

GACETA ARBITRAL

PROPIETARIO-EDITOR: RODRIGO BECERRA TORO, Cali, Colombia

NUMERO: 98

AÑO VIII

FECHA: 1 de septiembre de 2020

ASUNTO: Las conductas mañosas, habilidosas o de maquinación en el proceso arbitral pueden generar fraude procesal

CARÁCTER: Los comentarios u opiniones del editor no obligan al lector porque la doctrina no es fuente formal del derecho colombiano.

Sencillamente, porque por *causa* de ellas el sujeto puede infringir la ley penal, al incurrir en maniobras *dolosas* que se subsumen en el delito de *fraude procesal*, a tenor del artículo 453 del Código Penal. Aunque, de ordinario el proceso judicial, tomado en sentido general, se desarrolla sin mácula, es posible, sin embargo, que una cualquiera de las partes, por sí, o en común acuerdo con su apoderado o terceros, incurran en una actuación que esté encaminada a la obtención de un resultado ilícito dentro de la causa, combinando frecuentemente distintos tipos de conductas que si se miran separadamente pueden resultar inocuas o indiferentes, pero que debido al propósito dañino que tienen para alterar la sanidad jurídica del proceso, causan en conjunto perjuicio a la administración de justicia y a la parte contraria o a un tercero, cuando se utiliza con ese propósito venal el proceso como plataforma del actuar delictivo. [Incurren, por ende, en este delito las partes, sus apoderados, el juez o árbitro, los terceros que intervienen en el proceso (como testigos, peritos, y demás auxiliares de la justicia), los suministradores de información para el proceso, etc., en los términos en que se tipifica].

Es posible, pues, que a través de dichas conductas *antijurídicas y lesivas* del bien jurídico tutelado, y del daño a la parte contraria o a un tercero, se pretenda *engañar* al juez o árbitro, *a sabiendas*, para que profiera una decisión contraria a lo que en derecho corresponde, en razón a un interés patrimonial o personal, y que formalmente reviste el carácter de una sentencia judicial (o de una decisión interlocutoria) pero que en su sentido material es injusta.

Se entiende entonces que el escenario de este tipo delictual, en nuestro caso, es el *proceso* arbitral, y que la primera víctima del engaño que conlleva la actuación de la parte, con o sin su apoderado o terceros, es el árbitro que se ve expuesto a proferir una sentencia (o auto interlocutorio) contrario a la ley, independientemente de si se dicta o no, de lo que se sigue que el autor del reato lo que busca es torcer el sentido y el alcance de lo que es justo, llevando al árbitro a que, con un criterio equivocado incurra en un error para decidir, por lo que el fraude procesal es un delito contra *la verdad y la rectitud con que debe administrarse la justicia*, luego, el fraude procesal puede cometerse en cualquier estado del proceso y mediante cualquier acto procesal, [Dentro de estos actos procesales,

caben a vía de mero ejemplo y amén de otros, la afirmación o negación de los hechos de la demanda, o de la contestación a ella o de las excepciones, la aducción de pruebas falsas, la petición de pruebas que de antemano se saben que son dolosas, las respuestas falsas del interrogatorio de parte, la suplantación de personas, la falsedad de las declaraciones del testigo, su ocultamiento, el documento que no goce de autenticidad o carezca de veracidad, las conclusiones dolosas del perito, la solicitud dolosa de mejoras, el agravamiento fraudulento del riesgo, etc., y en fin, cualquiera otra maniobra engañosa de este estilo].

Con todo, en el fraude procesal lo que se pretende no es simplemente que el árbitro se equivoque al decidir, sino que la actuación torcida y maliciosa está dirigida a concretar un beneficio extrajudicial, que finalmente puede producirse o no, según las condiciones externas que rodean el caso, porque, tratándose de un delito eminentemente doloso el autor no delinque por el simple hecho de hacerlo sino porque tiene un propósito definido para sí o un tercero. Hacemos esta advertencia porque para la tipificación del delito no es necesario que se produzca o realice el aludido beneficio, más allá de que lo que el acto funcional tenga de beneficio [Ver, C.S.J., SCP, Sentencia de 4 de octubre de 2010, Rad. 11210, M.P. C. Mejía Escobar; y Sentencia de 5 de mayo de 2004, Rad. 20013, M.P. M. Pulido]. Ahora bien, la conducta maliciosa e ilícita puede fraguarse por una sola de las partes, o por ambas, o por un contubernio entre las partes procesales y el juez (lo que es exótico), aunque, el común denominador se refiera a la conducta anti-jurídica de una de las partes, frente al operador judicial que se supone imparcial e independiente de los litigantes.

Es, por eso, que este delito supone la presencia del árbitro, como director del proceso y de la producción de la prueba, para cuyo efecto no pueden perderse de vista los deberes y facultades constitucionales y legales que resultan medulares para la lícita y debida ordenación de la actividad procesal de las partes en litigio, de manera que el árbitro es el eje de la relación jurídica-procesal que se traba, y en cuya recta función una de las partes busca maliciosamente que incurra en error para la obtención del beneficio a que ya nos referimos. Es, en esencia, contra esos poderes y facultades de árbitro que atenta el autor del fraude procesal, porque con su vulneración no puede el juez sanamente limpiar el proceso de actuaciones de mala fe de una o ambas partes, ni exigir reglas claras en su trámite, ni encausar la licitud de las pretensiones (y de las excepciones), ni atinar en la legalidad de sus decisiones de la sentencia, y en forma adicional, pero, igualmente grave, la comisión del delito pone al árbitro en situación de no poder velar por la licitud en la producción de la prueba (que puede entonces resultar amañada o alterada de mala fe) y lo lleva bajo maniobras engañosas a valorar medios de prueba contaminados por el delito, enfrentado a la tarea de decidir. En efecto, con dicho fraude procesal el autor del delito busca vulnerar la dignidad de la justicia, la lealtad entre partes y el juez, la probidad y buena fe del árbitro, y torcerle el cuello a la justicia mediante el referido fraude (arts. 42, 43, 44, 78 C.G.P.).

Es, pues, claro, que este fraude ocurre dentro del proceso arbitral, porque así lo exige la tipología del delito, por lo que el *destinatario* de la maniobra engañosa es el árbitro, como juez de la causa, para que adopte una decisión que de otra forma no hubiera racional y jurídicamente dictado, bajo la presencia del ardid que le hace cambiar de criterio [lo que indica que *el error del árbitro es de tipo psíquico*], dando así lugar a una decisión injustificada y perjudicial para la parte jurídicamente sana del proceso, lo que permite ver que en la mayoría de los casos el fraude recae en la producción o manipulación de la prueba y de los elementos de convencimiento en que se debe soportar el árbitro, lo que puede deberse a una alteración formal del medio de prueba, o del aspecto ideológico del mismo, por lo que se atiende bien a la autenticidad de la prueba como a su veracidad. No basta entonces que se haga tal manipulación de la prueba o de los elementos de convicción, sino que debe existir el montaje de un esquema, maniobra o ardid, fraudulento, capaz de llevar al árbitro a decidir contrariamente a derecho, de modo que se exige la presencia del *dolo positivo* para incurrir en el delito, aunque, claro, no basta el solo fraude sino que él debe estar dirigido a obtener un beneficio patrimonial o personal antijurídico, que de otra manera no se lograría conseguir, lo que nos permite sostener adicionalmente que el montaje o ardid doloso debe ser *apto, idóneo o eficiente* para que el árbitro caiga en el error, aunque, efectivamente no incurra en él [Ver, Carlos Fontán Balestra, Derecho Penal, parte especial, 2ª edición, pág. 499, Astrea, Buenos Aires, 1988], porque el delito de fraude procesal es de mera conducta y no exige la producción del resultado [C.S.J., SCP, Sentencia de 30 de julio de 2014, Rad 42014, M.P. Patricia Salazar Cuéllar].

Sólo la parte (con o sin su apoderado) que es proclive al fraude procesal es capaz de llevar al proceso arbitral comportamientos repugnantes no sólo a la moral y la ética, sino también violatorios de la ley y de la majestad de la justicia encarnada en el ente estatal, atentando así contra su recta administración y el interés común, de ahí que se consagre el delito como violatorio de esos intereses jurídicos la figura del fraude procesal (art. 453 C.P.).

Por ende, el fraude procesal requiere la existencia del proceso arbitral, en el que el árbitro resulta asaltado en su buena fe y se convierte en un instrumento en contra de sus legítimas facultades de decisión, disposición o aplicación de los derechos sometidos a su decisión. Por eso, la conducta procesal del delincuente se traduce o materializa por cualquier medio (forma, mecanismo, instrumento) que resulte capaz de llevar al árbitro a error, para que de manera equivocada profiera una decisión con carácter de sentencia (o interlocutoria), en contra de lo prevenido en la ley, beneficiándose de ella una parte del proceso (la tramposa) o un tercero (Ver, art. 453, modificado por el art. 11 de la ley 890 de 2004).

El delito en referencia supone así, en cuanto a su estructura, una conducta específica no condicionada a ningún otro tipo penal, capaz de inducir a error al árbitro, y que por su contenido debe tener *suficiencia* para producir en el árbitro un resultado psicológico de

aceptación de la conducta desplegada por el autor [Ver, C.S.J., S.C.P., Sentencia de 10 de septiembre de 2014, Rad. 43716, M.P. Eugenio Fernández Carlier], *el cual se extiende en el tiempo hasta que el engaño previsto tenga capacidad para alcanzar su propósito procesal*, lo que indica que se está en presencia de una conducta *permanente* y mientras el árbitro se mantenga en posibilidad de error [C.S.J., SCP, Sentencia de 4 de febrero de 2015, Rad 41641, M.P. Eugenio Fernández Carlier], sin perjuicio de que el árbitro detenga su curso al percatarse del engaño que existe en la situación viciada, lo que lleva a concluir que se trata de un delito con *finalidad típica* (la obtención de una decisión contraria a derecho), que exige la presencia de un dolo directo de primer grado en el sujeto activo.

Percatados de lo anterior, el propósito buscado por el sujeto activo del delito de fraude procesal es cambiar, alterar o variar la verdad *ontológica* con el fin de acreditar en el proceso que adelante el árbitro *una verdad distinta a la real*, que con la expedición de la sentencia o del auto interlocutorio se convertirá en una verdad procesal amañada y torcida.

Hay, por ende, una estructura típica en el delito de fraude procesal compuesta por elementos objetivos y subjetivos que integran su fisonomía jurídica penal. Desde la percepción *objetiva* se destaca:

a). Un sujeto activo ("el que") que para el caso del arbitraje hace parte en el proceso correspondiente, (aunque, en ocasiones, raras por ciento, se incluye al juez o árbitro, que, en nuestra opinión puede llegar a responder por delitos más graves (concusión, cohecho, prevaricato, arts. 404, 405 y 413 C.P.). La ley penal no exige que el sujeto activo del delito tenga una calidad o condición determinada para que cometa la actuación anti-jurídica e incurra en la posibilidad de inducir a error al árbitro [Ver, Corte Constitucional, Sentencia C-1164 de 6 de septiembre de 2000, Exp. D-2867, M.P. José Gregorio Hernández Galindo];

b). El bien jurídico tutelado es la administración de justicia y el sujeto pasivo es el ente estatal, aunque, como víctima puede intervenir la parte perjudicada por la comisión del delito;

c). El objeto sobre el cual recae la acción delictual es el árbitro (como servidor público);

d). La acción o conducta punitiva de este tipo consiste en inducir al árbitro, mediante la fabricación de un *estado psicológico determinado*, a que él adopte una postura de convencimiento frente a la conducta torticera, con el propósito que dicte sentencia (o proveído interlocutorio) contrario a la ley, de forma que el árbitro no alcance a reparar o percatarse del sesgo malicioso y torcido de la actuación de la parte, sino que suponga una realidad propicia, desde luego, alterada, para decidir [Ver, Corte Suprema de Justicia, S.C.P., Sentencia de 4 de marzo de 2009, Rad. 23909, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca]. [Aunque, hemos hecho referencia la sentencia, la Corte Suprema de Justicia

acepta que no sólo puede tratarse de una sentencia sino también cuando el juez o árbitro adopte una determinación (interlocutoria) en ejercicio de sus funciones judiciales. Ver, SCP, Sentencia de 8 de mayo de 2019, SP-1677 (493312), M.P. Patricia Salazar Cuéllar].

Ello equivale a decir que la situación engañosa se *materializa* en el error de buena fe del agente jurisdiccional, que no alcanza a ver tergiversada la realidad que valora. [Pese a esto, la doctrina penal reconoce que si el juzgador ha estado en posibilidad o en estado de evitar el resultado antijurídico, sin oponerse a ello, puede incurrir en este tipo delictual por omisión]. Ahora bien, el delito se comete independientemente de que la contraparte tenga la oportunidad procesal de refutar o contradecir, basta la sola conducta antijurídica del autor [Ver, Florentino García Córdoba, El delito de fraude procesal y sus modalidades, Fraude procesal: Cuidado con engañar al juez, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro xviii, Marzo/2013, México];

e). Los *medios* de que se vale el autor para desplegar la conducta no son calificados, pues, basta cualquiera, de manera que se está en presencia de *medios indeterminados e ilimitados de cualquier clase o naturaleza*, con tal de ser *idóneos* para incurrir en el delito, *con capacidad para inducir al error y producir un resultado*, que si se trata de pruebas, como su creación, alteración, cambio, cercenamiento, suplantación, ocultamiento, etc., la simulación de un acto jurídico (en todo o parte) o la introducción al proceso de un escrito o elemento de convencimiento del árbitro que busque que caiga en el error, o *cualquiera* otra maquinación que pueda producir ese efecto torcido, pero, desde luego, la maniobra engañosa debe tener peso probatorio decisivo para el error del árbitro y gozar de incidencia en la determinación por adoptar. Expuesto este criterio, en sentido negativo, se tiene que el medio fraudulento es ineficaz cuando el juez o árbitro goza o tiene todos los medios de conocimiento sobre el asunto, con los que puede evitar que la maniobra engañosa se manifieste [Ver, Corte Suprema de Justicia, SCP, Sentencia de 7 de junio de 2017, SP-8053, Rad 50139, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa];

f). El *resultado* de la maniobra psicológica engañosa contra el árbitro puede producirse mediante una actuación del sujeto activo o porque guarde silencio cuando no debe callar, para que pueda hablarse de la consumación del delito, de manera que el delito se encuentra materializado cuando el estado de ilicitud originado por vía del error por parte del árbitro hasta que deja de producir efectos (ya que todas las conductas dolosas que realice el autor del delito son parte del *iter criminal*), *de manera que la conducta criminal se prolonga hasta el último momento en que ella puede surtir el efecto previsto por el autor del delito* [Ver, C.S.J., SCP, Sentencia de 8 de julio de 2015, Rad 46204, M.P. G. Malo Fernández; y Sentencia de 4 de febrero de 2015, Rad. 46204, M.P. G. Malo Fernández], incluyendo las actuaciones procesales que se requieran como consecuencia de haberse proferido la decisión judicial, si fuere el caso, lo que es importante para el cómputo de la prescripción de la acción penal [Ver, C.S.J., SCP, Sentencia de 18 de junio de 2008, Rad. 28562, M.P. A. Ibáñez Guzmán], pero, el delito queda *consumado* desde que el autor del ilícito induce fraudulentamente a error al árbitro,

lo que lleva a concluir que el término de prescripción de la acción penal de este reato *sólo se cuenta a partir del último acto de inducción a error del árbitro*, porque hasta ese momento la maniobra dolosa puede conseguir sus consecuencias antijurídicas, por lo que la actuación dolosa conserva su carácter *permanente* [Ver, C.S.J, SCP, Sentencia de 27 de junio de 1989, M.P. Jorge Carreño Luengas; y Sentencia de 7 de diciembre de 2011, Rad. 37856, M.P. A. Ibáñez Guzmán; y Sentencia de 4 de diciembre de 2013, Rad. 41552, M.P. E. Patiño Cabrera], lo propio volvió expresar dicha superioridad en Sentencia de 30 de diciembre de 2016, STP-17352, Proceso 45589, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández; y

g). El *resultado* exigido por este tipo penal requiere que la imputación (objetiva) se haga sobre tres bases concretas: 1). La creación de un riesgo antijurídico por parte del autor penalmente desaprobado; 2). Que el riesgo se concrete claramente en el resultado buscado por el autor; y 3). La vulneración del interés protegido por la norma penal (la función pública de la justicia).

Ahora, en lo que concierne a la *estructura subjetiva* del reato de fraude procesal hay que destacar: 1). La presencia del dolo en la conducta desplegada por el autor, en primer grado (lo que se refiere al dolo directo o "intención"), que debe probarse; y 2). La intención positiva de inducir a error al árbitro. Ahora bien, como quedó anotado, el delito de *consuma* con haber perpetrado la maniobra psicológica en el criterio del árbitro, independientemente de la obtención o no del resultado antijurídico buscado por el autor del reato.

Frente a la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia sobre el delito de fraude procesal, destacados juristas son del criterio que conforme al estudio lógico de su tipicidad, este delito es de *resultado*, consistente en la inducción de error al árbitro, y no de mera conducta, y que el tipo delictual no se vincula a una conducta *permanente*, sino que se trata de un *delito de estado* en que el resultado previsto por el autor crea un situación jurídica o de hecho *ilícita*, que se agota con su realización, ya que los delitos de estado comparten las reglas de la aplicación con los tipos de ejecución instantánea [Ver, Rodolfo Mantilla Jácome, Carolina Bayona Rangel y Carlos Mario Frías Rubio, Análisis dogmático del tipo penal del fraude procesal desde el punto de vista de su contenido y su desarrollo jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia, págs. 151 1 186, Revista Temas socio-jurídicos, , Vol. 35, No. 70, enero-junio de 2016].