



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada Ponente

SEP 00059-2021

Radicación N° 50534

Aprobado Acta No. 31

Bogotá D.C., diez (10) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Procede la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia a proferir sentencia dentro del proceso adelantado en contra de JULIO IBARGUEN MOSQUERA, ex gobernador del departamento de Chocó, acusado por la Fiscalía General de la Nación por la presunta comisión del concurso delictual (homogéneo y heterogéneo), de prevaricato por acción y peculado por apropiación a favor de terceros.

1. SITUACIÓN FÁCTICA

JULIO IBARGUEN MOSQUERA, como Gobernador de Chocó, expidió las resoluciones 0451 y 0452 de 27 de marzo de 2007 y 0725 de 30 de abril de ese mismo año, por medio de las cuales, de forma irregular, ordenó giros a manera de avances en favor de Roger Pastor Mosquera Lozano, Secretario de Hacienda de ese ente territorial, para la compra de materiales y dotación de instituciones educativas del departamento, con cargo al “*Cap. III Art. 03.2.1.6 Prog. 04 del presupuesto del Departamento del Chocó —Sistema General de Participaciones—Educación de la actual vigencia Fiscal*”, bienes que en su mayoría no ingresaron a los colegios.

En virtud de ello, el Tesorero Departamental, Rodolfo Murillo Guzmán ordenó al Banco de Bogotá debitar de la cuenta de ahorros No.578.37574-3, denominada *Gobernación del Chocó-Rendimiento Encargo Fiduciario*, en favor de Roger Pastor Mosquera Lozano, Secretario de Hacienda las siguientes sumas:

i) Por la Resolución 0451, giró el 28 de marzo de 2007 el cheque No. 2085927, por valor de \$34'596.100, cuyo pago se hizo efectivo al otro día.

ii) Por la Resolución 0452, el 28 de marzo de 2007 giró el cheque No. 2085926, por valor de \$74'623.000, siendo pagado el 29 del mismo mes y año.

iii) Por la Resolución 0725, giró el 17 de mayo de 2007 el cheque No. 2212970, por valor de \$15'000.000, el cual se hizo efectivo al otro día mediante canje en la cuenta del beneficiario¹.

2. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

JULIO IBARGUEN MOSQUERA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 11'785.340 de Quibdó (Chocó), nació el 12 de julio de 1945 en Istmina (Chocó), es hijo de Nicolás Ibarguen y Rosaura Mosquera, estado civil casado con Olga Luisa Murillo.

Se ha desempeñado como profesor de primaria durante 32 años, presidente del sindicato docente del Chocó, primer vicepresidente de Fecode, concejal de Istmina para el periodo 1974 – 1976; concejal de Quibdó de 1984 a 1986, diputado del departamento de 1986 a 1988 y de 1988 a 1990, miembro de la Unidad de Trabajo Legislativo y representante a la Cámara del año 2001 a febrero de 2002, y gobernador del Chocó en el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2004 a 31 de diciembre de 2007.

¹ Los servidores públicos Roger Pastor Mosquera Lozano y Rodolfo Murillo Guzmán, adscritos a la Gobernación de Chocó, el 24 de mayo de 2012 fueron condenados por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Quibdó como autores del delito de peculado por apropiación, sentencia confirmada el 21 de marzo de 2013 por el Tribunal Superior de Quibdó.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

3.1. Etapa de investigación

El 2 de diciembre de 2009, en el proceso penal adelantado en contra de Roger Pastor Mosquera Lozano y Rodolfo Murillo Guzmán, Secretario de Hacienda y Tesorero Departamental del Chocó, respectivamente, la Fiscalía ordenó compulsar copias con el fin de investigar las presuntas irregularidades en que pudo incurrir el gobernador², por ello, la Fiscalía Octava Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución de 13 de abril de 2015, dispuso la apertura de instrucción penal en contra de JULIO IBARGUEN MOSQUERA³.

El 19 de agosto de 2015⁴ lo escuchó en indagatoria por la posible comisión de los delitos de peculado por apropiación y prevaricato por acción, y el 10 de mayo de 2016 le resolvió la situación jurídica de manera favorable, al abstenerse de imponerle medida de aseguramiento⁵.

Clausurado el ciclo instructivo, el 30 de marzo de 2017 profirió resolución de acusación en su contra como presunto autor del concurso delictual (homogéneo y heterogéneo), de

² Folio 177 a 198 cuaderno original N°1 de la Fiscalía.

³ Folio 92 cuaderno original N° 2 de la Fiscalía.

⁴ Folio 78 y ss. cuaderno original N° 2 de la Fiscalía.

⁵ Folio 211 a 265 cuaderno original N°2 de la Fiscalía.

prevaricato por acción y peculado por apropiación a favor de terceros, de conformidad con las previsiones de los artículos 31, 397 y 413 del Código Penal, decisión que adquirió firmeza el 3 de mayo siguiente⁶.

3.2. Etapa de juicio

La actuación fue remitida a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y luego, ante la implementación del Acto Legislativo 01 de 2018, arribó a esta Sala Especial de Primera Instancia, en la cual, una vez surtido el término de traslado previsto en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000⁷, el 10 de diciembre de 2018 al cumplirse la audiencia preparatoria, resolvió las peticiones probatorias elevadas por las partes⁸.

El 28 de enero de 2019⁹, se rindió dictamen pericial de estimación de perjuicios, el cual no fue objetado.

Finalmente, la audiencia pública de juzgamiento se surtió el 1º de agosto de 2019¹⁰.

Con ocasión de la Emergencia Sanitaria declarada en el territorio nacional a raíz de la pandemia del *covid-19*, y ante

⁶ Folio 235 a 300 cuaderno original N°3 de la Fiscalía.

⁷ Folio 1 a 82 cuaderno original N°1 de la Corte Suprema Justicia.

⁸ Folio 96 a 104 cuaderno original N°1 de la Corte Suprema de Justicia.

⁹ Folio 133-152 cuaderno original N° 1 de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁰ Folio 228 a 231 cuaderno original N°1 de la Corte Suprema de Justicia.

las disposiciones administrativas emanadas del Consejo Superior de la Judicatura, esta Sala mediante Acuerdo N° 04 del 16 de marzo de 2020 dispuso suspender los términos de los procesos sin preso, medida que prorrogó hasta el 1° de julio de la misma anualidad, fecha en la cual mediante Acuerdo N° 11, levantó tal suspensión.

4. RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN

La Fiscalía estimó satisfechos los requisitos para convocar a juicio a JULIO IBARGUEN MOSQUERA, como presunto autor de los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación (en concurso tanto homogéneo como heterogéneo), de conformidad con las previsiones de los artículos 31, 397 y 413 del Código Penal.

Lo anterior, porque en calidad de gobernador del Chocó suscribió las resoluciones 0451 y 0452 de 27 de marzo de 2007 y 0725 de 30 de abril del mismo año, por medio de las cuales ordenó de forma contraria a la ley, girar avances a nombre de Roger Pastor Mosquera Lozano, quien fungía para esa época como Secretario de Hacienda Departamental, permitiendo con ello que terceros se apropiaran de dineros del erario público.

Para el ente acusador, el gobernador no acató la reglamentación relacionada con las *Cajas Menores* prevista en la Resolución 001 de 2 de enero de 2007, expedida por el

Ministerio de Hacienda y Crédito Público —Dirección General del Presupuesto Nacional—, acto administrativo de alcance nacional y de imperativo cumplimiento para el mandatario, pues las resoluciones 0451 y 0452 de 27 de marzo de 2007 y 0725 de 30 de abril del mismo año por él emitidas: *i)* excedieron la cuantía contemplada para las *Cajas Menores* en el año 2007; *ii)* no se constituyeron fianzas ni garantías por el ordenador del gasto; *iii)* se entregaron recursos sin haber legalizado el gasto anterior; *iv)* se fraccionaron compras de un mismo elemento; *v)* no se hizo la legalización del gasto en los cinco (5) días siguientes a su realización.

Agregó que el dinero entregado para la constitución de tales cajas debía ser utilizado para sufragar gastos identificados y definidos en los conceptos del Presupuesto General de la Nación que tuvieran el carácter de urgente, lo que no sucedió en este caso, pues fue dado a Roger Pastor Mosquera Lozano, Secretario de Hacienda, ingresando a sus cuentas personales.

Que el gobernador también pasó por alto la Resolución 0074 de 23 de enero de 2007, que él mismo había expedido amparado en la anterior Resolución 001 de enero de 2007 del Ministerio de Hacienda, con la cual ordenó la creación de la *Caja Menor* para la Secretaría de Educación del ente territorial mediante la modalidad de *avance*, ya que con la resoluciones cuestionadas ordenó el giro de \$34'596.100; \$74'623.000; y \$15'000.000, con cargo al “*Cap. III Art.*

03.2.1.6 Prog 04 del presupuesto del Departamento del Chocó- Sistema General de Participaciones- Educación de la actual vigencia Fiscal”.

Señaló que la cuantía para contratar y límite de las *Cajas Menores* para el departamento de Chocó ascendía a \$22'986.100, lo que correspondía a 53 salarios mínimos legales mensuales vigentes, suma que se establece de atender la clasificación establecida para el año 2007 según el salario mínimo vigente en ese entonces (\$433.700) frente al presupuesto departamental (\$254.510'442.345).

A su turno, estimó que IBARGUEN MOSQUERA tenía conocimiento de la ilicitud y quería su realización al expedir las resoluciones en forma manifiestamente contraria a la ley, posibilitando así que terceros se apropiaran de recursos del Estado, como su Secretario de Hacienda Roger Pastor Mosquera Lozano, quien fue condenado por los mismos hechos.

5. AUDIENCIA PÚBLICA

5.1. Interrogatorio del enjuiciado

Manifestó que tanto el secretario de hacienda como el tesorero departamental eran los llamados a dar las explicaciones pertinentes de los gastos ordenados por los

avances con cargo al Sistema General de Participaciones, por tratarse de un tema técnico, pues fueron los que manejaron las cuentas correspondientes y deberían indicar el motivo por el cual los avances de las resoluciones 0451,0452 y 0725 se debitaron de la cuenta denominada *Gobernación del Chocó-rendimiento encargo fiduciario*.

Que el fundamento de esos tres avances obedeció a que distintas instituciones educativas le presentaron al secretario de educación sus necesidades y éste las trasladó al secretario de hacienda, quien a su vez le ordenó al tesorero pagador del departamento que cumpliera con el giro de las cifras respectivas.

Señaló que los gastos ordenados no fueron de *caja menor*, sino avances para solucionar problemas en instituciones educativas, a manera de ejemplo, los avances eran para compras menores como traperos, cloro o papel higiénico.

Adujo que el departamento tenía en esa época un reglamento para el manejo de sus finanzas basado en normas de orden constitucional, legal y ordenanzas, bajo el cual firmó tales resoluciones.

Que no podía explicar lo relativo a las facturas que se dijo legalizaban los gastos, porque no tuvo acceso a

documentos de la gobernación, pero aseguró que la legalización de los avances llegaba a su despacho con unos documentos presuntamente legales entre ellos el registro mercantil, el ingreso al almacén, por lo mismo, el estado y entrega final de los elementos correspondía al almacenista y no era del resorte del gobernador.

Explicó que quienes tenían el manejo físico de los recursos debían constituir las respectivas pólizas y supervisar la destinación final de los avances, de manera que cuando llegaban a su despacho para la aprobación, lo único que faltaba era la firma, siendo el gobernador como un notario de algo que los funcionarios le indicaban que ya se habían reunido todos los requisitos y, por tanto, solo restaba su firma.

5.2. Intervenciones de los sujetos procesales

5.2.1. Fiscalía

Solicitó la emisión de sentencia condenatoria en contra del procesado como autor del concurso delictual objeto de acusación, al estar acreditada la calidad de servidor público y la competencia funcional de IBARGUEN MOSQUERA para proferir las resoluciones cuestionadas, las cuales no consultaron la normatividad legal de orden nacional y departamental, pues autorizó con ellas el giro de avances en

favor del Secretario de Hacienda, Roger Pastor Mosquera Lozano, para que así terceros se apropiaran ilegalmente de dineros del erario público.

Afirmó que la constitución de las *Cajas Menores* estaba regulada en la Resolución 001 de 2 de enero de 2007 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual el mandatario debía acatar ya que el dinero entregado para la apertura de la *Caja Menor* debería ser utilizado para sufragar gastos identificados y definidos en los conceptos del Presupuesto General de la Nación que tuvieran el carácter de urgente, lo cual no sucedió en este caso.

Que también entregó los recursos sin legalizar los gastos anteriores y, con el pretexto de adquirir materiales para las instituciones educativas del departamento, fraccionó compras de un mismo elemento, máxime que tampoco fueron constituidas fianzas o garantías, como se acreditó con el informe de Policía Judicial No. 9-76570 de 8 de agosto de 2016.

Así mismo, expresó que a pesar de que el mandatario había expedido el 23 de enero de 2007 la Resolución 0074, por medio de la cual creó la *Caja Menor* adscrita a la Secretaría de Educación por un monto de \$18'000.000, no la acató al emitir el 27 de marzo de ese año las resoluciones 0451, 0452 y el 30 de abril la 0725, ordenando girar avances

en montos de \$34'596.100, \$74'623.000 y \$15'000.000, en su orden, a favor de Roger Pastor Mosquera Lozano.

Agregó que las explicaciones ofrecidas por el enjuiciado, basadas en la obligación de acudir a estos recursos para solucionar necesidades del sector educativo en razón a que la entidad territorial enfrentaba el plan de reestructuración previsto en la Ley 550 de 1999, no justificaba la utilización de recursos de la *Caja Menor*.

Aseguró que IBARGUEN MOSQUERA actuó con pleno conocimiento y voluntad de apartarse de lo señalado en la Constitución Política, la normatividad nacional y la departamental, pues contaba con amplia experiencia en el sector público y llevaba varios años ejerciendo el cargo de gobernador, actuando movido por el interés de que su Secretario de Hacienda, Roger Pastor Mosquera Lozano, accediera a unos dineros públicos en forma abiertamente ilegal, ya que el destino final de los recursos no fue la adquisición de insumos del sector educativo.

5.2.2. Ministerio Público

Coadyuvó la petición de la Fiscalía al considerar acreditada no sola la calidad de servidor público del procesado, sino que en ejercicio de sus funciones profirió las resoluciones 0451, 0452 y 0725 de 2007, para girar avances

a nombre de Roger Pastor Mosquera Lozano, Secretario de Hacienda Departamental del Chocó, propiciando que terceros se apoderaran de dineros del departamento.

Aseveró que el procesado contrarió la Resolución 001 de 2 de enero de 2007 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público -Dirección General del Presupuesto Nacional-, que reglamentaba el tema de las *Cajas Menores*, como también contrarió la Resolución 0074 de 23 de enero de 2007 de la Gobernación del Chocó, a través de la cual se creó la *Caja Menor* para la vigencia de ese año por el monto de \$18'000.000, pues las resoluciones cuestionadas sobrepasaron el 35% del valor que se permitía manejar en efectivo, haciendo por demás giros en favor del secretario de Hacienda, cuando la responsable del manejo y ejecución era Rocío de las Nieves Pretelt Luna, auxiliar administrativo del Sistema General de Participaciones, sin que tampoco obren medios de prueba demostrativos de una situación de apremio justificante para la expedición de tales actos administrativos.

Con relación al punible de peculado por apropiación a favor de terceros, señaló que también se acreditó la materialidad y la responsabilidad del enjuiciado por haber girado avances a nombre de Roger Pastor Mosquera Lozano, Secretario de Hacienda del departamento del Chocó, mediante las aludidas resoluciones, pues como gobernador le competía la administración y custodia de los recursos

públicos, cualquiera fuese su naturaleza y, como ordenador del gasto contaba con la disposición jurídica para comprometer los recursos de la *Caja Menor*.

5.2.3. Defensor

Pidió sentencia absolutoria en favor de su asistido en aplicación del principio *in dubio pro reo*, consagrado en los artículos 7° y 232 de la Ley 600 de 2000.

Respecto del delito de prevaricato por acción indicó que se debe tener en cuenta que para la época de los hechos el departamento de Chocó estaba sometido a la Ley 550 de 1999, pese a lo cual le fueron embargadas las cuentas bancarias, debiendo acudir a procedimientos para evitar que los recursos fueran pasibles de esas medidas arbitrarias y se paralizara la función pública, de ahí que la modalidad de avances resultaba tan normal y cotidiana, que IBARGUEN MOSQUERA actuó bajo las causales excluyentes de responsabilidad por fuerza mayor y estricto cumplimiento de un deber legal al expedir las resoluciones cuestionadas apoyadas en la Resolución No. 002 de enero 3 de 1997 del Ministerio de Hacienda, correspondiente al régimen legal de los avances, operaciones que incluso la Contraloría General de la República no glosó o reparó.

Tras indicar que no se demostró el móvil que supuestamente guio la acción del enjuiciado, destacó el grado de bachiller normalista, y que, en contraste, estaba rodeado de personal competente e idóneo, con estudios universitarios y especializados en el área de las finanzas y la administración pública, de ahí que no pueda afirmarse, como lo hace la Fiscalía y el Ministerio público, que tenía conocimiento de las resoluciones 001 de 2007 del Ministerio de Hacienda y 074 de 2007 del departamento.

De otro lado, aseguró que sería responsabilidad objetiva el afirmar que el gobernador actuó de forma dolosa en contravía de la ley, porque por los mismos hechos ya fueron condenados el ex secretario de Hacienda y el ex tesorero Departamental.

En cuanto al delito de peculado por apropiación, sostuvo que lo desvirtúan los soportes documentales, tales como facturas e ingreso de elementos al almacén de la Gobernación de Chocó y a la *Institución Educativa Agrícola Unión* de Belén de Bajirá, demostrativos que los avances solicitados se emplearon en actividad oficial de carácter educativo.

Que el informe de policía judicial No. 449920 de 21 de julio de 2009, da cuenta que con relación al cheque No. 2212970 del Banco de Bogotá por la suma de \$74'623.000, se legalizaron los avances con las facturas 2474 y 2475 para

un total de \$81'729.800, lo cual demuestra la compra de bienes para las instituciones educativas, obrando además el comprobante de ingreso al almacén de fecha 12 de abril de 2007.

De igual forma, respecto del cheque No. 2085927 del Banco de Bogotá por la suma de \$34'596.100, se legalizó por medio de la factura No. 0105 de 30 de marzo de 2007, del ente comercial *Representaciones Casa Azul*, en la cual consta los bienes adquiridos, adjuntándose el respectivo comprobante de ingreso al almacén.

Y que por el cheque No. 2212970 del Banco de Bogotá por la suma de \$15'000.000, se adjuntó factura de compra No. 00105 de mayo de 2007, de la *Promotora Mercantil Santa Ana*, dando cuenta de los elementos adquiridos y de lo cual obra el comprobante de ingreso al almacén de mayo 18 de la misma anualidad.

Para el defensor, no hay prueba que denote la confabulación entre el ex gobernador y sus funcionarios para favorecerlos ilegalmente con recursos oficiales, dado que los materiales educativos adquiridos con los recursos manejados a través de los avances ingresaron al almacén de la gobernación.

Que por lo mismo, no es viable predicar un actuar doloso del enjuiciado simplemente por el ejercicio de una disponibilidad jurídico-funcional sobre los recursos, pues una vez materializadas las referidas resoluciones, los funcionarios que recibían tales recursos asumían su administración, y por lo tanto, se le dificultaba al gobernador el control material de los actos del secretario de Hacienda y del tesorero departamental, siéndole exigible solo un control partiendo de la buena fe frente a los documentos que le exhibían.

Reiteró que ante la falta de prueba que permita acreditar más allá de duda razonable la fundamentación inculpativa de la Fiscalía en contra de IBARGUEN MOSQUERA, con ocasión a la expedición y materialización de las resoluciones cuestionadas, debe proferirse sentencia absolutoria en su favor.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2018, el cual modificó los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer y emitir sentencia, pues al señor JULIO IBARGUEN

MOSQUERA lo ampara el fuero consagrado en el numeral 5° del último artículo citado por haber sido gobernador del departamento del Chocó. Y aun cuando ya no ostenta tal condición, las conductas descritas en la resolución de acusación emitida en su contra por la Fiscalía General de la Nación, guardan relación con las funciones que desarrolló al frente de ese departamento del 1° de enero de 2004 al 31 de diciembre de 2007.

Según consta en el formulario E-28 expedido por los delegados de la Registraduría Nacional del Estado Civil y del Consejo Nacional Electoral, IBARGUEN MOSQUERA fue elegido como gobernador y asumió el cargo como obra en el acta de posesión 001 de 2004 ante el Notario Segundo de Quibdó¹¹, y las conductas investigadas acaecieron en el año 2007 vinculadas con el ejercicio de tal cargo.

6.2. Requisitos para condenar

Con el norte de decidir el objeto del proceso, la Sala partirá del grado de conocimiento que en probabilidad se exige para emitir resolución de acusación, y lo confrontará frente a los presupuestos legales del artículo 232 de la Ley 600 de 2000 que, tras surtir la fase probatoria en el juicio, exige la certeza de la ocurrencia de la conducta punible y de

¹¹ Folio 263 y 265 cuaderno original (fiscalía) N°1

la responsabilidad del procesado, estadio al cual se debe arribar tras valorar integralmente los medios de convicción a través de la persuasión racional o sana crítica, esto es, sopesándolos a la luz de los principios de la lógica, las leyes de la ciencia y las reglas de la experiencia, como lo dispone el artículo 238 del citado ordenamiento adjetivo.

Para tal fin, se abordará en primer lugar el análisis dogmático de los delitos en estudio, para luego, con la prueba legal y oportunamente allegada a la actuación, determinar si en efecto se cumple el nivel de conocimiento para la declaratoria de responsabilidad penal.

6.3. Del delito de prevaricato por acción

6.3.1. Del tipo objetivo

El artículo 413 del Código Penal señala:

“El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.”

Es menester advertir que en este caso no resulta aplicable el incremento punitivo de que trata el artículo 14

de la Ley 890 de 2004, pues tal normativa que en principio estuvo asociada al trámite de la Ley 906 de 2004, solo rige para las conductas perpetradas a partir del 1° de enero de 2005 y según la implementación gradual en los diferentes distritos judiciales contemplada en el artículo 553 de la Ley 906 de 2004, en el Distrito de Quibdó entró a operar el 1° de enero de 2008, en tanto que los hechos ocurrieron en marzo y abril de 2007, antes de que entrara en rigor tal sistema, por lo cual se ha surtido bajo los lineamientos de la Ley 600 de 2000.

La estructura dogmática de tal ilícito ha sido delineada por la Sala de Casación Penal de la Corte en los siguientes términos¹²:

i) El sujeto activo es calificado, pues por tratarse de los denominados *delitos especiales*, será autor de la conducta típica quien cumpla la condición prevista en la norma, esto es, ostentar la calidad de servidor público.

ii) Es necesaria la competencia funcional a partir de la cual puede el servidor proferir la resolución, dictamen o concepto y;

¹² Cfr. CSJ SP, 14 oct. 2020, rad. 55745; CSJ, SP 23 ene. 2019, rad. 50419, entre otras.

iii) El acto ha de resultar manifiestamente contrario a la ley, no con una simple contradicción, ya que es necesario que sea evidente e incuestionable, es decir, que la decisión obedezca a la arbitrariedad del funcionario al apartarse de la norma jurídica que la regula.

Se trata de un delito de mera conducta, no requiere para su estructuración que lo decidido se materialice o produzca resultados concretos, basta que el servidor público suscriba o dicte la decisión para que cobre vida jurídica y ostente la potencialidad suficiente para lesionar el bien jurídico tutelado de la administración pública, cuyo titular es el Estado.

