



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

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada Ponente

SEP 00053 -2022

Radicación N° 00332

Aprobado Acta No. 46

Bogotá D.C., nueve (09) de mayo dos mil veintidós (2022).

Emite la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia sentencia en el proceso penal que se adelanta en contra de JULIO IBARGUEN MOSQUERA, ex gobernador del Chocó, acusado por la comisión del delito de *peculado por apropiación* en concurso homogéneo y sucesivo.

1. SITUACIÓN FÁCTICA

JULIO IBARGUEN MOSQUERA, como gobernador del departamento del Chocó en el periodo 2004 a 2007, emitió en el último año de su periodo varias resoluciones contrariando la normatividad al ordenar giros y avances en favor de Roger Pastor Mosquera Lozano quien fungía como

Secretario de Hacienda¹. Específicamente, con base en las siguientes resoluciones hizo que el aludido secretario departamental se apropiara de dineros del ente territorial en cuantía de \$114'850.000²:

1. Resolución 1867 del 22 de octubre de 2007, por \$35'000.000, avance para gastos del debate electoral del 28 de octubre de 2007.
2. Resolución 2273 de 11 de diciembre de 2007, por valor de \$10'000.000, avance para compra de implementos para la banda de guerra de la Institución Educativa Andrés Bello de Istmina.
3. Resolución 2276 de 12 de diciembre de 2007, por valor de \$34'850.000, avance para compra de equipos para el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación.
4. Resolución 2277 de 12 de diciembre de 2007, por valor de \$35'000.000, avance para compra de elementos didácticos para el desarrollo de las actividades pedagógicas en la Institución Educativa Normal Superior Nuestra Señora de la Mercedes de Istmina.

¹ Al momento de calificar el mérito sumarial la Fiscalía declaró la prescripción de la acción penal derivada del delito de *prevaricato por acción*.

² Roger Pastor Mosquera Lozano, como Secretario de Hacienda Departamental (junto con Rodolfo Murillo Guzmán, Tesorero), fue condenado el 24 de mayo de 2012 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Quibdó como autor del delito de peculado por apropiación, sentencia confirmada el 21 de marzo de 2013 por el Tribunal Superior de Quibdó.

2. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

JULIO IBARGUEN MOSQUERA, se identifica con la cédula de ciudadanía No. 11785.340 de Quibdó (Chocó), nacido el 12 de julio de 1945 en Istmina (Chocó), hijo de Nicolás Ibarguen Mosquera y Rosaura Mosquera de Ibarguen, estado civil casado con Olga Luisa Murillo³.

En cuanto a su hoja de vida, se desempeñó como profesor de primaria durante 32 años, presidente del sindicato del Chocó, primer vicepresidente de FECODE, 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 gobernador del Departamento de Chocó del 1º de enero de 2004 al 31 de diciembre de 2007.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

3.1 Etapa de investigación

La Fiscalía Cuarta Delegada ante esta Corporación, con ocasión de las resoluciones emitidas en el año 2007 por parte JULIO IBARGUEN MOSQUERA ordenó la apertura de la instrucción, el 25 de septiembre de 2017, por la posible comisión de los delitos de *peculado por apropiación* y *prevaricato por acción*, previstos en los artículos 397 y 413

³ Folio 1 cuaderno anexo original No. 2.

del Código Penal⁴, lo vinculó mediante indagatoria recepcionada el 5 de abril de 2018⁵, y le resolvió la situación jurídica el 28 de febrero de 2019 absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento⁶.

El 30 de julio de 2019 fue clausurada la investigación adquiriendo firmeza el 20 de septiembre siguiente⁷.

3.2 Resolución de acusación

El 26 de junio de 2020, la Fiscalía declaró la extinción de la acción penal derivada del delito de *prevaricato por acción*, dada su prescripción, al tiempo que emitió resolución de acusación en contra de IBARGUEN MOSQUERA como presunto autor del delito de *peculado por apropiación* a favor de terceros, en concurso homogéneo y sucesivo, de conformidad con las previsiones de los artículos 31 y 397 del Código Penal, predicando la circunstancia de mayor punibilidad del numeral 10° del artículo 58 del mismo ordenamiento ante la coparticipación criminal, porque como gobernador del Chocó, suscribió las Resoluciones 1867, 2273, 2276 y 2277 del año 2007, a través de las cuales permitió que el entonces Secretario de Hacienda Roger Pastor Mosquera Lozano, se apropiara de \$114'850.000 de propiedad del departamento.

Indicó contar con el material probatorio necesario para

⁴ Folio 182 cuaderno original No. 1 de la Fiscalía

⁵ Folio 223 y s.s. del cuaderno original No. 1 de la Fiscalía.

⁶ Folio 78 y s.s. del cuaderno original No. 2 de la Fiscalía.

⁷ Folio 264 cuaderno original No. 2 de la Fiscalía.

demostrar la presencia de los elementos del referido tipo penal, al estar acreditada la calidad de servidor público de JULIO IBARGUEN MOSQUERA, pues para el año 2007 se desempeñaba como gobernador del Chocó, teniendo la competencia funcional para proferir las resoluciones cuestionadas, y como tal le era exigible actuar con estricto apego a la ley, incluida la normatividad que regulaba para la época de los hechos el tema de las cajas menores y los giros de avances, pese a lo cual emitió las referidas resoluciones ejerciendo actos de disposición jurídica sobre recursos del presupuesto del departamento con flagrante abuso del cargo y de la función, posibilitando así que terceros se apropiaran de recursos públicos de la Gobernación del Chocó.

En consecuencia, le reprochó que a partir del desconocimiento de claros mandatos constitucionales y de la propia regulación decretada por su administración, expidió las referidas resoluciones ordenando girar avances a favor de Roger Pastor Mosquera Lozano, Secretario de Hacienda para la presunta adquisición de materiales o insumos, constituyéndose en verdaderos actos de disposición jurídica sobre recursos públicos departamentales, para su posterior apropiación a favor de éste, con la connivencia del Tesorero Pagador del departamento, Rodolfo Murillo Guzmán.

Se precisó que la apropiación se produjo ya que el procesado dejó de forma voluntaria y consciente al arbitrio de Mosquera Lozano la inversión de los recursos, sin ejercer el control interno de dicha actividad administrativa, pese a estar investido con la facultad y competencia requerida para

ello.

Para el presente caso, se resaltó que por medio de la resolución 1867 se ordenó girar por concepto de avance a favor de Roger Pastor Mosquera Lozano, la suma de \$35'000.000, para apoyar a la Registraduría Nacional del Estado Civil en el proceso electoral que se llevó a cabo el 28 de octubre de 2007, dinero que la Gobernación del Chocó depositó en la cuenta de ahorros No. 578-343196 cuyo titular es Mosquera Lozano, sin que reposara constancia del Registrador o alguno de sus delegados de que recibieron el apoyo, lo cual conlleva a afirmar que el citado funcionario se apropió del dinero.

Acerca de las resoluciones 2273, 2276 y 2277, por medio de las cuales se giraron \$10'000.000 para compra de implementos para la banda de guerra de la Institución Educativa Andrés Bello de Istmina, \$34'850.000 para compra de equipos para el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación y \$35'000.000, para compra de elementos didácticos para el desarrollo de actividades pedagógicas en la Institución Educativa Norma Superior Nuestra Señora de las Mercedes de Istmina, respectivamente, se indicó que el dinero le fue entregado por concepto de avance a Roger Pastor Mosquera Lozano, y que no se allegó documentación que dé cuenta de la inversión del cubrimiento de las necesidades para las cuales se generaron los actos administrativos.

En cuanto al aspecto subjetivo estimó que el gobernador al expedir las resoluciones actuó con pleno conocimiento y

voluntad de apartarse de la legalidad, de lo señalado en la Constitución Política, la normatividad nacional y la departamental, con el perverso fin de defraudar las arcas públicas.

Adujo que IBARGUEN MOSQUERA contaba con amplia experiencia en el sector público, llevaba más de tres (3) años ejerciendo el cargo de gobernador, actuando movido por el interés que le asistía de posibilitar que terceros, como su Secretario de Hacienda, Roger Pastor Mosquera Lozano, accediera a unos dineros públicos en forma abiertamente ilegal⁸.

La resolución de acusación adquirió firmeza el 17 de julio de 2020⁹.

3.3 Etapa de juicio

Allegada la actuación a esta Sala Especial, en el término de traslado previsto en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000¹⁰, la Fiscalía y el defensor de IBARGUEN MOSQUERA, elevaron solicitudes probatorias, las cuales mediante decisión de 24 de febrero de 2021 fueron resueltas.

La audiencia pública de juzgamiento tuvo lugar los días 7 de octubre y 1º de diciembre de 2021, en cuyo desarrollo se escuchó en interrogatorio al acusado y culminada así la

⁸ Folio 1 s.s. cuaderno original No. 3 de la Fiscalía.

⁹ Folio 73 del C.O. No. 3 de la Fiscalía.

¹⁰ Folio 4 y s.s. C.O. No. 1 de la Corte.

práctica probatoria, se dio paso a los alegatos finales.

3.4. Alegaciones

3.4.1. Fiscalía

Solicitó proferir sentencia condenatoria en contra del enjuiciado como autor del concurso delictual de *peculado por apropiación*, con la concurrencia de la circunstancia de mayor punibilidad de que trata el numeral 10° del artículo 58 del Código Penal, pues en su criterio obran pruebas claras e irrefutables de las irregularidades presentadas en las 15 resoluciones cuestionadas, resaltando: *i)* la falta de soportes para su expedición; *ii)* la inaplicación de las normas vigentes para el funcionamiento, regulación y manejo de las Cajas Menores; *iii)* no motivar ni acreditar la necesidad y urgencia como elemento imprescindible para la realización de avances ordenados; y *iv)* la mala práctica de la realización de esos giros de la cuenta institucional del departamento a la cuenta personal de quien fungía como Secretario de Hacienda Departamental, Roger Pastor Mosquera Lozano, *modus operandi* con el cual se facilitó la apropiación de los recursos estatales en favor de terceros en cuantía de \$313'450.000.

En cuanto a la responsabilidad del procesado señaló la notoria arbitrariedad y capricho al emitir las 15 resoluciones en cuestión, destacando su formación personal, profesional y la experiencia en el sector estatal, lo cual impide alegar ingenuidad o ignorancia en el manejo de los dineros públicos;

además por su calidad de Gobernador y ordenador del gasto, surgía la disponibilidad jurídica de los recursos del departamento, de manera que, a sabiendas de las ostensibles irregularidades que propiciaron el apoderamiento de los recursos, quiso su realización, denotándose así claramente la conciencia en su actuar delictivo o el dolo en su realización.

Para el ente acusador, fue tan clara la intención de menoscabar el erario que todo lo que pudiera significar un obstáculo para tales fines era rápidamente superado, como aconteció con la declaratoria de insubsistencia en septiembre de 2006 de quien laboraba como almacenista Departamental, Milton Moreno, para ser reemplazado por el señor Carrillo Santander, último que dio cuenta del irregular manejo contable que se llevaba en la dependencia bajo su cargo.

Concluyó que resultan insulsas las explicaciones dadas por IBARGUEN MOSQUERA de haber recurrido a ese tipo de movimientos financieros para hacer más expedita su gestión administrativa, aunado a que solo reposa póliza que respalda la actividad del Secretario de Hacienda a partir del 30 junio de 2007, pese a que llevaba 6 meses ejerciendo el cargo, emitiendo las resoluciones de esta naturaleza, sin amparo alguno.

Tampoco encontró la Fiscalía prueba que soportara la exculpación ofrecida por el enjuiciado relacionada con la presencia de manos criminales que desaparecieron los documentos anexos que dieron base a la expedición de las

resoluciones y al giro de los dineros, ya que hubo una exhaustiva búsqueda por parte del C.T.I. con resultado negativo, además, no se tuvo conocimiento de alguna denuncia o investigación adelantada con el fin de establecer la pérdida, extravío o incineración de los documentos que se echan de menos.

Consideró así que la autenticidad de la firma del señor JULIO IBARGUEN MOSQUERA en cada una de las resoluciones está acreditada con el resultado del dictamen grafológico realizado basado en los cuestionamientos efectuados por el acusado desde el inicio de la investigación¹¹.

3.4.2. Ministerio Público

Solicitó condenar al procesado al estar acreditada la materialidad del ilícito de *peculado por apropiación* en favor de terceros y su responsabilidad penal como quedó establecido en la resolución de acusación.

Recalcó que no se hallaron los soportes para establecer que los dineros girados como avances efectuados irregularmente a través de las 15 resoluciones, a nombre del Secretario de Hacienda Departamental, Roger Pastor Mosquera, fueron destinados a cada uno de los propósitos allí indicados.

¹¹ Minuto 1:14:19 de la audiencia adelantada el 1° de diciembre de 2021.

Además, no hay prueba de que IBARGUEN MOSQUERA para el momento de la ejecución del ilícito careciera de la capacidad de comprender su ilicitud o determinarse de acuerdo con esa comprensión, como tampoco que hubiera realizado la conducta al amparo de alguna de las causales de ausencia de responsabilidad, consagradas en el artículo 32 del Código Penal.

Concluyó así que el procesado actuó de manera dolosa por cuanto conocía los hechos constitutivos de la infracción que se le imputa y de manera libre, consciente y deliberada encaminó su voluntad para la realización del citado concurso delictual¹².

3.4.3. Parte civil

La apoderada de la Gobernación del Chocó manifestó que se ratificaba de los argumentos esbozados en la demanda de constitución de parte civil, pues lo pretendido por el ente territorial es la emisión de sentencia condenatoria en contra de JULIO IBARGUEN MOSQUERA, y como consecuencia de ello, que se le condene al pago de los perjuicios materiales, conforme a lo probado dentro de la actuación¹³.

3.4.4. Procesado

Aseguró que siempre ha sido respetuoso de la ley, como tal, no ha ejecutado algún hecho delictivo en contra del erario

¹² Minuto 1:35:22 de la audiencia adelantada el 1º de diciembre de 2021.

¹³ Minuto 1:44:36 de la audiencia adelantada el 1º de diciembre de 2021.

departamental del Chocó, a cambio, su forma de actuar le ha generado muchas enemistades, pues incluso el Gobernador que lo sucedió en el cargo se dedicó a perseguirlo y a denunciarlo, más que a gobernar.

Resaltó que en el presente caso no se han tenido en cuenta los siguientes aspectos: *i)* la Gobernación del Chocó se había acogido a la ley de restructuración de pasivos; *ii)* los archivos del Departamento fueros desmembrados; *iii)* las pólizas sí existieron; y *iv)*; las resoluciones en cuestión no tenían relación con la Caja Menor de la Secretaría de Educación sino con las necesidades y circunstancias de no poder resolver de una manera ordinaria lo que necesitaban las instituciones educativas.

Insistió en que nunca malgastó el dinero del ente territorial y que el hecho de haber sido gobernador lo único que le ha causado son problemas de carácter económico¹⁴.

3.4.5. Defensor

Pidió dictar sentencia absolutoria en favor de su asistido al considerar que el material probatorio no arroja el convencimiento de la materialidad de la conducta ni de su responsabilidad, debiéndose así aplicar los artículos 7° y 232 de la Ley 600 de 2000.

Que fue de conocimiento público que la Gobernación del

¹⁴ Minuto 1:46:12 de la audiencia adelantada el 1° de diciembre de 2021.

Chocó, del año 2001 al año 2007 fue sometida al régimen de la Ley 550 de 1999 en virtud de un proceso de reestructuración de pasivos, lo cual conllevó a que diferentes jueces ordenaran el embargo y secuestro de los dineros que tenía el Departamento en sus cuentas bancarias, por ello, la necesidad y urgencia de recurrir a procedimientos legales para evitar que los recursos fueran objeto de esas medidas arbitrarias a fin de evitar la paralización de la función pública del ente territorial.

Que dicha situación motivó a utilizar ese modelo para suplir las necesidades del departamento, de ahí que las 15 resoluciones del año 2007, que el procesado no ha negado haber suscrito, estaban soportadas en la Resolución 002 de 1997 emanada del Ministerio de Hacienda, el cual en su artículo 16 permitía que se anticipara dinero (avances) a los funcionarios de los órganos a los que se refiere el acto administrativo, entre ellos, a los Secretarios de Hacienda, como en este caso, con el objeto de satisfacer erogaciones urgentes.

Indicó que los avances se debieron garantizar a través de pólizas, las cuales sí existieron, tal como lo indicó la misma Fiscalía, además, la Contraloría General de la República vigiló estas operaciones y no hizo algún reparo al manejo que se le estaba dando a los referidos avances para el año 2007, actuar que se encontraba cobijado por la presunción de legalidad.

Refirió que no puede perderse de vista que en cada

resolución se indicó que los dineros fueron librados de las Cuentas del Sistema General de Participaciones, por lo tanto, carece de fundamento la teoría de haber utilizado la Caja Menor de la Secretaría de Educación Departamental para esos fines, pues el Gobernador acudió a la figura de “*avances*” que desde el año 1997 era viable para afrontar problemas tan graves como los relacionados con la Ley 550, los procesos laborales y administrativos, entre otros.

Adujo que en los informes de policía judicial 945771 y 73095, y en el contable 10136128, se dejó constancia de lo voluminoso y desordenado del archivo departamental, resaltando incluso el testimonio del almacenista, quien dio cuenta que el Gobernador que sucedió a IBARGUEN MOSQUERA mandó a quemar algunos archivos.

También señaló que dichos avances no fueron hechos arbitrariamente, sino en cumplimiento de un deber legal como lo consagran los artículos 3º y 32 del Código Penal, lo cual exoneraría de responsabilidad penal al enjuiciado, quien solo buscó no paralizar la función pública en el Departamento.

Paralelamente, adujo que en el proceso de reestructuración difícilmente IBARGUEN MOSQUERA podría tener el control directo y efectivo del manejo y utilización de los recursos en atención a la división funcional, por lo tanto, si no se tenía el dominio sobre esos actos supuestamente delictivos de las 15 resoluciones, tampoco se podría predicar su responsabilidad, más cuando ni siquiera se determinó

quién se apropió y de qué, pues el dinero llegó a una cuenta de Pastor Mosquera, pero también hay testigos que refieren que existieron los soportes y se cumplieron los fines por los cuales fueron expedidas tales resoluciones.

Para el defensor, en el peor de los casos se podría indicar que el Gobernador no fue diligente en la supervisión, lo cual estructuraría un delito de *peculado culposo*, pero como fue llamado a juicio por el referido tipo penal en la modalidad dolosa, dicha situación no es modificable so pena de afectar el debido proceso y el derecho de defensa¹⁵.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1 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 de este asunto y emitir sentencia, pues si bien el señor JULIO IBARGUEN MOSQUERA, ya no ostenta la condición de Gobernador del Chocó, las conductas descritas en la resolución de acusación emitida en su contra por la Fiscalía General de la Nación tienen relación con las funciones que desarrolló al frente de ese ente territorial.

Al respecto, se cuenta con copia del acta de posesión 001

¹⁵ Minuto 1:57:57 de la audiencia adelantada el 1º de diciembre de 2021.

del 1º de enero de 2004¹⁶, y el certificado GDCH-07-02-10-0223, por medio del cual la Jefe de la Oficina de Talento Humano de la Gobernación del Chocó, dio cuenta que IBARGUEN MOSQUERA prestó sus servicios del 1º de enero de 2004 al 31 de diciembre de 2007, como gobernador de dicha entidad territorial¹⁷, todo lo cual ratifica la competencia de esta Sala en sede de juzgamiento.

4.2 Requisitos para condenar

El inciso 2º del artículo 232 de la Ley 600 de 2000 exige para emitir condena que los medios de convicción legal, regular y oportunamente allegados a la actuación permitan arribar a la certeza de la ocurrencia de la conducta punible y de la responsabilidad atribuible al procesado.

A su turno, el artículo 234 del mismo estatuto procesal señala que el ejercicio de la función jurisdiccional tiene como fin último determinar la verdad real de lo acontecido, para lo cual el funcionario judicial averiguará las circunstancias demostrativas de la existencia de la conducta punible, las que agraven, atenúen o exoneren de responsabilidad al procesado, así como las que tiendan a demostrar su inocencia.

Los citados mandatos se erigen en garantía del cabal cumplimiento del principio universal de presunción de

¹⁶ Folio 7 del cuaderno anexo original No. 2.

¹⁷ Folio 8 C.O. del cuaderno anexo original No. 2.

inocencia¹⁸, como límite real y efectivo al poder punitivo del Estado, en el que recae la carga procesal de desvirtuarla, de ahí que el inciso 2º del artículo 7º de la Ley 600 de 2000, disponga que toda duda debe resolverse en favor del procesado, expresión legal del principio universal *in dubio pro reo*, conforme con el cual, cuando el juez no alcanza el grado de conocimiento exigido para condenar, emerge ineludible la absolución del procesado.

Esa presunción de inocencia resulta violentada cuando la declaración de responsabilidad penal del procesado no se decanta en las pruebas allegadas, o su valoración no consulta los postulados de la sana crítica. Y aunque tal presunción puede derruirse mediante prueba de cargo que acredite la ocurrencia fáctica de la conducta y su compromiso en la misma, tiene su realización plena en el principio de resolución de duda cuando, al no mediar la certeza se genera un grado de conocimiento de incertidumbre, imponiéndose, por ende, la absolución.

Por eso, con miras a determinar si en el presente asunto se encuentran reunidos o no los presupuestos para proferir sentencia de carácter condenatorio, la Sala Especial analizará cada una de las conductas endilgadas al otrora Gobernador JULIO IBARGUEN MOSQUERA para verificar si las mismas se adecuan a la descripción típica del punible por el que se le acusó, y si devienen en antijurídicas y culpables,

¹⁸ Establecido como garantía fundamental en el artículo 29, inciso 4º de la Constitución Política, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 11.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14.2) la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (Art. 8.2), entre otros Instrumentos Internacionales, y desarrollado también legalmente en el artículo 7º de la Ley 600 de 2000.

a fin de predicar o no su responsabilidad en ellas.

Como se precisó en el aspecto fáctico, a pesar de que la presente investigación se adelantó por los punibles de *prevaricato por acción* y *peculado por apropiación*, ambos en concurso homogéneo y sucesivo, basados en que JULIO IBARGUEN MOSQUERA en su calidad de Gobernador del Chocó, suscribió 15 resoluciones que contrariaron el ordenamiento jurídico y con varias de ellas se facilitó que el entonces Secretario de Hacienda Departamental Roger Pastor Mosquera Lozano se apropiara de dinero del Departamento, como en la calificación sumarial se declaró la extinción de la acción penal ante la prescripción de la acción penal derivada del delito de *prevaricato por acción*, la atención del fallo se centrará única y exclusivamente en las resoluciones de las cuales se predicó la posible afectación de los caudales públicos.

En efecto, en la acusación el ilícito de *peculado por apropiación* a favor de terceros se centró solo en cuatro resoluciones emitidas por el procesado que corresponden a la 1867, 2273, 2276 y 2277, todas del 2007, por cuanto no se adjuntaron soportes que dieran cuenta de la adecuada utilización de los recursos.

Por eso, pese a que la Fiscalía en sus alegaciones ha señalado las 15 resoluciones objeto de investigación y ha totalizado con ellas el valor de lo apropiado en \$313'450.000, y el defensor también se ha referido a los 15 actos administrativos, la Sala acotará el estudio a las aludidas

cuatro resoluciones en claro cumplimiento del principio de congruencia, según el cual, solo se puede condenar a una persona por los cargos que claramente le hayan sido formulados en la resolución de acusación, sin que sea dable incluir conductas o circunstancias que no hayan sido abordadas en la acusación, muy a pesar de que se encuentren probadas en el diligenciamiento.

4.3 Del delito de *pcculado por apropiación*

4.3.1 Del tipo objetivo

El artículo 397 del Código Penal lo consagra en los siguientes términos:

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 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”.

Se precisa que no es dable tener en cuenta el aumento punitivo contemplado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, pues esta normativa solo rige para las conductas perpetradas a partir del 1° de enero de 2005 y según la implementación gradual del sistema acusatorio en los diferentes distritos judiciales, contemplada en el artículo 553 de la Ley 906 de 2004, en Quibdó entró a operar el 1° de enero de 2008, en tanto que los hechos ocurrieron en el año 2007 antes de que entrara en rigor allí tal sistema.

Ahora, para la estructuración del referido ilícito penal se requiere: *i)* un sujeto activo calificado -servidor público-; *ii)* la competencia funcional o material para disponer de los recursos; *iii)* la apropiación, en provecho propio 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.

La relación entre el servidor público y los bienes oficiales puede ser material o jurídica. La disponibilidad material conforme lo ha señalado la Sala Penal de esta Corporación se asimila a la simple constatación empírica de poder usar o manipular el objeto, mientras que en lo que se refiere a la disponibilidad jurídica se requiere llevar a cabo un proceso de abstracción en virtud del cual se analiza el

dominio que el agente tiene sobre dichos bienes¹⁹.

Tal disponibilidad, como ha hecho énfasis la jurisprudencia, se predica de los servidores públicos frente a los bienes oficiales y está vinculada al ejercicio de sus deberes funcionales, que, por razón de sus competencias, los hace garantes de los recursos públicos²⁰.

Sobre el acto de apropiación puede ocurrir, entonces, que este sea o bien consecuencia de la disponibilidad directa de los recursos, o por el ejercicio de un deber funcional que faculta al servidor público para decidir sobre el destino de los bienes públicos. Esta acción puede constatarse cuando se dispone del bien como si fuera propio o se incorpora al patrimonio personal o al de un tercero, con la consecuente sustracción de dicho bien del patrimonio del sujeto pasivo.

En cuanto al momento consumativo de este delito debe resaltarse que se trata de una conducta punible de ejecución instantánea que se consuma cuando el servidor público sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado²¹, en provecho suyo o de un tercero. Como lo ha reiterado la Sala de Casación de la Corte, además, «*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*»²².

¹⁹ CSJ SCP SP4490-2018, 10 oct. 2018, Rad. 52269, CSJ SCP SP2339-2020, 1º Jul. 2020, Rad. 51444.

²⁰ CSJ SCP SP4490-2018, 10 oct. 2018, Rad. 52269.

²¹ CJS SP18532-2017, 8 Nov. 2017, Rad. 43263.

²² CJS SP18532-2017, 8 Nov. 2017, Rad. 43263.

4.3.2 Tipo subjetivo

Es una conducta esencialmente dolosa, 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.

4.3.3 Correspondencia de la conducta al tipo endilgado

Respecto de la calidad de servidor público, como ya se indicó, al proceso se allegó la documentación que acredita que el señor JULIO IBARGUEN MOSQUERA fue elegido Gobernador del departamento del Chocó, cargo del que tomó posesión el 1º de enero de 2004 y desempeñó hasta el 31 de diciembre de 2007²³.

Y como tal, en ejercicio de sus funciones tenía el atributo de administración, tenencia o custodia de bienes del departamento y ostentaba la calidad de ordenador del gasto del ente territorial, por lo tanto, contaba con la competencia funcional o material para disponer de los recursos, función que también encuentra eco con lo dispuesto en el artículo 11,

²³ Folios 7 y 8 cuaderno anexo original No. 2.

numeral 3º, literal *b* de la Ley 80 de 1993 y 41 de la Ley 489 de 1998. Así pues, como jefe del ente territorial tenía la función de administrar su presupuesto.

Bajo tal entendido, el acusado en su condición de Gobernador del Chocó y como primera autoridad administrativa departamental, le era obligatorio respetar los principios y deberes constitucionales de la función administrativa, y por lo tanto debía actuar con estricto apego a la ley.

Pese a lo anterior, la Sala Especial anticipa que emitirá sentencia absolutoria en favor del procesado respecto de las resoluciones **2273** de 11 de diciembre de 2007, por valor de \$10'000.000; **2276** y **2277** del 12 de diciembre de 2007, por valor de \$34'850.000 y \$35.000.000, respectivamente, por cuanto se mantiene incólume la presunción de inocencia y se impone aplicar el principio de resolución de duda en su favor, pero no sucede lo mismo respecto de la resolución **1867** del 22 de octubre de 2007 toda vez que para ella se encuentra acreditada la materialidad de la conducta de desmedro de los caudales públicos y la responsabilidad directa de IBARGUEN MOSQUERA en la misma.

4.4. De la absolución

Respecto de la Resolución 2276 de 12 de diciembre de 2007, por \$34'850.000, como avance para compra de equipos con destino al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, reposa en el plenario copia del oficio

1503 FGN/CTI/SC, por medio del cual Martha Inés Araque Mogollón, Directora Seccional del C.T.I., le remitió a Roger Pastor Mosquera Lozano, Secretario de Hacienda Departamental del Chocó, una relación de los elementos que con mayor urgencia requería ese organismo, a saber: 5 cámaras fotográficas digitales con video, 2 balanzas con capacidad para 50 kilogramos, 3 computadores portátiles, 5 computadores de escritorio, 4 video filmadoras, 1 fotocopidora, 2 fax, 2 balanzas digitales con precisión de centésimas de gramo, 4 maletines con kit de herramientas básicas para balística, 2 impresoras a color, 2 impresoras a blanco y negro laser, 3 unidades portátiles para disco 3 ½, y una unidad de disco duro externo, todo avaluado en \$34'850.000²⁴.

Con base en dicha solicitud y para la compra de tales elementos, JULIO IBARGUEN MOSQUERA expidió la Resolución 2276 de 12 de diciembre de 2007, ordenando girar a favor de Roger Pastor Mosquera Lozano avance por el valor de \$34'850.000, indicado que el dinero sería debitado con cargo al capítulo III, artículo 21020103, Programa 03 del presupuesto del Departamento del Chocó de la vigencia 2007²⁵.

Obra el comprobante de contabilidad 01416²⁶ y el registro presupuestal 1510 de 12 de diciembre de 2007²⁷, ambos por \$34'850.000, reiterando el objeto del desembolso como "avance

²⁴ Folios 21 y 22 C.O. Fiscalía No. 1.

²⁵ Folio 18 C.O. Fiscalía No. 1.

²⁶ Folio C.O. Fiscalía No. 1.

²⁷ Folio 19 C.O. Fiscalía No. 1.

para compra de equipos para el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación”, dinero que efectivamente fue luego abonado a la cuenta de ahorro del Banco de Bogotá No. 578-343196 a nombre de Roger Pastor Mosquera Lozano, por Fiduagraria S.A. para pago de proveedores según consta en extracto bancario²⁸ y en el comprobante de causación No. 1882²⁹.

Aunado, reposa el oficio de 20 de noviembre de 2007 por medio del cual el Despacho del Gobernador le solicitó a Yerson Yair Rodríguez, representante legal de *Promotora Mercantil Santa Ana E.U.*, suministrar con cargo al presupuesto del Departamento del Chocó, los elementos relacionados en el oficio 1503 FGN-CTI-SC del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación por valor de \$34'850.000³⁰.

En cuanto a las resoluciones 2273 de 11 de diciembre de 2007, por valor de \$10'000.000, de un avance para comprar implementos para la banda de guerra de la Institución Educativa Andrés Bello de Istmina y 2277 de 12 de diciembre de 2007, por valor de \$35'000.000, avance para compra de elementos didácticos para el desarrollo de las actividades pedagógicas en la Institución Educativa Normal Superior Nuestra Señora de la Mercedes de Istmina, obra precisamente los actos administrativos por medio de los cuales se ordenó girar avance a nombre de Roger Pastor Mosquera Lozano en calidad de Secretario de Hacienda del Departamento.

²⁸ Folio 226 del C.O. de Anexos de la Fiscalía No.1.

²⁹ Folio 15 C.O. Fiscalía No. 1.

³⁰ Folio 92 C.O. Anexos Fiscalía No. 1.

Se tiene también que los montos dinerarios que IBARGUEN MOSQUERA ordenó girar a modo de avances en favor de su Secretario de Hacienda fueron debitados de la cuenta de ahorros del Banco de Bogotá con No. 578.37574-3, cuyo titular era la Gobernación del Chocó —Rendimiento Encargo Fiduciario—, y trasladados a la cuenta de ahorros No. 578-343196 a nombre de Roger Pastor Mosquera Lozano³¹.

Lo anterior encuentra respaldo probatorio en los documentos anexos a la inspección judicial practicada el 30 de noviembre de 2017 al proceso con radicado 50534 ubicado en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a saber: oficio 1191 de 12 de octubre de 2007 ordenando el giro de \$35'000.000 con base en Resolución 2277; oficio No. 1190 de 12 de diciembre de 2007, giro por \$10'000.000 respecto de la Resolución 2273.

Además, se cuenta con los extractos que corresponden a la cuenta de ahorros No. 578-343196 del Banco de Bogotá, de la cual es titular Roger Pastor Mosquera Lozano, en los que de forma clara se corrobora que efectivamente esos dineros ingresaron a su cuenta³².

No obstante, median vacíos probatorios en cuanto a la destinación que se le dio al dinero, aunado a que en la labor investigativa de la Fiscalía no se allegaron las resoluciones por medio de las cuales se legalizaron tales avances o facturas al respecto, lo cual es palpable cuando al verificar las diligencias

³¹ Folios 248 a 363 del cuaderno original anexos No. 1.

³² Folios 214 a 227 del cuaderno original anexo No. 1.

de inspección judicial practicadas, cuyo objeto era recopilar pruebas sobre la creación de la Caja Menor y ubicar las resoluciones por medio de las cuales se libraron adelantos a favor del Secretario de Hacienda Departamental del Chocó y la documentación que acompañó estos actos administrativos, la realizadas el 7 de noviembre de 2017 en la Oficina del Archivo Central de la Gobernación del Chocó³³, y el 8 de noviembre de la misma anualidad en la Oficina de Tesorería Departamental del Chocó³⁴; estuvieron solo encaminadas a recopilar los documentos que dieron base a la expedición de las aludidas resoluciones a fin de hacer un estudio contable, como lo reseñó Fernando Puerto Tovar, servidor de Policía Judicial adscrito al Grupo Contable de la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

Por eso el perito contable al rendir su informe 10120604 de 28 de noviembre de 2017, concluyó que “*De acuerdo con los **ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS** que se recolectaron durante la investigación, estos **NO** son suficientes para determinar **si hubo o no DETRIMENTO PATRIMONIAL** en la Gobernación del Chocó, a causa de los desembolsos de dineros al Secretario de Hacienda Departamental señor **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, ordenados mediante las Resoluciones números...2273, 2276, 2277..., todas del año 2007³⁵” (subrayas integradas).*

Esta situación se repitió en las inspecciones judiciales realizadas el 9 de octubre 2018 al Archivo Central de la Gobernación del Chocó³⁶, y el 10 del mismo mes y año al

³³ Folio 1 C.O. Anexos Fiscalía No. 1.

³⁴ Folio 24 C.O. Anexos Fiscalía No. 1.

³⁵ Folio 213 C.O. No. 1 Fiscalía.

³⁶ Folio 10 C.O. No. 2 Fiscalía.

Almacén Departamental³⁷, por el profesional investigador II adscrito a la Policía Judicial de las Fiscalías Delegadas ante esta Corporación al referenciar que el objetivo de la orden de trabajo 1101 era *“llevar a esta investigación los documentos soporte de las resoluciones que menciona en su informe el investigador FERNANDO PUERTO TOVAR, que no encontró en la tesorería de la Gobernación. Así como obtener copia del libro diario de bancos de la época donde se registraban todos los giros que realizaban y las conciliaciones bancarias elaboradas en la tesorería..”*.

Lo mismo acaeció con el informe de policía judicial 10213317 de 22 de octubre de 2018³⁸, a través del cual Fredy Rubio Zafra, profesional investigador II del Cuerpo Técnico de Investigación, refirió haber practicado inspección judicial en las oficinas de Presupuesto, Contabilidad, Pagaduría y en los archivos de las Secretarías de Educación y Hacienda Departamental del Chocó, con el fin de allegar a la investigación documentos soporte, entre otras, de las mencionadas resoluciones, arrojando también resultados negativos.

De este informe se debe resaltar que otro de los ítems a realizar era la práctica de inspección judicial al Almacén o al Archivo con el fin de obtener información relacionada con los ingresos a esa dependencia por concepto de legalización de avances, misión que igualmente resultó infructuosa, pues se indicó que *“el día 10 de octubre de 2018, se adelanta diligencia de inspección al Almacén General de la Gobernación del Chocó, atendida por el señor MILTON ANTONIO MORENO MOSQUERA, Almacenista General de*

³⁷ Folio 24 C.O. No. 2 Fiscalía.

³⁸ Folio 1 C.O. No. 2 Fiscalía.

la Gobernación de Santander (sic) el cual manifiesta que en esa dependencia no reposa documentación, libro diario requeridos por la Fiscalía”.

Además, el investigador dejó constancia que *“se evidencia que en las diferentes oficinas de la Gobernación del Chocó en las que se solicitó la información requerida por el Despacho Cuarto D. C.S.J., del año 2007, no hay responsables ni de entrega, ni de recibo de los archivos de esa época, y por consiguiente solo se limitan a manifestar que no hubo entrega detallada de las anteriores administraciones”*³⁹.

Lo que se extrae de lo anterior es el desorden administrativo de las varias dependencias departamentales de Chocó que impidió obtener documentación, falencia de la cual no se puede predicar alguna consecuencia negativa para el procesado, pues contrariamente, al campear la duda sobre la efectiva adquisición de los elementos o el destino de los dineros oficiales impide acreditar con la certeza necesaria su apropiación por parte del procesado o de terceros.

En tales condiciones, como siempre ha de estar presente la presunción de inocencia como principio general del derecho y garantía fundamental reconocida en nuestro ámbito interno en el artículo 29, inciso 4° de la Constitución Política, así como en instrumentos internacionales en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 11), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14.2) la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (Art. 8.2), entre otros, en este caso se advierte que tal presunción legal no fue derruida mediante prueba de cargo que denotara

³⁹ Folio 4 C.O. No. 2 Fiscalía.

la ocurrencia fáctica, como la ligazón jurídica con el actuar del gobernador, estado de conocimiento de incertidumbre que impone absolverlo del punible de *peculado por apropiación* respecto de lo acaecido con las resoluciones 2273, 2276 y 2277 de 2007.

4.5. De la condena

Respecto de la Resolución **1867** de 22 de octubre de 2007 se cuenta con oficio por medio del cual Danilo Medina Valdés y Álvaro Pacheco Cubillos, Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil – Chocó, solicitaron al Secretario de Hacienda Departamental, Roger Pastor Mosquera, apoyo para el cumplimiento del debate electoral a cumplirse el 28 de octubre de 2007, consistente en el suministro de 30 almuerzos, refrigerios y cena para el personal de la Delegación Departamental, para los días 13, 20 y 28 de octubre de la referida anualidad⁴⁰.

A ese documento se anexó cotización efectuada por *Casero Restaurante*, en la cual se estableció el valor de diferentes platos para almuerzo y refrigerios⁴¹.

Con base en lo solicitado IBARGUEN MOSQUERA expidió la Resolución 1867 de 22 de octubre de 2007, por medio de la cual ordenó girar avance a nombre de Roger Pastor Mosquera Lozano, Secretario de Hacienda Departamental, por valor de \$35'000.000 para atender gastos relacionados con el debate

⁴⁰ Folio 13 C.O Fiscalía No. 1.

⁴¹ Folio 14 C.O Fiscalía No. 1.

electoral de 28 de octubre de 2007, con cargo al capítulo III, artículo 21020101, Programa 03 del presupuesto departamental de la vigencia 2007⁴².

Tal situación se vio reflejada en el registro presupuestal No. 1298⁴³, en el comprobante de contabilidad No. 01162⁴⁴, y en el hecho irrefutable de que los \$35'000.000 fueron debitados de la cuenta de ahorros del Banco de Bogotá No. 578.37574-3 denominada Gobernación del Chocó-Rendimiento Encargo Fiduciario, y trasladados a la cuenta de ahorro del Banco de Bogotá No. 578-343196 a nombre del señor Roger Pastor Mosquera Lozano, según consta en extracto bancario⁴⁵ y en el comprobante de causación No. 1738⁴⁶.

Con el fin de legalizar el avance Roger Pastor Mosquera Lozano allegó varias facturas, a saber: la No. 3388 sin encabezado ni fecha, suscrita por la señora Emma María Perea, de quien se arribó el R.U.T., en la cual se relacionan 2.000 refrigerios por valor de \$7'000.000, y 1.891 almuerzos por \$14'179.487, para un total de \$21'179.487⁴⁷; la No. IGC 3314 de *Parrilla Bar- Restaurante Mesón del Mediterráneo*, de 3 de noviembre de 2007 que da cuenta del abono de \$2'000.000, hecho por 100 almuerzos y 12 bandejas de picada⁴⁸; y la No. 0363 de *Inversiones Doña Jacinta*, de 6 de

⁴² Folio 10 C.O. Fiscalía No. 1.

⁴³ Folio 11 C.O. Fiscalía No. 1.

⁴⁴ Folio 9 C.O. Fiscalía No. 1.

⁴⁵ Folio 225 del C.O. de Anexos de la Fiscalía No.1.

⁴⁶ Folio 8 C.O. Fiscalía No. 1.

⁴⁷ Folio 100 C.O. Anexos Fiscalía No. 1.

⁴⁸ Folio 99 C.O. Anexos Fiscalía No. 1.

noviembre de 2007, respecto de 240 refrigerios por \$600.000, *144 botellas de agua* por \$172.800 y 230 comidas \$1'725.000⁴⁹; la No. 269063 de 27 de octubre de 2007, respecto de 3 pacas x 24 de agua Brisa por 600 c.c. por un valor de \$64.800⁵⁰, y la No. 00260583 de *Papelería Universo*, calendada 3 de noviembre de 2007, por la adquisición de 300 hojas Kimberly tamaño carta, en cuantía de \$59.713⁵¹.

Y si bien el ente territorial de conformidad con lo previsto en los artículos 2° y 103 de la Constitución Política, 2° del Decreto 2241 de 1986 (Código Electoral), y 46 del Decreto 3254 de 1963, debía contribuir con los gastos electorales, en: *“...el suministro de locales, muebles, equipos de oficina y útiles de escritorio suficientes y adecuados para el funcionamiento de las delegaciones Departamentales, y la impresión y distribución de formularios para las elecciones”*⁵², en tanto que a la Nación le corresponden *“los gastos que ocasione el suministro de locales y servicios para el funcionamiento de la Corte Electoral, Registraduría Nacional del Estado Civil, y los demás gastos que no correspondan a los Departamentos y Municipios”*⁵³, se advierte que IBARGUEN MOSQUERA expidió la Resolución 1867 de 22 de octubre de 2007 con base en una solicitud de los Delegados de la Registraduría Nacional que no atañe a los gastos electorales respecto de los cuales el Departamento estaba en obligación de contribuir —aspecto que no merece detenimiento toda vez que prescribió la acción penal derivada del delito de *prevaricato por acción*—, pero tal solicitud era para subsidiar

⁴⁹ Folio 99 C.O. Anexos Fiscalía No. 1.

⁵⁰ Folio 97 C.O. Anexos Fiscalía No. 1.

⁵¹ Folio 98 C.O. Anexos Fiscalía No. 1.

⁵² Numeral 2° artículo 46 del Decreto 3254 de 1963.

⁵³ Numeral 3° del artículo 46 del Decreto 3254 de 1963.

30 almuerzos, refrigerios y cenas con destino al personal de la Delegación Departamental, para los días 13, 20 y 28 de octubre de esa anualidad, denotándose que para el momento en que se suscribió la Resolución ya se habían causado los referentes a los días 13 y 20 de octubre de 2007.

Pero además, las facturas allegadas por Roger Pastor Mosquera Lozano con el fin de legalizar el avance superan ampliamente la colaboración solicitada por la Registraduría Nacional del Estado Civil, pues refiere a 1.991 almuerzos y 12 bandejas de picada por valor de \$16'179.487; 230 comidas por \$1'725.000; 2.240 refrigerios por \$7'600.000; 144 botellas de agua por \$172.800, y 3 pacas de 24 unidades de agua Brisa por \$64.800.

Aunado, se advierte que la factura 3388 no cuenta con fecha, la No. IGC 3314 de *Parrilla Bar- Restaurante Mesón del Mediterráneo*, tiene fecha 3 de noviembre de 2007, y la No. 0363 de *Inversiones Doña Jacinta*, de 6 de noviembre de 2007, es decir, fueron generadas después del evento electoral cumplido el 28 de octubre de esa anualidad.

Lo mismo aconteció con la factura 00260583 de *Papelería Universo*, por la adquisición de 300 hojas Kimberly tamaño carta, en cuantía de \$59.713⁵⁴, que si bien podría ser la única cuyo objeto se encontraría dentro de los establecidos en el numeral 2º del artículo 46 del Decreto 3254 de 1963, lo cierto es que se materializó días después de la contienda electoral,

⁵⁴ Folio 98 C.O, Anexos Fiscalía No. 1.

más exactamente el 3 de noviembre de 2007.

Otras incoherencias de mayor entidad se advierten en la parte considerativa de la Resolución 2377 de 20 de diciembre de 2007, por medio de la cual se legalizó el referido avance, cuando IBARGUEN MOSQUERA indicó que “*los implementos requeridos se compraron y fueron entregados en la oficina de Almacén de la Gobernación del Chocó, tal como consta en los documentos de entrada y salida*”⁵⁵, hecho que no cuenta con prueba documental, ni menos testimonial que lo sustente.

En esta arista se observa que el Gobernador del Chocó, además de autorizar la entrega de \$35'000.000 de propiedad del Departamento a Roger Pastor Mosquera Lozano para gastos no autorizados por la ley, suscribió la resolución por medio de la cual legalizó el avance con facturas de fechas posteriores a las referenciadas en la solicitud de los Delegados de la Registraduría Nacional del Estado Civil, y en cantidades de almuerzos y refrigerios muy superiores.

Lo anterior acredita la realización del delito de *peculado por apropiación* a favor de terceros, pues con su actuar y a pesar de las obligaciones que le implicaba el cargo de Gobernador del Chocó hizo que Roger Pastor Mosquera Lozano se apropiara de dinero público, incluso suscribió resolución legalizando el avance sin contar con las facturas que dieran certeza del cumplimiento del objeto de la Resolución No. 1867 del 22 de octubre de 2007.

⁵⁵ Folio 34 C .O. Fiscalía No. 1.

Bajo esta perspectiva, con el recaudo probatorio no tiene cabida la argumentación de la defensa relacionada con que el enjuiciado actuó así para no paralizar la función pública en el Departamento y que por ello obró en cumplimiento de un deber legal como causal de ausencia de responsabilidad, pues independientemente de los motivos que fundaron la autorización del giro -apoyo a la Registraduría Nacional del Estado Civil para el evento electoral del 28 de octubre de 2007-, lo cierto es que legalizó el gasto con base en documentación que no se correspondía con dicho objeto.

Pero además, tal argumento de haber obrado es estricto cumplimiento de un deber legal se queda en simple epígrafe en cuanto el defensor o el procesado no explican o desarrollan tal argumento y menos ofrecen pruebas que lo sustenten, sin que la Sala tampoco las avizore en el plenario, pues no se advierte cómo un deber legal conminaría al gobernador a expedir un acto administrativo para cubrir gastos no pedidos, pues recuérdese que el pedimento de los delegados de la Registraduría solo abarcaba consistente en el suministro de 30 almuerzos, refrigerios y cena para el personal de la Delegación Departamental, para los días 13, 20 y 28 de octubre de 2007, en cambio, las cifras cubiertas por demás exageradas denotan que el gobernador dispuso de manera arbitraria de los caudales públicos a fin de que Roger Pastor Mosquera Lozano se apropiara de los mismos.

Tampoco puede esgrimirse como exculpación la falta de control directo y efectivo del manejo y utilización de los recursos en atención a la división funcional, pues la prueba

documental referenciada da cuenta que JULIO IBARGUEN MOSQUERA tenía el dominio tanto de ordenar los avances como de dar fe de la adecuada utilización de estos, pues las resoluciones cuentan con su firma, que valga recordar fue cotejada por perito grafológico y confirmada su autenticidad⁵⁶.

En estas condiciones, para la Sala se acredita en el grado de certeza la responsabilidad de JULIO IBARGUEN MOSQUERA en la comisión del delito de *peculado por apropiación* a favor de terceros contemplado en el artículo 397 del Código Penal, cuando el 22 de octubre de 2007 ordenó el giro de avances a favor del Secretario de Hacienda del departamento, Roger Pastor Mosquera Lozano, mediante la Resolución 1867 por valor de \$35.000.000.

Con tal proceder desdeñó los principios que deben observar los servidores del Estado en las actuaciones oficiales para el adecuado logro de los objetivos de la administración, pues favoreció a un tercero para que lograra un beneficio patrimonial ilegal mediante la apropiación de dineros públicos, con el consecuente detrimento del erario departamental.

Pasó por alto el gobernador que era el interés general el que marcaba el norte en cuanto al manejo presupuestal se refiere, pues como ordenador del gasto debía apartarse de beneficios particulares, como los que satisfizo en cabeza de

⁵⁶ Folio 193 C.O. Fiscalía No. 2.

Roger Pastor Mosquera Lozano⁵⁷, pues refulge que con ligereza comprometió el presupuesto a cargo de la entidad pública cuya representación detentaba, con la clara y positiva intención de disponer arbitrariamente de los recursos estatales a él confiados.

4.6. 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 los delitos que atentan contra la administración pública, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de manera consistente ha señalado que la administración pública es un bien jurídico que, de una parte, protege el interés general y los principios de igualdad, transparencia, imparcialidad, economía y objetividad de la función pública, y de otra, los bienes del Estado ante actos de apropiación o uso indebido, o frente a comportamientos en los cuales el servidor público no obra conforme al deber de cuidado que le es exigible en defensa del patrimonio público.

Así, el bien jurídico protegido en los delitos contenidos en el título XV del Código Penal tiene una doble connotación:

⁵⁷ Como ya se anotó, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Quibdó condenó como autores del delito de peculado por apropiación al Secretario de Hacienda del Chocó, Roger Pastor Mosquera Lozano y al Tesorero Rodolfo Murillo Guzmán, sentencia confirmada por el Tribunal Superior de Quibdó.

de un lado, protege el correcto ejercicio de la función pública, entendida ésta como la actividad funcional del Estado, de los entes territoriales y demás instituciones públicas de todo orden, que actúan conjunta y coordinadamente en el cumplimiento de los fines del Estado, 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 del Estado, esto es, aquellos destinados por el Estado para el acatamiento de esos mismos fines.

En este caso, la lesión al bien jurídico se materializó cuando el acusado, teniendo el deber de actuar en procura de la satisfacción de las necesidades de la comunidad, decidió en su lugar legalizar el avance de \$35'000.000 que le entregó a Roger Pastor Mosquera Lozano mediante Resolución 1867 del 22 de octubre de 2007, comportamiento que abandonó los cometidos asignados al manejo presupuestal de las entidades oficiales socavando la confianza de los asociados en las instituciones oficiales y afectando el patrimonio del ente territorial.

4.7 De la culpabilidad

Para la Sala, JULIO IBARGUEN MOSQUERA tenía plena capacidad para comprender la ilicitud del acto y para 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 el enjuiciado 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 procesales 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 la conducta a él atribuida, por manera que el injusto le es plenamente atribuible pues, pese a estar en posición de ajustar su comportamiento al mandato legal, no lo hizo.

Aunado a lo anterior, JULIO IBARGUEN MOSQUERA tenía plena conciencia de la antijuridicidad de la conducta desplegada, pues si bien 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 (Chocó) para el periodo 1974 - 1976; Concejal de Quibdó (Chocó) de 1984 a 1986, Diputado del Chocó de 1986 a 1988 y de 1988 a 1990, y para la fecha de los hechos llevaba laborando como gobernador del Chocó más de tres años.

Le era exigible un comportamiento ajustado a derecho, vale decir, no se advierte que haya sido abocado a una conducta de cuya realización no pudiera sustraerse y que excluya la culpabilidad como lo son 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.

4.8 De la responsabilidad

En este orden, acreditada la materialidad de la conducta punible acusada, una vez superado el estudio sobre su consagración como comportamiento prohibido por el ordenamiento jurídico, su contrariedad formal y material con este último y del juicio de culpabilidad que merece 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 el acusado es penalmente responsable por ella.

Lo anterior porque a pesar de las obligaciones que le imponía el ejercicio de la función de ordenación del gasto del Departamento del Chocó, con pleno conocimiento que el interés general era el que debía inspirar el manejo presupuestal de la entidad y cabal conocimiento de la ilicitud, dirigió su actuar de manera voluntaria a afectar el patrimonio de la entidad para favorecer a 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 del delito de *peculado por apropiación* a favor de terceros.

4.9. Dosificación punitiva

El proceso dosimétrico de la sanción se hará de conformidad con las reglas consagradas en los artículos 60 y 61 del estatuto punitivo, acatando en todo caso la necesaria motivación de las circunstancias previstas en el inciso 3° del último precepto bajo criterios de proporcionalidad, de manera que, definido el marco punitivo, se proseguirá con la fundamentación en orden a individualizar la pena en el respectivo cuarto.

Para el punible de *peculado por apropiación* se tomará el inciso 1° del artículo 397 del original Código Penal, pues lo apropiado ascendió a \$35'000.000, o lo que es igual 80,7 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos (2007), el cual equivalía a \$433.700, cuya pena oscila entre 72 y 180 meses de prisión, multa equivalente al valor de lo apropiado e inhabilitación por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

Así, la pena de prisión y la inhabilitación tienen un ámbito de movilidad de 108 meses (180-72=108); que divididos entre cuatro conforman los siguientes cuartos punitivos:

| PENA | 1/4 MÍNIMO | 1 ¼ MEDIO | 2 ¼ MEDIO | ¼ MÁXIMO |
|----------------|------------|---------------|----------------|--------------|
| Prisión | 72m -99m | 99 m 1d-126 m | 126m 1d- 153 m | 153m1d-180 m |
| Inhabilitación | 72m -99m | 99 m 1d-126 m | 126m 1d- 153 m | 153m1d-180 m |

Hay lugar a predicar la circunstancia de menor punibilidad prevista en el numeral 1° del artículo 55 del Código Penal, pues si bien, el Ministerio de Defensa Nacional -Policía Nacional - Dirección de Investigación Criminal e Interpol, con oficio No. 20210164997/ARAIC-GRUCI-1,9 de 22 de abril de 2021 dio cuenta que contra IBARGUEN MOSQUERA pesa una sentencia de carácter condenatorio proferida el 23 de septiembre de 2015 por la Corte Suprema de Justicia dentro del radicado 1602, al declararlo responsable del delito de *concierto para promover grupos armados al margen de la ley*, lo cierto es que de conformidad con la jurisprudencia⁵⁸, la carencia de antecedentes penales se verifica al momento de la ocurrencia de los hechos cuestionados, y en el caso objeto de análisis no hay prueba de que en contra de JULIO IBARGUEN MOSQUERA para el 28 de octubre de 2007 existiera sentencia condenatoria ejecutoriada alguna.

En relación con la agravante genérica contemplada en el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal, se tiene que JULIO IBARGUEN MOSQUERA actuó en coparticipación criminal con Roger Pastor Mosquera Lozano, a quien le entregó \$35'000.000 de propiedad del ente territorial y posteriormente legalizó argumentando que todo había sido dirigido a apoyar a la Registraduría Nacional del Estado Civil para las elecciones del 28 de octubre de 2017, con el propósito de apoderarse del dinero del erario.

⁵⁸ CSJ SP1288-2021, Rdo. 53718. 14 de abril de 2021; CSJ SP095-2020, Rdo. 51795, 29 de enero de 2020; CSJ SP14576-2016, Rdo. 46904 12 de octubre de 2016, entre muchas otras.

En ese orden, como se muestra necesaria la imposición de una pena que satisfaga los principios de retribución justa, prevención general y especial, así como la protección al condenado, tratados en el artículo 4° del Código Penal, resaltando la ontología del delito de peculado por apropiación, la intensidad del dolo, la necesidad de la pena y la función específica que ella ha de cumplir, amén de la ausencia de antecedentes y que se constituyó como única causal de agravación genérica *la coparticipación criminal*, conduce a que se considere suficiente imponer el mínimo de tales cuartos punitivos equivalente a 99 meses 1 día de prisión, dada la afectación cierta del bien jurídico protegido correspondiente al patrimonio del ente territorial, en consideración a la función que se le otorgó de administrar y custodiar los bienes que le confiaron representados en el presupuesto de la gobernación del Chocó, con lo cual se dejó atender necesidades de la comunidad y dio lugar a que Mosquera Lozano se apropiara del dinero del departamento, pues en momento alguno se allegó constancia del Registrador o alguno de sus delegados que dé cuenta de haber recibido el apoyo solicitado y menos aún en las exageradas cantidades y fechas posteriores al debate electoral en cuestión - 28 de octubre de 2007- con las que IBARGUEN MOSQUERA legalizó el avance.

También se impondrá a JULIO IBARGUEN MOSQUERA multa en el equivalente al dinero apropiado, a saber, \$35'000.000 suma que para el año 2007 correspondía a 80.7 salarios mínimos legales mensuales.

En cuanto a la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, el término será igual al de la pena privativa de la libertad, por tanto, se fija en 99 meses 1 día.

De conformidad con lo establecido en el artículo 122 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el Acto Legislativo 1 de 2004, vigente para la época de los hechos, JULIO IBARGUEN MOSQUERA, al ser condenado por delito que afecta el patrimonio del Estado, 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.

4.10 Mecanismos sustitutivos de la pcna de prisión

Suspensión condicional de la ejecución de la pena

No hay lugar a este subrogado penal, por cuanto no se satisface el requisito objetivo contemplado en el artículo 63 del Código Penal, que exige para su otorgamiento la imposición de una pena no superior a 3 años.

Si bien la modificación introducida al citado artículo 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 y, además, los dos delitos por los que se procede se encuentran enlistados en el artículo 68A del Código Penal, que proscribela suspensión condicional de la pena para determinados

punibles.

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

Prisión domiciliaria

El artículo 38 del Código Penal antes de ser modificado por la Ley 1709 de 2014, vigente para la época de los hechos, prevé como primer requisito que se condene por un delito cuya pena mínima prevista sea de cinco (5) años o menos, exigencia que no se cumple pues en este caso es de seis (6) años.

Ahora bien, de aplicar por favorabilidad la modificación acuñada por el artículo 22 de la Ley 1709 de 20 de enero de 2014, que adicionó el canon 38B exigiendo que la pena mínima prevista en el tipo penal sea máximo de ocho (8) años de prisión, para este caso no es posible la concesión de la prisión domiciliaria en virtud a 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 pública.

4.11 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.

Armónicamente, el artículo 94 del Código Penal dispone que la conducta punible genera la obligación de reparar a la víctima por los daños materiales y morales causados con ocasión de ella, así como el deber de restituir las cosas al estado en que se encontraban en el momento anterior a la comisión del delito, cuando ello fuere posible.

Al respecto la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte⁵⁹ ha precisado que al fallador penal además de determinar la responsabilidad de quienes han cometido delitos, debe definir la responsabilidad civil en caso de proferirse sentencia condenatoria, sin que pueda soslayar tal pronunciamiento siempre y cuando exista prueba de los perjuicios ocasionados.

Consecuentemente, como en la actuación se demostró la existencia de perjuicios económicos derivados del punible de *peculado por apropiación* a favor de terceros, dado que las pruebas documentales y testimoniales que ya fueron objeto de estudio, dan cuenta de la efectiva apropiación de \$35'000.000 que le fueron entregados como avance a Roger Pastor Mosquera Lozano mediante Resolución 1867 de 2007, ello genera condenar a JULIO IBARGUEN MOSQUERA por este concepto en la referida cuantía.

⁵⁹ CSJ SP, 26 sep. 2018, rad. 51194.

Con el fin de actualizar el valor, la Sala procede a convertirlo en salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2007, y como el salario equivalía en ese entonces a \$433.700, JULIO IBARGUEN MOSQUERA, será condenado al pago de 80,7 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento que se haga efectivo el pago, en favor del departamento del Chocó, por concepto de daños y perjuicios con ocasión del delito de *peculado por apropiación* a favor de terceros.

Por lo demás, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 56 del ordenamiento adjetivo de 2000, la Sala procede a pronunciarse sobre las costas del proceso, entendidas como las erogaciones económicas que debe asumir la parte vencida, representadas en expensas y agencias en derecho.

Las expensas son los gastos requeridos para adelantar el proceso, tales como el valor de las notificaciones, el pago de honorarios efectuado a peritos y curadores, gastos de copias, pólizas, gastos de publicaciones, viáticos de desplazamientos, entre otros.

A su vez, las agencias en derecho corresponden al rubro que el funcionario judicial debe ordenar a favor de la parte triunfante del proceso, con el fin de resarcirle los gastos en que incurrió para pagar los honorarios de un abogado y, en el evento de haber actuado en nombre propio, como contraprestación por el tiempo y esfuerzo dedicados a esta actividad. Su fijación es privativa del juez, quien no goza de amplia libertad en materia de su señalamiento al someterse

a los criterios establecidos en el numeral 4° del artículo 366 de la Ley 1564 de 2012, los cuales le imponen el deber de guiarse por las tarifas establecidas por Consejo Superior de la Judicatura en los acuerdos 1887 y 2222 de 2003.

En el presente caso la Sala exonerará al procesado del pago de expensas comoquiera que no obra prueba que acredite los gastos en los que incurrió la parte civil durante el trámite del proceso.

De la misma manera procederá la Sala con relación a las agencias en derecho, pues durante el diligenciamiento, los intereses de la Gobernación del Chocó estuvieron representados por la abogada Leydis Ampudia Sánchez, de quien ninguna claridad respecto de la vinculación se aportó, es decir, no se tiene conocimiento si la profesional del derecho es funcionaria adscrita a la entidad o abogada externa, ni reposa constancia de pago alguno que se le hubiere efectuado con ocasión de la presente actuación judicial.

5. Otras dcterminaciones

5.1. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que aún en los procesos tramitados con la Ley 600 de 2000, cuando se trate de aforados, 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 a

esos funcionarios para su reparto.

5.2. 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. Así, pese a que en la presente decisión se niega –por las razones ya expuestas– la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la orden para hacer efectiva la prisión aquí dispuesta 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.- Absolver a JULIO IBARGUEN MOSQUERA, como autor del punible de *peculado por apropiación* respecto de las resoluciones 2273 de 11 de diciembre de 2007, 2276 y 2277 de 12 de diciembre de 2007.

Segundo.- Declarar penalmente responsable a JULIO IBARGUEN MOSQUERA, de condiciones civiles y personales consignadas en esta sentencia, como autor del delito de *peculado por apropiación en favor de terceros*, en relación con el dinero girado con base en la Resolución 1867 de 22 de octubre de 2007.

Tercero.- Condenar a JULIO IBARGUEN MOSQUERA a la pena de noventa y nueve (99) meses un (1) día de prisión, multa en el equivalente a de 80,7 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.

Cuarto.- Condenar a JULIO IBARGUEN MOSQUERA a la inhabilitación intemporal de que trata el artículo 122 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el Acto Legislativo 1 de 2007, vigente para la época de los hechos, conforme a lo indicado en la parte motiva.

Quinto.- Condenar a JULIO IBARGUEN MOSQUERA, al pago de daños y perjuicios en el equivalente a ochenta punto siete (80,7) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento que se haga efectivo el pago, en favor del departamento del Chocó, conforme a lo indicado en la parte motiva.

Sexto.- Negar a JULIO IBARGUEN MOSQUERA 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.

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

Octavo.- 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.

Noveno.- Contra esta decisión procede el recurso de apelación para ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA
Magistrada


JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado


ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado


RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario