muy distinta que siendo el*

bien supuestamente de propiedad de particulares, el servidor público lo haya recibido por causa y razón de la función que cumple».

Agrega que en tratándose de bienes de particulares de procedencia ilícita, como los hallados por los inculcados, para incurrir en el reato de peculado por apropiación no es suficiente con reunir la calidad de servidor público, ejercer la función asignada por la ley o el reglamento y por razón o con ocasión de ésta apropiarse de aquellos, sino que además previamente el bien debe haber ingresado a la órbita de disponibilidad del Estado, lo que solo ocurre «*mediante el comiso, la incautación o el inicio de un proceso de extinción de dominio*», y como ninguna de tales hipótesis se cumplió en el caso concreto, concluye que los dineros encontrados por los militares procesados no entraron en tenencia, custodia o administración del Estado y, por tanto, la conducta es atípica.

Manifiesta que la cita jurisprudencial –CSJ SP, 9 feb. 2011, rad. 27850– traída a colación por el ad quem para apoyar su tesis de la existencia del delito de peculado por apropiación, no tiene aplicación al caso concreto, porque «*los hechos a que se contrae la sentencia referida... tuvieron acontecer fáctico bajo la vigencia de la Ley 1201 de 2008, esto es, cuando ya había quedado regulado a través de ella lo pertinente a hallazgos de dineros en procedimientos y operaciones militares*».

Expresa que la citada ley se expidió para criminalizar un comportamiento no cobijado hasta ese momento por el

tipo penal previsto en el artículo 397 del Código Penal, valga decir, la apropiación de «*dineros*» hallados por «*parte de miembros de la fuerza pública en desarrollo de operaciones militares*», por lo cual sostiene que dicha normativa modificó la descripción típica del delito de peculado, extendiendo su ámbito de aplicación a situaciones donde la conducta recaerá sobre bienes que «*aún no han sido incautados o aún no han sido reportados, [o] no han sido decomisados*».

Menciona que los juzgadores de instancia se equivocaron al soportar el fallo de condena en la Ley 1201 de 2008, pues siendo norma posterior a los hechos juzgados no podía ser aplicada retroactivamente al caso concreto, precisamente por ser desfavorable a los intereses de los acusados.

En punto de la trascendencia, señala que se condenó a los militares procesados por una conducta atípica, afectándose sus derechos fundamentales a la dignidad humana, libertad, buen nombre y trabajo; además que el fallo impugnado «*constituye indirectamente un triunfo en los escritorios para la guerrilla, porque sin necesidad de entrar en contacto armado fueron dados de ‘baja administrativa’, fueron ‘neutralizados’, 147 militares que protegían la vida, honra y bienes de los colombianos*».

Por último, solicita a la Corte casar la sentencia rebatida y, en su lugar, absolver a los acusados del delito de peculado por apropiación.

6. Segundo y tercer cargo de la demanda formulada por la defensora de los suboficiales LUIS ENRIQUE CASTRO

TEJEDOR (SS), CARLOS FERNANDO LÓPEZ OSORIO (CP), DIEGO FERNANDO RACINES PLAZA (SV) y YOVANY LIZARAZO VALDERRAMA (CP), y de los soldados voluntarios del Ejército Nacional HERNEY ANACONA BOLAÑOS, WILFREDO CERQUERA PATARROYO, RICHARD EMILIO CUASPUD CANCHALA, WILLIAM GASCA VALENCIA, PABLO GONZÁLEZ VELA, LUIS HERNEY GONZÁLEZ MURILLO, JOSÉ ANTONIO HERRERA BLANCO, POLBRAYAN LEÓN LAVACUDE, FRUDIS LOAIZA POLOCHE, JABER OBEIMAR LÓPEZ FIGUEROA, JUAN CARLOS OME ORTIZ, JULIÁN ANDRÉS ORTIZ MUÑOZ, JOSÉ FELICIANO OSORIO CAMPOS, NÉSTOR YAMID PAJOY POBRE, ELCIARIO RAMÍREZ MOSQUERA, ALEXANDER RIAÑO MANCIPE, LUIS FERNANDO RIASCOS RIASCOS, FREDY ALEXANDER ROJAS, MAURICIO ALEXANDER SÁNCHEZ, WILSON ALEXANDER SANDOVAL GUZMÁN, NELSON ANTONIO SÁYAGO ESCALANTE, EDINSON SOLÍS MONTAÑO, JOSÉ NORBERTO SOTO HORTÚA, LUIS HERNANDO SUAZA MONTEALEGRE, FREDY ALFONSO TARAZONA CÁCERES, LUIS DARÍO TELAG TITISTAR, EDGAR TRIANA ALBARRACÍN, SAÚL NAIR URIBE SÁNCHEZ, JOSÉ LUIS URIBE SANTANDER, HERNANDO VALENCIA VARGAS, YUVER VARGAS VARGAS, JUAN CARLOS VÁSQUEZ JAIME, DANY FREDY VERANO RUÍZ y HERNEY VIVEROS LUCUMY.

En el **segundo cargo** la demandante señala que el ad quem incurrió en la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 397 del Código Penal, toda vez que se equivocó en el proceso de adecuación de los hechos juzgados a la hipótesis contenida en el citado precepto, en otras palabras, acota, se *«presenta un error de diagnóstico, porque al caso juzgado se le aplica una norma que... no es la que correspondía»*.

Después de transcribir apartes de la sentencia de segundo grado, refiere que el ad quem debió tener en cuenta que, al margen de la calidad de militares de sus defendidos, las *«pruebas arrimadas indican claramente que el agente activo, si bien cumplía como servidor público, no tenía relación funcional sobre los bienes apropiados»*, de donde concluye que la conducta de aquellos tipificaría el delito de abuso de confianza, mas no el de peculado por apropiación; comportamiento aquel que no fue endilgado en la resolución acusatoria y que en la actualidad se encontraría prescrito.

Agrega que el juzgador de segundo grado basó la errada adecuación típica en los medios de prueba allegados a la actuación, pasando por alto que los mismos *«ofrecen una duda procesal en cuanto a cuál es la norma y el tipo penal realmente a imponer»*, y de esa manera incurrió *«en un error de derecho por violación indirecta de la norma sustancial, por falso juicio de convicción»*.

En cuanto al **tercer cargo**, expresa la censora que el Tribunal Superior Militar incurrió en *«error directo, violación [de la] norma sustancial, por falso juicio de legalidad»*, en razón a que consideró típica del delito de peculado por apropiación la *«conducta relacionada con el hallazgo fortuito de bienes mostrencos por parte de servidores públicos en ejercicio de sus funciones»*, cuando en verdad ésta no se encontraba prevista como delito en la Ley 599 de 2000 para la época en que ocurrieron los hechos juzgados –año 2003–, y

solo vino a serlo hasta la promulgación de la Ley 1201 de 2008.

Discrepa de la afirmación del ad quem relativa a que la mencionada normativa no creó un nuevo tipo penal, sino que se limitó a corroborar el comportamiento delictual previsto en el artículo 397 del Estatuto Punitivo, ya que *«el artículo 5° de la aludida ley, enunció el verbo rector “incurrirá”... lo que constituye otra prueba que demuestra que con la Ley 1201 de 2008... se tipificó dicha conducta»*.

Por último, solicita a la Corte casar la sentencia confutada y, en su lugar, proferir el *«fallo que en derecho legalmente corresponda»*.

7. Primer cargo de la demanda formulada por la defensora del suboficial JUAN PABLO GUTIÉRREZ LÓPEZ (CP) y de los soldados voluntarios del Ejército Nacional ALEXANDER ÁNGULO MOSQUERA y DARWIN ALFONSO ÁVILA ROYERO.

La recurrente expone que el juzgador de segundo grado trasgredió de manera directa la ley sustancial, toda vez que el delito de peculado por apropiación por el cual fueron condenados los militares inculcados no se configuró, es decir, su comportamiento es atípico; además, el fallo opugnado se sustentó en la Ley 1201 de 2008, normativa posterior a los hechos juzgados, ocurridos en el año 2003, vulnerándose así el debido proceso y el principio de legalidad

consagrados en disposiciones de rango constitucional y legal que se encarga de transcribir.

Critica a los juzgadores de instancia por desconocer el principio de legalidad que les imponía aplicar al caso concreto las normas vigentes cuando se realizó la conducta objeto de juzgamiento y que, en cambio, en orden a sustentar la condena, aplicaran retroactivamente una normativa desfavorable a los intereses de sus defendidos, como es la supracitada ley.

Después de citar el artículo 397 del Código Penal y enunciar los elementos estructurales del ilícito de peculado por apropiación, señala que en ninguna de las etapas del proceso se probó que los dineros hallados por los acusados *«fueran de propiedad del Estado y que los mismos se hubieran dado en custodia al personal militar»* implicado.

Añade que es evidente la *«aplicación indebida»* de la Ley 1201 de 2008, amén que por la mera circunstancia de ser miembros de las Fuerzas Militares *«se les dio la calidad de funcionarios públicos y por esa sola función constitucional se indicó que cometieron el delito imputado»*, cuando para la tipificación del reato de peculado por apropiación era preciso que los dineros estuvieran bajo su administración, custodia o tenencia, lo que no sucedió en el asunto de la especie dado que no se conocía su procedencia ni quién era su dueño, luego se trataba de bienes mostrencos que solo podían ingresar a las arcas del Estado si previamente se adelantaba

la respectiva actuación ante la justicia civil, o si aquellos tenían origen ilícito debía promoverse el trámite de extinción de dominio, nada de lo cual se cumplió.

8. Segundo cargo de la demanda formulada por el defensor del soldado voluntario del Ejército Nacional WILSON DE JESÚS ARTUNDUAGA.

Manifiesta el libelista que el Tribunal Superior Militar incurrió en la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 2, 180 a 183 y 196 a 218 de la Ley 522 de 1999, en particular el segundo grupo de las normas en mención que en dicha codificación consagra las modalidades del delito de peculado.

Estima que los hechos materia de juzgamiento no se adecuan a ninguna de las hipótesis comportamentales en cuestión, por lo que la conducta endilgada a los militares procesados deviene atípica, pues para la época en que ocurrieron no existía *«normatividad vigente que así lo determinara»*.

De otra parte, asevera que el actuar de los acusados no vulneró el bien jurídico de la administración pública, toda vez que los dineros que *«aparentemente»* encontraron y de los cuales supuestamente se apropiaron, *«no eran del Estado, y mucho menos los mismos se les habían entregado a los militares para su manejo, ni en custodia o en cualquier otra modalidad»*.

En seguida el impugnante se ocupa de enunciar y definir los elementos estructurales de la conducta punible, asimismo transcribe los artículos 180 a 183 del Código Penal Militar que consagran algunas modalidades del delito de peculado, para luego concluir que la conducta de su representado es atípica frente al mencionado ilícito, por cuanto si bien es cierto que para la época de los hechos aquel era servidor público, también lo es que *«no tenía bajo su responsabilidad [el] manejo de recursos del Estado, requisito indispensable para que se configure el delito de peculado por apropiación... [puesto que respecto] de los dineros encontrados por los militares... aún no se ha determinado su procedencia, su propietario, ni su legitimidad»*.

Agrega que en el *«hipotético caso»* de que el comportamiento de los militares inculcados se adecuara al delito que les fue endilgado, se debe tener en cuenta *«la situación de dominio que sobre su voluntad (principio de obediencia debida) poseía el oficial al mando de la operación»*, habida cuenta que en una institución fuertemente jerarquizada como el Ejército Nacional se *«presenta una cadena de mando estricta y cerrada»*, donde el soldado es el *«último eslabón»* y, por ende, está conminado a *«obedecer sin objeción las directrices del superior a cargo»*, so pena de incurrir en delitos de desobediencia e insubordinación.

Finalmente, solicita a la Corte casar la sentencia rebatida y, en su lugar, proferir *«un fallo que le permita restituirle los derechos y libertades a mi mandante»*, así como a todos los demás condenados.

9. Segundo cargo de la demanda formulada por la defensora del oficial JORGE SANABRIA ACEVEDO (TE), de los suboficiales DORIAN JAVIER ESCORCIA NARVÁEZ (SS), WILFREDO ARLEY SANTOS BRIÑEZ (CP), ÁNGEL ROBINSON TELLO RIVAS (SS) y PEDRO ANTONIO VAQUEN TALERO (SV), y de los soldados voluntarios del Ejército Nacional LUCIANO BUITRAGO QUINTERO, LUIS MAURICIO CORTÉS GONZÁLEZ, YOVANY DÍAZ CAÑÓN, CARLOS ALFREDO ERAZO JOJOA, DIEGO FERNANDO ESCOBAR BRIÑEZ, ELISEO FLORES CRISTANCHO, JOSELÍN FORERO ALFONSO, AUDREY GIRALDO BEDOYA, ELÍ FREDY GÓMEZ URBANO, GILDARDO GUTIÉRREZ, ROBINSON HINESTROZA, JESÚS DANILLO JIMÉNEZ BLANDÓN, JAIR JUNCA PUENTES, JHON FREDY LADINO LADINO, VÍCTOR MANUEL LEÓN SANTOS, GREGORIO LIZARAZO RINCÓN, ROSO ALBEIRO LÓPEZ RICO, YESID FERNANDO MÁRQUEZ FUENTES, JUAN CARLOS OME ORTIZ, WILSON ENRIQUE PALOMINO TAPIERO, ALBERT HERNÁN PINEDA ÁLVAREZ, HEIBER POSADA SÁNCHEZ, EDINSON RODRÍGUEZ VALLEJO, LUIS GABRIEL SÁNCHEZ ALOMIA, JAVIER ANTONIO SERNA, SAÚL NAIR URIBE SÁNCHEZ, JHON JAIME VIVAS PEÑALOSA.

Refiere la casacionista que el ad quem incurrió en la «*aplicación indebida de una norma legal*» por cuanto calificó la conducta de sus defendidos como peculado por apropiación, cuando la misma es atípica frente a dicho delito.

Cita el artículo 397 del Código Penal que prevé el referido punible, así como apartes de la sentencia de segundo grado relativos a los elementos que lo configuran en el caso concreto, y afirma que «*en ningún momento dentro del acervo probatorio se probó que [los dineros] fueran bienes del Estado*», lo que aunado a que «*no [se] tiene certeza sobre la vulneración del bien jurídico protegido*», evidencia que los

hechos juzgados no se adecuan a la hipótesis contenida en el mentado tipo penal.

Añade que en el asunto examinado no se demostró la existencia de mandato constitucional o legal que impusiera a los militares acusados el deber de administración, custodia o tenencia de los dineros hallados, quedando ausente de acreditación la relación jurídica o material entre los procesados y los bienes supuestamente apropiados, surgida por razón o con ocasión de las funciones que ejercían, que exige para su configuración el ilícito de peculado por apropiación; luego, dice, de haber interpretado correctamente la «*norma constitucional*», la sentencia habría sido absolutoria.

En consecuencia, solicita a la Corte casar el fallo confutado y, en su lugar, absolver a los procesados del cargo formulado en la acusación.

10. Primer cargo de la demanda formulada por el defensor del oficial del Ejército Nacional (TE) ILICH FERNANDO MOJICA CALDERÓN.

El demandante afirma que el Tribunal trasgredió de manera directa la norma sustancial por exclusión evidente «*de la normatividad aplicable a los miembros de las Fuerzas Militares*», lo que a su vez dio lugar a la aplicación indebida de los artículos 397 del Código Penal y 5 de la Ley 1201 de 2008, entre otros.

Después de referirse al concepto y alcance del fuero penal militar y a los elementos estructurales de la conducta punible de peculado por apropiación, manifiesta que en el caso concreto el delito endilgado a su representado es *«inexistente bajo los elementos señalados en el Código Penal Militar aplicable para la época [de los hechos juzgados]»*, además que para establecer si éstos eran de competencia de la justicia castrense, era imperioso determinar la existencia de un vínculo entre *«el delito y la actividad propia del servicio»*, cuya característica es la de ser próximo y directo, no hipotético o abstracto como, asevera, acontece en este asunto, *«dejando a un lado la especialidad del fuero militar y llamando o trayendo a esta legislación normas de la jurisdicción ordinaria penal, bajo el presunto entendido de existir un vacío en la legislación para los actos desplegados [por los acusados]»*.

En esa medida, señala que no existió relación directa entre el delito de peculado por apropiación y el servicio que cumplían los procesados, puesto que *«sus comportamientos fueron ab initio criminales»*.

Expone que resulta equívoco pretender acreditada la existencia del ilícito en cuestión, *«por cuanto no [se] probó que el bien fuera de un particular o incluso del propio Estado, pues en este caso, la única demostración válida para desvirtuar[lo] habría sido acreditar que el bien era de propiedad del condenado o del propio Estado»*, a lo que agrega que la circunstancia de que no se hubiera identificado al particular

que presumiblemente era dueño del dinero, no comporta que tal elemento del delito no se presente, ni que el servidor público tenga absoluta capacidad de disposición sobre el bien que se le ha confiado por razón o con ocasión de sus funciones.

Menciona que se requiere la confluencia de tres requisitos para que se configure el delito de peculado por apropiación, a saber: que el sujeto agente sea servidor público, que se la haya entregado un bien en administración, custodia o tenencia por razón o con ocasión de sus funciones y que disponga de él como si fuera su dueño, y en cuanto a este último aspecto destaca que *«basta que la disposición esté relacionada en tal forma con la función, que aquella no hubiera sido posible sin ésta»*.

En cuanto al segundo de los elementos referidos, el censor expresa que no se presenta en la conducta enrostrada a los procesados, toda vez que no se demostró que los dineros hallados estuvieran vinculados con los militares incriminados *«mediante una relación de dependencia funcional»*, en la medida en que éstos no tenían la misión de administrarlos o custodiarlos y tampoco dichos bienes eran de propiedad del Estado.

Critica la sentencia del Tribunal por *«escueta y sin análisis jurídico»*, que además califica de ambigua y confusa, tras lo cual menciona que en el trámite procesal se presentaron irregularidades sustanciales que no le merecieron ninguna atención a los juzgadores de instancia,

quienes tampoco se refirieron de manera puntual a los planteamientos de los sujetos procesales, resaltando que el mayor dislate se presentó por la errada calificación jurídica que dieron al comportamiento de los procesados, a quienes condenaron por la mera calidad de militares y el deber funcional que cumplían cuando hallaron el dinero, al considerar que esas circunstancias los ubicaban como custodios del mismo, olvidando que tales bienes no ingresaron al «*erario [público]*» ni se demostró que fueran de particulares, aunque los falladores presumieron que pertenecían a las FARC, mucho menos que les fueron entregados o confiados por persona alguna; amén que en la sentencia impugnada se aplicó la Ley 1201 de 2008, que posteriormente vino a regular el comportamiento de los militares implicados, lo que en su sentir demuestra que cuando ocurrieron los hechos juzgados, éstos no estaban consagrados en la legislación penal militar como delito.

Señala que en la conducta punible de peculado por apropiación la acción recae sobre bienes que hayan sido confiados o entregados al servidor público por razón o con ocasión de sus funciones, pero no respecto de aquellos «*que son encontrados o hallados fortuitamente, pues los mismos no se podían reputar, por el simple encuentro, como bienes oficiales o de propiedad del Estado*» como, asevera, equivocadamente lo concluyeron los juzgadores de instancia, para lo cual era necesario que se hubiera adelantado un procedimiento de incautación con miras a ejercitar la acción de extinción de dominio.

Insiste en la atipicidad del comportamiento atribuido a sus defendidos, quienes, considera, por tal razón debieron ser absueltos del delito de peculado por apropiación, máxime cuando «*se sabía [que] en ausencia clara y objetiva de conducta penalizada por la ley, no podían levantarse cargos contra los militares, por la pervivencia de error de tipo y error de prohibición*».

11. Cargo único de la demanda formulada por la defensora de los soldados voluntarios del Ejército Nacional DIEGO EDISON LÓPEZ MELENGUE y RUBÉN DARÍO RONCO RUBIANO.

La recurrente afirma que el ad quem incurrió en la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 397 del Código Penal, que consagra el delito de peculado por apropiación, y 5° de la Ley 1201 de 2008, que regula el hallazgo de bienes mostrencos por servidores públicos en cumplimiento o con ocasión de funciones públicas.

Manifiesta que en razón del yerro denunciado se vulneró la garantía fundamental del debido proceso y el principio de legalidad consagrado en cánones de rango constitucional y legal que se encarga de citar junto a las normas que estima indebidamente aplicadas, dado que los juzgadores de instancia emplearon un precepto –art. 5 de la Ley 1201 de 2008– inexistente para el momento en que ocurrieron los hechos juzgados, con la finalidad de adecuar

el «*hecho fortuito de encontrar caletas con dineros que claramente nunca le han pertenecido al Estado ni le fueron entregados en custodia a mis defendidos de manera legítima ni formal*», al delito de peculado por apropiación.

Resalta que el Tribunal no diferenció entre el hallazgo de los dineros y el decomiso e incautación de los mismos, pues el primero es «*fortuito, aleatorio e inesperado*», mientras que el segundo consiste en la entrega formal del bien y genera para el servidor público el deber de custodia, tenencia o administración del mismo, situación esta última que no se verificó en el caso de los procesados.

Luego transcribe apartes de la sentencia de segundo grado acerca de la tipicidad de la conducta desarrollada por los implicados y asevera que si bien los militares omitieron informar a sus superiores sobre el hallazgo de la caleta, ello a lo sumo es violatorio del reglamento, pero en manera alguna esa «*omisión*» constituye delito, máxime que no se probó que esos dineros fueran de propiedad del Estado o de un particular, pues la afirmación del ad quem de que pertenecían a las FARC la considera carente de fundamento probatorio, por lo tanto el deber de custodia de los mismos no surgió de forma «*automática*» para los procesados.

En esa medida, pide a la Corte pronunciarse en orden a «*desarrollar [la] jurisprudencia por la relevancia social y jurídica del tema*».

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal, solicita a la Corte casar el fallo por razón de las censuras admitidas, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Luego de destacar que en tratándose de la violación directa de la ley sustancial ninguna controversia es dable plantear en punto de los hechos y las pruebas, tal como fueron declarados aquellos y valoradas éstas en los fallos de instancia, limitándose el esfuerzo demostrativo del postulante a evidenciar en un plano estrictamente jurídico el cuestionamiento de tipicidad, evoca el acontecer fáctico relacionado en el fallo confutado y destaca como hechos probados en el proceso los siguientes:

(i) Los efectivos castrenses que integraban las compañías «*Demolador*» y «*Buitre*», pertenecientes al Batallón de Contraguerillas No. 50, «*Batalla de Palonegro*», para el mes de abril de 2003 cumplían la orden de operaciones «*Fortaleza II*» en el área del municipio de San Vicente del Caguán, en cuyo desarrollo incautaron varias caletas que contenían material de guerra, intendencia y una suma indeterminada de dinero, al parecer de propiedad del grupo ilegal FARC.

(ii) Tales militares se sustrajeron al mandato general operativo de informar a sus superiores sobre el aludido hallazgo, concertándose para distribuir entre los miembros de las citadas compañías el dinero hallado en una de las

caletas, cuyo monto se desconoce, parte del cual fue destruido.

(iii) Dicho hallazgo fortuito se dio como consecuencia directa de la misión castrense desarrollada por los procesados, consistente en labores de registro y control militar del área, según las órdenes generales impartidas, por lo que el descubrimiento era previsible y, como tal, su deber era informar del mismo a sus superiores y proceder en consonancia con las instrucciones que sobre la materia les habían sido dadas. Y,

(iv) La titularidad de los valores hallados por los acusados está «*en cabeza del Estado*», habida cuenta que los mismos son producto de la actividad delincencial de grupos armados al margen de la ley, por lo cual su aseguramiento y puesta a disposición de la autoridad respectiva dimana natural de la función de las Fuerzas Militares.

Hace referencia al principio de legalidad para destacar que es un derecho-deber instituido a favor de los asociados con una doble función, de una parte la de señalar aquellos comportamientos que deben ser acatados por los asociados (preventiva) y, de otro lado, garantizar que éstos tengan conocimiento previo y pleno de las reglas que limitan su comportamiento en comunidad.

En esa medida, anota, solo aquellas conductas que correspondan integralmente a la descripción

comportamental consagrada previamente por la norma sustantiva sancionatoria, podrán ser objeto de punición.

En punto del delito de peculado, señala el Delegado de la Procuraduría que la materialización de dicho punible demanda que los caudales objeto de apropiación o malversación sean necesariamente de naturaleza pública y que el funcionario público los haya percibido directa o indirectamente dentro de un ámbito funcional que le impone responder por ellos, de donde se sigue que el bien jurídico materia de tutela se bifurca en dos objetos de protección, a saber: (i) la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y (ii) el no abuso de poder del servidor respecto de los deberes de funcionales de lealtad y probidad a los que está sujeto.

Agrega que en lo tocante al objeto material de la conducta, varias son las clases de bienes sobre los cuales puede recaer la acción que ella describe, siendo de importancia para el caso analizado los bienes de particulares, frente a los cuales acota que para la configuración del delito en cuestión es necesario que los mismos «*hubieran sido dejados en manejo o custodia del Estado por un acto voluntario del particular*» y, además, que el funcionario público asuma tal manejo o custodia por razón de un vínculo funcional, o que dicha situación surja «*ingénita de la actividad funcional*» del servidor que desarrolla tal labor.

Por tanto, anota, para que se materialice el delito de peculado es necesario que exista un «*vínculo funcional entre*

el bien y el servidor público», surgiendo para éste la posibilidad de manejo o custodia de las especies sobre las que recae la acción *«peculatoria»* por razón de una situación de hecho o como consecuencia de la función jurídica que cumple el agente.

No obstante, afirma que tales teorías *«resultan viciosas en la solución de la cuestión»*, pues en el caso concreto si bien los procesados entraron en posesión de los dineros objeto de apropiación con motivo de una operación castrense, los mismos *«no fueron materia de entrega material o jurídica por parte de la administración o de particulares a los efectivos militares»*, sino que éstos realizaron un *«hallazgo»* de dichos bienes.

Después de formular interrogantes acerca de si el efectivo del que se apropiaron los acusados les fue *«entregado»* por el Estado o los particulares; si el dinero hallado debe reputarse *«público o de custodia estatal»*; si la calidad de bien relicto o mostrenco de tales valores se pierde cuando es hallado *«por militares y deviene (sic) de aparente propiedad del enemigo»*; y sobre cuál era la *«específica fuente de atribución legal»* que posibilitó a los uniformados inculcados apoderarse de los bienes; el delegado del Ministerio Público advierte que tales cuestionamientos actualmente encuentran respuesta en los artículos 1° y 5° de la Ley 1201 de 2008, normativa que resulta inaplicable al asunto examinado dado que no estaba vigente para la época de los hechos.

Refiere que el vacío legal anotado pretendió ser llenado en el fallo confutado con la tesis según la cual la fuente general de atribución, de la cual nace el vínculo funcional, la constituye el inciso 2° del artículo 217 de la Carta Política; mientras que la fuente próxima la constituirían el Manual General de Operaciones, la Orden General de Operaciones y la Orden de Operaciones Fragmentaria No. 030.

Seguidamente cita jurisprudencia³¹ de esta Sala de la Corte acerca de **los elementos constitutivos del delito de peculado por apropiación** y, particularmente, sobre el vínculo funcional que debe existir entre el objeto material de la conducta y el agente, de donde concluye que dichas exigencias normativas no concurren a cabalidad en la conducta de los procesados.

En sustento de tal aserto indica que el efectivo objeto de apropiación «*no fue el producto de la entrega que la administración realizara... al grupo de militares para que ejercieran sobre tal [bien] actos de administración, manejo o custodia*», tampoco «*procedió por parte de los insurrectos la entrega de dicho dinero a los aludidos uniformados*», sino que entraron en posesión del mismo en razón de su «*hallazgo*» en una caleta enterrada en medio de la selva, luego no tenían disponibilidad jurídica respecto de dichos valores, que en últimas vienen a constituir un «*bien susceptible de ser declarado mostrenco, cuyo origen se presume en el grupo irregular pero sin que nada permita corroborarlo o infirmarlo*».

