



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Relatoría Sala de Casación Penal

# Boletín Jurisprudencial

## Sala de Casación Penal

Febrero 06 de 2018 n.º 01

El contenido de este boletín es un extracto de carácter informativo. Se recomienda revisar directamente las providencias en: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

**LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Medidas cautelares: deben recaer sobre bienes con vocación reparadora

La Sala analiza la procedencia y requisitos de los bienes con vocación de reparar económicamente a las víctimas en los procesos de Justicia y Paz.

AP8120 (50873) de 29/11/17

M. P. Fernando León Bolaños Palacios

### ANTECEDENTES

JAQC y JFPM se desmovilizaron del Bloque “Héctor Julio Peinado Becerra” de las AUC. En versiones libres del 15 de mayo del 2015 y 17 de mayo del 2017, respectivamente, denunciaron el establecimiento de comercio “Estación de servicio automotriz AB”, como de propiedad de PM, comandante de este grupo armado ilegal.

Resuelve la Corte el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra el auto de 21 de julio de 2017, por cuyo medio una Magistrada de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior, se abstuvo de imponer medidas cautelares sobre el mencionado establecimiento de comercio.

### TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Extinción de dominio: bienes susceptibles de ella, procedencia de medidas cautelares || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Medidas cautelares: deben recaer sobre bienes con vocación reparadora || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Bienes: vocación reparadora, alistamiento de bienes, trámite || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** -

Bienes: vocación reparadora, alistamiento de bienes, requisitos

« [...] la imposición de medidas cautelares procede respecto de los bienes entregados, ofrecidos o denunciados por los postulados para contribuir a la reparación integral de las víctimas y sobre aquellos identificados por la Fiscalía General de la Nación en el curso de las investigaciones, siempre que sea factible inferir que su titularidad, real o aparente, corresponde al postulado o al grupo armado al margen de la ley al cual pertenecía. Además, deben ostentar vocación reparadora, es decir, “aptitud... para reparar de manera efectiva a las víctimas”, en términos del artículo 11C de la Ley 975 de 2005.

Ahora bien, en el Capítulo II, del Decreto 3011 del 2013 -por medio del cual se reglamentan las Leyes 975 de 2005, 1448 de 2011 y 1592 de 2012-, se regula lo concerniente al procedimiento de alistamiento, recepción de bienes y determinación de la vocación reparadora. Así, en el artículo 59 ibídem se indica que la Unidad Administrativa Especial para la Atención y la Reparación Integral a las Víctimas -Fondo para la Reparación de las Víctimas-, “deberá participar en las diligencias de alistamiento de bienes ofrecidos, entregados, detectados oficiosamente o denunciados, que provengan de los postulados al procedimiento penal especial de justicia y paz o a miembros del bloque o frente con el fin de establecer las condiciones físicas, jurídicas, sociales y económicas que permitan al Magistrado con funciones de control de garantías determinar si el bien tiene vocación reparadora”.

Para ello, la Fiscalía General de la Nación fijará fecha para el alistamiento, a cuya diligencia debe asistir la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, “así como las demás entidades o personas que administren los bienes ofrecidos, entregados, detectados oficiosamente o denunciados para la reparación de las víctimas” (art. 60, Ib.); y, con

base en el informe de alistamiento, el Magistrado con Función de Control de Garantías determinará si el bien tiene vocación reparadora.

Dentro del presente asunto, la Magistrada con Función de Control de Garantías consideró que el informe de alistamiento del bien no se llevó a cabo conjuntamente por la Fiscalía General de la Nación y la Unidad Administrativa Especial para la Atención y la Reparación Integral a las Víctimas Fondo para la Reparación de las Víctimas, según lo exige el artículo 59 del Decreto 3011 del 2013, pues, solo aparece suscrito por un servidor de la policía judicial; sin embargo, no fue esta la única razón que tuvo en cuenta para negar el decreto de las medidas cautelares solicitadas por la fiscalía, tal y como se verá más adelante.

[...]

Ahora bien, informa la foliatura que el 29 de abril de 2016, el Fiscal 25 de la Subunidad de Bienes de Justicia Transicional solicitó a un Magistrado con Función de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la imposición de medidas cautelares, entre otros bienes, contra el establecimiento de comercio “Estación de servicio automotriz AB” [...].

[...]

En aquella oportunidad el Magistrado con Función de Control de Garantías de Bogotá negó la solicitud de decreto de medidas cautelares contra el establecimiento de comercio reseñado, luego de considerar que el alistamiento no estaba completo, pues no se hizo un estudio económico detallado del mismo, toda vez que (i) no se relacionó la “universalidad de los bienes que componen o integran esa razón social” y (ii) no se analizó el estado financiero de esa unidad comercial - relación costo/beneficio-.

