



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

legis

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Magistrado ponente

SP362-2020
Radicación n.º 50807
Acta 030

Bogotá, D.C., febrero doce (12) de dos mil veinte
(2020)

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de HUMBERTO CHINCHILLA MORA, contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil del 17 de mayo de 2017, confirmatoria del fallo dictado por el Juzgado 2 Penal del Circuito del Socorro, a través del cual fue condenado como autor de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos y peculado culposo.

HECHOS:

El 29 de septiembre de 2010, HUMBERTO CHINCHILLA, Alcalde del Socorro, solicitó a Marina Gutiérrez, representante legal de la Lotería de Santander, le entregara al municipio, mediante un contrato de comodato, varias atracciones mecánicas que se encontraban instaladas en el parque recreacional El Lago de Floridablanca, con el fin de mejorar la calidad de vida de la niñez. Entonces, el 3 de noviembre siguiente fue suscrito el acuerdo por 5 años, estimando el valor de los bienes en \$150.000.000. El 8 de febrero de 2011 los contratantes suscribieron un *otro sí*, adicionando más juegos de la misma naturaleza.

El mismo día el Alcalde CHINCHILLA MORA suscribió un contrato de obra pública con la empresa Parques Acuáticos de Colombia S.A.S. por \$14.500.000, obligándose el contratista a desmontar los juegos del parque El Lago y llevarlos hasta el municipio del Socorro, como en efecto ocurrió, dejándolos en la plaza de ferias, el campamento municipal, la villa olímpica y la Umata.

El 14 de marzo de la misma anualidad HUMBERTO CHINCHILLA firmó otro contrato con la citada empresa por \$6.900.000, para desmontar y transportar las atracciones

incluidas en el *otro sí*, acuerdo cumplido a cabalidad y pagado.

Como el Alcalde no contrató la instalación de los juegos en el municipio del Socorro, quedaron desarmados, abandonados y expuestos a la intemperie en varios sitios, de modo que se deterioraron.

ACTUACIÓN PROCESAL:

El 20 de mayo de 2013, en el Juzgado Promiscuo Municipal con función de control de garantías del Socorro, la Fiscalía imputó a HUMBERTO CHINCHILLA la comisión de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado culposo. Solicitada la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva, fue negada, decisión que al ser apelada fue objeto de confirmación por el Juzgado 1 Penal del Circuito del mismo municipio.

Radicado el escrito de acusación, el 28 de agosto de 2013 se realizó la correspondiente audiencia, en la cual la Fiscalía insistió en los referidos delitos. Surtido el debate oral, el 18 de diciembre de 2014 el Juzgado 2 Penal del Circuito del Socorro profirió fallo condenando a CHINCHILLA MORA a 90 meses de prisión, multa de 92.66

salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 104 meses, como autor de los delitos objeto de acusación, negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Impugnada tal providencia por la defensa, el Tribunal de San Gil la confirmó a través del fallo recurrido en casación, expedido el 17 de mayo de 2017.

LA DEMANDA:

Consta de 3 cargos.

1. Primero: Nulidad por violación del debido proceso, juez imparcial y derecho de defensa.

Sobre el debido proceso manifestó el defensor que según el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, en la audiencia de formulación de acusación se concede la palabra a las partes para la formulación de observaciones, a partir de las cuales la Fiscalía aclara, adiciona o corrige su escrito, pero en este asunto, el juez le preguntó a la Fiscalía si era su deseo adicionar o corregir la acusación, ante lo cual adicionó los testimonios de 3 investigadores, Javier Quiroga, Gloria Velásquez y Vladimir Peñuela, con los cuales fueron incorporados documentos en el juicio.

Tal proceder del juez violó el derecho el debido proceso, pues “*exhibió su ánimo parcial*”, con mayor razón si en la intervención del Fiscal lo increpó para que precisara “*si se trata de lanchas o llantas*”, indicando aquél que se trataba de lanchas y corrigió el yerro en la acusación.

Además, nada dijo el juez en la audiencia de formulación de acusación cuando el fiscal enlistó como elementos que se disponía a descubrir a la defensa, unas diez entrevistas “*que no han llegado*”.

También en la práctica de un testimonio de la Fiscalía, el juez le preguntó si los juegos mecánicos cabrían en el lote dispuesto por el alcalde para su instalación e igualmente indagó por la extensión de dicho terreno.

Acerca del derecho de defensa, adujo que quien atendió el juicio no manejaba las técnicas del juicio oral, pues en la audiencia preparatoria no supo cómo pedir las pruebas, de modo que cuando tenía el propósito de realizar el interrogatorio directo a los testigos de la Fiscalía, el juez le dijo que luego del cuestionario directo del ente acusador podría contrainterrogarlos.

Los documentos que solicitó no tuvieron testigo de acreditación y en la audiencia preparatoria entregó carpetas con documentos incompletos.

A su vez, expuso que el defensor guardó silencio cuando el juez invitó y permitió a la Fiscalía adicionar el escrito de acusación y no presentó su teoría del caso.

En la audiencia, al contrainterrogar, preguntaba sobre temas ajenos al interrogatorio directo, razón por la cual la Fiscalía le formuló objeciones y el defensor preguntó entonces “*¿Qué debo hacer señor juez?*”.

El abogado tenía información acerca de la imposibilidad de utilizar los aparatos dados en comodato al Socorro, de la gestión adelantada por el acusado orientada al montaje del parque de atracciones mecánicas, de la posterior inconveniencia de montar los juegos por las condenas administrativas impuestas a la Gobernación de Santander por accidentes en el lugar donde se encontraban en Floridablanca, pero no tuvo el manejo adecuado de las técnicas del juicio oral para hacerlas valer en el juicio.

Al terminar la audiencia pública, luego de practicadas las pruebas de descargo, el defensor solicitó se escuchara al acusado, pero nada logró, pues no se le permitió hablar, vulnerando su derecho a la defensa material.

Con base en lo expuesto, el recurrente solicitó a la Corte declarar la nulidad de lo actuado desde la audiencia de formulación de acusación, a fin de garantizar a HUMBERTO CHINCHILLA MORA un juicio justo.

2. Segundo cargo: Violación directa de los artículos 400, 410 y 9 del Código Penal, así como 7 y 381 del estatuto procesal penal.

Respecto del delito de contrato sin requisitos legales expresó que si bien en las sentencias se dijo que corresponde a una norma en blanco, al declarar violado el principio de planeación como parte esencial del contrato se citó en el fallo de primer grado (fol. 42) un precedente jurisprudencial del 23 de septiembre de 2013 (Rad. 35344), posterior a la firma del contrato y de su *otro sí*, el 3 de noviembre de 2010 y el 8 de febrero de 2011, respectivamente, es decir, se violó el principio de legalidad y favorabilidad.

También se citó (fol. 45) una sentencia del 9 de abril de 2014 (Rad. 39.852), en la cual precisamente se advierte sobre la preexistencia de las leyes que sirven para llenar normas en blanco.

La sentencia es ilegal por citar un precedente jurisprudencial posterior a los hechos, lo cual amerita su

casación, en cuanto debió reconocer la falta de conducta punible y la ausencia de prueba para condenar.

Con relación al delito de peculado culposo aseveró que la jurisprudencia ha advertido la necesidad de probar la creación de un riesgo, un daño y un nexo de causalidad entre uno y otro.

En este caso, la creación del riesgo se hace derivar de la firma del comodato, que configuró el delito de contrato sin requisitos legales y, a su vez, se erige en elemento normativo del peculado culposo, con lo cual se viola el artículo 8 del Código Penal (Principio *non bis in ídem*).

También se condenó a HUMBERTO CHINCHILLA con base en responsabilidad objetiva, pues no se identificó el elemento subjetivo.

Entonces, es necesario casar el fallo para, en su lugar, absolver al acusado.

3. Tercero: Violación directa de la ley en la dosificación de pena y negación de subrogados.

El casacionista planteó que si en la dosificación de la pena impuesta al acusado se tuvo en cuenta el incremento establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, debe

recordarse cómo la Corte (SP, 27 feb. 2013. Rad. 33254) ha precisado que dicha norma no debe aplicarse cuando hay aceptación de cargos respecto de delitos para los cuales está prohibida la rebaja de pena y, con el mismo razonamiento, se entiende que tampoco procede el incremento cuando se ha dado curso integral al proceso ordinario, como ocurrió en este caso.

Entonces, solicitó corregir el yerro, en el sentido de casar parcialmente la sentencia para retirar el referido incremento punitivo.

De otra parte, aseveró que a HUMBERTO CHINCHILLA le fue negada la prisión domiciliaria con base en una ley posterior a los hechos, pues cuando suscribió el contrato de comodato el 3 de noviembre de 2010, estaba vigente el artículo 68 A que fue incorporado mediante el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007.

Dicha norma fue luego adicionada por el artículo 32 de la Ley 1453 de junio de 2011, mediante el cual se ampliaron las prohibiciones de prisión domiciliaria a los delitos contra la administración pública, disposición posterior a los hechos investigados motivo de la condena.

Si se violó directamente la ley por aplicación indebida del artículo 68 A del Código Penal, en cuanto se tuvo en cuenta la adición contenida en el artículo 32 de la Ley 1453 de 2011, debe corregirse el error casando parcialmente el fallo para conceder al procesado la prisión domiciliaria.

ACTUACIÓN ANTE LA CORTE:

1. El defensor.

Reiteró los planteamientos formulados en el primer cargo de la demanda de casación.

2. La Fiscalía.

El Delegado manifestó que no se presentaron las falencias referidas por la defensa. El abogado interpretó, según su criterio, la forma en que el juez debe modular la audiencia del juicio, sin tener en cuenta que tiene el cometido de asegurar el derecho material y la justicia, es decir, el proceder del juez no atentó contra la imparcialidad.

Si el Fiscal puede aclarar, corregir o modificar el escrito de acusación, no se configuró irregularidad alguna cuando procedió a adicionar tres testimonios.

Sobre la violación directa del artículo 410 del Código Penal consideró que el argumento no persuade, pues se descontextualizó el planteamiento central del fallo, referido a la violación del principio de planeación derivado de la Ley 80 de 1993, en cuanto era necesario que el Alcalde CHINCHILLA MORA tuviera claro dónde y cómo se iban a instalar los juegos en el municipio del Socorro, de manera que las citas de jurisprudencia posterior a los hechos, no desvirtúan la configuración del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos.

Acercas de la violación del principio *non bis in ídem*, el Delegado refirió que el reproche concursal es viable, en cuanto cada comportamiento se estructura de manera independiente. Una cosa fue suscribir el contrato de comodato sin cumplir el requisito de la planeación, y otra, el punible de peculado culposo derivado del daño y pérdida de los bienes.

La tasación de la pena estuvo acorde con los mandatos legales y era procedente el incremento del artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Estuvo bien negar la prisión domiciliaria, pues para cuando se cometió el delito era necesario que el delito tuviera una pena mínima igual o inferior a 5 años, lo cual no se cumplió en este caso y además, se prohíbe para

delitos contra administración pública, como en efecto fue desarrollado en sentencia del 21 de marzo de 2018 (Rad. 50472).

En suma, el Fiscal Delegado solicitó a la Corte no casar el fallo impugnado.

3. El Ministerio Público.

La Procuradora Delegada manifestó que si el juez debe dar la palabra para que el fiscal adicione, corrija o aclare el escrito de acusación, ninguna irregularidad se advierte en que le preguntara si iba a proceder a ello y, tanto menos, en que hubiera adicionado 3 testimonios.

Acerca de las entrevistas que *“no habían llegado”*, consideró que ello no configura una incorrección, pues de conformidad con la Ley 906 de 2004, la Fiscalía debe simplemente enunciar los medios que hará valer, con mayor razón si al revisar los audios se advierte adecuadamente surtido el descubrimiento probatorio.

Con relación a que el juez formuló una pregunta a un testigo, encontró atinado y pertinente el cuestionamiento, referido a si conocía el terreno donde estaban las atracciones mecánicas en Floridablanca y si había visto el sitio donde se dijo serían instaladas en el Socorro, es decir, se trató de una pregunta para dar claridad.

Sobre la violación de la defensa técnica del procesado manifestó que estuvo asistido de varios profesionales, los cuales pidieron pruebas, interpusieron recursos y alegaron, de modo que ejercieron cabalmente su encargo profesional.

No se violaron directamente los artículos 400 y 410 de la Ley 599 de 2000, pues respecto de la cita de jurisprudencia de 2013, el casacionista olvidó que los jueces están sometidos al imperio de la ley y entonces, la alusión a la jurisprudencia fue simplemente complementaria.

No se violó el principio *non bis in ídem*, en cuanto el peculado culposo está referido a la protección de la función pública respecto de la custodia y tenencia de bienes, mientras que el delito de contrato sin cumplimiento protege la contratación transparente conforme a los postulados dispuestos en la ley para ello.

Sobre la violación directa por indebida aplicación del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, recordó que en este caso no hubo aceptación de cargos, luego estuvo bien aplicada tal disposición legal.

En cuanto atañe a la prisión domiciliaria encontró que por el monto de la pena, el acusado no podía acceder a tal beneficio.

A partir de lo anterior, la Delegada solicitó a la Corte no casar el fallo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. Primer cargo: Nulidad por violación del debido proceso, juez imparcial y derecho de defensa.

En cuanto atañe a la denunciada vulneración del debido proceso, advierte la Sala que ninguna irregularidad se constata en el proceder del juez director del juicio en el marco de la audiencia de formulación de acusación, pues de una parte, le asiste a la Fiscalía la facultad de aclarar, corregir o enmendar la acusación y, de otra, el juez no impartió alguna orden o directriz sobre el particular, en cuanto simplemente preguntó si se iba a adicionar o corregir la resolución acusatoria, a lo cual procedió el fiscal.

Conviene destacar que el juez no sugirió de alguna manera las adiciones a la acusación o que debían incluirse los testimonios agregados, motivo por el cual no hubo quebranto alguno de su imparcialidad.

Aún más, si como consigue establecerse en el desarrollo de la referida audiencia, el Fiscal tenía lista la inclusión de los testimonios de los investigadores Javier Quiroga, Gloria Velásquez y Vladimir Peñuela, resulta intrascendente que el juez le hubiera preguntado si iba a aclarar o adicionar la acusación, es decir, aún sin la alusión que al respecto realizó el director de la audiencia, la Fiscalía habría hecho la adición de los declarantes, lo cual acredita que el casacionista en procura de sacar avante los intereses de su representado, ofreció una lectura de la audiencia de formulación de acusación con unos alcances diversos a como en realidad se desarrolló.

Ahora, si al realizar la Fiscalía su intervención, el juez solicitó precisara si aludía a “*lanchas o llantas*”, manifestando que se trataba de lanchas, el recurrente no dijo, ni la Sala advierte, de qué manera tal solicitud de claridad denota un interés parcializado del juez en perjudicar a HUMBERTO CHINCHILLA, máxime si puede constatarse que se trató de un lapsus del Fiscal, pues aún sin la referida corrección podía establecerse a qué elementos se refería, esto es, a unas lanchas. Entonces, la queja resulta intrascendente.

En cuanto se refiere a que la Fiscalía expresó que descubriría varias entrevistas que aún no habían llegado, una vez más encuentra la Sala la ausencia de irregularidad alguna, pues una cosa es la enunciación y otra muy diferente el descubrimiento probatorio, respecto del cual, en este asunto, se observa tuvo desarrollo en forma adecuada.

Respecto de la pregunta formulada por el juez a un testigo sobre el sitio en el cual se encontraban los juegos mecánicos en Floridablanca y aquél al que se dijo serían trasladados en el Socorro, considera la Corte que no denota interés personal o parcialidad alguna, en cuanto se trata de un cuestionamiento complementario a fin de comprender el contexto de las conductas por las cuales fue acusado HUMBERTO CHINCHILLA.

Como también el recurrente afirmó que se violó el derecho de defensa de su asistido, pues quien lo asistió en el juicio no manejaba las técnicas del juicio oral, puede verificarse que al inicio de la audiencia preparatoria realizó el correspondiente descubrimiento y hasta solicitó un receso para poder organizarlo y presentarlo de manera completa.

Hizo lo propio aduciendo la pertinencia, conducencia y utilidad de cada uno de los medios de convicción solicitados y se opuso al decreto de algunas pruebas pedidas por la Fiscalía expresando sus razones. Además, objetó preguntas

del ente acusador y se opuso a la incorporación de varios documentos. Ejerció el conainterrogatorio respecto de la mayoría de declarantes de cargo y alegó de conclusión solicitando la absolución de su representado.

En la audiencia de individualización de la pena insistió en que fuera concedida a su asistido la prisión domiciliaria.

Ahora, si en el desarrollo de las declaraciones, la Fiscalía objetó con éxito algunas preguntas del defensor, debe recordarse que ello es precisamente consecuencia del sistema penal acusatorio y de la contienda librada entre acusación y defensa, sin que pueda considerarse nula o inidónea la asistencia profesional del abogado.

Si bien aquél defensor no presentó su teoría del caso, es pertinente señalar que según el artículo 371 de la Ley 906 de 2004, no está obligado a hacerlo, ni se erige en un presupuesto de validez de su intervención, con mayor razón si a lo largo del juicio se advirtió su interés en demostrar que HUMBERTO CHINCHILLA no incumplió el principio de planeación que gobierna la contratación estatal al firmar el comodato con la Lotería de Santander.

Adicional a lo expuesto se tiene que la declaratoria de nulidad se rige, entre otros, por el principio de

trascendencia, según el cual, no basta la presencia de la incorrección, en cuanto es necesario acreditar que materialmente derivó efectos adversos al procesado, los cuales no fueron demostrados por el casacionista en este asunto, ni la Sala los advierte, pues únicamente se perciben como observaciones insustanciales, sin injerencia en la legitimidad y el sentido del fallo.

Finalmente, tampoco el censor señaló qué se habría logrado en concreto con la declaración del acusado en el juicio, de manera que su queja nuevamente se muestra fútil.

El reproche no prospera.

2. Segundo cargo: Violación directa de los artículos 400, 410 y 9 del Código Penal, así como 7 y 381 del estatuto procesal penal.

Como la inconformidad del recurrente radica en que se citó en el fallo de primer grado un precedente jurisprudencial del 23 de septiembre de 2013 (Rad. 35344), posterior a la firma del comodato y de su *otro sí*, que tuvieron ocurrencia el 3 de noviembre de 2010 y el 8 de febrero de 2011, respectivamente, a partir de lo cual planteó la violación de los principios de legalidad y favorabilidad, encuentra la Corte lo siguiente:

Según el artículo 230 de la Constitución, los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley, norma en la cual se precisa que la jurisprudencia corresponde a un criterio auxiliar de la actividad judicial.

En el fallo de primer grado se expresó:

“Por su parte la Ley 80 de 1993 consagra unos principios que son la orientación de la actividad contractual de los servidores públicos cuya observancia no está al libre criterio de su intérprete sino que son de obligatorio acatamiento, de los cuales citamos algunos:

(...).

“Artículo 25-12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos en el pliego de condiciones”.

Y más adelante puntualizó:

“Lo sucedido a partir de ese momento dejó en evidencia esa falta de planeación en los aspectos nucleares que envolvían el objetivo de la contratación celebrada con la

Lotería de Santander, y era el cómo, el cuándo, quién y dónde se iría a poner en funcionamiento toda esa maquinaria traída con la finalidad de brindar recreación, es decir, no se planeó la forma de dar cumplimiento a la ley que regula el funcionamiento y operación de un parque de diversión con atracciones mecánicas...”.

El Tribunal sobre el mismo aspecto señaló:

“En este caso en concreto, sí se trasgredió el principio de planeación, consagrado en el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 890 de 1993, el que a su vez constituye uno de los componentes básicos del principio de economía reglado en el artículo 254 de dicha normatividad”.

(...).

“Bajo este panorama, tal y como lo aseveró acertadamente el a quo en la sentencia impugnada, el procesado HUMBERTO CHINCHILLA MORA, en su condición de Alcalde municipal del Socorro para la época de los hechos, previamente a la celebración del pluricitado contrato de comodato precario con la Lotería de Santander, no elaboró los estudios y diseños pertinentes a fin de determinar con precisión la viabilidad logística y técnica para la adaptación y

puesta en funcionamiento del parque de diversiones en dicha localidad, ni realizó las apropiaciones presupuestales necesarias para poner en funcionamiento los aparatos que le iban a ser entregados en comodato, solo previo este aspecto en lo referente al transporte de los juegos mecánicos; ni efectuó los estudios de factibilidad para su montaje...”.

Como se puede observar, el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales que corresponde a un tipo penal en blanco, no fue llenado en los fallos de primera y segunda instancia con una cita jurisprudencial sino con una norma legal preexistente a los hechos, esto es, el artículo 25-12 de la Ley 80 de 1993.

En el fallo de primera instancia se citó una decisión de esta Sala, seguramente para dar mayor solidez a la argumentación, pero como tal, en sí misma innecesaria, pues con o sin ella, se consiguió identificar el tipo penal en blanco, esto es, el núcleo esencial de la conducta, así como la norma de reenvío o complemento, sin que se hayan violado los principios de legalidad o de favorabilidad como lo reclamó el impugnante, en cuanto, como ya se advirtió, la condena se edificó sobre los referidos soportes normativos, con mayor razón si en la sentencia de segundo grado –que en virtud del principio de unidad de los fallos, al ser confirmatoria de la de primera instancia integra una sola decisión— se citó sobre el principio de planeación una

providencia de esta Sala anterior a los hechos, esto es, del 10 de octubre de 2007 (Rad. 26076), cuyo contenido es similar al que cuestionó el casacionista.

Las razones expuestas permiten concluir que la queja del censor no está llamada a prosperar por carecer de trascendencia.

Con relación a la violación del principio *non bis in ídem*, advierte la Corte que de ninguna manera la misma conducta se ha adecuado simultáneamente a los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado culposo.

En efecto, el primer punible consistió en que HUMBERTO CHINCHILLA suscribió en calidad de Alcalde del Socorro con la representante legal de la Lotería de Santander un comodato, sin cumplir con la exigencia legal de la planeación previa, pues no definió dónde serían instaladas las atracciones mecánicas recibidas, de qué manera serían ubicadas, quién procedería a ello, cuál sería el costo de su adecuación, qué permisos y seguros debía conseguir, quiénes serían sus operarios y cuánto costaría su puesta en funcionamiento.

El segundo delito, el peculado culposo, se configuró a partir de la actitud descuidada y negligente del Alcalde CHINCHILLA respecto de la conservación de los elementos

que le fueron entregados en virtud del comodato, circunstancia que determinó su deterioro al ser expuestos a la intemperie, motivo por el cual algunos se oxidaron, otros fueron sustraídos y se desconoce a qué atracciones corresponden ciertas partes abandonadas en la plaza de ferias, el campamento municipal y la villa olímpica del Socorro.

Así pues, en el contrato, entre otras obligaciones del comodatario se acordó:

“1. Cuidar y mantener los bienes recibidos en comodato respondiendo por todo daño o deterioro que sufran, salvo los que se deriven del uso autorizado. 2. El comodatario es obligado a emplear el mayor cuidado en la conservación y responde hasta de la culpa levísima. Es, por tanto, responsable de todo deterioro que no provenga de la naturaleza o del uso legítimo de la cosa; y si este deterioro es tal que la cosa no sea ya susceptible de emplearse en su uso ordinario, podrá el comodante exigir el precio anterior de la cosa...”

Como también el censor adujo que su asistido fue condenado con base en responsabilidad objetiva, baste expresar que los fallos de primera y segunda instancia no analizaron únicamente la relación causa-efecto como sustento de la condena, pues también ponderaron la responsabilidad subjetiva de CHINCHILLA MORA.

En tal sentido, José Urbano Quiles declaró que fue contratado por el Alcalde del Socorro para desmontar las atracciones mecánicas del Parque de Floridablanca y llevarlas hasta el Socorro, sin que dentro de sus obligaciones estuviera volverlas a instalar, pero tiempo después, de manera verbal el Alcalde le solicitó cotizar cuánto valdría la instalación de los juegos, a lo cual procedió, adjuntando un levantamiento topográfico del sitio donde podrían ser ubicados, circunstancia que prueba, de una parte, que al momento de suscribir el comodato el acusado no había planeado la instalación de los atracciones en el Socorro y de otra, que fue luego de ubicar los juegos en diferentes partes del municipio que se detuvo a evaluar la posibilidad de su ubicación.

Lo anterior denota, además del tipo objetivo, su proceder doloso en el ámbito del tipo subjetivo, la vulneración del bien jurídico de la administración pública y el reproche al cual se hace acreedor en sede de culpabilidad por actuar como lo hizo, estando en condiciones de proceder conforme a derecho y en especial a las reglas que regían su actividad como Alcalde.

La queja del recurrente no está llamada a prosperar.

3. Tercero: Violación directa de la ley en la dosificación de pena y negación de subrogados.

3.1. Como el casacionista solicitó retirar de la sanción impuesta a su representado el incremento de pena establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 con base en lo dispuesto en SP, 27 feb. 2013. Rad. 33254, al disponer que no debe aplicarse cuando hay aceptación de cargos respecto de delitos para los cuales está prohibida la rebaja de pena y, con el mismo argumento debe entenderse que tampoco procede el incremento cuando se ha surtido el proceso ordinario, como ocurrió en este caso, se ocupa la Sala de tal argumento.

Advierte la Corte que ya sobre tal aspecto ha señalado¹ que no es suficiente para inaplicar la citada disposición que se proceda por alguno de los delitos enlistados en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, pues es preciso, además, que el proceso haya terminado de manera anticipada producto de allanamiento o preacuerdo.

Si en este asunto no tuvo lugar la aceptación de cargos o el preacuerdo, en cuanto se surtieron íntegramente las instancias por la vía ordinaria, no se cumple con una de las exigencias definidas por la jurisprudencia para marginar el referido aumento punitivo derivado del artículo 14 de la Ley

¹ Cfr. CSJ SP, 3 jul. 2019. Rad. 52091, entre otras.

890 de 2004, de manera que atinó el juez de primer grado al contabilizarlo, decisión confirmada por el Tribunal.

3.2. Con relación a que le fue negada a HUMBERTO CHINCHILLA la prisión domiciliaria con base en una ley desfavorable posterior a los hechos, constata la Sala que para el 3 de noviembre de 2010, fecha en la cual el acusado en su condición de Alcalde del Socorro suscribió el comodato con la Lotería de Santander, se encontraba vigente el artículo 38 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007.

La primera de dichas normas establecía, entre otros requisitos para conceder la prisión domiciliaria, *“que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos”*. Si CHINCHILLA MORA fue condenado por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, el cual, teniendo en cuenta el incremento punitivo de la Ley 890 de 2004 era sancionado con una pena mínima de 64 meses de prisión, esto es, 5 años y 4 meses, es claro que sobrepasaba el quantum punitivo para acceder a la prisión domiciliaria.

La segunda, el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, creó el artículo 68A del Código Penal, según el cual, no procedía la prisión domiciliaria *“cuando la persona haya sido*

condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores”.

Entonces, encuentra la Sala que asiste razón al defensor al señalar que para negar la prisión domiciliaria fue citada una norma posterior a los hechos, esto es, el artículo 38B de la Ley 1709 de 2014 invocado en el fallo de primer grado, pero lo cierto es que tampoco con base en la disposición vigente para cuando tuvieron lugar los sucesos procedía el otorgamiento de dicha sustitución punitiva, se repite, porque uno de los delitos por los que se procede tiene una pena mínima superior a 5 años y entonces no cumple las exigencias del artículo 38 de la Ley 599 de 2000.

Resta señalar que tampoco procede la prisión domiciliaria con base en el artículo 28 de la Ley 1453 de 2011, en cuanto expresamente la excluye cuando se trate, entre otros delitos, del contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Tanto menos tiene cabida al amparo de la Ley 1709 de 2004, pues está prohibida cuando se proceda por delitos contra la administración pública, como los investigados en este asunto.

En suma, encuentra la Corte que el acusado HUMBERTO CHINCHILLA no tiene derecho a la prisión

domiciliaria sustitutiva de la intramural, ni con fundamento en las normas vigentes para la fecha de ocurrencia de los hechos, o a partir de disposiciones posteriores.

El cargo no prospera.

Por lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

EYDER PATIÑO CABRERA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

