

Compartido por:



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado ponente

SP083-2023

Radicación No. 59636

Acta No. 050

Bogotá D.C., quince (15) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

I. VISTOS

Resuelve la Corte la impugnación especial presentada por el defensor de **DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ**, contra la sentencia proferida el 4 de marzo de 2021 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, que revocó la absolutoria emitida el 1° de febrero de igual anualidad por el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento del

mismo Distrito Judicial y, en su lugar, lo declaró penalmente responsable de los delitos de *peculado por uso* en calidad de cómplice y de *ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio* en condición de autor.

II. ANTECEDENTES

2.1 Fácticos

Entre la noche del 3 y la madrugada del 4 de abril de 2014, el administrador del Aeropuerto Nacional Perales [en adelante, el aeropuerto], ubicado en la ciudad de Ibagué, de propiedad de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil [Aerocivil], permitió el ingreso a sus instalaciones de 51 vehículos y 2 motocicletas particulares, los cuales participaron en carreras automovilísticas denominadas «*piques*», actividad en la que indebidamente utilizaron como pista la plataforma aérea en uso y la que para ese momento se construía.

De la realización de esa competición tenía conocimiento previo **DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ**, guarda de seguridad vinculado a una empresa de vigilancia privada que para ese turno nocturno prestó sus servicios en el aeropuerto, quien contribuyó a su ejecución facilitando el ingreso de los vehículos y de sus conductores, además de informar a sus compañeros de labores que se trataba de un evento autorizado y que, por tanto, las personas que acudieron tenían habilitado el acceso.

DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ estaba encargado de las cámaras de vigilancia y seguridad del aeropuerto en aquella noche y madrugada. Para evitar la grabación de la indebida actividad a realizar, manipuló 6 dispositivos de video tipo domo y fijos y generó que los mismos no filmaran a las personas y vehículos que ingresaron, toda vez que enfocó puntos muertos, zonas oscuras o distorsionó el enfoque a través de su desproporcionado acercamiento.

2.2 Procesales

En audiencia preliminar celebrada el 22 de marzo de 2018 bajo la dirección del Juzgado Séptimo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Ibagué, la fiscalía formuló imputación a **DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ** como cómplice del punible de *peculado por uso* y autor del delito de *ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio* (artículos 398 y 454B del Código Penal). El imputado no aceptó cargos. No se solicitó medida de aseguramiento alguna¹.

Radicado el escrito de acusación² por idénticas ilicitudes, la actuación la asumió el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Ibagué, despacho ante el cual tuvo lugar su verbalización el 2 de agosto de

¹ Cfr. Folios 105 a 107, Carpeta Digital [en adelante C.D.] denominada 1. 52946 DE LA 1 A LA 88

² Cfr. Folios 75 a 99, *ib.*

2018³. La audiencia preparatoria se cumplió el 26 de noviembre siguiente⁴.

El juicio oral se desarrolló en sesiones de 7 de mayo de 2019⁵; 16 de enero⁶, 13 de julio⁷, 10 y 11 de agosto⁸, 16⁹ y 29¹⁰ de septiembre, 2¹¹ y 11¹² de diciembre de 2020; y, 1º de febrero de 2021¹³. En esta última fecha, el juzgado de conocimiento anunció sentido de fallo absolutorio, que profirió de inmediato¹⁴.

Al resolver los recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía, el Ministerio Público y la representación judicial de víctimas, la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, mediante sentencia del 4 de marzo de 2021¹⁵, la revocó y, en su lugar, condenó a **DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ** como autor del punible de *ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio* y cómplice del injusto de *peculado por uso*, imponiéndole las penas de 54 meses de prisión, multa de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso que la intramural.

³ Cfr. Folios 57 a 59, *ib.*

⁴ Cfr. Folios 39 a 42, *ib.*

⁵ Cfr. Folios 7 a 14, *ib.*

⁶ Cfr. Folios 5 a 9 y 11 a 19, C.D. denominada 9. 52946 D LA 94 A LA 137

⁷ Cfr. C.D. 13. ACTA DEL 13 DE JULIO

⁸ Cfr. C.D. 16. ACTA DEL 10 Y 11 DE AGOSTO

⁹ Cfr. C.D. 24. ACTA DEL 16 DE SEPTIEMBRE DEL 2020

¹⁰ Cfr. C.D. 27. ACTA 29 DE SEPTIEMBRE

¹¹ Cfr. C.D. 33. ACTA DEL 2 DE DICEIMBRE

¹² Cfr. C.D. 37. ACTA DEL 11 DE DICIEMBRE ALEGATOS

¹³ Cfr. C.D. 39. ACTA DEL 1 DE FEBRERO SENTENCIA

¹⁴ Cfr. C.D. 41. SENTENCIA 52946. PECULADO DANIEL TRINUEVO

¹⁵ Cfr. C.D. 15DECISIONDESEGUNDAINSTANCIA

Negó cualquier mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad y ordenó su captura inmediata¹⁶.

Contra la sentencia de condena emitida por primera vez por el Tribunal, la defensa técnica recurrió en impugnación especial¹⁷. Surtido el traslado correspondiente a los no recurrentes, se remitieron las diligencias a la Corte para resolver de fondo.

III. LAS SENTENCIAS

3.1 Primera instancia

3.1.1 Luego de reseñar la prueba practicada en la vista pública, el *a quo* abordó el estudio de las infracciones delictivas por las que fue acusado **DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ**.

3.1.2 Frente al delito de *peculado por uso*, reprochó que la intervención del administrador del aeropuerto debió debatirse en la misma actuación procesal con la finalidad de definir su responsabilidad en los hechos, pues es a este a quien se atribuye la condición de autor.

Explicó que la plataforma aérea se hallaba en construcción y el desarrollo y ejecución de la obra pública estaba a cargo de la empresa constructora, sin que hubiera

¹⁶ Del paginario emerge que el procesado fue capturado el 11 de marzo de 2021.
Cfr. C.D. 20CORREOINFORMEDECAPTURA

¹⁷ *Cfr. C.D. 33SUSTENTACIÓN IMPUGNACIÓN ESPECIAL*

sido entregada a la Aerocivil, por tanto, de haber acaecido algún daño, su reparación tendría que asumirse por el contratista y no por el Estado. En su concepto *«no se causó ningún daño... no hubo riesgo para las arcas del Estado»*.

La actividad se ejecutó por los organizadores responsablemente, en un ambiente tranquilo, sano, sin desmanes, con sobriedad, se catalogó como de carácter social, en una ciudad que no cuenta con escenarios deportivos para esta clase de eventos, lo cual *«de alguna manera denota la ausencia de dolo para la tipificación del delito»*.

Además, la seguridad aérea no corrió peligro, porque se trataba de una plataforma en construcción, que no se hallaba en servicio, como tampoco lo estaba la antigua, toda vez que el aeropuerto se encontraba cerrado y no tenía actividad u operatividad.

Refirió que, aunque el administrador del aeropuerto puede estar sujeto a una sanción disciplinaria por no cumplir las directrices de la Aerocivil, su conducta no se puede catalogar como punible, por no tratarse de un *«comportamiento antijurídico precisamente por falta de lesividad al bien jurídico tutelado»*. Por ende, no es lógico considerar cómplice a **CADENA ORTIZ** de una *«conducta punible inexistente»*.

3.1.3 Frente al delito de *ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio*, el fallador

expuso que no se demostró quién manipuló indebidamente las cámaras de seguridad, o que lo hubiese hecho el procesado, pues ninguno de los testigos mencionó tal hecho.