Por lo anterior, mediante orden a policía judicial del 8 de noviembre del 2016, el Fiscal ordenó “ADELANTAR ALISTAMIENTO Y ESTUDIO ECONÓMICO FIN DETERMINAR VOCACIÓN DE REPARACIÓN FRENTE HJP”. En cumplimiento de lo anterior, se elaboró el informe del 29 de diciembre del 2016 suscrito exclusivamente por Luz Mariela Quiroga Moya - servidora de la policía judicial de la Fiscalía General de la Nación-, y sin que en ningún aparte del mismo, a diferencia de lo que ocurrió con los anteriores alistamientos, se hubiere hecho mención a la participación de los funcionarios de la Unidad

Administrativa Especial para la Atención y la Reparación Integral a las Víctimas Fondo para la Reparación de las Víctimas, lo que motivó que la Magistrada con Función de Control de Garantías de Bucaramanga, en la decisión impugnada, concluyera que no se había llevado a cabo de manera conjunta.

Ahora bien, ese solo hecho, si se entendiera simple formalidad que no causó efectos materiales concretos, sería insuficiente para concluir que alistamiento del bien “Estación de servicio automotriz AB” no cumple con las exigencias descritas en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, como se anunció líneas anteriores, la Magistrada con Función de Control de Garantías encontró que el alistamiento del bien carece del análisis económico exigido en la ley, lo que imposibilita analizar si el mismo tiene vocación reparadora o no, pues: (i) no se indicó qué elementos componen el establecimiento de comercio; (ii) no se determinó el estado financiero, ni se estimó su valor económico, lo que impide definir si representaría algún aporte valioso para la reparación a las víctimas; y, (iii) el comportamiento de las ganancias ha decrecido.

[...]

[...] como lo manifestó la Magistrada con Función de Control de Garantías en la decisión impugnada, el análisis económico del establecimiento de comercio es incompleto e insuficiente para determinar si dicha unidad comercial tiene o no vocación reparadora.

Lo anterior, por cuanto no se llevó a cabo ninguna labor para establecer el valor real de los activos y pasivos del establecimiento de comercio. Tampoco se indagó con la empresa que suministra el combustible sobre la cantidad real de hidrocarburos vendidos a la Estación de Servicio Automotriz AB, ni se verificó la utilidad real de dicha actividad económica. Todas las proyecciones se hicieron con base, exclusivamente, en las manifestaciones del propietario, quien, por obvias razones, no tiene ningún interés en que se cautele su unidad comercial.

[...]

En conclusión, los informes de alistamiento presentados por el delegado de la fiscalía son exiguos, pues no dan cuenta sobre la situación económica real del bien, aspecto de obligatorio análisis a fin de establecer si el establecimiento de comercio “Estación de servicio automotriz AB”

tiene vocación reparadora para resarcir de manera efectiva a las víctimas; por lo que la decisión impugnada se confirmará».

---

### **EXTINCIÓN DE DOMINIO (LEY 1849 de 2017) - Juez competente**

La Sala define la competencia para adelantar el proceso de extinción de dominio, cuando existen bienes en diferentes distritos judiciales

AP7847 (51646) de 23/11/17

M. P. Eugenio Fernández Carlier

#### **ANTECEDENTES**

Procede la Corte a resolver el conflicto negativo de competencias suscitado entre el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Pereira y su homólogo de la ciudad de Barranquilla, para conocer del proceso de extinción de dominio adelantado respecto de varios bienes inmuebles de propiedad de JYRV, VMYA, LMTO, entre otros.

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**EXTINCIÓN DE DOMINIO (LEY 1708)** - Consejo Superior de la Judicatura: competente para crear los distritos especializados de extinción de dominio || **EXTINCIÓN DE DOMINIO (LEY 1849 de 2017)** - Juez competente: Juez Penal del Circuito de Extinción de Dominio, cuando exista el mismo número de jueces de extinción de dominio en distintos distritos judiciales, es competente el juez de cualquiera de las circunscripciones territoriales donde se encuentre los bienes ubicados, a elección del demandante

«[...] es inicialmente competente para adelantar el juicio extintivo el funcionario del lugar donde se encuentren ubicados los bienes; cuando se trate de bienes ubicados en diferentes distritos lo será el juez del distrito con mayor número de jueces

de extinción de dominio; y, en este último evento, si coinciden el número de jueces de extinción, será competente el funcionario judicial de cualquiera de los distritos en que se encuentren ubicados los bienes, a elección del demandante (conforme al numeral 7° del artículo 28 del Código General del Proceso), en este caso, de la Fiscalía General de la Nación como sujeto requirente de la extinción de dominio.

En este asunto, el requerimiento de extinción de dominio presentado por la Fiscalía Tercera Especializada ED involucra 35 bienes inmuebles de propiedad de JYRV, VMYA, LMTO, entre otros, ubicados en diferentes distritos judiciales. Así, en Armenia (Quindío) figuran 30 lotes, Aguachica (Cesar) 2, Galapa (Atlántico) 1 y en Barranquilla (Atlántico) 2, tal como fueron descritos en la situación fáctica.

Respetando la división de distritos de extinción de dominio creada por el Acuerdo No. PSAA16-10517 de 2016, se tiene que el Distrito de Extinción de Dominio de Pereira está compuesto por los distritos judiciales de Manizales, Pereira y Armenia; el de Cúcuta por los distritos judiciales de Cúcuta, Arauca, Bucaramanga, Pamplona, San Gil y Valledupar (incluye el circuito judicial de Aguachica); y, el de Barranquilla por los distritos judiciales de Barranquilla (incluye el municipio de Galapa), San Andrés, Cartagena, Riohacha, Santa Marta y Sincelejo.

Es decir, que como en este asunto se involucran tres distritos judiciales de extinción de dominio diferentes, será competente el que tenga mayor número de jueces de extinción; sin embargo, en cada uno de estos se cuenta con un solo funcionario de esa especialidad, según la creación de éstos en el Acuerdo No. PSAA15-10402 de 2015 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por lo que tal criterio no permite definir el asunto.

Para estos eventos, el citado artículo 35 del Código de Extinción de Dominio señala que debe darse aplicación a las previsiones del numeral 7° del artículo 28 del Código General del Proceso, el

cual como quedó anotado con anterioridad, prescribe que será competente el juez de cualquiera de las circunscripciones territoriales, donde se encuentren ubicados los bienes, a elección del demandante.

Aquí, sin mayor esfuerzo se tiene que la Fiscalía Tercera Especializada ED radicó el requerimiento extintivo del dominio de 13 de septiembre de 2017, respecto de la totalidad de los bienes inmuebles relacionados, ante el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Pereira, eligiendo con ello el funcionario competente para dar inicio a la etapa de juicio dentro del trámite.

No está de más indicarle al Juez Penal de Extinción de Dominio de Pereira, quien propuso el conflicto negativo de competencia que, contrario a sus afirmaciones, no es dable de entrada acudir por remisión normativa a los criterios de competencia territorial fijados en Ley 600 de 2000, cuando prevalecen los factores fijados en la ley especial aplicable, además, porque tal ordenamiento adjetivo en esa materia no prevé como un componente atendible para

fijar la competencia del juzgamiento el lugar de ubicación de los bienes (artículo 83 ibídem).

Aun así, si en gracia de discusión se admitiera la posibilidad de aplicar tal remisión, en este sentido, tendría entonces, a su vez, que dar aplicación a la integración normativa que permite el artículo 23 de la Ley 600 de 2000, para que en las materias no reguladas se empleen las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, llegando entonces a la misma salida jurídica que señaló el legislador en la norma especial de extinción de dominio en el artículo 35 de la Ley 1708 de 2014, modificado por el artículo 9° de la Ley 1849 de 2017, por el que se decide el presente asunto.

En conclusión, como en este caso se trata de distintos distritos judiciales con el mismo número de jueces de extinción de dominio, la competencia radica en el funcionario judicial elegido por el demandante del proceso extintivo, esto es, en el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Pereira donde fue radicado por la Fiscalía General de la Nación el pedimento de extinción».

---

**LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Víctimas: principio de enfoque diferencial, concepto y alcance

La Sala Penal precisa el alcance del enfoque diferencial y la presunción del daño moral de las víctimas pertenecientes a comunidades indígenas en procesos adelantados dentro del marco de la Ley de Justicia y Paz.

SP19338 (49067) de 15/11/17

M. P. Fernando León Bolaños Palacios

**ANTECEDENTES**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de las víctimas MT, MC, ME y PEAM, contra la decisión del 26 de agosto de 2016 proferida por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, mediante la cual condenó al

postulado RJTM y se decidió el incidente de reparación integral.

Dicha Sala reconoció indemnización por el daño causado por la muerte de JMAM a favor de DLMG, las menores B.V.A.M., Y.L.M.G., Y.P.M., TIMA y PSAC, en su condición de compañera permanente, hijas, madre y padre, respectivamente. Pero al tiempo, negó la reparación a favor de PE, MT, ME y MCAM, en calidad de hermanos del occiso, por cuanto no acreditaron el daño.

Contra la anterior decisión, la apoderada de las víctimas PPE, MT, ME y MCAM, interpuso recurso de apelación, el cual fue sustentado en el término establecido para ello.

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Víctimas: principio de enfoque diferencial, concepto y alcance || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Víctimas: principio de enfoque diferencial, pueblos y comunidades indígenas,

daños morales, demostración, principio de buena fe, prueba sumaria || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Víctimas: principio de enfoque diferencial, daño individual, concepto || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Víctimas: principio de enfoque diferencial, presunción de daño moral, aplica únicamente frente al cónyuge, compañero (a) permanente y familiares en primer grado de consanguinidad y primero civil || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Víctimas: principio de enfoque diferencial, presunción de daño moral, familiares para los que no aplica y que requieren probar el daño sufrido

#### «ENFOQUE DIFERENCIAL.

[...]

Este principio fue incluido en el artículo 13 de la Ley 1448 de 2011, norma por medio de la cual se establecieron mecanismos de asistencia, atención, prevención, protección, reparación integral con enfoque diferencial, acceso a la justicia y conocimiento de la verdad de las víctimas, resultando imperativo que en las investigaciones y juicios que se adelanten en los procesos de justicia y paz, se tengan en cuenta criterios diferenciales, con el objeto de adoptar medidas afirmativas en beneficio de los grupos poblacionales más vulnerables. (CC C-694/15).

[...]

Por lo anterior, en virtud de lo establecido en el artículo 205 de la Ley 1448 de 2011, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 4633 de 2011 por medio del cual se regulan los derechos y garantías de las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas, que debe ser consultado con el fin de respetar sus usos y costumbres.

De acuerdo con el artículo 3° del Decreto Ley, son víctimas tanto los pueblos y comunidades indígenas como sujetos colectivos, así como sus integrantes considerados de manera individual, “que hayan sufrido daños como consecuencia de violaciones graves y manifiestas de normas internacionales de derechos humanos, derechos fundamentales y colectivos, crímenes de lesa humanidad o infracciones al derecho internacional humanitario por hechos ocurridos a partir del 1o de enero de 1985 y que guarden relación con factores subyacentes y vinculados al conflicto armado interno”, indicando el parágrafo 1° de la norma en cita que “Las reparaciones en los casos de muerte y desaparición forzada se

llevarán a cabo teniendo en cuenta los criterios establecidos en el parágrafo segundo del artículo 110 del presente decreto”.

El artículo 110 de la norma en cita, reglamenta la indemnización individual a los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas que hayan sufrido un daño, como medida de reparación, indicando en el parágrafo 2° lo siguiente:

“En los casos de muerte o desaparición forzada, la indemnización individual tendrá como criterios para determinar su beneficiario los siguientes:

a) En primer término y de forma concurrente el parentesco como cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa;

b) Subsidiariamente, se entregarán en forma concurrente a los parientes directos definidos de acuerdo con la organización o filiación social o familiar que se conserve al interior de los pueblos y comunidades indígenas y, atendiendo a la especificidad de cada pueblo. En este caso, la Unidad Administrativa Especial para la Reparación Integral a Víctimas solicitará a la autoridad del pueblo o comunidad indígena al que pertenece la víctima, una certificación de los destinatarios de la indemnización de acuerdo con las normas tradicionales de parentesco del pueblo indígena”.

Por último, en el artículo 39 se eleva a principio general la Buena fe, indicando lo siguiente:

“Se presume la buena fe de las víctimas de que trata el presente decreto. Las víctimas podrán acreditar el daño ocasionado por cualquier medio legalmente aceptado. No se exigirá a la víctima, individual o colectiva, probar las condiciones de modo, tiempo y lugar de los daños ocasionados y bastará prueba sumaria para que la autoridad administrativa la releve de la carga de la prueba”.

Y el artículo 41 define el daño individual de la siguiente forma:

“El daño a las víctimas individualmente consideradas en el marco del presente decreto se determina desde la cosmovisión de cada pueblo indígena y comprende las afectaciones físicas, materiales, psicológicas, espirituales y culturales, así como la vulneración al lazo de la víctima con su comunidad, pueblo y territorio. La definición del daño tendrá en cuenta el enfoque diferencial e integral establecido en el Título III del presente decreto”.

[...]

El análisis sistemático de la normatividad atrás referenciada, obliga concluir lo siguiente:

a. Las actuaciones de las autoridades administrativas y judiciales, que den aplicabilidad a las medidas de reparación, ayuda y asistencia para las víctimas del conflicto armado interno, deben estar en correspondencia con el principio de enfoque diferencial étnico, en el caso que se encuentren frente a miembros de comunidades o pueblos indígenas.

b. Son víctimas tanto los pueblos y comunidades indígenas como sujetos colectivos, así como sus integrantes considerados de manera individual siempre que: (i) hayan sufrido un daño; (ii) por violaciones graves y manifiestas de normas internacionales de derechos humanos, derechos fundamentales y colectivos, crímenes de lesa humanidad o infracciones al derecho internacional humanitario por hechos ocurridos a partir del 1 de enero de 1985 y; (iii) por hechos que guarden relación con factores subyacentes y vinculados al conflicto armado interno.

c. La indemnización individual es una medida de reparación dirigida a los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas que hayan sufrido un daño. En consecuencia, el daño debe ser acreditado por la víctima por cualquier medio legalmente aceptado, siendo suficiente aportar prueba sumaria para que la autoridad administrativa la releve de la carga de la prueba.

d. El daño a las víctimas individualmente consideradas, se determina desde la cosmovisión de cada pueblo indígena y comprende las afectaciones físicas, materiales, psicológicas, espirituales y culturales, así como la vulneración al lazo de la víctima con su comunidad, pueblo y territorio, de conformidad con el principio de enfoque diferencial e integral.

e. En los casos de muerte o desaparición forzada, la indemnización individual tendrá como criterios para determinar su beneficiario, en primer término y de forma concurrente el parentesco como cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa; subsidiariamente, se entregarán en forma concurrente a los parientes directos definidos de acuerdo con la organización o filiación social o familiar que se conserve al

interior de los pueblos y comunidades indígenas, atendiendo a la especificidad de cada pueblo.

**f. El daño moral se presume respecto de los sucesores de la víctima -cónyuge, hijos y padres-, no así del resto de familiares, a quienes les corresponde probar su existencia.**

Por todo lo expuesto, no le asiste razón a la apoderada de PE, MT, ME y MCAM, cuando manifiesta que dada la pertenencia de sus representados a la etnia Kankuama, no puede exigírseles que demuestren el daño causado, en virtud del principio de enfoque diferencial.

En efecto, para que se pueda reconocer la condición de víctima de un pueblo o comunidad indígena como sujetos colectivos, o a sus integrantes individualmente considerados, se debe acreditar, al menos sumariamente, la existencia de un daño como consecuencia de las acciones delictivas perpetradas por los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley.

En consecuencia, el principio de enfoque diferencial no implica que las comunidades étnicas estén relevadas del cumplimiento de tal carga probatoria, sino que, para tales fines, se debe atender la cosmovisión del pueblo o comunidad indígena. Razonar de manera diferente, implicaría que en todos los casos en donde aparezca como víctima un integrante de un pueblo o comunidad indígena, se deba, por ese solo hecho, reconocer la indemnización individual, lo que resultaría contrario al derecho a la igualdad y a la distribución proporcional y temporal de los recursos disponibles para costear las indemnizaciones».

**LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Víctimas: principio de enfoque diferencial, presunción de daño moral, familiares para los que no aplica y que requieren probar el daño sufrido || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Reparación integral: indemnización de perjuicios, demostración del daño, deber del sujeto interesado o su apoderado

«Análisis del caso concreto

Se encuentra acreditado que MT, MC, PE y MEAM, son hermanos del occiso JMAM. En consecuencia, como no son sucesores directos de la víctima, les corresponde acreditar la existencia del daño, para acceder al derecho de la indemnización individual.

En la audiencia de incidente de reparación integral, la apoderada judicial de los familiares de la víctima, solicitó se reconociera el pago de la indemnización individual a favor de sus representados, por los perjuicios morales ocasionados por la muerte de su hermano, por un valor de quinientos (500) s.m.l.m.v., a cada uno de ellos.

Aportó como pruebas documentales para respaldar la pretensión indemnizatoria, copia de los registros de nacimiento Nos. [...], [...] y [...], a nombre de los tres primeros, y el registro No. [...] a nombre de la víctima directa, documentos que acreditan el parentesco entre ellos.

Adicional a lo expuesto, anexó declaraciones extraprocesales rendidas por las señoras MT y MEAM el día 30 de noviembre de 2010 ante la Notaría Tercera del Circulo de Valledupar [...].

[...]

Y, declaración extraprocesal rendida por PEAM el 25 de enero de 2011, ante la Notaría Segunda del Circulo de Valledupar [...].

[...]

En punto a la demostración de los mismos, esta Corporación de manera reiterada ha señalado lo siguiente: (CSJ SP 29 de mayo de 2013, rad. 40160; CSJ SP8844-2014, rad. 43933; CSJ SP663-2017, rad. 49402, entre otras)

*“En otras palabras, para obtener indemnización por el perjuicio material y por los perjuicios morales objetivados se debe demostrar: a) su existencia y b) su cuantía; de esta manera se diferencian de los de carácter moral subjetivado, donde solo basta acreditar la existencia del daño, luego de lo cual, el Juez, por atribución legal, fijará el valor de la indemnización en tanto que la afectación del fuero interno de las víctimas o perjudicados impide la valoración pericial por inmiscuir sentimientos tales como tristeza, dolor o aflicción”.*

Ahora bien, recuérdese que en el capítulo anterior se señaló que el principio de enfoque diferencial no implica que los miembros de los pueblos o comunidades indígenas estén relevados de la carga de probar el daño, sino que, para tales efectos debe atenderse su propia cosmovisión.

Al respecto, la abogada al momento de sustentar el recurso aseguró que según los usos y costumbres de la etnia Kankuama, “el dolor es

expresado a través del tejido de las mochilas (sic) las mujeres, y los hombres en reuniones (sic) poporeando, su chaman es el que les atiende y oye sus quebrantos y los daños ocasionados con el hecho”.

Entonces, el hecho de que el dolor en la etnia Kankuama se exprese de determinada manera, no implica necesariamente que en este caso efectivamente se haya materializado el daño, por haberse producido esa forma de manifestación.

Precisamente, lo obligado demostrar de la defensa es, de un lado, que en ese grupo el dolor se materializa de la forma señalada; y del otro, que respecto de las víctimas por ella apoderada, se registró ese hecho objetivo por consecuencia de la muerte de su hermano.

No es posible aducir, como lo hace la impugnante, que ese tipo de respuestas no pueden ser probadas, pues, ello simplemente deja huérfana de soporte la solicitud, a más de que desconoce que efectivamente sí existen medios adecuados para su demostración, incluso sumarios; por ejemplo, a través de la intervención de un antropólogo cultural, testimonios de los chamanes u otros miembros de la etnia, etc.

[...]

En este punto debe reiterarse que el asunto no se trata en establecer la forma en que se manifiesta el daño moral subjetivado, el que, dada la cosmovisión de la etnia Kankuama, se exterioriza con el tejido de las mochilas, por parte de las mujeres de la etnia, y en tratándose de los hombres, “poporeando” o con charlas con el chamán; sino en demostrar al interior del proceso la existencia del daño, con independencia de la forma en que este se manifiesta.

Entonces, lo que debió hacer la abogada fue probar, desde los propios usos y costumbres de la etnia, la existencia del daño moral, a fin de que sus prohijados pudieran ser reconocidos como víctimas, y en consecuencia, indemnizados individualmente por el daño causado por la muerte de su hermano, lo que, como ya quedó visto, no ocurrió, pues la sola manifestación de MT y MEAM de que dependían económicamente de los ingresos de su hermano, y la afirmación de PEAM, quien aseguró que la víctima directa lo ayudaba económicamente en lo que él podía, no dice nada acerca del daño moral causado con su muerte.

En ese orden, la Corte confirmará la decisión impugnada porque la negativa del Tribunal de reconocer y liquidar indemnización por los daños morales obedeció a que los solicitantes incumplieron el deber procesal de demostrar,

siquiera sumariamente, la materialización del daño aducido, pues no aportaron ningún medio de convicción dirigido a su demostración, conforme a su cosmovisión».

---

**CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Adición de contrato: diferente a contrato adicional

La Sala Penal aclara la diferencia existente entre la adición del contrato público frente a los contratos adicionales, establece además cuando es procedente el primero y cuando se debe acudir a esta última figura.

SP18532 (43263) de 08/11/17

M. P. Eugenio Fernández Carlier

**ANTECEDENTES**

*“El 25 de abril de 2006, el señor JEEB, actuando como Gobernador del Departamento de [...], celebró el contrato No. 069 con el consorcio [...], cuyo objeto fue la construcción de la primera etapa del parque histórico y eco turístico [...] en el municipio de [...], departamento de [...], por valor de tres mil ochocientos noventa y siete millones ciento treinta y ocho mil diecisiete pesos (\$3.897.138.017).*

*Se denuncia que la fuente de financiación del proyecto se deriva de los recursos de regalías y el proyecto no corresponde al objeto de destinación que señala el artículo 361 de la Constitución Política y la Ley 756 de 2002 para ese rubro; fue celebrado sin la preexistencia de los planos arquitectónicos, constructivos, estructurales, ni plan de manejo ambiental.*

*En la ejecución de obra hubo incumplimiento de las obligaciones del contratista y mal manejo del anticipo; sin embargo, nada hizo la administración para asegurar la entrega de las obras, dar por terminado el contrato o declarar su caducidad; por el contrario, se dio lugar a la suspensión del mismo, suscripción de prórrogas y adición de recursos”.*

La Sala analiza los fundamentos de la acusación y entra a decidir de fondo la responsabilidad del burgomaestre.

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Adición de contrato: concepto y procedencia || **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Contrato adicional: concepto || **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Adición de contrato: diferente a contrato adicional || **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Contratos de obra a precio unitario

«Para la Sala la Fiscalía logró demostrar en grado de certeza que para el inicio del proceso de selección del contratista la gobernación no contaba con los estudios, diseños y planos terminados, es decir, el proyecto no estaba definido técnica ni presupuestalmente vulnerando los principios de planeación, economía, legalidad, transparencia, selección objetiva y responsabilidad. Transgresión que no impidió que el procesado firmara el contrato, porque no verificó previamente que el trámite cumpliera con los requisitos legales esenciales.

Para evidenciar lo anterior, la Sala procederá a determinar la diferencia existente entre la adición de un contrato público y un contrato adicional de esa misma especie, la cual es necesaria para definir este punto, compartiendo para el efecto el criterio esbozado de antaño por el Consejo de Estado y acogido por la Corte Constitucional. Luego entrará a demostrar el incumplimiento de este requisito en la fase precontractual.

Si bien es cierto que el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 omite definir la adición de los contratos estatales si los autorizó hasta el 50% del valor inicial, siempre y cuando, obviamente, respete los principios de planeación y economía. Es decir,



procede cuando en desarrollo de la ejecución del contrato surjan circunstancias excepcionales imposibles de prever en el proyecto y en los estudios técnicos iniciales, sin que con ello se autorice hacer nugatorio el proceso licitatorio establecido por la ley.

La adición del contrato representa una verdadera ampliación del objeto contractual. Ocurre cuando al alcance físico del contrato se agrega algo nuevo sin variar su esencia, y la ampliación se produce debido a la deficiente estimación de las cantidades de obra requeridas para la ejecución del objeto contractual.

Su diferencia con el contrato adicional se fundamenta en el principio de autonomía o independencia de cara al contrato principal, ya que mientras las modificaciones simples o de forma son meras adiciones accesorias de éste, el contrato adicional encierra una modificación de fondo, es decir, un cambio sustancial del objeto convenido.

La ejecución de las obras adicionales o complementarias (en el contrato adicional) no hacen parte del objeto principal, son una variación del mismo, se trata de obras nuevas, diferentes de las contratadas, o de ítems o actividades no contempladas o previstas inicialmente, pero cuya ejecución en determinadas circunstancias resultan necesarias. Para su reconocimiento es imprescindible la suscripción de un contrato adicional.

[...]

En cuanto a los contratos de obra a precio unitario, en particular, entendido éste como el que pacta el precio por unidades o cantidades de obra, siendo su valor total el resultado de sumar los productos resultantes de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas con los precios de cada una de ellas dentro de los límites fijados por el convenio; no se puede confundir la adición del contrato a través de la añadidura de obras que no forman parte del objeto contractual inicialmente convenido, con las simples modificaciones a las cantidades de obra ejecutadas en un contrato pactado a precios unitarios, las cuales fueron contratadas pero su estimativo inicial sobrepasa los cálculos efectuados inicialmente, durante la ejecución del contrato.

En relación con estos contratos el Consejo de Estado, ha distinguido dos situaciones que

suelen presentarse: la mayor cantidad de obra, entendida como contratada pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, sin que ello implique modificación del objeto contratado; y el contrato adicional, aquél en donde las obras a realizar envuelven la variación del objeto del contrato principal, son obras nuevas distintas de las contratadas, o de ítems no previstos pero que su ejecución en determinadas circunstancias resultan necesarias.

[...]

En suma, las obras contratadas no eran iguales, como debía ser, a las contenidas en los estudios y diseños presentados definitivamente por la firma constructora después de celebrado el contrato, sin que ello obedeciera a que en el proceso de ejecución se presentaran circunstancias excepcionales imposibles de prever en el proyecto y estudios técnicos iniciales que condujeran a reajustar, adicionar, ampliar o cambiar el objeto del contrato, como lo plantea la defensa; sino a que los trámites de selección del contratista y celebración del contrato se adelantaron con estudios incompletos, los que se tornaron en definitivos después de ser reformados y entregados por la consultora al contratista tras iniciar las obras, de ahí las discrepancias encontradas y que condujeron a la administración departamental a suspender el contrato.

Distinto es que la administración departamental hubiese contado con los estudios y diseños definitivos para iniciar el proceso de selección y suscribiera en esas condiciones el contrato, presentándose en su ejecución hechos excepcionales imposibles de prever en la etapa precontractual que hubiesen forzado la realización de obras que ampliaran su objeto, caso en el que procedía la adición del contrato, o que surgiera la necesidad de ajustarlo a las condiciones del terreno, hipótesis permitida por la ley y que es la planteada por la defensa, pero que no ocurrió en este caso.

[...]

Es diáfano, [...], que la edificación de la plaza de armas no fue prevista en los estudios, diseños y planos que delimitaron el objeto del contrato [...] de 2006, la construcción de la primera etapa del parque, confirmando que su adición en la ejecución ocasionó modificaciones substanciales al objeto contractual.

Para que procediera la adición, se reitera, debió ampliarse o incrementarse el objeto del contrato original, lo que implicaba que la plaza hubiese sido contratada, pero como ello no ocurrió, era un imperativo legal celebrar un contrato adicional.

[...]

No hay duda, pues, sobre la demostración de la violación de este requisito legal durante el trámite precontractual, en relación con este tipo de estudios».

**CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Licencia ambiental: concepto || **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Plan de manejo ambiental: concepto || **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Plan de manejo ambiental: requisito previo a la etapa de selección del contratista || **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Licencia ambiental: diferente al aval del proyecto

«La ausencia de plan de manejo ambiental como parte de los estudios previos de factibilidad antes de la apertura del trámite de selección del contratista, fue atribuida por la Fiscalía como un hecho adicional con el cual el procesado habría desconocido el principio de planeación en la etapa precontractual, por no verificar su incumplimiento al signar el contrato.

Aspecto en torno del cual se ha trenzado la controversia entre la parte acusadora y la defensa, ésta última apoyada por el Ministerio Público, quienes controvierten la imputación aduciendo que [...], en el mes de febrero de 2006, certificó que el proyecto de construcción de la primera etapa del parque no requería la obtención de licencia ambiental, por lo que la Fiscalía no puede exigir el cumplimiento de una obligación no requerida por la ley, en tanto que la Fiscalía insiste en que solo en desarrollo de la ejecución del contrato fue que la gobernación obtuvo los permisos ambientales.

La investigación concede la razón a la Fiscalía, por cuanto al sopesar los medios de prueba de cara a la normatividad aplicable, evidencia que en particular la gobernación no solicitó a [...] la expedición de la licencia ambiental sino el aval del proyecto, el 10 de enero de 2006, el cual le fue concedido el 9 de febrero por considerarlo ambientalmente viable, desechando la necesidad de licencia ambiental, pero requiriendo la

obtención de los permisos de uso, aprovechamiento y/o afectación de recursos naturales, para lo cual debía presentar el plan de manejo ambiental.

Postulación que la gobernación presentó el 17 de julio de 2006 y generó el inicio del trámite que precedió las decisiones de 7 de septiembre y 16 de noviembre del mismo año, a través de las cuales [...] otorgó algunos permisos y autorizaciones ambientales y negó otros. Es claro, entonces, que las solicitudes fueron hechas varios meses después de abrirse el trámite de selección del contratista, vulnerando con ello el principio de planeación. Veamos:

Al tenor del artículo 58 de la Ley 99 de 1993, el interesado debía presentar a la autoridad competente la solicitud de licencia ambiental acompañada del estudio de impacto ambiental, definido por el artículo 20 del Decreto 1220 de 2005 como el conjunto detallado de actividades que producto de una evaluación ambiental estuvieran orientadas a prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos y efectos ambientales que se causaran por el desarrollo de un proyecto, obra o actividad.

La licencia ambiental a la luz del artículo 3 del Decreto 1220 de 2005, es la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para ejecutar un proyecto, obra o actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje, la cual sujeta al beneficiario de ésta al cumplimiento de los requisitos, términos, condiciones y obligaciones que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales del proyecto, obra o actividad autorizada.

De acuerdo con el texto de esa misma norma, la licencia lleva implícitos los permisos, autorizaciones y/o concesiones para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables que sean necesarios para el desarrollo y operación del proyecto, obra o actividad. Se deberá conseguir antes de iniciar el proyecto, obra o actividad, en orden a lo dispuesto por los artículos 9 del Decreto 1220/05 y 59 de la Ley 99/93.

Ahora, como la ley de contratación pública dispone que una vez celebrado el contrato se debe

iniciar su ejecución, forzoso es concluir que la licencia ambiental ha de obtenerse antes de iniciar el trámite de selección del contratista, lo cual es natural si se tiene en cuenta la importancia cardinal que ostenta para los interesados en contratar conocer los compromisos que las licencias y permisos ambientales imponen al contratista para elaborar las propuestas, y poder cumplir con ellas en la ejecución del contrato.

En consecuencia, infringe el principio de planeación la adjudicación y celebración del contrato sin contar con la licencia ambiental cuando haya lugar a ella o los permisos ambientales, en virtud a las consecuencias que acarrearía su ausencia. La indefinición de estos estudios ambientales, se reitera, ocasionan demoras en la ejecución del contrato, incumplimientos provisionales y/o definitivos, y el aumento de los precios contratados, poniendo en riesgo los recursos públicos y la materialización de los fines superiores perseguidos con la contratación estatal.

Concebido el principio de planeación como el grupo de gestiones a desarrollar por la administración con antelación a la apertura de la selección del contratista, entre ellas los estudios previos que, entre otros, comprenden el análisis de conveniencia y oportunidad del objeto a contratar y entre ellos los de tipo ambiental, se tornan imprescindibles cuando el proyecto de obra o actividad inciden en aspectos ambientales, con los cuales se pretende evitar y proteger la vulneración de derechos de ese tipo. Con ese propósito se pide la presentación de un plan de manejo ambiental a objeto de obtener la licencia o los permisos ambientales.

En fin, para esa época, contrario al criterio del Ministerio Público y de la defensa, la expedición de la licencia y/o los permisos ambientales se debía pedir ante la autoridad competente previo a la apertura de la licitación, acompañada del

estudio de impacto ambiental que involucraba el plan de manejo ambiental.

De cara a este marco legal y con arreglo al material probatorio, la Sala encuentra demostrado que la licencia ambiental no fue pedida por la Gobernación de [...] de manera específica sino el aval después de abierta la licitación, resultando expedido por [...] el 9 de febrero de 2006, aclaró con esa decisión que el proyecto no requería licencia pero si de los permisos para el uso, aprovechamiento y/o afectación de recursos naturales, los que el departamento pidió el 17 de julio del mismo año y obtuvo el 7 de septiembre y el 15 de noviembre del mismo año.

Así la ley no exigiera en este caso licencia la administración departamental debió realizar los estudios ambientales previo a la apertura de la licitación, sin embargo, no lo hizo, solo demandó a [...] el aval el 10 de enero de 2006 aportando para el efecto la ficha de inversión y el plano de localización del proyecto, sin presentar estudio de impacto ambiental ni plan de manejo ambiental exigidos para obtener la licencia y/o los permisos ambientales.

[...]

En fin, para la Sala es incontrovertible que en la fase precontractual también se vulneró el principio de planeación por no estar definido el proyecto en su aspecto ambiental, dado que no se solicitó y obtuvo antes de la apertura de la licitación los permisos ambientales requeridos legalmente, por consiguiente, el procesado al celebrar el contrato sin verificar que este requisito estuviera cumplido, conjuntamente con el relativo a los diseños y planos analizados, realizó el supuesto de hecho previsto en este tipo penal».

---

**Carlos Alfonso Herrera Díaz**  
**Relator**

Teléfono: 5622000 ext. 9317  
Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá