



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

569

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado Ponente

SEP 122 - 2026

Radicación No. 51800
CUI: 11001020400020170220100
Aprobado Mediante Acta N.º 81

Bogotá, D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil veintiséis (2026).

1. ASUNTO

Tramitada la audiencia de juzgamiento y no advertida irregularidad alguna que imposibilite proferir la decisión de fondo que en derecho corresponda, procede la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia a dictar sentencia dentro de la actuación penal adelantada en contra de ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO, quien fue acusado por la Fiscalía General de la Nación como coautor de los delitos de fraude procesal (art. 453 C.P) y peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía (Art. 397. Inciso 2º. C.P.)

2. ANTECEDENTES FÁCTICOS

Involucran a ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO, quien para la época de los sucesos se desempeñaba como Secretario de Hacienda del Departamento del Chocó y fue encargado de las funciones de Gobernador el 11 de septiembre de 2006.

El 12 de septiembre de 2006, suscribió la Resolución No. 2134, de la cual existen dos versiones con idéntico número y fecha, pero con contenidos disímiles. Una de ellas, considerada genuina por la fiscalía, que reconoce y ordena el pago de ochocientos cincuenta mil pesos (\$850.000) a la señora Piedad Natalia López por servicios profesionales, contando esta con los debidos soportes y registros en los archivos de la gobernación.

La otra, calificada como fraudulenta, reconoce y ordena el pago de cincuenta y cinco millones setecientos treinta y siete mil quinientos noventa y tres pesos (\$55.737.593) al Fondo de Empleados de la Gobernación del Chocó.

Este último documento, calificado como espurio, dada la inexistencia de registros del mismo en los libros radicadores, la falta de Certificado de Disponibilidad Presupuestal y Registro Presupuestal que ampararan dicha obligación, la ausencia de las firmas de los funcionarios que debían proyectar y revisar el acto, y notorias diferencias en el diseño del numerador.

Utilizando esta resolución fraudulenta como título ejecutivo, los apoderados del Fondo de Empleados iniciaron un proceso ejecutivo laboral contra el Departamento del Chocó el 21 de

noviembre de 2007, reclamando no sólo el capital inicial sino también sumas adicionales por indexación e intereses, elevando la pretensión a un monto multimillonario que sobre pasaba los 800 millones de pesos.

Para la fiscalía, la actuación de MOSQUERA LOZANO resultó crucial en esta etapa, pues tras ser notificado del mandamiento de pago el 4 de diciembre de 2007, procedió a presentar escritos los días 7 y 11 de diciembre del mismo año, cuando ya no ostentaba la calidad de gobernador encargado, renunciando a las excepciones y a los términos de traslado, incluido el de la liquidación del crédito que ascendía a \$809'106.142.

Dichas acciones impidieron el ejercicio del derecho a la defensa por parte de la gobernación y facilitaron que, como consecuencia directa de la maniobra, el Departamento del Chocó desembolsara la suma total de \$919'517.802.

Tiempo después, la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Quibdó, en decisión del 15 de diciembre de 2011, estableció que el valor real de la obligación era de \$74'744.808.93, ordenando la devolución de \$844'772.993.15 cobrados en exceso.

Por lo anterior, la Fiscalía acusó a MOSQUERA LOZANO como probable coautor de los delitos de fraude procesal y peculado por apropiación en favor de terceros, en concurso heterogéneo.

3. IDENTIDAD DEL ACUSADO

ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO, nació el 22 de abril de 1973, identificado con la cédula de ciudadanía número 11.636.201 de Istmina (Chocó). Al momento de su vinculación mediante indagatoria el 5 de noviembre de 2019, contaba con 47 años de edad, hijo de Zulma y Abraham, casado con Luz Garmaña Murillo y padre de dos hijos. Grado de instrucción economista, con especialización en Derecho Público y una maestría en creación y dirección de empresas.

4. ANTECEDENTES PROCESALES

4.1 Fase de instrucción y juzgamiento

La investigación se inició originalmente en una Fiscalía Seccional del Chocó donde se profirió resolución de acusación contra ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO y los abogados Juan Fernando Valdés Tipton y Jhonny Alexander Caicedo Ayala, decisión que fue apelada y confirmada en segunda instancia.

El 6 de julio de 2017, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Quibdó, al advertir la calidad de gobernador encargado que ostentaba MOSQUERA LOZANO para la época de los hechos, dispuso remitir por competencia la actuación a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Posteriormente, con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2018, por cuyo medio se efectuó la creación de esta Sala Especial de Primera Instancia de Corte Suprema de Justicia, fue

repartida la actuación a este Despacho el 23 de agosto de la misma anualidad.

No obstante, mediante auto del 19 de diciembre hogañ, se decretó la nulidad de la actuación adelantada contra ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO por falta de competencia del funcionario instructor, a partir de la resolución de apertura de investigación previa del 11 de noviembre de 2008, conservando la validez de las pruebas recaudadas.

El 8 de marzo de 2019, la Fiscalía Tercera Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, en cumplimiento de lo dispuesto por la alta Corporación, profirió resolución de apertura de investigación de acuerdo con el artículo 331 de la Ley 600 de 2000.

A través de indagatoria adelantada el 5 de noviembre de 2019, se vinculó formalmente al proceso al señor ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO.

Por auto del 2 de diciembre de 2020, el despacho fiscal declaró la prescripción de la acción penal respecto de los delitos de falsedad ideológica en documento público y abuso de función pública, precluyendo la investigación por estas conductas. En la misma providencia, resolvió la situación jurídica del procesado por los delitos de *fraude procesal en concurso con peculado por apropiación en favor de terceros*, infiriendo su probable autoría sin imponer medida de aseguramiento.

El 25 de junio de 2021, la Fiscalía Tercera Delegada ante la Corte Suprema de Justicia profirió nuevamente resolución de

574

acusación en contra del procesado ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO¹, como probable coautor de los delitos de ***fraude procesal en concurso heterogéneo con peculado por apropiación en favor de terceros***, decisión contra la cual la defensa interpuso recurso de reposición, siendo definido a través del auto de fecha 21 de julio de 2021 en el que se resolvió no reponer la misma, cobrando así su ejecutoria.

El 31 de agosto de 2021², correspondió nuevamente a esta Sala Especial la etapa de juzgamiento, corriéndose el respectivo traslado a los sujetos procesales conforme lo ordena el artículo 400 de la Ley 600 de 2000³, quienes procedieron de conformidad.

En auto AEP-002-2022⁴ se negó la solicitud de nulidad impetrada por la defensa del acusado, así como se resolvieron las solicitudes probatorias elevadas por los sujetos procesales, las cuales, una vez practicadas, dieron paso a la celebración de la correspondiente audiencia pública el 29 de septiembre de 2022⁵, y culminados los alegatos, pasó la actuación para dictar el respectivo fallo.

4.2. De la acusación

La Fiscalía Tercera Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, en su resolución del 25 de junio de 2021, fundamenta la acusación contra ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO como probable coautor de los delitos de Peculado por Apropiación en

¹ Cuaderno Actuación Fiscalía Original 7° Fl. 1-32

² Cuaderno Sala Especial de Primera Instancia Original 1° Fl. 47

³ Cuaderno Sala Especial de Primera Instancia Original 1° Fl. 48

⁴ Cuaderno Sala Especial de Primera Instancia Original 1° Fl. 148-179

⁵ Cuaderno Sala Especial de Primera Instancia Original 1° Fl. 442-445

Favor de Terceros y Fraude Procesal, en concurso heterogéneo. Los argumentos centrales de la acusación se detallan a continuación:

4.2.1. Peculado por Apropiación en favor de Terceros (Art. 397 del Código Penal)

La Fiscalía sostiene que el procesado, en su calidad de servidor público -específicamente como Gobernador encargado del Departamento del Chocó-, facilitó la apropiación de bienes del Estado en provecho de terceros al permitir el desembolso irregular de \$919.517.802.08 del erario departamental.

Aduce que si bien el señor MOSQUERA LOZANO no se apropió de los recursos para sí mismo, su conducta fue indispensable para que terceros lo hicieran, a través de la creación de un título ejecutivo espurio, la Resolución No. 2134 del 12 de septiembre de 2006, que reconocía una obligación inexistente por \$55.737.593 a favor del Fondo Empleados de la Gobernación del Chocó.

La Fiscalía desvirtúa la versión del procesado, quien alegó la posible existencia de un error administrativo, advirtiendo la existencia de otra resolución con el mismo número y fecha expedida por el mismo MOSQUERA LOZANO, mediante la cual reconoce una suma de \$850.000 pesos a Piedad Natalia López, resolución que a diferencia de la cuestionada, sí cuenta con los soportes y formalidades debidas, como los nombres de quienes la proyectaron y revisaron.

Asimismo, la resolución 2134 expedida a favor del Fondo de Empleados carece de registro en los libros radicadores de la

gobernación, no tiene Certificado de Disponibilidad Presupuestal (CDP) ni Registro Presupuestal, y no se encontró cuenta por pagar asociada a dicha obligación.

El testimonio del jefe de archivo, José Candelario Reyes, lejos de exculparlo, compromete más al procesado, pues afirmó que fue el propio MOSQUERA LOZANO quien, una vez numerada y fechada la resolución, se la llevó de su despacho sin regresarla, un procedimiento inusual que impidió su correcto archivo y registro.

La Fiscalía concluye que la totalidad de las sumas derivadas del proceso ejecutivo fueron apropiadas de manera delictual, ya que la base del cobro judicial era espuria. La responsabilidad recae en el señor MOSQUERA LOZANO porque, en ejercicio de sus funciones y con la potestad de comprometer el patrimonio del departamento, expidió una resolución falsa que fue el instrumento para el desfallo.

La conducta se adecúa al inciso segundo del artículo 397 del Código Penal, dada la cuantía de lo apropiado, y se agrava por la posición distinguida que ocupaba el procesado (Art. 58-9) y por obrar en coparticipación criminal (Art. 58-10).

4.2.2. Fraude Procesal (Art. 453 del Código Penal)

La acusación por este delito se fundamenta en que el procesado, mediante medios fraudulentos, indujo en error a un servidor público (el Juez Primero Laboral del Circuito de Quibdó) para obtener una resolución contraria a la ley: el mandamiento de

pago y las decisiones subsecuentes que llevaron al desembolso de los dineros públicos.

El medio fraudulento principal fue la creación de la ya mencionada Resolución No. 2134, un documento con apariencia de legalidad que sirvió como título ejecutivo para iniciar el proceso judicial. Sin embargo, la Fiscalía enfatiza que la contribución delictiva de MOSQUERA LOZANO no se detuvo ahí, pues su participación fue activa y determinante para el éxito de la maniobra, a través de los siguientes actos:

Tras ser notificado del mandamiento de pago el 4 de diciembre de 2007, en su calidad de gobernador encargado, procedió a actuar en contra de los intereses del departamento que debía representar, al suscribir y presentar los días 7 y 11 de diciembre de aquel año, *-y cuando ya no fungía como gobernador encargado-*, escritos al juzgado en los que, arrogándose una representación que ya no tenía, renunció a presentar excepciones y a los términos de traslado, incluido el de la liquidación del crédito que para ese momento ya ascendía a la exorbitante suma de \$809.106.142.

Al renunciar a la defensa de la gobernación, MOSQUERA LOZANO garantizó que el juez no tuviera otra opción que seguir adelante con la ejecución, basándose en un título falso y una liquidación desmedida, sin que la entidad demandada pudiera oponerse, proceder que, según la acusación, fue su principal aporte como coautor al fraude procesal.

Se descarta la justificación del procesado de que los documentos pudieron ser firmados durante su encargo, ya que el

segundo escrito, el del 11 de diciembre, refrendaba una liquidación presentada por la contraparte apenas un día antes, fecha para la cual MOSQUERA LOZANO ya llevaba varios días sin ser gobernador. Este hecho demuestra que su actuación fue posterior a la cesación de sus funciones y directamente encaminada a consolidar el fraude.

La Fiscalía concluye que el procesado, con pleno conocimiento de la ilicitud de su conducta y pudiendo actuar conforme a derecho, decidió voluntariamente apartarse de la legalidad para cometer las conductas, por lo que se cumplen los requisitos para formular acusación por los delitos mencionados, atribuyéndole culpabilidad a título de dolo y en calidad de coautor.

5. Alegatos de conclusión

5.1. Fiscalía

El Fiscal Tercero Delegado ante esta Corporación solicitó a la Sala proferir sentencia condenatoria en contra del señor ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO por el concurso de los delitos de peculado por apropiación en favor de terceros, agravado por la cuantía según el inciso segundo del artículo 397 del Código Penal, y fraude procesal, conforme al artículo 453 del mismo estatuto, con las circunstancias de mayor punibilidad contenidas en los numerales 9 y 10 del artículo 58 de la Ley 599 de 2000, relativas a la posición distinguida del procesado en la sociedad y a la coparticipación criminal.

579

En cuanto a los perjuicios causados, sostuvo que el detrimento patrimonial, actualizado a la fecha de los alegatos, ascendía a la suma de \$1.594.267.336.45.

El núcleo de la argumentación de la Fiscalía se centró en demostrar que el procesado, aprovechando su calidad de Gobernador encargado del departamento del Chocó, orquestó un plan para defraudar al erario, teniendo como primer acto la expedición de la Resolución No. 2134 del 12 de septiembre de 2006, la cual calificó de espuria.

Según la Fiscalía, este acto administrativo, que reconocía una supuesta deuda a favor del Fondo de Empleados de la Gobernación, se fundamentó en el argumento falaz de dar cumplimiento a un fallo de tutela que, en realidad, no ordenaba pago alguno, sino simplemente dar respuesta a un derecho de petición; documento que se convirtió en el título ejecutivo, con el cual se inició el proceso laboral fraudulento.

Como segundo pilar de la acusación, la Fiscalía enfatizó que el procesado, cuando ya no ostentaba la calidad de Gobernador encargado, presentó dos memoriales los días 7 y 11 de diciembre de 2007, en los que **i)** renunciaba a proponer excepciones y **ii)** a los términos procesales correspondientes.

Esta actuación, a juicio de la Fiscalía, fue determinante para inducir en error al Juez Primero Laboral del Circuito de Quibdó para permitir que se aprobara una liquidación desmedida, consolidando así tanto el fraude procesal como el peculado por apropiación.

La autoría de las firmas en dichos documentos fue confirmada, según la Fiscalía, por informe pericial de grafología que estableció la uniprocendencia manuscritural.

En definitiva, la Fiscalía concluyó que la conducta del procesado fue dolosa, antijurídica y culpable, y que las pruebas recaudadas demostraban con certeza su responsabilidad en el desfalco a la administración departamental y en el engaño a la administración de justicia.

5.1.1. Intervención de la Defensa y del Procesado

La **defensa técnica**, junto con el procesado ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO, solicitaron la emisión de una sentencia absolutoria, basando sus argumentos en la atipicidad de la conducta por ausencia de dolo y además por la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Luego de hacer un recuento de la situación fáctica y jurídica enrostrada a su defendido, la defensa estructura su argumentación central en torno a la naturaleza de los dineros involucrados, sosteniendo que el Fondo de Empleados de la Gobernación del Chocó era una entidad de carácter privado, constituida por documento privado desde el 10 de junio de 1993, cuya personería jurídica y acta de constitución obran acreditadas en el proceso, y cuyo patrimonio se conformaba con los descuentos mensuales practicados a los salarios de los funcionarios departamentales afiliados.

Invoca en apoyo de esta tesis los testimonios recaudados en juicio, entre ellos los de Josefina Palacios Bejarano, Fidel Eleicer Lemos Quesada, Carlos Julio Sánchez Mena y Santiago Enrique Peña *-este último, representante legal y gerente del Fondo-*, quienes de manera coincidente señalaron que dicho Fondo existió, que a sus afiliados se les descontaban mensualmente los aportes correspondientes por parte de la Gobernación, que dichos descuentos nunca fueron efectivamente girados al Fondo, y que fue precisamente esa omisión la que motivó a los afiliados a otorgar poder a los abogados para adelantar el cobro ejecutivo.

Destaca que el señor Santiago Peña calificó expresamente la naturaleza del Fondo como privada, para concluir que, siendo privados los recursos administrados por dicha entidad, los dineros descontados de los salarios de los afiliados nunca dejaron de pertenecerles a ellos y, en consecuencia, jamás llegaron a integrar ni a salir del patrimonio del Estado, circunstancia que a su juicio torna atípica la conducta de peculado por apropiación, en la medida en que este delito exige como presupuesto la afectación de bienes del erario público.

En estrecha relación con lo anterior, sostiene que tampoco se acreditó el dolo exigido por el tipo penal de peculado, invocando en su respaldo una decisión de la Sala de Casación Penal (*de la que no dijo su radicado*) en el que se absolvió a una servidora pública por no haberse demostrado que actuara con conciencia y voluntad de proceder ilegalmente.

Argumenta que su representado al expedir la Resolución 2134 no persiguió beneficio propio ni ajeno, sino que se limitó a

reconocer una obligación que, según los propios testigos, efectivamente existía a cargo de la Gobernación, movido por el genuino propósito de evitar que dicha deuda continuara generando intereses moratorios e indexaciones en perjuicio del patrimonio departamental.

Bajo esta óptica, concluye la defensa que la conducta atribuida al procesado no puede reputarse típica ni dolosa, pues no hubo pérdida de un dinero de naturaleza estatal, sino el simple reconocimiento de una acreencia de carácter privado que, en todo caso, la propia entidad territorial había retenido indebidamente en su poder.

Frente al delito de fraude procesal, reitera la existencia del Fondo de Empleados, de los descuentos de nómina girados a su favor y que nunca fueron enviados a su destinatario, aspectos que, a su juicio, se encuentran plenamente demostrados en el proceso a través de la inspección judicial realizada en la Gobernación del Chocó y de los testimonios ya referidos.

Sobre esa base, cuestiona en qué habría consistido la maniobra fraudulenta y a qué funcionario judicial se habría inducido en error, pues ninguno de los testigos convocados por la Fiscalía manifestó que MOSQUERA LOZANO hubiese actuado con la iniciativa o el interés de favorecer a los demandantes; por el contrario, afirman que se limitó a certificar una realidad existente, constatada con los libros de la Gobernación, sin que las irregularidades formales que la Fiscalía atribuye a la Resolución 2134, tengan la entidad de convertir el documento en espurio, pues a su juicio, ello obedece a fallas de control y organización interna

de la entidad, imputables a otros funcionarios, y no a una falsedad urdida por el procesado.

En este punto, la defensa aduce que el testimonio de Candelario Reyes, quien para la época de los hechos se desempeñaba como jefe de archivo de la Gobernación, reconoció que probablemente incurrió en un error involuntario en el trámite documental, resaltando además que todo acto suscrito por el Gobernador debía surtir previamente el filtro de revisión de la Secretaría y del Departamento Jurídico antes de llegar a su despacho para firma.

Respecto de la actuación posterior de su defendido dentro del trámite ejecutivo laboral, reitera que la misma no obedeció a un propósito defraudatorio, sino a la intención de evitar un mayor detrimento patrimonial para el Departamento, en la medida en que el transcurso del tiempo incrementaba el monto de los intereses moratorios sobre una obligación que era clara, expresa, exigible y no admitía excepción distinta a la de pago.

Finalmente, en cuanto a la responsabilidad por el monto efectivamente desembolsado por la Gobernación, insiste en que lo único que su representado certificó como Gobernador encargado fue una obligación por valor de \$84.000.000, y que la determinación posterior de la liquidación del crédito por sumas muy superiores, así como su aprobación judicial, escapaba por completo de su competencia y correspondía en exclusiva al control constitucional y legal que debía ejercer el juez laboral director del proceso ejecutivo.

Con fundamento en este conjunto de razones, la defensa concluye que el proceso no contiene prueba legalmente producida que acredite, más allá de duda razonable, ni la materialidad de las conductas punibles ni la responsabilidad de su defendido, señalando que buena parte del acervo probatorio proviene de prueba trasladada de un proceso laboral que no arrojó hallazgo alguno en tal sentido, y que la propia Fiscalía no logró demostrar interés, iniciativa o beneficio particular en cabeza del procesado.

Invocando los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo* consagrados en el artículo 7 del Código de Procedimiento Penal, así como pronunciamientos de la Sala de Casación Penal, la defensa solicita se profiera sentencia absolutoria en favor de ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO por los delitos acusados.

Por su parte, el procesado **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, señaló su inocencia frente al delito de peculado por apropiación, argumentando que el reconocimiento efectuado mediante la Resolución 2134 por valor de \$55.737.593 no comportó apropiación alguna de bienes del Estado, sino a la simple restitución de unos dineros de naturaleza privada que, habiendo sido descontados de los salarios de los funcionarios afiliados al Fondo de Empleados, se encontraban injustificadamente retenidos en poder de la administración departamental.

En cuanto a la elaboración material del acto administrativo cuestionado, el procesado indicó que no fue él quien directamente proyectó la Resolución 2134, sino que dicha labor fue encomendada a la doctora Johana Bean, abogada de la Gobernación, con fundamento en la documentación de los

descuentos de nómina que obraban en el expediente, circunstancia que -asegura- fue reconocida por aquella ante la Sala, y que también fue referida por el abogado Juan Fernando Valdés Tipton al señalar que fue ella quien le hizo entrega de la resolución.

Indicó que existían los debidos filtros de revisión al interior de la Gobernación que debían intervenir antes de que cualquier acto administrativo llegara a su despacho para la firma, y que la elaboración de las resoluciones de pago no correspondía a sus funciones como secretario de hacienda sino a otras dependencias.

Respecto de las irregularidades formales advertidas por la Fiscalía en torno a la dualidad de resoluciones con el mismo número, el procesado señaló que dicho aspecto fue explicado por el señor Candelario Reyes, quien para la época de los hechos se desempeñaba como jefe de archivo de la Gobernación, y cuya declaración, en su criterio, aclara lo sucedido con la numeración del acto administrativo sin que ello comprometa su responsabilidad penal.

Agregó que la propia administración departamental, bajo la gestión del entonces Gobernador Patrocinio Sánchez, reconoció la existencia de esos mismos \$55.000.000 de deuda, y que dicha administración solo objetó la resolución de manera extemporánea, años después de haber sido notificada del proceso ejecutivo en 2008, presentando su reparo únicamente al momento de instaurar la denuncia penal.

En relación con su actuación dentro del trámite del proceso ejecutivo laboral, explicó que al ser notificado el 4 de diciembre de

2007 del mandamiento de pago, manifestó su intención de no formular oposición porque consideraba que debía ser consecuente con el reconocimiento de la obligación que él mismo había hecho, en la medida en que conocía sus antecedentes y estaba convencido de que la acreencia era real y efectivamente se adeudaba, de manera que no encontraba fundamento para oponerse a su pago, siendo además consciente de que dilatar el trámite representaría una mayor erogación para la administración departamental por concepto de intereses.

Sostuvo que el embargo que se le notificó estando encargado de las funciones de Gobernador ascendía únicamente a la suma de \$84.000.000, y que no le correspondía revisar las liquidaciones posteriores del crédito, pues dicho trámite era competencia de otra dependencia distinta a la suya, como tampoco era su función la radicación de la correspondencia ante el juzgado.

Frente al delito de fraude procesal, expresó no comprender los términos de la imputación, manifestando su extrañeza por el hecho que, si se le acusa de haber inducido en error al juez laboral mediante maniobras fraudulentas, resulta incongruente que simultáneamente se investigue a dicho funcionario judicial por el delito de prevaricato, circunstancia que a su juicio genera una contradicción que le dificulta ejercer una defensa adecuada frente a conductas que niega haber cometido.

Como fundamento adicional de su defensa, el procesado desarrolló una solicitud de nulidad de lo actuado, invocando la causal prevista en el numeral 2 del artículo 306 de la Ley 600 de 2000, relativa a la comprobada existencia de irregularidades

sustanciales que afectan el debido proceso, de la cual se ocupará la Sala más adelante.

Posteriormente, invocó la aplicación de los principios *in dubio pro reo y pro homine*, desarrollando una extensa disertación sobre su fundamento y alcance, con apoyo en instrumentos internacionales y en jurisprudencia de la Sala de Casación Penal sobre la diferencia entre la presunción de inocencia y la duda razonable, para concluir que, ante la falta de certeza sobre los hechos que se le imputan, corresponde a la Sala resolver dicha incertidumbre a su favor.

Asimismo, desarrolló una argumentación relativa a sus condiciones personales y familiares, señalando que a lo largo de su gestión como Gobernador encargado suscribió en diversas ocasiones certificaciones, acuerdos, conciliaciones y cuentas por pagar, siempre convencido de actuar dentro del marco legal, resaltando que su formación profesional es la de economista, con especialización en Derecho Público y maestría en creación y dirección de empresas, pero sin conocimientos jurídicos especializados, razón por la cual sostuvo haber procedido siempre bajo el amparo del concepto y asesoramiento de la Oficina Jurídica de la Gobernación.

El procesado también expuso ante la Sala una serie de circunstancias que enmarcan su situación personal y familiar, relatando el fallecimiento de su padre en 2017, de su madre en 2019 y de su hermana el año anterior a la presentación de sus alegatos, así como su reclusión en la cárcel de Quibdó desde diciembre de 2009 hasta 2013, año en que obtuvo la libertad

provisional, sus dificultades posteriores para conseguir empleo estable, y la afectación de salud de sus hijos, particularmente el padecimiento de cáncer de riñón de su hijo mayor y las tendencias suicidas manifestadas por dos de sus hijos, como consecuencia del desgaste emocional generado por el proceso.

Finalmente, solicitó también se decrete la prescripción de la acción penal frente al delito de fraude procesal o, en su defecto, se declare la nulidad de lo actuado y se le absuelva del delito de peculado por apropiación en favor de terceros, e igualmente solicitó que, de advertirse la existencia de nulidades adicionales dentro de la actuación, la Sala proceda a decretarlas de oficio, en garantía de sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, y de los principios de legalidad, favorabilidad, motivación, contradicción y defensa.

5.1.2. Intervención del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado para la Investigación y Juzgamiento Penal, en su calidad de representante del Ministerio Público, se apartó de la tesis de la defensa y coadyuvó la solicitud de condena planteada por la Fiscalía.

Solicitó que se declarara a ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO penalmente responsable como coautor de los delitos de fraude procesal en concurso con peculado por apropiación en favor de terceros.

El Ministerio Público consideró que la prueba recaudada demostraba con grado de certeza la tipicidad objetiva y subjetiva de ambas conductas.

En cuanto al peculado, adhirió a la tesis de la Fiscalía sobre la naturaleza pública de los fondos y la creación de un título ejecutivo espurio para lograr su apropiación y, respecto del fraude procesal, destacó como hecho fundamental la presentación de los memoriales de renuncia a términos cuando el procesado ya no fungía como Gobernador, lo que a su juicio evidenciaba un claro actuar doloso y un interés indebido en el resultado del proceso judicial.

En punto de la punibilidad, argumentó que en aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución y en el artículo 6 de la Ley 599 de 2000, no era procedente aplicar al caso el incremento general de penas establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Para sustentar su posición, realizó un recuento de la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia, identificando tres periodos distintos:

Un primer periodo (2005-2012) en el que la Corte aplicaba el aumento a casos de la Ley 600; un segundo periodo (2012-2018), inaugurado con la sentencia del 18 de enero de 2012 (radicado 32764), en el que se negó dicha aplicación; y un tercer periodo (2018), a partir de la sentencia del 21 de febrero de 2018 (radicado 50472), en el que se retomó la tesis de la aplicabilidad.

Dado que los hechos ocurrieron en 2006 y 2007, el Procurador argumentó que, por favorabilidad, debía aplicarse de manera ultraactiva el criterio jurisprudencial vigente entre 2012 y 2018, que resultaba más beneficioso para el procesado.

Citó también la sentencia de unificación SU-195 de 2012 de la Corte Constitucional para reforzar su argumento sobre la aplicación del criterio jurisprudencial más favorable y, por lo tanto, solicitó que la pena se dosificara con base en los marcos punitivos del artículo 397 del Código Penal, sin el mencionado incremento.

Finalmente, el Ministerio Público abordó la estructura dogmática del delito de peculado, explicando que el verbo rector "apropiar" se consuma con el acto de apoderamiento del objeto material, que en este caso se concretó en la disposición jurídica de los dineros públicos en favor de terceros, siendo la actuación del procesado un aporte esencial sin el cual no se habría podido cometer el ilícito.

Concluyó que la conducta fue antijurídica, al lesionar los bienes jurídicos de la administración pública, así como los de la eficaz y recta impartición de justicia. Y culpable, al no existir causales que excluyeran la responsabilidad del acusado.

6. CONSIDERACIONES.

6.1. Competencia.

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2018, que adicionó los artículos 234 y 235

numeral 5° de la Carta Política y el numeral 6° del precepto 75 de la Ley 600 de 2000⁶, a la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia le compete proferir sentencia en contra de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, en la medida que, para la época de ocurrencia de los hechos, ocupaba el cargo de gobernador del departamento del Chocó.

Y pese a no estar actualmente ejerciendo esas funciones, el fuero constitucional se prorroga ante la evidente relación entre las conductas punibles enrostradas y la función desempeñada por el acusado en ese momento.

Dicha calidad se encuentra debidamente soportada a través de los actos administrativos que documentan su vinculación y ejercicio del cargo, pues inicialmente, fue designado como Secretario de Hacienda de la Gobernación del Chocó mediante el Decreto 0275 del 26 de mayo de 2005⁷, del cual tomó posesión del cargo según consta en el Acta 234 del 17 de junio de 2005⁸ y, posteriormente, le fueron encargadas funciones de Gobernador del Chocó a través de los Decretos 0680 del 11 de septiembre de 2006⁹, y 0671 del 29 de noviembre de 2007¹⁰.

Ahora, teniendo en cuenta que los hechos lo vinculan como el suscriptor de la resolución cuestionada que ordenaba el pago de una suma de dinero al fondo de empleados de la Gobernación,

⁶ Frente a la referencia al numeral 4 del artículo 235 de la Constitución Política que hace el artículo 75 de la Ley 600 de 2000, debe entenderse que ésta en realidad corresponde al numeral 5, pues la modificación fue introducida por el artículo 4 del Acto Legislativo 1 de 2018.

⁷ Fls. 42-43 Cuaderno Original Fiscalía No. 1

⁸ Fl 41 Cuaderno Original Fiscalía No. 1

⁹ Fl. 44 Cuaderno Original Fiscalía No. 1

¹⁰ Fl. 26 Anexo Actuación Fiscalía No. 1

592

indiscutiblemente, cuestionada por la Fiscalía en tanto le atribuyó los delitos de falsedad ideológica, fraude procesal por usarse dicha resolución y peculado por apropiación derivado de esos primeros actos delictivos, queda clara la extensión foral por atribuírsele un hecho relacionado con sus funciones.

No sobra precisar que la circunstancia referida a que la apropiación se hubiere materializado a través de desembolsos que se prolongaron hasta el 13 de febrero de 2009, *-según se reconstruirá en el acápite de tipicidad objetiva-*, época para la cual el acusado ya no fungía como Gobernador encargado, en nada afecta la conclusión precedente, pues el factor de conexión foral se predica del acto que dio origen al entramado delictivo, esto es, la Resolución 2134 del 12 de septiembre de 2006, expedida en ejercicio de las funciones de Gobernador encargado del departamento del Chocó, de la cual los actos posteriores, incluidos los memoriales del 7 y 11 de diciembre de 2007 y los pagos sucesivos con cargo al erario departamental, como se verá a lo largo del proyecto, no fueron más que su natural proyección y agotamiento.

Del régimen procesal aplicable.

Definida la competencia de la Sala, resulta pertinente precisar el estatuto procesal que gobierna la presente actuación, específicamente en lo concerniente al delito de peculado por apropiación.

De conformidad con el artículo 530 de la Ley 906 de 2004, el sistema procesal de tendencia acusatoria fue implementado de

593

manera gradual y sucesiva en el territorio nacional, de suerte que en el Distrito Judicial de Quibdó dicho ordenamiento solo comenzó a regir a partir del 1° de enero de 2008, fecha hasta la cual la investigación y el juzgamiento de las conductas punibles cometidas en esa jurisdicción se regían por la Ley 600 de 2000.

En el presente asunto, la ejecución de la conducta punible tuvo su origen el 12 de septiembre de 2006, con la expedición de la Resolución 2134, acto suscrito por **MOSQUERA LOZANO** en su condición de Gobernador encargado del departamento del Chocó, y se proyectó a través de una cadena de actos dirigidos a asegurar la indebida apropiación, entre ellos, la presentación de la demanda ejecutiva laboral el 21 de noviembre de 2007 y la suscripción de los memoriales radicados ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó los días 7 y 11 de diciembre de 2007.

Así, comoquiera que la conducta inició su ejecución y produjo sus primeros actos de materialización con anterioridad al 1° de enero de 2008, esto es, en vigencia de la Ley 600 de 2000 en el Distrito Judicial de Quibdó, es este el estatuto procesal llamado a gobernar la actuación.

Tal conclusión no se altera por el hecho de que, como se precisará en el acápite de la tipicidad objetiva, buena parte de los desembolsos en los que se concretó el desapoderamiento patrimonial se hubiese producido con posterioridad a esa fecha, pues tratándose de una conducta cuya ejecución se prolongó en el tiempo, el régimen procesal quedó válidamente fijado desde el inicio de aquella; cuestión distinta es que, en el plano sustancial, la determinación de la ley aplicable, en particular, la procedencia del

594

incremento punitivo del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, atienda, como se explicará en el acápite de punibilidad, al momento en que la apropiación culminó su consumación mediante actos propios de una clara **acción progresiva**, es decir, el hecho se consumó mediante una sucesión de actos ligados a una única acción, que trascendieron en el tiempo.

6.2. Cuestión previa. Solicitud de nulidad.

Como se advirtió en precedencia, el procesado ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO haciendo uso de su derecho a la defensa material, presentó en sus alegaciones una solicitud de nulidad de lo actuado, para lo cual invocó la causal prevista en el numeral 2 del artículo 306 de la Ley 600 de 2000, relativa a la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, solicitando que se invalide lo actuado o, en su defecto, se decreten de oficio las nulidades que la Sala advierta.

Sustentó su solicitud bajo el principio de instrumentalidad de las formas procesales y en la garantía constitucional de un juicio justo consagrada en el artículo 29 de la Carta Política, apoyado en las sentencias T-1110 de 2005 y T-589 de 1999 de la Corte Constitucional, así como en pronunciamientos de la Sala de Casación Penal sobre la garantía de imparcialidad judicial.

Sostuvo que ese derecho no se agota en el acceso a la información probatoria del acusador, sino que exige la posibilidad efectiva de controvertir las pruebas y de equilibrar la participación de las partes dentro del proceso penal, garantías que, en su criterio,

595

no fueron satisfechas durante buena parte del trámite investigativo.

Dentro de las cuestiones previas planteadas, precisó que si bien inicialmente se le había imputado también el delito de falsedad ideológica en documento público, la propia resolución de acusación decidió no formular cargos por esa conducta al advertir la existencia de un concurso aparente de tipos penales, de manera que los delitos por los cuales debía defenderse quedaron circunscritos al peculado por apropiación en favor de terceros y al fraude procesal.

Como argumento central de la solicitud de nulidad, el procesado planteó la tesis de la legalidad y presunción de acierto del acto administrativo identificado como la certificación o resolución del 12 de septiembre de 2006, invocando el artículo 91 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así como jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la presunción de legalidad, validez y legitimidad de que gozan los actos administrativos mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción contenciosa.

Sobre esa base, sostuvo que al no haber sido dicho acto declarado ilegal por la autoridad jurisdiccional competente, no existiría prueba de su ilegalidad que pudiera dar lugar a la configuración del delito de peculado por apropiación, en la medida en que este bien jurídico *-la administración pública-* presupone la existencia de un acto contrario a derecho previamente declarado como tal.

596

En estrecha conexión con lo anterior, argumentó que el delito de peculado por apropiación a favor de terceros constituye un delito subyacente y dependiente del fraude procesal, de manera que, al encontrarse este último eventualmente prescrito para el momento de resolverse la situación jurídica -según su propio cómputo-, el punible base desaparecería jurídicamente y, con él, se extinguiría también el fundamento fáctico y probatorio del peculado, razón por la cual solicitó que se declarara la prescripción de la acción penal respecto del fraude procesal y, en consecuencia, la nulidad y absolución respecto del peculado por apropiación.

Insistió también en que, desde su versión libre y a lo largo de la indagatoria, ha sostenido de manera reiterada que la certificación cuestionada fue el resultado de un estudio y trámite documental previo adelantado por la doctora Johana Bean y por las demás dependencias competentes de la Gobernación, siendo él el último eslabón de esa cadena administrativa al suscribir el documento.

Manifestó que una vez la administración departamental tuvo conocimiento de la denuncia penal en su contra, desaparecieron los soportes documentales que respaldaban dicho trámite, al tiempo que los funcionarios que en su momento avalaron o dieron viabilidad a la certificación negaron, al ser convocados a declarar, cualquier participación en su elaboración, dejándolo huérfano de material probatorio para sustentar su versión.

Como elemento de respaldo a esta afirmación, el procesado adjuntó a su escrito un registro fotográfico del estado del archivo de la oficina de tesorería de la Gobernación del Departamento del

597

Chocó, en el cual se observan documentos apilados de forma desordenada, en costales y cajas plásticas, sin cumplir con las normas generales de archivo, imágenes con las cuales pretendió acreditar que la desorganización documental de la entidad explica la ausencia de los soportes que, según sostiene, en su momento sí existieron y sustentaron la expedición del acto administrativo cuestionado.

Pues bien, revisado el contenido de la petición de nulidad a la luz de la técnica que de manera reiterada ha exigido la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de esta Corporación para el ejercicio válido de esta clase de pretensiones¹¹, encuentra la Sala que la solicitud no está llamada a prosperar, por las razones que a continuación se exponen:

En primer lugar, debe recordarse que el artículo 310 de la Ley 600 de 2000 consagra expresamente los principios que gobiernan el régimen de nulidades y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha sido enfática en señalar que, quien pretenda la invalidación de lo actuado no puede limitarse a enunciar de manera genérica la existencia de una irregularidad, sino que tiene la carga de satisfacer una técnica mínima que permita a la Corte identificar con precisión el vicio denunciado y su incidencia real sobre las garantías del proceso¹².

Así lo ha reiterado esta Corporación al señalar que los principios que gobiernan las nulidades imponen a quien las invoca, *"además de la referencia a la causal específica (principio de*

¹¹ CSJ SP6808-2016, radicado 43837

¹² CSJ radicación 30.123 del 16 de diciembre de 2008

taxatividad), el deber de argüir de manera clara y precisa en dónde se origina el defecto de actividad y si éste no satisfizo la finalidad para la que estaba previsto (principio de instrumentalidad de las formas) y demostrar si el vicio afectó las garantías o las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento (principio de trascendencia)"¹³.

En el presente caso, el procesado se limitó a citar la causal legal y a desarrollar un extenso recuento doctrinal sobre el derecho a un juicio justo y la garantía de imparcialidad, sin precisar en momento alguno cuál fue el acto procesal concreto viciado, en qué etapa se produjo la irregularidad, ni de qué manera esta desconoció la finalidad para la que estaba prevista la respectiva formalidad, incumpliendo así la carga argumentativa mínima que la causal invocada le exigía.

En segundo término, la solicitud tampoco satisface el principio de trascendencia, que constituye quizás el más exigente de los presupuestos para la prosperidad de cualquier nulidad, y conforme al cual no basta con denunciar irregularidades o que estas efectivamente se hayan presentado en el proceso, sino que es imperativo demostrar su incidencia de manera concreta en el quebranto de los derechos de los sujetos procesales, de suerte que quien alega la nulidad debe acreditar el perjuicio real que el presunto yerro le ocasionó.

El encausado MOSQUERA LOZANO no acreditó, ni siquiera esbozó, de qué manera la pretendida vulneración a su derecho de defensa tuvo la entidad de alterar el resultado del proceso o de

¹³ CSJ. SP6005-2017, Rad. 49923, 3 de mayo de 2017.

599

colocarlo en una situación de indefensión material, pues sus manifestaciones se circunscribieron a expresiones de inconformidad general con la decisión de acusación y con la valoración probatoria efectuada por el ente instructor, aspectos que, como se explicará más adelante, corresponden al fondo del asunto y no a la validez del trámite.

La sola invocación retórica de los principios de legalidad, favorabilidad, in dubio pro reo y pro homine, sin conexión demostrada con un defecto de actividad concreto, no suple la exigencia de acreditación que la jurisprudencia reclama, pues, como lo ha señalado esta Corporación¹⁴, la nulidad es un remedio procesal extremo que solo procede cuando se acredita, indudablemente, que la irregularidad denunciada afectó de manera sustancial las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, y no puede convertirse en una vía alterna para reabrir debates probatorios propios de la sentencia.

Tampoco satisface la petición de nulidad los restantes principios que informan el instituto, en particular el de convalidación, según el cual, no pueden alegarse como causal de invalidez aquellas actuaciones frente a las cuales el sujeto legitimado guardó silencio en las oportunidades procesales pertinentes, consintiendo tácitamente su desarrollo.

Es así que, las irregularidades denunciadas *-relacionadas con el trámite adelantado durante la instrucción y con la valoración de las pruebas por él aportadas-* no fueron oportunamente controvertidas a través de los mecanismos procesales dispuestos

¹⁴ CSJ AP6708-2025, radicado 70.293

para ello a lo largo de las distintas etapas de la actuación, entre ellas la audiencia preparatoria y las demás oportunidades de postulación y controversia probatoria surtidas conforme al artículo 400 de la Ley 600 de 2000, sin que en dichos momentos el procesado hubiese planteado reparo alguno en los términos ahora esbozados.

De igual manera, el principio de residualidad o el carácter subsidiario de la nulidad exige que la irregularidad no pueda ser subsanada por ninguna otra vía procesal distinta a la invalidación; exigencia que tampoco fue siquiera mencionada por MOSQUERA LOZANO, pues omitió explicar por qué la presunta afectación a su derecho de defensa no podía remediarse a través del ejercicio pleno del derecho de contradicción que, se advierte, ejerció efectivamente a lo largo del proceso, incluida la propia presentación de sus alegatos de conclusión.

Adicionalmente, no puede pasar inadvertido para la Sala que MOSQUERA LOZANO incurrió en una indebida mezcla de argumentos que, lejos de fortalecer su pretensión de nulidad, la debilita y evidencia su falta de rigor técnico, pues en un mismo escrito, y sin la necesaria separación lógica y metodológica, propuso de manera simultánea la nulidad de la actuación por presuntas irregularidades sustanciales, y a la vez desarrolló argumentos claramente orientados a controvertir el mérito probatorio de la acusación, tales como, la presunción de legalidad de los actos administrativos por él suscritos, la ausencia de responsabilidad penal derivada de la actuación de terceros funcionarios, o la aplicación de los principios de in dubio pro reo y

presunción de inocencia respecto de la responsabilidad penal misma.

Estas pretensiones, corresponden en estricto rigor a los fundamentos propios de una solicitud de absolución y no a los presupuestos de una nulidad procesal, siendo esta una confusión argumentativa que no deviene en un aspecto meramente formal, pues a partir de la naturaleza y finalidad distintas que la propia jurisprudencia le atribuye a ambas figuras (nulidad como remedio procesal de invalidación y petición de absolución como resultado de la valoración de fondo), es claro que ambas son excluyentes.

Por las razones expuestas, al no haberse satisfecho la carga técnica y argumentativa que la jurisprudencia de esta Corporación de antaño ha exigido para la prosperidad de la solicitud de nulidad y al no haberse demostrado la concurrencia de los principios que gobiernan este instituto, aunado a la indebida mixtura entre los argumentos de invalidez y aquellos que el procesado propuso de absolución, la Sala no encuentra mérito para acceder a la nulidad elevada por ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO y en consecuencia, habrá de negarse, sin perjuicio del análisis de fondo que sobre su responsabilidad penal se efectuará en el acápite correspondiente de esta providencia.

Finalmente, aunque MOSQUERA LOZANO hizo alusión en el acápite de su escrito que dedicó para sustentar la referida nulidad, a una presunta prescripción del delito de fraude procesal, ello no pasó de ser una simple mención sobre el tema, en tanto no ofreció argumentos o ataques de fondo que obliguen a analizarla, pues no señaló algún error en los cálculos realizados en la etapa de

instrucción o en la de juzgamiento, respecto de ninguno de los delitos acusados.

6.3. Del fallo a proferir.

Conforme las previsiones establecidas en el inciso 2° del artículo 232 de la Ley 600 de 2000, no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado.

Así las cosas, corresponde a la Sala establecer si con fundamento en los medios probatorios allegados al proceso se pueden acreditar, en grado de certeza, las categorías de las conductas punibles, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, y la consecuente responsabilidad en las mismas de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, quien fue acusado como probable coautor del delito de fraude procesal en concurso heterogéneo con el de peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía.

Teniendo como base la resolución de acusación la Sala abordará las temáticas relacionadas en el siguiente orden:

6.3.1. Del delito de fraude procesal

El delito de fraude procesal se encuentra consagrado en el artículo 453 del Código Penal (Ley 599 de 2000), el cual, con la modificación introducida por el artículo 11 de la Ley 890 de 2004, establece:

«El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley».

6.3.1.1 Tipicidad Objetiva

Este delito protege la eficaz y recta impartición de justicia, como una faceta esencial del correcto funcionamiento de la administración pública, pues busca preservar la legalidad, la lealtad y la buena fe que deben regir las actuaciones judiciales y administrativas.

El sujeto activo de la conducta es indeterminado, ya que puede ser cometido por cualquier persona, mientras que el sujeto pasivo es calificado, pues debe tratarse de un servidor público con la facultad de emitir una sentencia, resolución o acto administrativo.

El verbo rector es "*inducir en error*", lo que implica generar en el servidor público una falsa representación de la realidad. La inducción debe lograrse mediante un "*medio fraudulento*", es decir, un ardid, engaño o maquinación con la idoneidad suficiente para desviar el juicio del funcionario. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que:

«En este reato cobran nodal importancia los medios engañosos -que deben ser idóneos (documentos, testimonios, pericias, etc. que involucren un contenido material falso o falaz, de características relevantes)- empleados por el autor o partícipe para desfigurar o alterar la verdad y conseguir, por consecuencia, que el funcionario, convencido de la seriedad o autenticidad de lo acreditado ante él por el sujeto interesado, incurra en equívocos

protuberantes que lo puedan conducir a emitir una determinación conforme con esa falsa realidad, pero contraria a la ley»¹⁵

La doctrina y la jurisprudencia han clasificado el fraude procesal como un delito de mera conducta y de ejecución permanente. Es de mera conducta porque su consumación ocurre con la sola inducción en error del servidor público, sin que sea necesario que se obtenga efectivamente la decisión contraria a la ley. En palabras de la Corte, *«basta con la incitación al error a través del ardid, trampa o engaño para que se entienda consumado el comportamiento delictivo»¹⁶*

A su vez, es un delito de ejecución permanente, pues la afectación al bien jurídico se prolonga mientras el funcionario permanece en el error. La Corte ha sostenido de manera consolidada que el delito de fraude procesal *«inicia cuando el servidor público es inducido en error y su consumación se prolonga mientras se mantenga en ese estado»¹⁷*

Pues bien, en orden a determinar la existencia de la conducta de fraude procesal atribuida a MOSQUERA LOZANO y su responsabilidad penal en relación con ella, conforme a la adecuación típica realizada por la Fiscalía en la resolución acusatoria y la valoración en conjunto de la prueba allegada al expediente; debe recordarse que la acusación se cimentó bajo el presupuesto que, valiéndose de su calidad de Gobernador encargado del Departamento del Chocó, creó un título

¹⁵ Cfr. CSJ-SP16843-2014. Rad 41360; CSJ-SP 6 oct. 2021, Rad. 54.750 y SP 21 jul. 2022, Rad. 58.696, entre otras.

¹⁶ Cfr. CSJ-SP16843-2014. Rad 41360

¹⁷ CSJ SP1385-2024. Rad 59785; cfr CSJ SP 19 abr. 2023, rad. 62524

ideológicamente falso -la Resolución 2134 del 12 de septiembre de 2006-.

Además, que intervino en el proceso ejecutivo laboral radicado bajo el número 2007-00673, adelantado ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó, allanándose a las pretensiones de la demanda y renunciando a los términos procesales, con lo cual habría inducido en error a aquel funcionario judicial para que profiriera decisiones contrarias a la ley.

Para resolver el problema jurídico que se plantea, la Sala debe determinar si la prueba recaudada en el proceso permite concluir con el grado de certeza que exige la ley para proferir sentencia condenatoria, que el procesado efectivamente indujo en error al servidor público que tramitó el proceso ejecutivo laboral, o si, por el contrario, la evidencia apunta a que dicho funcionario judicial no fue víctima de engaño alguno, sino que actuó con conocimiento y voluntad propios en la producción del resultado típico.

Para el anterior propósito, relevante resulta traer a colación lo dicho por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP-6269-2014 (Rad. 37796) del 4 de junio de 2014, en la que precisó el alcance de la inducción en error al servidor público y el desconocimiento que este debe tener sobre el mismo, en el delito de fraude procesal. Al respecto dijo:

"Para que determinado comportamiento configure el delito de fraude procesal, se requiere que quien pueda inducir a error a una autoridad tenga el deber jurídico de decir la verdad o de presentar los hechos en forma verídica, esto es, el fraude procesal se presenta cuando una persona interesada en resolver determinado asunto que se adelanta ante alguna autoridad judicial o administrativa, provoque un error a través de

informaciones falsas, todo ello con la finalidad de obtener un beneficio, el cual no habría sido posible si la información ofrecida hubiere correspondido a la verdad.

*La utilización de medios fraudulentos en una actuación judicial o administrativa, se caracteriza por presentar a la autoridad las cosas o hechos diferentes de como pasaron realmente, es decir, **contrarios a la verdad.**" (Negrillas fuera del texto)*

De estas líneas jurisprudenciales se desprende una conclusión de singular importancia para que se configure el delito de fraude procesal: no basta con que se presente un documento falso o una información mendaz ante un servidor público, pues es necesario, además, que ese medio fraudulento tenga la capacidad efectiva de provocar un error en el funcionario, es decir, de crear en él una falsa representación de la realidad que lo lleve a proferir una decisión contraria a la ley.

Entonces, si el servidor público no es engañado *-porque conoce la verdad de los hechos y actúa con dolo propio, por ejemplo-*, el tipo penal no se configura por ausencia de uno de sus elementos estructurales, esto es, la inducción en error.

Sentado lo anterior, resulta ineludible analizar las circunstancias que rodearon los hechos materia de juzgamiento, efectuando una reconstrucción desde lo acontecido en el proceso radicado bajo el No. 2016-00673 cursado ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó, hasta llegar a las decisiones jurisdiccionales que a la postre se profirieron.

La prueba documental que reposa en el expediente permite establecer que el 21 de noviembre de 2007, el abogado JUAN FERNANDO VALDÉS TIPTON presentó demanda ejecutiva laboral

contra la Gobernación del Chocó, con fundamento en la Resolución 2134 del 12 de septiembre de 2006 expedida por el ente territorial, por la suma de \$55.737.593, en la cual el apoderado expresó:

"El pasado septiembre 12 de 2006, se profirió la resolución 2134, mediante la cual se reconoce y ordena el pago, a favor del FONDO DE EMPLEADOS DE LA GOBERNACION DEL CHOCÓ, representado judicialmente por el suscrito, de dineros que fueron descontados de nomina (sic) a los afiliados del mismo y que debían ser transferidos a las cuentas de dicho fondo sin que así ocurriera, entre el año 1993 a 1998, y en acatamiento de lo ordenado por el fallo de tutela 038 del 28 de junio de 2004, proferido por el Juzgado 1° de Familia se dicta el citado reconocimiento por la suma de CINCUENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y SIETE MIL QUINIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS, de capital neto sin liquidar indexación, interés (sic) comerciales ni moratorios¹⁸"

Apenas dos días después de repartida la demanda, el 27 de noviembre de 2007, el Juez Laboral Dr. FRANCISCO ANTONIO MENA CASTILLO libró el auto interlocutorio 2160 en el que consideró que el título prestaba mérito ejecutivo y ordenó el mandamiento de pago por la suma señalada en la demanda¹⁹.

En el mismo auto, el juez decretó embargo por la suma de \$84.000.000, cifra que, si bien superaba el capital, podía enmarcarse en un cálculo preliminar de intereses y costas, lo cual, hasta el momento, nada en la actuación del funcionario judicial resultaba manifiestamente irregular, al menos en apariencia.

Como se advirtió líneas atrás, el 29 de noviembre de 2007 mediante Decreto 0671, el Gobernador titular Julio Ibargüen Mosquera encargó del despacho gubernamental al Secretario de Hacienda ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO²⁰, esto es, dos

¹⁸ Folio 4 Anexo Actuación Fiscalía 1.

¹⁹ Folio 23 Anexo Actuación Fiscalía 1

²⁰ Folio 26 Anexo Actuación Fiscalía No. 1

días después del proferimiento del mandamiento de pago, lo que sitúa al procesado en la posición de representante legal del ente demandado justo en el momento en que debía ejercer la defensa del departamento en el proceso ejecutivo, lo cual no realizó dentro del período del encargo.

No obstante, habiendo regresado a su cargo original, sin estar facultado, el 7 de diciembre de 2007, MOSQUERA LOZANO presentó un memorial ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó, en el que renunció a la presentación de excepciones y a los términos de traslado.

Esa ausencia facultativa para actuar como gobernador encargado quedó plenamente demostrada, pues al expediente se allegaron los decretos expedidos por la gobernación del Chocó entre el 29 de noviembre y el 12 de diciembre de 2007, así: 0672 y 0673 de 30 de noviembre, 0674, 0675 y 0676 de 3 de diciembre, firmados por el procesado MOSQUERA LOZANO; así como los decretos 0681, 0682 y 0683 de 3 de diciembre; 0684 y 0685 de 10 de diciembre y 0686 y 2277 de 12 de diciembre²¹ signados por el Gobernador titular de la época Julio Ibarguen Mosquera; los cuales permiten inferir lógicamente que, en ese interregno temporal, el encargo designado a MOSQUERA LOZANO se dio entre el 29 de noviembre -conforme al decreto 0671 de la misma fecha- y el 5 de diciembre de 2007, en tanto desde del día siguiente, el entonces gobernador titular, retomó sus funciones, expidiendo diferentes actos administrativos.

Retomando, el referido memorial consignó lo siguiente:

²¹ Cuaderno Original Anexos Fiscalía No. 3 Folios 45 a 59 del pdf.

"ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO, mayor y residente en la ciudad, identificado como reza al pie de mi correspondiente firma, actuando en calidad de Gobernador encargado del Departamento del Chocó, según decreto de encargo 0671 de noviembre 2007, comedidamente allego a su honorable despacho con el animo (sic) de expresarle, que mediante la presente, renunciemos a la presentación de excepciones y por ende al termino de traslado del mismo, toda vez que el crédito se emana en un reconocimiento hecho por la administración y en apego al art. 107 del C.P.L., no procederán excepciones excepto la de pago de la obligación y pretendemos evitar el incremento desproporcionado de la misma.

De ante mano rogamos dar trámite inmediato a esta petición para agilizar la conclusión pronta de dicha ejecución... (sic)"²²

El 10 de diciembre siguiente, el apoderado de la parte demandante Valdés Tipton presentó la liquidación del crédito en la que partiendo de un capital de \$55.737.593, llegó a una suma total de \$809.106.142, discriminada así:

"A) POR CONCEPTO DE CAPITAL INDEXADO: \$112.638.249.7 [...]
B) POR CONCEPTO DE INTERESES COMERCIALES causados entre los años 1993 a 1998: [...] TOTAL I. C.: \$279.049.999.6 [...]
C) POR CONCEPTO DE INTERÉS MORATORIO, causados desde el año 1998 hasta la fecha tomando la tasa actual expedida por la SUPERFINANCIERA DE COLOMBIA: Enero de 1999 a noviembre de 2007 = 9 años a la tasa de 33.92 anual: I.M.A = \$112.638.249.7 X 33.92% = \$38'206.894.2 anual X 9 años de mora = \$343.862.042.4 [...] TOTAL FACTORES LIQUIDADOS: \$735.551.038.4
D) Costas y agencias en derecho por la suma de \$73.555.103.8. TOTAL A PAGAR: \$809.106.142.2"²³

Al día siguiente, MOSQUERA LOZANO presentó un segundo memorial en el que reiteró su renuncia a los términos, incluyendo el de traslado de la liquidación, insistiendo en su argumento de evitarle a la administración departamental un detrimento mayor, por cuenta del crecimiento de los intereses a que hubiere lugar²⁴.

²² Folio 27 Anexo Actuación Fiscalía No. 1

²³ Folio 35-36 Anexo Actuación Fiscalía No. 1

²⁴ Folio 32 Anexo Actuación Fiscalía No. 1

Ese mismo día, el Juez MENA CASTILLO profirió dos providencias de importante relevancia. La primera de ellas, el auto interlocutorio 2317 en la que decretó embargo y retención de los dineros del departamento en múltiples cuentas bancarias, por la suma de \$795.000.000²⁵ y la segunda, el auto de sustanciación 2241 por cuyo medio corrió traslado de la liquidación y, simultáneamente, aceptó la renuncia a términos presentada por las partes²⁶.

Luego, el 13 de diciembre de 2007, el juez laboral aprobó la liquidación del crédito sin objeción alguna²⁷ y el 18 de diciembre posterior, apenas cinco días después de la aprobación de la liquidación, se realizó el primer pago por la suma de \$76.238.587,38, a favor de Juan Fernando Valdés Tipton, según consta en el título de depósito judicial DJ04²⁸.

La Sala se detiene en la cronología de estos hechos porque ella, por sí sola, constituye un indicio grave de que el Juez Mena Castillo no fue víctima de engaño alguno, pues la renuncia a las excepciones y a los términos procesales por parte de MOSQUERA LOZANO, lejos de ser un acto de engaño, fue la actuación inicial que permitió que el plan criminal se ejecutara con la celeridad y la eficacia que las partes en supuesto litigio necesitaban.

En un lapso de apenas veintiún días -del 27 de noviembre al 18 de diciembre de 2007-, un proceso ejecutivo laboral que debía tramitarse con las garantías propias del debido proceso, fue

²⁵ Folio 33 Anexo Actuación Fiscalía No. 1

²⁶ Folio 37 Anexo Actuación Fiscalía No. 1

²⁷ Folio 40 Anexo Actuación Fiscalía No. 1

²⁸ Folio 41 Anexo Actuación Fiscalía No. 1

adelantado con una celeridad que solo puede explicarse con la aquiescencia ilegal, derivada de un acuerdo previo entre las partes y el juez. Nótese que la deuda pasó de \$55.737.593 a \$795.000.000, es decir, con un incremento del 1.426% que cualquier juez medianamente diligente no podría haber aprobado sin advertir la grosera irregularidad de la liquidación.

En este punto, es importante tener en cuenta el informe pericial suscrito por la investigadora del CTI Rosa Yajhaira Córdoba Perea, de fecha 22 de enero de 2015, en el cual concluyó que se había pagado un mayor valor en favor del demandante que ascendía a la suma de \$539.578.795, cifra que no es una simple diferencia de criterio contable, sino que resultó ser la cuantificación del desfaldo²⁹.

Así, para la Sala, dentro de un trámite ejecutivo laboral como el que se suscitó en este caso, el funcionario judicial que aprueba una liquidación con un notable exceso de más de 500 millones de pesos del valor real de la obligación, no resulta ser un funcionario engañado, sino que fácilmente parece ser un eslabón más de un entramado criminal para saquear las arcas de la gobernación del Chocó, a través de la demanda puesta a su conocimiento.

Adicionalmente, es importante tener en cuenta la existencia del material probatorio que demuestra de manera directa e inequívoca, que la conducta del Juez Mena Castillo en el curso procesal del ejecutivo en mención fue objeto de investigación penal.

²⁹ Anexo Sala Especial Primera Instancia. AnexoSalaPrimeraInstancia1CdFolio23.

En efecto, cuando se adelantó la investigación en contra de ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO por estos hechos en la que, dicho sea de paso, también se encontraban vinculados los abogados Juan Fernando Valdés Tipton y Jhony Alexander Caicedo Ayala, la Fiscalía Cuarta de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública y de Justicia al resolver la situación jurídica de los implicados mediante decisión de 24 de septiembre de 2013³⁰ decidió, entre otras cosas, precluir la investigación a favor de los referidos profesionales, excepto a MOSQUERA LOZANO.

Impugnada esta decisión por el Procurador 158 Judicial Penal, la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Antioquia en providencia de fecha 27 de octubre de 2014, no solo revocó la preclusión decretada a favor de los referidos profesionales del derecho, sino que compulsó copias para que se investigara la probable participación en estos hechos delictivos al entonces Juez 1º Laboral del Circuito de Quibdó Francisco Antonio Mena Castillo.

En las consideraciones finales que señaló el ente investigador en dicha providencia para sustentar la compulsión de copias, destacó que:

“Lo azaroso del asunto resulta cuando no obstante el mandamiento de pago, el demandante insiste, mediante memorial del 10 de diciembre de 2007 en su liquidación inicial, adicionándole otras sumas, y el juez, sin miramientos, al día siguiente procede a ordenar embargos ya no hasta por la suma de \$84.000.000, como lo ordenaba el mandamiento de pago, sino hasta por la suma de \$795.000.000, resultado de la alegre pretensión del demandante con la liquidación del crédito. Y esas nuevas órdenes de embargo se producen sin que se produzca auto aprobando la liquidación. ¡Y sin que el mandamiento de pago hubiera sido modificado!

³⁰ Anexo Sala Especial Primera Instancia. AnexoSalaPrimeraInstancia1CdFolio23. Pdf insp rad 2016-00011 Juzgado 1 Penal Quibdó. Folios 149-185.

Como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, el memorial de liquidación del crédito no es oportunidad para pretender variar ni el mandamiento de pago, ni la sentencia que ordenó seguir adelante la ejecución, pues las inconformidades del ejecutante sobre el auto de mandamiento sólo se pueden plantear mediante los recursos de ley.

Actividad irregular, de evidente ilegalidad, en la que participan el demandado, representado por el señor Roger Mosquera, creador del título ideológicamente falso, quien figurando como Gobernador, y sin ser abogado, interviene no solamente allanándose a las pretensiones sino instando agilidad en la ejecución; por otro lado, unos profesionales del derecho que añaden sus pinceladas para formular una demanda ejecutiva aumentando desproporcionadamente su valor; y, un juez congraciado con las pretensiones absurdas mediante decisión judicial contraria a la ley, logran el objetivo común de darle un zarpazo a los recursos del Departamento mediante una estratagema que pudo resultar fácilmente impune, en la medida en que la actividad pudo haber sido conocida solamente por ellos”³¹

Es así que la Fiscalía delegada ante el Tribunal, puntualizó, más adelante, que ante esta concertación criminal, todos estos actores mencionados debían responder por distintas conductas delictivas, “el señor Mosquera: por la falsedad ideológica en el documento.... Y los abogados litigantes han de responder por el delito de peculado por apropiación, como intervinientes en cuanto carecen de las calidades de sujeto activo del tipo penal, en cuanto instrumentaron la actividad judicial introduciendo la demanda **que propició la realización del prevaricato por acción, cometido por el juez Francisco Antonio Mena Castillo al ordenar embargos y pagos por sumas de dinero muy superiores al mandamiento de pago, con lo cual el juez hubo de realizar el prevaricato por acción y el peculado por apropiación.**”³²

Siguiendo con la investigación ordenada contra el ex juez Mena Castillo, la Fiscalía 11 Delegada ante el Tribunal Superior de Chocó resolvió su situación jurídica mediante resolución de 8 de

³¹ Anexo Sala Especial Primera Instancia. AnexoSalaPrimeraInstancia1CdFolio23. Pdf insp rad 2016-00011 Juzgado 1 Penal Quibdó. Folios 58-82 del pdf.

³² Ibidem

septiembre de 2017, en la que además de no imponerle medida de aseguramiento alguna, sobre la participación de aquel en los hechos indagados, destacó:

“La conducta desplegada por el funcionario judicial estuvo matizada por una serie de actuaciones maratónicas en donde el demandante, e igualmente, quien representaba los intereses del Departamento de Chocó, pues al parecer actuaba como Gobernador encargado, renunciaban a términos para que se produjera por parte del funcionario las decisiones que llevaran a embargar los dineros del ente departamental y a terminar el proceso de la manera como el mismo finalizó, ocasionándose un detrimento patrimonial en contra del erario público (...)

Todo lo anterior, muestra el contubernio que existía al interior del proceso en el cual estuvo incluido el señor Juez, para esquilmar los dineros del ente departamental. Lo anterior explica por qué un funcionario judicial, con tan vasta experiencia y con la formación académica del doctor MENA CASTILLO, accedió a aprobar una liquidación del crédito la cual estaba en contravía por lo decidido por él en el mandamiento de pago (...)

De la prueba recolectada en la investigación se puede deducir que el doctor FRANCISCO ANTONIO MENA CASTILLO, tenía capacidad de comprensión, pues se trataba de un funcionario judicial, lo que de suyo presupone que no era una persona inimputable”

*Así mismo, conocía que proferir el auto interlocutorio No, 2356 del 13 de diciembre de 2007, **era una conducta ilegal. A él le era exigible otro comportamiento.***³³ (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

Cabe recordar, que esa decisión fue confirmada, igualmente, por la Fiscalía 12 Delegada ante la Corte Suprema de Justicia en proveído de 6 de diciembre de 2017³⁴ y, de manera posterior, a través de la resolución de 13 de marzo de 2018, la mencionada Fiscalía 11 Delegada ante el Tribunal de Superior de Quibdó calificó el mérito sumarial profiriendo resolución de acusación en contra de Mena Castillo, únicamente por el delito de prevaricato por acción,

³³ Anexo Sala Especial Primera Instancia. AnexoSalaPrimeraInstancia1CdFolio23. Pdf insp rad 1161 Chocó Fiscalía 11. Folios 15-31 del pdf.

³⁴ Anexo Sala Especial Primera Instancia. AnexoSalaPrimeraInstancia1CdFolio23. Pdf insp rad 2016-00011 Juzgado 1 Penal Quibdó. Folios 42-67 del pdf.

reiterando prácticamente en su totalidad los argumentos expuestos en la decisión por cuyo medio le definió su situación jurídica³⁵. La resolución acusatoria, fue confirmada integralmente por su superior, mediante proveído de 4 de septiembre de 2018.

En dicha providencia, al desestimarse que la imputación jurídica proferida en contra de Mena Castillo debió haber sido como culposa, el ente persecutor señaló³⁶:

“es inviable admitir que una labor tan importante dentro del trámite de un proceso laboral como lo es el auto por medio del cual debía aprobarse la liquidación, que por demás obedecía a una alta suma de dineros públicos, no exigiera un mínimo de atención por parte del titular del despacho en este caso el doctor MENA CASTILLO, por lo que se estructura un actuar reprochable, así como considera esta Delegada que no puede pasar inadvertida la afirmación del A quo al referir “que al interior del proceso existía un contubernio en cual (sic) estuvo incluido el señor juez, para esquilmar los dineros del ente departamental (...)” (Negrillas y subrayado de la Sala).

Ahora, volviendo al desarrollo del proceso ejecutivo radicado 2007-00673 adelantado ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó, deviene relevante destacar que el Tribunal Superior de Quibdó Sala Civil-Familia-Laboral mediante decisión de 15 de diciembre de 2011, resolvió un recurso de apelación interpuesto por la Gobernación del Chocó en contra del auto No. 2356 de 13 de diciembre del mismo año, mediante el cual, el referido juzgado declaró no probada la objeción a la liquidación realizada por el apoderado del departamento a la reliquidación presentada por los demandantes -recuérdese, el Fondo de

³⁵ Anexo Sala Especial Primera Instancia. AnexoSalaPrimeraInstancia1CdFolio23. Pdf insp rad 2016-00011 Juzgado 1 Penal Quibdó. Folios 69-87 del pdf.

³⁶ Anexo Sala Especial Primera Instancia. AnexoSalaPrimeraInstancia1CdFolio23. Pdf insp rad 2016-00011 Juzgado 1 Penal Quibdó. Folios 121-133 del pdf.

Empleados de ese ente territorial- y como consecuencia de ello, aprobó dicha reliquidación por un monto de \$189'397.470.

En sede de segunda instancia, el Tribunal no solo modificó la decisión confutada aprobando la liquidación del crédito por un valor de \$74'744.808.93, sino que declaró terminado el proceso por pago total de la obligación, ordenó el levantamiento de medidas cautelares existentes, así como dispuso la devolución a favor de la gobernación de los dineros cobrados de más en cuantía de \$844'772.993.15 y compulsó copias con destino a la Fiscalía General de la Nación y al Consejo Seccional de la Judicatura, para que en el marco de sus competencias se investigara si al interior del referido proceso ejecutivo laboral se **"cometió alguna conducta típica"**³⁷

Ahora, aunque no se halla en el expediente material probatorio respecto de la actuación preliminar surtida en contra de Mena Castillo por esta compulsión de copias, lo cierto es que se le adelantó otra investigación por estos mismos hechos, pero bajo el imperio de la Ley 906 de 2004, por el delito de peculado por apropiación agravado, tal como se desprende del auto AP4884-2019 existente en el expediente, proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 30 de octubre de 2019³⁸.

De la situación fáctica y el resumen de la actuación procesal allí descrita, se aprecia con claridad que los hechos tuvieron origen en la apropiación de dineros a favor de los demandantes del proceso

³⁷ Cuaderno Anexo Actuación Fiscalía No. 8. Folios 93-102 del pdf.

³⁸ Anexo Sala Especial Primera Instancia. AnexoSalaPrimeraInstancia1CdFolio23. insp rad 1161 Chocó FISCALIA 11. Pdf 108-119.

ejecutivo laboral tantas veces aquí reseñado y que el ex juez Mena Castillo, luego de la imputación de cargos que por el delito de peculado por apropiación agravado le fue realizada ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Quibdó el 19 de noviembre de 2018, con la circunstancia de mayor punibilidad de coparticipación criminal, los aceptó.

Ante ello, la actuación pasó a la Sala Única del Tribunal Superior de Chocó para la respectiva verificación del allanamiento a cargos y proferir sentencia, empero, dicha aceptación fue improbadada, por cuanto el procesado no cumplió el requisito que imperaba para la época relativo al reintegro de los dineros apropiados, decisión que fue confirmada por la Sala de Casación Penal en la referida decisión del 30 de octubre de 2019.

Es que la aceptación de cargos por parte del ex juez Mena Castillo, con la circunstancia de mayor punibilidad de coparticipación criminal, constituye el reconocimiento expreso que no actuó solo. Por el contrario, fue parte de un plan común para defraudar al Estado y por ende la confesión de no haber sido engañado, lo cual permite concluir que si fue copartícipe del delito, no pudo ser al mismo tiempo víctima de un engaño, luego el dolo del partícipe excluye el error del sujeto pasivo del fraude procesal.

Así las cosas, valorada la prueba en su conjunto, la Sala concluye que, primero, la celeridad inusitada del proceso ejecutivo laboral, dentro del cual, en un lapso de veintiún días se libró mandamiento de pago, se presentó y aprobó una liquidación exorbitante, se decretaron embargos sobre múltiples cuentas

bancarias y se realizó el primer pago, solo se explica por la existencia de un acuerdo previo entre las partes y el juez.

Segundo, la desproporción grotesca de la liquidación que pasó de un embargo de \$84.000.000 a uno de \$795.000.000 en catorce días, sin que mediara un sustento fáctico o jurídico que lo justificara, es un hecho que ningún juez medianamente diligente podría haber aprobado sin advertir la irregularidad.

Tercero, la compulsa de copias ordenada por la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Antioquia para que se investigara al juez laboral por los posibles delitos de prevaricato y peculado, demuestra que el ente Fiscal consideró razonablemente que la conducta de aquel ameritaba una investigación penal, lo cual demuestra que no se trataba de un funcionario engañado, sino de uno que actuó dolosamente.

Y cuarto, la aceptación de cargos por parte del ex juez Mena Castillo por el delito de peculado por apropiación agravado con coparticipación criminal, es la inferencia razonada que constituye su confesión de no haber sido engañado, sino que fue partícipe del delito.

Estas conclusiones, valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, conducen a la inexorable conclusión relativa a que el Juez Francisco Antonio Mena Castillo no fue inducido en error, sino que actuó con conocimiento y voluntad propias, como partícipe del plan criminal destinado a defraudar el erario público del ente territorial del Chocó.

En consecuencia, para la Sala, al no haberse acreditado uno de los elementos estructurales del tipo penal de fraude procesal -*la inducción en error al servidor público*-, no queda solución distinta para la Corte que absolver al procesado ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO del injusto en mención, por atipicidad objetiva.

6.3.2. Peculado por apropiación

Se tiene que el delito de peculado por apropiación acusado a ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO se encuentra tipificado en el 397 del Código Penal de la siguiente manera:

«Artículo 397. Peculado por apropiación. Modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004. 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 noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

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

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado»

Acorde con esta descripción, la conducta punible requiere para su estructuración: i) un sujeto activo calificado que debe ostentar la condición de servidor público; ii) la apropiación en provecho

personal o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este 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; y iii) la competencia funcional o material para disponer de éstos.

La configuración del punible, entonces, tiene lugar cuando se verifican tales elementos, como lo tiene comprendido esta Corporación:

“(...) para la configuración del punible se requiere que el servidor público en ejercicio de sus funciones desarrolle ese acto de apoderamiento a su favor o de un tercero, privando así al Estado de la disposición que pueda ejercer sobre sus recursos, los cuales le habían sido confiados a aquél.”³⁹

Así pues, la conducta punible requiere para su estructuración de un sujeto activo calificado que ostente competencia para disponer del patrimonio público y de la apropiación en provecho personal o de un tercero de bienes del Estado.

La apropiación, por su parte, puede ocurrir como consecuencia de la disponibilidad directa de los recursos o debido al ejercicio de un deber funcional. En cuanto al momento consumativo, este se perfecciona cuando se sustrae efectivamente del haber público dineros con la intención de hacerlos propios o de un tercero. Lo relevante de este último aspecto es que se impida a la administración seguir manejando los recursos que administraba el servidor oficial.⁴⁰

³⁹ CSJ, auto 28 de marzo de 2016, Rad. 32645.

⁴⁰ Ver: CSJ SP2184, 15 feb. 2017, rad. 47348; CSJ SP, 15 jul. 2015, rad. 43839; CSJ SP5053, 21 no. 2018, rad. 53277; CSJ SP, 6 mar. 2003, rad. 18021; CSJ SP, 6 sep. 2007, rad. 27092; CSJ SP, 22 jun. 2011, rad. 36387, entre muchas otras.

De acuerdo con lo anterior, para la configuración del tipo penal es imprescindible que se acredite que dineros del erario fueron despojados de la entidad debido al incumplimiento de la obligación de cuidarlos por parte del encargado de custodiar su administración.

De esta forma, aquel que ostentaba el compromiso de protegerlos debe tener participación en la comisión de la conducta, ya sea de forma activa (dolosa) o pasiva (culposa), ya que sin su intervención no se podría hablar de un delito de peculado.

6.3.2.1. Tipicidad objetiva

En lo que respecta al sujeto activo calificado, como quedó dilucidado al momento de abordarse la competencia de la Sala para conocer de esta actuación procesal, es claro que el acusado ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO ostentaba la calidad de gobernador encargado del departamento del Chocó, para la fecha de los hechos.

Recuérdese que fue designado Secretario de Hacienda de la Gobernación del Chocó mediante Decreto 0275 del 26 de mayo de 2005, cargo del que tomó posesión el 17 de junio de esa anualidad y en el que permaneció hasta el 31 de diciembre de 2007, y adicionalmente fue encargado de las funciones de Gobernador mediante Decreto 0680 del 11 de septiembre de 2006, condición en la cual, al día siguiente, suscribió la cuestionada Resolución 2134,

mediante la cual reconoció y ordenó pagar al Fondo de Empleados de la Gobernación del Chocó la suma de \$55.737.593⁴¹.

Aunque su encargo fue por un período limitado, esta investidura le otorgaba la capacidad de representar legalmente al departamento y de tomar decisiones que afectaban el patrimonio público, es decir, MOSQUERA LOZANO se encontraba en una posición que le confería la disponibilidad jurídica sobre los bienes del Estado y por ende, la facultad de disponer de ellos por razón de sus funciones, lo cual es un elemento esencial del tipo penal de peculado.

La jurisprudencia ha sido clara al señalar que la disponibilidad jurídica no implica necesariamente la tenencia material de los bienes, sino la facultad de incidir en su destino o administración. En este caso, la expedición de la Resolución 2134 y la intervención en el proceso ejecutivo laboral son actos que demuestran su capacidad de disposición sobre los recursos departamentales.

Bajo esta comprensión, la disponibilidad jurídica no se agota ni se activa exclusivamente en función de la investidura formal que en un momento puntual ostente el servidor, sino que puede derivarse de cualquier vínculo funcional permanente que le permita incidir en el destino de los bienes oficiales.

⁴¹ Aunque la Resolución No. 2134 se consignó la deuda en un monto de \$55.737.593,00, esta ascendió, finalmente, en cuantía de \$74.744.808.93, tal como lo señaló el Tribunal Superior Sala Civil-Familia-Laboral de Quibdó, en decisión de 15 de diciembre de 2011.

Precisamente por ello, el hecho de que MOSQUERA LOZANO ya no ostentara la calidad de Gobernador Encargado al momento de suscribir los memoriales del 7 y del 11 de diciembre de 2007 - *pues el titular Julio Ibarquen Mosquera había reasumido el cargo desde el 6 de diciembre anterior*- en nada excluye la disponibilidad jurídica que ostentaba sobre el patrimonio departamental, en tanto ésta no provenía únicamente del encargo intermitente como primera autoridad territorial, sino de manera permanente e ininterrumpida, de su cargo como Secretario de Hacienda de la Gobernación del Chocó, que ejerció desde el 17 de junio de 2005.

Como quedó acreditado en el proceso, era precisamente desde esa Secretaría que se gestionaba el manejo presupuestal y financiero de la administración departamental, incluyendo la elaboración de las nóminas y la verificación de la disponibilidad presupuestal para el pago de las obligaciones a cargo del ente territorial, de manera que el procesado, en su calidad de Secretario de Hacienda, tenía pleno conocimiento y control funcional sobre los recursos cuya afectación se produjo.

La prueba acopiada evidencia que el procesado se encontraba en pleno y actual ejercicio de las funciones propias de dicha Secretaría en el momento en que desplegó la maniobra fraudulenta, circunstancia que refuerza, más allá de cualquier duda razonable, que la disponibilidad jurídica sobre el erario departamental que tenía era real, actual y vigente, con independencia de la falsa investidura de Gobernador encargado que adicionalmente invocó para dotar de mayor apariencia de legitimidad a sus actuaciones ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó.

En consecuencia, resulta indiferente para la configuración del elemento normativo de la disponibilidad jurídica que exige el artículo 397 del Código Penal, que el procesado hubiese perdido, para el 7 y el 11 de diciembre de 2007, la investidura de Gobernador encargado, pues su vínculo funcional con el patrimonio departamental *-y por tanto su capacidad de disponer jurídicamente de él-* se mantuvo incólume a través del cargo de Secretario de Hacienda que ejerció durante el período relevante para los hechos que aquí se juzgan.

Ahora bien, previo a continuar con el análisis de la tipicidad objetiva del delito en estudio, es necesario responder el alegato presentado por la defensa, dirigido a señalar que los dineros pagados en el proceso ejecutivo laboral son de naturaleza privada por pertenecer al Fondo de Empleados de la Gobernación del Chocó, y que por ello no podría configurarse el delito de peculado

Al respecto, debe advertirse que el planteamiento de la defensa parte de un error conceptual sobre el objeto material del delito de peculado por apropiación en favor de terceros, pues confunde la naturaleza jurídica del acreedor o beneficiario final del pago, con la naturaleza de los recursos que efectivamente salieron de las arcas públicas para satisfacerlo.

La Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en decantada jurisprudencia se ha ocupado de esta temática:

“En el entendido de que la relación que debe existir entre el funcionario que es sujeto activo de la conducta de peculado por apropiación y los

*bienes oficiales puede no ser material sino jurídica y que esa disponibilidad no necesariamente deriva de una asignación de competencias, sino que basta que esté vinculada **al ejercicio de un deber funcional, forzoso es concluir que ese vínculo surge entre un juez y los bienes oficiales respecto de los cuales adopta decisiones, en la medida en que con ese proceder también está administrándolos.** Tanto es así que en sentencias judiciales como las proferidas por el implicado en los procesos laborales que tramitó ilegalmente, dispuso de su titularidad, de manera que sumas de dinero que estaban en cabeza de la Nación, pasaron al patrimonio de los extrabajadores de la Empresa, siendo indiscutible que el acto de administración de mayor envergadura es aquel con el cual se afecta el derecho de dominio".⁴²*

Lo relevante para la configuración del tipo penal no es a quién estaba destinado el pago, sino de dónde salió el dinero con el que se pagó, y en este caso está acreditado que la suma fue desembolsada directamente por la Gobernación del Chocó, con cargo a su tesorería departamental, en cumplimiento de la orden judicial proferida dentro del proceso ejecutivo laboral No. 2007-00673 adelantado ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó.

Se trata, entonces, sin lugar a duda, de recursos que hacían parte del patrimonio público departamental al momento de su apropiación, con independencia de cuál fuera la naturaleza jurídica *-pública o privada-* del Fondo de Empleados que aparecía como beneficiario formal de la reclamación.

En consecuencia, no es de recibo la tesis de la defensa según la cual los recursos pagados tenían naturaleza privada y, por tanto, resultaban ajenos al bien jurídico de la administración pública; por el contrario, se trató de dineros que, al momento de su apropiación,

⁴² CSJ-SP, 6 mar. 2003, Rad. 18.021.Reiterado en: SP9094, 15 jul. 2015, Rad. 43.839; CSJ-SP364-2018, 21 feb. 2018, Rad. 51.142; SP5508-2019, 02 may. 2019, Rad. 49.172 y recientemente en: SP420-2020, 19 feb. 2020, Rad. 54.244.

se encontraban indudablemente incorporados al patrimonio del Departamento del Chocó, cuya afectación injustificada es precisamente lo que la conducta de peculado por apropiación busca sancionar.

Así las cosas, la apropiación de los bienes del Estado en favor de terceros se materializó a través de una serie de actos coordinados que culminaron con el desvío de una suma considerable de dineros públicos. Ese primer acto relevante, fue la expedición de la Resolución 2134 del 12 de septiembre de 2006, que reconoció una obligación a favor del Fondo de Empleados de la Gobernación del Chocó por \$55.737.593.

Aunque la acción penal por falsedad ideológica en documento público respecto de esta resolución prescribió, tal como se desprende de la misma resolución de acusación, la prueba obrante en el expediente demuestra que se trataba de un documento ideológicamente falso.

Así lo determinó el ente fiscal al señalar que *"no se encontró en el libro radicador de resoluciones del año 2006, ni legajada en la carpeta de resoluciones de ese año"* y que *"con la misma numeración y fecha existía otra resolución que reconocía honorarios a Piedad Natalia López por \$850.000"*.

Esta falsedad inicial fue el punto de partida para la creación de un título ejecutivo viciado que, aunque no engañó al juez primero laboral del circuito de Quibdó, como ya se determinó, sí sirvió como instrumento para dar apariencia de legalidad a una reclamación que, aunque era legítima desde la óptica de su origen

natural, no así su origen jurídico, pues la resolución 2134 aunque contenía falsamente aspectos como que su expedición tuvo como fundamento el fallo de tutela 039 del Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Quibdó, lo cierto es que la deuda de \$55'000.000. de la Gobernación a favor del Fondo de Empleados sí existía.

Y ello es así, porque evidentemente, esos descuentos sí se efectuaron a los miembros de dicho Fondo, tal como lo reconocen los testigos que sobre el particular declararon al respecto, que afirman de manera clara y directa que la deuda de la Gobernación del Chocó a favor del Fondo de Empleados sí existía, pues aquellos son, principalmente, las personas que fueron afiliadas o directivas del propio Fondo, quienes hablaron desde su conocimiento personal como beneficiarios de los descuentos, y no desde la documentación de la Gobernación.

Santiago Enrique Peña Cañadas⁴³, gerente general del Fondo de Empleados para la época, relató que desde junio de 1996 se venían haciendo descuentos mensuales a los afiliados, los cuales debían consignarse en una cuenta corriente del Banco de Bogotá a nombre del Fondo, lo cual así se hizo durante un tiempo, pero desde julio hasta diciembre de 1998 la Gobernación dejó de trasladar esas consignaciones, no obstante seguir practicando los descuentos de nómina. Indicó textualmente que *"la gobernación se quedaba con los recursos, no los pagaba al mismo tiempo que debía pagar los sueldos"*, y precisó que la Gobernación les adeudaba una suma cercana a los \$58.000.000.

⁴³ Sala Especial de Primera Instancia Cuaderno No. 3. Sesión 3 agosto 3 de 2022. Folio 419.

Carlos Julio Sánchez Mena⁴⁴ presidente del Fondo de Empleados en su momento, corrobora en el mismo sentido que *"cada vez que pagaban nos hacían las respectivas transferencias al fondo"*, pero que posteriormente *"no nos hacían ningún tipo de aporte de los que nos descontaban de nómina"*, lo que fue debilitando al Fondo hasta dejarlo sin capacidad de prestar a sus afiliados. Agregó que incluso gestionó personalmente el cobro con un Secretario de Hacienda de la época, sin resultado, ante la inminente entrada del departamento al acuerdo de reestructuración de la Ley 550.

Josefina Palacios Bejarano⁴⁵ también confirmó la existencia de la deuda desde su experiencia directa como empleada afectada, señalando que *"nos hacían los descuentos en la nómina, pero la gobernación no hacía los pagos a terceros como al fondo... toda la plata la descontaban, pero ellos nunca la pasaban al fondo, no la consignaban."*

Cabe precisar, que el testimonio de Harvis Arturo Rentería Rivas⁴⁶ quien dijo ser encargado del archivo de la Gobernación, manifestó que en los archivos que él revisó no encontró soporte alguno de esa deuda, lo cual es coherente con la tesis de la Fiscalía sobre la irregularidad de la Resolución 2134.

Sin embargo, la afirmación de la existencia del Fondo de Empleados y de los descuentos realizados a sus afiliados, proviene del conocimiento directo de los representantes y afiliados de dicho Fondo (Santiago Peña Cañadas, Carlos Julio Sánchez Mena y

⁴⁴ Sala Especial de Primera Instancia Cuaderno No. 3. Sesión 1 agosto 3 de 2022. Folio 419.

⁴⁶ Sala Especial de Primera Instancia Cuaderno No. 3. Sesión 2 agosto 3 de 2022. Folio 419.

Josefina Palacios Bejarano), mientras que el funcionario de la administración departamental que revisó los archivos oficiales, (Harvis Arturo Rentería) pese a señalar que no halló soporte documental de la misma, lo cierto es que existen otros elementos de prueba que sustentan lo manifestado por los testigos miembros del tan mencionado Fondo de Empleados.

Así pues, se tiene dentro del acervo probatorio recaudado en la presente actuación, el Informe de Policía Judicial N.º 7240086 del 29 de abril de 2022, elaborado en cumplimiento del auto del 16 de marzo de 2022 y del oficio 701 del 17 de marzo de esa misma anualidad, mediante el cual la Sala comisionó a la Policía Judicial para inspeccionar, entre otras fuentes, el archivo remanente del extinto Fondo de Empleados de la Gobernación del Chocó.

En desarrollo de dicha comisión, el 20 de abril de 2022 la investigadora se trasladó al domicilio del señor Santiago Enrique Peña Cañadas, quien puso a disposición de la diligencia una bolsa contentiva de la documentación que aún conservaba de esa entidad, en su mayoría en avanzado estado de deterioro.

De dicho material se recogieron doscientas seis (206) tarjetas originales denominadas "Tarjetas Únicas Columna Contable" de ahorros, aportes, créditos e intereses de los afiliados, así como las planillas de descuento que la Gobernación del Chocó practicaba mensualmente a sus empleados con destino al Fondo.

Según quedó consignado en la respectiva acta de obtención de documentos, las planillas de descuento recuperadas corresponden, de manera continua, a los meses de julio, agosto, septiembre,

octubre, noviembre y diciembre de 1997, y a los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre de 1998.

Se trata, entonces, de un conjunto documental que abarca aproximadamente 17 meses consecutivos, comprendidos entre julio de 1997 y noviembre de 1998, período que coincide de manera precisa con el lapso en que, según lo relataron los testigos Santiago Enrique Peña Cañadas y Carlos Julio Sánchez Mena -gerente y presidente del Fondo, respectivamente-, la Gobernación del Chocó continuó practicando los descuentos de nómina a sus empleados afiliados, pero dejó de trasladar dichos recursos a la cuenta del Fondo, generando así la acreencia que con posterioridad sería objeto de reclamación judicial.

La existencia física de estas planillas, expedidas y elaboradas por la propia administración departamental para efectuar los descuentos de nómina, constituye un soporte a los hechos, que corrobora la versión coincidente de los testigos vinculados al Fondo de Empleados en el sentido de que la deuda a cargo de la Gobernación del Chocó realmente existió y no fue una invención posterior de los afiliados o de sus apoderados judiciales.

Ahora, como se advirtió al momento de analizar el delito de fraude procesal, la materialidad de la conducta desplegada por ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO, se hizo aún más evidente cuando, aludiendo a su falsa calidad de Gobernador encargado, intervino en el proceso ejecutivo laboral radicado bajo el número 2007-00673, presentando el memorial de 7 de diciembre de 2007 ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó en el que

renunció a la presentación de excepciones y a los términos de traslado y posteriormente el del 11 de diciembre de 2007, reiterando su renuncia a los términos, incluyendo el de traslado de la liquidación, sin que por ello se piense que para el momento de la suscripción de tales documentos, el acusado no ostentaba fuero constitucional, pues, recuérdese que el entramado criminal inició con la creación del título valor espurio en temporada en la que sí ejercía como Gobernador encargado.

Estas renunciaciones, lejos de ser actos de defensa *-como lo adujo el acusado y su defensa desde el inicio de la investigación-* de los intereses del departamento, fueron acciones deliberadas para allanar el camino a la aprobación de una liquidación exorbitante y facilitar el desvío de los fondos públicos.

La celeridad con la que se tramitó el proceso, desde el mandamiento de pago hasta el primer desembolso, demuestra con claridad la existencia del acuerdo previo y la voluntad concertada para defraudar al Estado.

La apropiación en favor de terceros se hizo manifiesta con la liquidación del crédito presentada por el abogado Juan Fernando Valdés Tipton, que elevó la deuda de \$55.737.593 a \$809.106.142⁴⁷. Esta cifra desproporcionada, como se dijo en el análisis del delito anterior, ningún juez diligente habría aprobado sin objeción alguna y fue la base para el desfalco.

El testimonio de Santiago Enrique Peña Cañadas, es contundente al ser interrogado sobre el monto total que recibieron

⁴⁷ AnexoActuacionFiscalia1.pdf 32-33

los afiliados del fondo cuando declaró: *"nos fueron entregando títulos hasta que completaron un valor de 370'000.000 de pesos"*, cifra que contrasta dramáticamente con los más de \$857.000.000 que, según el informe de la Fiscalía, fueron pagados por el departamento.

Cuando se le preguntó al testigo por esta discrepancia, su respuesta fue: *"La verdad es que nosotros no sabíamos ni nunca nos mostraron lo del proceso, sino que nos dijeron que con lo de la liquidación había ascendido hasta allá. Entonces no, no sabemos cuánto fueron las pretensiones de ellos, ni cuántas ni cuántas las liquidaron"*⁴⁸

Este testimonio demuestra que el proceso ejecutivo no tuvo como finalidad real la de pagar una deuda a los empleados del fondo, sino la de desviar una suma multimillonaria de dineros públicos, de la cual solo una fracción llegó a los supuestos beneficiarios, mientras que el resto, quedó en manos de los abogados y probablemente de otros partícipes del entramado.

En ese orden, queda establecido que en el presente asunto se acreditan los elementos objetivos del tipo penal, pues conforme a la valoración probatoria acabada de reseñar, es evidente que ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO se apropió de los dineros del departamento del Chocó en favor del Fondo de Empleados.

De otra parte, para la Sala resulta de vital importancia precisar cuál fue el monto probado en el expediente como cantidad

⁴⁸ Sala Especial de Primera Instancia Cuaderno Original No. 3. Sesión 3 del 3 de agosto de 2022.

sufragada por la Gobernación del Chocó, en cumplimiento de lo ordenado al interior del proceso ejecutivo laboral.

Así, se tiene que la prueba testimonial referida con anterioridad *-en particular los relatos de Santiago Enrique Peña Cañadas y Carlos Julio Sánchez Mena, gerente y presidente del Fondo de Empleados, respectivamente-*, corroborados con las planillas de descuento halladas en la diligencia de inspección del 20 de abril de 2022, da cuenta de que la Gobernación del Chocó, dejó de trasladar al citado Fondo los descuentos practicados a la nómina de sus afiliados entre julio de 1997 y noviembre de 1998, generando con ello una acreencia real y verificable a cargo del ente departamental.

Fue precisamente esa deuda genuina, aunque excedida a través del título espurio y de la liquidación desmedida que se tramitó ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó, la que sirvió de fachada para la maniobra defraudatoria.

Ahora, en el fallo proferido por el Tribunal Superior de Quibdó Sala Civil – Familia – Laboral, el 15 de diciembre de 2011, se señala como suma entregada al apoderado de la parte ejecutante la cantidad de \$919.517.802,08, valor que, a su vez, corresponde a la cifra atribuida en la acusación por concepto de delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

No obstante, como se verá líneas más adelante, al efectuar el contraste entre dicha suma y los valores correspondientes a cada

uno de los títulos relacionados en la providencia del Tribunal, se advierte una diferencia de \$22.732.463,31, respecto de la cual no se encontró soporte que permitiera establecer su origen, ni fue acreditada o demostrada dentro de esta actuación procesal.

En consecuencia, para efectos de la determinación de lo indebidamente apropiado, se tendrá el valor efectivamente respaldado por los títulos, que corresponden a la suma de \$896'785.338,69 y de este monto, se descontará los \$74.744.808,93 correspondientes a la liquidación del crédito efectuada por el Tribunal, con lo cual se obtiene un valor de \$822.040.529,76 que se constituye en la base del objeto material del punible en mención y, dicho sea de paso, para la pena de multa y la tasación de los eventuales perjuicios materiales.

Ahora bien, en orden a fijar el momento consumativo de la conducta, en tanto es un aspecto relevante no solo para la delimitación de su objeto material, sino también para la determinación de la ley sustancial aplicable, *-según se explicará en el acápite de punibilidad-*, la Sala estima necesario reconstruir la secuencia de actos que condujo a la apropiación, distinguiendo aquellos que constituyeron mecanismos dirigidos a prepararla y asegurarla, de aquellos en los que efectivamente se produjo el desapoderamiento patrimonial del ente territorial.

Al primer grupo pertenecen: (i) la expedición de la Resolución 2134 del 12 de septiembre de 2006, mediante la cual se creó el título espurio que revistió de aparente legalidad la reclamación; (ii) la presentación de la demanda ejecutiva laboral el 21 de noviembre

de 2007; (iii) la suscripción por el procesado de los memoriales del 7 y 11 de diciembre de 2007, con los que renunció a las excepciones y a los términos, incluido el de traslado de la liquidación del crédito; y (iv) la presentación y aprobación de la liquidación desmedida que elevó la acreencia de \$55.737.593 a \$809.106.142. Ninguno de estos actos comportó, por sí mismo, la salida de recursos del patrimonio público, pues todos estuvieron encaminados a crear el título, remover los obstáculos procesales y asegurar el desembolso.

El desapoderamiento patrimonial, en cambio, se produjo con los pagos que la Gobernación del Chocó efectuó dentro del proceso ejecutivo laboral, cuya relación obra en el expediente en el auto del 15 de diciembre de 2011 proferido por el Tribunal Superior de Quibdó Sala Civil-Familia-Laboral, e igualmente en el dictamen pericial No. 2024-10.

Dicha pericia, contiene información objetiva y verificable respecto de los títulos mediante los cuales se realizaron los distintos pagos, lo cual se aprecia como elemento documental relevante para establecer la secuencia temporal de los desembolsos y, por esa vía, precisar el momento en que se produjo la efectiva disposición de los recursos públicos. Dicha relación, arrojó lo siguiente:

N°	TÍTULO JUDICIAL	FECHA DE PAGO	VALOR HISTÓRICO (\$)
1	433030000141584	18/12/2007	76.238.587,38
2	433030000144513	31/01/2008	36.491.745,81
3	433030000144514	31/01/2008	2.735.968,10
4	433030000144847	07/02/2008	366.680,00
5	433030000144818	06/02/2008	39.512.000,00
6	433030000145092	15/02/2008	29.961.000,00
7	433030000145635	21/02/2008	618.200,00
8	433030000145636	21/02/2008	27.479.565,60
9	433030000147825	27/03/2008	28.092.247,00
10	433030000148338	03/04/2008	18.444.000,00

N°	TÍTULO JUDICIAL	FECHA DE PAGO	VALOR HISTÓRICO (\$)
11	433030000149311	21/04/2008	35.392.954,00
12	433030000149319	21/04/2008	13.317.000,00
13	433030000151604	20/05/2008	29.685.352,00
14	433030000153398	18/06/2008	20.572.000,00
15	433030000151411	14/05/2008	15.791.000,00
16	433030000153404	18/06/2008	36.898.931,00
17	433030000155156	14/07/2008	22.146.000,00
18	433030000155420	18/07/2008	42.419.420,00
19	433030000159311	22/09/2008	43.741.439,00
20	433030000158789	17/09/2008	19.826.000,00
21	433030000158021	02/09/2008	15.365.000,00
22	433030000160653	20/09/2008	42.551.143,00
23	433030000161464	04/11/2008	33.540.000,00
24	433030000164489	15/12/2008	23.132.000,00
25	433030000163318	25/11/2008	25.950.000,00
26	433030000162873	27/11/2008	43.396.609,00
27	433030000165617	23/12/2008	43.042.185,80
28	433030000168877	18/02/2009	37.143.487,00
29	433030000166915	20/01/2009	36.850.824,00
30	433030000166949	22/01/2009	28.148.000,00
31	433030000168727	13/02/2009	27.936.000,00
TOTAL			896.785.338,69

De lo anterior se desprende que los desembolsos se efectuaron entre el 18 de diciembre de 2007 y el 13 de febrero de 2009, y solo el primero de ellos, por valor de \$76.238.587.38, fue realizado en el año 2007, mientras que los restantes, que sumaron \$820.546.751.31, se produjeron entre el 31 de enero de 2008 y el 13 de febrero de 2009.

Esto fuerza concluir que, prácticamente, la totalidad de lo indebidamente apropiado, esto es, de los \$822.040.529,76 que constituyen el objeto material del delito, salió del patrimonio departamental a través de pagos efectuados con posterioridad al 1º de enero de 2008.

En consecuencia, conforme al criterio expuesto en precedencia sobre el momento consumativo del peculado por apropiación *-que se perfecciona cuando se sustrae efectivamente del haber público el dinero, impidiéndose a la administración seguir*

manejando los recursos-, la conducta atribuida a **MOSQUERA LOZANO**, si bien inició su ejecución el 12 de septiembre de 2006 con la expedición de la Resolución 2134 y se desarrolló durante el año 2007 mediante los actos dirigidos a asegurar la apropiación, solo vino a consumarse a partir del 18 de diciembre de 2007 con el primero de los desembolsos y su materialización se prolongó, mediante pagos sucesivos, hasta el 13 de febrero de 2009 cuando se agotó el desapoderamiento patrimonial.

6.3.2.2. Tipo Subjetivo

Sobre el aspecto subjetivo de la conducta, se encuentra demostrado que sus elementos volitivo y cognitivo se satisfacen a cabalidad.

El dolo de ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO se infiere de la concatenación de sus actos y omisiones relacionados con su intervención activa en el proceso ejecutivo renunciando a las excepciones y a los términos, y su conocimiento respecto de la liquidación exorbitante sin oponer reparo alguno, lo cual demuestra una voluntad clara de contribuir en el desvío de los fondos.

Como se advirtió varias líneas atrás, la Fiscalía 12 Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, al analizar la conducta del juez Francisco Mena Castillo en el trámite del proceso ejecutivo, concluyó que existió un "contubernio" que lo incluía para *"esquilmar los dineros del ente departamental"*⁴⁹.

⁴⁹ Expediente digital Carpeta AnexoSalaPrimeraInstancia1CdFolio23 insp rad 1161 Chocó FISCALIA 11.pdf, p. 84.

Entonces, si el juez fue parte de un contubernio, es decir, de un pacto ilícito para defraudar al Estado, la conducta de MOSQUERA LOZANO al facilitar ese desfaldo desde su posición de Gobernador encargado, solo puede interpretarse como dolosa.

Adicionalmente, para la Sala, la presentación de los memoriales suscritos por MOSQUERA LOZANO mediante los cuales renunció a las excepciones y los términos procesales dentro del proceso laboral, enmarca aún más su dolo e intención de favorecer a terceros en detrimento del patrimonio público, en tanto que, al valerse de su calidad de servidor público y de la disponibilidad jurídica que tenía sobre los bienes del Estado, se apropió conjuntamente de ellos a través de la acción judicial laboral ya conocida en favor de la parte demandante allí reconocida.

En este punto, cabe resaltar, que la Sala de Casación Penal ha explicado que la coautoría impropia, prevista en el artículo 29-2 del Código Penal, exige la concurrencia de dos elementos: uno de naturaleza subjetiva, consistente en que los distintos intervinientes *"convengan, planifiquen o se pongan de acuerdo en la comisión delictiva y de consuno decidan su realización"*, de manera que cada uno asuma el propósito criminal como obra común; y otro de carácter objetivo, relativo al codominio funcional del hecho, que se traduce en una división del trabajo criminal *"atendiendo la importancia del aporte"* de cada interviniente.⁵⁰

⁵⁰ CSJ, SP2921-2022, radicado 52.869, sentencia del 17 de agosto de 2022; CSJ SP, 22 de enero de 2014, radicado 38.725 y; Rad. 50.394 de 2018).

Ha precisado la Corte que dicho acuerdo puede inferirse de los propios *"hechos demostrativos de la decisión conjunta de realizar el delito"*, sin que se requiera una prueba directa del pacto criminal, y que, una vez estructurada la coautoría, opera el principio de imputación recíproca, según el cual *"lo que haga cada uno de los coautores se extiende a todos los demás conforme al plan acordado"*.

El elemento subjetivo del acuerdo común, no requiere ser acreditado mediante prueba directa de una concertación expresa, sino que puede inferirse *-como en efecto ocurre aquí-* de la secuencia lógica, coordinada y funcionalmente complementaria de los actos ejecutados por MOSQUERA LOZANO, de un lado, y por los abogados Juan Fernando Valdés Tipton y Jhonny Alexander Caicedo Ayala, de otro.

No resulta explicable que apenas mes y medio después de que MOSQUERA LOZANO expidiera el título ejecutivo, los apoderados del Fondo de Empleados presentaran demanda ejecutiva fundada exactamente en ese documento; y que notificado del mandamiento de pago renunciara de inmediato a toda oposición, para que al día siguiente de presentada la liquidación exorbitante del crédito, muy superior a la suma originalmente reconocida, MOSQUERA LOZANO presentara un nuevo escrito ratificando su renuncia *"a todo término, incluido el de traslado de la liquidación de la acreencia"*.

Adicionalmente, todo esto contó con la aquiescencia del juez laboral de conocimiento, respecto de quien la propia Fiscalía Delegada concluyó la existencia de un *"contubernio"* orientado a esquilmar los dineros del ente departamental.

Esta secuencia de actuaciones, coordinadas en el tiempo y complementarias entre sí, constituye prueba indiciaria suficiente y grave del elemento subjetivo de la coautoría, esto es, de que MOSQUERA LOZANO no actuó de manera aislada ni casual, sino en función de un propósito común, compartido con quienes intervinieron en las demás etapas de la maniobra ilegal.

En cuanto al elemento objetivo, esto es, el codominio funcional del hecho a través de la división del trabajo criminal, la prueba recaudada permite identificar con claridad el aporte esencial que, atendiendo su posición institucional, correspondió a MOSQUERA LOZANO dentro del reparto de tareas.

Pues mientras los abogados Valdés Tipton y Caicedo Ayala se encargaron de la gestión judicial propiamente dicha a través de la presentación de la demanda ejecutiva, la sustentación de la liquidación del crédito y su impulso procesal ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó-, al aforado en su condición de servidor público con disponibilidad jurídica sobre el patrimonio departamental, le correspondió el aporte que solo él, desde su posición institucional, podía realizar.

Esto es, de un lado, la creación del título administrativo que revistió de apariencia de legalidad la acreencia reclamada y, de otro, ya sin ostentar siquiera la investidura invocada, la remoción de los obstáculos procesales que hubiesen permitido a la Gobernación defenderse, mediante la renuncia a excepciones y a los términos de traslado, facilitando así que el fraude alcanzara su cometido final.

Se trata, entonces, de contribuciones diversas pero funcionalmente interdependientes, sin que ninguna de ellas, por sí sola, hubiese bastado para la consecución del resultado típico, y sin que sea necesario, para la atribución de responsabilidad a título de coautor, que MOSQUERA LOZANO hubiese ejecutado personalmente la totalidad de los actos defraudatorios, pues, en virtud del principio de imputación recíproca, responde penalmente y en la misma medida, por los aportes de sus copartícipes, en tanto estos se enmarcaron dentro del plan común al que voluntariamente se vinculó con su propia contribución.

En ese orden, los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de peculado por apropiación se encuentran debidamente demostrados con la prueba documental y testimonial obrante en el expediente, lo que permite concluir que el procesado incurrió en la conducta punible en la forma y circunstancias en la que le fue imputada por el ente acusador.

6.3.2.3. Antijuridicidad

Así mismo, la conducta atribuida al procesado deviene antijurídica, puesto que ejerció indebidamente la función estatal de custodia y administración de bienes que le fueron confiados con ocasión de sus funciones, abandonando los precitados mandatos al encaminarse a obtener el beneficio de particulares, asaltando también el interés general y la integridad de la administración pública, pues resulta claro que el Estado fue privado de recursos del erario que no pudieron ser utilizados en suplir necesidades fundamentales de la comunidad.

El bien jurídico protegido en los delitos contenidos en el título XV del Código Penal tiene una doble connotación: i) protege el correcto ejercicio de la función pública, entendida ésta como la actividad funcional del Estado, de los entes territoriales y demás entidades públicas de todo orden, que actúan conjunta y coordinadamente en el cumplimiento de los fines del Estado, en garantía de que la prestación del servicio público responda siempre al interés general y conforme a los preceptos normativos consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política; y ii) propende por la protección de los bienes patrimoniales del Estado.

En el presente caso, para la Sala no existe duda frente a la lesividad del comportamiento atribuido a ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO, pues como ha quedado establecido, en asocio con el Juez Primero Laboral del Circuito de Quibdó – Chocó y los abogados demandantes dentro del proceso radicado bajo el No. 2006-673, se apropió de dineros del Estado y permitió el desvío de los mismos, con el único fin de defraudar la confianza depositada por la sociedad en quien en su momento fungió como primer mandatario departamental.

Siendo así, se vulneró el bien jurídico de la administración pública sin justa causa, ya que transgredieron los valores de la actividad estatal, entre ellos el interés general, la igualdad y la imparcialidad, entre otros.

En ese orden de ideas, es dable concluir que la conducta fue antijurídica, ya que MOSQUERA LOZANO desconoció el deber que le correspondía de acatar las normas constitucionales y legales sobre el manejo de los bienes del Estado.

6.3.2.4. culpabilidad.

ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO, para el momento de los hechos, tenía plena capacidad para comprender la ilicitud de los actos y autodeterminarse conforme dicha comprensión, pues así lo dejar ver su sanidad mental y la plena conciencia sobre su antijuridicidad, siéndole exigible una conducta adecuada a las exigencias normativas.

Efectivamente, no existe prueba en el proceso referente a que el aforado hubiera ejecutado la conducta típica y antijurídica condicionado por algún tipo de perturbación psíquica o inmadurez psicológica que le impidiera comprender y acatar los mandatos legales.

Incluso, con sus intervenciones en el trámite procesal, tanto en diligencia de indagatoria como en el interrogatorio en juicio, le permiten a esta Sala afirmar que para el momento de la comisión del punible no padecía de patología alguna que no le permitiera entender la ilicitud de la conducta por la que se halla responsable penalmente, por lo que el injusto le es plenamente atribuible, pues pese a estar en posición de ajustar su comportamiento al mandato legal, dolosamente no lo hizo.

Su formación profesional y trayectoria laboral como economista de profesión, con especialización en Derecho Público y maestría en creación y dirección de empresas, su desempeño como Secretario de Hacienda desde 2005 hasta el 31 de diciembre de 2007, cargo desde el cual, en varias ocasiones fue encargado de las funciones de Gobernador, le proporcionaba un nivel de

conocimiento más que suficiente para advertir la irregularidad del acto delictivo desplegado.

En este orden, bien había podido el procesado abstenerse de ejecutar los comportamientos típicos, pero en su lugar, decidió allanar el camino para que el proceso ejecutivo laboral tuviera el cauce ilegal que con la aquiescencia del ex juez Mena Castillo tomó esa actuación procesal, con las consecuencias negativas que desde el punto de vista pecuniario tuvo que soportar el departamento del Chocó, corroborándose de esta manera la voluntad y el dolo del procesado en la materialidad del injusto por el que se procede.

Acreditada la materialidad de la conducta punible imputada, una vez superado el estudio sobre su consagración como comportamiento prohibido por el ordenamiento jurídico, la contrariedad formal y material con este último y el juicio de culpabilidad de que se hace merecedor **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, no queda duda que el acusado es coautor penalmente responsable del delito de peculado por apropiación agravado y en virtud de tal ilicitud se impartirá condena en su contra.

6.4. De las penas a imponer

En cuanto a la normatividad aplicable a efectos de determinar la pena a imponer en el presente caso, debe precisarse que, en consonancia con los principios de congruencia, confianza

legítima⁵¹, seguridad jurídica⁵² y lealtad procesal⁵³, el estudio del delito objeto de juzgamiento -*peculado por apropiación*- se abordará conforme a lo previsto en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, con el incremento punitivo contemplado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, para lo cual se hace necesario reiterar lo que sobre el particular ha afirmado esta Sala, específicamente en punto de las variaciones jurisprudenciales que han surgido:

“Es relevante recordar que el cambio jurisprudencial introducido por la Sala de Casación Penal de esta Corporación el 21 de febrero de 2018 (SP379-2018, radicado 50472) se sustentó en la postura asumida por dicha Corporación en proveído del 6 de diciembre de 2017 (AP8413-2017, radicado 50969) en el cual abordó el asunto de la posibilidad de aplicar el «principio de oportunidad» a los procesados por la Ley 600 de 2000. A partir de entonces, se configuró una línea jurisprudencial que permitió aplicar dicha figura jurídica a cambio de una información significativa y eficaz, postura que fue reiterada en auto de 7 de septiembre de 2018 (AP3847-2018, radicado 50969).

Sin embargo, como ha señalado esta Sala en anteriores oportunidades⁵⁴, dicha evolución jurisprudencial ha sido fluctuante. Inicialmente, del año 2005 al 17 de enero de 2012, se vinculó la aplicación del incremento punitivo a la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004; posteriormente, del 18 de enero de 2012 al 21 de febrero de 2018, se excluyó su aplicación en procesos de la Ley 600; y, a partir del 21 de febrero de 2018 (SP379-2018, radicado 50472), se hizo la distinción entre aforados y no aforados, disponiéndose que el aumento de penas fijado por el artículo 14 en cita aplica tanto para casos adelantados por la Ley 906 como para la Ley 600 por hechos cometidos con posterioridad al 1º de enero de 2005, salvo las excepciones que la misma Ley 890 contempla en su artículo 15.

Se ha precisado que, en la sentencia del 21 de febrero de 2018 antes citada, la Sala de Casación retomó la postura vigente entre 2005 y 17 de

⁵¹ Entendida como la expectativa genuina que alberga el particular, de que las reglas establecidas por el Estado no serán modificadas súbita o intempestivamente, pues «el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar» (C.C., sent. C-131 de 2004).

⁵² «La seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta. La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento» (C.C. sent. C-502 de 2002).

⁵³ Principio «que consiste en actuar (el juez, las partes, los terceros y demás) de conformidad estricta con las reglas procesales apuntando al desarrollo pleno de la organización, celeridad, eficiencia y eficacia del proceso» (C.C., sent. C-099 de 2022).

⁵⁴ CSJ SEP 108-2024, 1º nov. 2024, Rad. 52188; CSJ SEP 029-2025, 12 mar. 2025, Rad. 00329, entre otras

enero de 2012, relacionada a la viabilidad de aplicar el incremento punitivo de la Ley 890 de 2004 en casos de Ley 600 de 2000 para los hechos acaecidos bajo su vigencia, o sea, a partir del 1° de enero de 2005.”

Esta postura fue modificada por la misma Sala el 17 de julio de 2024 (SP1845-2024, radicado 65949) al señalar que en el caso concreto allí estudiado era viable que al acogerse a sentencia anticipada (art. 40 de la Ley 600 de 2000), por vía del «principio de favorabilidad» los procesados sean acreedores del descuento del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, pues cuando pusieron de manifiesto su voluntad de «aceptar cargos» (24 de octubre de 2022), la doctrina imperante de la Corte era la plasmada en la sentencia de 21 de febrero de 2018 (SP379-2018).

De allí en adelante se había mantenido la misma línea jurisprudencial en el sentido de que el incremento de la Ley 890 se aplica a congresistas y otros aforados que: i) estén siendo investigados y juzgados bajo la égida de la Ley 600 de 2000; ii) los hechos hayan sido cometidos a partir de 1 de enero de 2005; iii) hubieran tenido la ocasión de solicitar la aplicación del principio de oportunidad, y iv) se haya dado a conocer en la acusación.”⁵⁵

Ahora bien, se torna pertinente traer a colación el reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Penal -Sentencia SP060 del 11 de febrero de 2026- en la cual se reiteró⁵⁶ lo siguiente:

“La aplicación de la Ley 890 de 2004 supone que la conducta haya sido cometida con posterioridad al 1 de enero de 2005. De igual modo, que la sentencia haya sido adoptada con posterioridad al 21 de febrero de 2018, día del cambio de jurisprudencia. Ello, salvo que antes de esta última fecha el procesado hubiera aceptado los cargos formulados, pues habría procedido a lo anterior sin tomar en cuenta el aumento de penas de 2004.

Pero además de lo anterior, la Corte estableció otra regla. Indicó que la aplicación del artículo 14 de la Ley 890 de 2004 está condicionada, adicionalmente, a que en la imputación jurídica contenida en la resolución de acusación la Fiscalía haya hecho expresa mención a la cantidad de pena debidamente incrementada. Esta claridad le permitiría al sindicado en su momento adecuar su conducta procesal y, en particular, contemplar la alternativa de beneficios por colaboración eficaz regulados en los códigos procesales coexistentes.
(...)

Por lo tanto, la aplicación de los aumentos punitivos del artículo 14 de la Ley 890 de 2004 presupone que estos debieron haberse advertido desde la acusación. Solo conociendo de forma precisa las penas aplicables, con

⁵⁵ CSJ SEP086-2026, 1° jun 2026, Rad 00008.

⁵⁶ Mediante el cual reiteró a su vez lo desarrollado en Sentencia SP089-2023.

los aumentos de la Ley 890 de 2004, puede el procesado optar conscientemente por rebajas de pena u otros mecanismos de colaboración en ese momento. Si hay la posibilidad de sancionar con una pena más severa que la original de la Ley 599 de 2000, el sindicado debe conocerla en su momento, con el fin de definir si opta por algún mecanismo de terminación anticipada del trámite.

La exigencia en mención, en todo caso, ha sido recientemente matizada por la Sala. La jurisprudencia ha indicado que si bien es cierto es condición de aplicación de los aumentos punitivos generales de la Ley 890 de 2004 que, previamente, se hayan advertido en la acusación, esto debe flexibilizarse en aquellos casos en que esta se haya proferido con anterioridad al cambio de precedente. Ello, en la medida en que en tal caso era pacífica la no aplicación de los incrementos en mención, de modo que no resulta exigible a la Fiscalía haberlos incluido en la acusación.

En este orden de ideas, la aplicación de los incrementos generales previstos en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, para los delitos procesados por la Ley 600 de 2000, está sometida a los siguientes requisitos:

i) *La conducta debe haber sido ejecutada con posterioridad a enero 1 de 2005; **(ii)** la sentencia debió ser adoptada luego del 21 de febrero de 2018, fecha que introdujo el cambio de precedente. Esto, salvo que antes de ese día el sindicado hubiera aceptado cargos; **(iii)** la imputación jurídica contenida en la resolución de acusación tuvo que mencionar la cantidad de pena aplicable al delito, debidamente incrementada. Sin embargo, esta condición es superable, cuando la acusación es previa al 21 de febrero de 2018, fecha del cambio jurisprudencial.” (Negrilla fuera del texto original)*

A partir de las reglas expuestas, se tiene que en el presente caso **(i)** la conducta se ejecutó con posterioridad al primero de enero de 2005, pues, según quedó reconstruido en el acápite de tipicidad objetiva, su ejecución inició el 12 de septiembre de 2006 con la expedición de la Resolución 2134, se desarrolló durante el año 2007 mediante los actos dirigidos a asegurar la apropiación y se consumó a través de los desembolsos efectuados entre el 18 de diciembre de 2007 y el 13 de febrero de 2009; **(ii)** la presente sentencia se profiere con posterioridad al 21 de febrero de 2018; y **(iii)** en la resolución de acusación -la cual data del 25 de junio de

2021- se mencionó la cantidad de pena con los incrementos de la Ley 890 de 2004⁵⁷.

A lo anterior se suma una razón adicional que despeja cualquier duda sobre la aplicabilidad del referido incremento:

Como quedó dicho al fijarse el régimen procesal aplicable, en el Distrito Judicial de Quibdó la Ley 906 de 2004 comenzó a regir el 1° de enero de 2008 (artículo 530 ibidem), de este modo, aun bajo la línea jurisprudencial inicial, vigente entre 2005 y el 17 de enero de 2012, que condicionaba la aplicación de los aumentos del artículo 14 de la Ley 890 de 2004 a la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, el incremento resultaría igualmente aplicable en este caso, pues la apropiación se materializó de manera preponderante con posterioridad a esa fecha, cuando el nuevo estatuto ya regía en dicha jurisdicción.

Por manera que, cualquiera sea la postura que se adopte dentro de la evolución jurisprudencial reseñada, la conclusión es la misma, es decir, que aquel aumento punitivo es aplicable a la conducta objeto de juzgamiento.

Finalmente, cabe precisar que la aplicación de la Ley 600 de 2000 como estatuto procesal de la actuación, determinada por el inicio de la ejecución de la conducta con anterioridad al 1° de enero de 2008 en el Distrito Judicial de Quibdó, en modo alguno excluye la aplicación sustantiva del incremento analizado, pues conforme con la jurisprudencia consolidada de la Sala de Casación Penal, tal incremento opera tanto en los procesos tramitados bajo el imperio

⁵⁷ Cuaderno Actuación Fiscalía 7° Folios 1-33

de la Ley 906 de 2004 como en los adelantados por el procedimiento penal del 2000, siempre que se satisfagan los requisitos que, según se acaba de verificar, concurren en este asunto.

Aclarado lo anterior, se tiene que la conducta por la que se emite fallo de condena en contra de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** corresponde al delito de peculado por apropiación.

Conforme se dispuso en calificación jurídica, el artículo 397 del Código Penal, con el aumento de la Ley 890 de 2004, señala:

«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 noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

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

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.».

6.4.1. Pena privativa de la libertad

En la primera fase de la dosificación punitiva la Sala deberá aplicar las circunstancias específicas de agravación y los dispositivos amplificadores del tipo que modifican los extremos punitivos ya indicados.

Teniendo en cuenta que el monto de lo apropiado asciende a la suma de \$822.040.529,76 es aplicable a este caso el inciso 2° de la anterior disposición porque la cuantía de la apropiación supera con creces el monto de los 200 s.m.l.v para la época en que ocurrieron los hechos, pues en el año 2007 el salario mínimo mensual era de \$433.700, cifra que multiplicada por 200 arroja la suma de \$86.740.000.oo.

Por lo tanto, conforme al agravante específico del inciso segundo del artículo 397, la pena «se aumentará hasta en la mitad», proporción que por mandato del numeral 2° del artículo 60 sustantivo penal se aplicará al máximo de la infracción básica, arrojando como resultado 96 a 405 meses de prisión.

De conformidad con lo indicado en el artículo 61 de la Ley 599 de 2000, se tiene que al restar el extremo mínimo al máximo de la pena de prisión se obtiene un ámbito de punibilidad de trescientos nueve (309) meses, los que al dividirse en 4 arroja un cociente de setenta y siete punto veinticinco (77.25) meses, de donde se obtienen los cuartos de movilidad así:

	CUARTO MINIMO	PRIMER CUARTO MEDIO	SEGUNDO CUARTO MEDIO	CUARTO MÁXIMO
PENA DE PRISIÓN 96 a 405 meses	96 a 173.25 meses	173.25 meses + 1 día a 250.5 meses	250.5 meses + 1 día a 327.75 meses	327.75 meses + 1 día a 405 meses

Ahora bien, en el proceso de individualización de la pena se debe tener en cuenta el inciso segundo del artículo 61 del C.P., que determina:

«El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitiva».

La Fiscalía en la acusación le imputó a **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, las circunstancias de mayor punibilidad previstas en los numerales 9 y 10 del artículo 58 del Código Penal, para lo cual advirtió que:

«Aplicable resulta a las dos conductas la circunstancia de mayor punibilidad referida a la posición distinguida, que ocupaba el procesado, derivada de su condición de gobernador encargado. Ser la primera autoridad en un departamento, así sea en encargo, es un privilegio que pocos ciudadanos tienen, lo que impone aplicar la circunstancia prevista por el artículo 58-9° del Código Penal. Así mismo, para los dos delitos la del numeral 10°, 'obrar en coparticipación criminal', porque contrario a lo sostenido por la Agencia Ministerial, considera este delegado que el procesado MOSQUERA LOZANO debe responder como probable coautor de las dos conductas endilgadas, como se analizará más adelante.»⁵⁸

El método propio del proceso, obliga a que desde la fase inicial del trámite se le haga saber al procesado de todas las circunstancias de las cuales se debe defender, así como de los aspectos fácticos que le permitan al instructor, realizar la inferencia que pretenderá probar, para de esa forma ejercer su defensa de cara a los postulados de hecho que sustentan el propósito nutren la intención del ente persecutor.

⁵⁸ Fls. 3-36 pdf. Cuaderno Actuación Fiscalía No. 7 Fiscalía.

Frente al particular, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha sido enfática al señalar:

*«Reitera así la Corte la tesis adoptada desde la providencia del 23 de septiembre del 2003, radicado 16.320, según la cual las circunstancias de agravación deben ser imputadas **fáctica y jurídicamente en la resolución acusatoria**, en la que además insistió, si bien con algunos matices respecto de los procesos que terminan de manera temprana, al revisar el tema a propósito de la aplicación de la Ley 906 del 2004»⁵⁹.*
(Negrilla de la Sala)

En el presente caso, advierte la Sala que respecto de la circunstancia de agravación prevista en el numeral 10 del artículo 58 del C.P., esto es, «Obrar en coparticipación criminal», fue enrostrada fáctica y jurídicamente a **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, al haber obrado en coparticipación con los abogados demandantes que representaron al Fondo de Empleados de la Gobernación del Chocó dentro del proceso ejecutivo laboral 2006-00673 a efectos de lograr la materialización del delito de peculado por apropiación agravado.

Así se desprende de la resolución de acusación, cuando en primer término, al calificar jurídicamente la conducta típica de peculado, indicó expresamente:

"la acción típica del delito de peculado -el servidor público que se apropie- se cumple en este evento en cuanto que el procesado ROGER PASTOR MOSQUERA facilitó la apropiación de esos bienes del Estado en provecho de terceros, que en proceso separado fueron llamados a juicio como coautores intervinientes de peculado por apropiación."

⁵⁹ Sentencia de 22 de junio de 2006, rad. 24817.

Más adelante, al responder a un cuestionamiento del Ministerio Público sobre si el aporte de MOSQUERA LOZANO se desdibujaba porque la resolución falsa no fue presentada por él mismo, para el cobro ejecutivo, la Fiscalía sostiene:

"Este planteamiento es equivocado, si se tiene en cuenta que la actuación del sindicado ROGER PASTOR MOSQUERA no se limitó a la falsedad del documento cuya autoría se le atribuye, sino que fue mucho más allá. (...)

Todos estos actos, muestran el aporte causal a la realización de los delitos por parte del procesado MOSQUERA LOZANO, que no se detuvo en la elaboración del falso documento sometido a cobro ejecutivo judicial, ciertamente promovido por otros, porque desde su rol (el de servidor público y gobernador encargado) no era esa su contribución, sino justamente realizar la falsedad de un título que sirvió para presentar demanda ejecutiva.

Y, finalmente, en la parte conclusiva sobre el peculado, se reitera:

"la falsedad de la resolución 2134... documento cuya autoría se le atribuye a ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO, sin duda alguna fue el medio fraudulento artificioosamente utilizado por los abogados que representaron judicialmente al Fondo que, con pleno conocimiento de su ilegitimidad promovieron la demanda ejecutiva."

Tales circunstancias, sin lugar a dudas, constituyen la prueba indirecta de la coparticipación, pues no de otra manera se entiende, sin mayor reparo, que tan pronto se notificó de la demanda promovida por el mencionado Fondo de Empleados, presentó sendos memoriales -el 7 y el 11 de diciembre de 2007-, el primero renunciando a presentar excepciones y al término del traslado de la demanda, y el segundo, aceptando la liquidación presentada por la parte demandante al interior de dicho proceso, por lo que será tomada en cuenta la circunstancia de mayor punibilidad relativa al

obrar en coparticipación criminal.

Diferente situación se presenta en cuanto a la segunda circunstancia de agravación imputada al procesado, esto es, la prevista en el numeral 9 relativa a *«La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio»*, puesto que la acusación carece de panorama fáctico respecto de su configuración, en el entendido que el ente investigador no destaca las particularidades bajo las cuales influyó esa condición para la ejecución de los hechos.

En efecto, no aparece acreditado en el expediente que MOSQUERA LOZANO se haya hecho referencia a dicha circunstancia ni fáctica ni jurídicamente, sólo se vino hacer mención en la resolución acusación, que como ya se vio, el representante fiscal se limitó a señalar su tenor literal.

De ese modo, no puede pasarse por alto el eje central del derecho de defensa, inmerso en el principio de congruencia, el cual se funda en la clara y precisa relación de los hechos que dan lugar a la imputación de cargos, dentro los cuales, se incluyen, obviamente, las circunstancias de mayor punibilidad.

La Corte, además ha precisado que la causal 9ª del artículo 58 del C.P. opera con independencia de la condición de servidor público, en razón a que la tipicidad objetiva exige esta condición, no basta sostener que el procesado es servidor público, porque esto, de suyo, no acredita el supuesto fáctico de la circunstancia de mayor punibilidad.

Será necesario evidenciar: (i) que la preeminencia del cargo que ocupa o la investidura que ostenta le otorga una posición distinguida en la sociedad, y (ii) que esta especial condición incidió en la realización de la conducta delictiva, elementos sin los cuales la gravante no procede⁶⁰.

Recuérdese que la conducta punible de peculado por apropiación que aquí se analizó, se ejecutó con su participación no como gobernador encargado *-aunque sí inició su actuación cuando lo era, al suscribir la resolución 2134 de 2006-*, sino como **secretario de hacienda**, cargo respecto del cual la acusación no explica por qué corresponde a una posición distinguida en la sociedad, más allá de ser un servidor público, por lo tanto, tal circunstancia no podrá ser tenida en cuenta.

De otra parte, se tiene que concurre la circunstancia de menor punibilidad de carencia de antecedentes penales contenida en el artículo 55-1 del Código Penal, puesto que no se acreditó que para la época de ocurrencia de los hechos que aquí se juzgan, **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** presentara alguna sentencia condenatoria en firme y vigente.

Como puede observarse, para este punible se advierte la concurrencia de una circunstancia de menor punibilidad relativa a la ausencia de antecedentes penales y una de mayor punibilidad por haber obrado en coparticipación criminal; resultando necesario señalar que conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal⁶¹, para precisar en cuál de los cuartos medios deberá ubicarse

⁶⁰ CSJ. SP351-2022. Agosto 23 de 2023, Rad. 57437.

⁶¹ CSJ 18 feb. 2005, rad. 20597

la sanción penal, es necesario analizar el número, la naturaleza y la gravedad de las mencionadas circunstancias de menor y mayor punibilidad. En este sentido, la Corte dijo:

*“El argumento adicional que el casacionista expone en torno al método que debió haberse seguido en la determinación del quantum aplicable por cada agravante, consistente en que correspondía dividir el tiempo comprendido entre el mínimo y máximo de la pena aplicable por el número de circunstancias de mayor punibilidad previstas en la norma, para saber qué pena correspondía a cada una de ellas, **resulta inaceptable, porque solo atiende un aspecto (el cuantitativo), dejando de lado el contenido y naturaleza de la circunstancia (cualitativo), y los demás criterios de dosificación punitiva**”.* (Negrilla de la Sala).

Más recientemente, la Corporación de cierre reiteró el mismo criterio, señalando:

*“Se deberán escoger los cuartos medios (segundo cuarto de punibilidad – SCP- o tercer cuarto de punibilidad –TCP-) cuando concurren simultáneamente circunstancias genéricas de punibilidad del artículo 55 y 58 del C.P. **(el número, la naturaleza y gravedad)** de las mismas determinará si se aplica el segundo –SCP- o el tercer cuarto de punibilidad –TCP-).”*⁶² (Negrilla fuera de texto original).

De acuerdo a lo anterior, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ya citada en este proveído impone atender no solo al número, sino también la naturaleza y gravedad de las circunstancias concurrentes.

En el presente caso, dicho ejercicio arroja un resultado de relativo equilibrio cualitativo, naturalmente, y en lo cuantitativo, se aprecia que el haber obrado en coparticipación criminal reviste una entidad cualificada que no desborda su descripción típica ordinaria, pues el haber desplegado la conducta punible bajo esa modalidad de coparticipación, tal despliegue no fue adelantado bajo

⁶² CSJ SP338-2019, 13 feb. 2019, rad. 47675. Reiterada en SEP-0096-2022, Rad. 00383.

un ejercicio intimidante, sistemático o prolongado frente a la administración departamental, más allá de la conducta puntual objeto de reproche.

Por tal razón, y en aplicación de un criterio de proporcionalidad y razonabilidad en la dosificación, la Sala ubicará la pena dentro del primer cuarto medio.

Ahora bien, conforme a los criterios dispuestos en el inciso 3° del artículo 61 del Código Penal, corresponde a la Corte ponderar la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial causado, la intensidad del dolo y la necesidad de la pena en el caso concreto, para efectos de determinar la pena a imponer.

Sobre el particular, se advierte que la conducta atribuida a MOSQUERA LOZANO, si bien es reprochable y generadora de un daño cuantioso al erario departamental, lo cual ya fue tenido en cuenta al momento de adecuarse la conducta al inciso 2° del artículo 397 que tipifica el delito de peculado por apropiación; se materializó a través de un episodio delictivo concentrado *-la expedición de un único acto administrativo espurio y su posterior aprovechamiento procesal-*, sin que se hubiese acreditado que el procesado hubiera obtenido para sí un provecho patrimonial directo, ni que hubiese desplegado un patrón delictivo reiterado o extendido en el tiempo. Aspecto que sumado a su carencia de antecedentes penales, no amerita superar el extremo inferior del cuarto seleccionado.

De igual manera, el dolo con el que se llevó a cabo el injusto por el que se profiere condena en contra MOSQUERA LOZANO

contiene el grado de conocimiento y voluntad necesario para su ejecución, sin que se aprecie una circunstancia adicional que acrescente su intensidad y dirija a la Colegiatura a apartarse del extremo mínimo del cuarto seleccionado.

En consecuencia, la Sala fijará la pena privativa de la libertad correspondiente al delito de peculado por apropiación en favor de terceros en el extremo mínimo del primer cuarto medio, esto es, en ciento setenta y tres punto veinticinco (173.25) meses de prisión, lo que equivale a **ciento setenta y tres (173) meses y 7 días de prisión**, guarismo que resulta acorde con los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad que deben orientar la función punitiva del Estado, y que refleja adecuadamente tanto la gravedad intrínseca de la conducta como las circunstancias personales y procesales favorables al procesado que quedaron acreditadas a lo largo del juicio.

6.4.2. Inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas

De acuerdo con lo previsto en el inciso 1° del artículo 397 del Código Penal, este tipo de sanción surge como principal y corresponde a los mismos extremos previstos para la pena de prisión.

Por lo tanto, no se hace necesario realizar el sistema de cuartos, en el entendido que corresponde a aquél que se hizo para la sanción privativa de la libertad, luego el resultado final es igual.

En consecuencia, se condenará a **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** a la pena principal de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de **ciento setenta y tres (173) meses y siete (7) días**.

6.4.3. Pena de multa

En cuanto a la pena de **multa**, se impondrá por el valor de **\$822.040.529,76.**, pues fue el monto apropiado por **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** a favor de los demandantes del proceso ejecutivo laboral adelantado en contra de la Gobernación del Chocó; monto que no supera el tope de 50.000 s.m.l.m.v. para la época de los hechos⁶³.

De acuerdo con el artículo 42 del Código Penal, el pago de la multa deberá consignarse a favor del Ministerio de Justicia y del Derecho y en caso de incumplimiento, quedará habilitada la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para adelantar el procedimiento de cobro coactivo, teniendo en cuenta que el fallo prestará mérito ejecutivo.

6.4.4. De la inhabilidad intemporal

El artículo 122 de la Constitución Política de Colombia fue modificado por el Acto Legislativo 1 de 2004, estableciendo que:

“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

....

⁶³ 433.700 x 50.000 = 21.685.000.000

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño."

Como quiera que se emite fallo de condena por el delito de peculado por apropiación, cuya esencia se funda en la afectación del patrimonio del Estado, obliga la imposición de la sanción de carácter intemporal prevista en el inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política, de acuerdo a la interpretación que de dicho precepto ha realizado la Corte Constitucional en sentencia C-064 de 2003, conforme su desarrollo legislativo en el parágrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, que señala:

"Artículo 38.- Otras inhabilidades.

(...)

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

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

A partir de dicho texto normativo, concluyó la Corte Constitucional que "El aparte de la disposición demandada exige que el patrimonio estatal sea efectivamente lesionado para que pueda generarse la inhabilidad que él mismo consagra. A juicio de la Corte tal exigencia no implica

una mengua del mandato de protección del patrimonio público y por ende del artículo 122 Superior”.

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

Necesario es precisar que la imposición simultánea de la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones prevista en el Código Penal, la cual es transitoria, no vulnera el principio *non bis in idem* porque con la estatuida en la norma constitucional el condenado queda privado a perpetuidad de los derechos a inscribirse como candidato a cargos de elección popular, a ser elegido o designado como servidor público y a contratar con el Estado directamente o por interpuesta persona.

Y temporalmente, por el término establecido en el fallo, queda privado de la facultad de elegir, del ejercicio de cualquier otro derecho político (menos al de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos -art. 40-7 de la Constitución-, pues su prohibición es intemporal) y el de recibir las dignidades y honores que confieran las entidades estatales, que naturalmente no comporten el ejercicio de una función pública.⁶⁴

⁶⁴ C.S.J. SP982-2024, Abr. 24 de 20024, Rad. 65783 y SP3865-2018, Sept. 12 de 2018, RAD. 51684, entre otras.

6.5. De los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad

Se encuentran previstos para conciliar la necesidad de la defensa del orden jurídico con las funciones de prevención especial y la reinserción social del penado; como también, con los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad que la inspiran, porque a través de ellos se suspende el cumplimiento de la sanción, cuando el análisis concurrente de ciertos o determinados requisitos permiten inferir de manera seria y fundamentada que no resulta indispensable ejecutar la pena o, por el contrario, para diagnosticar la viabilidad de ejecutarse en la residencia del penado tras cumplirse los presupuestos legales.

6.5.1. Suspensión condicional de la ejecución de la pena

Con la expedición de la Ley 1709 del 20 de enero de 2014, por medio de la cual se modificó el artículo 63 del Código Penal, la procedencia de este sustituto penal quedó condicionada a que la pena de prisión no exceda de cuatro (4) años, norma que a pesar de ser benéfica para los procesados, no es aplicable en el presente caso por virtud del principio de favorabilidad, en consideración a que, si bien es cierto el anterior precepto exigía una pena a imponer que no excediera de tres (3) años, también lo es que el artículo 32 de la nueva norma excluyó la posibilidad de conceder ese tipo de sustituto en los casos de delitos contra la administración pública⁶⁵.

⁶⁵ CSJ AP1576-201, 2 abr. 2014, rad. 43342; AP4276-240, 30 jul. 2014, rad. 38262; SP124623-2014, 27 oct. 2014, rad. 34282.

Conforme a lo anterior, dado el monto de la pena a imponer a **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** y la prohibición expresa para su concesión en la clase de conducta ejecutada, es evidente que no procede el mecanismo sustitutivo analizado, por lo tanto, se deberá ejecutar la pena privativa de la libertad.

6.5.2. Prisión domiciliaria

De acuerdo a la época de la comisión de los hechos por los cuales se investigó la conducta de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, le resulta aplicable la norma vigente para ese momento, esto es, lo previsto en el artículo 38 original de la Ley 599 de 2000, pues las posteriores reformas legales al referido instituto restringen su concesión a las personas procesadas y condenadas por delitos contra la Administración Pública, es decir, no le es favorable al aquí acusado.

Así pues, conforme a lo estatuido en la norma referenciada para la concesión del citado mecanismo sustitutivo de la pena de prisión, se debe tener en cuenta que:

1. *La sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.*
2. *Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.*
3. *Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones: (...).*

Sin mayor análisis, advierte la Sala que en el presente asunto no concurre el elemento objetivo del numeral primero de la citada

codificación, porque la pena mínima señalada en la ley para el delito de peculado por apropiación agravado por la cuantía por la que fue convocado a juicio el aquí procesado, es de 8 años de prisión, circunstancia que de plano hace innecesario que se analicen las demás exigencias previstas en la ley para su concesión y, por el contrario, trae como consecuencia que se niegue la prisión domiciliaria.

En razón a que la Fiscalía General de la Nación al resolver la situación jurídica a **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva intramural y la misma fue revocada en segunda instancia, conforme a lo establecido en el artículo 188 de la Ley 600 de 2000 y la jurisprudencia nacional aplicable al caso⁶⁶, la privación de la libertad se cumplirá una vez cobre ejecutoria la sentencia que aquí se dicta, momento en el que se librarán las respectivas órdenes de captura para el cumplimiento de las penas impuestas en establecimiento de reclusión que designe el INPEC.

6.6. Consecuencias civiles derivadas del delito

De conformidad con el artículo 6° de la Ley 610 del 2000 se entiende por daño patrimonial del Estado la lesión del patrimonio público por el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna. Ese daño patrimonial (material) se refleja, para efectos de

⁶⁶ CSJ, 20 May. 2003, Rad. 18684, SP2544-2020, 22 Jul. 2020, Rad. 56591 y SEP00067-2021, 1 Jul. 2021. Rad. 00092.

cuantificación, en los conceptos de daño emergente y lucro cesante, que derivan de la legislación civil.

El artículo 1613 del Código Civil determina que la indemnización de perjuicios comprende esos dos conceptos, *“Entendiéndose por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento”, en tanto que el lucro cesante es “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación...”* (Artículo 1614).

La fijación de tales montos exige la indexación, que consiste en traer a valor presente la suma no pagada, es decir, se aplica un procedimiento para ajustar el valor al presente de tal forma que no pierda su capacidad adquisitiva.

Esto surge como una respuesta al fenómeno propio de la depreciación de la moneda, con el fin último de que ésta conserve su poder adquisitivo con el paso del tiempo, de tal manera que, en aplicación de principios como los de equidad, justicia, reciprocidad, integridad del pago y reparación integral del daño, el acreedor esté protegido contra los efectos nocivos del paso del tiempo (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación 1564).

Se ha determinado que para actualizar ese valor se divide el inicial índice de precios al consumidor (IPC) entre el IPC actual. El IPC lo establece el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

Para el daño emergente, el Consejo de Estado, en aras de la indexación, ha señalado la siguiente fórmula:

$$VR = VH \times IPC \text{ actual} / IPC \text{ inicial}$$

En donde el valor a reintegrar (VR) se determina multiplicando el valor histórico del daño investigado o monto base de indexación (VH) por el resultado de dividir el IPC final (vigente a la fecha de la decisión) por el IPC inicial (vigente al momento de los hechos). El resultado es el daño emergente.

El lucro cesante resulta de calcular cada año el interés sobre el monto del capital actualizado; conforme con el artículo 1617 del Código Civil se aplica el interés legal del 6%, tasa anual efectiva, que corresponde al 0,004867, interés efectivo mensual. La fórmula aplicable es:

$$S = Ra (1 + i)^n$$

Donde el lucro cesante (S) se determina multiplicando el valor actualizado a la fecha presente (Ra) por uno (1) más la tasa del Código Civil de interés mensual (i), elevado al número de meses transcurridos desde el momento en que se constituyó la obligación.

En el dictamen pericial No. 2024-10, presentado el 15 de junio de 2022, la perita tomó como base los valores registrados en cada uno de los títulos judiciales relacionados en el auto del 15 de diciembre de 2011 y adicionó la diferencia necesaria para que el monto coincidiera con el valor consignado en la resolución de acusación.

Sin embargo, el mismo no se tendrá en cuenta, pues como quedó establecido en el acápite correspondiente al estudio del delito de peculado por apropiación, el monto indebidamente apropiado proviene de la diferencia entre lo ordenado por el Tribunal Superior Sala Civil-Familia-Laboral de Quibdó-Chocó, en la decisión del 15 de diciembre de 2011 y el monto realmente probado con los títulos allegados al expediente, descontándose el valor realmente adeudado al Fondo de Empleados de la Gobernación del Chocó.

Lo anterior, desde luego, sin perjuicio del mérito que, en cuanto prueba documental, se reconoció en el acápite de tipicidad objetiva a la relación de títulos judiciales contenida en el auto del 15 de diciembre de 2011 y recopilada en el trabajo pericial, pues una cosa son las conclusiones de la experta *-que no se acogen-* y otra, la información objetiva y verificable sobre las fechas y valores de los desembolsos, valorada por la Sala para efectos de establecer la secuencia temporal de la apropiación.

Así las cosas, recuérdese que aunque el fallo del Tribunal Superior de Quibdó en segunda instancia señaló como cifra entregada al apoderado de la parte ejecutante la cantidad de \$919.517.802,08; el valor correspondiente a la sumatoria de los títulos relacionados en la providencia del Tribunal fue realmente de \$896.785.338,69, monto sobre el cual se descontaron los \$74.744.808,93 correspondientes a la liquidación del crédito efectuada por el Tribunal, con lo cual se obtuvo un valor de \$822.040.529,76, que corresponderá a la cantidad que constituirá la base para la tasación de los perjuicios materiales, como ya se había advertido.

Entonces, para la actualización del valor, se tomará entonces como fecha inicial el 15 de diciembre de 2011 correspondiente a la que fue expedida el fallo en mención, y como fecha final el 31 de julio de 2026, siendo este el último Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el DANE.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, se procede con la tasación de los daños materiales.

Cálculo Daño Emergente								
Nº	DETALLE	Fecha Hechos	Fecha a Actualizar (Último IPC)	VALOR A ACTUALIZAR	ÍNDICE DANE		INDEXACIÓN	VALOR INDEXADO
					Fecha Hechos	Fecha Final		
				VH - Valor Histórico	IPC Inicial	IPC Final	=V/r Indexado (-) V/r Histórico	VP=(VH*(IPCFI/IPC In))
1	Quantum de lo apropiado	15/12/2011	31/07/2026	822.040.529,76	76,19	159,79	901.989.608,71	1.724.030.138,47
TOTAL				822.040.529,76				1.724.030.138,47

(*) Fuente: Información Estadística DANE- Índices serie de empaque años 2003 - 2026, actualizado el 10 agosto de 2026

Cálculo Lucro Cesante						
Nº	DETALLE	Fecha Hechos	VALOR INDEXADO (Ra)	Interés Mensual (a+i)^n	Lucro Cesante (Valor Interés Dinero)	Total Daño Emergente + Lucro Cesante
1	Quantum de lo apropiado	15/12/2011	1.724.030.138,47	2,37	2.368.702.790,32	4.092.732.928,79
TOTAL			1.724.030.138,47		2.368.702.790,32	4.092.732.928,79

Aplicadas las fórmulas correspondientes, se establece que el daño emergente asciende a la suma de \$1.724.030.138,47 y el lucro cesante a \$2.368.702.790,32, para un total de daños materiales de \$4.092.732.928,79, atribuibles al señor ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO, valores actualizados al 31 de julio de 2026.

6.6.1. Costas, expensas y agencias en derecho

El artículo 56 de la Ley 600 de 2000, establece que en la sentencia condenatoria **«Además, se pronunciará sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho si a ello hubiere lugar»**.
(Negrillas fuera de texto)

Inicialmente bueno es señalar que ante la gratuidad que rige el proceso penal [Art. 6 de la Ley 270 de 1996], claramente dentro de este no puede cobrarse arancel alguno en su procedimiento, sin embargo ello no implica como lo señala la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, que dicho principio irradie a aquellos *«gastos que originó el funcionamiento o la puesta en marcha del aparato judicial, debido a la reclamación de una de las partes»*, pues reconoce que la mayoría de las legislaciones del mundo contemplan la condena en costas en la medida que estos gastos fueron necesarios para obtener la declaración de un derecho, ya que *«se trata ..., de restituir los desembolsos realizados por quienes presentaron una demanda o fueron llamados a juicio y salieron favorecidos del debate procesal»*.

No obstante, el máximo órgano de control constitucional en ejercicio de sus funciones y revisión del texto de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, declaró inexecutable la expresión *«que habrán de liquidarse en todos los procesos sin excluir a las entidades públicas»*, al considerar que era responsabilidad del legislador definir *«en cada proceso, si se amerita o no el cobro de las expensas judiciales, así como el determinar, según las formas propias de cada juicio, si se incluye o no a las entidades públicas dentro de la liquidación de agencias en derecho, costas y otras expensas judiciales»*.⁶⁷

⁶⁷ C.C. C-037 de 1996.

Para el caso que aquí interesa, la Ley 600 de 2000 contempla como posible la liquidación de costas procesales⁶⁸, que se conforman por dos rubros distintos, las expensas y agencias en derecho, entendidas las primeras como «los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo⁶⁹», definición que se armoniza con la reconocida por la Sala de Casación Penal, al predicar que estas son «los gastos necesarios realizados por cualquiera de las partes para adelantar el proceso, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos y los curadores, los impuestos de timbre, el valor de las copias, registros, pólizas, gastos de publicaciones»⁷⁰.

Y, las segundas, es decir, las agencias en derecho «no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora»⁷¹, así también descrita por la Alta Corte, pues de ellas indican «los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, esto es, el pago de los honorarios de los profesionales del derecho que cada parte debió contratar para adelantar la gestión»⁷².

Es importante, precisar que la condena en costas, como lo ha señalado la jurisprudencia nacional, no es el resultado de:

«un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista**

⁶⁸ A diferencia de lo previsto en el artículo 55 del Decreto Ley 2700 de 1991 y lo previsto para la Ley 906 de 2004, donde resulta posible, pero una vez culminado el incidente de reparación integral, acudiendo por vía de integración normativa a lo señalado en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

⁶⁹ C.C. C- Sentencia C-089 de 2002.

⁷⁰ CSJ Radicado 34145 de abril 13 de 2011, reiterada SP440-2018 (49493) de febrero 28 de 2018.

⁷¹ C.C. C-089 de 2002.

⁷² Ibidem.

prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.»⁷³ (Negrillas fuera de texto)

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

Conforme a lo señalado, lo propio sería realizar el reconocimiento de tales derechos y luego dar inicio a un trámite incidental que tiene lugar después de ejecutoria de la sentencia, empero, en el presente asunto, no fue acreditado gasto alguno realizado por la parte civil, por lo tanto, la Sala no emitirá condena al pago de expensas.

Idéntica situación acontece con las agencias en derecho, si se tiene en cuenta que en el presente asunto, los intereses del departamento de Chocó estuvieron representados por diferentes profesionales del derecho, además que no se presentó demanda de constitución de parte civil. Ello conduce a que no haya lugar a tal reconocimiento en contra de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**

⁷³ C.C. C-157 de 2013

6.7. Otras determinaciones

Para la ejecución de la condena, en firme esta decisión, la actuación será enviada a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad – Reparto- para lo de su cargo. Por medio de la Secretaría de la Sala, expídanse las copias de que tratan los artículos 469 y 472 de la Ley 600 de 2000.

De igual manera, se comunicará lo resuelto a la Policía Nacional y a la Fiscalía General de la Nación para la actualización de sus respectivas bases de datos.

En mérito de lo expuesto, la **SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

7. RESUELVE

PRIMERO: ABSOLVER a ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO, de condiciones civiles y personales consignadas en esta providencia, del cargo formulado por el delito de fraude procesal.

SEGUNDO: CONDENAR a ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO como **coautor** penalmente responsable del delito de peculado por apropiación [Artículo 397 inciso 2° del Código Penal] a las penas principales de **ciento setenta y tres (173) meses y 7 días de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa de ochocientos veintidós millones cuarenta mil quinientos**

veintinueve pesos y setenta y seis centavos (\$822.040.529,76), que deberá pagar a favor del Ministerio de Justicia y del Derecho, en los términos del artículo 42 del Código Penal, por las razones expresadas en la parte motiva de este proveído.

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

CUARTO: CONDENAR a ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO al pago solidario de daños y perjuicios por la suma de **cuatro mil noventa y dos millones, setecientos treinta y dos mil novecientos veintiocho pesos y setenta y nueve centavos \$4.092.732.928,79**, valor que deberá ser actualizado al momento de su efectivo pago.

QUINTO: EXONERAR a ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO del pago de costas, expensas y agencias en derecho, conforme lo indicado en la parte motiva.

SEXTO: Negar al condenado **MOSQUERA LOZANO** los mecanismos sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, conforme con las razones expuestas en la parte considerativa de este fallo. Una vez cobre ejecutoria esta decisión, librese la respectiva orden de captura.

SÉPTIMO: En firme la presente sentencia, comuníquese la misma a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para el recaudo de las multas impuestas.

OCTAVO: Ejecutoriada esta determinación, se remitirán copias del presente fallo a las autoridades a las que alude el artículo 472 de la Ley 600 de 2000 y de las piezas procesales pertinentes al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad (reparto), para lo de su cargo.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada

JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado

PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA

Magistrada

RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ

Secretario