De todas formas, si en gracia de discusión, se aceptara que lo hizo, se descartaría el «*elemento subjetivo del dolo*», toda vez que **DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ** es una persona con «*ilustración académica no tan amplia*» -bachiller-, un «*hombre medio*» que ocupaba el cargo de guarda de seguridad, sin poder de decisión, que tenía jefes y sólo recibía órdenes a las cuales no podía oponerse, luego no tenía interés propio en la manipulación de las citadas cámaras, sino que ese interés era de sus superiores, es decir, actuó en cumplimiento de una orden, influenciado o acaso instrumentalizado por «*el hombre de atrás*».

Reiteró que el aeropuerto no estaba en operación y que **CADENA ORTIZ** no tenía «*capacitación jurídica*», para exigirle que debió haberse representado que su actuar se dirigía a ocultar el delito de *peculado por uso*, que «*tampoco existió*». Para éste, se trató de un simple evento deportivo realizado en una obra en construcción, sin funcionamiento y autorizado por la máxima autoridad del aeropuerto.

Concluyó que la conducta es típica y antijurídica, pero «*exenta de culpabilidad por cuanto pudo haberse actuado bajo influencia o como instrumento de otra persona*», que no se probó el actuar doloso y que, en todo caso, se generó duda que debe favorecer al procesado, razón por la cual lo absolvió de las conductas punibles objeto de acusación.

3.2 Segunda instancia

3.2.1 El Tribunal revocó en su integridad la decisión de primer grado, por encontrar *«notorias deficiencias respecto del análisis de los delitos enrostrados en su estructura dogmática, así como evidentes yerros valorativos en relación con la prueba practicada»* y el desconocimiento de *«elementales nociones de la teoría del delito, pues se confunden conceptos y categorías que en su análisis resultan ser excluyentes»*.

3.2.2 En lo atinente al delito de *peculado por uso*, explicó que el supuesto fenomenológico sucedido la noche del 3 y la madrugada del 4 de abril de 2014, no admitió controversia, en cuanto las partes e intervinientes no discuten que en esas fechas se presentó el ingreso de vehículos a las instalaciones del aeropuerto -que forma parte de la estructura aeronáutica de propiedad de la Aerocivil-, con el fin de llevar a cabo competencias automovilísticas. Por ende, el análisis se encaminó a verificar si esa situación fáctica se adecua típicamente a la mencionada infracción delictiva.

Luego de clarificar que el acceso a la pista de aterrizaje se autorizó por el administrador de la época, el uso indebido de las plataformas (la que se hallaba en construcción y la antigua) derivó de haberse permitido una actividad particular para la cual no estaba destinada, ajena a su función social, como es el servicio público esencial de transporte aéreo, que

no era dable equiparar a escenario de recreación o de competencias deportivas, como lo hizo el *a quo*.

Para el referido turno nocturno -desde las 18:00 horas del 3 de abril hasta las 06:00 horas del 4 de abril de 2014-, **DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ** fungió como guarda de seguridad y operador de medios tecnológicos (encargado de las cámaras de seguridad) en el aeropuerto y, en ejercicio de estas funciones, facilitó el ingreso a sus instalaciones de los automotores y sus conductores.

El Tribunal dedujo el acuerdo previo a la comisión de la conducta punible, de la prueba testimonial que informaba que el procesado sabía de la actividad que se realizaría en las pistas de aterrizaje, conocía del arribo de los vehículos y se encargó de generar tranquilidad en sus compañeros de labores asegurando que se trataba de un evento autorizado por la administración del aeropuerto.

Además, prestó colaboración concomitante, pues propició un ambiente de normalidad y calma entre sus pares para no generar alguna alarma o alerta y, como efectivamente sucedió, para que lo acontecido no se consignara en las minutas o planillas de vigilancia.

De la realización del evento dio cuenta un patrullero de la Policía Nacional, quien no tuvo contacto con el enjuiciado, lo cual lo llevó a fijar en su libro de anotaciones lo pertinente al ingreso de los automotores y de personas extrañas, relacionando una a una las respectivas placas de circulación.

El Tribunal consideró errada la conclusión del juez de primer nivel, referida a que no se afectó el bien jurídico de la administración pública, por no haberse presentado daño o menoscabo material de los bienes estatales, pues soslayó que el bien jurídico proyecta su amparo frente a una conducta que se materializa en el uso indebido de los bienes públicos y la desviación en cuanto a su utilidad, al ser destinados para fines privados y no de interés y beneficio público, para lo que natural y en esencia están establecidos.

Tampoco compartió la apreciación del juez sobre la juridicidad de la conducta, por tratarse de un evento realizado en dicho lugar ante la falta de escenarios deportivos en Ibagué, toda vez que la antijuridicidad se concreta con independencia del fin noble o altruista que se haya perseguido con el uso indebido del bien estatal.

3.2.3 En cuanto al delito de *ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio*, recalcó el rol desempeñado por el procesado como guarda de seguridad, única persona encargada del circuito cerrado de televisión en aquel turno nocturno, ubicado en el puesto conocido como CCTV, en donde se hallaban la consola, los equipos y software para el manejo de las cámaras de vigilancia que brindaban apoyo y seguridad en la vigilancia de la terminal aérea.

Para el Tribunal, la prueba no solo acreditó que **DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ** se hallaba presente en el lugar de los

hechos, sino que tenía la posibilidad de manipular las cámaras para su buen uso, como también en el reprochado acontecer endilgado, máxime cuando se sabe que tenía conocimiento previo de la actividad que se realizaría al interior del aeropuerto.

Indicó haberse demostrado, además, que la noche del 3 de abril de 2014, entre las 09:53 y las 10:06 p.m., algunas cámaras de seguridad, ubicadas en puntos estratégicos del aeropuerto (pasillo antiguo, sala de espera, plataforma de entrada al aeropuerto y las que muestran operación en pista y plataforma), fueron manipuladas deliberadamente, toda vez que modificaron su enfoque original de vigilancia y se movieron a ángulos muertos o ciegos, o se les dio excesivo zoom hasta distorsionar su enfoque, restableciéndose nuevamente entre las 02:47 y las 02:49 a.m. de la madrugada del 4 de abril de 2014, coincidiendo con el uso indebido que se hizo de las instalaciones del aeropuerto.

La manipulación fue intencional y tuvo por finalidad impedir la grabación del uso indebido de la pista de aterrizaje y, en consecuencia, que constituyera prueba de su utilización irregular, de la identidad de las personas que ingresaron, de los vehículos y, seguramente, de quien autorizaba el evento.

Reprochó que el fallador de primer grado exigiera una prueba directa de responsabilidad, como si operara una tarifa legal para demostrar el supuesto de hecho investigado, con desconocimiento del principio de libertad probatoria y

pasando por alto la posibilidad de construir inferencias razonables que sustentaran la responsabilidad de las personas comprometidas.

Descartó los argumentos de la defensa orientados a atribuir responsabilidad a un tercero y explicó que, al demostrar la fiscalía que el acusado fue el encargado del sistema de vigilancia la noche y madrugada del suceso, correspondía a la defensa probar que, pese a esos hechos verificados, **DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ** no era responsable por haberse presentado la intervención de otra persona, o que las grabaciones fueron adulteradas con posterioridad al 3 y 4 de abril de 2014, pues solo ante la demostración de esas situaciones podía exculparse al enjuiciado.

Para el juez colegiado, contrario a lo decidido por el juzgador unipersonal, al acusado era dable exigírsele un comportamiento conforme a derecho, pues el conjunto probatorio no permite acreditar que **CADENA ORTIZ** se hallara en alguna condición particular que tornara en nulo el juicio de exigibilidad. Su poca preparación académica, o la circunstancia de necesitar un empleo ante la difícil situación económica del país, resultan ser meras especulaciones, mismo norte que se avizora en la afirmación subjetiva de haber sido instrumentalizado por un tercero, dando a entender un supuesto de autoría mediata inexistente, o por lo menos no probado.

En su criterio, la prueba practicada permitía concluir que **DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ** es autor de la conducta

delictiva de *ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio*, en cuanto alteró las cámaras de seguridad del aeropuerto la noche del 3 y primeras horas del 4 de abril de 2014, impidiendo que se documentara visualmente a través de dichos medios tecnológicos el uso indebido de las instalaciones de la terminal aérea.

3.2.4 Por todo lo anterior, revocó la decisión absolutoria de primer nivel y condenó al procesado por los delitos objeto de la acusación, imponiéndole las penas atrás reseñadas.

IV. DE LA IMPUGNACIÓN ESPECIAL Y SU OPOSICIÓN

4.1 Recurrente

Dos son los motivos de inconformidad de la defensa técnica.

4.1.1 En el **primero (principal)**, pretende la nulidad de la sentencia impugnada por ser «*un acto judicial inv[á]lido*».

Explica que el fallo está precedido de un vicio de estructura, que afecta el debido proceso por desconocimiento de las formas propias del juicio, por cuanto fue dictado por una Sala de Decisión Dual, «*ilegal*» a partir de las disposiciones contenidas en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y en el Acuerdo PCSJA17-10715 del 25 de julio de 2017.

Para el recurrente, por mandato expreso del artículo 19 de la Ley 270 de 1996, «*toda Sala de Decisión de un Tribunal Superior de Distrito Judicial en Colombia debe estar conformada por tres (3) magistrados*». Agrega que, una cosa es que una Sala de Decisión, que debe integrarse por tres magistrados, finalmente delibere y decida solo a través de dos de sus miembros, a pesar de la previa y debida convocatoria del tercero, y otra distinta que, como ocurrió en este asunto, en contra de lo dispuesto en la ley y en el reglamento, el presidente de la Sala decida marginar a uno de sus integrantes del estudio del proyecto y conformar una Sala dual de decisión.

Además, la Sala dual ni siquiera se reunió para deliberar y decidir, toda vez que, como lo certificó el ponente, su Despacho se limitó a remitirle el proyecto a la magistrada JULIETA ISABEL MEJÍA ARCILA, quien el 4 de marzo de 2021 «*devolvió el asunto con firma de aprobación*» y ese hecho se materializó en el acta n.º 162 de la misma fecha.

En suma, para el impugnante:

*Los vicios de actividad que cometió el Tribunal, son, en definitiva, dos: (i) desconocer de manera injustificada la pluralidad mínima exigida en la ley y el reglamento, que es de tres (3) magistrados, para la conformación de la Sala de Decisión, mediante la cual se aprobó la sentencia de segunda instancia; y (ii) pretermittir el acto formal de reunión en Sala, que es la oportunidad legal para llevar a cabo los actos sustanciales de “deliberación” y de “aprobación” del proyecto de sentencia, que finalmente se dictó. Puestas así las cosas, el fallo impugnado es **ilegal**, porque fue proferido sin la “observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”, que es la manera como debía hacerse, conforme al art. 29 de la Constitución [negrilla original del texto].*

Solicita, por tanto, dejar sin efecto el fallo recurrido y declarar la nulidad de la actuación a partir de la radicación del proyecto de sentencia, *«a fin de que se garantice la composición legal de la Sala de Decisión»*.

4.1.2 En el **segundo** motivo de inconformidad (**subsidiario**), acusa la sentencia del tribunal *«de violar de forma directa la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 29, 30-2, 398, 454[B] del [CP], y la falta de aplicación de los arts. 9-1, 12 ibídem y 7º y 381 del [CPP]»*.

Explica que, contrario a lo sostenido por el Tribunal, **DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ** no puede ser considerado cómplice de *peculado por uso*, porque *«no se acreditó [siquiera] de manera indiciaria que tuviera un acuerdo previo con el [a]utor, aunque tuviera conocimiento del presunto il[í]cito»*.

En su concepto, el *ad quem* aplicó indebidamente el inciso tercero del artículo 30 del Código Penal, concordante con el canon 398 *ibidem*, *«toda vez que la norma perti[n]ente y llamada a reprochar su conducta, a partir de los hechos que declaró como ciertos la segunda instancia, sería el art. 446 ejusdem»*, esto es, el injusto de favorecimiento, conducta jamás imputada fáctica o jurídicamente, ni frente a la cual la fiscalía pidió condena, razón por la que se impone absolver, conforme al precepto 448 de la Ley 906 de 2004.

En lo que respecta al delito de *ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio*, advierte que el fallo recurrido reconoce que el evento automovilístico se

registró por los participantes a través de elementos electrónicos, que luego difundieron en redes sociales, a pesar de sostener que la finalidad de **CADENA ORTIZ** era evitar la difusión y el conocimiento exterior de la actividad.

De esa manera, la acción atribuida al acusado es inocua, en tanto que, si se buscaba asegurar la impunidad del delito fin de *peculado por uso*, bastaba para el implicado, en su condición de guarda de seguridad del aeropuerto, restringir a los participantes del evento el uso de celulares y demás aparatos de filmación.

Denuncia la falta de aplicación de los artículos 9º inciso 1º y 12 del Código Penal y 7º y 381 del Código de Procedimiento Penal, puesto que **DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ** fue condenado por el sólo hecho de ser nominalmente la persona encargada de las cámaras de seguridad durante la noche de ocurrencia de los hechos, a pesar de admitirse: «(i) que a nadie le consta que fuera él quien llevara a cabo la manipulación y (ii) que terceras personas pudieron acceder al circuito cerrado de televisión durante los días siguientes al evento, porque no era un lugar restringido para el resto del personal».

En consecuencia, solicita a la Sala revocar la sentencia de segunda instancia y, en su lugar, confirmar la absolutoria de primer nivel.

4.2 No recurrente

El mandatario judicial de la Aerocivil, que actúa en condición de víctima, se opuso a las pretensiones del impugnante. Así discurrió:

4.2.1 Aunque la decisión de segunda instancia se adoptó por una Sala dual, no puede reprocharse de ilegal, en atención a que fue mayoritaria, por tanto, no se vulneró de manera sustancial algún derecho o garantía procesal.

El impugnante no demostró la trascendencia del vicio propuesto, ni cómo la irregularidad derrumba las razones mayoritarias de la Sala, o cambiaría el sentido del fallo condenatorio.

El 4 de marzo de 2021, momento en que se aprobó el proyecto de sentencia, el despacho a cargo de la Magistrada MARÍA MERCEDES MEJÍA BOTERO se encontraba acéfalo debido a su retiro por pensión de jubilación, siendo ocupado el 8 de marzo de 2021 por la Magistrada MARÍA JUDITH DURÁN CALDERÓN.

Es decir, la aprobación del proyecto no fue caprichosa o arbitraria, por el contrario, en atención al principio de pronta y cumplida justicia, no había razón para aplazar la decisión en espera de llenar la vacante, máxime cuando la Sala dual era mayoritaria y, como el defensor lo admite, se corría el riesgo de prescripción de la acción penal.