6.3.2. Tipo subjetivo

La forma conductual es dolosa, por lo tanto, en la contrariedad entre lo resuelto y el ordenamiento jurídico deben converger las aristas de *conocimiento* de los hechos típicos y *voluntad* en su realización, de manera que sea producto del querer del sujeto activo el proferir la decisión ilegal.

Al respecto la Sala de Casación Penal ha señalado que por tal forma conductual *“resulta imprescindible comprobar que el*

*autor sabía que actuaba en contra del derecho y que, tras ese conocimiento, voluntariamente decidió vulnerarlo*¹³.

6.3.3. Correspondencia de la conducta al tipo endilgado

La función pública en ejercicio de la cual JULIO IBARGUEN MOSQUERA profirió las resoluciones que se califican como desconocedoras del ordenamiento jurídico, está acreditada con las constancias expedidas por los delegados de la Registraduría Nacional del Estado Civil y del Consejo Nacional Electoral, así como con el acta de posesión ante el Notario Segundo de Quibdó¹⁴, demostrativos que fue elegido como gobernador del departamento del Chocó para el periodo constitucional 2004-2007, tomando posesión del cargo.

Y es precisamente el desempeñarse como gobernador lo que le permitió contar con la competencia funcional para proferir las resoluciones 0451 y 0452 de 27 de marzo de 2007 y 0725 de 30 de abril de ese mismo año, ya que de conformidad con los artículos 303 y 305 de la Constitución Política era el representante legal del departamento y jefe de la administración seccional, además, en virtud del artículo 110 del Decreto 111 de 1996, Estatuto Orgánico del

¹³ CSJ AP, 20 feb. 2019, rad. 50077

¹⁴ Folio 263 y 265 cuaderno original N°1 de la Fiscalía.

Presupuesto, tenía la capacidad de contratar, comprometer a nombre de la entidad territorial y ordenar el gasto.

La Fiscalía hizo consistir la manifiesta ilegalidad de las resoluciones en lo siguiente:

- i)* Los giros excedieron la cuantía contemplada para las *Cajas Menores* en el año 2007.
- ii)* No obran medios de prueba demostrativos que la adquisición de materiales o insumos con destino a centros educativos hayan obedecido a una situación de apremio que condujera a la necesidad de expedirlas.
- iii)* El dinero fue girado a Roger Pastor Mosquera Lozano, Secretario de Hacienda, cuando la responsable del manejo y ejecución de la *Caja Menor* era Rocio de las Nieves Pretelt Luna, auxiliar administrativo del Sistema General de Participaciones.
- iv)* Se giraron avances sin haber legalizado los anteriores.
- v)* Se superó ampliamente el término de cinco (5) días otorgado para la refrendación de los avances.
- vi)* Se fraccionaron compras de un mismo elemento.

vii) Se omitió la constitución de fianzas y garantías necesarias para la protección de los recursos departamentales.

Para la Sala esa concurrencia de irregularidades no fue desvirtuada en la fase de juicio, y por el contrario aparece ratificada como pasa a explicarse:

En primer lugar, vale la pena precisar que con las *Cajas Menores* dispuestas en las entidades públicas se busca agilizar la forma de atender ciertas necesidades, por eso, apuntalan a gastos urgentes o prioritarios, desprovistos de trámites que pueden demorar esa atención. Precisamente demanda un cuidadoso y adecuado uso a fin de que no se empleen indiscriminadamente, pues por ser gastos menores están ligados a situaciones inaplazables encaminadas a no paralizar la administración.

Como el reproche penal lo hace consistir la Fiscalía en que el gobernador desconoció la Resolución 001 de enero de 2007 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público relacionada con el funcionamiento de las *Cajas Menores*, así como la propia reglamentación territorial contenida en la Resolución 074 de 23 de enero de 2007, por medio de la cual se creó una *Caja Menor* adscrita a la Secretaría de Educación del Chocó, vale la pena precisar que conforme con lo señalado por la Corte Constitucional en CC C-335/08

cuando confrontó el artículo 413 del Código Penal con el texto superior, el término «*ley*», alude a las distintas fuentes del derecho que deben ser aplicadas para resolver un caso concreto, de ahí que debe entenderse que el delito de prevaricato se actualiza también cuando los servidores públicos en ejercicio de sus funciones emiten una decisión manifiestamente en contravía de un acto administrativo de carácter general.

Bajo tal premisa, la confrontación de las resoluciones 0451 y 0452 de 27 de marzo de 2007 y 0725 de 30 de abril de la misma anualidad, con las cuales IBARGUEN MOSQUERA autorizó el giro de avances a Roger Pastor Mosquera Lozano, Secretario de Hacienda, se hará frente a aquellos actos administrativos de orden nacional y departamental, 001 de 2007 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y 074 de 2007, respectivamente.

La primera, esto es, la Resolución 001 de 2007 que reglamentó lo concerniente a las *Cajas Menores*, indicaba que debían ser constituidas por cada vigencia fiscal mediante resolución del jefe del respectivo órgano, fijando la cuantía, el responsable, la finalidad y la clase de gastos que se podían realizar¹⁵; el dinero debía ser utilizado para sufragar gastos

¹⁵ **Artículo 3°. De la Constitución.** Las Cajas Menores se constituirán, para cada vigencia fiscal, mediante resolución suscrita por el jefe del respectivo órgano, en la cual se indique la cuantía, el responsable, la finalidad y la clase de gastos que se pueden realizar

identificados y definidos en el Presupuesto General de la Nación que tuvieran el carácter de urgente¹⁶; la legalización de los gastos tenía que efectuarse durante los 5 días siguientes a su realización¹⁷; y no se podían entregar nuevos recursos, hasta tanto no se legalizara el anterior¹⁸; además, se prohibía fraccionar las compras de un mismo elemento¹⁹.

A su turno, establecía que la cuantía máxima para cada *Caja Menor* se haría según el presupuesto vigente del respectivo órgano²⁰, por ello, para esa vigencia fiscal (2007), no podía superar los 53 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por ello, según el presupuesto del departamento y el valor del salario mínimo legal mensual vigente para ese año no podía superar los \$22'986.100.

El gobernador a través de la Resolución 0074 de 23 de enero de 2007²¹ para esa vigencia fiscal creó la *Caja Menor*

¹⁶ **Artículo 7°. Destinación.** El dinero que se entregue para la constitución de Cajas Menores debe ser utilizado para sufragar gastos identificados y definidos en los conceptos del Presupuesto General de la Nación que tengan el carácter de urgente. De igual forma los recursos podrán ser utilizados para el pago de viáticos y gastos de viaje, los cuales sólo requerirán de autorización del Ordenador del Gasto.

¹⁷ **Artículo 10°.** La legalización de los gastos de la Caja Menor deberá efectuarse durante los cinco (5) días siguientes a su realización.

¹⁸ **Artículo 11.** No se podrán entregar nuevos recursos a un funcionario, hasta tanto no se haya legalizado el gasto anterior.

¹⁹ **Artículo 12. De las prohibiciones.** No se podrán realizar con fondos de Cajas Menores las siguientes operaciones:

1. Fraccionar compras de un mismo elemento”.

²⁰ **Artículo 5°.** La cuantía de cada una de las Cajas Menores se establecerá de acuerdo con la siguiente clasificación de los órganos, dentro de cada vigencia fiscal”: según el presupuesto del departamento de Chocó de \$254.510.442.345, el límite era, 53 salarios mínimos legales mensuales.

²¹ Folio 132 cuaderno No. 7 de anexos de la Fiscalía.

adscrita a la Secretaría de Educación Departamental, con un monto de \$18'000.000, indicando que dicho dinero sería utilizado para sufragar gastos identificados y definidos en los conceptos del presupuesto del Sistema General de Participaciones que tuvieran el carácter de urgente y designó como responsable de su manejo a Rocío de las Nieves Pretelt Luna, auxiliar administrativo.

En el mismo acto administrativo estableció que el monto máximo para cancelar cada transacción no podía ser superior al 35% del valor que se permitía manejar en efectivo, el cual estaba representado en la suma de \$2'000.000²².

i) El 27 de marzo de 2007, IBARGUEN MOSQUERA expidió la Resolución 0451 autorizando el giro de un avance a nombre de Roger Pastor Mosquera Lozano, Secretario de Hacienda Departamental del Chocó, por valor de \$34'596.100, para la compra de materiales con destino a las *"Instituciones Educativas"* de la entidad territorial²³.

ii) En la misma fecha expidió la Resolución 0452 ordenando otro giro de avance a nombre de aquél, por valor de \$74'623.000, con el mismo objeto que la anterior²⁴.

²² Folio 132 del cuaderno original No. 7 anexo Fiscalía.

²³ Folio 165 del cuaderno original No. 1 de la Fiscalía.

²⁴ Folio 162 del cuaderno original No. 1 de la Fiscalía.

iii) El 30 de abril siguiente suscribió la Resolución 0725, autorizando también el giro de un avance a nombre de Roger Pastor Mosquera Lozano, por valor de \$15'000.000, para la compra de elementos necesarios para la dotación de la sala de sistemas de *la Institución Educativa Agrícola Unión* del Municipio de Belén de Bajirá.²⁵

En ninguna de esas resoluciones se argumentó que los gastos estuvieran destinados a suplir una necesidad urgente o que se tratara de gastos imprevistos e inaplazables que no pudieran ser atendidos por los canales normales de la contratación, ni tampoco se justificó que ello obedeciera a la restricción de la Ley 550 de 1999, pues simplemente con la anotación etérea o vaga: *“El Gobernador del Chocó, en uso de sus atribuciones legales y constitucionales”*, se imputaron al *“Cap. III Art. 03.2.1.6 Prog 04 del presupuesto del Departamento del Chocó- Sistema General de Participaciones- Educación de la actual vigencia Fiscal”*.

Además de no mediar alguna motivación, no se describieron los elementos a adquirir, sólo que los avances girados con las resoluciones 0451 y 0452 tendrían como objeto la compra de materiales para las *“Instituciones Educativas”* del departamento, sin tampoco identificar a qué colegios o planteles estarían destinados, y solo en la Resolución 0725 se indicó que era para dotar la sala de

²⁵ Folio 170 del cuaderno original Fiscalía No. 1.

sistemas de la *Institución Educativa Agrícola Unión* del municipio de Belén de Bajirá.

Al propio tiempo, deviene claro que los gastos no fueron legalizados previamente, así no medió legitimación del gasto anterior, pues se emitió la Resolución 0452 sin haber validado la 0451, igual sucedió con la Resolución 0725. Su formalización se dio meses después mediante resoluciones 2196 de 4 de diciembre de 2007, 1703 de 24 de septiembre de 2007 y 2171 de 3 de diciembre siguiente, respectivamente, superando así el término fijado en el artículo 10° de la Resolución No. 1 de 2007 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que imponía hacer la refrendación dentro de los cinco (5) días siguientes.

A su turno, no fueron constituidas fianzas o garantías necesarias para proteger los recursos del tesoro público, como se acreditó con el informe de Policía Judicial No. 9-76570 de 8 de agosto de 2016²⁶, cuando el tesorero-pagador departamental Jhon Alexander Mosquera Lloreda certificó la inexistencia en medios físicos o magnéticos en la Gobernación del Chocó de pólizas que se hubieran constituido para cubrir tal aspecto, lo cual también certificó la aseguradora la Previsora S.A., y Seguros del Estado S.A.

²⁶ Folio 1 a 7 cuaderno original N°3 de la Fiscalía.

Igualmente, IBARGUEN MOSQUERA permitió que se fraccionaran las compras, como se desprende de la factura No. 0105 de 30 de marzo de 2007, presentada para legalizar el avance No. 0451, en la cual se relaciona la adquisición de un computador y un monitor, así como con la factura No. 2475 de 4 de abril de 2007 aducida para refrendar el avance 0452, con el cual se compraron 5 computadores, un monitor y un computador portátil, denotando que ambas facturas refieren una misma clase de bienes, los cuales hubieran podido ser adquiridos en una sola compra.

No solo fue desconocido el acto administrativo del orden nacional (Resolución 001 de 2007 del Ministerio de Hacienda), sino que también el gobernador pasó por alto su propia Resolución 074 de 23 de enero de 2007 que había fijado el funcionamiento de la *Caja Menor* al interior de la Secretaría de Educación cuya responsable era Rocío de las Nieves Pretelt Luna, auxiliar administrativo del Sistema General de Participaciones, pese a lo cual, los giros los autorizó a su Secretario de Hacienda Roger Pastor Mosquera Lozano.

Al autorizar con las resoluciones 0451 y 0452 de 27 de marzo de 2007 los giros de \$34'596.100, \$74'623.000, en su orden, se superó ampliamente la cuantía máxima que para el ámbito nacional fijaba la Resolución 001 de 2007 del Ministerio de Hacienda en \$22'986.100, así como la cifra que

en el ámbito departamental determinada la Resolución 074 de 2007 de \$18'000,000.

Y si bien sólo estaría dentro del rango de esas cuantías el giro ordenado de \$15'000.000 en la Resolución 0725 de 30 de abril de 2007, deviene claro que en la misma concurren las irregularidades ya relacionadas acerca de la falta de motivación que justificara un gasto urgente, la legalización oportuna del giro, la ausencia de fianzas, además de haberlo hecho respecto de quien no era responsable de la *Caja Menor*, ya que la persona designada era Nieves Pretelt Luna, auxiliar administrativo del Sistema General de Participaciones.

IBARGUEN MOSQUERA desde el 1º de enero de 2004, asumió el cargo de gobernador y con anterioridad a los actos que se le cuestionan había expedido para el año 2004 y 2006 las resoluciones que creaban las *Cajas Menores*, invocando la normatividad nacional que para cada época regía la materia y con el soporte en la cual fijó sus montos y señaló los responsables del manejo, como a continuación se detalla:

1. Resolución 0311 de 16 de febrero de 2004, con fundamento normativo en la Resolución No.001 de enero 5 de 2004 expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con la cual reglamentó la constitución y funcionamiento de las *Cajas Menores* por valor de

10'000.000, designándose el mismo, como gobernador, responsable de su manejo.

2. Resolución 0584 de 17 de abril de 2006, con base en la Resolución No.001 de enero 2 de 2005 del Ministerio de Hacienda, por medio de la cual reglamentó las *Cajas Menores* por valor de \$8'000.000, para la cual no designó expresamente a un responsable.

Tales resoluciones precedieron a la 0074 de 23 de enero de 2007, por ello, se infiere razonablemente que conocía la normativa nacional y departamental que en materia de *cajas menores* y avances regía para el año 2007, la cual le era vinculante, de manera que precisado el ámbito de los deberes funcionales que le correspondía es claro que se apartó del ordenamiento al expedir los actos administrativos 0451, 0452 y 0725 del año 2007, ordenando el giro de avances a favor de Roger Pastor Mosquera Lozano, Secretario de Hacienda de la época.

Acreditado como se encuentra el aspecto objetivo del prevaricato, se analizará seguidamente las manifestaciones exculpatorias del procesado, las cuales se caracterizan por dos aspectos: en primer lugar, por ser indiscriminadas y, en segundo término, por querer revestir de legalidad *a posteriori* los actos administrativos con los cuales ordenó los giros en favor de su Secretario de Hacienda.

Y en cuanto a la otra tesis defensiva relacionada con que todo obedeció a que desde el año 2001 el departamento del Chocó se encontraba bajo reestructuración de pasivos de conformidad con la Ley 550 de 1999, y ante el embargo de los recursos, no se advierte cómo tal situación exoneraba al Gobernador de expedir los actos administrativos conforme a las normas que regían la materia.

Tampoco la razón acompaña a la defensa cuando destaca la presunción de legalidad de las resoluciones 0451, 0452 y 0725 de 2007, ante el hecho de que la Contraloría General de la República no les hizo algún reparo, porque pasa por alto que el artículo 26 de la Ley 42 de 1993 faculta a ese ente fiscal para ejercer control posterior en forma excepcional sobre las cuentas de cualquier entidad territorial —sin perjuicio del control que les corresponde a las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales—, sin que sea menester que todas las cuentas sean sometidas a examen o verificación, y por lo mismo, de las que no son objeto de revisión, no puede predicarse *per se* su legalidad.

Bajo estas aristas, para la Sala refulge nítido la acreditación del tipo subjetivo del delito de prevaricato, ya que el procesado impuso su criterio para contrariar la legalidad. Independientemente de que mediara algún nexo con su Secretario de Hacienda, Roger Pastor Mosquera Lozano o hubiera algún interés específico en el resultado que

aparejaron las resoluciones 0451, 0452 y 0725 de 2007 y aun de la obtención de beneficios o ventajas con las mismas, por la experiencia que tenía como servidor público y, específicamente, como gobernador y el conocimiento de las normas aplicables, no le era extraño el tema del manejo de las *Cajas Menores*, ya que durante los años 2004 y 2006 había expedido otras resoluciones relacionadas con la creación y funcionamiento de éstas.

Si bien el defensor añora prueba en cuanto al móvil que motivó al procesado, pasa por alto que, conforme lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, el ingrediente subjetivo del tipo penal de prevaricato por acción se configura cuando el servidor público profiere el acto con base en criterios subjetivos, caprichosos, arbitrarios, manifiestamente groseros, que claramente traducen que su ánimo es contrariar el ordenamiento, aspecto que se corrobora en este caso, máxime que las disposiciones en materia de *Cajas Menores* eran claras y no ofrecían ambigüedades que llevaran a diversas interpretaciones.

El acusado no ofreció alguna explicación sólida de su proceder frente a la expedición de las resoluciones por las cuales fue llamado a juicio, por el contrario, se tornó evasivo, impreciso y hasta confuso cuando argumentó que tanto las que ordenaban los avances como las que legalizaban las facturas llegaban a su despacho debidamente diligenciadas

y proyectadas en las Secretarías de Educación, Hacienda y Tesorería y que su única actividad era la de estampar su firma, perspectiva bajo la cual busca la exoneración de responsabilidad al alegar que Roger Pastor Mosquera Lozano y Rodolfo Murillo Guzmán, Secretario de Hacienda y Tesorero del departamento, en su orden, ya fueron condenados por estos hechos, y si bien obran las respectivas sentencias, desdeña que la responsabilidad penal es individual y son las conductas desplegadas como gobernador las que lo comprometen en los tres delitos de prevaricato por acción por tratarse de tres actos administrativos diferentes y autónomos.

Es sabido que para el querer criminal común que caracteriza la figura de la unidad delictiva o para estructurar un concurso aparente de delitos se requiere: *i)* un comportamiento subjetivo constituido por el plan preconcebido por el autor, identificable por la finalidad; *ii)* el despliegue de pluralidad de comportamientos de acción u omisión; y *iii)* la identidad del tipo penal afectado con tales comportamientos, lo que implica la lesión o puesta en peligro del mismo bien jurídico. Pero aquí, con cada una de las resoluciones el procesado contrarió la normatividad, a pesar que son tres actos administrativos similares en cuanto con ellos autorizó el giro de avances, cada uno conserva su autonomía, independencia y lapso temporal, sin que se advierta un fin único que los conglobara.

Así las cosas, como lo pusieron de presente en la audiencia pública los Delegados de la Fiscalía y del Ministerio Público el material probatorio también permite establecer la tipicidad subjetiva, en cuanto IBARGUEN MOSQUERA pese a conocer la contrariedad manifiesta que con la normatividad tenían las resoluciones 0451 y 0452 de 27 de marzo de 2007 y 0725 del 30 de abril del mismo año, quiso su materialización al autorizar los giros de avances en beneficio de su Secretario de Hacienda.

Si bien con justa razón el defensor repara en que el informe de policía judicial No. 449920 de julio 21 de 2009, fue denominado “*CHOCOLATE*”, término que consideró denigrante para referirse a la piel de la mayoría de las personas del departamento del Chocó, en cuanto el decoro que impone la actuación judicial tanto para funcionarios, empleados y peritos, como para los sujetos procesales demanda el respeto absoluto y alejado de términos discriminatorios y peyorativos, tal situación no mina su objetividad, máxime que tiene concordancia con datos objetivos relacionados con los cheques girados, las facturas de empresas que resultaron inexistentes y la carencia de documentos que acreditaran la efectiva y total entrega de elementos al almacén de la gobernación.

Tanto el procesado como su defensor buscan eliminar la responsabilidad bajo el argumento que medió fuerza mayor o un estricto cumplimiento de un deber legal, pero no explican, ni la Sala avizora cómo los efectos del sometimiento del departamento a tal normativa, destinada a la reestructuración de los entes territoriales, asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones, llevó al gobernador a emitir las resoluciones comprometiendo el erario público.

Ciertamente, no se advierte alguna circunstancia de fuerza mayor insuperable que haya obligado a IBARGUEN MOSQUERA a actuar de la forma como lo hizo, ni tampoco se constata un deber legal que le impusiera emitir las resoluciones contrariando la ley para disponer arbitrariamente de los caudales públicos, esto es, que las conductas hubieran sido consecuencia directa del cumplimiento estricto de sus funciones.

Por lo tanto, se queda vacua la argumentación defensiva en tanto no se demuestra, ni obra soporte objetivo o fáctico que permita sostener que había una norma que habilitara al gobernador para autorizar el giro de avances a Roger Pastor Mosquera Lozano.

En suma, la evidente ausencia de bases jurídicas de las resoluciones 0451, 0452 y 0725 de 2007 emitidas por el

gobernador denota su capricho como servidor público de apartarse del imperio de la ley.

6.3.4. De la antijuridicidad

El artículo 11 de la Ley 599 de 2000 señala que para que una conducta típica sea punible ha de lesionar o poner efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

Respecto de esta especie de delitos la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia²⁷, ha indicado que lo protegido es el debido funcionamiento de la administración pública, de ahí que el injusto se decanta en el incumplimiento de un deber del servidor estatal como garante institucional de ese interés jurídico.

Si la función pública es el conjunto de las actividades que realiza el Estado a través de las ramas del poder público destinada a alcanzar los fines esenciales consagrados desde el artículo 2° del texto superior, de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, así como asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un

²⁷ Cfr. CSJ SP SP9087-2014, rad. 39.356, reiterada en CSJ SP740-2015, rad. 39.417.

orden justo, el apego de los servidores estatales a la legalidad es uno de los pilares fundamentales.

Efectivamente, el artículo 6° de la Constitución Política en cuanto a la responsabilidad jurídica de los funcionarios públicos establece que deben responder ante las autoridades por infringir la Constitución, la ley, así como por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, lo cual guarda correspondencia con el artículo 122 de la misma norma de normas al consagrar que no habrá cargo o empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento.

La Corporación ha señalado que *“al elevar a la administración pública a la categoría de bien jurídico que debe tutelar el derecho penal, el legislador pretende generar confianza en el conglomerado para que acudan a los procedimientos institucionales en aras de resolver los conflictos que surjan entre ellos, en el entendido de que encontrarán trámites y soluciones correctos, tras los cuales, el representante estatal entregará a cada quien, en forma justa, equitativa, lo que le corresponde”*²⁸.

Aquí no emerge alguna duda frente a la lesividad de los comportamientos atribuidos a JULIO IBARGUEN MOSQUERA, en la medida en que la expedición de las resoluciones cuestionadas afectó sin justa causa el bien

²⁸ CSJ SP, 17 jun. 2015, rad. 45622 y CSJ SP 12 feb 2014, rad. 42501.

jurídico de la administración pública, ante el claro desvío no solo de la legalidad que se debe observar sino del interés general que debe regir todas las actuaciones de las autoridades administrativas de cualquier orden.

6.3.5. De la culpabilidad

Los comportamientos de IBARGUEN MOSQUERA se ofrecen culpables si se tiene en cuenta que contaba con la experiencia y preparación para comprender la ilicitud de su conducta, no obstante, optó por proferir en contravía de la ley, las resoluciones 0451, 0452 y 0725 de 2007, sin que se advierta la concurrencia de alguna causal de exculpación.

Había laborado como Representante a la Cámara por el departamento de Chocó, miembro de la Unidad de Trabajo Legislativo, concejal de Quibdó y de Istmina, y llevaba como gobernador más de tres años, lo que permite asegurar que para el momento de los hechos contaba con amplia experiencia específica en los temas y situaciones propias de su cargo.

Evidentemente, se trata de una persona imputable, de quien era exigible un comportamiento ajustado a derecho, pues de la prueba allegada no es posible suponer siquiera, máxime que ello no fue alegado, la incapacidad de ajustar su proceder a la normatividad vigente.

No se advierte que hubiera sido compelido a una conducta de cuya realización no pudiera sustraerse y que excluyera la culpabilidad como los eventos de caso fortuito o fuerza mayor, o que hubiese obrado bajo insuperable coacción ajena o impulsado por miedo insuperable, según las previsiones del artículo 32 del Código Penal, pues es claro que a partir de la expedición de las resoluciones se apartó deliberadamente del ordenamiento.

Por demás, deviene evidente que tuvo la oportunidad de actualizar el conocimiento de lo injusto de sus comportamientos, pues mediaban normas que le hubieran permitido obrar de manera diferente, contrariamente, teniendo la capacidad de actuar conforme a derecho, determinó su voluntad, de manera consciente y reflexiva, para proferir las resoluciones ilegales.

6.3.6. De la responsabilidad

Acreditada la materialidad de las conductas punibles de prevaricato por acción, y el juicio de culpabilidad del que se hace merecedor JULIO IBARGUEN MOSQUERA pues, pese a estar en plena capacidad de actuar de otra manera, dirigió su conducta a ejecutar la acción antijurídica, no queda camino distinto que concluir que debe responder por tales conductas en concurso homogéneo.

6.4. Del delito de peculado por apropiación

6.4.1. Del tipo objetivo

Como se precisó anteriormente, en este caso se acudirá al artículo 397 del Código Penal, sin tener en cuenta el incremento punitivo generalizado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, dado que los hechos acaecieron en marzo y abril de 2007, en el Distrito Judicial de Quibdó para el cual no había entrado a operar el sistema acusatorio, pues ante la implementación gradual prevista en el artículo 553 de la Ley 906 de 2004, fue a partir del 1° de enero de 2008.

El delito está definido así:

El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.”

Para la estructuración de tal ilícito se requiere:

i) Un sujeto activo calificado -servidor público-.

ii) La apropiación en provecho personal o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones.

iii) La competencia funcional o material para disponer de éstos.

La línea jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de esta Corporación ha decantado que en el servidor público debe concurrir la potestad de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de sus atribuciones. La relación entre él y los bienes oficiales puede ser material o jurídica, no necesariamente originada en una asignación de competencia, pues basta con que esté vinculada al ejercicio

de un deber funcional, por manera que el acto de apropiación puede ocurrir bien como consecuencia de la disponibilidad directa de los recursos, o en razón del ejercicio de un deber funcional que lo faculta para decidir sobre el destino de los bienes de la misma naturaleza.

Se trata de un delito de ejecución instantánea, vale decir, se consuma cuando el bien público es objeto de un acto externo de disposición que evidencia el ánimo de apropiárselo, esto es, *“cuando el servidor público sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga. El acto de sustracción priva al Estado de la facultad dispositiva de los recursos, sin que forzosamente quien cumple la acción entre a disfrutar o gozar de aquellos, es suficiente que impida al Estado seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público”*²⁹.

La potestad de disponer del bien puede ser material o jurídica; la primera se asimila a la simple constatación empírica de poder usar o manipular el objeto, en tanto que la segunda requiere de un proceso de abstracción, en virtud del cual se analiza el dominio o autoridad que el agente ejerce respecto a la cosa.

²⁹ CJS SP18532-2017, Rad. 43263.

6.4.2. Tipo subjetivo

Es una conducta esencialmente dolosa que por lo mismo requiere *conocimiento* de los hechos constitutivos de la infracción penal y *voluntad* en su realización. En tal medida, para acreditar que el procesado prevalido de esa conciencia o conocimiento conduce su voluntad a la apropiación de los bienes públicos en provecho suyo o de terceros, como son aspectos que pertenecen a su fuero interno, probatoriamente será necesario analizar los actos externos a través de los cuales puedan acreditarse uno y otro.

6.4.3. Correspondencia de la conducta al tipo endilgado

No ofrece controversia que JULIO IBARGUEN MOSQUERA estaba revestido de la calidad de servidor público al desempeñarse como gobernador del Departamento del Chocó para la época de los hechos, y en ejercicio de las funciones atribuidas era el representante legal y ordenador del gasto del ente territorial.

En tal virtud, expidió las resoluciones 0451, 0452 de 27 de marzo de 2007 y 0725 de 30 de abril de la misma anualidad, a favor de Roger Pastor Mosquera Lozano, en su condición de Secretario de Hacienda Departamental, en las

cuales ordenó la compra de materiales para las “*Instituciones Educativas*” del ente territorial.

En virtud de tales actos administrativos fueron debitadas sumas de dinero de la cuenta de ahorros del Banco de Bogotá No. 578.37574-3 denominada *Gobernación del Choco- Rendimiento Encargo Fiduciario*, previamente autorizadas por el Tesorero-Pagador Rodolfo Murillo Guzmán, ante el giro de los cheques de gerencia No. 2085927 de 28 de marzo de 2007 por valor de \$34'596.100; No. 2085926 de 28 del mismo mes y año por \$74'623.000 y, No. 2212970 del 17 de mayo siguiente por \$15'000.000³⁰.

Dichos títulos valores fueron cobrados por Roger Pastor Mosquera Lozano; los dos primeros al hacerlos efectivos el 29 de marzo de 2007 y el último cobrado mediante la modalidad de canje el 18 de mayo de 2007, ingresando a su cuenta de ahorros personal³¹.

Así mismo, aunque el avance relacionado con la Resolución 0451 de 27 de marzo de 2007, por valor de \$34'596.100, aparece como legalizado con la factura No. 105 de 30 del mismo mes y año de la empresa *Casa Azul*, de acuerdo con la certificación de la Cámara de Comercio del

³⁰ Folios 40 y 41 cuaderno No. 3 de anexos de la Fiscalía, y folios 149 y 150 del cuaderno No. 7 de anexos de la Fiscalía.

³¹ Folio 151 del cuaderno No. 7 de anexos de la Fiscalía.

Chocó en comunicación No. 387 de 23 de abril de 2014, dicha persona jurídica no existe³², situación que fue reiterada con oficio de 16 de septiembre de 2014³³.

Además, según informe de Policía Judicial No. 9-52394, de 28 de agosto de 2015, la búsqueda de soportes documentales de salida y destino final de los elementos supuestamente adquiridos por la administración departamental arrojó resultados negativos, lo cual también fue certificado por Milton Antonio Moreno Mosquera, Almacenista General de la Gobernación del Chocó.

Paralelamente, obra la declaración de John Jairo Mosquera Mosquera³⁴, administrador del establecimiento comercial *Representaciones Casa Azul*, quien si bien reconoció que la factura que se le exhibió No. 0105 de 30 de marzo de 2007 es de las utilizadas en su negocio, señaló que la letra y la firma allí obrantes no son suyas, ni recordó cómo, cuándo o a quien le hizo entrega de los elementos allí enlistados, la forma de pago utilizada, si efectuó más negocios con el ente departamental, y menos aún, si la empresa contaba con registro en la Cámara de Comercio.

³² Folio 221 a 223 del cuaderno No. 3 de anexos de la Fiscalía.

³³ Folio 57 del cuaderno No. 2 de la Fiscalía.

³⁴ Folio 148 s.s. del cuaderno No. 3 de la Fiscalía.

Por demás, el mismo atestante en el proceso penal seguido contra Roger Pastor Mosquera Lozano y Rodolfo Murillo Guzmán, cuyas sentencias de primera y segunda instancia se encuentran anexas a la actuación³⁵, aseguró que era el dueño de *Representaciones Costa Azul*, mientras que en esta oportunidad sostuvo que él era el administrador, y que el propietario era William Murillo.

La situación no es muy diferente respecto de la Resolución 0452 por valor de \$74'623.000, toda vez que con base en la certificación de fecha 11 de agosto de 2015, expedida por el almacenista general de la Gobernación del Chocó, dicho avance fue legalizado con las facturas cambiarias No. 2474, por valor \$28'459.800 y la No. 2475³⁶, por la suma de \$53'270.000, sumatoria que asciende a \$81'729.800, es decir, por una cifra mayor a la enunciada en el acto administrativo.

Las anteriores facturas aparecen expedidas por *Compusystem*, con NIT 830.587.269-1, sin embargo, según la información recopilada en inspección adelantada el 29 de julio de 2015 en la Cámara de Comercio del Chocó³⁷, así como con la certificación emanada de dicha entidad el 11 de

³⁵ Folios 138 s.s. del cuaderno No. 5 de anexos de la Fiscalía, y folios 69 ss. del cuaderno No. 6 de anexos de la Fiscalía.

³⁶ Folios 135 a 139 del cuaderno No. 7 de anexos de la Fiscalía.

³⁷ Folio 145 del cuaderno No. 7 de anexos de la Fiscalía.

agosto de 2015³⁸, esa empresa no existe, pues la que figura registrada es la *Empresa Asociativa de Trabajo Compusystem*, con otro NIT 900357293-9.

Así, de los hechos probados se tiene que tanto *Representaciones Casa Azul* como *Compusystem*, no existen como establecimientos de comercio, tampoco obran documentos o soportes que dieran cuenta del ingreso, salida y destino final de los elementos hacia instituciones educativas del Chocó, las que ni siquiera se nominaron en las resoluciones 0451 y 0452, quedando vana la intención de legalizar los giros con las facturas de esas “empresas”.

Incluso en el fallo de segunda instancia de 2 de marzo de 2013, del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Quibdó adoptado en contra de Roger Pastor Mosquera Lozano y Rodolfo Murillo Guzmán, también se destacó la inexistencia de las empresas referenciadas para justificar los giros³⁹.

Respecto al avance ordenado en la Resolución 0725 del 30 de abril de 2007, por valor de \$15'000.000, se advierte legalizado mediante la factura No. 00105 de 18 de mayo de 2007, expedida por *Promotora Mercantil Santa Ana*, empresa legalmente constituida, pero se tiene que no fueron entregados todos los elementos allí relacionados al señor

³⁸ Folios 143 y 144 del cuaderno No. 7 de anexos de la Fiscalía.

³⁹ Folio 69 a 121 cuaderno N°6 anexos de la Fiscalía.

Elacio Mosquera Quinto, en calidad de rector de la *Institución Educativa Agrícola Unión* del Municipio de Belén de Bajirá, ya que en su declaración aseguró que la administración departamental omitió entregar cuatro (4) aires acondicionados y veinte (20) sillas giratorias⁴⁰, bienes que cuantificados en juicio ascendieron a la suma de \$4.847.536, según el informe de policía judicial 4706721470658 de 28 enero de 2019.

Lo anterior demerita los descargos ofrecidos por el procesado, porque no solo se trataba de empresas que no tenían vida jurídica o comercial, sino que se acreditó que el ingreso de elementos al almacén no fue real, pues no se demostró la salida y entrega efectiva de los mismos a algún colegio o plantel educativo, y en el caso de Resolución 0725 destinada a la institución *Educativa Agrícola Unión* de Belén de Bajirá, los objetos no se entregaron en su totalidad, lo que ratifica el detrimento patrimonial estatal.

Para la Sala, las pruebas allegadas al plenario demuestran en grado de certeza la responsabilidad de JULIO IBARGUEN MOSQUERA, en la comisión de la conducta de peculado por apropiación a favor de terceros en concurso homogéneo, pues dicho ciudadano con varias acciones completamente independientes entre si, es decir, sin unidad de acción, infringió el mismo precepto penal (artículo 397 del

⁴⁰ Folios 148 s.s. del cuaderno No. 3 de la Fiscalía.

Código Penal), ordenando el giro de avances a favor del Secretario de Hacienda del departamento, Roger Pastor Mosquera Lozano, mediante las resoluciones 0451, 0452 de 27 de marzo de 2007 y 0725 de 30 de abril de la misma anualidad, lo que llevó a que se debitaran de la cuenta de ahorros del Banco de Bogotá No. 578.37574-3 denominada *Gobernación del Choco- Rendimiento Encargo Fiduciario*, ante el giro de los cheques de gerencia No. 2085927 de 28 de marzo de 2007 por valor de \$34'596.100; No. 2085926 de 28 del mismo mes y año por \$74'623.000 y, No. 2212970 del 17 de mayo siguiente por \$15'000.000⁴¹.

Acciones con las cuales se desconocieron los principios que deben observar los servidores del Estado en las actuaciones oficiales para el adecuado logro de los objetivos de la administración, proceder con el cual favoreció a terceros para que obtuvieran beneficio patrimonial ilegal mediante la apropiación de dineros públicos, con el consecuente detrimento para el erario estatal.

Contrario a la solicitud del defensor de aplicar el principio de resolución de duda en favor del procesado, está acreditado que a pesar de las obligaciones que le imponía el ejercicio de la función de ordenador del gasto del Departamento del Chocó, con pleno conocimiento del interés

⁴¹ Folios 40 y 41 cuaderno No. 3 de anexos de la Fiscalía, y folios 149 y 150 del cuaderno No. 7 de anexos de la Fiscalía.

general que debía inspirar el manejo presupuestal de la entidad y de la ilicitud de expedir las resoluciones 0451, 0452 y 0725 de 2007, dirigió su actuar de manera voluntaria en beneficio particular al afectar el patrimonio de la entidad para favorecer a terceros.

En este orden, la ligereza con la que comprometió el presupuesto a cargo de la entidad pública cuya representación detentaba, solo evidencia la intención positiva del procesado encaminada a disponer arbitrariamente de los recursos estatales a él confiados.

Con respecto al concurso delictual homogéneo objeto de acusación, se debe tener en cuenta que según el valor de cada una de las resoluciones que permitieron la apropiación de dineros por parte de terceros, por los giros efectivamente cobrados el 28 de marzo de 2007 de \$34'596.100 y \$74'623.000 (por las Resolución 0451 y 0452 de 27 de marzo), se adecúa cada uno de ellos al delito de peculado por apropiación del numeral 1° del artículo 397 del Código Penal, toda vez que tales cifras, en uno y otro caso, no traspasan el límite de los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2007, que corresponde a \$86'740.000,00, del numeral 2° del mismo precepto, ni son inferiores a los 50 s.m.l.m.v del inciso 3° que ascendería a \$21'685.000.

Ahora, en cuanto al giro de \$15'000.000 cobrado el 18 de mayo de 2007 (con ocasión de la Resolución 0725 de 17

de mayo), evidenciado que la apropiación se redujo a \$4'874.536, tal y como se cuantificó en la fase del juicio según informe de policía judicial 4706721470658 de 28 enero de 2019, tal cifra se ubica en el numeral 3° del artículo 397 del Código Penal, ya que no sobrepasa el valor de los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2007.

6.4.4. De la antijuridicidad

JULIO IBARGUEN MOSQUERA, en su calidad de gobernador del Chocó, teniendo el deber de actuar en procura de la satisfacción de las necesidades de la comunidad, decidió en su lugar amparar intereses particulares de terceros, a quienes favoreció tras expedir las resoluciones mencionadas, con claro detrimento de los principios de igualdad, transparencia, imparcialidad y objetividad de la función pública, comportamiento que sin duda socavó la confianza de los asociados en las instituciones oficiales y permitió el detrimento patrimonial del ente territorial, en abandono de los cometidos asignados al manejo presupuestal de las entidades oficiales.

Efectivamente, el bien jurídico protegido en los delitos contenidos en el título XV del Código Penal tiene una doble connotación: de un lado, tutela el correcto ejercicio de la función pública, entendida ésta como la actividad del Estado,

de los entes territoriales y demás entidades públicas que actúan conjunta y coordinadamente para el cumplimiento de sus fines, en garantía de que la prestación del servicio público responda siempre al interés general y conforme a los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política; y de otro, propende por la protección de los bienes patrimoniales estatales.

Los comportamientos desplegados por IBARGUEN MOSQUERA son antijurídicos en lo formal y en lo material, pues lesionó efectivamente, sin justa causa, el bien jurídico objeto de tutela penal, esto es, la administración pública, máxime que tratándose de caudales oficiales se busca evitar actos de apropiación o uso indebido.

Así con su proceder menoscabó la confianza que la sociedad pone en sus gobernantes departamentales, al anhelar acciones transparentes, objetivas, legales y que propendan por el bien general, pues desconoció el deber que le compelia acatar las normas constitucionales y legales sobre el manejo de los bienes del Estado, en clara pretermisión del correcto ejercicio de la función pública, sin que se adviertan eventualidades que justifiquen sus conductas delictivas de peculado por apropiación en favor de terceros.

6.4.5. De la culpabilidad

Para la Sala, el enjuiciado tenía plena capacidad para comprender la ilicitud del acto y autodeterminarse conforme dicha comprensión, pues así lo revela su sanidad mental y la plena conciencia sobre su antijuridicidad, siéndole exigible una conducta adecuada a las exigencias normativas.

En efecto, no se tiene noticia que hubiera ejecutado la conducta típica y antijurídica condicionado por algún tipo de perturbación psíquica o inmadurez psicológica que le impidiera comprender y acatar los mandatos legales. Por el contrario, sus intervenciones en el debate penal permiten afirmar que para el momento de la comisión del punible no padecía de patología transitoria o permanente que le impidiera comprender la naturaleza de las conductas a él atribuidas, por manera que el concurso delictual de peculado por apropiación le es plenamente atribuible pues, pese a estar en posición de ajustar su comportamiento al mandato legal, no lo hizo.

Aunado a lo anterior, tenía plena conciencia de la antijuridicidad de la conducta desplegada. Aunque su formación es de bachiller normalista, y se desempeñó como profesor de primaria durante 32 años, también debe resaltarse que ejerció varios cargos públicos, entre ellos, concejal de Istmina para el periodo 1974 – 1976; concejal de

Quibdó de 1984 a 1986, diputado del Chocó de 1986 a 1988 y de 1988 a 1990, miembro de la Unidad de Trabajo Legislativo y representante a la Cámara del año 2001 a febrero de 2002 y para la fecha de los hechos llevaba laborando como gobernador más de dos años.

Teniendo el deber de actuar en procura de la satisfacción de las necesidades de la comunidad, decidió contravenir los cometidos asignados al manejo presupuestal de las entidades oficiales, comportamiento que sin duda socavó la confianza de los asociados en las instituciones oficiales.

6.4.6. De la responsabilidad

Acreditada la materialidad de las conductas punibles y el juicio de culpabilidad del que se hace merecedor JULIO IBARGUEN MOSQUERA pues, pese a estar en plena capacidad de actuar de otra manera, dirigió su conducta a ejecutar la acción antijurídica, por lo cual se deberá declarar su responsabilidad penal en el concurso homogéneo del delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

Acreditados como se encuentran entonces, los requisitos dispuestos en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, la Sala declarará a JULIO IBARGUEN MOSQUERA responsable penalmente como autor de tres delitos de prevaricato por

acción y tres de peculado a favor de terceros (concurso homogéneo y sucesivo, además de heterogéneo).

7. DOSIFICACIÓN PUNITIVA

En virtud de lo normado en el artículo 31 del Código Penal, la tesis jurisprudencial relacionada con la dosimetría penal tratándose de pluralidad de conductas punibles⁴², señala la necesidad de identificar la pena individualizada para cada una de ellas a fin de determinar cuál es la más grave, por lo mismo, no se atiende a la fijada por el legislador, sino la cuantificada por el operador judicial una vez superado el ámbito de movilidad que arrojan los cuartos punitivos.

Y establecida la sanción más grave, ella será la base para aumentarla hasta en otro tanto, para lo cual se ha de sopesar para el incremento el número de ilícitos concurrentes, su naturaleza, gravedad, modalidad de la conducta, intensidad del elemento subjetivo, entre otros.

Sin embargo, ese incremento *“hasta en otro tanto”* no puede superar el doble de la pena básica individualizada en el caso concreto para el delito más grave, ni la suma aritmética de las penas que correspondería a cada punible y en todo caso no puede superar la pena, los 60 años de prisión.

⁴² Cfr. CSJ SP, 13 feb. 2019, rad 47675; CJS SP, 30 abr. 2014, rad. 41350 entre otras.

De otra parte, se tendrá en cuenta que el señalado artículo 31 en su inciso 3° refiere que cuando cualquiera de las conductas punibles concurrente con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en ésta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente.

Siguiendo los parámetros previamente aludidos, con el propósito de determinar la pena más grave según su naturaleza, es necesario adelantar el proceso de individualización de la sanción imponible para cada una de las conductas concursales, de conformidad con las reglas consagradas en los artículos 60 y 61 del estatuto penal.

En dicha labor, la Sala tomará como referencia para establecer el *quantum* punitivo las penas consagradas en los artículos 397 inciso 1° y 3°, y 413 de la Ley 599 de 2000, como ya se reseñó.

Respecto a la necesidad de motivación de las circunstancias previstas en el inciso 3° del artículo 61 Código Penal, la jurisprudencia ha hecho énfasis en la debida motivación de la sanción la cual ha de estar mediada por

criterios de proporcionalidad⁴³, de manera que definido el marco punitivo, se proseguirá con la fundamentación en orden a individualizar la pena en el respectivo cuarto.

7.1. El delito de prevaricato por acción, artículo 413 del Código Penal, contempla una pena que oscila entre 3 a 8 años, esto es, 36 y 96 meses de prisión, multa de 50 a 200 salarios mínimos legales vigentes e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 5 a 8 años (60 a 96 meses).

Así, la pena de prisión tiene un ámbito de movilidad de 60 meses (96-36=60), la multa de 150 (200-50=150), y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 36 meses (96-60=36), los que divididos entre cuatro conforman los siguientes cuartos punitivos:

PENA	1er. cuarto	2° cuarto	3 er. cuarto	4° cuarto
Prisión (en meses)	36 a 51	51-1 a 66	66-1 a 81	81-1 a 96
Multa (en s.m.l.m.v)	50 a 87,5	87,5-1 a 125	125-1 a 162,5	162,5-1 a 200
Inhabilitación (en meses)	60 a 69	69-1 a 78	78-1 a 87	87-1 a 96

En consideración a que no se atribuyeron circunstancias de mayor punibilidad, la Sala deberá moverse en el cuarto mínimo, dentro del cual, se tendrá en cuenta que, ante el cúmulo de irregularidades advertidas en cada una de las

⁴³ CSJ SP 1765, 23 de mayo de 2018. Rad. 52159

resoluciones cuestionadas, aunado a que como representante legal del citado ente territorial, IBARGUEN MOSQUERA era el primer llamado a respetar el ordenamiento jurídico y obrar con sujeción a las disposiciones legales lo que denota la gravedad a la conducta, por ello, no es dable partir del mínimo, dada la intensidad del dolo, y por la necesidad de la pena y la función específica que ella debe cumplir, se considera razonable imponer treinta y siete (37) meses quince (15) días de prisión, lo que equivale a 10 % de incremento sobre tal mínimo, misma tasa que se aplicará a la sanción pecuniaria y a la inhabilitación ciudadana quedando en consecuencia en 53.5 s.m.l.m.v. y 60.9 meses, respectivamente.

7.2. Para el punible de peculado por apropiación del artículo 397 inciso 1° del Código Penal, en el cual se tipifica lo acontecido con cada una de las resoluciones Nos. 0451 y 0452 de 2007, a través de las cuales el señor JULIO IBARGUEN MOSQUERA, ordenó girar avance por valor de \$ 34'596.100 y \$74'623.000 respectivamente, la pena oscila entre 6 y 15 años de prisión, lo que corresponde a 72 y 180 meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

Así, la pena de prisión tiene un ámbito de movilidad de 108 meses ($180-72=108$), el que dividido entre cuatro conforman los siguientes cuartos punitivos:

PENA	1er cuarto	2° cuarto	3er cuarto	4° cuarto
Prisión en meses	72 a 99	99-1 a 126	126-1 a 153	153-1 a 180

La Sala se moverá en el cuarto mínimo dado que no fueron predicadas circunstancias de mayor punibilidad, y dentro de este, evidenciando que IBARGUEN MOSQUERA sin miramiento alguno generó un daño real y afectación cierta al bien jurídico protegido de la administración pública, traicionando la confianza que se le depositó al desempeñar el cargo de gobernador ante la función que se le otorgó de administrar y custodiar los bienes que le confiaron representados en el presupuesto del ente territorial, dejando así de atender necesidades de la comunidad, específicamente en el sector educativo cuya prioridad desechó, aunado a la necesidad de la pena y la función que ha de cumplir, se fijará la pena en 75 meses, esto es, aumentando el mínimo en el 11,11%, quedando la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en el mismo término.

De igual forma, se condenará a IBARGUEN MOSQUERA a la multa equivalente al dinero apropiado en un delito de \$34'596.100 y en el otro de \$74'623.000.

7.3. Con respecto al punible de peculado por apropiación, relacionado con la Resolución 0725 de 2007, con la cual se ordenó el giro irregular de 15'000.000, dado que como los bienes no se entregaron en su totalidad a la *Institución Educativa Agrícola Unión* del Municipio de Belén de Bajirá, con lo cual favoreció que terceros se apropiaran en cuantía de \$4'874.536, como se acreditó pericialmente, tal cifra es inferior a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, conducta que se ajusta al inciso 3° del artículo 397 del Código Penal, cuya pena oscila entre 4 a 10 años de prisión, esto es, 48 a 120 meses de prisión, multa equivalente al valor de lo apropiado e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

Entonces, la pena de prisión tiene un ámbito de movilidad de 72 meses (120-48=72), el que dividido entre cuatro conforman los siguientes cuartos punitivos:

PENA	1 er. cuarto	2° cuarto	3er. cuarto	4° cuarto
Prisión	48 a 66	66-1 a 84	84-1 a 102	102-1 a 120

Bajo los mismos lineamientos que se han venido aplicando para esta dosificación de la anterior conducta la Sala se moverá en el cuarto mínimo y dentro de este fijará una pena de prisión de 50 meses, que corresponde al 11.11% de incremento representado en la gravedad de la conducta,

el daño real causado, y la intensidad del dolo con la que actuó IBARGUEN MOSQUERA, tal como quedó especificado.

También se le condenará a la multa equivalente al dinero apropiado \$4'874.536, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso que la pena privativa de la libertad.

7.4. Así, debidamente individualizadas las penas respecto de cada uno de los delitos imputados, se advierte que la más grave según su naturaleza es la correspondiente al delito de peculado por apropiación tipificado en el inciso 1° del artículo 397 del Código Penal, a partir de la cual habrá de calcularse el incremento de *“hasta en otro tanto”* por razón de las conductas concurrentes.

En consecuencia, se partirá de los 75 meses de prisión, multa en el equivalente a \$74'623.000, suma que para el año 2007 correspondía a 172,06 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso de la pena privativa de la libertad.

Montos que serán incrementados por razón del concurso así: i) con ocasión del otro delito de peculado por apropiación del numeral 1° del artículo 397 del Código Penal (Resolución 0451 de 2007 por \$34'596.100), 1 mes de prisión, la multa

en el equivalente a 79.76 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y *ii)* con relación al dinero apropiado por terceros (Resolución 0725 de 2007 por \$15.000.000), se aumentarán 1 mes de prisión, y multa de 11.23 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A su turno, con ocasión del concurso heterogéneo del delito de prevaricato por acción, así: la pena de prisión y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se le adicionarán 1 mes por cada una de las conductas prevaricadoras, y la multa de 53,5 salarios mínimos legales mensuales vigentes, aumentada en 2,5 salarios mínimos legales mensuales vigentes, dado el concurso homogéneo, para un subtotal de 56 *ibidem*

En consecuencia, JULIO IBARGUEN MOSQUERA, será condenado a ochenta (80) meses de prisión, multa en el equivalente a trescientos diecinueve (319) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

También se le sancionará como pena principal a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de la sanción aflictiva de la libertad, en sujeción a lo preceptuado en el artículo 31 en su inciso 3° de la Ley 599 de 2000, dado que el legislador la fijó como tal para el delito de prevaricato por acción.

7.5. De conformidad con lo establecido en el artículo 122 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el artículo 4° del Acto Legislativo 1 de 2009, vigente para la época de los hechos, JULIO IBARGUEN MOSQUERA, al ser condenado por el delito de peculado por apropiación, afectó el patrimonio del Estado, por lo que adicional a las penas ya establecidas, tampoco podrá ser inscrito como candidato a cargo de elección popular, ni elegido, ni designado como servidor público, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, de manera intemporal.

8.- Mecanismos sustitutivos de la pena de prisión

La Sala destaca preliminarmente que no se podrá tener en cuenta el listado de delitos excluidos para el otorgamiento de beneficios en el cual están los que atentan contra el bien jurídico de la administración pública, como los abordados en esta decisión, toda vez que el artículo 68-A que consagra tal enumeración fue creado mediante el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, la cual entró a regir el 28 de julio de 2007, con posterioridad a la época de ocurrencia de los hechos, precepto que incluso ha sido modificado mediante las leyes 1773 de 2016 y 1944 de 2018, que resultarían desfavorables al procesado.

8.1 De la suspensión condicional de la ejecución de la pena

El artículo 63 del Código Penal señala como requisitos para este subrogado penal que: *i)* la pena impuesta no exceda de tres años de prisión, y *ii)* los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena, ante lo cual no se satisface el requisito objetivo para el otorgamiento del subrogado penal toda vez que la pena supera los tres (3) años de prisión.

Si bien la modificación introducida por la Ley 1709 de 2014 permite su concesión para las penas privativas de la libertad que no excedan de 4 años, en este evento también se supera dicho quantum punitivo.

El incumplimiento del requisito objetivo releva a la Sala de analizar las restantes exigencias normativas.

8.2. Prisión domiciliaria

Lo presupuestos exigidos originalmente en el artículo 38 de la Ley 599 de 2000 están referidos a que: *i)* la sentencia de imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos, y

ii) que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita deducir fundadamente que no colocará en peligro a la comunidad y no evadirá el cumplimiento de la pena.

Refulge que el aspecto objetivo tampoco se cumple dado que uno de los delitos por los cuales se condena a IBARGUEN MOSQUERA, el peculado por apropiación, tiene una pena mínima de (6) seis años de prisión.

Ahora, en relación con las modificaciones introducidas a través de la Ley 1709 de 2014, si bien aumentó la exigencia objetiva de 5 a 8 años de prisión, no le resulta favorable al procesado, ya que esta disposición legal excluye su concesión para los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68A del Código Penal, entre ellos, delitos dolosos contra la administración de pública.

9. De las consecuencias civiles derivadas del delito

De conformidad con lo previsto en el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, en todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes de la conducta punible investigada, el juez condenará al responsable al pago de los daños ocasionados con el delito. Además, se pronunciará sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho si a ello hubiere lugar.

Al respecto la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte⁴⁴ ha precisado que al fallador penal la competencia de determinar la responsabilidad de quienes han cometido delitos, se extiende a la definición de la responsabilidad civil en caso de proferirse sentencia condenatoria, sin que pueda soslayar tal pronunciamiento siempre y cuando exista prueba de los perjuicios ocasionados.

En este caso la Sala se apartará del dictamen pericial no sólo porque las sumas apropiadas fueron indexadas únicamente hasta el 30 de marzo de 2017, fijando como parámetro la fecha de la resolución de acusación, sino porque indebidamente, por ejemplo, para cuantificar lo concerniente a la Resolución 0452 de 2007 se hizo con base en las facturas de venta 2474 y 2475 de 4 de abril de 2007 por valor de \$28'451.800 pesos y \$53'270.000 pesos, respectivamente, emitidas por *Compusystem*, que suman **\$81'729.800** pesos, con las cuales se quiso legalizar tal resolución, cuando claramente ésta fue por valor de **\$74'623.000**.

Por lo tanto, se sumará el valor de lo apropiado $\$34'596.100 + \$74'623.000 + \$4'874.536 = \$114'093.630$,

⁴⁴ Cfr. CSJ SP 26 Sep. 2018, rad. 51194.

cifra que para actualizarla se sopesará en lo que correspondía en salarios mínimos legales mensuales del año 2007, cuando un salario equivalía a \$433.400, correspondiendo entonces a 263,07 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento que el procesado efectúe el pago a favor del departamento del Chocó, por concepto de daños y perjuicios material.

Dado que no obra en la actuación prueba de que los punibles por los que se declara responsable a IBARGUEN MOSQUERA, contaran con la envergadura que le permitiera afectar el funcionamiento del departamento del Chocó ni poner en peligro su existencia, la Sala no emitirá condena al pago de perjuicios extrapatrimoniales.

Ahora, la Sala procede a pronunciarse respecto de las costas del proceso, entendidas como las erogaciones económicas que debe asumir la parte vencida, representadas en expensas⁴⁵ y agencias en derecho⁴⁶, aspectos respecto de los cuales la Corte Suprema de Justicia ha indicado:

“2.1. Definición de costas, expensas y agencias en derecho”

“La doctrina entiende por costas procesales los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio. La noción incluye las expensas y las agencias en derecho”:

⁴⁵ Gastos propios del proceso.

⁴⁶ Gastos efectuados por la parte vencedora para ejercer la defensa.

“Las costas son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, y comprende, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas (Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Parte General, Hernán Fabio López Blanco, Editores Dupré, Novena Edición, Bogotá, 2007. Pag. 1022)”.

“Por su parte, las expensas son los gastos necesarios realizados por cualquiera de las partes para adelantar el proceso, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos y los curadores, los impuestos de timbre, el valor de las copias, registros, pólizas, gastos de publicaciones, etc. A su vez, las agencias en derecho corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, esto es, el pago de los honorarios de los profesionales del derecho que cada parte debió contratar para adelantar la gestión”.

“De esa manera, aunque las expensas incluyen los gastos necesarios para adelantar el proceso, no abarca los honorarios que se paguen a los abogados, porque estos corresponden a las agencias en derecho, que constituyen un rubro adicional a aquellas, integrando el concepto de costas”.

“Ahora bien, el artículo 392, numeral 1º, del Código de Procedimiento Civil, modificado por la Ley 1395 de 2010, artículo 19, establece qué sujeto procesal está obligado a pagar las costas”.

(...)“Ahora bien, el ordenamiento procesal civil adopta un criterio objetivo no sólo para la imposición de la condena en costas, sino también para la determinación de aquellas, pues su cuantificación está sujeta a criterios previamente establecidos por el legislador, quien expresamente dispuso en su artículo 392-8, que: ‘solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación’...”.⁴⁷

⁴⁷ CSJ, SP, sentencia del 13 de abril de 2011, rad. 34145.

En el caso objeto de estudio, dado que no se acreditaron en el proceso los gastos realizados por la parte civil durante el trámite del proceso, no se proferirá condena al pago de expensas.

En lo atinente a las agencias en derecho se calculará el 1% del valor de las pretensiones reconocidas en esta sentencia⁴⁸, lo que equivale a dos millones trescientos noventa mil cincuenta y nueve pesos (\$2'390.059), siguiendo la regla del artículo 1° del Acuerdo 2222 del 10 de diciembre de 2003, modificatorio del Acuerdo 1887 del 27 de junio de 2003⁴⁹, ambos del Consejo Superior de la Judicatura, vigentes para el momento de la apertura de investigación previa⁵⁰, según la norma remisoría contenida en el canon 7 del Acuerdo No. PSAA16-10554 de 2016, suma que será pagada a favor de la parte civil, dada la actividad de la abogada asignada por la Gobernación del Chocó en la actuación procesal para la defensa de sus intereses.

10. OTRAS DETERMINACIONES

10.1. Por medio de la Secretaría de la Sala, expídanse las copias de que trata el artículo 472 de la Ley 600 de 2000.

⁴⁸ En la demanda de parte civil se fijó la pretensión en la suma de \$150'000.000 – Folio 4 Cuaderno Parte Civil.

⁴⁹ Hasta el 20% de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

⁵⁰ 10 de junio de 2010

10.2 La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que aún en los procesos tramitados bajo la Ley 600 de 2000, cuando se trate de condenados que gozan de fuero constitucional, la competencia para conocer de la fase de ejecución del fallo recae en los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad (artículo 38, parágrafo 1°, Ley 906 de 2004). Razón por la cual una vez en firme el fallo se dispondrá la remisión de las diligencias a esos funcionarios (reparto).

10.3. En el presente asunto, la Fiscalía General de la Nación, al resolver la situación jurídica de JULIO IBARGUEN MOSQUERA, se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento. Y pese a que en esta sentencia no se concede algún subrogado o beneficio por razón de la pena impuesta, la orden para hacer efectiva la prisión solo podrá emitirse una vez adquiera firmeza el presente fallo, como lo dispone el inciso 2° del artículo 188 de la Ley 600 de 2000.

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de 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

Primero.- Declarar penalmente responsable a JULIO IBARGUEN MOSQUERA, de condiciones civiles y personales

consignadas en esta sentencia, en su condición de gobernador del Chocó para el periodo 2004 a 2007 como autor del concurso homogéneo y heterogéneo de los delitos de prevaricato por acción y peculado a favor de terceros.

Segundo.- Condenar a JULIO IBARGUEN MOSQUERA a las penas principales de ochenta (80) meses de prisión, multa en el equivalente a de trescientos diecinueve (319) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de la sanción aflictiva de la libertad.

Tercero.- Condenar a JULIO IBARGUEN MOSQUERA a la inhabilidad intemporal de que trata el artículo 122 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el artículo 4° del Acto Legislativo 1 de 2009, vigente para la época de los hechos, conforme a lo indicado en la parte motiva.

Cuarto.- Negar al condenado la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad y a la prisión domiciliaria, conforme con las razones expuestas en la parte considerativa de este fallo.

Quinto.- Condenar a JULIO IBARGUEN MOSQUERA, al pago de daños y perjuicios en el equivalente a 263,07 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento que el procesado efectúe el pago a favor del departamento del Chocó, por concepto de daños y perjuicios.

Sexto.- No condenar a JULIO IBARGUEN MOSQUERA, al pago de perjuicios extrapatrimoniales ni de expensas judiciales, conforme a lo indicado en la parte motiva.

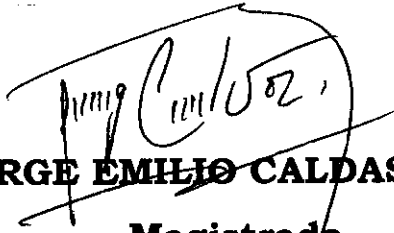
Séptimo.- Condenar a JULIO IBARGUEN MOSQUERA, a la suma de dos millones trescientos noventa mil cincuenta y nueve pesos (\$2'390.059), por concepto de agencias en derecho.

Octavo.- Comunicar esta decisión al Consejo Superior de la Judicatura para el recaudo de la multa impuesta.

Noveno.- Remitir copias del presente fallo a las autoridades a las que alude el artículo 472 de la Ley 600 de 2000 y de las piezas procesales pertinentes al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad (reparto), para lo de su cargo.

Décimo.- Precisar, que contra esta decisión procede el recurso de apelación, para ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

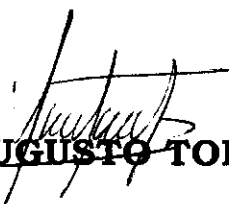
Notifíquese y Cúmplase


JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado
Salvamento parcial de voto



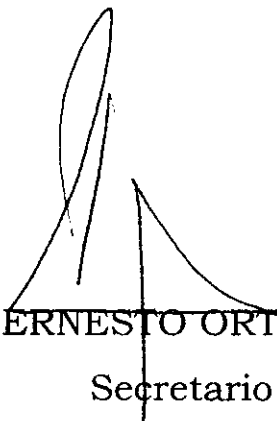
BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado



RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ

Secretario



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

En el presente asunto, con el acostumbrado respeto por las opiniones ajenas, en especial la de mis colegas, revisada la decisión mayoritaria, procedo a salvar parcialmente el voto, en cuanto al desarrollo de la condena de expensas, costas y agencias en derecho obrante a partir del folio 71 y subsiguientes de la sentencia proferida.

No existe discusión alguna que el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, señala que en la sentencia condenatoria *“Además, se pronunciará sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho **si a ello hubiere lugar**”*. (Negrillas fuera de texto)

Lo primero sea advertir, que ante la gratuidad que rige el proceso penal de conformidad a lo previsto en el artículo 6° de la Ley 270 de 1996, claramente dentro de este no puede cobrarse arancel alguno en su procedimiento, pero ello por supuesto, no implica como lo señala la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, que dicho principio irradie a aquellos *“gastos que originó el funcionamiento o la puesta en marcha del aparato judicial, debido a la reclamación de una de las partes”*, por ello, reconoce que la mayoría de las legislaciones del mundo contemplan la condena en costas en la medida que estos gastos fueron necesarios para obtener la declaración de un derecho, pues *“se trata ..., de restituir*

los desembolsos realizados por quienes presentaron una demanda o fueron llamados a juicio y salieron favorecidos del debate procesal.”

No obstante, el máximo órgano de control constitucional en ejercicio de sus funciones y revisión del texto de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, declaró inexecutable la expresión *“que habrán de liquidarse en todos los procesos sin excluir a las entidades públicas”*, pues consideró que era responsabilidad del legislador definir *“en cada proceso, si se amerita o no el cobro de las expensas judiciales, así como el determinar, según las formas propias de cada juicio, si se incluye o no a las entidades públicas dentro de la liquidación de agencias en derecho, costas y otras expensas judiciales.”*

Para el caso que aquí interesa, entonces la Ley 600 de 2000, contempla como posible la liquidación de costas procesales¹, las que se conforman por dos rubros distintos, las expensas y las agencias en derecho, entendidas las primeras como *“los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo”*², definición que se acompaña con la reconocida por la Sala de Casación Penal, pues se predica que estas son *“los gastos necesarios realizados por cualquiera de las partes para adelantar el proceso, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos y los curadores, los impuestos de timbre, el valor de las copias, registros, pólizas, gastos de publicaciones”*³.

Y las segundas, es decir, las agencias en derecho *“no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la*

¹ A diferencia de lo previsto en el artículo 55 del Decreto Ley 2700 de 1991 y lo previsto para la Ley 906 de 2004, donde resulta posible, pero una vez culminado el incidente de reparación integral, acudiendo por vía de integración normativa a lo señalado en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso

² Sentencia C-089 de 2002

³ CSJ Radicado 34145 de abril 13 de 2011, reiterada SP440-2018 (49493) de febrero 28 de 2018

*parte vencedora*⁴, así también descrita por la Alta Corte, pues de ellas indica son “los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, esto es, el pago de los honorarios de los profesionales del derecho que cada parte debió contratar para adelantar la gestión.”⁵

Es importante, precisar que la condena en costas no es el resultado de “un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.**”⁶ (Negrillas fuera de texto)

Con tal claridad conceptual, y atendiendo entonces que las costas procesales no hacen parte de los perjuicios, se acepta que es posible el reconocimiento de estas en el proceso penal, supeditado eso sí, a la acreditación de estas y el sometimiento al trámite normativo para fijarlas.

Siendo este realmente el punto de disenso con la decisión adoptada por la Sala Mayoritaria, pues considero que no se refirió a la existencia de prueba que determine su existencia para las agencias en derecho y no se acogió el trámite legal para fijarlas, como paso seguidamente a exponer.

⁴ Sentencia C-089 de 2002

⁵ Ídem.

⁶ Sentencia C-157 de 2013

1. En la sentencia se determinó las agencias en derecho, atendiendo que el Departamento del Chocó, estuvo representado y elevó demanda de parte civil que fue debidamente reconocida.

Empero, no se dilucidó si quien o quienes abanderaron los intereses del ente territorial, era un funcionario del departamento, aspecto que es de importancia suma, pues al tratarse de un servidor público, no existe justificación alguna para ordenar el pago de honorarios de este o estos profesionales del derecho, pues aquel o aquellos acudieron al proceso en ejercicio de las funciones propias de su cargo para el cual fueron designados y tomaron posesión.

Incluso, en el evento de tratarse de togado que hubiese llegado a representar los intereses de la Gobernación a través de un contrato de prestación de servicios, tampoco ello *per se* impone el reconocimiento de agencias en derecho, pues tampoco se evidenció en la sentencia si la calidad del mandato así lo señalaba o, si permitía establecer que sus honorarios obedecían solo a la actuación aquí surtida o si recibía su emolumento por adelantar diversos trámites judiciales en representación del ente territorial, nada se dilucido al respecto, y ninguna pretensión se elevó o se reclamó en la demanda de parte civil o en los alegatos de clausura de la etapa de juzgamiento.

2. Aún en el caso, que se hubiese acreditado la existencia de las costas por agencias en derecho, lo propio era reconocer su existencia, pero no fijar un monto específico, pues ante la inexistencia de un trámite para ello en el procedimiento penal,

por vía de integración normativa conforme a lo previsto en el artículo 23 de la Ley 600 de 2000, lo propio era acudir a lo previsto en el actual Código General del Proceso -Ley 1564 de 2012-, ello en atención a lo previsto en los artículos 2, 3 y 40 de la Ley 153 de 1887.

Con lo anterior quiero significar, que no era procedente entrar a fijar una cifra por tal concepto en la sentencia, pues era necesario esperar a la ejecutoria de esta o la notificación del auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, tal como lo dispone el artículo 366 *ejusdem*, aspecto apenas entendible, pues podría incorporarse a la liquidación la condena que por este tema emita la segunda instancia tal como lo prevé el artículo 365 numeral 3° del CGP.

De allí, que solo a partir de la firmeza de la sentencia de primera, es que es posible que el secretario de la Sala haga la liquidación de las costas, que esta se apruebe o se rehaga por la Corporación, atendiendo para ello las tarifas previstas por el Consejo Superior de la Judicatura⁷. Para su determinación, es necesario consultar una serie de criterios -numeral 4° del artículo 366 *ibidem*-, tales como la naturaleza, calidad, duración de la gestión realizada por el apoderado o apoderados y la cuantía de la pretensión, decisión que admite los recursos de reposición y apelación; trámites todos estos, que fueron pretermitidos por la mayoría, pues se fijó un valor en la sentencia, solo se atendió el criterio de la cuantía y al incorporarlo en la sentencia y no

⁷ Que no se encuentra previstas para el proceso penal en el Acuerdo 2222 de diciembre 10 de 2003

clarificar ello, se cercenó a las partes la posibilidad de acudir al recurso horizontal.

Bogotá, fecha ut supra


Jorge Emilio Caldas Vera
Magistrado