³¹ CSJ SP, 9 feb. 2011, rad. 35603 y CSJ SP, 13 jul. 2006, rad. 25266.

Agrega que por las mismas razones, esto es, la falta de entrega del dinero, material o jurídica, por parte de la administración o de particulares a los militares implicados, por razón de sus funciones, sumado a que éstos no tenían «*legalmente respecto del mismo una esfera de vigilancia superior*», habida cuenta que la Orden General de Operaciones y las órdenes fragmentarias derivadas de ella nada disponían sobre el hallazgo de caletas, salvo «*informar a los superiores*», tampoco se configura la disponibilidad material de los acusados sobre los caudales.

Afirma que aun cuando la Orden de Operaciones No. 04 fija en uno de sus acápites los procedimientos a seguir en caso de capturas, bajas en combate y hallazgo de caletas, estableciendo en este último evento la obligación a cargo de los uniformados de informar inmediatamente al respectivo Comandante de Brigada, su desconocimiento a lo sumo comportaría un delito típicamente militar –desobediencia–, pero no tiene la virtualidad de «*erigir el vínculo funcional de los militares respecto del bien mostrenco, ni el de generar la específica atribución legal inherente a la disponibilidad material*».

A continuación el Procurador Delegado menciona las normas del Código Civil que definen y regulan los bienes mostrencos, con fundamento en las cuales concluye que los recursos hallados por los implicados «*ostentan la incuestionable condición vocatoria de mostrencos*», puesto que si bien en principio su pertenencia se atribuye a un grupo

guerrillero, «*nada permite colegir sin hesitación alguna que efectivamente este actor armado era el 'propietario' del dinero*».

En ese orden, destaca que por expresa disposición legal el destinatario de dichos caudales es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), previa declaratoria judicial de su calidad de mostrencos, por lo que frente a «*la aludida institución pública y del patrimonio específico de la misma, los uniformados en cuestión, ni ostentan vínculo funcional alguno, ni detentaban fuente de atribución material sobre ese patrimonio*», de donde el delegado del Ministerio Público colige que la conducta de los militares procesados es atípica del delito objeto de acusación.

De otra parte, expone que aun cuando es «*enteramente cierto*» que a los acusados les asistía la obligación de informar a sus superiores sobre el hallazgo de la caleta con dinero, a fin de que se procediera a su recaudo mientras se ponía a disposición de la autoridad respectiva, a quien correspondía determinar su origen, ello en manera alguna «*tiene por alcance erigir el reclamado normativamente vínculo funcional, ni el de la atribución legal... pues no podemos olvidar que aquellos carecían de facultades de policía judicial en orden al acopio y aseguramiento de elementos materiales probatorios y evidencia física*», limitándose su función al «*aseguramiento del área*», lo cual impide establecer la relación funcional entre el servidor público y el bien que se reclama para la tipificación del delito de peculado por apropiación.

Por el contrario, estima que la conducta de los militares inculcados de apropiarse de los dineros hallados en la caleta, eventualmente podría configurar los delitos de enriquecimiento ilícito de servidor público –art. 412 del C.P.– o prevaricato por omisión –art. 414 ibídem–, dado su origen ilícito, puesto que provienen del «*accionar de grupos armados al margen de la ley*» y el acrecimiento patrimonial se produjo «*por ocasión de las funciones*», pero como no se le dio tal calificación en la oportunidad legal correspondiente y, además, «*los uniformados carecían de un específico ámbito funcional y de atribución legal que les impusiera la administración o custodia de esos bienes*», aquella deviene atípica frente al delito de peculado por apropiación y, por ende, procede casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Tal como se anunció, los reproches admitidos por la Corte sostienen al unísono la atipicidad de la conducta ejecutada por los militares procesados y, al margen de las particularidades de cada uno de los libelos, básicamente se sustentan en los siguientes argumentos:

(i) no existe relación funcional –jurídica o material– entre los acusados y los caudales objeto de apropiación, puesto que éstos no les fueron entregados por el Estado o por particulares para su custodia o administración en razón o con ocasión de sus funciones;

(ii) los uniformados entraron en posesión de tales valores como consecuencia del «hallazgo» que hicieron de la caleta donde se encontraban enterrados, frente a los cuales se desconoce su dueño, por lo cual deben aplicarse las reglas establecidas en el artículo 700 y siguientes del Código Civil, que regulan el instituto del descubrimiento de tesoro;

(iii) el efectivo materia del descubrimiento es un bien susceptible de ser declarado mostrenco, pero como tal declaratoria judicial no se dio previo a su apropiación, no puede reputarse como de naturaleza pública;

(iv) el simple hallazgo del dinero «abandonado» en la selva no origina para los militares inculcados un deber de «custodia automática», sino que constituye un simple «contacto físico», insuficiente para configurar la relación funcional exigida por la norma;

(v) en tratándose de bienes de particulares de procedencia ilícita, para que éstos ingresen en la «órbita de disponibilidad del Estado» es necesario que previamente se haya dispuesto su comiso, incautación o extinción de dominio, ninguno de cuyos procedimientos se cumplió en el caso concreto; y,

(vi) antes de la expedición de la Ley 1201 de 2008, la conducta ejecutada por los acusados no estaba tipificada como delito de peculado, por lo cual los juzgadores de

instancia se equivocaron al soportar el fallo de condena en dicha normativa.

Las razones consignadas en precedencia, expuestas por los defensores del acusado y la representante del Ministerio Público que recurrió en casación, cuestionan la presencia de dos elementos de la conducta punible juzgada, a saber: (i) el objeto material, valga decir, la calidad, origen o naturaleza de los dineros objeto de apropiación; y, (ii) el elemento normativo del tipo contenido en la expresión «*cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones*».

En orden a resolver el problema jurídico planteado por los impugnantes, esto es, si el comportamiento realizado por los militares acusados se adecua a la hipótesis prevista en el delito de peculado por apropiación, la Corte estima necesario abordar los siguientes aspectos: (i) el instituto del tesoro en el Código Civil colombiano; (ii) los bienes mostrencos en dicha normativa; (iii) el ámbito de aplicación de la Ley 1201 de 2008; (iv) los elementos normativos del delito de peculado por apropiación; y, (v) el caso concreto.

1. El Tesoro: concepto y naturaleza jurídica

Uno de los modos de adquirir el derecho de dominio de acuerdo con la legislación civil patria es la ocupación –art. 685 C.C.–, la cual se reconoce respecto de bienes que «*no pertenecen a nadie*», es decir, que carecen de propietario.

Dentro del título correspondiente a la ocupación, se consagra el «*descubrimiento de tesoro*» como una especie de invención o hallazgo, no obstante lo cual tiene particularidades que lo distinguen de la ocupación propiamente dicha, a tal punto que la jurisprudencia lo ha considerado como una subespecie de aquella y, por tanto, no le resultan aplicables todas las reglas generales que la rigen, sino unas *sui generis*.

Al respecto en CSJ SC, 5 jul. 2007, rad. 1989-09134, se señaló:

Así, mientras que la ocupación propiamente dicha tiene como punto de partida que las cosas no han pertenecido a nadie (res nullius), el tesoro, por el contrario, presupone que ellas, en alguna época y medida, sí le pertenecieron a alguien, solo que se perdió o borró la memoria de su dueño (res sine domino). De igual manera, mientras que en la primera la adquisición del dominio reclama la aprehensión física de la cosa (corpus), con ánimo de apropiación, en la segunda es suficiente “el descubrimiento” o la “denuncia” (invenerit), por quien ha tenido “la dicha de hallar[la] antes que otro”³². He aquí por qué el legislador colombiano -siguiendo muy de cerca al Chileno-, entendió que existían varias especies de ocupación, entre ellas el hallazgo (art. 699 C.C.); pero como este también demanda el apoderamiento de la cosa inanimada, sea ella res nullius por naturaleza, o por abandono de su propietario (res derelictae), se entendió que el descubrimiento del tesoro era, a su vez, una especie de invención, tanto más si los bienes que lo conforman no califican, en estrictez, como cosa jamás poseída, o riqueza en estado nativo (in situ), ni de ellas puede suponerse que el dueño quiso abandonarlas para que las hiciera suyas el primer ocupante.

³² «Andrés Bello. Obras completas. T. XVII. Derecho romano. Fundación La Casa de Bello, Caracas, 1981, pág. 49».

Establecido lo anterior, esto es, la especial regulación legal del instituto del tesoro y su descubrimiento, cabe anotar que el artículo 700 del Código Civil lo define como:

El descubrimiento de un tesoro es una especie de invención o hallazgo.

Se llama tesoro la moneda o joyas u otros efectos preciosos que, elaborados por el hombre, han estado largo tiempo sepultados o escondidos, sin que haya memoria o indicio de su dueño.

De la norma transcrita se extrae, en lo esencial, la concurrencia de tres elementos para que pueda afirmarse la existencia de un tesoro:

(i) se trate de bienes muebles de valor y elaborados por el hombre;

(ii) tales bienes debieron estar ocultos –sepultados o escondidos– por largo tiempo; y,

(iii) al momento del descubrimiento se desconozca quién es su dueño.

Sobre los ingredientes que estructuran la figura del tesoro y su alcance, la Sala de Casación Civil de la Corte, en la decisión citada *ut supra*, expresó:

[De] la especial regulación que efectúa el Código Civil colombiano, brújula de la decisión que adopte esta Corte, de cuya definición o descripción surgen los tres elementos que, ministerio legis, en lo cardinal, determinan la existencia jurídica de un tesoro, a

saber –con independencia de la militancia de otras de disímil jerarquía o de una reorganización diversa:

1) En **primer lugar**, debe tratarse de cosas muebles que tengan un valor y sean producto de la obra o tarea humana, es decir, que habiendo sido forjadas por el hombre, revisten alguna significación económica en sí mismas consideradas, pues precioso, según el Diccionario de la Real Academia Española, es aquel efecto “digno de estimación y aprecio”; también “Excelente, exquisito, primoroso”. “2. De mucho valor...” (art. 28, C.C.) (...).

Es, pues, pertinente, la noción acuñada por Don Andrés Bello, quien consideró de manera uniforme en sus distintos proyectos de Código Civil, que era tesoro, en general, todo “efecto precioso” como las monedas y joyas, expresión que inicialmente comprende cualquier cosa mueble -pues no es limitativa-, con tal que tenga algún valor, objetivamente considerado, siendo claro que su configuración no debe subordinarse a criterios subjetivos, como la mayor o menor valía que tengan los bienes para una persona, pues la calificación no puede depender, privativamente, de quien lo descubre, sino de las características de las cosas que, in casu, lo componen o integran. Por ello se dice que su determinación jurídica obedece a una típica quaestio facti.

Es importante destacar, además, que los bienes que constituyen un tesoro, en línea de principio, deben ser el producto de una obra humana, vale decir hijos del hombre, esto es, que en ellos se refleje su mano, de una u otra forma, a manera de plus (...).

2) En **segundo lugar**, esos bienes, así entendidos, debieron estar sepultados o escondidos por **largo tiempo**. En palabras de Don Andrés Bello, han debido estar “enterrados desde tiempo inmemorial y encontrados... sin el auxilio de la magia”³³.

³³ «Andrés Bello. Obras completas. T. XVII. Op. cit., pág. 49. Cfme: Carlo Busacca, quien también se refiere al “...ocultamiento desde tiempo inmemorial”, voz ‘Tesoro’, en Enciclopedia del diritto, Giuffrè, Vol. XII, Milano, 1992, pág. 388».

Es este, sin duda, uno de los elementos que -en Colombia y a diferencia de lo que sucede en otras latitudes, se reitera, distingue y cualifica al tesoro, al punto que, en cierta forma, justifica los derechos que la ley le reconoce al descubridor, en cuanto ha sido la persona que recupera una riqueza que permanecía oculta y que ha ‘puesto o colocado en circulación’, con todo lo que ello comporta en los planos económico y fiscal, primordialmente, aledaños al jurídico (...).

Para la Corte, si el legislador ab origine, le ha conferido especial relevancia jurídica al descubrimiento para establecer los derechos sobre el tesoro, sea que el hallazgo se produzca en bien propio o ajeno, pues, en cualquier caso, lo importante es que hubiere sido “encontrado”, descubierto o develado, no resulta trascendente volver la mirada en el tiempo al momento de su ocultación material, hecho de suyo ordinariamente desconocido, entre otras razones, porque si **al concepto de tesoro, en Colombia, le es basilar que el tiempo haya eclipsado, o esfumado el nombre de su dueño,** no resultaría lógico o consecuente exigir que el descubridor probase que ese dueño desconocido, lo sepultó o escondió voluntariamente, so pena de que lo encontrado no adquiriese el calificativo -o nomen- de tesoro (...).

Ahora bien, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones, como la francesa, la italiana, la española, la argentina y la peruana, entre varias, **el Código Civil de Colombia, a la par con el de Chile, reclama expresamente la antigüedad de lo sepultado (vetus, tempore vetustiore o longa vetustate), por lo que no pueden considerarse tesoro aquellos artefactos de reciente ocultación o factura,** como se deduciría, por vía de ejemplo, de dinero, joyas, alhajas o cualquiera otro efecto precioso de lozana elaboración -como sí está permitido en el derecho positivo argentino-. Y ello es así, porque dadas las circunstancias de tiempo, es dable pensar que el dueño existe y puede ser localizado (art. 704, C.C.). Pero es importante subrayar que la vetustez del depósito (vetus depositio), como enseguida se indicará, es un elemento que, en

rigor, atañe más a la inexistencia -o si se prefiere a la inhallabilidad del propietario, como un reducido sector autoral reseña-, que a las cosas mismas. **De hecho, tales bienes pudieron estar ocultos por algún tiempo, pero si se tiene fiable noticia, o existe sólido rastro de quien es el dueño presente o actual, no habrá tesoro**³⁴ (...).

3) En **tercer lugar**, para que pueda hablarse propiamente de tesoro, es indispensable que no haya memoria, ni indicio de su dueño.