Agrega que no cualquier falta de formalismo estructura una nulidad, menos cuando el discurso se refiere a aspectos que no son sustanciales.

4.2.2 En cuanto al cargo subsidiario, sostiene que la complicidad en el delito de *peculado por uso* se demostró a través de indicios graves y convergentes. Y la argumentación que considera inocua la conducta de *ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio*, es «no solo gaseosa [sino] desacertada», en atención a que las noticias de los «*piques ilegales*» fueron posteriores a la consumación del delito. Además, la prueba testimonial e indiciaria acredita que el acusado llevó a cabo la manipulación.

En consecuencia, solicita a la Corte confirmar la sentencia condenatoria.

V. CONSIDERACIONES

5.1 Precisión inicial y delimitación del problema jurídico

En virtud de las directrices establecidas por la Corte desde el proveído CSJ AP1263-2019, 3 abr. 2019, rad. 54215, en concordancia con el numeral segundo del artículo 235 de la Carta Política, la Sala de Casación Penal es competente para resolver el mecanismo de impugnación especial propuesto por el defensor de **DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ**, en atención a la garantía de doble conformidad o

derecho a controvertir la primera condena, amparada por el Acto Legislativo 01 de 18 de enero de 2018¹⁸.

Esto, en razón a que el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué revocó la absolución dispuesta por el juzgado *a quo* y, por primera vez, declaró la responsabilidad penal de **DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ** por los delitos de *peculado por uso y ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio*.

Los cuestionamientos a la decisión del tribunal, serán analizados siguiendo la lógica propia del recurso de alzada. Por contera, en virtud del principio de limitación, la labor de la Sala se concretará a examinar los aspectos sobre los cuales se expresa inconformidad, estudio que, solo de ser necesario, se extenderá a los temas inescindiblemente vinculados al objeto de censura.

Por último, la Corte abordará el análisis de la conducta de *ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio*, a fin de verificar su ocurrencia en el caso concreto.

¹⁸ Por medio del cual se modifican los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política y se implementan el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria.

5.2 De la nulidad invocada

El recurrente solicita la nulidad de la actuación surtida ante el tribunal, a partir de la radicación del proyecto de sentencia, por estar conformada la Sala de Decisión que emitió el fallo de segunda instancia por sólo dos magistrados, no tres, como lo dispone el inciso primero del artículo 19 de la Ley 270 de 1996.

Sea lo primero precisar que la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, como lo reconoce la defensa en su escrito impugnatorio, está integrada por seis Magistrados que, a su vez, conforman seis Salas de Decisión de 3 magistrados cada una, integradas por un magistrado ponente, quien la preside, y los dos que le siguen en orden alfabético de apellidos y nombre, conforme lo prevé el artículo 9º del Acuerdo n.º PCSJA17-10715 del 25 de julio de 2017¹⁹, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Para el mes de febrero de 2021, la Sala de Decisión penal presidida por el magistrado GERMÁN LEONARDO RUÍZ SÁNCHEZ²⁰, se complementaba con las magistradas JULIETA ISABEL MEJÍA ARCILA y MARÍA MERCEDES MEJÍA BOTERO, siguiendo las directrices del mencionado Acuerdo.

¹⁹ Acuerdo n.º PCSJA17-10715 del 25 de julio de 2017, «por el cual se adoptan las reglas generales para el funcionamiento de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial». Artículo Noveno. Sala de Decisión: «Para el ejercicio de la función jurisdiccional habrá tantas salas de decisión plural e impar cuantos magistrados conformen la respectiva sala especializada, y cada una de ellas se integrará con el magistrado ponente, quien la presidirá, y con los dos que le siguen en orden alfabético de apellidos y nombres...».

²⁰ Antes, en cabeza del magistrado HÉCTOR HERNÁNDEZ QUINTERO.

No obstante, la magistrada MARÍA MERCEDES MEJÍA BOTERO ejerció sus funciones hasta el domingo 28 de febrero de 2021, situación que determinó que, en la práctica, la mencionada Sala solo estuviera conformada por dos magistrados entre el 1º y el 7 de marzo de 2021, pues el 8 de marzo siguiente tomó posesión del cargo en provisionalidad, en su reemplazo, la doctora MARÍA JUDITH DURÁN CALDERÓN.

En el presente asunto, el proyecto de decisión fue radicado por el magistrado ponente GERMÁN LEONARDO RUÍZ SÁNCHEZ el viernes 26 de febrero de 2021, motivo por el cual sólo podía ser puesto a consideración de la única magistrada que integraba la Sala en ese momento, esto es, la doctora JULIETA ISABEL MEJÍA ARCILA.

Este proceder no constituye irregularidad alguna, como lo invoca el recurrente, porque la decisión se adoptó el 4 de marzo de 2021 por unanimidad, entiéndase, por los dos magistrados que para ese momento conformaban la Sala de Decisión, con respeto de las mayorías deliberatorias y decisorias, garantizándose de esta manera lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo PCSJA17-10715 de 2017, en concordancia con el canon 54 de la Ley 270 de 1996.

No se trató, por tanto, como pareciera insinuarlo la defensa, de una exclusión arbitraria o caprichosa de uno de los magistrados que conformaba la Sala de Decisión, sino de la imposibilidad de su convocatoria por no hacer ya parte del tribunal, incidencia que autorizaba tomar las decisiones con el número de magistrados habilitados para hacerlo, al igual

que ocurre, por ejemplo, cuando alguien está en licencia, o en permiso, o ha sido separado del conocimiento del proceso por estar impedido. Lo importante, insístase, es que al momento de resolver el caso exista *quorum* deliberatorio y decisorio y que la decisión se tome por mayoría, como ocurrió en este caso.

Esta ha sido, por lo demás, la línea de pensamiento de la Sala, que hoy se reitera, en el sentido que estas situaciones, de común ocurrencia en el ejercicio de la función colegiada, no comporta afectación a garantías fundamentales del procesado ni irregularidad sustancial que amerite la nulidad de la decisión (*Cfr.* CSJ SP410-2022, 9 feb. 2022, rad. 50333).

El otro reparo del recurrente, consistente en que la decisión es ilegal porque la Sala de Decisión «*ni siquiera deliberó porque nunca se reunió*», desconoce que una forma también válida de discusión de los proyectos es la del sistema de rotación entre sus integrantes, implementada por la práctica judicial para hacer más ágil su evacuación, en la que, al igual que en las salas presenciales, se firma el proyecto si se comparten sus argumentaciones y sentido. En caso contrario, se hacen las observaciones pertinentes para su estudio por parte del magistrado ponente, o su discusión en Sala presencial o virtual, de ser necesario.

Es lo que al parecer ocurrió en este caso, en el que se establece que el proyecto fue registrado y dado en traslado a la otra integrante de la Sala, quien, en señal de aprobación,

suscribió el acta n.º 162 del 4 de marzo de 2021, en la cual se lee: «*estudiados y discutidos, previo registro del proyecto, por parte de los H. Magistrados GERMÁN LEONARDO RUIZ SÁNCHEZ y JULIETA ISABEL MEJÍA ARCILA, los siguientes proyectos...*», proceder en que tampoco la Sala advierte irregularidad alguna, pues, se insiste, es claro que el proyecto fue estudiado y aprobado por los integrantes de la Sala de Decisión.

No puede olvidarse que uno de los principios que orientan las nulidades -que el recurrente no justificó- es el de instrumentalidad de las formas, en virtud del cual, no se declarará la invalidez de lo actuado cuando el acto procesal cuestionado cumpla la finalidad prevista en la ley, siempre que no viole el derecho de defensa. Y no se advierte, ni el recurrente lo insinúa siquiera, que este procedimiento interno haya afectado las garantías del implicado o desvertebrado la estructura formal o conceptual del proceso.

En consecuencia, las solicitudes de nulidad planteadas por el recurrente, no prosperan.

5.3 De la responsabilidad en el delito de *peculado por uso*

La defensa sostiene que el procesado **DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ** no puede ser condenado en condición de cómplice de esta conducta punible, porque no se acreditó la existencia de un acuerdo previo con el autor, lo cual, en su criterio, trasladaría su actuar al delito de favorecimiento, que

no fue objeto de imputación ni acusación, razón por la que debe absolvérsele.

Es decir, que sus alegaciones parten de aceptar, (i) la existencia de los hechos ocurridos entre la noche del 3 y la madrugada del 4 de abril de 2014, en la que un grupo de personas a bordo de 51 vehículos y 2 motocicletas, usaron la plataforma aérea del aeropuerto de Ibagué -bien del Estado- como pista para carreras automovilísticas denominadas «*piques*», y (ii) la tipificación de los mismos en la hipótesis delictiva de *peculado por uso*²¹. Pero no, el rol de cómplice de **DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ** en el referido ilícito, que el tribunal declaró acreditado.

En el ámbito jurídico, la Sala no advierte error alguno en la atribución del grado de participación atribuido al procesado, pues la jurisprudencia explica que, en los delitos de sujeto activo cualificado, el determinador y el cómplice no requieren reunir las especiales calidades calificantes del autor -para el caso, de servidor público-, toda vez que no ejecutan de manera directa la conducta punible. Y en nuestro sistema existe además la categoría del interviniente, que permite juzgar bajo la misma cuerda a quien, no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal, coejecuta la conducta con quien las ostenta²² (Cfr. CSJ SP2339-2020, 1º jul. 2020, rad. 51444).

²¹ Código Penal. Artículo 398. «El servidor público que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en...» [subrayado fuera de texto].

²² Artículo 30 del Código Penal, último inciso.

La Sala tampoco encuentra incorrección alguna en las conclusiones probatorias del Tribunal. Los elementos de conocimiento allegados al informativo enseñan que **DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ**, para la noche del 3 y madrugada del 4 de abril de 2014, fungió como guarda de seguridad en el aeropuerto, al servicio de la Compañía de Vigilancia Privada Nápoles, en el rol de operador de medios tecnológicos y encargado de las cámaras de seguridad del lugar.

Así lo informaron los testigos de cargo: (i) NORMA BIBIANA CASTAÑEDA LINARES, coordinadora de seguridad del aeropuerto para la época, (ii) JHON FREDY TÉLLEZ AMAYA, coordinador de seguridad entre la Aerocivil y la Unión Temporal a cargo de la vigilancia privada del aeropuerto, y (iii) JOSÉ EVANGELISTA SEGURA GUTIÉRREZ, LUIS ANTONIO MORENO DEVIA y ÁLVARO JAVIER PERDOMO, guardas de seguridad del aeropuerto en turno de vigilancia esa noche.

A ello se sumó la prueba documental incorporada por el investigador REINEL ECHEVERRY GALINDO, que da cuenta del vínculo laboral de **DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ**, su lugar de trabajo y su presencia en el puesto de vigilancia de cámaras de seguridad en dicho turno nocturno.

La responsabilidad de **CADENA ORTIZ** en la infracción delictiva de *peculado por uso* se establece a partir de las declaraciones de antiguos compañeros de turno suyos, que informan de su participación y colaboración en la consumación del delito y de circunstancias que permiten

deducir claramente la existencia del acuerdo previo, que sin razón desconoce el impugnante.

JOSÉ EVANGELISTA SEGURA GUTIÉRREZ relata, por ejemplo, que para la noche de los hechos cumplió su labor en el puesto 2, esto es, zona perimetral del aeropuerto, el cual, pese a ser distante («*al otro lado de la pista*»), permitió percibir ruido en la parte principal de la plataforma, aproximadamente a las 10:00 p.m., razón por la que se comunicó por radio con **DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ** para informarle la novedad y este lo tranquilizó diciéndole que no pasaba nada, que se trataba de personal autorizado que acompañaba al ingeniero (el administrador del aeropuerto), situación por la que le pidió no dejar anotación alguna en el libro de minuta.

ÁLVARO JAVIER PERDOMO, inspector de seguridad aérea y aeronáutico especializado, expuso que **DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ** reunió a los guardas de seguridad aquella noche y les indicó que habría un evento (aunque no precisó de qué tipo) en el que ingresarían unos vehículos al aeropuerto, que todo estaba organizado y autorizado y que el mismo **CADENA ORTIZ** había coordinado el ingreso de los vehículos, que cada uno debía estar en su puesto de trabajo, que esa era la orden del supervisor.

Agregó que **CADENA ORTIZ** los llamó por el radio y les indicó a todos que estuvieran pendientes del ingreso de los vehículos, pero en momento alguno les manifestó que al

interior del aeropuerto se harían movimientos, solo que apoyaran en su puesto de trabajo como él había ordenado.

Tal como lo explicó el Tribunal, los anteriores testigos resultan de capital importancia para acreditar el conocimiento previo que tenía el procesado frente al uso indebido de las instalaciones aeroportuarias y del permiso otorgado por el administrador de la época.

El procesado, sabía qué actividad se realizaría y conocía del arribo de los vehículos al aeropuerto, razón por la cual, con la finalidad de facilitar su ingreso, reunió a sus compañeros de trabajo antes del evento y generó un ambiente de tranquilidad o normalidad entre ellos, asegurándoles que se trataba de una actividad autorizada, proceder con el cual evitó generar alarma y que se consignara en las minutas o planillas de vigilancia el ingreso de los rodantes y el uso de la plataforma de aterrizaje como pista de carreras para «*piques*» automovilísticos.

De ese modo, asoma evidente la contribución de **DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ** al autor de la infracción delictiva, la cual, si bien no puede catalogarse de indispensable, sí resultaba importante como aporte accesorio en función de su realización. De ahí el grado de participación que le fuera atribuido y por el que finalmente fue condenado.

La prueba testimonial también informa de la participación concomitante a la realización de la conducta punible, pues JOSÉ EVANGELISTA SEGURA GUTIÉRREZ asegura

que cuando cumplía su labor de vigilancia en la zona perimetral del aeropuerto, escuchó ruidos en la plataforma aérea, comunicándose por radio con el acusado, quien le dio parte de tranquilidad al manifestarle que se trataba de una actividad debidamente autorizada, suficiente para que SEGURA GUTIÉRREZ no dejara anotación del insuceso en el libro de minuta, materializándose, de esta manera, una actividad de colaboración evidente en el mismo instante de ejecución del delito de *peculado por uso*.

De allí que la Sala encuentre acertado el análisis efectuado por el Tribunal, que, como se verá enseguida, responde adecuadamente al motivo de inconformidad del recurrente²³:

[C]ADENA ORTIZ quiso brindar esa colaboración en la realización del hecho, direccionó su comportamiento a ejecutar acciones idóneas para que la conducta de peculado por uso pretendida por el sujeto activo se realizara, al encargarse que sus compañeros de trabajo no se alertaran al ver presencia de personas y vehículos extraños en las instalaciones del aeropuerto, específicamente en el aeródromo, denotó su interés en generar un ambiente de tranquilidad para el ingreso y permanencia del personal extraño.

El procesado quiso asegurar la realización y culminación del evento, pues en el curso del mismo cuando José Evangelista Segura Gutiérrez, se comunicó con el procesado para informar de ruidos que escuchaba provenientes de la plataforma nueva, en ese momento CADENA ORTIZ generó ese parte de tranquilidad y normalidad desde su puesto de trabajo, para que su compañero de guardia no se alarmara por lo que estaba sucediendo, situación que se traduce en que no solo Segura Gutiérrez sino la totalidad de los vigilantes fueran simple[s] espectadores y dejaran de lado las obligaciones que como guardianes de las instalaciones tenían, razón incluso por la cual, ninguno de ellos dejó consignado en las minutas lo sucedido, únicamente William Alexander Cruz, patrullero de la Policía Nacional, quien no sostuvo contacto alguno con el enjuiciado, procedió a fijar en su anotador los hechos relacionados con el ingreso de vehículos.

²³ Cfr. Folios 44 y 45, C.D. 15DECISIONDESEGUNDAINSTANCIA

Esto conduce a descartar el punible de encubrimiento por favorecimiento alegado por el impugnante, pues, en este ilícito, el sujeto agente solo interviene después de su comisión, para ayudar a eludir la acción de las autoridades o entorpecer la investigación, condiciones que no se cumplen en este caso, donde aparece probado que **DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ** convino colaborar en la ejecución de la conducta que tipifica el delito de *peculado por uso* y realizó aportes en el proceso de ejecución.

En consecuencia, se desestiman estos reparos.

Restaría agregar, para responder a los argumentos de la primera instancia, que la circunstancia de hallarse en construcción la plataforma que fue indebidamente utilizada, a cargo de un contratista y por fuera de servicio, no determinaba que el bien dejara de ser patrimonio público, pues lo cierto es que hacía parte del aeropuerto y que sus instalaciones fueron usadas para fines totalmente distintos a los que estaban destinados.

Además, recuérdese que el punible de *peculado por uso* no exige para su estructuración que se presente menoscabo material de los bienes, sino que basta la sola contradicción con el normal funcionamiento de la administración pública, puesta de manifiesto en la falta de escrúpulo por parte del servidor público en el manejo de las cosas que se le han sido confiadas por razón o con ocasión de sus funciones. Por ende, no es indispensable que se produzca deterioro, asunto

que apropiadamente abordó el Tribunal al hacer eco de varios precedentes de la Corte (CSJ SP, 24 enero 1996, rad.11114; CSJ SP, 14 agosto 2000, rad.11333; CSJ AP, 16 abr.2002, rad.18642; CSJ SP, 2 sep.2002, rad.17703; CSJ AP, 19 nov.2003, rad.20308; CSJ SP, 2 dic.2008, rad.30597; CSJ SP, 24 jun. 2009, rad.26909 y CSJ SP, 2 nov.2011, rad.37184, entre otras).

5.4 Delito de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio

En un primer apartado, el recurrente refiere que la conducta de **DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ** es *inocua*, toda vez que, si lo atribuido es evitar la difusión y el conocimiento exterior del evento automovilístico, ello se vio frustrado ante la utilización de elementos electrónicos por los participantes, quienes luego difundieron la actividad de los «*piques*» en redes sociales. En su criterio, hubiera bastado que el implicado restringiera el uso de celulares y demás aparatos de filmación para procurar la impunidad del delito de *peculado por uso*.

En un segundo acápite, sostiene que su prohijado fue condenado por ser nominalmente la persona encargada de las cámaras de seguridad durante el desarrollo de los hechos, sin que se constatará que fue él quien llevó a cabo la manipulación de los equipos tecnológicos, actividad en la que pudieron intervenir terceras personas que accedieron al circuito cerrado de televisión durante los días siguientes al evento.

La Sala, antes de entrar a dar respuesta a las inquietudes planteadas por el impugnante, se referirá a los antecedentes legislativos del tipo penal de *ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio*, descrito en el canon 454B del Estatuto Punitivo, y su estructura dogmática, con el fin de definir su aplicabilidad en el caso concreto.

5.4.1 El artículo 454B del Código Penal describe la conducta en los siguientes términos: *«El que para evitar que se use como medio cognoscitivo durante la investigación, o como medio de prueba en el juicio, oculte, altere o destruya elemento material probatorio de los mencionados en el Código de Procedimiento Penal, incurrirá en...»*.

Para la Sala resulta imperioso recordar que el mencionado tipo penal fue adicionado al estatuto punitivo a través del artículo 13 de la Ley 890 de 2004, cuya exposición de motivos, de acuerdo con el Proyecto de Ley n.º 01 de 2003 Senado²⁴ -de autoría de la Fiscalía General de la Nación-, simplemente reseñaba que la adición del Capítulo Noveno *«Delitos contra medios de prueba y otras infracciones»* al Título XVI *«Delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia»*, obedecía a *«[l]a entrada en vigencia de un nuevo [s]istema [p]rocesal [p]enal [el cual] reclama figuras novedosas que*

²⁴ Gaceta del Congreso n.º 345 Senado del 23 de julio de 2003. Cfr. <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Senado&fec=23-7-2003&num=345&consec=6677>

aseguren el funcionamiento del sistema. Sin ellas quedaría debilitado y se pondría en peligro su funcionamiento...».

Es la ponencia para primer debate²⁵ la que, además de explicar que del amplio texto del proyecto original sólo se debatirían «*los artículos que guardan íntima relación con la implementación del sistema acusatorio*», clarificó que la penalización de las conductas inscritas en los delitos contra los medios de prueba tenía por propósito:

[s]alvaguardar el adecuado desarrollo del proceso penal, la integridad del material probatorio que se recaude y el cabal cumplimiento de los deberes de cada uno de los sujetos procesales en el desarrollo de las audiencias. Las particularidades que en adelante tendrá el sistema de investigación y juzgamiento en materia penal hacen conveniente tomar medidas que aseguren la efectividad de las diligencias y etapas procesales de la manera más segura y pronta [subrayado fuera de texto].

5.4.2 En relación con su estructura típica, resulta importante precisar que es, (i) un tipo penal de sujeto activo indeterminado, porque puede ser cometido por cualquier persona, (ii) de conducta alternativa, en cuanto se realiza a través de los verbos «*ocultar*», «*alterar*» o «*destruir*», y (iii) en blanco, porque para establecer el contenido del ingrediente normativo «*elemento material probatorio*» debe acudir a la reglamentación instituida en el Código de Procedimiento Penal.

La acreditación de su componente objetivo implica demostrar, (i) la existencia de un «*elemento material*

²⁵ Gaceta del Congreso n.º 642 Senado del 2 de diciembre de 2003. Cfr. <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Senado&fec=2-12-2003&num=642&consec=7535>

probatorio» de los mencionados en el Código de Procedimiento Penal, (ii) su ocultamiento, alteración o destrucción por parte del sujeto agente, y (iii) que la conducta se realice para evitar que el elemento material probatorio se use como medio cognoscitivo durante la investigación, o como medio de prueba en el juicio, en un proceso penal.

Como se ha dejado visto, para el complemento del tipo penal definido por el canon 454B del Código Penal, el legislador trae como referente específico normativo de reenvío, el listado de los «*elementos materiales probatorios*» relacionados en el Código de Procedimiento que acoge el sistema acusatorio, es decir, la Ley 906 de 2004, cuyo artículo 275 es del siguiente tenor:

Artículo 275. ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y EVIDENCIA FÍSICA. *Para efectos de este código se entiende por elementos materiales probatorios y evidencia física, los siguientes:*

- a) *Huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares, dejados por la ejecución de la actividad delictiva;*
- b) *Armas, instrumentos, objetos y cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva;*
- c) *Dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva;*
- d) *Los elementos materiales descubiertos, recogidos y asegurados en desarrollo de diligencia investigativa de registro y allanamiento, inspección corporal y registro personal;*
- e) *Los documentos de toda índole hallados en diligencia investigativa de inspección o que han sido entregados voluntariamente por quien los tenía en su poder o que han sido abandonados allí;*
- f) *Los elementos materiales obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio avanzado, utilizados como cámaras de vigilancia, en recinto cerrado o en espacio público;*

g) El mensaje de datos, como el intercambio electrónico de datos, internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax o similar, regulados por la Ley 527 de 1999 o las normas que la sustituyan, adicionen o reformen;

h) Los demás elementos materiales similares a los anteriores y que son descubiertos, recogidos y custodiados por el Fiscal General o por el fiscal directamente o por conducto de servidores de policía judicial o de peritos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o de laboratorios aceptados oficialmente.

PARÁGRAFO. [Adicionado por el artículo 1º de la Ley 1652 de 2013] También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A de este mismo Código.

Esto significa que la acción de «ocultar», «alterar» o «destruir» debe recaer sobre uno cualquiera de estos elementos materiales de prueba para que la conducta sea típica y pueda ser motivo de reproche penal, no solo porque así lo exige la norma al disponer que el elemento material probatorio sobre el que se proyecta la conducta debe ser de los mencionados en el Código de Procedimiento Penal, sino porque es claro que lo que se pretende proteger con ella es, en general, el medio de prueba.

Es imprescindible, por tanto, para la tipificación del punible, que el elemento sobre el cual recae la conducta de «ocultar», «alterar» o «destruir» esté dotado de contenido probatorio, es decir, que comprenda evidencia susceptible de ser usada como medio cognoscitivo o de prueba en un proceso penal, pues, de no tener contenido probatorio, no habrá lugar a la imputación del delito, por ausencia del elemento normativo y porque la conducta no tendría objeto sobre el cual proyectarse.

Restaría precisar que la disconformidad existente entre la expresión «*elemento material probatorio*» utilizada por el tipo penal y la expresión «*elementos materiales probatorios y evidencia física*» utilizada por el artículo 275 del Código de Procedimiento Penal, ninguna incidencia tiene en el proceso de verificación de la configuración del elemento normativo, por tratarse, en criterio de la Sala, de expresiones sinónimas. En la decisión CSJ AP, de 15 octubre de 2008, radicado 29626, se dijo:

Un sector de la doctrina pretende encontrar diferencias entre los conceptos de elemento material probatorio y evidencia física, a partir de entender que el primero siempre tiene vocación probatoria, como se infiere de su predicado, mientras que la evidencia puede cumplir esta condición, o tener sólo el carácter de elemento con potencial simplemente investigativo, de utilidad en el campo de las actividades exclusivamente averiguatorias.

Esta diferenciación carece de importancia en el sistema colombiano, porque el legislador utiliza los dos giros gramaticales en el alcance de expresiones sinónimas, concretamente en la acepción de contenidos materiales con significación probatoria, que es en la que corresponde asumirlas para que adquieran sentido, si se tiene en cuenta que lo que carece de aptitud demostrativa específica no interesa al procedimiento penal, ni puede ser utilizado como medio cognoscitivo para sustentar decisiones judiciales en el curso del proceso.

Un repaso a los antecedentes inmediatos del código permite establecer que el proyecto original utilizaba únicamente la expresión “elementos materiales probatorios” (artículo 284), como enunciado de su definición, y que en el curso de los debates en la Cámara de Representantes le fue agregada la expresión “y evidencia física”, sin modificar el contenido de la norma, que continuó siendo el mismo, en el propósito, no registrado, de conciliar la discusión que venía presentándose alrededor de cuál de las dos expresiones resultaba más técnica, lo que indica que su voluntad fue utilizar las dos de manera indistinta.

Al margen de la discusión académica y doctrinal que conceptualiza y diferencia las expresiones «*elemento material probatorio*» y «*evidencia física*», lo cierto es que el legislador de

2004, al adicionar al Código Penal el artículo 454B, hizo expresa referencia a la noción de «*elemento material probatorio*», que para efectos de la presente decisión es imperioso desagregar:

Por «*elemento*», la primera acepción del Diccionario de la Lengua Española²⁶ indica: «*parte constitutiva o integrante de algo*». El adjetivo «*material*»²⁷ se refiere a lo «*perteneciente o relativo a la materia*» y esta última²⁸ a la «*realidad espacial y perceptible por los sentidos de la que están hechas las cosas que nos rodean y que, con la energía, constituye el mundo físico*». Y el adjetivo «*probatorio*»²⁹ indica aquello «*que sirve para probar o averiguar la verdad de algo*».

Esto, para insistir en que el elemento material o la evidencia física objeto de «*ocultamiento*», «*alteración*» o «*destrucción*», deben estar provistos de contenido o significado probatorio, para que la conducta pueda subsumirse en el tipo penal que define el artículo 454B del Código Penal.

²⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.6 en línea]. <<https://dle.rae.es/elemento?m=form>> [fecha de consulta: 17 de enero de 2023].

²⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.6 en línea]. <<https://dle.rae.es/material?m=form>> [fecha de consulta: 17 de enero de 2023].

²⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.6 en línea]. <<https://dle.rae.es/materia>> [fecha de consulta: 17 de enero de 2023].

²⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.6 en línea]. <<https://dle.rae.es/probatorio?m=form>> [fecha de consulta: 17 de enero de 2023].

5.4.3 El caso concreto

DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ fue acusado por el delito de *ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio*, porque para «asegurar la impunidad» del delito de *peculado por uso*, al cual prestó «colaboración directa y eficaz», «a partir de las 21:40 horas del día 03-04-2014 y hasta las 02:45 horas del día siguiente 04-04-2014, manipuló las cámaras de seguridad para que **NO** se grabaran la entrada de los vehículos y la actividad ilegal de piques automovilísticos que propició [A.F.H.B.]»³⁰ [mayúscula original del texto, negrilla de la Sala].

El fallo de segunda instancia describió de la siguiente manera la labor de manipulación del enfoque y direccionamiento de las cámaras de seguridad ubicadas en el aeropuerto, que se hallaban al cuidado del procesado³¹:

1. (ch02)030414_215352_030414_234514, con fecha de ese 3 de abril de 2014, se aprecia cómo a las 21:53 horas el enfoque de la cámara se dirige a una pared y se le realiza acercamiento hasta su distorsión, detallándose que en el video clip (ch02) 040414_000724_040414_024842, retorna a su enfoque normal a las 2:48 h del 4 de abril.
2. (ch04)030414_214759_030414:215510, con fecha del 3 de abril de 2014, a las 21:53 horas se dirige el enfoque a un hueco en el techo de la edificación y se hace zoom hasta su distorsión, regresando a su posición original a las 2:49 del 4 de abril de 2014, conforme se aprecia en video (ch04)040414_024555_040414_025003.
3. (ch05)030414_215401:030414_215645, se observa como a las 21:54 del 3 de abril de 2014, la cámara empieza a ser manipulada y dirigida a un punto de vigilancia diferente, dejándose así y con zoom hasta las 22:06, como se aprecia en el clip (ch05)...220553 ... momento en el cual se dirige a otro lugar y se desenfoca

³⁰ Cfr. Folio 77, C.D. denominada 1. 52946 DE LA 1 A LA 88

³¹ Cfr. Folios 54 y 55, C.D. 15DECISIONDESEGUNDAINSTANCIA

totalmente, retornándose a su posición original a las 2:47 del 4 de abril de 2014, como se observa en el archivo (ch05)040414_024719_040414_025002.

4. (ch11)030414_215203_030414_220629, se observa a las 21:53 la cámara es movida para apuntar hacia una pared y con el zoom es distorsionada, permaneciendo así hasta las 2:48 del 4 de abril de 2014, como se aprecia en video (Ch11)...024549.

5. La cámara correspondiente al video (ch13)030414_220601_030414_220711, refleja que a las 22:06 fue movida de su enfoque origina[l] para apuntar a un sitio oscuro.

Se advierte así, cómo los mecanismos de vigilancia fueron manipulados deliberadamente, modificados de su enfoque original de vigilancia, para direccionarlos a puntos ciegos y desenfocados, todos paradójicamente a escasos minutos para las 10:00 pm del 3 de abril de 2014, en el rango de las 9:53 a 10:06, siendo nuevamente manipulados intencionalmente sobre las 2:47 a 2:49 am del 4 de abril de 2014, para regresar a sus puntos de vigilancia original, nuevamente como cosa curiosa, una vez el uso indebido de las instalaciones del aeropuerto que se dio aquella noche, ya se había culminado [subrayado original del texto].

Es decir, que el procesado **DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ** no está acusado y condenado por alterar un elemento material probatorio, sino por impedir que se constituyera uno que tuviera la capacidad demostrativa para averiguar la verdad de lo ocurrido respecto de la materialidad de la conducta punible y los posibles responsables de ella, a través de la manipulación del enfoque y direccionamiento de las cámaras de seguridad del aeropuerto.

Este supuesto fáctico no estructura el tipo penal de *ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio*, que define el artículo 454B del Código Penal. Como se indicó, para la materialización de este ilícito es necesario que el elemento sobre el cual recae la conducta esté dotado de contenido probatorio. Y en el presente caso, las cámaras manipuladas no contenían información probatoria

alguna que pudiera ser utilizada como medio cognoscitivo o de prueba en el curso de la investigación o del juicio, justamente porque se neutralizaron para que no registraran el evento.

Lo que se alteró en este asunto fue el ángulo de enfoque de las cámaras de seguridad, no sus contenidos probatorios, porque estos no existían. Se trataba de cámaras vacías de información que pudiera ser utilizada como evidencia para los fines del proceso. De allí que la conducta no actualice el elemento normativo del tipo, ni desde luego, la hipótesis delictiva de *ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio* prevista en el artículo 454B del Estatuto Punitivo.

Obsérvese cómo el artículo 275 del Código de Procedimiento Penal, al referirse en su literal *f)* a las cámaras de vigilancia como elementos materiales probatorios, no alude a ellas como objeto *per se* de protección, sino a la información probatoria obtenida a través de este mecanismo, lo cual coincide con lo ya expuesto, en el sentido que para la tipificación del delito es necesario que el elemento sobre el cual recae la conducta de «*ocultar*», «*alterar*» o «*destruir*», tenga registrada información con significación probatoria, que pueda ser utilizada como evidencia en un proceso penal.

La norma es explícita en indicar que por elemento material probatorio o evidencia física debe entenderse lo que se obtiene -se consigue o extrae- de la grabación, de la filmación o del video, lo que significa que sólo puede hablarse

de elemento material probatorio cuando la filmación ha sido realizada en todo o parte, es decir, cuando alberga contenidos con alcance probatorio.

El error del Tribunal radicó en considerar que la alteración de los ángulos enfoque de las cámaras, para evitar el registro de los acontecimientos ilícitos que se realizarían, constituía, *per se*, alteración de un elemento probatorio, sin reparar que hasta ese momento las cámaras no contenían información probatoria alguna del hecho delictivo, susceptible de ser ocultada, alterada o destruida.

Distinto hubiese sido que después de iniciado el evento, o de haber concluido, el procesado hubiera ocultado, alterado o destruido la información recogida por las cámaras, pues, en este caso, no habría duda de la afectación de los contenidos probatorios del dispositivo y, por ende, de la estructuración del tipo penal imputado. Pero ese no es el caso que se estudia.

Por las razones consignadas, la Sala considera que la conducta consistente en manipular los ángulos de enfoque y de fijación de las cámaras de seguridad del aeropuerto para evitar que registraran el evento delictivo, no constituye el delito de *ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio*. Este comportamiento, solo puede ser tenido como un acto más de «*colaboración directa y eficaz*» en la realización de la conducta de *peculado por uso* y en la pretensión de que este ilícito quedara en la impunidad.

Esto torna innecesario el estudio de las alegaciones planteadas por la defensa en el recurso de impugnación, referidas a la inocuidad de la conducta y a la participación de **DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ** en la alteración de los ángulos de enfoque de las cámaras, por no tener incidencia alguna en la decisión a tomar, aunque debe precisarse, en relación con este último aspecto, que la prueba aportada es inequívocamente consistente en señalar al procesado como el autor de esa manipulación.

En consecuencia, la Sala revocará la condena por la conducta punible de *ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio* y la mantendrá por el delito de *peculado por uso*. La pena a imponer será la que el Tribunal dosificó para el delito contra la administración pública, en condición de cómplice, que corresponde a ocho (8) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

En atención al monto de la pena de prisión a imponer, la Sala dispondrá la libertad inmediata de **DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ** por pena cumplida, pues se encuentra privado de la libertad desde el 11 de marzo del 2021, en virtud de la orden de captura impartida por el Tribunal, siempre y cuando no esté requerido por otra autoridad judicial en proceso diferente. Por la Secretaría de la Sala se libraré el orden de libertad.

Adicionalmente se dispondrá la cancelación de los registros, anotaciones, órdenes de captura y medidas previas

de carácter real o personal que se hubieren dispuesto en contra del implicado por cuenta de este diligenciamiento, orden que se cumplirá por el juzgado de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar parcialmente el fallo proferido el 4 de marzo de 2021 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, en cuanto condenó al procesado **DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ** como cómplice del punible de *peculado por uso*.

SEGUNDO: Revocar la condena dictada por el delito de *ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio*, y, en su lugar, absolverlo por dicho ilícito, tal como lo hizo la primera instancia.

TERCERO: Fijar en ocho (8) meses de prisión y ocho (8) meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la pena que debe purgar el procesado por el delito de *peculado por uso*, en condición de cómplice.

CUARTO: Ordenar la libertad inmediata de **DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ**, por pena cumplida, siempre y cuando no esté requerido por otra autoridad judicial en virtud de proceso diferente. Por la Secretaría de la Sala líbrese la orden de libertad.

QUINTO: Ordenar la cancelación de los registros, anotaciones, órdenes de captura y medidas previas de carácter real o personal que se hubieren dispuesto en contra de **DANIEL FELIPE CADENA ORTIZ** por cuenta de este diligenciamiento, mandato que se cumplirá por el juzgado de primera instancia.

SEXTO: Por la Secretaría de la Sala, dese cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 2195 de 2022 y en la Circular n.º PCSJC22-12 emitida el 29 de julio de 2022 por la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura.

SÉPTIMO: Informar a las partes e intervinientes que contra la presente decisión no proceden recursos.


Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.


HUGO QUINTERO BERNATE
PRESIDENTE


JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA




MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS




GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
SECRETARIA