

REPÚBLICA DE COLOMBIA**RAMA JUDICIAL****TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ****SALA PENAL****MAGISTRADO PONENTE****MANUEL ANTONIO MERCHÁN GUTIÉRREZ**

Radicación	110016000000201600014-05
Procedencia	Juzgado 53 Penal del Circuito L906/2004
Acusado	Fernando Rivera Cifuentes y otros
Delito	Enriquecimiento ilícito de particulares
Objeto	Apelación autos
Decisión	Confirma y revoca
Aprobado en Acta	128

Bogotá D.C, trece (13) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

ASUNTO

El Tribunal resuelve los recursos de apelación interpuestos por la defensa técnica de **Fernando Rivera Cifuentes**, contra los autos de 16 de agosto y 2 de septiembre de 2019, mediante los cuales el Juzgado 53 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá negó al procesado la libertad condicional prevista en el artículo 64 del C.P. y la prisión domiciliaria de que trata el canon 38G ídem, respectivamente.

HECHOS

Se conoce, en lo que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, la comunicación que la Fiscalía hizo a los procesados en la audiencia de formulación de

R: 2016-00014-05
D: Enriquecimiento ilícito de particulares
P: Fernando Rivera Cifuentes y otro

origen ilícito, mediante la creación y utilización de empresas que aparentaban desarrollar su objeto social y a través de las cuales desplegaron múltiples maniobras contables para elevar las cifras con miras a justificar su ingreso y soportar las operaciones en el marco de una entidad económica regular, cuando no fue así.

Se mencionaron una serie de exportaciones ficticias y de actividades de contrabando, ocurridas en años anteriores en Moda Sofisticada, Vital Jeans y, Proyectos y Desarrollo, de propiedad de Alberto Aroch y Mónica Aroch Avellaneda, personas jurídicas en las que **Munar Fernández** y **Rivera Cifuentes** se desempeñaron a lo largo de la vigencia de las referidas sociedades como gerentes, presidentes, secretarios, asistentes financieros, en todo caso, vinculados con las juntas directivas, de cada una de ellas, con poder de decisión, desde donde se advirtieron irregularidades de orden económico, patrimonial y financiero.

Los incrementos patrimoniales injustificados, fueron los siguientes:

1. Para Moda Sofisticada:

- Año 2001, por más de Por más de \$470.000.000
- Año 2003, por más de \$48.000.000
- Año 2004, por más de \$656.000.000
- Año 2005 por más de \$958.000.000
- Año 2006, por más de \$570.000.000
- Año 2007, por más de \$854.000.000
- Año 2008¹, por más de \$10.134.000.000
- Año 2009, por más de \$1.273.000.000
- Año 2010, por más de \$1.883.000.000
- Año 2011, por más de \$130.000.000
- Año 2013, por más de \$3.069.000.000

R: 2016-00014-05
D: Enriquecimiento ilícito de particulares
P: Fernando Rivera Cifuentes y otro

- Incremento injustificado del patrimonio entre 2011 y 2012, por más de \$6.200.000.000.
- Entre 2012 y 2013 incremento en el patrimonio, por más de \$3.069.000.000.
- En 2013 incremento en el patrimonio derivado de un aumento de sus cuentas bancarias, por más de \$70.300.000.000.
- En 2011 y 2012, dineros girados a la cuenta N° 4010125706 de la sociedad Solutions For Bussines Strategies, por más de \$86.200.000.000
- Consignaciones a las cuentas bancarias ente 2009 y 2014, por más de \$149.643.719.132
- Cuentas por cobrar inexistentes para el 2006, por más de \$12.100.000.000; para el 2007, por más de \$3.015.000.000, reportadas por CI DEL ISTMO; para el año 2008, por más de \$10.985.000.000, por cuentas por cobrar no informadas por terceros; para el 2011 cuentas por cobrar inexistentes, por más de \$27.800.000.000, y por más de \$9.700.000.000, que no fueron informados por terceros.
- Ingresos para el 2006 por más de \$14.200.000.000, se desconoce su origen.
- Para el 2007 ventas por más de \$864.0000.000 efectuadas a la compañía CEI DEL ISTMO.
- Para el 2008 ingreso por más de \$33.131.744.160, se desconoce su origen, y para el año 2009 por más \$ 9.600.000.000.

En costos y gastos de la empresa Moda Sofisticada:

- Para el 2011 en \$ 5.900.000.000, compras realizadas a Cititex UAP.
- En el 2011 por compras a la sociedad comercializadora Marvia por más de \$1.500.000.000. En el 2012, compras a la comercializadora Marvia SAS por más de \$16.935.000.000; y compras a la comercializadora Enríquez por más de \$4.465.000.000.
- Giros inconsistentes por más de \$68.494.000.000: entre el 26 de noviembre

R: 2016-00014-05
D: Enriquecimiento ilícito de particulares
P: Fernando Rivera Cifuentes y otro

- Inversión extranjera inconsistente para el 2012 y 2013 por más de \$ 2.118.000.000.
- Para 2012 y 2014 diferencias injustificadas en los activos por más de \$391.000.000.000.
- Diferencias injustificadas en los pasivos por más de \$161.000.000.000.
- Diferencias injustificadas en los ingresos por más de \$185.000.000.000 y diferencias injustificadas en los costos y gastos por más de 96.000.000.000.

2. Para Vital Jeans SAS (antes Colmetex Ltda)

- Entre 2004 y 2015 incrementos irregulares por operaciones de comercio exterior por más de \$163.673.000.000, operaciones ficticias por más \$207.000.000.000., exportaciones sin capacidad económica para realizarlas, por más de \$171.949.000.000.
- Giros transferidos a sociedades por más de \$6.579.000.000. Pago a inversiones Gilfe SA por más de \$572.000.000.000, en el año 2006. En el 2007 a CEI del Istmo, por más de \$6.000.000.000.
- En 2009 exportaciones ficticias por más de \$43.800.000.000, a Textiles Contreras y Cooperativa Los Leones. En 2009 \$39.066.000.000, de un proveedor del exterior, sin tener la capacidad para ello.
- En 2009 ingresos operacionales inexistentes por \$45.306.000.000.
- En 2009 costos inexistentes por \$48.361.000.000.
- En 2011 giros por más de \$1.054.000.000 de Colmetex a Moda Sofisticada.
- En 2011 operaciones de comercio exterior, exportaciones e importaciones sin poseer los recursos financieros para ello por más de \$13.000.000.000.
- En 2011 giros injustificados recibidos del exterior por más de \$40.895.000.000.
- En 2012 exportaciones ficticias por más de \$12.685.000.000 con la empresa Textiles Contreras, e incrementos patrimoniales injustificados por la comparación patrimonial para los años 2005 y 2013 por más de \$79.500.000, y por más de \$28.894.000.

R: 2016-00014-05
D: Enriquecimiento ilícito de particulares
P: Fernando Rivera Cifuentes y otro

- Para 2012 más de \$2.587.000.000 de incremento patrimonial por justificar.
- En 2012 más de \$25.449.000.000 de ingresos de capital de origen desconocido.
- En 2012 operaciones con proveedores ficticios de comercializadora Marvia SAS, por más de \$29.303.000.000; y comercializadora Enrique Martínez, por más de \$17.652.000.000.
- Para 2013 créditos recibidos a través de cambios internacionales, por más de \$19.398.000.000; y, giro posterior a Moda Sofisticada por \$11.954.000.000, dineros recibidos por la sociedad Solutions For Business Strategies INC por US16.800.000, equivalentes a \$30.810.864.000
- Por la ejecución del contrato de Fiducia, más de \$3.210.000.000 a favor de Moda Sofisticada, injustificada para 2011 y cuentas por cobrar inexistentes que sirvieron para financiar obligaciones adquiridas con posterioridad a la ejecución de un proyecto con acreedores en diciembre de 2013, por \$16.000.000.000.

Esos incrementos e inyecciones de dinero injustificados representaron para Modas Sofisticadas, Vital Jeans y, Proyectos y Desarrollo un proceso de blanqueo de capitales.

Especificó que, **Ricardo Munar Fernández**, como hombre de confianza de Arocho Mugarbi, fungió como:

- El 12 de mayo de 2009 como miembro de la junta directiva de Vital Jean, de la que luego se convirtió en socio, para aparecer por primera vez en el registro mercantil el 14 de marzo de 2011 en acta de asamblea de accionistas de esa misma data. Su vinculación a esa empresa fue hasta 2014.
- Estuvo vinculado a Modas Sofisticadas desde 1993 hasta el 2014, fue su representante legal en los años 1993, 1999 y 2005.
- Administrador de Modas Sofisticadas y, Proyectos y Desarrollos.
- Miembro principal de la junta directiva de la sociedad Proyectos y Desarrollos, desde el año 2009 hasta 2014.

Al fungir como administrador —en calidad de representante legal o de miembro

R: 2016-00014-05
D: Enriquecimiento ilícito de particulares
P: Fernando Rivera Cifuentes y otro

patrimoniales injustificados obtenidos bajo su mandato y a favor de Alberto Aroch Mugrabi, son imputables a aquel.

Especificó que, **Fernando Rivera Cifuentes**, como hombre de confianza de Arocho Mugrabi, fungió como:

- Vinculado a Modas Sofisticadas en calidad de gerente o subgerente, desde el año 1991 en adelante.
- Liquidador de Modas Sofisticadas.
- Vinculado a Proyectos y Desarrollos como miembro principal de la junta directiva, entre los años 2008 y 2009. Intervino en el acto de constitución de la empresa en nombre y representación de Modas Sofisticadas.

Al fungir como administrador –en calidad de representante legal o miembro de la junta directiva- tales incrementos patrimoniales que se obtuvieron bajo su mandato y a favor de Alberto Arocho Mugrabi, son imputables a él.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Conforme a ello, en el radicado 2008-00234, entre el 15 y 18 de diciembre de 2015² ante el Juzgado 62 Penal Municipal de Control de Garantías de Bogotá, se realizaron distintas audiencias preliminares. En ellas, se legalizó la captura de **Munar Fernández y Rivera Cifuentes**, entre otros; la Fiscalía formuló imputación en contra ellos por los delitos de lavado de activos agravado en concurso con concierto para delinquir agravado y enriquecimiento ilícito en favor de terceros de que tratan los artículos 323, 324, 340 y 327 del C.P., por su parte, los encartados se allanaron, únicamente, al último de los cargos en mención³; finalmente, el a quo se abstuvo de imponer medida de aseguramiento de detención preventiva en

R: 2016-00014-05
D: Enriquecimiento ilícito de particulares
P: Fernando Rivera Cifuentes y otro

establecimiento carcelario⁴, pero esta decisión fue revocada el 12 de abril de 2016⁵ por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esta ciudad, para, en su lugar, imponerles medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento penitenciario y carcelario, por los tres delitos a los que se ha hecho referencia⁶.

Con ocasión a esta última decisión, **Rivera Cifuentes** y Munar Fernández quedaron a disposición de la causa seguida bajo el radicado 2008-00234⁷.

El 14 de abril siguiente, la Fiscalía presentó pliego de cargos «con allanamiento», en esta oportunidad, se radicó la actuación con el número 2016-00014⁸.

Así, con ocasión a la ruptura de la unidad procesal que devino a la aceptación parcial de cargos, surgieron dos procesos: el primigenio, adelantado con el radicado 2008-00234 y, el originado en el allanamiento, con el radicado **2016-00014**.

El 9 de agosto de 2017, le fue otorgada la libertad por vencimiento de términos a **Ricardo Munar Fernández**.

El 15 de agosto de 2017, el Juzgado 2º Penal Municipal con funciones de control de garantías de esta ciudad otorgó a **Fernando Rivera Cifuentes** libertad por vencimiento de términos dentro del proceso N° 2008-00234, en razón a ello, el Juez 53 Penal del circuito con funciones de conocimiento de Bogotá consideró que dicha medida privativa de la libertad debía continuar vigente «por el delito de ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO frente al que dicho ciudadano aceptó cargos, razón por la cual⁹» pidió que fuere puesto a su disposición; por lo que solicitó al Centro de Servicios Judiciales la expedición de la correspondiente orden de captura¹⁰.

R: 2016-00014-05
D: Enriquecimiento ilícito de particulares
P: Fernando Rivera Cifuentes y otro

En sesiones de 2 y 20 de noviembre de 2017 el Juzgado 53 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá convocó a las partes e intervinientes para diligencia de individualización de pena y sentencia; en ella, el a quo indicó que el fallo sería de carácter condenatorio y procedió a dar trámite a lo normado en el precepto 447 de la Ley 906 de 2004.

3. El 13 de septiembre de 2018, el Juzgado 53 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esta urbe dictó la correspondiente sentencia, la que, recurrida por los defensores de los procesados; anulada por el ad quem con providencia del 22 de febrero de 2019, por falta de motivación.

4. El 22 de agosto de 2019, el Juzgado 53 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, trajo a colación los elementos materiales probatorios aportados a la investigación, indicó que ellos dan cuenta de la responsabilidad penal que a los procesados les asiste dentro del delito de enriquecimiento ilícito de particulares por el que se allanaron en la formulación de imputación.

Así, condenó a **Munar Fernández** a 60 meses de prisión y multa de \$18.000.000.000, y a **Rivera Cifuentes** a 69 meses de prisión y multa de \$18.480.000.000, por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, al que se allanaron; y a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el mismo lapso de la sanción principal.

Negó a los procesados la suspensión condicional de la ejecución de la pena de que trata el canon 63 del C.P., comoquiera que el término privativo de la libertad que se les impuso supera el previsto por el factor objetivo de la citada norma, es decir, 36 meses de prisión. Tampoco se les benefició con la prisión domiciliaria de que trata artículo 38B ídem, dado que el delito por ellos cometido está excluido de tal beneficio por prohibición expresa de la regla 68A del mismo ordenamiento. En

R: 2016-00014-05
D: Enriquecimiento ilícito de particulares
P: Fernando Rivera Cifuentes y otro

ese sentido, dispuso que **Rivera Cifuentes** continuase privado de la libertad, y, ordenó la expedición de orden de captura en contra de **Munar Fernández**¹¹.

Recurrido por los defensores de los procesados, el referido fallo fue confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá mediante sentencia aprobada en acta número 113 de 5 de noviembre anterior, lectura de fallo realizada el 14 del mismo mes y año¹².

AUTOS DE PRIMERA INSTANCIA Y RECURSOS DE APELACIÓN

Sobre la libertad condicional prevista en el artículo 64 del C.P.

El 16 de agosto de 2019 el a quo indicó que **Rivera Cifuentes** lleva más de 3/5 partes de la pena a la que fue condenado¹³, tiene arraigo y ha mostrado buena conducta durante el tiempo que lleva privado de la libertad; no obstante, le negó tal beneficio, porque: i) como se valoró en la sentencia de primera instancia «no tuvo reparo alguno en aprovechar su vinculación legal con varias empresas, para obtener cuantiosos incrementos patrimoniales a favor de un tercero, en detrimento del bien jurídico del orden económico y social», ii) no se acreditó que a futuro el encartado desarrollará un trabajo o una actividad que lo obligue a permanecer en su residencia y; iii) no ha efectuado ninguna acción tendiente a reparar a las víctimas.

El defensor de **Fernando Rivera Cifuentes** no está conforme con la decisión y en su apelación refiere que: i) como el delito en cuestión es de ejecución instantánea, el a quo erró al estudiar su pretensión con base en el artículo 64 del Código Penal, modificado por la Ley 1709 de 2014, pues debió hacerlo conforme a la ley vigente al momento de los hechos; ii) insiste en que, si era del caso

R: 2016-00014-05
D: Enriquecimiento ilícito de particulares
P: Fernando Rivera Cifuentes y otro

pronunciarse con respecto a la gravedad del delito, esta valoración debió limitarse a lo plasmado en la sentencia, mas no a nuevos juicios de valor; iii) reprocha que el Juez exija al procesado probar que tendrá un trabajo que lo obligue a permanecer en su residencia, pues tal requisito no lo prevé la norma en cita; iv) sostiene que es improcedente exigirle al encartado el pago de los daños causados con el delito, pues a la fecha no ha sido condenado a ello.

Sobre la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38G

El 2 de septiembre anterior, el Juez 53 Penal del Circuito de conocimiento de Bogotá consideró que «no existe discusión en relación con que el señor RIVERA CIFUENTES lleva cumplidos más de los 34.5 meses que corresponden a la mitad de la pena de 69 meses de prisión a los que fue condenado», que su arraigo familiar y social «tampoco ofrece duda» pues se verificó que reside en la AK 24 N°. 41-88 102 de esta ciudad.

No obstante, negó la pretensión porque el numeral cuarto del artículo 38B (al cual se remite la norma 38G ídem) exige a quien pretende ser destinatario de esta clase de prisión domiciliaria que repare los daños ocasionados con el delito; el pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia»¹⁴; requisito que el encartado no ha cumplido. Especifica que el incremento del que **Fernando Rivera Cifuentes** fue responsable asciende a \$1.364.981.988.945, «de los cuales se encuentra indefinida su indemnización», por lo que resulta «imposible» imponer una caución acorde a este aumento patrimonial.

1. El defensor de **Fernando Rivera Cifuentes** apeló esta decisión al estimar

R: 2016-00014-05
D: Enriquecimiento ilícito de particulares
P: Fernando Rivera Cifuentes y otro

cuando la sentencia no se encuentra en firme y, por ende, no se ha habilitado la posibilidad de iniciar el incidente de reparación integral, escenario en el que se debatirá tal pago¹⁵.

CONSIDERACIONES

El Tribunal Superior de Bogotá es **competente** para resolver el recurso interpuesto por el defensor técnico del procesado acorde con lo dispuesto en el ordinal 1° del artículo 34 del C. de P.P., pues la impugnación va dirigida contra un auto dictado por un juzgado penal del circuito de Bogotá. De manera que se analizará la petición del recurrente con las restricciones impuestas para la competencia funcional, relacionadas con la prohibición de la reforma en perjuicio del único apelante y la limitación exclusiva al estudio de los temas propuestos.

De la libertad condicional y de la prisión domiciliaria (Arts. 64 y 38G del Código Penal)

Debe especificarse que ambos beneficios estarían llamados, en principio, a ser conocidos por el juez ejecutor de la condena, pues para uno y otro se exige que la pena de prisión se haya cumplido por un tiempo determinado; sin embargo, nada impide que este análisis lo haga el juez de conocimiento, pues el numeral 3 del artículo 37 de la Ley 599 de 2000 preceptúa que el tiempo cumplido bajo detención preventiva se reputa como parte cumplida de la pena en caso de sentencia condenatoria.

Entonces, conforme la secuencia jurídica y lógica de los problemas que

R: 2016-00014-05
D: Enriquecimiento ilícito de particulares
P: Fernando Rivera Cifuentes y otro

a la libertad, por lo que se analizará lo que tiene que ver con la medida cautelar personal (detención) con la que se gravó a los acusados, debido a que es el escenario procesal primario llamado a tal cometido¹⁶.

Así, luego de hacer una ilación al trámite accidental de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad que se solicitaron y debatieron ante los jueces con funciones de control de garantías, es necesario expresar que la Sala no comparte el criterio que el a quo aplicó de hacer extensivo el efecto de manera directa en el presente proceso, de la detención preventiva que recaía en **Fernando Rivera Cifuentes** por otra causa en la que se originó la ruptura procesal.

Ello, porque el Tribunal entiende que si bien el 12 de abril de 2016 el Juez Segundo Penal del Circuito de Bogotá -actuando como control de garantías en segunda instancia- dictó medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento penitenciario por los tres delitos que le fueron imputados a los procesados (enriquecimiento ilícito de particulares, concierto para delinquir agravado y lavado de activos agravado), se hizo bajo una unidad procesal identificable, entre otros, por la asignación numérica del radicado, **2008-00234**¹⁷; al operar la ruptura, se generó un proceso con autonomía e independencia, pues el radicado que devino del rompimiento procesal, esto es, el **2016-00014**, aún no existía.

Así, mal podría dividirse una medida cautelar tantas veces como la suerte de procesos sucedáneos se desprendan del original en el que se impartió, tal como lo entendió el a quo en providencia del 15 de agosto de 2017, con la que solicitó dejar a su disposición a **Rivera Cifuentes** después de que un juez de garantías le otorgara libertad por vencimiento de términos dentro del primer trámite **2008-00234** seguido en los juzgados especializados y, por ende, para atender unos de los

R: 2016-00014-05
D: Enriquecimiento ilícito de particulares
P: Fernando Rivera Cifuentes y otro

supuestos de hecho del artículo 317 del C. de P.P. (causales de libertad), sometió al privado de la libertad a una nueva (por decirlo de alguna manera) imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento penitenciario, sin los requirentes naturales, el fiscal delegado o la víctima; ni ante el juez natural y funcional, de control de garantías, con lo que inició una nueva contabilidad de términos desde el día 1 y bajo las normas propias de la libertad por vencimiento de términos, pero esta vez, con ocasión al devenir propio del proceso que se adelantaba bajo la dirección del juez 53 Penal del Circuito de esta ciudad.

Lo anterior trae consigo una situación adicional, con el que se expresa, por el Tribunal, una posición que se distancia de la aplicada por el a quo, pues se asimiló que una y otra medida cautelar personal correspondían a delitos y procesos distintos (2008-00234 y 2016-00014), cuando lo cierto era que, por la unidad de los punibles concursales se impuso la medida de aseguramiento, de cierto que, de llegar a ser procedente, los descuentos punitivos serían en una sola contabilidad a partir de la efectiva privación de la libertad, al igual que para otros efectos como los referidos en el artículo 317 mencionado.

Las interpretaciones acaecidas a partir del entendimiento que se le da a la vigencia de la medida de aseguramiento que antecede a una ruptura procesal, para el caso bajo examen en esta ocasión, si para la libertad condicional y la prisión domiciliaria de que trata los artículos 64 y 38G del C.P., se debió tener en cuenta el tiempo que **Fernando Rivera Cifuentes** cumplió (físico y por redención) desde el 12 de abril de 2015 por el radicado 2008-00234; o a partir del 15 de agosto de 2015, última data en la que fue dejado el procesado a disposición del radicado 2016-00014 –esta causa-, por orden del juez de primera instancia.

No obstante, el criterio que la colegiatura debe mantener con independencia

R: 2016-00014-05
D: Enriquecimiento ilícito de particulares
P: Fernando Rivera Cifuentes y otro

tiempo físico y por redención a él reconocido, se vería disminuido en sede de segunda instancia.

Así, la Sala abordará cada uno de los mencionados institutos jurídicos (libertad condicional y prisión domiciliaria), para lo cual traerá a colación la norma pertinente, con su análisis que contraste lo decidido por el a quo (1), lo recurrido por el apelante (2) y, finalmente, las consideraciones del Tribunal (3).

Libertad condicional

(Artículo 64 del Código Penal, modificado por la Ley 1709 de 2014)

1. La norma en cuestión dispone:

Artículo 64. Libertad condicional. El juez, previa valoración de la conducta punible, concederá la libertad condicional a la persona condenada a pena privativa de la libertad cuando haya cumplido con los siguientes requisitos:

1. Que la persona haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la pena.
2. Que su adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena.
3. Que demuestre arraigo familiar y social.

Corresponde al juez competente para conceder la libertad condicional establecer, con todos los elementos de prueba allegados a la actuación, la existencia o inexistencia del arraigo. En todo caso su concesión estará supeditada a la reparación a la víctima o al aseguramiento del pago de la indemnización mediante garantía personal, real, bancaria o acuerdo de pago

R: 2016-00014-05
D: Enriquecimiento ilícito de particulares
P: Fernando Rivera Cifuentes y otro

El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como periodo de prueba. Cuando este sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto igual, de considerarlo necesario.

2. Como quedó dicho en la sentencia de segunda instancia de esta causa: el comportamiento aceptado por **Rivera Cifuentes** obedeció a un solo delito de enriquecimiento ilícito de particulares iniciado en el 2002 y culminado en 2015, con base en los elementos materiales probatorios que analizó el juzgador, por lo que, «sus efectos materiales (en los que se encuentran las consecuencias punitivas) los determina el último acto»¹⁸.

En consecuencia, dado que **Rivera Cifuentes** aceptó cometer el delito de enriquecimiento ilícito de particulares en esas condiciones, con acierto, el a quo definió que la normativa a aplicar en esta oportunidad no era otra que el artículo 64, modificado por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014¹⁹.

3. A su vez, la Corte Suprema de Justicia enseña que la referida normativa «dispone la *valoración de la conducta* punible por parte del juez, como presupuesto necesario para el pronunciamiento sobre la libertad condicional del declarado responsable²⁰». De su lado, la Corte Constitucional²¹ y el Máximo Tribunal en lo penal²² han enseñado que esa valoración se limita a las consideraciones hechas por el fallador dentro del proveído condenatorio, con lo que se evita un doble castigo por la misma conducta delictiva; en casos análogos.

Aun cuando el recurrente asegura que ese criterio no fue acatado por el a quo, el ad quem observa lo contrario, al leer de dicho proveído que, el procesado «no tuvo reparo alguno en aprovechar su vinculación legal con varias empresas, para obtener cuantiosos incrementos patrimoniales a favor de un tercero, en detrimento

R: 2016-00014-05
D: Enriquecimiento ilícito de particulares
P: Fernando Rivera Cifuentes y otro

del bien jurídico del orden económico y social», a lo que el Tribunal se permite añadir los siguientes renglones de la sentencia de primer grado:

- Surge evidente que los procesados siempre estuvieron en los más altos cargos de las diferentes empresas, particularmente en el cargo de representante legal, lo que significa que actuaban en nombre de las distintas personas jurídicas (...)
- (...) No solo eran conocedores del andamiaje elaborado en las pluricitadas personas jurídicas de Aroch Mugarabi, sino que tenían papeles protagónicos en la empresa criminal «participaban activamente de las mismas (...)
- En cuanto a FERNANDO RIVERA CIFUENTES, aparece vinculado con la empresa MODA SOFISTICADA a partir del año 1991, en diferentes calidades, tales como gerente y subgerente, manteniéndose a lo largo de la vida jurídica de las empresas con todas las atribuciones que el cargo le imponía: asistía a reuniones de asamblea o juntas directivas en las que fungía en diferentes cargos, tales como presidente, representante legal, gerente, subgerente y secretario.

Adicionalmente, ejercían sus funciones en las calidades indicadas, es decir, que no eran meramente nominales las designaciones en los diferentes cargos,

- Así mismo el señor RIVERA CIFUENTES aparece vinculado con la empresa PROYECTOS Y DESARROLLO, en calidad de miembro de la junta directiva en los años 2008 y 2009, incluso intervino en la constitución de la empresa MODA SOFISTICADA.
- (...) Los procesados aprovecharon su vinculación legal con las empresas antes mencionadas, en las cuales desempeñaron cargos de

R: 2016-00014-05
D: Enriquecimiento ilícito de particulares
P: Fernando Rivera Cifuentes y otro

ejercidos (...) les posibilitaban advertir las irregularidades patrimoniales y financieras acaecidas al interior de las mismas y evitarlas (...)».

Por tanto, la motivación del a quo para negar a **Fernando Rivera Cifuentes** el beneficio invocado converge con los lineamientos jurisprudenciales atrás anotados, pues se le atribuye al procesado una participación prolongada, activa y trascendente dentro del rol de confianza por él asumido en la organización liderada por Aroch Mugrabi.

Por ende, el reproche del apelante no tiene vocación de prosperar, lo cual, a su vez, releva al ad quem de pronunciarse respecto de los demás reproches propuestos por el apelante en lo que tiene que ver con este beneficio.

Prisión domiciliaria

(Artículo 38G del Código Penal)

1. El referido artículo dispone:

Artículo 38G. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del condenado cuando haya cumplido la mitad de la condena y concurran los presupuestos contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo 38B del presente código, excepto en los casos en que el condenado pertenezca al grupo familiar de la víctima o en aquellos eventos en que fue sentenciado por alguno de los siguientes delitos: genocidio; contra el derecho internacional humanitario; desaparición forzada; secuestro extorsivo; tortura; desplazamiento forzado; tráfico de menores; uso de menores de edad para la comisión de delitos; tráfico de migrantes; trata de

R: 2016-00014-05
D: Enriquecimiento ilícito de particulares
P: Fernando Rivera Cifuentes y otro

abuso de funciones públicas con fines terroristas; financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada; administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada; financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso restringido, uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, salvo los contemplados en el artículo 375 y el inciso 2o del artículo 376 del presente código.

Si bien, se trata de un beneficio del que estaría llamado a conocer el juez de ejecución de penas, «pues para el mismo se requiere que la pena de prisión se ejecute por tiempo superior a la mitad del fijado en el fallo correspondiente (...) nada impide que ese análisis igualmente lo efectúe el sentenciador, comoquiera que acorde con el artículo 37, numeral 3, de la Ley 906 de 2004 (sic), el tiempo cumplido bajo detención preventiva se reputa como parte cumplida de la pena en caso de sentencia condenatoria»²³. Además, al emitirse el sentido del fallo condenatorio «la detención sigue teniendo una naturaleza cautelar, no para el proceso sino para el cumplimiento de la pena (art. 296 ídem)²⁴».

Así, «para acceder a esta modalidad de prisión domiciliaria se requiere que (i) el sentenciado haya cumplido la mitad de la pena impuesta, (ii) no se trate de alguno de los delitos allí enlistados, (iii) el condenado no pertenezca al grupo familiar de la víctima, (iv) se demuestre su arraigo familiar y social, y (v) se garantice, mediante caución, el cumplimiento de las obligaciones descritas en el numeral 4 del artículo 38B del Código Penal.²⁵»

R: 2016-00014-05
D: Enriquecimiento ilícito de particulares
P: Fernando Rivera Cifuentes y otro

2. Bajo esa línea normativa y jurisprudencial, el Tribunal debe establecer, si es procedente que el juez de conocimiento supedite el otorgamiento de la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38G, a las resultas de un eventual incidente de reparación integral.

La tesis de la Sala es negativa, porque:

El literal B del numeral 4 del artículo 38B del C.P. -al cual se remite el canon 38G ídem- condiciona a que se garantice con caución, el pago de la indemnización de los daños ocasionados con el delito, dentro del tiempo que disponga el juez, asegurando la constitución de garantía personal, real, bancaria, o mediante acuerdo con la víctima, salvo que se demuestre insolvencia económica. Incumplimiento que no solo hará efectiva la caución, sino que dará paso a la revocatoria de la prisión domiciliaria para que se siga ejecutando intramuralmente.

Conforme a lo estatuido en el artículo 102 del C. de P.P. procesalmente, no es posible determinar antes de la sentencia (tanto en los procesos ordinarios como en los que terminan de manera abreviada) el monto de los perjuicios ocasionados con el delito²⁶. De ahí que sea desacertado «exigir al procesado su pago previo, y por lo tanto seguir negando el subrogado cuando el procesado no ha pagado los perjuicios antes de la sentencia, es una exigencia exorbitante incompatible con la constitucionalidad de las normas que autorizan la restricción de la libertad individual»²⁷.

Algunos reclamarían la posibilidad de articular, con la disposición que ahora se analiza, la figura de la conciliación judicial en cumplimiento del literal B del numeral 4 del artículo 38B, si no fuera porque se trata de un acto que requiere de la libre voluntad de las partes, lo que llevaría a entender que por esta vía «el procesado

R: 2016-00014-05
D: Enriquecimiento ilícito de particulares
P: Fernando Rivera Cifuentes y otro

actuaría bajo el apremio de que de no conciliar los perjuicios, perdería su derecho al subrogado, lo cual no es aceptable en un proceso judicial democrático»²⁸.

Por otra parte, la Sala no encuentra qué incidencia tiene para la fijación de la caución²⁹ el hecho de que no se haya establecido el monto de una eventual condena por indemnización de perjuicios derivados del delito.

La caución no reemplaza la obligación que surja de indemnizar por los perjuicios causados con la conducta punible, es una condición previa que media la posibilidad de agraciar la situación de una persona privada de la libertad en la forma que se seguirá ejecutando la pena, pero a la vez da la oportunidad de mostrar, por el beneficiado, su compromiso de apegarse a la normatividad que lo apremiará mientras que solvente todas sus obligaciones, listado del que solo es parte la reparación de los daños, así como no cambiar de residencia sin autorización del juez, comparecer ante la autoridad que vigila la pena cuando sea requerido, o las visitas de las autoridades penitenciarias bajo a misma función de verificación.

La manera como se regula la figura de la caución permite que por su naturaleza se de aplicación, en lo pertinente, al tratamiento que se da a tal fianza, al momento de regular las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, sobre quién y cómo se constituye (art. 307-8 CPP); consecuencias del incumplimiento (art.316 ib.); alternativas, plazos o sustitución (art. 319 ib.); se ha de recordar que conforme a lo dispuesto por la Sala Penal de la alta corporación, físicamente las medidas de aseguramiento mantienen su forma ejecución, pero una vez emitido el sentido del fallo condenatorio, mutan de ser temporales y con fines constitucionales, a garantizar el cumplimiento de la sanción impuesta; razón para que los atributos y manejos dados en la fase anterior, puedan traspasarse, en lo pertinente, a la fase en la que nos encontramos, puesto que tienen un mismo objetivo, garantizar el cumplimiento

R: 2016-00014-05
D: Enriquecimiento ilícito de particulares
P: Fernando Rivera Cifuentes y otro

de las obligaciones que acepta cumplir antes de recibir los beneficios de morigerar la restricción a la libertad intramural por la residencial.

Sobre los montos de la caución, por integración normativa (art. 25 ib.), es viable tomar lo dispuesto en la normativa 369 de la Ley 600 de 2000, que define la caución prendaria como «el depósito de dinero o la constitución de una póliza de garantía, en cuantía de hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que se fijará de acuerdo a las condiciones económicas del sindicado y la gravedad de la conducta punible».

Tras lo dicho en este acápite de la providencia, se ha de revocar el auto de 2 de septiembre de 2019 para, en su lugar, conceder a **Rivera Cifuentes** la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38G del C.P.

Con el fin de fijar los términos en los que quedará la decisión se ha de tener en cuenta las consideraciones del auto apelado, en especial en cuanto a lo demostrado.

Se tiene que, **Rivera Cifuentes** ha descontado más de la mitad de la pena impuesta, prueba de ello es que para el 16 de agosto anterior (al que el juzgador de primera instancia se remite) se contabilizaban 50 meses y 27 días de los 69 meses de prisión a los que fue condenado³⁰; el interesado ya había acreditado el arraigo familiar y social desde el referido auto de 16 de agosto³¹. Agréguese que el delito de enriquecimiento ilícito de particulares no hace parte de los delitos excluidos por el canon 38G del C.P.³²

³⁰ En el auto de 16 de agosto de 2019, se lee:

«(...) atendiendo a que su captura acaeció el 12 de abril de 2016, es decir que a la fecha (esa fecha) lleva 40 meses y 24 días.

Si a dicho quantum se suma los 292.5 días de redención reconocidos por este despacho el 19 de diciembre de 2018, más los 40.5 días que se le redimen en esta oportunidad, equivalentes a las 486 horas de estudio certificadas al interior del establecimiento carcelario, se obtiene un resultado total de pena cumplida equivalente a **50 meses y 27 días** de prisión (...)

³¹ En el auto de 16 de agosto de 2019, se lee:

(...) a través de una declaración extraproceso suscrita por su cónyuge, la señora GLORIA CECILIA RANGEL y de sus tres hijos MARÍA ANGÉLICA RIVERA RANGEL, LUIS FERNANDO RIVERA RANGEL Y CAMILO ALFONSO RIVERA RANGEL, quienes dieron cuenta de los lazos familiares y afectivos que los unen como familia.

R: 2016-00014-05
D: Enriquecimiento ilícito de particulares
P: Fernando Rivera Cifuentes y otro

Frente a ese panorama, **Fernando Rivera Cifuentes**, para acceder a la medida sustitutiva, debe suscribir ante el Juez de primera instancia acta de compromiso en la que se obligue a cumplir las obligaciones consagradas en el ordinal 4° del artículo 38B del Código Penal, la cual habrá de garantizar mediante caución equivalente a quinientos (500) S.M.L.M.V.

Suma que deviene de valorar la gravedad de la conducta, esto es, no solo a la naturaleza del delito aceptado por los procesados sino a que se trató de un hecho que se postergó por un lapso de 14 años (entre 2001 y 2015), los cargos que representó u ocupó durante ese tiempo en las empresas (subgerente, liquidador, miembro principal de la junta directiva y representante legal, la cual quedó plasmado en las sentencias de primera y segunda instancia) y la presunta cantidad de dinero incrementado con ese reprochable proceder; así como la condición económica del procesado, esto es, conforme a lo conocido en los documentos allegados en la diligencia de que trata el canon 447 de la Ley 906 de 2004, que es propietario de un inmueble (que cuenta con hipoteca abierta), que se desconoce dato alguno de que alguna persona dependa económicamente de él y que la administradora de pensiones COLPENSIONES mediante resolución N°. 8502 de 2009 le concedió pensión de vejez registrando ingreso a nómina en marzo de 2009 y que para la nómina de enero de 2018 devengó \$5.494.699.00 de los que se dedujeron 659.400.00 por SALUD SANITAS, para un neto girado de: \$4.835.299.00.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R: 2016-00014-05
D: Enriquecimiento ilícito de particulares
P: Fernando Rivera Cifuentes y otro

RESUELVE:

Primero. Confirmar el proveído de 16 de agosto de 2019, en lo que fue materia de alzada.

Segundo. Revocar la decisión de 2 de septiembre de 2019, para, en su lugar, conceder a **Fernando Rivera Cifuentes** la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38B del C.P.,

En consecuencia, para acceder a ella, deberá suscribir ante el Juez de primera instancia acta en la que se comprometa a cumplir las obligaciones consagradas en el ordinal 4° del artículo 38B del Código Penal, la cual habrá de garantizar mediante caución equivalente a quinientos (500) S.M.L.M.V.

Tercero. Contra este auto de segunda instancia no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase,

Los magistrados,

MANUEL ANTONIO MERCHÁN GUTIÉRREZ

XENIA ROCÍO TRUJILLO HERNÁNDEZ

FERNANDO ADOLFO PAREJA REINEMER

hsb

Página 23 de 23