Este es un requisito medular, a fuer que genético, para la configuración del thesaurus, pues aunque la noción en referencia tiene como punto de partida que los efectos preciosos hayan tenido propietario anterior -motivo por el cual no pueden catalogarse, en estrictez, como res nullius, ni tampoco como res derelictae, pues cualquiera que fuera la causa del ocultamiento, no puede suponerse que hubo intención de abandono para que el primer ocupante se los apropiara-, **lo verdaderamente nuclear es que ese dueño sea inhallable -mejor inexistente-, bien porque de él no queda remembranza, ni huella, bien porque es imposible su presencia y la prueba de su derecho de dominio**. Por eso se justifica la exigencia con arreglo a la cual, para que se configure el tesoro, los bienes que lo integren deben ser sine domino (...).

³⁴ «Si bien es cierto, como se anticipó, que algunas codificaciones no exigen explícitamente el requisito de la antigüedad, no es menos cierto que un sector de la doctrina, reafirmando la significación intrínseca de la vetustez en cita y, sobre todo, las consecuencias que de ello se derivan, no duda en entender que en su legislación está implícita, por ser consustancial esta específica calidad. Es el caso de España, se afirma, pues aun cuando el artículo 352 de su Código Civil "...pretende, por lo visto, emanciparse del expresado concepto, descartando el elemento de la antigüedad, es éste tan consustancial con la noción jurídica del tesoro apropiable, que así como no es posible concebir compraventa sin precio, y la Ley que lo decretara atentaría a la naturaleza de la institución, así tampoco es factible llegar a la idea de un tesoro susceptible de ocupación perfecta y, como tal, engendradora de dominio pleno, sin que el transcurso de un número de años suficiente para presumir fundadamente la muerte del que lo ocultó en la tierra o en un muro, elimine, juntamente, con la persona, la relación de propiedad que la ligara con el tesoro". Quintus Mucius Scaevola, Código Civil, T. XI, Comentado por Francisco Ortega L., Reus, Madrid, 1943, pág. 309, opinión, in extenso, compartida por el también doctrinante ibérico Antonio Ortega Carrillo de Albornoz, quien apoyado en la afamada y difundida noción de Paulo, que refiere a la antigüedad del tesoro (vetus depositio), concluye que "...aunque el art. 352 [del C.C. español] no la exija creemos debe entenderse implícitamente". El concepto romano del tesoro y el artículo 352 del Código Civil, Op. cit, pág. 743. Vid, José Antonio Álvarez Caperochipi, Curso de derechos reales. T. I, Civitas, Madrid, 1986, pág. 122.

En el derecho italiano, por su parte, tampoco se realiza explícitamente dicha exigencia, pero como explica el profesor de la Universidad de Roma, C. Massimo Bianca, "...la noción de tesoro presupone su vetustez". Diritto civile, VI, La proprietà, Giuffrè, Milano, 1999, pág. 344».

Refiriéndose al concepto que sobre ocupación esboza el artículo 673 del Código Civil y, más precisamente, a las “cosas sin dueño -res nullius-” a que allí se alude, la Corte precisó que ellas “Han sido catalogadas en dos categorías: las de las cosas que jamás han tenido dueño, y las de las cosas que han dejado de tenerlo. La caza y la pesca son una especie de ocupación de cosas que no han tenido dueño. El hallazgo de un tesoro es un ejemplo de ocupación de cosas que, habiendo tenido dueño, la noticia de éste ha llegado a perderse. A causa del predominio conocido no pueden adquirirse por ocupación los animales sujetos a domesticidad, **ni son tesoro, susceptible de ser adquirido por simple ocupación, las joyas y otros efectos preciosos que muestren indicios de pertenecer a un determinado señor**” (Cas. Civ., sentencia de 15 de noviembre de 1946, G.J. LXI, pág. 857).

Sobre este particular, es elocuente la doctrina al señalar que tesoro es “cosa de dueño inhallable, de dueño que, en el momento del descubrimiento, es ya imposible que pueda presentarse y probar su dominio” (Pantaleón). Y ello es así, porque “el largo tiempo que ha estado sepultado el tesoro hace que se haya perdido la memoria y todo indicio de quien fuera su dueño, hasta el punto de que puede decirse que ya no tiene dueño, *vetus quaedam depositio cuius non extat memoria ut jam dominum non habeat...*; **de modo que si la Ley admite la ocupación como modo de adquirir un tesoro, es porque siendo absolutamente desconocido el propietario, se estima que ya no existe** y como no se sabe quién es, no tiene quién lo represente”³⁵ (...).

Es necesario enfatizar en que al tesoro, para ser jurídicamente tal, le debe entonces faltar el dueño al momento de su descubrimiento, porque, habiéndolo tenido, el tiempo lo borró de la memoria, **de suerte que los bienes que lo integran no pueden ser res alicujus, es decir objetos de alguien.** (Subraya y negrilla fuera del texto original)

³⁵ «Luis Claro Solar. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Vol. III. T. VII. Temis y Editorial Jurídica de Chile, Bogotá, 1992, págs. 72 y 73».

Pues bien, en orden a determinar la existencia jurídica del tesoro, del criterio de autoridad en cita y para lo que interesa **al caso concreto**, surgen las siguientes reglas interpretativas: (i) **debe estar conformado por cosas muebles que tengan significación económica y que hayan sido creadas o elaboradas por el hombre; (ii) tales bienes deben haber estado ocultos por largo tiempo, el necesario para que se haya borrado o desvanecido el nombre de su propietario; y, (iii) que el dueño de los efectos valiosos sea absolutamente desconocido, es decir, «inexistente», porque de él ya no queda memoria, ni rastro o huella, puesto que si se tiene noticia o indicio de él, no habrá tesoro.**

2. Los bienes mostrencos en la codificación civil colombiana

En la legislación patria, según quedó visto, la ocupación como modo de adquirir el dominio se limita a los bienes muebles *res nullius* y *res derelictae*, valga decir, a aquellos que nunca han tenido *dominus* y a los que habiéndolo tenido, fueron abandonados por su propietario para que los ocupe quien los encuentre, reglados en el artículo 699 del Código Civil.

No obstante, debe diferenciarse entre las cosas muebles abandonadas –*res derelictae*– y las perdidas, esto es aquellas que evidencian dominio anterior y están por fuera del ámbito de control de su propietario –art. 704 C.C.–, frente a las cuales la ley civil sustantiva establece el procedimiento que debe

seguir quien las descubra a fin de devolverlas a su dueño, so pena de responder civil y penalmente –art. 705, C.C.–, y en el evento que éste no apareciere, entregarlas a la autoridad correspondiente para que sean declaradas mostrencas, extinguiéndose el derecho de dominio de su anterior propietario, y reconociéndose el mismo a favor del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) –arts. 704, inc. 2; 706 y 708, ibídem; 66, Ley 75 de 1968–.

En torno al concepto de bien mostrenco y los requisitos que debe cumplir para considerarse como tal, de antiguo la Sala de Casación Civil de la Corte tiene dicho:

*para que una cosa mueble pueda ser declarada bien mostrenco es necesario que se reúnan estas condiciones: 1ª– Que se trate de una cosa corporal, no de una incorporal, como un crédito; 2ª– Que haya tenido dueño, porque de no, se trataría de un **res nullius** y no de un bien mostrenco; 3ª– Que no se trate de una cosa **voluntariamente abandonada** por su dueño, porque en este caso, la cosa no sería mostrenca sino **derelicta** (abandonada); y 4ª **Que no tenga dueño conocido o aparente.** En realidad las cosas mostrencas son las cosas **perdidas** respecto de las cuales no ha habido en el dueño intención de abandonarlas, por lo cual aquel siempre conserva el derecho a recuperarlas, salvo cuando ya hayan sido enajenadas por el municipio... Según la definición del artículo 706 de nuestro Código Civil, mostrencos son los bienes muebles sin dueño **aparente o conocido**, es decir que son especies muebles cuyo dueño no parece ni se sabe quién es; cosas que aparentemente fueron perdidas por su dueño. Este no las **ha abandonado** para que las ocupe quien las encuentre, sino que las **ha perdido**, y por eso la investigación judicial se dirige a dar con el dueño. Si éste no es hallado, se adjudican al municipio donde se*

encontraron con participación para su inventor. (Cas. 25 de mayo 1954. G.J. LXXVII, 2141-594)

Y sobre el mismo tema, en pretérita ocasión la Corporación sostuvo:

[P]ara que una cosa se considere como bien mostrenco, se necesita que sea corporal mueble que estuvo sometida a dominio particular y que en la actualidad se halla involuntariamente abandonada, es decir, sin dueño aparente o conocido, según la expresión de la ley. De esta manera se diferencia el bien mostrenco de la res nullius, que no pertenece a nadie y se adquiere por ocupación, y de la res derelicta, que el dueño abandona voluntariamente para que las haga suyas el primer ocupante (art. 699 C.C.). La especie mostrenca tiene un propietario que en ninguna forma ha expresado su voluntad de desprenderse de su dominio y que posiblemente la busca. El artículo 704 del Código Civil se refiere a cosas muebles que el propietario ha perdido involuntariamente y que por su naturaleza o por sus señales o vestigios indique haber estado en dominio anterior, en forma que no puede ser objeto de ocupación jurídica. (Cas. 30 de julio 1942. G.J. LIV, 474)

En síntesis, para lo que interesa al asunto que se resuelve, deben tenerse en cuenta como pautas hermenéuticas en orden a determinar la calidad de mostrenco de un bien, que (i) se trate de cosa corporal mueble que su dueño haya perdido y (ii) al momento de su hallazgo no tenga propietario aparente o conocido.

3. El ámbito de aplicación de la Ley 1201 de 2008

El 23 de junio de 2008 se promulgó en el Diario Oficial No. 47.029 la Ley 1201 de 2008, «por la cual se regula el

hallazgo de bienes por parte del servidor público», iniciativa legislativa que tuvo origen en el Senado de la República y cuya finalidad principal fue la de «regular con claridad la propiedad en favor de la Nación de los bienes muebles o inmuebles sin dueño hallados por parte de miembros de la fuerza pública en cumplimiento de funciones públicas o con ocasión de las mismas, toda vez que la regulación contenida por el Código Civil, artículos 699 y siguientes, puede permitir dudas sobre la titularidad del Estado de estos bienes», según se consignó en la exposición de motivos del proyecto de ley³⁶.

Luego de los respectivos debates en el Congreso de la República, donde se introdujeron algunas modificaciones al proyecto original, entre otras, se caracterizó a los bienes objeto del mismo como «*mostrencos*», se hizo claridad en que el ICBF mantendría la potestad sobre aquellos de la misma naturaleza hallados por particulares y **se estableció que los servidores públicos que se apropiaran, ocultaran o dejaran perder tales bienes incurrirían en alguna de las modalidades del delito de peculado;** se aprobó la ley, que en los artículos que interesan al asunto examinado, dispuso:

Artículo 1°. *Los bienes mostrencos, encontrados de manera fortuita por servidores públicos en cumplimiento de funciones públicas o con ocasión de las mismas, pertenecen a la Nación.*

La Nación destinará estos bienes o los recursos que quedaren de su administración o enajenación en un sesenta por ciento (60%) a la atención de la población desplazada y un cuarenta por ciento (40%) a víctimas del terrorismo mediante la Consejería para la Acción Social según las normas vigentes sobre la materia.

³⁶ Gaceta del Congreso No. 297 de 2008.

Parágrafo 1°. *Sin perjuicio de lo establecido en la normatividad vigente, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar continuará teniendo los derechos sobre aquellos bienes muebles que sean encontrados por particulares.*

Parágrafo 2°. *Cuando estos bienes fueren encontrados por miembros de la fuerza pública, en razón de la función constitucional, el cuarenta por ciento (40%) de dichos bienes serán destinados para desarrollar una política social para los Miembros de la Fuerza Pública discapacitados y los familiares de los heridos en combate, a efectos de garantizarles una vivienda y un medio de subsistencia dignos.*

(...)

Artículo 5°. *Los servidores públicos que se apropien total o parcialmente, mantuviesen ocultos o dejasen perder por negligencia o descuido los bienes hallados, incurrirán en el delito de peculado de conformidad al Código Penal en los artículos 397 al 403 y sus concordantes al Código de Procedimiento Penal.*

Un primer aspecto a destacar es que en relación con los bienes objeto de la ley, surge patente que la intención del legislador no fue otra que limitarlos a las cosas muebles sin dueño aparente o conocido, valga decir, a los bienes mostrencos, tal como se desprende de la ponencia para segundo debate donde sobre el punto la Senadora a cargo de tal cometido expuso:

En cuanto al primero objetivo del proyecto, es conveniente hacer claridad en cuanto a la potestad de la Nación sobre los bienes muebles hallados por miembros de la fuerza pública en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas. Lo que resulta improcedente es pretender legislar sobre los bienes inmuebles sin

dueño, baldíos o vacantes, pues según el artículo 703 (sic)³⁷ del Código Civil dichos bienes inmuebles están a cargo de la Nación. La administración de los bienes inmuebles, vacantes o baldíos, ya posee un marco jurídico como la Ley de Reforma Agrarias y la Ley 388 sobre Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo. Por lo anterior resulta inconveniente incluir los bienes inmuebles dentro del articulado del proyecto.³⁸

La anterior constancia explica el cambio de la expresión «*bienes muebles e inmuebles sin dueño*», contenida en el artículo primero del proyecto original, por la de «*bienes mostrencos*», de donde se sigue que la referencia legal expresa a esa clase de cosas muebles, forzosamente remite al intérprete al concepto y regulación que respecto de ellas establecen los artículos 704 y siguientes del Código Civil, pues no fue otro el propósito del legislador al querer diferenciarlas de aquellas inmuebles que se encuentran en la misma situación –bienes vacantes–, o de las que teniendo dicha calidad son descubiertas por particulares.

En esa medida, dígase desde ya que **el ámbito de aplicación de la Ley 1201 de 2008 se circunscribe a una especialísima categoría de bienes, valga decir, a aquellos que (i) reúnan las condiciones para ser considerados mostrencos según la legislación civil vernácula; (ii) sean encontrados de manera «fortuita», es decir, inopinada y casualmente; y, (iii) su hallazgo se realice por un servidor público en cumplimiento de sus funciones o con ocasión de las mismas.**

³⁷ Se refiere al artículo 706 del Código Civil.

³⁸ Gaceta del Congreso No. 666.

De otra parte, en lo atinente a la previsión establecida en el artículo 5° de la preceptiva en cita, relativa a que los servidores públicos que se apropien, oculten o dejen perder los bienes objeto de la ley en cuestión, incurrirán en el delito de peculado en alguna de sus modalidades previstas en el Código Penal, en la exposición de motivos del proyecto de ley no se dan mayores luces acerca de las razones que se tuvieron para incluir dicha norma, salvo indicar que *«la normatividad establece graves sanciones de carácter disciplinario, penal o fiscal, para quienes se apropien o dejen perder los bienes hallados»*.

Sin embargo, en la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes, el congresista encargado de la misma, a propósito del punto en cuestión, expuso que uno de los aspectos fundamentales del proyecto de ley era **«ratificar»** que los servidores públicos que realizaran alguna de las conductas señaladas en la norma respecto de los bienes objeto de regulación, incurrirían en el delito de peculado³⁹.

Y el mismo ponente, en el segundo debate en la Plenaria de la Cámara, ante los cuestionamientos del Representante Pablo Enrique Salamanca Cortés por haberse incluido en el proyecto de ley la norma que califica como delito de peculado la apropiación, ocultación o pérdida de los bienes materia del mismo, bajo la consideración que tal consagración

³⁹ Gaceta del Congreso No. 548.

desconocía la «*ortodoxia penal*» en punto de dicha conducta punible, respondió:

*Lo que hace este proyecto, es **remitir** al delito de peculado al servidor público que se apropia de esos bienes, que los oculte o los haga perder por su culpa o por dolo. **No se está creando ningún tipo penal, simplemente se está haciendo la [p]revisión de que quien incurra en una de esas conductas, estará sometido en toda su integridad al delito de peculado**, conforme a las normas del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal.⁴⁰ (Subraya y negrilla fuera del texto original)*

Emerge claro, entonces, que aun antes de la expedición de la Ley 1201 de 2008, el servidor público que se apropiara o por culpa diera lugar a la pérdida o extravío de bienes del Estado o de bienes de particulares «*cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones*», incurría en el delito de peculado por apropiación o culposo, según fuera la modalidad de la conducta.

Lo que en últimas hizo el legislador a través de la pluricitada normativa, como asunto novedoso, fue catalogar como de la Nación a una especie *sui generis* de bienes, esto es, a los «*mostrencos*» que fueran hallados por un servidor público en las particulares circunstancias allí contempladas, y de paso reafirmó la conducta punible en la que podría incurrir aquel de apropiarse o dar lugar a la pérdida de las cosas o efectos encontrados.

⁴⁰ Gaceta del Congreso No. 649.

En otras palabras, **la mentada ley no creó un tipo penal autónomo ni recogió una hipótesis comportamental no prevista en la legislación penal hasta su promulgación**, toda vez que, antes y después de aquella, la nota característica del delito de peculado se cifra en que entre el servidor público y el objeto material de la conducta exista una **relación funcional** y, en razón de ésta, aquel detente la **disponibilidad jurídica o material** que posibilita la acción peculadora, al punto que esta última solo se explica a partir de la primera, sin la cual no se actualiza el ilícito contra la administración pública o se configura uno distinto.

Por tanto, antes de la promulgación de la Ley 1201 de 2008, el servidor público que descubriera una cosa mueble que «*por su naturaleza... o que por sus señales o vestigios indi/cara/...*» haber tenido dueño y no haber sido abandonada⁴¹, pero de éste no se tuviere noticia o no se supiere quién es, es decir, se tratase de un bien mostrenco – art. 706 C.C.–, y se apropiare del mismo, incurriría en el delito de peculado de determinarse que entre el agente y el objeto material de la conducta existe un vínculo o relación funcional, valga decir, que la administración, tenencia o custodia del bien surja del ejercicio de la función atribuida al servidor público y que sea ella la que permita su disponibilidad.

Es que si de acuerdo con la legislación civil sustantiva –art. 705–, el particular que descubra una especie mueble perdida –*bien mostrenco*–, está en la obligación de «*entregarla*

⁴¹ Artículo 704 del Código Civil.

al dueño si fuere conocido», o en caso de no serlo, «*a la autoridad competente*» para que haga la indagación correspondiente, so pena de ser «*juzgada criminalmente*», con mayor razón el servidor público que haciendo caso omiso de la prohibición contenida en la norma penal, se apropie de tales efectos cuando sobre ellos alcance un poder de disposición, jurídica o material, originado en su deber funcional, incurrirá en el delito de peculado, sin que sea relevante la naturaleza pública o privada del bien, pues lo importante es que su administración, tenencia o custodia la haya asumido en razón o con ocasión de sus funciones.

En conclusión, lo que advierte la Sala frente a la Ley 1201 de 2008 es una reiteración del legislador en orden a afirmar que la defraudación de bienes del Estado, en sus diversas modalidades, tipifica el delito de peculado, puesto que en su artículo 5° hace expresa remisión a los artículos 397 y siguientes del Código Penal, pero sin incluir una nueva hipótesis comportamental, limitándose a catalogar como de la Nación aquellos bienes mostrencos hallados de manera «*fortuita*» por servidores públicos en cumplimiento o con ocasión de funciones de la misma naturaleza.

4. Elementos normativos del delito de peculado por apropiación

El artículo 397 del Estatuto Punitivo que consagra la conducta punible por la cual se emitió condena en contra de los militares acusados, establece:

Peculado por apropiación. *El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de (...).*

Sobre los elementos que configuran el tipo objetivo de la conducta en mención, la Sala tiene decantado:

Con relación al elemento objetivo del delito, es necesario recordar que se trata de un ilícito de resultado, doloso, cuya descripción típica exige: i) un sujeto activo calificado, al requerir en el autor la calidad de servidor público, ii) el abuso del cargo o de la función para apropiarse o permitir que otro lo haga de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares, y (iii) la tenencia o custodia de los bienes por razón o con ocasión de sus funciones. (CSJ SP, 12 dic. 2012, rad. 38289)

Y en cuanto al ingrediente normativo definido en la expresión «*cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones*», conviene citar lo que desde antaño la Sala ha venido señalando, y que ahora reitera, en punto de la **relación funcional** que debe existir entre el servidor público y los bienes objeto material de la conducta en el delito examinado. Así, en CSJ SP, 23 abr. 2008, rad. 23228, dijo:

*El tipo básico de peculado por apropiación, consagrado tanto en el artículo 133 del Código Penal anterior como en el artículo 397 del actual, contiene un ingrediente normativo, conocido comúnmente como el requisito de la **relación funcional**, que se refiere a la apropiación de bienes por parte del sujeto activo de la conducta “cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por*

razón o con ocasión de sus funciones”.

Es decir, para la realización de este delito, no basta que un servidor público, o una persona que ejerza funciones como tal, se apropie de bienes del Estado, o de bienes o fondos parafiscales, o incluso de bienes particulares, sino que además se necesita que quien lleva a cabo la conducta haya tenido, en razón de su condición de funcionario, la administración, tenencia o custodia del objeto material de la misma.

*Desde la sentencia de fecha 3 de agosto de 1976, la Sala ha sostenido una línea jurisprudencial en lo que a la configuración de este elemento respecta, en el sentido de que la relación funcional no se desprende de manera necesaria de las funciones expresamente previstas en una ley, resolución, acuerdo, cláusula o reglamento, sino que también puede derivarse en aquellos casos en los cuales la **disponibilidad** del bien haya surgido en virtud de los deberes funcionales que le asisten al agente en una situación determinada.*

En efecto, en la providencia en comento, la Corte precisó lo siguiente:

*“La expresión utilizada en la definición del peculado, y que dice en razón de sus funciones, hace referencia a las facultades de administrar, guardar y recaudar, etc. No puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada por una regular y formal investidura que implique una íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual se dispone o se hace mal uso; no significa, pues, que tales atribuciones deben estar antecedentemente determinadas por una rigurosa y fija competencia legal, **sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función.***

”La fuente de la atribución, en otros términos, no surge exclusivamente de la ley, puesto que ella puede tener su origen en un ordenamiento jurídico diverso que fija la competencia en

estricto sentido. Lo esencial en este aspecto es la consideración de que, en el caso concreto, la relación de hecho del funcionario con la cosa, que lo ubica en situación de ejercitar un poder de disposición sobre la misma y por fuera de la inmediata vigilancia de un poder jurídico superior, se haya logrado en ejercicio de una función pública, así en el caso concreto no corresponda a dicho funcionario la competencia legal para su administración. Igual se presentará el delito de peculado en la hipótesis de que la administración del bien deriva del ejercicio de una función nominalmente propia de otro empleado”⁴² (negritas y cursivas fuera del texto original).

Posteriormente, en la sentencia de 18 de noviembre de 1980, la Corte profundizó en el tema, diferenciando entre formas de disponibilidad de la siguiente manera:

“No está excluido el caso de irregularidad de la posesión, situación que puede tener varios aspectos, por ejemplo, cuando el funcionario es competente para entrar en posesión del bien pero no se han observado las formas legales que reglamentan esa situación, o bien cuando el funcionario no es competente para esa posesión pero ésta tiene relación con sus funciones que se determinan enseguida.

*”En efecto, el bien debe entrar en poder del funcionario en consideración a la función en cuanto, si no la tuviere, no se le hubiere entregado el bien. **De otra parte, esa posesión no es una mera relación material (directa o indirecta) entre el funcionario y el bien, sino un vínculo en que está comprometida la administración pública** en tal forma que cuando el funcionario dedica el bien a otro fin o se lo apropia, aquella sufre, no solamente en su prestigio y dignidad, sino en su poder de disposición del bien.*

”Doctrinariamente, no es el caso examinar si el funcionario o empleado público ha entrado en posesión de la cosa en virtud de

⁴² «Sentencia de 3 de agosto de 1976».

*una explícita y concreta facultad que se le haya otorgado por la ley, **sino si esta situación se refiere, no de modo ocasional, sino directo, al cargo que desempeña, aun cuando entre sus funciones no estén exactamente las de recaudar, pagar, administrar o guardar el bien o caudal de que se trata***⁴³.

*En la actualidad, la Sala no ha variado sustancialmente tal postura, ya que no sólo mantiene la distinción entre los conceptos de **disponibilidad jurídica** y **disponibilidad material**⁴⁴ en el delito de peculado por apropiación, sino que además ha seguido enfatizando que, para efectos de su configuración típica, **la apropiación debe recaer sobre bienes de los que disponga el servidor público por razón de sus funciones**, en el entendido de que la relación existente entre el funcionario que es sujeto activo de la conducta y los bienes oficiales puede no ser material, sino jurídica, y que esa disponibilidad no necesariamente deriva de una asignación de competencia, sino que basta que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional⁴⁵.
(Negrillas y subrayas fuera del texto original)*

Ahora, en cuanto a la distinción entre disponibilidad jurídica y disponibilidad material en el delito de peculado por apropiación, esta Corporación ha señalado:

*Por eso también ha entendido la Corte que el punible se ejecuta no solo por la concurrencia exclusiva de la disponibilidad jurídica y en ese sentido ha diferenciado entre ésta definiéndola como la facultad legal que tiene el servidor público de disponer de los bienes del Estado o de los particulares que tenga, administre o custodie y **la material cuando el funcionario tiene o interviene en la custodia del bien y a ella ha llegado por razón de sus funciones ubicándose en situación de ejercer un poder de disposición sobre el mismo por fuera de la***

⁴³ «Sentencia de 18 de noviembre de 1980».

⁴⁴ «Sentencia de 12 de noviembre de 1997, radicación 9887, reiterada en sentencias de 10 de octubre de 2002, radicación 15938 y de 13 de julio de 2006, radicación 25266, entre otras».

⁴⁵ «Sentencia de 26 de septiembre de 2007, radicación 22988».

vigilancia del titular de un poder jurídico superior, de modo que si lo emplea para apropiarse del bien incurre en el delito de peculado, sin que sea necesario que además posea la disponibilidad jurídica (Casación No. 9887. Noviembre 12 de 1.997).⁴⁶ (Subrayas y negrillas fuera de texto original)

En síntesis, para que se configure la conducta punible examinada se requiere que un servidor público se apropie de bienes del Estado, parafiscales o de particulares y, además, como elemento imprescindible, que haya asumido la tenencia, custodia o administración del objeto sobre el cual recae la apropiación, por razón o con ocasión de sus funciones, así no le corresponda legalmente tal atribución, bastando que la disponibilidad del bien surja en relación con el «*ejercicio de un deber de la función*».

5. El caso concreto

De entrada la Corte anuncia que no les asiste razón a los demandantes en afirmar la atipicidad de la conducta ejecutada por los militares acusados, frente al delito de peculado por apropiación y, por tanto, no casará el fallo confutado con fundamento en los cargos admitidos, como a continuación se explica.

5.1 Adviértase desde ya que como lo que se denuncia en los reproches formulados por los defensores de los acusados y la agente del Ministerio Público es, en términos generales, la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 397 del Código Penal que

⁴⁶ CSJ SP, 13 jul. 2006, rad. 25266.

prevé el delito de peculado por apropiación, modalidad de error que para su demostración impone a quien lo alega la aceptación de los hechos y las pruebas como fueron declarados aquellos y valoradas éstas por los jueces de instancia, previo a cualquier análisis es necesario relacionar el supuesto fáctico que se concluyó demostrado en el fallo impugnado.

Los hechos jurídicamente relevantes consignados en la acusación y declarados como probados en los fallos de instancia, se concretan a que los integrantes de las Compañías «*Buitre*» y «*Demolador*» del Batallón de Contraguerrilla No. 50, al mando de los tenientes JORGE SANABRIA ACEVEDO e Ilich Fernando Mojica Calderón, respectivamente, que se encontraban ejecutando la Orden de Operaciones No. 14 «*Fortaleza 2*» de la Décima Segunda Brigada del Ejército Nacional y la Orden de Operaciones Fragmentaria No. 030 de la Brigada Móvil No. 6, dirigidas contra el accionar de la columna «*Teófilo Forero*» del grupo al margen de la ley FARC, en el área del Coreguaje, municipio de San Vicente del Caguán, hallaron varias caletas que contenían material de guerra e intendencia de uso privativo de las Fuerzas Militares, y otra que en su interior guardaba varias canecas llenas de dólares y pesos, habiendo sido tales valores objeto de apropiación por parte de los referidos militares.

5.2 Un primer aspecto que debe abordarse para responder a los planteamientos de algunos demandantes, es si tal dinero, enterrado en la caleta descubierta en medio de

la selva por los procesados, puede considerarse como un tesoro en los términos de la legislación civil vernácula y, por tanto, pasible de ser adquirido su dominio por el modo de la ocupación y, en particular, a través de la especie de ésta denominada invención o hallazgo.

Al respecto cabe recordar que en orden a determinar la existencia jurídica del tesoro es necesario acudir a las reglas interpretativas decantadas por la Sala a partir de lo normado en los artículos 699 y siguientes del Código Civil, y según la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte en esta materia, a saber: (i) debe estar conformado por cosas muebles que tengan significación económica y que hayan sido creadas o elaboradas por el hombre; (ii) tales bienes deben haber estado ocultos por largo tiempo, el necesario para que se haya borrado o desvanecido el nombre de su propietario; y, (iii) que el dueño de los efectos valiosos sea absolutamente desconocido, es decir, «*inexistente*», porque de él ya no queda memoria, ni rastro o huella, puesto que si se tiene noticia o indicio de él, no habrá tesoro.

Sin mayor esfuerzo se advierte satisfecho el primer requisito, pues a no dudarlo el dinero hallado en la caleta, conformado por dólares y pesos, objetivamente considerado representa valor económico y es obra del hombre.

No obstante, para la Corporación tampoco entraña dificultad avizorar que los restantes elementos de la figura en cuestión se reputan ausentes, puesto que, de una parte, si

bien no hay precisión sobre el tiempo que tales valores llevaban enterrados en medio de la selva, es lo cierto que dada la naturaleza de los mismos, valga decir, dólares y pesos de reciente factura y aún aptos para su circulación, el tipo de construcción y el elemento que los contenía, esto es, canecas plásticas ocultas en una caleta o escondite, es razonable inferir que no tenían un largo periodo sepultados, como para que no se tuviera noticia o vestigio de su propietario.

De otro lado, tampoco puede afirmarse que al momento del hallazgo de los dineros en cuestión, se desconociera su dueño, o que no hubiera «*memoria, ni indicio*» del mismo, habida cuenta que dadas las circunstancias en que aquel se dio, es decir, en una zona selvática de marcada influencia de la guerrilla de las FARC, en medio de combates que las Fuerzas Militares sostenían con una columna o frente de dicho grupo ilegal, sumado a que con antelación al mentado descubrimiento los uniformados incriminados habían encontrado en la zona otras caletas de las mismas características que contenían armas, munición y equipos de intendencia, elementos que fueron reportados a sus superiores como pertenecientes a la columna móvil «*Teófilo Forero*» de las FARC; fuerza concluir que los procesados debieron advertir que se trataba de dineros de esa agrupación armada al margen de la ley y, por tanto, que tenían un origen ilícito.

En esa medida, no solo desde la óptica de la legislación civil los militares acusados no tenían ninguna expectativa

legal de obtener el derecho de dominio o propiedad sobre los dineros hallados por no constituir éstos, *strictu sensu*, un tesoro, según quedó visto, sino que además, y lo más importante, ante el inocultable origen ilícito de tales valores, hallados con ocasión del ejercicio de la función constitucional asignada a las Fuerzas Militares y, por tanto, frente a los cuales tenían la obligación de asumir su custodia provisional, como además se lo imponía la directriz contenida en el Sumario de Órdenes Permanentes –S.O.P.– expedida por el Ejército Nacional, donde se indicaba el procedimiento a seguir en caso de hallazgo de caletas pertenecientes a grupos ilegales, es claro que no estaban facultados para apropiarse de los pluricitados dineros, so pena de infringir el deber funcional que debían observar en su condición de servidor públicos, como más adelante se explicará.

5.3 Igual consideración debe hacer la Sala en torno al argumento de los demandantes, de acuerdo con el cual el caudal hallado por los uniformados implicados debe considerarse como bien mostrenco, pues de acuerdo con los preceptos del Código Civil –arts. 704 y ss. C.C.– y con la jurisprudencia de esta Corporación, en orden a determinar tal calidad es necesario que (i) se trate de cosa corporal mueble que su dueño haya perdido y (ii) al momento de su hallazgo no tenga propietario aparente o conocido, requisitos que no se cumplen en el caso de la especie, toda vez que el dueño de los valores en cuestión, esto es, las FARC, no lo habían perdido, sino que lo tenían oculto, según se desprende de las condiciones en que fue encontrado, amén que cuando ello ocurrió era claro que su ilegítimo propietario

no era otro que la mencionada agrupación subversiva, dados los vestigios que se encontraron en el lugar y la zona donde estaba enterrado.

Entonces, de la imposibilidad legal de reputar como mostrenco el metálico descubierto por los uniformados implicados, se sigue la improcedencia de pretender su declaratoria como tal, máxime cuando, se itera, era patente su origen ilegal, ante lo cual el deber funcional imponía a los acusados su custodia mientras era dejado a disposición de la autoridad competente –Fiscalía General de la Nación– a fin de que determinara la pertinencia de adelantar la respectiva acción de extinción de dominio.

No puede olvidarse que la doctrina constitucional en punto de los bienes de origen ilícito, a propósito de la extinción del derecho de dominio que sobre éstos se detente, ha sostenido de manera invariable que *«nadie puede exigir garantía ni respeto a su propiedad cuando el título que ostenta está viciado, ya que, si contraría los postulados mínimos, jurídicos y éticos, que la sociedad proclama, el dominio y sus componentes esenciales carecen de legitimidad»*⁴⁷, ello por cuanto los fines superiores que se reconocen al mencionado derecho fundamental *«no pueden procurarse sobre la base del reconocimiento de que lo ilícito genera derechos»*⁴⁸

En ese orden, carece de fundamento cualquier argumento tendiente a sostener que los militares procesados

⁴⁷ SCC, C-539 de 2007.

⁴⁸ SCC, C-374 de 1997.

estaban facultados para apropiarse de los dineros hallados, bien porque se tratara de un tesoro, ora porque se consideraran bien mostrenco, pues su inocultable origen ilícito, como que pertenecían a un grupo armado al margen de la ley, cuyos recursos provienen de actividades criminales tales como el narcotráfico, el secuestro y la extorsión, por solo mencionar algunas, no solo les impedía proceder de tal manera, sino que les obligaba a cumplir con su deber funcional consagrado en la Constitución y en el reglamento.

5.4 La Sala encuentra que en la conducta de los uniformados acusados concurren los elementos que configuran el delito de peculado por apropiación, esto es, «*i) un sujeto activo calificado, al requerir en el autor la calidad de servidor público, ii) el abuso del cargo o de la función para apropiarse o permitir que otro lo haga de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares, y (iii) la tenencia o custodia de los bienes por razón o con ocasión de sus funciones*»⁴⁹.

En cuanto al primer aspecto no se discute que los procesados, dada su condición de miembros de la Fuerza Pública debidamente acreditada en el proceso y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 123 de la Constitución Política y 20 del Estatuto Punitivo, tienen la calidad de servidores públicos, cualificación que demanda el tipo penal en comento para el sujeto activo.

⁴⁹ CSJ SP, 12 dic. 2012, rad. 38289.

Respecto del segundo elemento, no puede soslayarse, como lo pretenden los censores, que los miembros de las Compañías «Buitre» y «Demoledor» del Ejército Nacional se encontraban en zona rural del municipio de San Vicente del Caguán cumpliendo una de las funciones asignadas a las Fuerzas Militares por el artículo 217 Superior, valga decir, la defensa del «orden constitucional», como lo revelan las órdenes de operaciones emitidas por los comandantes militares⁵⁰, cuya finalidad principal era realizar «operaciones ofensivas de combate irregular... con el fin de detectar, capturar y, en caso de resistencia armada, someter con el uso legítimo de la fuerza a [los] terroristas de la Columna Móvil Teófilo Forero de las ONT-FARC... y a la vez efectuar inteligencia de combate con el fin de establecer la ubicación de los ciudadanos norteamericanos secuestrados»⁵¹.

En desarrollo de tales operaciones, los procesados tenían el deber de reportar a sus superiores lo relativo a capturas, bajas en combate, **hallazgo de caletas**, etc., según lo establecía el Sumario de Órdenes Permanentes –S.O.P.–⁵² expedido por el Comandante de la Brigada Móvil No. 6 en el mes de enero de 2003, obligación que conocían perfectamente tal como se infiere de que en días previos al hallazgo de la caleta contentiva de dólares y pesos, hubieran reportado el encuentro de otras semejantes con material de guerra e inteligencia como pertenecientes a las FARC y, además, porque así lo reconocen en sus indagatorias los militares acusados, entre ellos, los oficiales ILICH FERNANDO

⁵⁰ Folios 148-155 y 156-161 C.O. 24.

⁵¹ Folio 149 C.O. 24.

⁵² Folios 26 a 54 C.O. 3.

MOJICA CALDERÓN y JORGE SANABRIA ACEVEDO, los suboficiales LUIS ENRIQUE CASTRO TEJEDOR, JOSÉ URIEL DÍAZ RENDÓN, DIEGO FERNANDO RACINES PLAZA y PEDRO ANTONIO VAQUEN TALERO, y los soldados voluntarios WILSON DE JESÚS ARTUNDUAGA, FERNANDO ALDEMAR GUERRERO ROSERO, ALCIDES HOMEZ HERNÁNDEZ, JHON JAIRO QUINTERO CORTÉS y FREDY ALEXANDER ROJAS.

Sobre el hallazgo de caletas en particular, el procedimiento establecido en el S.O.P. era el siguiente:

- *Informar inmediatamente al Comando de la Brigada.*
- *Asegurar el sitio de la caleta y suministrar las coordenadas.*
- *Reportar al detalle todo lo encontrado.*
- *Tomar fotografías de la caleta y sus elementos.*
- *Relacionar todo lo encontrado en el informe de patrullaje.*
- *No manipular ninguna prueba.*

Así las cosas, surge patente que los militares procesados abusaron de su función establecida en la Constitución y el reglamento, pues en vez de observar el procedimiento señalado en precedencia, decidieron apropiarse en su favor del dinero que se encontraba oculto en canecas plásticas, respecto del cual, insístase, no podía inferirse nada distinto a que era de propiedad de la agrupación subversiva de las FARC y, por tanto, tenía clara procedencia ilícita, pues fue hallado en una caleta similar a las encontradas previamente en la misma área con armas de fuego, munición, explosivos y material de intendencia, y en una zona selvática en la que ejercía amplia influencia el

frente «*Teófilo Forero*» de dicho grupo armado al margen de la ley.

En cuanto al tercer elemento, resulta peregrino el argumento de los demandantes, avalado en su concepto por el Procurador Delegado ante esta Corporación, en el sentido que como la misión de los inculcados no estaba dirigida a la búsqueda y hallazgo de caletas, por ello no concurre en su conducta la relación funcional que en el delito de peculado debe existir entre el servidor público y el bien objeto material de la apropiación, puesto que sobre el punto la jurisprudencia de la Sala ha precisado que la «*relación entre el sujeto activo de la conducta y los bienes oficiales de los cuales se apropia, puede ser material o jurídica, y que **la disponibilidad no necesariamente deriva de una asignación de competencias, sino que basta que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional***»⁵³. (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

Y eso es precisamente lo que se advierte en el asunto de la especie, pues si bien los integrantes de las Compañías «*Buitre*» y «*Demoledor*» del Ejército Nacional, en cumplimiento de la función de defender el orden constitucional, no tenían asignada legal ni reglamentariamente la específica labor «*de hallar o de encontrar dineros de la columna guerrillera*», para citar a la representante de la sociedad, sino de reducir con el uso legítimo de la fuerza al grupo subversivo, no es menos cierto que fue justamente con ocasión del ejercicio de esa función que lograron la **disponibilidad material** de los

⁵³ CSJ SP, 12 dic. 2012, rad. 38289 y CSJ AP, 23 jul. 2014, rad. 28016; entre otras.

bienes –dinero– encontrados en la caleta, de los cuales se apropiaron con quebranto del deber de reportar el hallazgo a sus superiores y custodiarlo mientras se dejaban a disposición de la autoridad competente para que se indagara sobre su procedencia, según el procedimiento indicado en el Sumario de Órdenes Permanentes –S.O.P.–.

Asimismo, ninguna prosperidad puede tener la tesis relativa a la atipicidad del comportamiento juzgado bajo el supuesto de que los dineros encontrados en la pluricitada caleta no pueden reputarse como de propiedad del Estado, porque los acusados no adelantaron el trámite de incautación con observancia de los requisitos legales, tales como el reporte a sus superiores y la elaboración del acta respectiva, pues olvidan los censores que el objeto material en el delito de peculado no está restringido únicamente a esa clase de bienes, sino que también puede recaer sobre aquellos de propiedad de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado al servidor público por razón o con ocasión de sus funciones, tal como lo declararon los fallos de instancia.

Cabe destacar, que no era necesario que el particular dueño de los dineros, por demás de origen ilícito, en este caso el grupo subversivo de las FARC, los entregara «*mediante un acto voluntario*» a los uniformados con la finalidad arriba anotada, es decir, para su custodia, como lo propone el Delegado de la Procuraduría, pues una tal exigencia no aflora de la descripción típica y, además, resultaría ser un

despropósito, sino que lo relevante es que la tenencia o el cuidado de los bienes y, por ende, la disponibilidad jurídica o material, surja para el servidor público en dependencia del cumplimiento de un deber funcional, y que tal relación sea la que le permita su apropiación, es decir, que sin existir aquella no se habría dado éste o se configuraría un delito distinto, *verbi gratia*, hurto o abuso de confianza.

En esa medida, tampoco puede predicarse que entre los militares acusados y los dineros descubiertos se presentó un mero «*contacto físico*», insuficiente para que surgiera la relación funcional entre aquellos y éstos, o como lo refieren los demandantes, que el encuentro de tales bienes no generaba un «*deber de custodia automática*», pues, se itera, su evidente origen ilícito, aunado a la función constitucional que cumplían en ese momento los uniformados implicados, en razón de la cual asumieron su tenencia, les imponía la obligación de reportar el hallazgo a sus superiores y custodiarlos mientras eran dejados a disposición de la autoridad respectiva, procedimiento que sí observaron cuando descubrieron otras caletas con material de guerra e intendencia, pero que pretermitieron en el caso de los pluricitados valores.

Aquí resulta oportuno destacar, para responder a la representante de la sociedad que recurrió en casación, que si bien el deber de reportar el hallazgo de la caleta con dinero de las FARC correspondía a los oficiales al mando de las dos Compañías del Ejército Nacional, lo que se les reprocha

penalmente a éstos y a su subalternos no es el mero hecho de haber desatendido el procedimiento señalado en el Sumario de Órdenes Permanentes –S.O.P.– frente a dicho descubrimiento, lo que eventualmente configuraría un delito de naturaleza militar, sino el haberse apropiado de los valores cuya custodia, como quedó visto, asumieron desde ese mismo momento con ocasión de sus funciones.

Ahora, frente a la tesis del Procurador Delegado en el sentido que el elemento normativo del tipo de peculado, valga decir, la relación funcional entre el servidor público y el bien objeto de apropiación, no se configura en el asunto examinado debido a que los militares acusados «*carecían de facultades de policía judicial*», cabe anotar que, de una parte, no es cierto que, dadas las particulares circunstancias en que se produjo el hallazgo, éstos no tuvieran tal atribución, aunque fuera restringida y, de otro lado, la circunstancia que destaca el agente del Ministerio Público, tampoco los relevaba de cumplir con su deber de custodiar los dineros hasta tanto fueran puestos a disposición de la autoridad competente.

En efecto, la Sala ha considerado que no obstante la prohibición constitucional de que los miembros de las Fuerzas Militares ejerzan funciones de policía judicial, en determinados casos y bajo especialísimas circunstancias, pueden cumplir de manera restringida algunas de las actividades propias de la policía judicial sin quebrantar el ordenamiento legal, siempre que éstas sean respetuosas de los derechos fundamentales.

Sobre el referido tema, en CSJ SP, 5 jun. 2013, rad. 34867, dijo la Corte:

Plurales han sido los pronunciamientos de la Corte Constitucional en los que ha sostenido que la asignación de funciones de policía judicial a las Fuerzas Militares, de la que hacen parte el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea,⁵⁴ está prohibida por la Carta Política, porque desnaturaliza la estructura y objetivos esenciales de dicha fuerza y contraría la prohibición contenida en su artículo 213.⁵⁵

Pero esto no significa, como lo entiende la casacionista, que las actividades realizadas por los miembros de la Armada Nacional o cualquier otro órgano de las Fuerzas Militares, en ejercicio del deber de protección de las personas, o de la preservación del orden público y la convivencia ciudadana, o de la facultad consagrada en el artículo 302 de la Ley 906 de 2004, se tornen ilícitas o ilegales por el simple hecho de provenir de un órgano que no tiene asignadas funciones de policía judicial.

Además de la finalidad primordial que el artículo 217 de la Constitución Nacional le asigna a las Fuerzas Militares, de la “defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”, también tiene el deber de proteger a todas las personas en su vida, honra y bienes, que el artículo 2° ejusdem le impone a todas las autoridades de la República, y el de colaborar en forma armónica con las demás ramas del poder público para la realización de los fines del Estado, que el artículo 113 asigna a todos sus órganos. (...)

*En cumplimiento de estas finalidades de origen también constitucional y legal, **es frecuente que las Fuerzas Militares** tengan que intervenir para prevenir o conjurar alteraciones del orden o la paz ciudadana, o repeler actividades ilícitas, o*

⁵⁴ «Artículo 217 C. N.»

⁵⁵ «Sentencia C-034/93. En el mismo sentido, Sentencia C-179/94, Sentencia C-251/02 y Sentencia C-1024/02, entre otras».

*capturar delincuentes en flagrante actividad delictiva, y que **en ejercicio de esta actividad se vean enfrentados a situaciones en las que las circunstancias exigen realizar preventivamente funciones que normalmente cumple policía judicial, mientras ésta asume su control.** (...)*

*El problema jurídico se plantea alrededor de las actividades que en desarrollo de esta facultad de respuesta adelante la fuerza pública, pues **debe entenderse que su capacidad de acción en estos casos no puede ser ilimitada** y que la legalidad o ilegalidad de las actuaciones que cumpla dependerá de que sean respetuosas de los derechos fundamentales y de las fronteras de competencia de los órganos de investigación.*

Si invade competencias que son privativas de policía judicial, entendidas por tales las que por su naturaleza implican una actividad investigativa, como sería el caso de los interrogatorios, los análisis de campo, la recolección de elementos materiales probatorios o evidencia física, el levantamiento de planos, de registros fotográficos, las inspecciones, etcétera, que comportan, de suyo, funciones propias de investigación con pretensión probatoria, la actuación, en lo que tiene que ver con las actividades desbordadas, será ilegal, como ya lo ha reconocido la Corte en otras oportunidades.⁵⁶

*Pero si las fuerzas militares se limitan a dar respuesta a una situación de peligro, o a un llamado de ayuda, sin desplazar a los cuerpos de policía judicial en las funciones de indagación que les son propias, como ocurre cuando solo realizan requisas preventivas, o capturas de personas sorprendidas en flagrante actividad delictiva, o **actos de protección y aseguramiento de los elementos probatorios y las evidencias físicas descubiertos**, mientras los órganos de policía asumen el control de la situación, la actuación será lícita, si se cumple dentro de los marcos de respeto de las garantías fundamentales. (Subrayas y negrillas fuera del texto original)*

⁵⁶ «Casación 23251, sentencia de 13 de septiembre de 2006».

En el caso concreto, aplicada la doctrina citada, surge patente que dada la función constitucional que cumplían los uniformados procesados, valga decir, preservar el orden público, en cuyo desarrollo hallaron la caleta con los dineros de procedencia ilícita, amén de la atribución que en tal sentido les asignaba el Sumario de Órdenes Permanentes del Ejército Nacional, les asistía el deber de custodiar tales bienes, cuya tenencia –disponibilidad material–, como acertadamente lo consideraron los juzgadores de instancia, indudablemente asumieron por razón de sus funciones, pero como se apropiaron de ellos, incurrieron en el ilícito objeto de acusación.

Por último, itera la Sala que al margen de los motivos que llevaron al legislador a expedir la Ley 1201 de 2008, según los demandantes inspirada en los hechos aquí juzgados, es lo cierto que dicha normativa no recogió ese particular comportamiento para tipificarlo como conducta punible, sino que se limitó a reafirmar que el servidor público que malverse bienes del Estado cuya custodia, tenencia o administración haya asumido por razón de sus funciones, incurre en el delito de peculado, lo cual no se ofrece novedoso, como sí lo es que catalogara como bienes de la Nación a los denominados mostrencos cuando son hallados en la especiales circunstancias que allí se indican.

Calificación que, según quedó visto, no es legalmente procedente otorgar a los dineros que fueron encontrados por los procesados en cumplimiento de la misión constitucional que tenían asignada, quienes defraudaron su deber

funcional de ponerlos a disposición de la autoridad competente como se lo imponía el ordenamiento Superior y el reglamento, habida cuenta de su evidente origen ilícito, optando por apropiárselos en detrimento de la administración pública.

Con todo, dígase que los juzgadores de instancia no realizaron el juicio de tipicidad con fundamento en la pluricitada ley, sino que para tal efecto acudieron al artículo 397 del Código Penal que prevé la conducta punible de peculado por apropiación, luego afirmar lo contrario no consulta la realidad procesal.

En conclusión, la Corte advierte que en la conducta de los militares acusados concurren los elementos que configuran el delito de peculado por apropiación por el cual se les condenó en la sentencia confutada, habida cuenta que (i) aquellos no estaban facultados legalmente para disponer a su arbitrio de los dineros hallados, puesto que éstos no constituyen tesoro ni tienen la condición de mostrencos; (ii) como existía evidencia de que tales valores pertenecían a un grupo armado al margen de la ley, su deber era custodiarlos hasta tanto fueran dejados a disposición de la autoridad respectiva; (iii) los uniformados implicados asumieron la tenencia y, por ende, la disponibilidad material de los pluricitados bienes desde el mismo momento de su descubrimiento, el cual se produjo cuando cumplían su deber funcional de defender el orden constitucional; y, (iv) no

obstante conocer lo anterior, se apropiaron en provecho suyo de los caudales en detrimento de la administración pública.

Finalmente, frente a la afirmación del Procurador Delegado en el sentido que la conducta de los militares procesados de apropiarse de los dineros hallados en la caleta, eventualmente configuraría los delitos de enriquecimiento ilícito –art. 412 del C.P.– o prevaricato por omisión –art. 414 ibídem–, pero no el de peculado por apropiación por el que fueron declarados penalmente responsables, encuentra la Sala que en el asunto de la especie las conductas punibles que echa de menos el representante de la sociedad, de configurarse, no excluirían *per se* el ilícito objeto de condena.

En efecto, si bien los mencionados delitos protegen el mismo bien jurídico de la administración pública, no puede soslayarse que cada uno se sustenta en un particular supuesto fáctico, pues en el caso del enriquecimiento ilícito se exige un incremento patrimonial injustificado del servidor público, mientras que en el prevaricato se penaliza a éste por la conducta omisiva frente a un acto propio de sus funciones y el peculado se configura en razón de la apropiación de bienes del Estado o de particulares sobre los cuales el servidor público tenga un poder de disposición que aflora en razón del ejercicio de un deber funcional.

Surge patente que ontológicamente son conductas claramente diferenciables, amén que el elemento esencial que las caracteriza no se requiere en ninguno de los otros

delitos para su tipificación. Así, la omisión propia del prevaricato no figura en la descripción típica del enriquecimiento ilícito como tampoco en la del peculado por apropiación, ni el incremento patrimonial que caracteriza al enriquecimiento ilícito aparece como ingrediente del peculado, y la apropiación característica de este último no es componente de la conducta de los otros delitos en cita.

Conviene recordar que la Sala tiene dicho que los ilícitos de peculado por apropiación y enriquecimiento ilícito pueden concursar materialmente sin que se viole el principio *non bis in ídem*, tal como lo expresó en CSJ SP, 17 abr. 2013, rad. 38962, al afirmar:

En otro aspecto arguye el recurrente, que por haber sido condenado por el Tribunal Superior de Buga el 12 de marzo de 2002 como autor del punible de enriquecimiento ilícito derivado del delito de peculado, no puede ser juzgado por este último so pena de afectar el principio del non bis in ídem.

Sobre el punto, en decisión de quien ahora cumple igual cometido se señaló:

“El razonamiento del memorialista carece de aptitud para los efectos planteados, pues si bien es cierto el ex Juez Primero Laboral del Circuito de Buenaventura fue condenado por el delito de enriquecimiento ilícito descrito en el artículo 148 del Código Penal de 1980⁵⁷ (hoy 412 del estatuto sustantivo de 2000⁵⁸),

⁵⁷ “ART. 148.Modificado. L. 190/95, arts. 18 y 26. Enriquecimiento ilícito. El servidor público que por razón del cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años, multa equivalente al valor del enriquecimiento e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.”

⁵⁸ “ART. 412. Enriquecimiento Ilícito. El servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la

también lo es que no por ello puede predicarse que esa condena torne en ilegítimo este proceso adelantado por la conducta punible de peculado por apropiación, como si el trámite de esta actuación violara el principio del non bis in ídem.

El argumento esgrimido por el defensor parte de una imprecisión conceptual, según la cual el enriquecimiento ilícito supone que la ‘conducta fuente’, es decir, aquella situada en la génesis del incremento patrimonial, es necesariamente atípica y por lo tanto, al condenarse al servidor público por dicha conducta punible se está calificando, de una vez por todas y con fuerza de cosa juzgada, la ‘conducta fuente’ como no constitutiva de delito.

La hipótesis del defensor es equivocada. Sobre este tema, ha dicho la Sala de tiempo atrás, que la calidad de subsidiario del tipo penal de enriquecimiento ilícito no significa que ‘la conducta fuente’ no constituya delito, sino que –cosa muy diferente- de su naturaleza delictiva no exista prueba a la hora de fallar el proceso por el injustificado incremento patrimonial. De allí que la subsidiariedad del enriquecimiento ilícito no descarta que, una vez emitido el fallo condenatorio, no pueda investigarse y fallarse respecto de la ‘conducta fuente’, en caso de la aparición de prueba sobre su tipicidad. Lo anterior porque, insiste la Corte, la sentencia condenatoria por enriquecimiento ilícito no tiene la virtud de juzgar como atípico –con fuerza de cosa juzgada material- el comportamiento gracias al cual se produjo el incremento patrimonial⁵⁹”.

Entonces, se advierte clara la posibilidad del concurso⁶⁰ entre el enriquecimiento ilícito y el denominado ‘delito fuente’ -es decir aquél que determina el incremento patrimonial injustificado-, pues inciden de manera autónoma e independiente el bien jurídico

conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses.”

⁵⁹ «Corte Suprema de Justicia radicado 33201 del 27 de abril de 2011».

⁶⁰ «Cfr. Providencia del 19 de mayo de 2000, Rad. No. 8067. En igual sentido, la Corte ha avalado la posibilidad del concurso material entre los delitos de cohecho y enriquecimiento ilícito en decisión del 28 de mayo de 2008, Rad. No. 29705».

tutelado sin que exista entre ellos una relación de dependencia, en la medida que el enriquecimiento ilícito comporta necesariamente el incremento patrimonial injustificado del servidor público, elemento no requerido en el peculado por apropiación ejecutado en favor de terceros.

Asimismo, esta Corporación se ha expresado respecto del concurso que puede presentarse entre el peculado por apropiación y el prevaricato por acción, argumentos que resultan aplicables al caso de la especie no empece que aquí se juzga esta última conducta en la modalidad omisiva, puesto que, en síntesis, lo que en dicha jurisprudencia se destaca es que tales delitos sancionan hipótesis comportamentales diferenciables ontológicamente, las cuales están integradas por elementos que no les son comunes y, además, obedecen a propósitos distintos.

Dijo la Corte:

La Sala advierte la improcedencia de la solicitud orientada a obtener la cesación del procedimiento al amparo de una hipotética vulneración del principio del non bis in ídem, pues la defensa, decidió desconocer las reglas que gobiernan el concurso de tipos penales, para deducir a partir de allí la existencia de una sola conducta punible, cuando en este evento se estructura de manera autónoma el prevaricato por acción y el peculado por apropiación a favor de terceros, postura jurídica válida por virtud del concurso de tipos penales.

El recurrente pasa por alto que con la comisión del Prevaricato por acción, lo que se sanciona es el “proferimiento de una resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley”, bastando con ello para que se entienda consumado el delito y sin que resulten relevantes los efectos que haya producido. A su turno el peculado

por apropiación a favor de terceros sanciona el poner de manera ilegal, en manos de terceros dineros públicos. Ello supone la realización de dos propósitos distintos en el autor, que a su turno estructuran dos tipos penales autónomos.

De igual forma omitió considerar que un mismo comportamiento puede vulnerar simultáneamente dos tipos penales y que al hacerlo, no se está en presencia de “los mismos hechos⁶¹”, sino de una conducta que estructura de manera conjunta dos tipos penales, respecto de los cuales el Estado tiene la potestad autónoma de perseguir a sus infractores, en forma independiente. (CSJ AP, 22 sep. 2010, rad. 34485)

En esa medida, aun cuando en el asunto examinado se configuraran los delitos de prevaricato por omisión y enriquecimiento ilícito, aspecto que, valga destacar, no es objeto del recurso extraordinario, en manera alguna podría afirmarse, como lo plantea el Procurador Delegado, que por esa mera razón se excluiría el ilícito de peculado por apropiación por el cual fueron condenados los militares acusados, habida cuenta que, según quedó visto, unos y otro pueden concursar materialmente.

Agréguese a lo dicho, que tampoco puede desconocerse que en el asunto concreto el ente acusador, de acuerdo con la conducta fácticamente imputada en la acusación, únicamente endilgó a los procesados el delito de peculado por apropiación, de donde se sigue que las demás conductas punibles que eventualmente se configurarían por razón de los hechos juzgados, quedaron excluidas del pliego de cargos

⁶¹ «En su connotación jurídica».

y, por tanto, no podían ser objeto de pronunciamiento en las instancias, ni mucho menos en sede del recurso de casación.

Así las cosas, los cargos no prosperan.

6. Casación oficiosa.

A pesar de la falta de prosperidad de los reparos, la Corte observa que se violaron garantías fundamentales de los procesados en punto de la legalidad de la pena, específicamente de aquellos a quienes en la sentencia de segundo grado le fueron reconocidas las rebajas punitivas por confesión y reintegro parcial de lo apropiado, por tanto, entrará a casar oficiosa y parcialmente el fallo, tal como lo autoriza el artículo 216 de la Ley 600 de 2000.

En el fallo de primer nivel a los acusados se les dividió en grupos y se les condenó como a continuación se explica:

Con fundamento en la pena establecida en el inciso 2° del artículo 397 del Código Penal –6 a 22 años y 6 meses de prisión–, y ubicándose en el primer cuarto de punibilidad –72 a 121.5 meses–, de acuerdo con los parámetros establecidos en el artículo 61 ibídem, el a quo fijó las siguientes penas privativas de la libertad: a los oficiales 121.5 meses, a los suboficiales 109.125 meses y a los soldados voluntarios 96.75 meses; mientras que en punto de la sanción de multa acudió al sistema de cuartos, que aplicó a la diferencia resultante entre el equivalente a 200 SMLMV de la época –\$66.400.000– que se indica en la norma citada *ut supra* y el

valor de lo apropiado por el acusado ST. IVÁN MAURICIO ROA MARTÍNEZ -\$411.040.000-, no obstante, en últimas, para individualizar la pena pecuniaria tuvo en cuenta la cantidad de dinero tomado por cada uno de los procesados, y no la totalidad del que fue objeto de apropiación, como legalmente correspondía.

A tales montos hizo las reducciones punitivas correspondientes por la confesión y/o el reintegro de lo apropiado, según fuera el caso, y en relación con esta última, sin razón aparente, en algunos eventos aplicó un descuento de 1/3 parte, mientras que en otros fue de 1/4 parte, no obstante que la devolución fue parcial, pues de los \$1.903.419.440 que fueron objeto de apropiación, según lo determinó la prueba pericial, solo se recuperó el 66.34 % de dicho valor; además que a aquellos condenados que se abstuvieron de hacer el reintegro, no les aplicó ninguna rebaja.

De acuerdo a las variables antes reseñadas, finalmente impuso las siguientes penas: a los oficiales 60.75 o 121.5 meses de prisión y 229.76 o 459.51 SMLMV de multa; a los suboficiales 63.65 o 109.12 meses de prisión y 230.21 o 394.63 SMLMV de multa; y, por último, a los soldados voluntarios 48.38, 56.45, 80.63 o 96.75 meses de prisión y 164.89, 192.37, 274.8 o 329.75 SMLMV de multa.

Y a todos los sentenciados les aplicó la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

Al resolver la impugnación de la sentencia de primer grado, el ad quem excluyó la circunstancia de agravación prevista en el inciso 2° del artículo 397 del Estatuto Punitivo, derivada de que la cuantía de lo apropiado excedía los 200 SMLMV, al advertir, acertadamente, que como la misma no había sido deducida en el pliego de cargos por la Fiscalía Penal Militar, no podía ser tenida en cuenta en la sentencia, so pena de vulnerar el principio de congruencia y, por ende, procedió a redosificar la pena de prisión, labor en la que si bien no siguió cabalmente el criterio observado por el fallador de primer nivel, que en forma gradual, de mayor a menor, individualizó la sanción dependiendo de si se trataba de oficiales, suboficiales o soldados voluntarios, habida cuenta del mayor juicio de reproche que consideró merecían quienes tenían mando sobre la tropa; en últimas determinó una pena de 79 meses de prisión para todos los sentenciados, con todo más favorable que la fijada por el fallador de primer nivel.

Y en cuanto a la multa, no obstante reconocer que su monto equivalía al valor total de lo apropiado, la fijó para la generalidad de los condenados en el equivalente a 269 SMLMV, atendiendo a la cifra de que partió el juzgador de primer grado en el proceso de individualización de la pena pecuniaria y con el propósito de no trasgredir la prohibición de *reformatio in pejus*, pues si bien los condenados no eran los únicos apelantes, los demás sujetos procesales que recurrieron apoyaron la tesis de la defensa.

De otro lado, aun cuando el Tribunal destacó que el descuento reconocido en la sentencia de primer nivel de $1/3$ parte de la sanción era improcedente de acuerdo con el inciso 2° del artículo 401 del Código Penal, por cuanto el reintegro de lo apropiado había sido parcial, y que en este último evento tampoco procedía la rebaja fija de $1/4$ parte, como lo hizo el a quo en relación con algunos procesados, pues lo correcto era aplicarlo de manera proporcional al monto de lo devuelto, decidió mantener el mayor monto de la reducción $-1/3-$ en orden a no quebrantar la prohibición de reforma en peor, haciéndola extensiva a todos los acusados y no solo a quienes realizaron la devolución de dinero como lo había dispuesto el juzgador de primer nivel, apoyado en jurisprudencia de esta Sala de la Corte en el sentido de que los efectos de esa conducta posdelictual favorece a todos los copartícipes del delito, pues se trata de una obligación de carácter solidario.

En ese orden, ajustadas las penas, el ad quem fijó de manera definitiva las siguientes: 52 meses y 15 días de prisión y multa de 179.33 SMLMV a los sentenciados que únicamente se beneficiaron de la reducción por reintegro de lo apropiado; y, 48 meses y 8 días de prisión y multa de 164.38 SMLMV a los condenados que recibieron rebaja, además de la anotada circunstancia, por razón de la confesión.

Sin embargo, la Corte advierte que las sanciones de prisión y multa establecidas para este último grupo de

procesados⁶², es superior a la que realmente corresponde, como resultado de una errada operación aritmética.

En efecto, aplicados los descuentos de 1/3 y 1/6 parte, en su orden, que por reintegro y confesión les fueron reconocidos por los falladores de instancia a los inculcados que integran el referido grupo, a los guarismos de 79 meses de prisión y 269 SMLMV de multa que para la generalidad de los condenados determinó el ad quem luego de adecuar la sanción, arroja **43 meses y 27 días de prisión**⁶³ y **149.45 SMLMV de multa**⁶⁴, montos claramente inferiores a los que fueron fijados en la sentencia de segundo grado, por tanto a tales penas quedarán sometidos aquellos en definitiva, así como a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

En consecuencia, ante la evidente violación del debido proceso y el principio de legalidad de la pena, lo procedente es casar de oficio y parcialmente el fallo impugnado y, por contera, que la Corte adecue la sanción impuesta por los

⁶² Subteniente ROA MARTÍNEZ IVÁN MAURICIO; cabos primeros (r) LIZARAZO VALDERRAMA YOVANY y SOLANO SUÁREZ DAMIÁN; y soldados voluntarios (r) CERÓN GUZMÁN JULIÁN ANDRÉS, CERQUERA PATARROYO WILFREDO, DE JESÚS ARTUNDUAGA WILSON, DÍAZ DURÁN LUGER, FAJARDO SERRATO OSCAR EDUARDO, GASCA VALENCIA WILLIAM, GUERRERO ROSERO FERNANDO ALDEMAR, LASSO JAIMES GERMÁN, LASSO JAIMES WILSON, LEÓN SANTOS VÍCTOR MANUEL, MUÑOZ GUTIÉRREZ JUAN CARLOS, PEÑA DILMER ALEXANDER, QUEMBA LUIS ALBERTO, RENDÓN ÁLVAREZ HÉCTOR FABIO, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ OSWALDO, RODRÍGUEZ VALLEJO EDISON, ROJAS FREDY ALEXANDER, SANDOVAL GUZMÁN WILSON ALEXANDER, ULLOA CARLOS ARTURO, URIBE SANTANDER JOSÉ LUIS, VARGAS VARGAS YUBER y VÁSQUEZ JAIME JUAN CARLOS.

⁶³ 79 meses – 1/3 parte = 52 meses y 20 días – 1/6 parte = 43 meses y 27 días.

⁶⁴ 269 SMLMV – 1/3 parte = 179.34 SMLMV – 1/6 parte = 149.45 SMLMV.

juzgadores de instancia en los términos indicados en precedencia.

Finalmente, cabe señalar que salvo lo aquí decidido, las demás determinaciones del fallo se mantienen incólumes, precisando que corresponde al juzgador de primer grado librar orden de captura en contra de los condenados para el cumplimiento de la sentencia, de conformidad con el inciso 2° del artículo 355 de la Ley 522 de 1999.

En mérito de lo expuesto, **LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. NO CASAR el fallo impugnado con fundamento en el cargo único de las demandas allegadas en representación de WILSON RAFAEL SARMIENTO GUZMÁN y otros, y DIEGO EDISON LÓPEZ MELENGUE y otro; el primer reproche de los libelos presentados en nombre de JOEL DE JESÚS BOCANEGRA AGUDELO y otros, JOSÉ NORBERTO SOTO HORTÚA, CRISTÓBAL CRUZ SILVA y otros, JUAN PABLO GUTIÉRREZ LÓPEZ y otros, Ilich Fernando Mojica Calderón y del formulado por el agente del Ministerio Público; la segunda y tercera censura de la demanda radicada en representación de YOVANY LIZARAZO VALDERRAMA y otros; y el segundo reparo de los libelos presentados en nombre de WILSON DE JESÚS ARTUNDUAGA y JORGE SANABRIA ACEVEDO y otros.

2. CASAR de oficio y parcialmente la sentencia de 31 de julio de 2014 proferida por el Tribunal Superior Militar, en consecuencia, reducir la pena a **cuarenta y tres (43) meses y veintisiete (27) días de prisión, ciento cuarenta y nueve punto cuarenta y cinco (149.45) SMLMV de multa** e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, en razón de su coautoría en el delito de peculado por apropiación, a los acusados: subteniente (r) IVÁN MAURICIO ROA MARTÍNEZ; cabos primeros (r) YOVANY LIZARAZO VALDERRAMA y DAMIÁN SOLANO SUÁREZ; y soldados voluntarios (r) WILSON DE JESÚS ARTUNDUAGA, JULIÁN ANDRÉS CERÓN GUZMÁN, WILFREDO CERQUERA PATARROYO, LUGER DÍAZ DURÁN, OSCAR EDUARDO FAJARDO SERRATO, WILLIAM GASCA VALENCIA, FERNANDO ALDEMAR GUERRERO ROSERO, GERMÁN LASSO JAIMES, WILSON LASSO JAIMES, VÍCTOR MANUEL LEÓN SANTOS, JUAN CARLOS MUÑOZ GUTIÉRREZ, ALEXANDER PEÑA DILMER, LUIS ALBERTO QUEMBA, HÉCTOR FABIO RENDÓN ÁLVAREZ, OSWALDO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, EDISON RODRÍGUEZ VALLEJO, FREDY ALEXANDER ROJAS, WILSON ALEXANDER SANDOVAL GUZMÁN, CARLOS ARTURO ULLOA, JOSÉ LUIS URIBE SANTANDER, YUVER VARGAS VARGAS y JUAN CARLOS VÁSQUEZ JAIME.

3. PRECISAR que en lo demás el fallo se mantiene incólume en relación con los restantes procesados.

4. ADVERTIR que corresponde al juzgador de primer grado librar orden de captura en contra de los condenados

para el cumplimiento de la sentencia, de conformidad con el inciso 2° del artículo 355 de la Ley 522 de 1999.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Cópiese, comuníquese y cúmplase. Devuélvase al Tribunal de origen.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria