



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal



JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

Magistrado ponente

AP3080-2020

Radicación N° 52270

Acta 247.

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil veinte (2020).

VISTOS

Se decide sobre la admisión de la demanda de casación presentada por el defensor de CARLOS ALBERTO CONTRERAS LÓPEZ, contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el 15 de abril de 2017,

mediante la cual confirmó, con modificaciones, la emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barrancabermeja, que condenó al procesado como autor responsable del delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

HECHOS

Según se determinó en las instancias, se tiene que CARLOS ALBERTO CONTRERAS LÓPEZ, en condición de Alcalde de Barrancabermeja (Santander), otorgó, en cuatro oportunidades, comisión de servicios y la autorización del pago de viáticos y demás gastos para el desplazamiento, desde esa localidad a la ciudad de Bogotá, a Luz Consuelo Gallo Pérez, Asesora Jurídica de la entidad municipal, con la finalidad de atender compromisos de interés para ese municipio en el Ministerio de Justicia; comisiones cuyos días fueron discriminados en los siguientes actos administrativos:

(i) Resolución N° 0106 de 31 de enero 2008, por los días 1 a 4 de febrero de ese año.

(ii) Resolución N° 315 de 21 de febrero de 2008, por los días 22 a 26 del mismo mes y año.

(iii) Resolución N° 0557 de 12 de marzo 2008, por los días 13 a 15 del mismo mes y anualidad. Y,

(iv) Resolución N° 0715 de 2 de abril de 2008, por los días 3 a 5 del mismo mes y año.

Se determinó que algunos de los días concedidos en comisión fueron pagados a pesar de corresponder a fechas no hábiles y días no justificados, con lo que se ocasionó un detrimento patrimonial al municipio por valor de \$1'739.102.00.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 20 de mayo de 2011, ante el Juzgado Primero Penal Municipal en Función de Control de Garantías de Barrancabermeja, se celebró audiencia preliminar en la que se formuló imputación a Luz Consuelo Gallo Pérez, como probable coautora del delito de peculado por apropiación, en la modalidad de aprovechamiento propio, en concurso homogéneo y sucesivo, y a CARLOS ALBERTO CONTRERAS LÓPEZ como coautor de la presunta comisión del delito de peculado por apropiación a favor de terceros en concurso homogéneo y sucesivo; cargos frente a los que manifestaron no allanarse.

En la misma oportunidad, la fiscalía declinó de la solicitud de imposición de la medida de aseguramiento intramural, toda vez que la imputada Gallo Pérez reintegró la suma apropiada.

2. La fiscalía presentó escrito de acusación el 10 de junio de 2011, el que por reparto le correspondió conocer al Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barrancabermeja.

3. La audiencia de formulación de acusación tuvo lugar en sesiones de 19 y 20 de junio de 2012, oportunidad en la que el ente persecutor retiró la acusación en relación con Luz Consuelo Gallo Pérez, en virtud al principio de oportunidad aprobado a su favor. Y en lo que corresponde a CONTRERAS LÓPEZ, mantuvo la imputación de los cargos dispuesta en la audiencia preliminar; la audiencia preparatoria se surtió el 13 de marzo de 2013.

4. El juicio oral y público se instaló el 30 de septiembre de 2013, y luego de varias cesiones culminó el 9 de febrero de 2015, fecha en la que se dio a conocer el sentido condenatorio del fallo.

5. Mediante sentencia de 10 de junio de 2016, CARLOS ALBERTO CONTRERAS fue condenado (i) a la pena principal de 60 meses de prisión, multa equivalente a \$869.551 e interdicción de derechos públicos por el mismo lapso de la sanción restrictiva de la libertad, al hallarlo responsable como coautor del delito de peculado por apropiación en favor de terceros, en concurso homogéneo y sucesivo; (ii) le negó la concesión del sustituto de la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, motivo por el cual (iii) dispuso librar la respectiva orden de captura.

6. Al desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante proveído de 15 de noviembre de 2017, adoptó las siguientes determinaciones: (i) revocó parcialmente el fallo de primer nivel y, en su lugar, absolvió a CARLOS ALBERTO CONTRERAS LÓPEZ por el concurso homogéneo y sucesivo de tres peculados por apropiación –Resoluciones 0106, 0315 y 0557-; (ii) modificó la sentencia condenatoria en relación con el punible de peculado por apropiación –resolución 715 de 2008-, motivo por el cual le impuso como pena principal 40 meses de prisión, multa de \$153.450 y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la privativa de la libertad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 122, inc. 5°, de la Constitución Política; y (iii) confirmó en lo demás el fallo referido.

7. En contra del fallo de segundo grado el defensor del implicado elevó recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA

Primer cargo - Prescripción de la acción penal

Censura el libelista la interpretación errónea en que incurrió el Ad quem en relación con los artículos 83 y 401 del C.P., así como el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, yerro que le impidió contabilizar en debida forma el término

prescriptivo, pues, no tuvo en cuenta que ese lapso se disminuye por los efectos de la atenuante punitiva consagrada en el artículo 401 del código sustantivo, dado el reintegro de la suma apropiada.

En ese sentido, se muestra en desacuerdo el casacionista con la motivación del Tribunal, cuando acotó, en respuesta a la misma inquietud planteada en el recurso de alzada, que es improcedente en la contabilización del lapso prescriptivo los efectos de un evento post-delictual que solo tiene aplicación luego de individualizar la pena, pues, puntualiza el recurrente, la jurisprudencia de la Corte «31 de julio de 1996, rad. 9.124 y del 29 de octubre de 2001, rad. 15.570», precisa que si bien el reintegro es posterior a la comisión del delito, ello no lo hace un fenómeno post-delictual, pues, se trata de un suceso de raigambre procesal como ocurre en las reducciones punitivas por confesión o sentencia anticipada.

Precisa que el reintegro de lo apropiado hace parte de la conducta punible, razón por la que la sanción punitiva a imponer se encuentra determinada también por esa circunstancia, es decir, «*hace parte del núcleo del tipo objetivo al ser un menor desvalor de resultado*».

Así las cosas, considera el censor que al efectuar el descuento punitivo que consagra el referido artículo 401 del C.P, el lapso prescriptivo se reduce a diez (10) años, el cual se interrumpió con la formulación de imputación de 20 de

mayo de 2011, momento a partir del cual comenzó a contabilizarse un nuevo término de prescripción de 5 años que se cumplió el 20 de mayo de 2016.

Por tal motivo, solicita se case la sentencia del Tribunal por haber operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal.

Segundo cargo – Desconocimiento de la congruencia

Se refiere el demandante a la ausencia de correspondencia fáctica entre la audiencia preliminar de formulación de imputación y los fallos de primero y segundo grados, pues, mientras en la primera salida procesal, en relación con el evento destacado respecto de la Resolución 715 de 2008, el delegado del ente persecutor endilgó al implicado reconocer viáticos en días no hábiles, conforme también lo adujo en la audiencia de acusación, en las sentencias la determinación de responsabilidad del implicado se circunscribió a la disposición de esos rubros en «*días innecesarios*».

Con tal manera de proceder, aduce el censor, en la sentencia se cambió el núcleo fáctico de la imputación, toda vez que los juzgadores concluyeron que la apropiación indebida desbordó el motivo del viaje, pero no porque se tratara de viáticos autorizados para fechas no hábiles.

Para el demandante, la falencia detectada resulta trascendentes, pues, los falladores sorprendieron a la defensa que encaminó su actividad a partir de una situación factual diversa a la inicialmente imputada.

Así las cosas, luego de referirse a la acreditación de los principios que encarnan las nulidades, solicita a la Sala, como lo ha permitido en determinadas circunstancias, casar la sentencia y, en consecuencia, emitir decisión absolutoria.

**Tercero cargo - Violación directa de la ley sustancial
(Interpretación errónea)**

Se refiere el recurrente a la interpretación errónea de los artículos 21, 22 y 397 del C.P., pues, los juzgadores efectuaron una adecuación típica equivocada, al tiempo que acudieron a la aplicación de la proscrita responsabilidad objetiva.

Lo anterior, por cuanto, la fiscalía no demostró que el implicado tuvo bajo su dominio la posibilidad de disponer de los rubros que entregó a título de viáticos, habiéndose comprobado, por el contrario, que el tesorero municipal tenía la obligación de legalizar esos emolumentos; ello, aunado a que el entonces alcalde no contaba con el conocimiento para efectuar tal operación, dado que su profesión es la de ingeniero geólogo.

Enunció el demandante, que la denominación de ordenador del gasto que se le atribuye al alcalde se torna en una ficción, pues, en la práctica, esa función es delgada al equipo de trabajo bajo el principio de confianza legítima, que ha de aplicarse en el presente caso.

Ello, atendiendo que al implicado expedía los actos administrativos de comisión que autorizaban viáticos, que eran legalizados por la tesorería del municipio, razón por la que no le correspondía saber si estaban o no justificados.

En consecuencia, solicita que se case la sentencia del Tribunal, toda vez que la conducta endilgada al acusado no es constitutiva del tipo penal de peculado por apropiación, razón por la que ha emitirse sentencia absolutoria a su favor.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004, la Corte examina la demanda de casación interpuesta por la apoderado judicial del procesado CARLOS ALBERTO CONTRERAS LÓPEZ, con el objeto de determinar si es admisible o no, lo cual dependerá del cumplimiento de los requisitos establecidos en el citado estatuto, que se refieren, básicamente, a la existencia de interés jurídico, al señalamiento de la causal de casación, al desarrollo de los cargos de sustentación y a la necesidad del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso.

La demanda de casación, como reiteradamente lo ha explicado esta Corporación, no representa un simple alegato de instancia, ni tiene como finalidad ofrecer una nueva oportunidad para que se contrapongan los argumentos de las partes, a la motivación razonada de los falladores, a efectos de obtener satisfacción a sus pretensiones.

Por su connotación de mecanismo extraordinario, el recurso de casación implica para el demandante la carga procesal de fundamentar adecuadamente su postulación, dentro de precisos requisitos que obedecen a principios lógicos y jurídicos, en el entendido que a esta sede arriba el fallo prevalido de una doble presunción de acierto y legalidad, solo quebrantable a partir de la definición precisa y objetivamente fundamentada, de que la sentencia comporta un yerro de tal magnitud, que su manifestación en el proceso asoma ostensible y tiene por sí misma la virtualidad de obligar la revocatoria de lo decidido o, cuando menos, su modificación trascendente.

No es posible, por lo anotado, acometer la crítica de lo decidido por el Ad quem, a partir de particulares apreciaciones, por demás interesadas, que en sí mismas no verifican la materialidad de un yerro que por lo ostensible y trascendente se asume de fácil determinación.

Además, en aplicación del principio de lealtad, al demandante le es exigido presentar los cargos con plena corrección fáctica, en el entendido que los hechos soporte de

lo discutido efectivamente corresponden a lo que contiene el expediente y las decisiones tomadas al interior del mismo.

Conforme las pautas generales citadas, ninguno de los reproches presentados por el demandante podrá ser atendido, lo que necesariamente conducirá a la inadmisión de la demanda, toda vez que carecen de suficiencia argumentativa, así como de un sustento coherente y racional frente a los problemas jurídicos esbozados.

Cargo primero – Prescripción

Es de recordar, inicialmente, que si el objeto de la pretensión en sede del recurso extraordinario de casación es postular que la prescripción se configuró previo a la emisión de alguno de los fallos de instancia, conforme lo desarrolla el demandante en este asunto, la Corte ha precisado que tal irregularidad debe postularse bajo el cargo de la nulidad, artículo 182, num. 2, de la Ley 906 de 2004, toda vez que su constatación condensa el desconocimiento del debido proceso, pues, lo actuado con posterioridad al respectivo fenómeno carece de validez; empero, como en esencia hay que demostrar el desconocimiento de las normas que regulan el decaimiento de la potestad punitiva estatal, también la Sala ha reconocido que ese tipo de desatino puede presentarse por los modalidades de error que se derivan de la violación directa de la ley sustancial.

Si bien es cierto, en este caso el recurrente atinó en la formulación del cargo, con apego en la técnica casacional descrita en precedencia, la petición, en todo caso, carece de objetividad porque se apoya en criterios equivocados que lo conducen a desconocer el cómputo de los términos inherentes a ese fenómeno en el caso concreto.

Ello por cuanto, pretende el censor que al haberse reintegrado el valor de lo apropiado en una fase precaria de la actuación, el descuento punitivo que consagra la circunstancia de atenuación punitiva prevista en el art. 401, inc. 1, del C.P., se refleje en el quantum de pena que ha de tomarse en consideración para la contabilización del término prescriptivo, postura del todo equivocada, conforme lo ilustró el Ad quem, que ahora pretende rebatir en esta sede extraordinaria con respaldo en jurisprudencia añeja y analogías procesales, ambas impertinentes, que en parte alguna poseen la virtualidad de desvanecer la ineficacia de un acto post-delictual, cuando de determinar la caducidad del poder punitivo del Estado, se trata, pues, solo las circunstancias que resulten concurrentes con la consumación del punible inciden en la prescripción, no así las posteriores a su perpetración.

Así lo ha puntualizado esta Corporación¹:

Es importante precisar que los comportamientos posteriores a la consumación del ilícito, tales como el reintegro de lo apropiado en el punible de peculado, no inciden en la prescripción, toda vez que se trata de un mecanismo de reducción de la sanción y no de una atenuante de

¹ CSJ. AP2288-18, Jun. 6 de 2018, Rad. 52.759.

responsabilidad, ya que no se trata de una circunstancia concomitante al hecho sino de una actitud pos delictual que adopta el sujeto agente a fin de aminorar las consecuencias sancionatorias de su acción y que por ello puede tener efecto en tal ámbito, pero que no altera los límites punitivos legalmente establecidos para la prescripción².
(Subrayado fuera de texto)

Tal postura, por demás, descarta la particular apreciación del casacionista, para quien la devolución del dinero hace parte de los elementos estructurales del tipo penal de peculado por apropiación, pues, con ello solo pretende desplazar al legislador y desconocer que dentro de su libertad de configuración sancionatoria, a partir de la circunstancia de atenuación punitiva consagrada en el artículo 401 del C.P., solo otorgó al juzgador la potestad de morigerar la pena, una vez individualizada, con una significativa rebaja por el reintegro de lo apropiado.

Así las cosas, ante los insustanciales e improcedentes cálculos efectuados por el casacionista, importa destacar que la conducta de peculado por apropiación –Art. 397, inc. 3, del C.P.–, conforme fue atribuida al acusado, reporta una pena que oscila entre 64 y 180 meses de prisión, extremo máximo que, según el artículo el artículo 83 del C.P., sin la modificación de la Ley 1174 de 2011, ha de incrementarse en una tercera parte, atendiendo la condición de servidor público del acusado al momento de la comisión del ilícito, arrojando como resultado 240 meses o 20 años de máximo punitivo que ha de tenerse en cuenta para la determinación

² Cfr. CSJ. SP. de 24 de mayo de 2017, Rad. 42753.

del límite prescriptivo, con sujeción a las directrices trazadas por el legislador, conforme pasa a enseñarse.

En la Ley 906 de 2004 la acción penal prescribe en las siguientes fases: (i) en el tiempo máximo del tipo penal, sin que pueda ser menor de 5 ni mayor de 20 años, contados desde la comisión del delito hasta la audiencia de formulación de imputación, (ii) en la mitad de ese término, sin que pueda ser inferior a 3 ni superior a 10 años (artículo 292), contados desde la formulación de imputación, (iii) proferida la sentencia de segunda instancia se suspende el lapso precedente, por un plazo de 5 años más lo que faltaba por descontar desde la imputación hasta el fallo de segundo grado.

Definida la sanción en abstracto en el asunto que ocupa la atención de la Sala, sin discutirse que los hechos tuvieron ocurrencia el 2 de abril de 2008³, y que para la primera fase de prescripción el término no podía ser inferior a cinco (5) años, se tiene que ese primer lapso se interrumpió el 20 de mayo de 2011, cuando se llevó a cabo la audiencia de formulación de imputación en contra de CONTRERAS LÓPEZ; es decir, previo a cumplirse el primer quinquenio para los efectos indicados.

Ahora bien, acorde con lo que viene de enseñarse, teniendo en cuenta que en la segunda fase, luego de formulada la imputación, el lapso prescriptivo no podía ser

³ Fecha que corresponde a la a la emisión de la Resolución 0715.

inferior a tres (3) años ni superior de trece años y cuatro meses (sumado el lapso por la condición de funcionario público), en esta actuación se tiene que la sentencia de segundo nivel se profirió el 15 de noviembre de 2017, es decir, previo a colmarse el término de prescripción máximo permitido.

Y en lo que corresponde a la última fase de prescripción, es claro que el término no se ha superado, pues, a partir de la fecha en que el Tribunal emitió el fallo de segundo grado, no ha transcurrido siquiera un lapso de cinco (5) años.

Acorde con el análisis precedente, es de acotar que el fenómeno prescriptivo no operó en los términos que equivocadamente adujo el recurrente, razón por la que se inadmitirá el primer cargo.

Segundo cargo – Nulidad por vulneración al principio de congruencia

La Corte a través de su consolidada postura ha reiterado que, si bien es cierto, en la formulación del reproche por nulidad, a través del recurso extraordinario, su fundamentación y demostración en cierta medida ceden frente a la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, de todas maneras, compete al censor acreditar la existencia de un yerro que ineludiblemente constituya un agravio irremediable a

los derechos y garantías del procesado o de la víctima, que solo pueda subsanarse rehaciendo el trámite procesal.

De tal forma que es deber del casacionista, cuando menos, construir el debido sustento a partir de los principios que regulan la declaratoria de nulidad, según los cuales:

(i) Solo puede declararse por los motivos expresamente previstos en la ley (principio de taxatividad).

(ii) Quien alega la configuración de un vicio enervante debe especificar la causal que invoca y señalar con objetividad los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya (principio de acreditación).

(iii) No puede deprecarla en su beneficio el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del error, salvo el caso de ausencia de defensa técnica (principio de protección).

(iv) Aunque se configure la irregularidad, ella puede ser redimida con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (principio de convalidación).

(v) No procede la rescisión cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa (principio de instrumentalidad)

(vi) Quien depreque la invalidación tiene la obligación indeclinable de demostrar no solo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que ésta afecta de manera real y cierta las bases fundamentales del debido proceso o las garantías constitucionales (principio de trascendencia). Y,

(vii) Que para enmendar el agravio no existe remedio procesal distinto a la declaratoria de nulidad (principio de residualidad).

Además, es deber del libelista confrontar los términos de la imputación, la acusación y de la sentencia, con miras a demostrar el acaecimiento de alguna de las hipótesis de error en que puede incurrir el juzgador, tal como lo evocó la Corte en el precedente que viene de enunciarse.

En efecto, según la jurisprudencia de esta Corporación (Cfr. entre otras, CSJ SP, 6 abr. 2006, rad. 24668; CSJ SP, 28 nov. 2007, rad. 27518, y CSJ SP, 8 oct. 2008, rad. 29338), se quebranta ese postulado cuando se condena en alguno de los siguientes escenarios: (i) por hechos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, o por delitos no atribuidos en la acusación; (ii) por un delito que no se mencionó fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación; (iii) por el injusto atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero se deduce, además, circunstancia genérica o específica de mayor punibilidad no imputada en la acusación, (iv) suprimiendo una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la acusación. Y, tratándose del elemento fáctico, ha afirmado que el aludido principio se vulnera si se desconoce el núcleo esencial de la imputación fáctica (CSJ SP, 27 jul. 2007, rad. 26468; CSJ SP, 3 jun. 2009, rad. 28649, y CSJ SP, 15 oct. 2014, rad. 41253).⁴

⁴ CSJ AP-6587-2016, Sept. 28 de septiembre de 2016, Rad. 48660.

De esa manera se garantiza que la persona sometida a un proceso penal no sea condenada por hechos o conductas delictivas diferentes a las señaladas en la acusación, por lo cual, su desconocimiento se predica de la sentencia, cuando no guarde identidad frente a los sujetos, los hechos o la conducta punible –en este caso, con algunas excepciones-.

El abandono de las directrices precedentes es palpable en la censura planteada por el casacionista, quien, sin sujeción al principio de corrección material, pretende oponerse de manera infatigable y sin razón a la diáfana exposición que el Ad quem efectuó para responder los argumentos que en idéntico sentido fueron esgrimidos por la bancada defensiva como soporte del recurso vertical interpuesto en contra del fallo de primer nivel.

Retómese que en la sentencia de segunda instancia, ante la ineficacia probatoria desplegada por la Fiscalía, que permitiera comprobar, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad de CARLOS ALBERTO CONTRERAS en la conducta de peculado por apropiación, el Tribunal, tras revocar parcialmente la sentencia de primer grado, absolvió al implicado respecto de los hechos derivados de las resoluciones 0106, 315 y 557 de 2008; por lo tanto, el fallo condenatorio finalmente tuvo soporte en relación con la Resolución 715 de 2008, acto administrativo sobre el que el casacionista centró su atención para reiterar la presunta lesión al principio de congruencia por distorsión del núcleo fáctico.

Al verificar el decurso de la audiencia de formulación de imputación, realizada el 20 de mayo de 2011, la Fiscalía emprende el recuento fáctico, enseñando que la génesis de la presente investigación se remonta a la denuncia formulada, a través de un periódico local del municipio de Barrancabermeja, en el que se dio a conocer el cobro irregular por concepto de viáticos, de algunos funcionarios de la administración municipal, entre ellos, la secretaria jurídica, de quien el delegado del ente persecutor relató lo siguiente:

Resalta la denuncia pública, en el caso de la jurídica, que esta habría estado en la ciudad de Bogotá con viáticos oficiales en reuniones con un funcionario del Ministerio del Interior durante los fines de semana, concretamente en horarios no hábiles laboralmente, refiere la publicación: los días 3 y 4 de febrero que es un sábado y un domingo de 2008; 23 y 24 de febrero de 2008 que corresponde a un sábado y un domingo, y el 15 de marzo que es un sábado del año 2008, eso refiere la publicación. Por lo anterior, el responsable de la publicación solicita al Ministerio del Interior, a través de un derecho de petición, se le certifique el horario de atención de dicha entidad pública, así como la presencia de la funcionaria en la dependencia en las fechas señaladas.

*Esta denuncia pública que aparece el periódico “Gente”, que sale por los meses de abril y mayo del año 2018, es recogida por la Procuraduría General de la Nación, quien, a través del señor Procurador Judicial... remite a la Fiscalía copia de dicha publicación solicitando la correspondiente investigación dada la oficiosidad del acontecer denunciado que no era otro que **el manejo irregular de recursos públicos a través de la figura de los viáticos**. (Negrilla fuera de texto).*

Así las cosas, refiere el fiscal que en las labores de indagación preliminar dispuestas con el propósito de corroborar los hechos denunciados, el investigador destacado para el efecto

recopiló, entre otros, la documentación atinente a la Resolución 0715 de 2008, que permitió determinar lo siguiente:

Se recoge dentro de esa labor de policía judicial la resolución 0715 de 2008, igualmente suscrita por el señor Alcalde, adiada 2 de abril de 2008, en igual sentido, concediendo una comisión del 3 al 5 de abril que involucra un día no hábil y aparece dentro del mismo procedimiento que la doctora GALLO estuvo el 4 de abril, los viáticos son 3, 4 y 5, incluye también un sábado para tratar asuntos oficiales en una dependencia pública que para ese momento no está al servicio del público.

(...)

La labor de policía judicial establece que esas cuatro salidas o esas cuatro veces que el señor alcalde profiere sendos actos administrativos donde concedió la comisión se pagaron un mayor valor o dinero por días no hábiles en cuantía de \$1'739.102.

(...)

Esos dineros apropiados \$1'739.102, sale del producto de las cuatro comisiones de servicios, cuatro oportunidades, cuatro situaciones diversas, dinero apropiado por la servidora pública toda vez que reclama viáticos que no puede soportar, ya he hecho referencia que la servidora pública acredita de esos días un solo día de los 3 o 4 que se le confiere la comisión, no puede soportar, toda vez que las comisiones fueron para atender asuntos oficiales en una dependencia pública con horario de oficina y los viáticos se concedieron y reclamaron para fecha y horas en que la oficina pública no atendía sábados y domingos. (Negrilla fuera de texto).

Y, en relación con la imputación fáctica, precisó:

Entonces, la jurídica sabía y conocía que iba a cumplir una misión determinada a la ciudad Bogotá como quiera que previo a esa solicitud de comisión estaba una invitación del Ministerio del Interior y esa invitación se refería a un solo día de una reunión con el funcionario del Ministerio del Interior para tratar asuntos desde luego de la municipalidad de Barrancabermeja, pese a ello solicita viáticos o solicita la comisión por días que involucran días no hábiles que ella sabía que no iba a acudir a esa dependencia oficial, primero porque sabía que estaba

invitada por un solo día, la citación era para un solo día y ella solicitaba tres o cuatro y el señor alcalde al conferir esa comisión sabiendo y conociendo que su asesora jurídica vivía en Bogotá, su hoja de vida lo dice, lo que estaba haciendo el alcalde era anticipándole su estadía en Bogotá y de paso de ese lapso involucraba una misión oficial, pero con recursos del erario de Barrancabermeja. (Subrayado fuera de texto)

El recuento de la intervención del delegado de la fiscalía en la vista pública preliminar precedente, deja al descubierto que el contexto del acontecer fáctico endilgado desde los albores de la investigación, tuvo como propósito corroborar la denuncia que puso al descubierto el «*manejo irregular de recursos públicos a través de la figura de los viáticos*», momento a partir del cual, producto del desarrollo del plan metodológico investigativo, se logró identificar que tal proceder se concretó en cuatro actos administrativos, que involucraron a la secretaría jurídica y al Alcalde del municipio de Barrancabermeja.

Para lo que interesa en virtud del cargo formulado por el casacionista, en relación con la Resolución 0715 de 2008, la comisión otorgada involucró tres situaciones discernidas por la fiscalía desde ese momento: (i) abarcaba un día no hábil; (ii) cobijó otro día no justificado, pues, la asesora jurídica «*sabía que estaba invitada por un solo día, la citación era para un solo día y ella solicitaba tres o cuatro...*», situación consentida por CONTRERAS LÓPEZ y (iii) esta comisión, como las otras, tenían el objeto específico de adelantar gestiones propias del municipio ante una sola entidad oficial.

Ahora bien, en la audiencia de formulación de acusación, en el preciso acápite dispuesto para la verbalización de la

acusación –sesión de 20 de junio de 2020-, la fiscalía ciñó su exposición a los términos consignados en la audiencia preliminar, pues, hizo referencia al espectro general del manejo irregular de recursos públicos que se gestó al interior de la administración municipal por concepto de viáticos, conforme fue develado por un medio de comunicación local, así como la conducta endilgada a cada uno de los involucrados, entre ellos, el Alcalde de Barrancabermeja.

A su turno, el fallo de primer grado guarda reciprocidad con el núcleo factual del ente persecutor, cuando el mismo proveído se determinó que,

La acusación enrostrada al acusado CONTRERAS LÓPEZ, en la constatación lograda por el Cuerpo Técnico de Investigación en las inspecciones judiciales realizadas se pudo determinar que los valores de los cuales fueron entonces otorgados en exceso por parte de la administración pública a la doctora GALLO LÓPEZ como asesora jurídica...dinero que fuere apropiado por la mentada, ya que reclamaba viáticos concedidos en horas que la oficina pública comisoría no atendía como sábados y domingos, es decir en horarios no hábiles, y las delegaciones viaticadas conferidas a la Dra. LUZ CONSUELO GALLO, fue únicamente para atender asuntos oficiales.

Por ello, al resolver el recurso de apelación formulado contra el fallo de primer nivel, el Tribunal, para descartar la transgresión al principio de congruencia, señaló:

En concreto, si bien es cierto la Fiscalía señaló que frente al reconocimiento de las comisiones se autorizaron días no hábiles, también fue clara en precisar que la conducta punible surgía porque la comisionada solo podía acreditar la permanencia por un día de los 3 o 4 que fueron reconocidos.

De allí que, no podía señalarse que se desbordó el núcleo fáctico esencial cuando la falladora de instancia refirió para los eventos punibles el reconocimiento de días no hábiles o innecesarios, pues estos últimos al igual que los primeros son aquellos que no se pueden soportar, cuando en realidad solo se podían justificar uno o dos días de los 3 o 4 pagados.

En consonancia con este aserto, el Ad quem, al concretar la atribución de responsabilidad en el único acto administrativo susceptible de reproche penal, señaló:

Con ello quiere significar que la orden emitida por éste – resolución 0715 de 2008- fue la que permitió el giro de los dineros por Tesorería, que fueron recibidos por GALLO PÉREZ. Circunstancia que permitió la apropiación de dineros del erario por aquélla, sin justificación alguna, pues se concedió la comisión por días que no eran requeridos para adelantar la misma, uno anterior y uno después que produjo un detrimento en las arcas del municipio de Barrancabermeja en la suma de \$306.900.

Así las cosas, no resulta admisible el señalamiento del censor, cuando sugiere que se lesionó el derecho defensa a su prohijado, al sorprendersele con la atribución de responsabilidad por hechos indeterminados o distintos de los imputados, cuando lo cierto es que desde la formulación de imputación, la fiscalía precisó que su proceder ilícito residía por disponer el pago de viáticos injustificados, bien porque las comisiones otorgadas a la secretaria jurídica abarcaban días no hábiles, ora porque algunas fechas no resguardaban el objeto de la misma.

Esa dualidad de irregularidades detectada por el ente acusador, se percibe fácilmente en la comisión otorgada mediante la Resolución 0715 de 2008 para los días 3, 4 y 5

de abril de ese año, con el objeto de atender una reunión el día jueves 4 en el Ministerio de Justicia, pues, el día anterior no tuvo sustento alguno relacionado con el objeto de la comisión, al tiempo que el día 5 era no hábil por ser sábado.

De tal forma que no al desconocerse el núcleo fáctico de la imputación en el fallo condenatorio emitido por los juzgadores, el cargo no está llamado a prosperar.

**Tercero cargo - Violación directa de la ley sustancial
(Interpretación errónea)**

La violación de la ley sustancial por interpretación errónea se concreta cuando el fallador selecciona correctamente la norma llamada a regir el caso, pero equivoca su sentido dándole un alcance que no ostenta o restringiéndole el que verdaderamente posee.

El censor radicó la censura, con fundamento en esa modalidad de error, en que los juzgadores efectuaron una adecuación típica equivocada, pues, no se demostró que el implicado tuviera bajo su dominio la disposición de los rubros que entregó a título de viáticos, comprobándose, en cambio, que el tesorero municipal tenía la obligación de legalizar esos emolumentos en aplicación del principio de confianza legítima, aunado a que el ex alcalde no contaba con el conocimiento para efectuar tal operación, dado que su profesión es la de ingeniero geólogo; todo lo cual, enmarca en la proscripción de la responsabilidad objetiva.

Así las cosas, el recurrente incumplió el deber de sustentar adecuadamente el cargo, pues, no especificó en concreto la hermenéutica dada por el fallador a cada una de las normas supuestamente infringidas, al tiempo que controvierte los motivos probatorios esgrimidos por las instancias, los cuales, entre otros aspectos, concluyeron que el procesado, como ejecutor del gasto, dispuso de los rubros para el pago de viáticos irregulares a un subalterno.

Adicionalmente, el demandante se limitó a expresar el desacuerdo con la decisión y a repetir argumentos expuestos al impugnar la sentencia de primer grado, con lo cual desnaturalizó el recurso de casación que, como se sabe, no constituye una instancia adicional para continuar el debate surtido ante los falladores de primero y segundo grados.

Es que, pretende el libelista anteponer a la exposición esbozada por los falladores, su apreciación particular de la forma como en la práctica se desenvuelven las funciones de ordenamiento del gasto al interior de la administración municipal, queriendo con ello desplazar la responsabilidad del acusado al tesorero municipal, bien en aplicación de la figura de la confianza legítima, ora por no contar el ex alcalde con la disponibilidad del presupuesto, conjunto de apreciaciones que los sentenciadores descartaron de manera fundamentada.

Precisamente, como lo indicó el juzgador de primer nivel, la postura de esta Corporación⁵ ha enseñado que al ordenador del gasto le es inadmisibles escudarse en el principio de confianza legítima, pues, incluso, dentro de sus funciones se destacan las de vigilar y supervisar las labores delegadas a sus subordinados:

No desconoce la Sala que la Administración pública es por esencia compleja y que requiere de la intervención de los funcionarios de distintos niveles con competencias específicas, pero así mismo comprende que no por ello es posible desprenderse de ciertas responsabilidades, pues si así fuera quien es el supremo director de la administración siempre encontraría en ello una buena excusa para evadir los deberes que la Constitución y la ley le imponen”.

Y en relación con la disponibilidad jurídica de los dineros apropiados, el Ad quem precisó:

...debe recordar el impugnante que no surge necesario que el sujeto agente cuente con la disponibilidad material pues ha enseñado la Corte Suprema de Justicia desde antaño que “la apropiación se ejecuta bajo el supuesto de disponibilidad jurídica..., así el despojo o apoderamiento físico de los mismos no coincida con tal momento, de modo que aquél puede concurrir desde la misma gestión del aporte...”⁶

Por ello indicó la Alta Corporación que “el tipo penal definidor del peculado no circunstancia una determinada manera de llevar a cabo, sino que constata con la adquisición de la evidencia de que se dispuso de los bienes y desposeyó de ellos a la administración sin fundamento legítimo alguno”⁷, para continuar afirmando que “la apropiación debe recaer sobre bienes de los que disponga

⁵ CSJ SP2146-2016, Feb. 24 de 2016, Rad. 40627.

⁶ CSJ. Rad. 9742 de mayo 23 de 2001, Rad. 16569 de mayo 9 de 2003.

⁷ CSJ. Rad. 19.582 de julio 8 de 2004, Rad. 22.988 de septiembre 26 de 2007.

el servidor público por razón de sus funciones, en el entendido de que la relación existente entre el funcionario que es sujeto activo de la conducta y los bienes oficiales, puede no ser material sino jurídica y que esa disponibilidad no necesariamente deriva de una asignación de competencia, sino que basta que esté vinculada al ejercicio del deber funcional”.

En este evento, resulta claro que CONTRERAS LÓPEZ siendo el ejecutor del gasto, era quien podía comprometer el presupuesto para la cancelación de la comisión que autorizó mediante resolución 0715 de 2008, tal como ocurrió, dejando de lado su obligación por propender por la correcta utilización y destinación de dineros cuya disponibilidad jurídica tenía, para por el contrario entregarlos sin justificación alguna a GALLO PÉREZ.

En expresa réplica, debe señalarse al libelista, que no resulta necesario que el procesado realice todas las acciones que supone la consumación de la conducta punible, pues como lo ha entendido desde antaño nuestro máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria “en el manejo y administración de bienes públicos se involucra una compleja actividad en donde se combinan no sólo la disponibilidad material..., sino la jurídica.”.⁸

De otro lado, la simple enunciación que intenta el recurrente, referida a un supuesto error de prohibición en el cual pudo incurrir el acusado, en atención a que es desconocedor de las normas del derecho, no supera la simple afirmación descontextualizada y desprovista de sustento jurídico, fáctico o siquiera argumental.

En conclusión, todas las anteriores falencias hacen del argumento casacional un discurso errático, pues, no es más que la personal apreciación del recurrente, inidónea para

⁸ CSJ. Rad. 16569 de mayo 9 de 2003.

demostrar los motivos de casación alegado, sin que a la Sala le esté dado suplir o componer los deficientes razonamientos del memorialista, por la expresa prohibición derivada del principio de limitación.

En consecuencia, la Sala inadmitirá la demanda que se examina; más aún, cuando no se advierte que el recurso esté convocado a cumplir alguna de sus finalidades o que se hayan vulnerado garantías de orden fundamental que impongan su protección oficiosa.

Por último, debe recordarse que frente a esta determinación tiene cabida el mecanismo de insistencia, de acuerdo con lo señalado en el auto de 12 de diciembre de 2005, proferido en el radicado 24322⁹.

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,**

RESUELVE

PRIMERO.- INADMITIR la demanda de casación presentada por el apoderado judicial del procesado CARLOS

⁹ AP, 12 dic. 2005, rad, 24322; AP, 7 sep. 2006, rad. 25891; AP 9 jun. 2008, rad 25929; AP, 24 mar.2010, rad 32730; AP. 7 mar. 2012, rad. 37888; AP. 25 jun. 2014, rad. 42597; AP7224-2014, rad.39900; SP11156-2015, rad. 45305, entre otros.

ALBERTO CONTRERAS LÓPEZ, en seguimiento de las motivaciones plasmadas en el cuerpo del presente proveído.

SEGUNDO.- Contra este auto procede recurso de insistencia, conforme lo dispone el inciso segundo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

GERSON CHAVERRA CASTRO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria