

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado Ponente

SEP 031 - 2022

Radicación N° 52953

Aprobado Mediante Acta Extraordinaria No. 31

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

VISTOS

Se procede a dictar sentencia dentro del proceso adelantado en contra del ex Gobernador de Chocó, JULIO IBARGUEN MOSQUERA, acusado por el concurso de delitos de peculado por apropiación a favor de terceros.

IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

JULIO IBARGUEN MOSQUERA, se identifica con la cédula de ciudadanía 11.785.340, natural de Itsmina (Chocó), donde nació el 12 de julio de 1945, con 76 años de edad, hijo de Nicolás y Rosaura, casado con Olga Luisa Murillo, con quien tiene tres hijos, de profesión maestro, egresado de la Escuela

Normal para Varones de Quibdó. Se desempeñó como gobernador del Departamento de Chocó para el período comprendido entre el 1° de enero de 2004 y el 31 de diciembre de 2007.

HECHOS

Fueron reseñados en la resolución de acusación de la manera siguiente:

«El presente asunto inició por compulsas de copias ordenada por la Fiscalía Octava Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, adscrita a la entonces Unidad Nacional Especializada en Delitos contra la Administración pública, con el propósito de investigar al ex gobernador del Chocó Julio Ibarguen Mosquera por hechos aludidos en la resolución No. 596 del 13 de febrero de 2006¹, expedida por el Ministerio de Educación Nacional.

El 19 de octubre de 2007, se unificó esa actuación con el radicado 10.543-7², iniciado con fundamento en la denuncia presentada por el señor César Queragama Arce³, representante de la asociación de cabildos indígenas OREWA.

*Las **supuestas irregularidades** en la prestación del servicio educativo se sintetizan a continuación:*

*Con base en el citado acto administrativo “se aplica el sistema de control de la educación en el departamento de Chocó en virtud del artículo 29 de la Ley 715 de 2001”, por **la presunta vinculación e incorporación de personal docente y administrativo excediendo la planta viabilizada por el Ministerio de Educación Nacional**, e incumpliendo los criterios legales para la administración equitativa de educadores en los diferentes municipios que conforman la circunscripción territorial, así como la existencia de varias quejas de la comunidad por falta de educadores en zonas rurales y de población indígena.*

*Tanto el Ministerio de Educación Nacional como el señor Queragama Arce **advirtieron presuntas inconsistencias en el manejo de los recursos** transferidos al departamento del Chocó para educación y la inexactitud de la información relacionada con las matrículas oficiales reportadas durante las vigencias 2004 y 2005⁴:*

¹ Folios 2,3 cuaderno original 1 Fiscalía.

² Folios 238 y ss. cuaderno original No. 2 Fiscalía.

³ Folios 239 cuaderno original 2 Fiscalía.

⁴ Folios 127 ss. cuaderno original 2 Fiscalía.

(i). En el año 2004, el departamento **al parecer reportó** 129.366 matrículas de la población escolar del Chocó, entre ellos, 16.651 correspondientes a estudiantes indígenas; sin embargo, sólo fueron atendidos 2.684.

(ii). En el año 2005, el Departamento reportó al Ministerio de Educación Nacional 12.767 estudiantes indígenas atendidos, cuando en realidad brindó el servicio, únicamente a 3.234 niños y niñas de esas comunidades.

Adicionalmente, para las vigencias fiscales de los años 2004 y 2005, **la entidad territorial presuntamente no contabilizó recursos girados** y apropiados por el Ministerio de hacienda. Del mismo modo, **aparentemente, omitió** incorporar rendimientos financieros producto de las cuentas bancarias del departamento, depositarias de las transferencias del Sistema General de Participaciones.

Por último, se menciona la **ausencia de pago de la prima de navidad** al personal docente y administrativo durante la vigencia 2005, pese a que los recursos fueron girados a la Gobernación del Chocó” (se destaca).

ANTECEDENTES

1.- Actuación procesal.

1.1.- Indagación preliminar.

1.1.1.- Con fundamento en la referida comunicación, el Fiscal General de la Nación mediante resolución de 19 de octubre de 2006 abrió investigación previa⁵, y dispuso la práctica de pruebas, en cuyo desarrollo se escuchó en diligencia de versión al Profesor IBARGUEN⁶.

1.2.- Instrucción.

⁵ Folios 140 c. original 1 Fiscalía

⁶ Folios 259 ss. cuaderno original 1 Fiscalía.

1.2.1.- El 7 de febrero de 2012⁷, el Fiscal General de la Nación delegó el conocimiento de la actuación a la Fiscalía Décima Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, autoridad que mediante resolución de 28 de junio de 2012⁸ dispuso la apertura de investigación y lo vinculó formalmente mediante indagatoria⁹.

1.2.2.- Situación jurídica.

Mediante resolución de 31 de diciembre de 2014, la Fiscalía Octava Delegada ante la Corte, previa delegación del Fiscal General de la Nación¹⁰, definió la situación jurídica del sindicado JULIO IBARGUEN MOSQUERA absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento¹¹, tras considerar que no se cumplían los fines normativamente establecidos para este tipo de medidas.

1.3.- Resolución de acusación

1.3.1.- Después de haber practicado las pruebas y previa clausura del ciclo instructivo¹², mediante decisión de 31 de agosto de 2017¹³, la Fiscalía Octava Delegada ante la Corte Suprema de Justicia calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra del procesado JULIO IBARGUEN MOSQUERA, por el presunto concurso homogéneo y sucesivo de delitos de peculado por apropiación en favor de terceros, definido por el original artículo 397 de la Ley 599 de

⁷ Folios 245 cuaderno original 2 Fiscalía.

⁸ Folios 249 cuaderno original 2 Fiscalía.

⁹ Fls. 39 -61 cuaderno original 3 Fiscalía.

¹⁰ Fls. 88 cuaderno original 3 Fiscalía.

¹¹ Fls. 272 - 323. cuaderno original Nro. Fiscalía.

¹² Fls. 270 cuaderno original No. 4 Fiscalía.

¹³ Fls. 29 ss. cno. Original No .5 Fiscalía.

2000, sin las modificaciones introducidas por la Ley 890 de 2004, al tiempo que precluyó la investigación por el concurso de delitos de prevaricato por acción, tras declarar su prescripción, mediante determinación que el **23 de octubre de 2017 cobró ejecutoria**¹⁴ en esa instancia al no haber sido recurrida.

En lo que tiene que ver con el aspecto objetivo de las conductas de peculado atribuidas al procesado, a partir de lo consignado en la Resolución expedida por el Ministerio de Educación Nacional, la Fiscalía mencionó lo siguiente¹⁵:

*“El punto de partida para realizar dicho juicio de tipicidad se da del propio contenido de la Resolución No. 596 del 13 de febrero de 2006¹⁶ expedida por el Ministerio de Educación Nacional en la que aparece claro que el citado ministerio el año 2003 definió junto con el departamento de Chocó la planta de cargos docentes, directivos docentes y administrativos para ser financiada con los recursos del Sistema general de Participaciones, planta que fue ajustada el 22 de abril de 2004 mediante concepto técnico No. 2004EE13384 expedido por la Dirección de descentralización del citado Ministerio¹⁷, viabilizando en definitiva 5.406 cargos docentes, 370 cargos directivos docentes y 427 cargos administrativos, para un total de 6.203. **Esta planta fue adoptada por el departamento mediante Decretos 103 de febrero de 2004 y 308 de mayo de 2004, 0431 del mismo año y 0694 y 695 de diciembre 30 de 2005; lo cual implica que había una obligación claramente establecida por la Ley 715 de 2001 y los decretos 3020 y 1850, lo cual era el fundamento para la asignación de recursos destinados a la educación y distribución equitativa de docentes.***

Esa obligación, que fue además acordada con el Ministerio de Educación Nacional, al ser verificada por dicho Ministerio en visita realizada al Chocó en abril de 2005, estaba siendo incumplida, pues se evidenciaron nombramientos que excedían la planta viabilizada en 7 directores y 25 administrativos. Por lo cual el Ministerio de Educación en diciembre de 2005 lo solicitó a la Secretaría de Educación informar las acciones adelantadas en atención a las recomendaciones realizadas, sin recibir respuesta¹⁸.

¹⁴ Fls. 149 cuaderno original 5 Fiscalía.

¹⁵ Fls. 79 ss. cno. Original No .5 Fiscalía.

¹⁶ Fls. 3 cuaderno original 1 Fiscalía.

¹⁷ Fls. 3 - 6 cuaderno anexo 1 Fiscalía.

¹⁸ Folios 4 cuaderno original 1 y 58 cuaderno anexo 1.

Estas irregularidades evidenciadas en visitas de funcionarios y contratistas del Ministerio de Educación¹⁹, en las declaraciones que fueron atrás reseñadas, también fue informada en las comunicaciones remitidas al Ministerio de Educación por las autoridades municipales²⁰ y comunidad educativa del departamento reportando de la falta de docentes para prestar el servicio especialmente en zonas rurales alejadas de la capital u zonas de población indígena²¹, lo que hace aún más gravosas dichas anomalías.

Además el citado documento consignó otras presuntas irregularidades, como la información relacionada con los recursos del Sistema General de Participaciones –SGP- para los años 2004 y 2005 fue presentada con deficiencias, que fueron informadas a la Secretaría de Educación del Departamento, sin que se haya obtenido respuesta satisfactoria, tales como aclaraciones sobre los recursos no incorporados al presupuesto por valor de \$3.114.000.000, como también sobre el manejo de la provisión de ascensos en el escalafón, el valor de los rendimientos de tesorería de los años 2003 y 2004, el que no se incluyera lo correspondiente a los rendimientos financieros desde 2003 y su obligada incorporación al presupuesto con destino al mejoramiento de la calidad de la educación, como tampoco de la provisión de ascensos en el escalafón por valor de \$1.156.000.000 del año 2005 y que se dejaron de incorporar \$13.050.000.000 al presupuesto del año 2005²².

En lo que tiene que ver con los destinatarios de los recursos del SGP, la información de matrícula oficial reportada al Ministerio de Educación Nacional correspondiente al año 2005, el departamento registró 6.492 estudiantes menos con relación a los reportados en el año 2004, sin que los recursos correspondientes a esta diferencia hayan sido reintegrados al Ministerio de Educación²³.

Se plasmó también en el documento en mención que el departamento de Chocó incumplió sus obligaciones laborales al no pagar la prima de navidad del 2005 al personal docente a pesar de que el Ministerio de Educación Nacional le había girado oportunamente los recursos del Sistema General de Participaciones, situación que afectó la prestación normal del servicio educativo a los estudiantes a comienzos del año lectivo 2006²⁴.

¹⁹ Informe de Comisión del 15 y 16 abril de 2004 (folio 11 cuaderno anexo 1), Informe de Comisión de agosto 25, 26 y 27 de 2004 (folio 15 cuaderno anexo 1), Memoria de reunión con la Secretaría de Educación Departamental de abril 15 de 2004 (folio 29 cuaderno anexo 1), oficio No. 2005EE3299 de enero 25 de 2005 dirigido por la Directora de Poblaciones y Proyectos Intersectoriales a la Secretaría de Educación Departamental (folio 75 cuaderno anexo 1 Fiscalía).

²⁰ Folios 77 cuaderno anexo 1, comunicación del Municipio Litoral del San Juan de fecha 14 de enero de 2005.

²¹ Folios 108 cuaderno anexo 1 Fiscalía, comunicación de la organización regional Embera Wounaan de fecha 14 de enero de 2005.

²² Folio 4 cuaderno original 1, contenido en la misma Resolución No. 596 de febrero 13 de 2006.

²³ Folio 4 cuaderno original 1, contenido en la misma Resolución No. 596 de febrero 13 de 2006.

²⁴ Folio 4 cuaderno original 1, contenido en la misma Resolución No. 596 de febrero 13 de 2006.

Para el Despacho quedó plenamente establecido con la prueba documental y testimonial allegada a esta investigación, **que para los años 2004, 2005 y 2006 aquí analizados existió una inequitativa distribución de las plantas de docentes de los municipios del departamento de Chocó**, aspecto este reconocido por el propio ex Gobernador **Ibarguen Mosquera** desde su primera versión libre en este proceso²⁵, en abierto desacato al mandato de la Ley 715 de 2001 y los decretos 3020 y 1850 de 2002, lo que agravó la contratación de personal directivo y administrativo o incorporado en exceso por el citado exmandatario **que derivó en una mala utilización de los dineros girados por el Ministerio de Educación Nacional y el Ministerio de Hacienda, del Sistema General de Participaciones, con destinación específica para atender las necesidades educativas, y no para burocracia en el sector educativo.**

Aclara desde ya la Fiscalía que para precisar cifras respecto del presunto peculado, se basará en cifras oficiales registradas en el expediente como oficiales, y por ello las cifras registradas en la denuncia de César Queragama Arce sobre las diferencias en la atención educativa de indígenas atrás relacionadas, son tenidas en cuenta en la medida en que parte de ellas estén incluidas en los reportes del Ministerio de Educación Nacional, que realizó trabajo de campo por intermedio de sus contratistas y las reportadas por el departamento de Chocó, pues la Ley 715 de 2001 que asignó la responsabilidad que tenía el Ministerio de Educación a los entes territoriales y la distribución de los recursos, tal y como lo argumentó el procesado en sus versiones, no especificó cuantías o porcentajes por etnias o grupos de la población en especial. Esta situación así expuesta es respaldada por el testimonio de Eliana Ianini Botero, en su calidad de Directora de Poblaciones y Proyectos Intersectoriales del Ministerio de Educación Nacional²⁶.

De acuerdo con el concepto radicado con el No. 2004EE13384 de marzo de 2004²⁷, relacionado y analizado en el informe No. 353609 del 24 de julio de 2007²⁸, la Planta Viabilizada por el Ministerio de Educación Nacional para el departamento de Chocó fue:

Personal docente: 5.406
Docentes directivos: 370
Para un total de: 6.203

Sobre dicha planta se giraban los recursos, de tal forma que el **Departamento del Chocó no podía comprometer recursos adicionales por cuanto ello indicaba que no contaban con disponibilidad presupuestal**, y se generaba desbalance en la planta de docentes, siendo las más afectadas las comunidades rurales e indígenas de los sectores más apartados, pues esos informes del citado Ministerio precisamente hacían énfasis en que muchos de estos sectores carecían de docentes, mientras en las principales ciudades sobraban.

²⁵ Folio 260 y ss. cuaderno original 1 Fiscalía.

²⁶ Folio 166 -168 cuaderno original 2 Fiscalía.

²⁷ Folio 3 cuaderno anexo 1 Fiscalía.

²⁸ Folio 209 cuaderno original 1 Fiscalía.

En abierto desacato al acuerdo y obligación legal de respetar esa planta viabilizada por el Ministerio de Educación Nacional el Departamento del Chocó, cuyo titular era el aquí procesado Julio Ibarguen Mosquera, reportó para ese año 2004 la siguiente planta de personal docente:

Lo cual llevó a que el Ministerio de Educación nacional reportara mayores valores pagados de enero a mayo de 2005²⁹ así:

- Por docentes: \$2.696.105.644.*
- Por administrativos docentes: \$453.584.052.*
- Total mayor valor pagado: \$3.149.689.695.*

Para el año 2006³⁰, los datos aportados por el mismo Ministerio de Educación Nacional para los meses de enero a mayo de 2006, arrojaron mayores valores pagados así:

- Docentes: \$995.911.482.*
- Administrativos docentes: \$492.388.395.*
- Total mayor valor pagado: \$1.488.299.877.*

*Se realizó el análisis del total de sobrecostos en el Informe de Policía Judicial No. 353609, por los años 2004, 2005 y 2006, con base en la misma información de planta de docentes y directivos docentes aportada por la Secretaría de Educación del Departamento del Chocó, **en el que se calcularon sobrecostos por valor de \$26.940.256.284 para el 2004 y \$8.098.718.436 para el 2005**³¹ **pagados por encima de la planta viabilizada por el Ministerio de Educación Nacional, que viene a constituir apropiación de recursos en favor de terceros, es decir de los docentes y administrativos docentes, que se acumulaban en la capital del departamento y principales cabeceras municipales, en desmedro del derecho de la educación de las comunidades alejadas de tales poblaciones.***

Justamente esa situación se evidencia en el acta de informe de visita de seguimiento al departamento del Chocó por el Ministerio de Educación Nacional a mediados de abril de 2005, en la que se resaltaron una serie de anomalías que se debían corregir según visita a finales de agosto de 2004, entre ellas: i) no se realizó ajuste al Decreto No 431 de 2004 de incorporación de docente por cargo, (ii) el no pago de sobresueldos a quienes sí tenían ese derecho, (iii) algunos actos administrativos son improcedentes y no presentan unidad de materia, (iv) cuando le realizaban asignación de funciones a un docente como directivo docente se le reconocía sobresueldo, a pesar que la norma no lo permite, (v) es improcedente que se le hubiera asignado funciones de coordinación a un rector con pago de un sobresueldo del 20%, (vi) existe un nombramiento de un docente provisional como Capellán, cuando dicho cargo no existe, y (vi) se

²⁹ Folio 210 cuaderno original 1 Fiscalía.

³⁰ Folios 210 y 211 cuaderno original 1 Fiscalía.

³¹ Folio 211 cuaderno original 1 Fiscalía.

encontraron comisiones remuneradas a tres docentes para desempeñarse como gestores sociales, lo cual era improcedente³².

Igualmente en documento elaborado por el Ministerio de Educación Nacional en el mes de febrero de 2007, sobre los resultados del proceso de seguimiento se indicó que aún al 1º de marzo de 2006 la Gobernación del Chocó estaba pagando a 333 personas por encima de la planta viabilizada, contraviniendo el parágrafo 5º del artículo 23 de la Ley 715 de 2001, y que la distribución de la planta no se ajustó a los parámetros establecidos en los Decretos 3010 y 1850 de 2002³³

*Según lo establecido en las citadas normas y lo señalado por diversos funcionarios de la Cartera de Educación Nacional, los recursos se giran con fundamento en el reporte de estudiantes matriculados al año escolar anterior, de tal manera que si el número de estudiantes efectivamente matriculados durante un período fiscal resulta inferior en relación con el reportado en la vigencia anterior, el monto de los recursos asignados sobrepasaría el gasto real; **en otras palabras el departamento recibiría una cifra mayor de la requerida para la prestación del servicio.***

En el informe de visita de fecha 14 al 16 de febrero de 2007³⁴ del Ministerio de Educación Nacional en el departamento del Chocó, se relacionan unos listados de actividades realizadas, logros alcanzados, recomendaciones y se presentó relación de embargos del SGP correspondientes al período comprendido entre 2004 y marzo de 2006 por valor total de \$16.806.000.000³⁵; lo que hacía más caótica la situación de prestación del servicio educativo de las comunidades del departamento que tanto lo necesitaban, desconociendo de paso un derecho fundamental como lo es el de la educación.

Es de capital importancia precisar que acorde con la información suministrada en la diligencia de inspección judicial realizada el 23 de febrero de 2017 por la funcionaria de policía judicial Lina Johanna Mojica³⁶, en el grupo de información de la Oficina Asesora de Planeación y Finanzas del Ministerio de Educación Nacional, en la que precisó el Coordinador del Grupo Nacional doctor Javier Rubio, que en el año 2005 se desarrolló el sistema de matrícula SIMAT (Sistema de Información de Matrícula), donde se empieza a recoger la información estudiante por estudiante. Con relación a la inexactitud de los reportes, el Ministerio realiza auditorías al Registro de Matrícula desde el año 2003, pero lo hace de manera focalizada y en estas vigencias de consulta, es decir, los años 2004, 2005 y 2006, no se hizo auditoría a la Secretaría de Educación del Chocó, por lo tanto no se reportó en estas vigencias algún descuento en los recursos del Sistema General de Participaciones para Educación, por inexactitud en el registro de matrícula, lo que nos indica con claridad que

³² Corresponden a las observaciones del acta de visita del 13 al 15 de abril de 2005, visible a folio 124 del cuaderno anexo 1 Fiscalía.

³³ Folio 181 cuaderno anexo 1 Fiscalía.

³⁴ Folio 275 cuaderno anexo 29 Fiscalía.

³⁵ Folio 292 cuaderno anexo 29 Fiscalía.

³⁶ Folios 130 y 131 cuaderno anexo 35 Fiscalía.

esos mayores valores girados del S.G.P. nunca se compensaron o reintegraron por el Ex gobernador aquí procesado.

Situaciones como las resaltadas en dichas vistas, testimonios y documentos son indicativas, sin lugar a dudas, **del cómo se gastaban los dineros que recibían para el sector educativo del Sistema General de Participaciones en asuntos que no eran tan prioritarios como sí lo eran el de proveer cargos de docentes para aquellas zonas que no los tenían**, y que por ello no hubo ajustes o descuentos por parte del Ministerio de Educación Nacional en los Giros al Departamento del Chocó.

Precisamente la conclusión final del informe No. 361047 del 12 de septiembre de 2007, rendido por el investigador Germán Lenis Domínguez antes citado es que **“...el manejo del presupuesto en el Departamento del Chocó ha sido completamente inconveniente, toda vez que se evidencia que los ingresos no corresponden a los gastos y muchos de los registros no se ajustan a las normas de presupuesto...”**³⁷

En conclusión para este Despacho de los montos o cifras imputados al ex Gobernador del Chocó, Julio IBARGUEN Mosquera acogiendo parcialmente los alegatos precalificatorios del representante del Ministerio Público, con fundamento en los informes No. 353609 rendido para esta radicación por el Investigador Criminalístico VII Víctor Malaver Peña³⁸ y No. 361047 del 12 de septiembre de 2007, rendido para el proceso de radicado 10543 por los investigadores Germán Lenis Domínguez y Faisal Reales Martínez, sobre la información de planta de docentes y directivos docentes aportada por el Ministerio de Educación Nacional y la Secretaría de Educación del departamento del Chocó, efectivamente pagados para los años 2004, 2005 y 2006, se calcularon sobrecostos, por encima de la planta de docentes viabilizada por el Ministerio de Educación Nacional así:

Según el primero de los informes citados, concluyó:

“6.14.- Teniendo en cuenta la planta de personal docente y administrativo entre enero de 2004 y diciembre 31 de 2006, el salario mensual asignado a cada persona se obtiene un sobrecosto de TREINTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS VEINTISIETE MILLONES QUINIENTOS VEINTINUEVE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS (\$34.927.529.496), es decir, que el departamento pagó dicha suma por encima a la establecida por el Ministerio de Educación Nacional como se explicó en el numeral del informe”.³⁹

Año 2004

Planta: 7.831

Sobrecosto: -26.940.256.284.

Año 2005:

³⁷ Folio 227 cuaderno original 2 Fiscalía.

³⁸ Folio 232 cuaderno original 1 Fiscalía.

³⁹ Folio 232 cuaderno original 1 Fiscalía.

Planta: 6.691.
Sobrecosto: -8.098.718.436

Año 2006:

Planta: 6.200
Sobrecosto: 111.445.224⁴⁰

Las cifras consignadas en el citado informe realmente muestran un sobrecosto para los años 2004 y 2005 de \$35.038.974.720 que resulta de sumar los sobrecostos negativos de los años 2004 y 2005, sobre la base de una planta de docentes, docentes directivos y administrativos viabilizada de 6.203 cargos, tal como se consignó en la hoja 26 del mismo informe⁴¹.

En el caso del año 2006, no se presenta sobrecosto por cuanto la planta de docentes fue de 6.200, es decir estaba ya por debajo de la planta viabilizada y por ello el informe aparece con una cifra positiva, mientras los años 2004 y 2005 dichas cifras fueron negativas, según el informe No. 353609 citado.

Ello concuerda con el segundo de los informes, el No. 361047, que concluyó:

“2.- Teniendo en cuenta los salarios de cada persona y este exceso de personal se determinó a Diciembre 31 de 2005 un sobrecosto por TREINTA Y CINCO MIL TREINTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS VEINTE PESOS (\$35.038.974.720), es decir, que el departamento del Chocó pagó dicha suma por encima de la establecida por el Ministerio de Educación”⁴²

Lo plasmado en dichos informes viene a constituir las cifras por las cuales se le acusa al ex Gobernador Ibarguen Mosquera, es decir por presuntos sobrecostos de i) \$26.940.256.284 para el año 2004 h ii) \$8.098.718.436 para el año 2005, que se constituyen en presunta apropiación de recursos del Estado en favor de terceros, es decir, de los docentes, directivos docentes y administrativos, que se acumulaban en la capital del departamento y principales cabeceras municipales en desmedro del derecho de la educación de las comunidades alejadas de tales poblaciones que no contaban con el servicio de educación”.

2.- Actuación ante la Corte.

2.1.- Audiencia preparatoria.

⁴⁰ Folio 211 y 212 cuaderno original 1 Fiscalía.

⁴¹ Folio 212 cuaderno original 1 Fiscalía.

⁴² Folio 226 cuaderno original 2 Fiscalía.

Asumido el conocimiento del asunto por la Sala de Casación Penal de la Corte, se corrió el traslado que para pedir pruebas e invocar nulidades prevé el artículo 400 de la Ley 600 de 2000, el cual, una vez fenecido, el Despacho del Magistrado Ponente⁴³, en acatamiento de lo previsto por el Acto Legislativo 01 de 2018 y el Acuerdo PCSJA18-11037 del 5 de julio anterior, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura con el cual se da paso al funcionamiento de las nuevas Salas Especiales de Instrucción y Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, dispuso remitir el expediente a esta Sala para que asumiera su conocimiento y continuara el trámite del asunto, en cumplimiento de lo cual, fue asignado por reparto al Magistrado que aquí funge como ponente⁴⁴, en tanto que por auto de 2 de noviembre de 2018, el Honorable Magistrado Jorge Emilio Caldas Vera declaró su impedimento por haber fungido como Agente del Ministerio Público en el aludido proceso⁴⁵, el cual se halló fundado por la Sala disponiendo separarlo del conocimiento, encontrando innecesario designar Conjuez que lo reemplazara por mantenerse el quórum decisorio⁴⁶.

El 4 de julio de 2019, se llevó a cabo la audiencia preparatoria⁴⁷ en la que se dio a conocer la decisión adoptada por la Sala de 13 de junio anterior⁴⁸, por cuyo medio se pronunció sobre las pretensiones probatorias de la Fiscalía y la

⁴³ Fls. 19 ss. cno. Original No. 1 Corte.

⁴⁴ Fls. 23 cno. Original No. 1 Corte.

⁴⁵ Fls. 40 ss. cno. Original No. 1 Corte.

⁴⁶ Fls. 46 ss. cno. Original No. 1 Corte AEP 00046-2018; y Fl. 41 y ss. cuad. 2 Corte. Con posterioridad a ello, a raíz de la renuncia del H. Magistrado Ramiro Alonso Marín Vásquez, situación que afectaba el quórum decisorio de esta Sala, por auto de 22 de enero de 2020 se dispuso la designación del correspondiente Conjuez recayendo en el doctor Jason Alexander Andrade Castro, quien asumió el cargo en reemplazo del Magistrado en mención. Aclara la Sala que a raíz del nombramiento y posesión de la H. Magistrada Blanca Nélide Barreto Ardila, automáticamente se produjo el desplazamiento del citado Conjuez.

⁴⁷ Fls. 90 ss. cno. Original No. 1 Corte.

⁴⁸ Fls. 74 ss. cno. Original No. 1 Corte.

defensa. De igual modo, de oficio dispuso allegar los antecedentes actualizados del acusado.

2.2.- Audiencia de juzgamiento.

2.2.1.- Pruebas practicadas

En cumplimiento de lo ordenado por la Sala en la audiencia preparatoria, a la actuación fue incorporado lo siguiente:

2.2.1.1.- La Dirección de Investigación Criminal e Interpol de la Policía Nacional, informó que respecto de JULIO IBARGUEN MOSQUERA la Sala de Casación Penal de la Corte comunica sentencia condenatoria proferida el 23 de septiembre de 2015, por el delito de concierto para promover grupos armados al margen de la ley⁴⁹.

2.2.1.2.- La perito designada al efecto, mediante informe de Policía Judicial No. 511250⁵⁰, posteriormente aclarado con el número 5222428⁵¹ a solicitud de la Fiscalía⁵², indicó que el total de daños y perjuicios ocasionados con la conducta materia de juzgamiento, asciende a \$147.669.126.136,47.

2.2.1.32.- Asimismo, en la sesión de vista pública realizada el 4 de noviembre de 2019⁵³ se llevó a cabo el interrogatorio del acusado quien, después de brindar las explicaciones que consideró pertinentes, frente a la acusación

⁴⁹ Fls. 104 ss. cno. Original No. 1 Corte.

⁵⁰ Fls. 130 ss. cno. Original No. 1 Corte.

⁵¹ Fls. 220 ss. cno. Original No. 1 Corte.

⁵² Fls. 212 ss. cno. Original No. 1 Corte.

⁵³ Fls. 239 ss. cno. Original No. 1 Corte.

por el concurso de delitos de peculado por apropiación en favor de terceros se declara absolutamente inocente.

Manifestó que trabajó como docente en el Departamento de Chocó entre el 18 de febrero de 1967 y el 31 de agosto de 1999. Igualmente, en la época en que tal cargo tenía sólo carácter cívico, se desempeñó como concejal del municipio de Itsmina, Chocó, en el período comprendido entre 1974 y 1976. Asimismo, fue concejal en el municipio de Quibdó entre 1984 y 1986. También entre 1986 y 1990 ejerció como Diputado a la Asamblea Departamental del Chocó durante dos períodos. De igual modo, dijo, estuvo vinculado a la Unidad de Trabajo Legislativo del Representante Edgar Eulises Torres por siete meses. También fungió como representante a la Cámara entre agosto de 2001 y enero de 2002 y se desempeñó como Gobernador del Departamento de Chocó entre el 1° de enero de 2004 y el 31 de diciembre de 2007, aclarando que estuvo suspendido durante un mes por decisión de la Procuraduría General de la Nación en junio de 2007.

En relación con la metodología utilizada por la administración departamental de Chocó para distribuir la planta de docentes en los distintos municipios del Departamento, indicó que cuando tomó posesión del cargo, existía una planta de personal previamente asignada por el Ministerio de Educación Nacional teniendo en cuenta el número de alumnos validados por ese ministerio.

En el caso del Departamento de Chocó, dice, esa validación se dio por medio de la confrontación entre alumnos matriculados con el serial del registro civil de nacimiento y el

documento respectivo presentado al momento de la matrícula. Es decir, *“si decían ahí 127.000 alumnos validados, fue porque se presentaron 127.000 registros civiles con sus respectivos seriales”*. Indica que allí hubo una excepción relacionada con los alumnos de las comunidades indígenas, toda vez que los registros civiles de ellos eran expedidos por las propias organizaciones a que pertenecen.

Ahora bien, indica que la inmensa mayoría de municipios en el Departamento de Chocó, se hallan ubicados en zonas apartadas y de difícil acceso, y por eso mismo se presenta una dispersión en el número de alumnos, de suerte que aunque el Ministerio de Educación señale de manera genérica para el país que cada profesor de zona rural debe atender como mínimo 27 alumnos y en la zona urbana 35, existen algunas zonas que no tienen ese número de alumnos, pero por tratarse de niños en edad escolar, para dar cumplimiento al mandato constitucional debía tomarse la decisión administrativa de nombrar un maestro para dicha población, conforme personalmente lo hizo.

Anota que cuando asumió el cargo de Gobernador de Chocó, encontró un problema relacionado con la distribución de maestros en el Departamento, pues en las ciudades de Quibdó, Itsmina, Tadó y Condoto, así como en algunas poblaciones alrededor del centro del departamento, había un número mayor de maestros al requerido según el número de alumnos validado en esas cabeceras municipales, y se trataba de docentes que contaban con 20, 25 y 30 años de servicio, con derechos adquiridos, los cuales, para que pudieran ser trasladados de esas zonas a otras donde se requiriera de sus servicios, debía pagárseles el equivalente a un salario mínimo

mensual como ayuda de reubicación a una zona distinta de aquella donde venían prestando sus servicios durante muchos años y luego reconocerles el 50% del valor de su salario como gastos de traslado de su grupo familiar. Lo cierto del caso es que en el presupuesto del Departamento de Chocó nunca se contó con dichos recursos para costear tales gastos. Debido a ello la situación encontrada, relacionada con la existencia de un número excesivo de maestros en las cabeceras municipales, frente al de las zonas alejadas, permaneció sin mayores cambios.

Indica que de todas maneras en las zonas de difícil acceso, en donde el número de alumnos era inferior al exigido por el Gobierno Nacional para que tuvieran un maestro, debía mantenerse un docente que garantizara el derecho constitucional a la educación de ese grupo poblacional, según decisión tomada por la administración departamental con la supervisión del Gobierno Nacional. Pero en aquellos lugares donde había sobrepoblación de maestros frente al número de alumnos, se tomó la decisión de no reemplazarlos cuando llegaban a la edad de retiro forzoso. En todo caso, dice, siempre la información reportada era la correcta, en tanto correspondía a un número real de alumnos matriculados con registro civil de nacimiento.

No obstante, dice, al no estar satisfecho el Ministerio de Educación Nacional con la forma como habían sido distribuidos los maestros en el Departamento, sin verificar la real situación de las zonas apartadas o de difícil acceso, expidió la Resolución 596 de 2006 en donde se afirma que el número de maestros nombrado para atender la población en edad

escolar, era mayor al preestablecido por el Ministerio. No obstante, a su modo de ver, dicha decisión no fue el fruto del capricho, sino del afán por garantizar un derecho fundamental a un grupo de estudiantes.

Afirma no haber vinculado a ningún directivo docente con el propósito de aumentar la burocracia en el sector educativo, sino sólo de designar dicho personal en el lugar donde verdaderamente era requerido. En todo caso, dice, a partir de la Resolución 596 de 2006, para dichas decisiones hubo acompañamiento del Ministerio de Educación Nacional supervisando los nombramientos en el Departamento de Chocó, pero además recomendando las medidas que debían adoptarse.

“Como quiera que había un número importante de maestros provisionales, con el acompañamiento del Ministerio de Educación se hizo el concurso de méritos para la designación de maestros y gracias a ese concurso, el número de maestros quedó incluso por debajo de la planta que había determinado el ministerio de Educación”.

Aclara que con ocasión de los varios embargos de recursos del sistema general de participaciones, dispuestos por algunos Juzgados Laborales de Quibdó, se afectaron las finanzas del departamento de Chocó, a tal punto que ello no permitía cumplir ningún cometido en materia de educación, pues los dineros no alcanzaban para cubrir las necesidades en dicho campo.

Sostiene que de manera consciente y voluntaria no incurrió en delito alguno en la administración de los recursos asignados a la educación en el Departamento, y aclara que si en algún momento cometió algún error, el mismo fue corregido

con la ayuda del Ministerio de Educación Nacional cuando tuvo la oportunidad de intervenir.

Frente al cuestionamiento que se le formula, en el sentido que debido a la errada distribución de los docentes en el departamento varias comunidades rurales e indígenas resultaron afectadas, pues mientras muchos de esos sectores carecían de docentes para atender las necesidades educativas, en las principales ciudades sobraban maestros respecto del número de alumnos, indica que con la asesoría del Ministerio de Educación el Gobierno Departamental de Chocó les solicitó a las comunidades la lista de candidatos docentes indígenas y dichas personas fueron nombradas como tales, con lo cual se fue resolviendo el tema de la falta de maestros que ellos dijeron tener.

Tanto es esto, que a finales del año 2007, afirma, con el acompañamiento del Ministerio de Educación Nacional, la gobernación firmó varios contratos con algunas entidades privadas que pudieran atender el compromiso de brindar educación a esas comunidades indígenas, en el entendido que el Gobierno Departamental sólo podía nombrar docentes que cumplieran un mínimo de requisitos, en tanto que las entidades privadas contratadas para el efecto no tenían dicha limitante.

En relación con los sobrecostos que se estimó haberse producido durante los años 2004 y 2005, con ocasión de la planta de personal nombrada por encima de la viabilizada por el Ministerio de Educación Nacional, y que la Fiscalía consideró comporta la apropiación de recursos oficiales a favor de

terceros, esto es de los docentes que se acumularon en la capital del departamento y principales cabeceras municipales en desmedro del derecho a la educación de las comunidades alejadas de tales poblaciones, expresa que para analizar dicha situación no se tuvo en cuenta que el Departamento de Chocó es tierra de misiones, es decir, de un acuerdo entre el Gobierno Nacional y la Santa Sede, con base en el cual a los Vicariatos de Itsmina-Tadó, el Vicariato Apostólico Tierra de Misiones y el Vicariato Apostólico de Quibdó, le asignaron un determinado número de plazas de docentes para que administraran la educación en esos lugares, con la condición de que tales vicariatos efectuaran provisionalmente los nombramientos de los maestros, que después serían validados por el Gobierno Nacional.

Por esto estima que la Fiscalía dejó de considerar que con anterioridad a la Ley 715 de 2001, los recursos de la educación en el Departamento de Chocó no eran manejados por el Gobernador, dado que en vigencia de la Ley 60 de 2003, el Departamento nunca fue certificado para tener autonomía en la administración de dichos recursos. Sólo a partir de la Constitución de 1991 el Departamento contó con autonomía para el efecto.

Aclara que cuando asumió el cargo de Gobernador, le correspondió ese proceso de transición normativa con la vigencia de la Ley 715 de 2001, que empezó a regir en el 2002, es decir, de lo que antes era competencia del Gobierno Nacional en materia de educación, pasara al Departamento de Chocó, que ya tenía una sobrepoblación de docentes en las cabeceras municipales y que no fue el resultado de ninguna decisión

administrativa del Gobernador Ibarguen, por lo que le correspondió ir desplazando maestros de esas cabeceras municipales a otras zonas, pero nunca se le dijo que la planta de personal de las Diócesis de Itsmina-Tadó y de Quibdó, formaban parte de la planta del departamento y ya estaban incluidas en la de docentes viabilizada por el Ministerio.

De esta suerte, afirma, si se suma el número de docentes y de directivos docentes que tenían esas dos diócesis a su cargo, pues la cantidad resulta equivalente a la cifra que aparece superior a lo asignado por el Ministerio de Educación Nacional, pero que con el acompañamiento del Ministerio se fue corrigiendo hasta quedar por debajo de lo autorizado presupuestalmente.

Recuerda que en el caso del Departamento de Chocó, se tenía presupuestada la suma de \$890.000.00 por alumno por año, de tal suerte que la sumatoria de alumnos daba el número de maestros, de directivos docentes y administrativos requeridos para administrar el servicio educativo.

En este sentido, señala que el Ministerio de Educación viabilizó una planta de personal de acuerdo al número de alumnos validados, que a su vez permitían establecer una cifra que este Ministerio suministraba al Ministerio de Hacienda para que girara dichos recursos al departamento de Chocó para distribuirlos en el pago de docentes, de administrativos y de algunos gastos de gestión de las instituciones del Departamento.

Evoca que la administración departamental fue notificada de la Resolución 596 de 2006 expedida por el Ministerio de Educación Nacional, con ocasión de lo cual se expusieron sus puntos de vista, no sólo verbalmente sino también por escrito, pero les correspondía aceptar ese acompañamiento que era parte de las funciones asignadas al Ministerio por la Ley 715 de 2001, aunque no está seguro de haber solicitado que esa Cartera realizara una nueva evaluación.

Insiste en sostener que durante los años 2004 y 2005 no fue posible que la Gobernación de Chocó pudiera redistribuir la planta de personal de docentes y efectuara los traslados indispensables a las zonas apartadas, porque se trataba de maestros que tenían más de 20 años de servicio con unos derechos adquiridos y cuya transferencia implicaba unos costos de recursos con los cuales no contaba el departamento, pues nunca fueron aportados por el Ministerio de Hacienda.

Manifiesta no tener explicación al hecho de que el Ministerio de Educación no hubiere proporcionado el documento con el cual se dieron las explicaciones correspondientes a los temas aludidos por la Resolución 596 de 2006.

Precisa que con ocasión de la Ley 60 de 1993, o Ley de Situado Fiscal, los docentes, los directivos docentes y los administradores docentes de las diócesis de Quibdó y de Itsmina-Tadó, no formaban parte de la planta de personal de educadores a cargo del Departamento, y sólo con ocasión de la Ley 715 de 2001, que empezó a regir en el 2002, debía darse dicha transición para hacer entrega al Departamento, pero esa

transición no se llevó a cabo mientras él estuvo como Gobernador del Departamento, y al no hacerlo, el Departamento no contaba en su planta de personal con ese número de docentes, directivos docentes y administrativos que estaban en las dos diócesis, por lo cual se nombraron los maestros en diversas zonas donde realmente se necesitaban, sin que se hubiere inflado la planta de personal de docentes del departamento, como lo dice el Ministerio.

2.3.- Alegatos de conclusión

Culminado el interrogatorio del acusado, en acatamiento de lo previsto por el artículo 407 de la Ley 600 de 2000, en la sesión del 14 de noviembre de 2019⁵⁴ se dio curso a la intervención de las partes en la audiencia, en términos que a continuación se mencionan.

2.3.1.- Intervención de la Fiscalía.

La Fiscal Octava Delegada ante la Corte, comienza por solicitar se profiera sentencia de condena en contra del Ex Gobernador del Departamento del Chocó JULIO IBARGUEN MOSQUERA, como autor responsable del concurso homogéneo y sucesivo de delitos de peculado por apropiación, conforme a las pruebas y la valoración que de las mismas se hizo en la resolución de acusación, pues los elementos de convicción recaudados en la fase de juicio no desvirtúan la inferencia realizada en torno a la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal del acusado.

⁵⁴ Fls. 239 ss. cno. Original No. 1 Corte.

Precisa que la investigación y acusación en contra de IBARGUEN MOSQUERA, se relaciona con las irregularidades en que incurrió como Gobernador del Departamento del Chocó con respecto a la aplicación de recursos del Sistema General de Participaciones en contravía de las disposiciones de la Ley 715 de 2001, con lo cual, a su modo de ver, llevó a cabo la conducta de peculado por apropiación.

Señala que las irregularidades objeto de denuncia fueron documentadas por el Ministerio de Educación Nacional en la Resolución No. 596 del 15 de febrero de 2008, por la cual se aplica el sistema de control de la educación en el departamento de Chocó, en virtud del artículo 29 de la Ley 715 de 2001 y añade que **“en el trámite de la instrucción se demostró que efectivamente existía un incremento de la planta docente y administrativa del sector educación, con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones, de manera que estaba comprometiendo recursos sin contar con la disponibilidad presupuestal”**.

Para llegar a dicha conclusión en torno a la materialidad de la conducta punible, se apoya en el informe de policía judicial No. 353609 del 24 de julio de 2007, en el que se concluye que la planta viabilizada para el año 2004 fue de 6.023 personas, siendo contratadas 7.831, excediendo en 1.628 servidores educativos. En el año 2005, se viabilizaron 6.203 y se contrataron 6691, con una diferencia de 488 servidores. Y, en el año 2006, se viabilizaron 6203 pero se contrataron 6200 servidores del sector educativo.

Indica que en tal virtud, la acusación en contra del ex Gobernador IBARGUEN MOSQUERA se formuló por la conducta de peculado por apropiación en favor de terceros, en concurso homogéneo y sucesivo, es decir, una conducta de peculado por cada vigencia fiscal, en cuantías que superan los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes así: (i) para el año 2004, el mayor valor por la planta de personal contratada en exceso, asciende a \$26.940.256.284; y (ii) para el año 2005, el mayor valor por la planta de personal contratada en exceso, asciende a \$8.090.718.436.

Aclara que **“en el año 2006 no se comprometieron recursos por encima de la disponibilidad presupuestal porque la planta contratada fue de 6200 personas, es decir, 3 cargos por debajo de la viabilizada”**.

Considera que durante el juicio ninguna prueba se allegó en orden a desvirtuar la inferencia realizada en la resolución de acusación, a partir de la forma como se incrementó la planta docente y administrativa del sector educación en el departamento de Chocó durante los años 2004 y 2005.

Por el contrario, dice, *“es el mismo acusado quien en diligencia de indagatoria, rendida el 18 de diciembre de 2012, se refiere a dicha situación aceptando que el Departamento no tenía autonomía para proceder a dicha contratación por fuera de lo dispuesto por el gobierno nacional”*.

La Fiscalía considera que desde el punto de vista subjetivo, esta manifestación del acusado permite establecer que la contratación de docentes y administrativos por encima

del número viabilizado por el Ministerio de Educación, fue una decisión voluntaria y consciente, de tal suerte que no se trató de un simple error administrativo que pudiera justificar la realización de la conducta, *“sino de una disposición del gobierno departamental en cabeza del entonces Gobernador Julio Ibarguen Mosquera, reiterada a lo largo de los años 2004 y 2005, pues la planta superó en número considerable lo autorizado, lo que impone, como quedó demostrado, la existencia de reiterados actos de vinculación laboral que fueron incorporados a la investigación y que demuestran la forma en que fueron comprometidos los recursos del erario”*.

Indica que es la misma resolución 596 de 2006, la que da cuenta de los requerimientos que el Ministerio de Educación venía haciendo al Departamento para el ajuste de la planta docente conforme a los Decretos 3020 y 1850 de 2002, acto que informa la situación evidenciada desde la visita realizada en el mes de agosto de 2004.

Anota que los documentos soportes de dicho acto administrativo, fueron aportados a la investigación con oficio 2012EE45616 del 8 de agosto de 2012, conforme se relaciona en la resolución de acusación, pruebas que no han sido desvirtuadas en este juicio y acreditan no sólo la materialidad de la conducta sino la responsabilidad del procesado.

A continuación alude al informe de visita del Ministerio de Educación Nacional, realizada entre los días 13 y 15 de abril de 2005, sobre el seguimiento a la organización de plantas de cargos y personal docente, directivo y administrativo, financiado por el Sistema General de Participaciones, y el

documento de febrero de 2007 sobre los “*resultados del proceso de seguimiento adelantado por el Ministerio de Educación*” que informa sobre las circunstancias en que se contravino el artículo 23 de la Ley 715 de 2001 y los Decretos 3020 y 1850 de 2002.

Considera que en la actuación se encuentra debidamente acreditado que JULIO IBARGUEN MOSQUERA, en calidad de Gobernador del Departamento de Chocó, ***“en el marco de sus funciones, comprometió recursos del erario, provenientes del Sistema General de Participaciones, y los apropió en favor de terceros, beneficiarios incorporados a la planta docente y administrativa del sector educación del Departamento, por encima del límite viabilizado por el Ministerio de Educación Nacional”***.

Menciona que ninguna situación logra justificar la conducta llevada a cabo por el procesado JULIO IBARGUEN MOSQUERA, después de lo cual reitera la solicitud de condena como autor responsable de los delitos atribuidos en la resolución de acusación.

2.3.2.-Intervención del Ministerio Público.

La Procuradora Cuarta Delegada para la Investigación y Juzgamiento Penal, comienza por solicitar sentencia condenatoria contra el procesado con relación al delito de peculado por apropiación, con la salvedad que asimismo demandará absolverlo respecto de uno de los componentes fácticos de la acusación.

A propósito de analizar los aspectos determinantes respecto del peculado por apropiación, señala que en ejercicio funcional, siendo electo gobernador del Chocó, JULIO IBARGUEN MOSQUERA incorporó personal docente y administrativo excediendo la planta viabilizada por el Ministerio de Educación Nacional, pese a haberse acordado en el año 2003 la contratación de un número de 5406 docentes, 370 cargos directivos y 427 cargos administrativos, para un total de 6203 funcionarios.

En razón de lo anterior, considera procedente dictar sentencia condenatoria contra el procesado JULIO IBARGUEN MOSQUERA *“en la medida que la totalidad de las pruebas recaudadas en el presente proceso resultan inequívocas en demostrar que con conocimiento pleno de la ilicitud de su conducta, se apropió de bienes del Estado en favor de terceros, pues conocía como debía invertir los dineros del Sistema General de Participaciones con destinación específica al Sector Educativo, tenía conocimiento que parte de esas sumas se estaban invirtiendo en contravía de lo estipulado en la Ley 715 de 2001 y sus decretos reglamentarios, y finalmente, pese a que fue advertido en varias ocasiones por parte del Ministerio de Educación Nacional de las irregularidades que al respecto venía cometiendo su administración, mantuvo su conducta transgresora”*.

Señala que se evidenció que en el 2004 el Departamento de Chocó contaba con 7831 servidores, y para el 2005 con 6661, de modo que aumentó su número, además de haberlos distribuido inequitativamente a lo largo de la circunscripción

territorial, cuando la mayoría se encontraba en las ciudades principales.

En relación con el segundo punto, el Gobernador acusado presuntamente reportó un número de matrículas estudiantiles superiores a las que verdaderamente existieron, puesto que en el año 2004 el Departamento reportó 129.366 matrículas de la población escolar de Chocó, cuando en realidad se brindó el servicio únicamente a 3234 niños y niñas de esas comunidades.

En punto de lo anterior, el Ministerio Público estima consumado el delito de peculado por apropiación, pues a su modo de ver no existe duda que JULIO IBARGUEN MOSQUERA cumple las condiciones jurisprudencial y legalmente exigidas para hacerse acreedor a la sanción prevista para el delito de peculado por apropiación en los términos por los cuales fue acusado.

Con respecto al tema del exceso en la contratación del personal docente, directivo docente y administrativos, precisa que el Ministerio de Educación Nacional en el año 2003 definió junto con el Departamento de Chocó la planta de cargos docentes, directivos docentes y administrativos que sería financiada en esa entidad territorial con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones, la cual fue ajustada en abril 22 de 2004, mediante concepto técnico 2004EE13384, por la Dirección de Descentralización de la aludida cartera, viabilizando en definitiva una cifra de 5.406 docentes, 370 cargos directivos y 427 cargos administrativos, para un total de 6203 funcionarios, siendo por tanto una nómina

estrictamente delimitada respecto de la cual se iban a girar los correspondientes recursos.

En ese sentido indica que el Departamento de Chocó no podía comprometer montos adicionales para ello, pues no sólo carecía de la disponibilidad presupuestal, sino que al hacerlo se generaría un desbalance en la planta de educadores, siendo las más afectadas las comunidades rurales e indígenas de los sectores apartados.

Precisa que además de conocer el número de docentes que estaba facultado para contratar, del material probatorio recaudado, se infiere que el procesado también sabía del presupuesto con que contaba la entidad territorial, para lo cual es necesario advertir que en el informe 35492 rendido en julio 31 de 2007, el investigador Germán Lenis Domínguez reconoció que mediante el documento denominado Instructivo PAC emitido mensualmente por el Ministerio de Educación Nacional en favor del Departamento de Chocó, le informa sobre el monto asignado como participación del SGP-Educación.

Según el Ministerio Público, dicho documento es el soporte contable para que el Gobernador, el Secretario de Hacienda, el Jefe de Presupuesto, el Tesorero y el Contador, emitan los actos administrativos y efectúen los registros contables correspondientes.

Señala que con este informe se obtuvo copia de los demás actos administrativos de nombramiento correspondientes a los años 2004, 2005 y 2006, con ocasión de la inspección realizada a la Oficina de Talento Humano de la Gobernación de Chocó y

del Informe de Policía Judicial 353609 de julio 29 de octubre de 2007, a partir de los cuales se establece que en abierto desacato a dicho acuerdo suscrito con el Ministerio de Educación Nacional y de la obligación legal de respetar la planta y el presupuesto que ya había sido viabilizado por el Departamento, la entidad territorial cuyo titular era el enjuiciado, para el año 2004, contaba con 7831 servidores educativos, un exceso de 1628 y para el año 2005 al igual del año anterior, también se evidenciaron nombramientos excesivos, en número igual a 6691, es decir 488 por encima de lo pactado.

Añade que, conforme a esos informes, situaciones irregulares también están discriminadas en el año 2005. Indica que con la prueba testimonial allegada al plenario, resulta evidente que para estos años no solo se observó una sobrecontratación de personal docente y administrativo que como se indicó configura el peculado por apropiación en favor de terceros, sino que existe una inequitativa distribución de la planta de docente de los municipios del Departamento de Chocó.

Resalta que en tratándose de problemas del manejo de presupuesto, la situación se torna aún más delicada cuando se trata de los recursos del Sistema General de Participaciones con destinación específica en la educación, ya que este es uno de los fines esenciales del Estado, pues si el propósito es proveer cargos para garantizar estos derechos, las mencionadas conductas pueden ser ilegales o ilícitas, en la medida que desbordan los marcos normativos que protegen, tanto la necesidad del servicio de educación a la población de

escasos ingresos, como la disponibilidad de los recursos para la provisión de los cargos y la forma de acceso a los mismos. Es decir, se deben respetar los requisitos de idoneidad del servidor escogido y el principio de transparencia por parte de quien lo escoge.

Anota que aunque el enjuiciado manifestó en su indagatoria que la situación anterior se produjo como consecuencia de una indebida o errónea interpretación con los docentes que hacían parte del servicio educativo brindado mediante las Diócesis de Istmina y Quibdó, en la medida en que su Administración Departamental entendió que estos no se incluían en la planta viabilizada por el Ministerio de Educación Nacional, tal argumento no tiene vocación de prosperidad para justificar su actuación, puesto que por una lado de acuerdo con la documentación que obra en el expediente, desde el primer semestre de 2005 el Gobierno Nacional advirtió esto y requirió a la entidad territorial, pese a lo cual el entonces Gobernador Julio Ibarguen Mosquera, continuó expidiendo con posterioridad más y más actos administrativos, incorporando servidores a la planta docente, aproximadamente 42, tal como se advirtió en el referido informe, mediante el cual se obtuvo copia de esos actos administrativos de nombramientos y demás.

En cuanto a la distribución inequitativa del personal docente en los diversos municipios que comprenden la circunscripción territorial, sin tener en cuenta las verdaderas necesidades de la población, el Gobernador pretendió justificarse con argumentos de índole administrativa, al señalar que el traslado de docentes y directivos docentes desde

los municipios de Quibdó, Istmina y otros cercanos a la capital del Chocó hacia zonas rurales o alejadas, era considerado un desmejoramiento de las condiciones laborales, que incluso cursaron acciones de tutela que prosperaron y ordenaban al departamento la reubicación de los servidores. También mencionó dificultades presupuestales por el sobre costo derivado de la reubicación con ocasión de estímulos e incentivos previstos en los decretos 2277 de 1979, 180 de 1982, así como la ley 715 de 2001.

Ahora bien, en cuanto hace a las presuntas inconsistencias en el número de matrículas reportadas y las personas que verdaderamente se beneficiaron del servicio de educación, el Ministerio Público solicita absolución del Gobernador Julio Ibarguen Mosquera por la comisión de la presente conducta por cuanto la Fiscalía no recolectó en el proceso prueba suficiente que demuestre la incursión del procesado en la misma, ni la ocurrencia de peculado alguno.

Como consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la Ley 600 de 2000, acude a la presunción de inocencia en favor del enjuiciado, pues la supuesta irregularidad, consistente en haber incurrido en incongruencias en cuanto al número de matrículas estudiantiles reportadas al Ministerio de Educación Nacional, y de estudiantes que verdaderamente recibieron el servicio educativo por parte del Departamento, pese haber sido incluida como tema a investigar, no fue debidamente clarificada, toda vez que la denuncia presentada el 29 de agosto de 2006 por Cesar Queragama Arce, Presidente de la Asociación de la Cabildos Indígenas Orewa, se refería a que los recursos se giran

con fundamento en el reporte de estudiantes matriculados el año escolar anterior, de tal manera que si el número real de estudiantes matriculados durante un periodo fiscal resulta inferior en relación con lo reportado en la respectiva vigencia, el monto de los recursos asignados sobrepasaría el gasto real.

En otras palabras, el Departamento recibiría una cifra mayor que la requerida para la prestación del servicio, por lo cual era menester traer a colación todos esos medios probatorios que se recaudaron y la correspondiente valoración que hace el Ministerio Público a la luz de los criterios jurídicos, de la lógica y la sana crítica. En este sentido, valora la inspección judicial realizada el 23 de febrero de 2017 por la funcionaria de Policía Judicial Lina Johana Mojica de la Oficina Asesora de Planeación y Finanzas del Ministerio de Educación Nacional, quien precisó que el coordinador del Grupo Nacional afirmó que en el año 2005 se desarrolló el Sistema de Matrícula SIMA, donde se empieza a recoger la información, estudiante por estudiante.

Dijo además, que con relación a la inexactitud de los reportes, el Ministerio realiza auditorías al grupo de matrículas desde el año 2003, pero lo hace de manera focalizada y en estas vigencias de consulta, es decir, 2004, 2005 y 2006, no se hizo auditoría a la Secretaria de Educación de Chocó, por lo tanto, no se reportó en este período algún descuento en los recursos del Sistema General de Participaciones para educación, por inexactitud en el registro de matrículas.

La Procuradora considera evidente, entonces, que el Ministerio de Educación Nacional no tiene ninguna

información referente a irregularidades de ese tipo, puesto que como expresamente afirmó uno de los funcionarios no se hizo auditoria del Chocó durante el periodo 2004 – 2005, en ese sentido no se tiene prueba ni forma de saber si efectivamente se atendió dicho número de estudiantes, o si por el contrario fue un invento por parte del enjuiciado y los demás miembros que en ese momento laboraban en la gobernación del Chocó.

El informe 353609 de julio 24 de 2007, con fundamento en las cifras reportadas por Planeamiento Educativo y Estadístico del Chocó, respecto de la población estudiantil y matrícula reportada y la cifra, y las denuncias del señor Cesar Queragama Arce, manifestó que, de ser cierta la denuncia y tomando como soporte el reporte de indígenas atendidos y el valor atendido por cada matriculado, se tendría que el Departamento recibió \$37.426'928.300 por indígenas reportados y no atendidos, lo cual estima necesario valorar frente a la absolución que reclama.

Precisa que en sus informes de Policía Judicial en lo que respecta a la irregularidad que se analiza, no puede tener validez alguna por cuanto la misma investigadora encabezó sus consideraciones con la afirmación, “de ser cierta la denuncia”. En otras palabras, quiso reconocer desde un inicio que las consideraciones o cálculos se basaban en una hipotética situación que hasta ese momento no se tenía en el proceso como cierta.

En el Informe 341174 de 11 de mayo de 2007 rendido por el CTI, se afirmó que después de revisar los censos de población estudiantil indígena se encontró un desfase entre la población

estudiantil atendida efectivamente por el Departamento y la reportada por esas comunidades. En el citado informe se advierte entonces, ese desfase evidente entre la información rendida por el Departamento respecto de la población indígena que recibía educación y la que efectivamente informan las comunidades indígenas, pero como el mismo investigador lo dijo, ello no implicaba por si solo una distribución irregular del presupuesto, por cuanto la Gobernación del Chocó pudo haber reportado como beneficiarios a indígenas por error, cuando en realidad fue a otro tipo de población la que se atendió.

En otras palabras, indica, fuese a indígenas, afro descendientes o a otro tipo de población, lo relevante es que se hubiera ejecutado el presupuesto correctamente, y no hay prueba de que no se hubiese hecho de esa manera. También, están los informes 517726 y 561077 relacionados con los antecedentes del enjuiciado y la información patrimonial financiera, que da prueba que el enjuiciado no tuvo incremento patrimonial injustificado durante su desempeño como Gobernador, con lo cual se da un primer indicio de ausencia de ese peculado. Y, finalmente también, los documentos denominados, rendición publica de cuentas, de junio 14 de 2005 de la Gobernación del Chocó, firmado por el enjuiciado se consignó que la población estudiantil para el año 2003 fue 127371 y en el 2004 de 129366 estudiantes, presentándose un incremento de 1635.

En consecuencia, en opinión del Ministerio Público, tal como lo consagra el artículo 244 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, al no existir prueba siquiera sumaria que demuestre o tacha de falsedad alguna al referido

documento oficial del Departamento del Chocó, la información que allí se consignó debe tenerse como cierta en el presente proceso.

Concluye entonces, solicitando a la Sala proferir sentencia condenatoria en contra de IBARGUEN MOSQUERA por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros, por haber excedido en el nombramiento de la planta de personal docente del Departamento de Chocó, y absolutoria por las presuntas irregularidades en la información que reportó al Ministerio de Educación respecto de los estudiantes efectivamente matriculados.

2.3.3.- Intervención del defensor.

En el curso de su intervención, el defensor del procesado solicita a la Corte proferir sentencia absolutoria en favor de su defendido y ordenar el archivo definitivo de este proceso.

Manifiesta que luego de escuchar las argumentaciones presentadas por la Fiscalía, lo mismo que por la Delegada del Ministerio Público, es la oportunidad para poner de presente sus argumentos previos a la decisión que habrá de adoptarse por parte de la Sala y respecto de la cual se anticipa a solicitar que sea de carácter absolutorio.

La razón que dice asistirle para hacer dicha petición, es que la misma tiene fundamento en los elementos de juicio que obran dentro del proceso, pues la sola circunstancia de que la agente del Ministerio Público, cumpliendo sus funciones constitucionales y legales, hubiese solicitado la absolución por

el presunto peculado derivado de la atención o no atención a personal educacional de los indígenas y de las referencias que ha hecho respecto a que no existe prueba sobre ello, que los informes de policía no son válidos y resaltar los errores cometidos en esas apreciaciones que se hicieron por parte de auxiliares de la Fiscalía, ponen de presente que la situación no es como se ha querido plantear por parte de Fiscalía en la resolución de acusación, que por supuesto respeta, pero pese a ello considera que ni siquiera existían motivos para que se hubiera proferido una decisión de llamamiento a juicio.

Manifiesta que su propósito es mostrar los múltiples errores que existen en los informes de Policía Judicial, y en la forma cómo se adelantó la investigación, los cuales daban a entender que había una multiplicidad de situaciones respecto de las cuales se generaban perplejidades, que debieron haber sido resueltas a favor del procesado, lo cual sin embargo no se hizo.

En la acusación se sostiene que por parte de su asistido se hicieron nombramientos que sobredimensionaron la planta viable y aceptable de docentes, y que por consiguiente se generó un detrimento patrimonial, lo cual a su modo de ver no tiene justificación de ninguna naturaleza, pues no encuentra coherente que habiéndose establecido en la Ley 715 de 2001, el sistema y la forma como se hacen los giros para atender la población educativa, incluyendo el número establecido de educandos y de la planta docente, administrativa y administrativa docente que se requiere, se afirme que puedan hacerse designaciones por encima de esos recursos.

En este sentido, por vía de ejemplo indica que si lo que se gira y se destina para la educación, son mil millones de pesos, existen unos estudiantes que justifican esa suma y unos docentes que igualmente están dentro del marco de ese presupuesto, de modo que si se hace otro nombramiento no se cuenta con los recursos para cumplir esa nómina, por lo cual, no podría justificarse la existencia de detrimento patrimonial si existía la imposibilidad de ocasionarse por sustracción de materia, pues no podían hacerse designaciones que estaban por fuera de las inicialmente previstas.

Le parece que en el caso de su asistido se ha presentado un exceso de celo en el manejo de los recursos para educación. Recuerda que con la Constitución del 91 se modificaron las relaciones entre la Iglesia Católica y el Estado y en lo relativo a los recursos para que aquella interviniera en el servicio de educación, pero no sabía que con posterioridad esa situación se seguía presentando en el Departamento de Chocó, a lo cual se refirió su asistido tanto en la versión libre como en la diligencia de indagatoria, en donde narró los problemas que existían respecto de saber si en lo correspondiente al acuerdo con la Santa Sede y Estado Colombiano y la nómina que manejaba el departamento del Chocó podían fusionarse o considerarse como si fuera una unidad o si eventualmente nombrar profesores, o docentes, constituía o no, un desconocimiento de la normatividad establecida en la Ley 715 de 2001 y del acuerdo que se había hecho sobre la base de esa normatividad con el Ministerio de Educación Nacional, lo cual nunca se dilucidó, pues no se allegaron los convenios suscritos con las diócesis de Quibdó y de Istmina-Tadó, que permitieran establecer el número de profesores que allí aparecían y si

eventualmente se hicieron nombramientos de docentes por fuera de los que eran legalmente permitidos, o si fueron considerados como parte de lo que suponía una concordancia con la Ley 715 de 2001.

Lo cierto es que no existe ningún elemento de juicio que señale clara y precisamente cual era el número de personal docente y administrativo, y el monto de los recursos que se manejaban en el convenio, si ello fue objeto de análisis en la resolución 596 expedida por el Ministerio de Educación, y si tales dineros estaban incluidos o no en las previsiones de la Ley 715 de 2001, así como el número de estudiantes y de educandos atendidos por esa vía.

En esas condiciones le parece que hay duda en cuanto a si en un momento determinado, los nombramientos que eventualmente se hayan podido hacer, estaban o no justificados, tenían o no respaldo jurídico y, por consiguiente, automáticamente entraban dentro del marco de la ilegalidad o no.

Pero independientemente de eso, y de que no aparece prueba de ninguna naturaleza con relación a ese aspecto, dice, lo cierto del caso es que no se tuvo certeza sobre cuáles fueron los nombramientos que se hicieron contraviniendo el ordenamiento jurídico, pues se habla de resoluciones, de designaciones, de sobredimensionamiento de la nómina sin tener en cuenta una serie de factores que el Gobernador de turno se vio abocado a solucionar.

Sostiene que no puede dejarse de considerar que constitucionalmente la educación es un derecho fundamental, y que como consecuencia del tránsito legislativo entre la ley 60 de 1993 y la 715 de 2001, existía sobrepoblación de docentes en las cabeceras municipales, fundamentalmente en Quibdó, Istmina y Tadó que son las ciudades en donde, por sus condiciones y características, la mayoría de los docentes aspiran a estar allí, pero en el curso de la investigación no se hizo ningún censo de docentes que estaban asignados y laborando en esas localidades, tampoco se hizo algún censo de los lugares apartados y de las ciudades o municipios en los cuales no existía atención profesoral para esos educandos potenciales.

Se ha dicho por parte de su asistido que aproximadamente el 70% de la planta profesoral se hallaba ubicada en las cabeceras municipales, y que eventualmente, esa circunstancia constituía para ellos un derecho adquirido, y, además de las dificultades que se presentaban cuando eventualmente debían ser trasladados, pues había que pagarles los costos de ello; había que llevar, igualmente su familia y tenía que dárseles una bonificación, que según entiende era de medio sueldo.

Y en esas condiciones, si el presupuesto estaba milimétricamente ajustado a estudios previos, no se entiende cómo se podía disponer el traslado de docentes a otros lugares en donde se requirieran sus servicios si presupuestalmente no existían los recursos para hacerlo. Este aspecto, aduce, no fue materia de investigación, ni de consideración al momento de

realizar la apropiación presupuestal en el sistema general de participaciones.

Señala que tampoco se determinó la eventual cuantía del peculado, y menos podía aparecer, porque o no se hizo bien la investigación, o eventualmente, desde el punto de vista administrativo, al destinar los recursos tal aspecto no fue tenido en cuenta. Y de esas situaciones, no puede hacerse responsable el procesado porque no está dentro de su órbita de control, ni de su dominio.

Sostiene que también el Profesor IBARGUEN ha dicho que el Departamento fue objeto de varios embargos por orden judicial, pero no se estableció cuáles rubros fueron afectados y si en ellos se incluyeron los girados por el Sistema General de Participaciones, por lo cual no se logró determinar si efectivamente se presentó una lesión al bien jurídico de la administración pública, porque la conclusión por esa vía sería que no hubo menoscabo alguno.

Indica que este es uno de los elementos conformadores de la conducta punible, pues no existiría delito si no se lesiona el bien jurídico. Es decir, si se sacaron recursos para prestar un servicio que efectivamente se prestó, no se conculcó el bien jurídico tutelado de la administración pública, pues no se habrá disminuido el patrimonio del Estado, ni enriquecido los maestros que en un momento dado fueron a prestar sus servicios a unos lugares a los cuales no llegaban porque la mayoría de los educadores normalmente disponibles estaban concentrados en las grandes ciudades del departamento.

Pero agrega que si eso es así, existiría una circunstancia de fuerza mayor que imposibilitó hacer traslados, y los nuevos nombramientos y las nuevas designaciones eran para justamente cumplir la función constitucional que tiene prelación con relación a la Ley 715 de 2001. Pero, independientemente de esa situación, en el proceso se acepta y se habla de esos embargos, se habla de las tutelas, se habla de las denuncias de la cuales fue objeto el profesor Ibarguen, se hablan de las sanciones que recibió uno de los jueces laborales del circuito que actuaron en contravía del ordenamiento jurídico, con unos oscuros intereses para esquilmar dineros de un Departamento tan necesitado como el Chocó.

Sin embargo, afirma que nunca se hicieron discriminaciones a efectos de establecer si esos embargos afectaron o no los rubros correspondientes a la educación, y si como consecuencia de eso, resultaba imposible prestar el servicio. Lo primero que hay que decir al respecto, es que el servicio educativo fue requerido por el denunciante, representante de una comunidad indígena, que nombra sus propios maestros y directores que no siempre reúnen los requisitos del cargo, y que por esa circunstancia no hay posibilidad de que ingresen y cubran alguna plaza. Esta situación ha generado fricciones y problemas con las administraciones departamentales, lo que da lugar a restarle credibilidad al denunciante en cuanto al número de maestros y personas realmente atendidas.

En todo caso, a su modo de ver lo que debe determinarse es si son válidos o no los informes rendidos por miembros del

CTI, pues además preocupa la idoneidad de los mismos dado el número de errores cometidos, que llevan a afirmar que no existe prueba para condenar.

Señala que en el informe de Policía Judicial No. 353609 de julio 24 del 2007, en donde para efectos de las conclusiones el monto de las supuestas apropiaciones en beneficio de terceros, o de beneficio patrimonial, inexplicablemente se incluyen los años 2002 y 2003 y se contabilizan, conforme aparece a folio 2008 del cuaderno No. 1, cuando el período del Gobernador fue los años 2004, 2005 y 2006; pero además se parte de un censo poblacional del año 1993, con lo cual surge la pregunta de ¿qué pasó con las investigaciones?, ¿qué paso con los números?, ¿qué pasó con las personas?, ¿qué pasó con los números de estudiantes que manejaba el Ministerio de Educación Nacional?, pues no resulta posible que se afirme que se tuvieron en cuenta los datos del Ministerio de Educación Nacional para concluir el número de estudiantes atendidos a partir del censo poblacional de 1993.

Adicional a ello, en el informe se indica que el análisis se hizo de los meses de enero y mayo, lo que significa que la información es parcial. En todo caso, como resultado de revisar los informes en que se basa la acusación, el defensor observa que las cuantías no coinciden, en tanto que tampoco se señala el monto original de las obligaciones a cargo del Departamento, ni su origen. Además, en el informe de julio 24 de 2007 injustificadamente se hace un análisis parcial del año 2005, para inexplicablemente llegar a la conclusión que el detrimento patrimonial supera los tres mil millones de pesos.

En todo caso, dice, en los informes no hay claridad sobre la planta de personal para los años 2004, 2005 y 2006, de tal suerte que *“¿cómo es posible, que el dictamen venga hablando del año 2004, que se haga ese, guion 2006, lo que nos dejaría en duda si esa disminución fue para el año 2004, para el año 2005, o cuando se hace para el año 2006 esa disminución se ha presentado, me parece que es una duda que no está lo suficientemente aclarada y que por consiguiente incide en la falta de certeza”*.

Señala que esas inexactitudes también aparecen en lo relacionado con las matrículas oficiales vigentes para el año 2004, pues no resulta posible que en un departamento de gran preponderancia de las comunidades indígenas, se afirme que 16.161 niños reportados tan sólo hubieren sido atendidos unos pocos.

Desde otro punto de vista precisa que si es cierto lo que se indica en el informe en el sentido que *“luego de revisar las ejecuciones presupuestales pasivas de las vigencias 2004 y 2005 se observa que la distribución de los recursos utilizados para educación, corresponden al total de los giros del Sistema General de Participaciones. Es decir desde el punto de vista presupuestal, no se observan diferencias”*, pues no existiría delito de peculado alguno, máxime si pese a las dificultades, de lo que se trató fue de cubrir las necesidades del sector educativo, es decir, cumplir con una función del Estado, con lo cual no habría violación del bien jurídico tutelado.

A más de lo anterior, precisa que en lugar del grado de certeza, lo que se evidencian son muchas dudas que ameritan

la aplicación del principio in dubio pro reo y en consecuencia proferir sentencia absolutoria, conforme lo solicita.

2.3.3.- Intervención del procesado.

Manifiesta coincidir con su defensor en la totalidad de los planteamientos formulados por éste, por lo cual no estima necesario formular argumentación adicional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- La competencia

La Sala es competente para conocer del juzgamiento del señor JULIO IBARGUEN MOSQUERA, según la resolución de acusación proferida en su contra por la Fiscalía Octava Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3° del Acto Legislativo No. 001 de 2018, modificadorio del 235 de la Constitución Política.

Al efecto es de señalarse que el fuero de juzgamiento a que alude el numeral 5° de esta última disposición, es una garantía de carácter constitucional que obliga a un procesamiento especial radicado en determinadas y específicas autoridades judiciales, y de la cual se goza desde el momento en que se asume el cargo, de tal suerte que *“basta la sola objetividad de comprobar la vinculación con el cargo para que los operadores judiciales especiales adelanten la investigación y juzgamiento”*⁵⁵.

⁵⁵ CSJ SCP, 11 de julio de 2012, Rad. 39218.

En lo que respecta al profesor IBARGUEN MOSQUERA, se acreditó que por la época de ocurrencia de los hechos, entre los años 2004 y 2007 se desempeñó como Gobernador del Departamento de Chocó, conforme se acredita con el Formulario E-28 expedido el 3 de noviembre de 2003 con el cual la Organización Electoral declara su elección como Gobernador por la Circunscripción Electoral de Chocó⁵⁶, el acta de posesión el 1º de enero de 2004⁵⁷ y la Certificación expedida por la Jefa de la Oficina de Talento Humano de la Gobernación de Chocó⁵⁸, en la que indica, además *“que durante ese tiempo no devengó por concepto de salarios y prestaciones sociales, por recibir pensión de la Honorable Cámara de Representantes”*, lo que determina que la competencia para adelantar el juicio y proferir el fallo correspondiente concierne a esta Sala, teniendo en cuenta que las conductas que se le atribuyen guardan relación con las funciones desempeñadas en el ejercicio del cargo, y que durante ese período comprometió los recursos públicos por cuya conducta es objeto de censura.

2.- Requisitos para condenar.

2.1.- Tal cual ha sido repetidamente dicho por la Sala, a tenor de lo normado por el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal de 2000 que rige el presente asunto, a diferencia del grado de conocimiento que la ley exige para proferir medida de aseguramiento (posibilidad), y para convocar a responder en juicio criminal al sindicado (probabilidad), para emitir en su contra sentencia de carácter

⁵⁶ Fls. 62 con. Original Fiscalía No. 2

⁵⁷ Fls. 60 con. Original Fiscalía No. 2

⁵⁸ Fls. 64 con. Original Fiscalía No. 2

condenatorio se requiere que la prueba válidamente recaudada en las diversas fases de la actuación procesal, lleve al grado de certeza en la realización de la conducta definida en la ley como delito y la responsabilidad del procesado.

Acorde con lo anterior, el Código de Procedimiento Penal de 2000 que rige el caso, dispone que el cúmulo probatorio, válida y oportunamente recaudado durante el decurso procesal, ha de ser apreciado en conjunto siguiendo los postulados que rigen la persuasión racional, como de tal jaez son las leyes de la ciencia, los principios de la lógica y las reglas de experiencia, asignándoles el mérito que a cada cual corresponda (art. 238 Ley 600 de 2000) a fin de establecer las adecuadas consecuencias jurídicas que de allí se deriven.

2.2.- Advierte la Sala, previo a que se ocupe de responder los razonamientos fácticos y jurídicos expuestos por los sujetos procesales, necesario precisar de antemano, que ningún motivo de ineficacia de lo actuado se observa con posibilidad de impedir el que se proceda a proferir el fallo de mérito, como contrariamente ha sido sugerido, aunque de manera sutil por el defensor, al dar a entender en la vista pública que la resolución de acusación no ha debido proferirse toda vez que la investigación fue en grado sumo precaria, lo que impidió allegar la prueba que habría de corroborar la afirmación del acusado de no haber cometido delito alguno.

La Sala observa, no obstante resultar evidente la falta de acuciosidad en el órgano instructor para allegar el cúmulo probatorio que en opinión de la defensa habría permitido establecer la realidad de lo ocurrido con los recursos de

Sistema General de Participaciones asignados al Departamento de Chocó para cubrir las necesidades educativas en esa región del país, es lo cierto que, independientemente de que su hipótesis delictiva hubiera podido ser desvirtuada o confirmada durante la fase de juzgamiento, la investigación fue iniciada, con suficiente fundamento, en tanto que en ella se incluían hechos que realmente tuvieron ocurrencia, pero cuya correspondencia o no con el ordenamiento sustancial penal se ofrecía indispensable averiguar, atendiendo no sólo la índole oficial, sino el multimillonario monto de los recursos de contenido económico comprometidos con las actuaciones presuntamente irregulares puestas de presente en la notitia criminis.

Ello precisamente dio lugar a establecer que el profesor JULIO IBARGUEN MOSQUERA se desempeñó como Gobernador del Departamento de Chocó entre el 1° de enero de 2004 y el 31 de diciembre de 2007, y que en tal calidad expidió los actos administrativos de que da cuenta la acusación por cuyo medio designó un gran número de docentes, en número que, en criterio de la Fiscalía acogiendo el concepto del Ministerio de Educación Nacional, excedió la planta de docentes, administrativos docentes y personal administrativo, viabilizada acorde con la competencia al efecto establecida en la Ley 715 de 2001, por cuyo medio comprometió recursos superiores a los que habrían de corresponderle al Departamento con ocasión del Sistema General de Participaciones en el sector educación, todo lo cual, en opinión del órgano acusador, se reitera, habría dado lugar a la apropiación indebida por parte de terceros, de los citados recursos oficiales, motivo que justificó disponer la formal

apertura de investigación, la vinculación jurídica mediante indagatoria, y la convocatoria a responder en juicio criminal mediante el proferimiento de resolución de acusación de parte de la Fiscalía.

La Sala observa que la inconformidad de la defensa en punto de la resolución acusatoria, se ubica principalmente en relación con el sentido de la decisión adoptada, y no con la exigencia de realizar el correspondiente análisis jurídico o probatorio, en tanto echa de menos un cúmulo de actividades investigativas que a su criterio habrían permitido la emisión de una decisión sustancialmente distinta y opuesta a la de acusar al procesado como presunto autor responsable del concurso de delitos de peculado por apropiación en favor de terceros, y no con la validez del trámite dentro del cual fue proferida.

Para la Corte si bien es cierto que en el caso a estudio, la investigación se inició con el propósito de averiguar y establecer lo realmente ocurrido en relación con un cúmulo de irregularidades advertidas por el Ministerio de Educación Nacional en el Departamento del Chocó en la administración y uso de los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones en el componente educación, lo que dio lugar a recaudar un exagerado número de pruebas, especialmente de carácter presupuestal, a la postre irrelevante, derivado de la inadecuada comprensión y delimitación del supuesto fáctico que ameritaría la intervención del aparato investigativo del Estado, por la posibilidad de haberse presentado apropiación de los recursos oficiales, finalmente, mucho tiempo después la Fiscalía, en la calificación del mérito sumarial, descartó la formulación de cargos por la presunta realización del concurso

de delitos de prevaricato por acción, atendiendo la indiscutible configuración del fenómeno extintivo de la acción penal derivado de la prescripción de la misma, dado el tiempo transcurrido desde la fecha de la supuesta realización de los comportamientos manifiestamente contrarios a la ley.

Asimismo, encontró que ningún cuestionamiento de índole penal resultaba procedente formular en cuanto a las inconformidades manifestadas por el Ministerio de Educación Nacional en torno a aquello que algunas comunidades calificaban como “inequitativa” distribución de docentes entre la capital del departamento, las ciudades intermedias y las poblaciones alejadas o de difícil acceso; la supuesta inexactitud en la información suministrada al Ministerio de Educación Nacional en relación con el número de matrículas estudiantiles durante los años 2004 y 2005, que a su vez determinaron el giro de recursos en exceso de los que realmente correspondían; la presunta falta de contabilización en los sistemas presupuestales y de tesorería de los recursos asignados del Sistema General de Participaciones para el sector educación en el departamento de Chocó, así como la supuesta falta de incorporación en el presupuesto de los rendimientos financieros generados por los depósitos bancarios de los dineros oficiales y; finalmente, el supuesto no pago de la prima de navidad al personal docente y administrativo docente durante la vigencia fiscal del año 2005.

Es que, a criterio de la Sala, si bien tales aspectos podrían generar algún tipo de inquietud en el Ministerio de Educación Nacional en torno a aquello que en su momento pudiera llegar a considerarse un *“inadecuado o inequitativo manejo de los*

recursos del Sistema General de Participación en el sector educación” por parte de la Gobernación Departamental de Chocó, lo cierto del caso es que mientras tales comportamientos no invadan el ámbito de protección de bienes jurídicos que integran las disposiciones sustanciales de la ley penal, quedan en el ámbito de la eventual responsabilidad política, disciplinaria o fiscal, sobre lo cual los jueces carecen de competencia, pues lo contrario implicaría reconocer que el proceso penal también es escenario propicio para llevar a cabo una especie de auditoría a los usos y fuentes de los recursos, y calificar al tiempo los resultados de la gestión del gobernante de turno, lo cual repugna a la idea de separación de poderes en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, como el nuestro.

Precisamente, en razón de ello, es de anotar, que pese a que en la reseña de los hechos, en el calificadorio del sumario por parte de la Fiscalía, se aludió a un cúmulo de irritualidades en la administración de los recursos para el sector educación en el Departamento de Chocó, provenientes del Sistema General de Participación, finalmente descartó el llamamiento a juicio en relación con el concurso de delitos de prevaricato por acción en razón de su prescripción, y dejó en claro **“la no existencia de peculado en algunas de las irregularidades denunciadas”**:

Indicó al efecto lo siguiente:

“Respecto de las inconsistencias, faltas de registro de cifras giradas por el S.G.P. componente educación, el no pago de la prima de navidad del año 2005 arriba relacionadas, que se plasmó en la resolución No. 596 de 2006 y en varios informes del mismo Ministerio de Educación Nacional, obedecen más al desorden en el manejo de dichos recursos tal como se

pudo verificar en el informe No. 354092 rendido el 31 de julio de 2007 por la investigadora Nancy Stella Parada, en el que se consignó:

“5.- El Ministerio de Educación indica que “El valor de \$34.113.977.863 corresponde al signado en CONPES 75 por las 11/12 de 2003 para ascensos en Escalafón docente por \$1.381.954.577 más 11/12 para cobertura por \$1.732.023.286”. Al revisar el extracto bancario se encuentra que dicho valor fue consignado a la cuenta 1148-6 Banco Popular en Diciembre 30-2003 pero el departamento no relaciona dicho valor como ingreso.”⁵⁹

Precisamente para aclarar lo relacionado con dichas cifras, contamos con la copia del acta de visita dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. CD- 144 atrás citada⁶⁰ en la que intervino una comisión integrada por funcionarios de Fiscalía General de la Nación, Procuraduría General de la Nación y Contraloría de la República, con el fin de esclarecer la no incorporación al Presupuesto de Ingresos de las vigencias 2002 a 2004 en la suma de \$6.548.000.000 correspondientes a la última doceava de vigencia 2002 (CONPES 65), en la cual se consignó que mediante Decreto No. 668 del 26 de diciembre de 2002, por medio del cual se distribuyen unos recursos del Sistema General de Participaciones del Sector Educativo del Departamento del Chocó vigencia comprendida entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2002, se distribuyeron los recursos en la suma de “SEIS MIL SETECIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS TRES MIL SEISCIENTOS VEINTITRÉS PESOS (\$6.765.903.623)”, el cual fue confrontado con el Libro de Registro de Apropiaciones, Compromisos, Obligaciones y Pagos de la vigencia 2002, que hizo el cruce entre la ejecución presupuestal y el Libro de Presupuesto, evidenciando el saldo inicial con el saldo final de cada rubro afectado en el 2002.

Aclara también ese documento que al confrontar la información sobre los \$3.113.977.863 correspondientes al CONPES 75, esta suma fue asignada mediante Decreto No. 1250 del 23 de diciembre de 2003 a la Unidad 3 Código 520101 correspondiente a “Sueldos del libro de Presupuesto” de 2003, folio 52. Igualmente se hizo el cruce entre la Ejecución presupuestal y el Libro de Presupuesto evidenciando el saldo inicial con el saldo final en este rubro de 2003⁶¹.

Y se dejó claro también que los \$1.382.000.000 asignados mediante el CONPES 75, se encuentran incorporados en la cifra anterior \$3.113.977.863 tal y como se demuestra en el Decreto 1250 de 2003; así las cosas se pudo establecer que los valores mencionados en el Proceso de Responsabilidad Fiscal, referente a los ascensos en el escalafón fueron incorporados al presupuesto de la Gobernación del Chocó, representados en la partida global.

Se precisó también que a través de este Decreto No. 1250 de 2003 y No. 0668 se esclarece la cuantía \$6.765.903.626, más \$3.114 millones y los \$1.381.954.577 para un total de \$11.261.836.000⁶²

⁵⁹ Folio 284 cuaderno anexo 35.

⁶⁰ Folios 54 a 57 cuaderno anexo 36.

⁶¹ Mismo documento Folio 56 cuaderno anexo 36.

⁶² Mismo documento folio 56 cuaderno anexo 36.

Finalmente se evidenció que con la investigación de los valores no ejecutados correspondientes a los \$4.290.000.000 de los años 2003 y 2004; la ejecución 2004 presentó errores de formulación por lo tanto los saldos sin ejecutar a 31 de diciembre de 2004, no son reales. Sin embargo, al confrontar los saldos de las cuentas bancarias a 31 de diciembre de 2003, más lo efectivamente consignado por el Ministerio de Educación Nacional, mediante el Programa Anual de Caja -PAC-, menos lo realmente pagado, se verifica que los recursos sin ejecutar se encontraron en cuentas bancarias, según conciliaciones bancarias de diciembre 31 de 2003 y 2004, y que acorde la ejecución presupuestal del 2003, donde se registra un saldo de \$13.035.338 por ejecutar y al compararlo con saldo de las conciliaciones bancarias a 31 de diciembre de 2003, se encuentra que éste corresponde a \$3.921.827.500, estas diferencias corresponden a los errores de formulación que presentan los archivos en Excel, errores que vienen de años anteriores 2002, 2003 y 2004, entre otros”⁶³.

Lo anterior nos indica que realmente no hubo apropiación ni en provecho propio ni de terceros de estas cifras consignadas en estos últimos párrafos, por tanto no se puede concluir que se hubiere dado un peculado respecto de estos montos específicamente no registrados o con irregularidades en los registros presupuestales o con lo atinente al no pago de la prima de navidad reseñados desde la relación del acontecer fáctico, como también lo concluyó la Contraloría Delegada para el Sector Social en el auto del 3 de mayo de 2007⁶⁴, en donde se precisa que la prima de navidad 2005 fue pagada en parte.

Esa situación del pago parcial de la prima de navidad 2005 también se puntualizó en el Informe No. 3536 del 24 de julio de 2007 tal como sigue:

“Al comparar el valor reportado por el MEN y la gobernación se encuentra una diferencia de \$502.772.378 (8.038731.685-7.535.959.307), además, se desconoce cuánto y a quién se abonó el pago de la prima, debido a que se solicitó tanto al Gobernador como al Secretario de Educación la nómina detallada, indicando nombre, cédula, valor, abono y saldo por pagar pero a la fecha del presente informe no han dado respuesta, sólo se obtuvo nómina que contiene 5.696 personas pero sin mencionar los abonos efectuados”⁶⁵.

Entonces, con respecto al criterio expuesto en la audiencia pública por la Delegada del Ministerio Público en lo que hace a lo que denomina segundo componente fáctico de la acusación por el cual solicita absolución, relativo a las inconsistencias presentadas en el reporte del número de

⁶³ Mismo documento folio 56 cuaderno anexo 36.

⁶⁴ Folio 76 y 77 cuaderno anexo 9.

⁶⁵ Folio 215 cuaderno original 1.

alumnos efectivamente matriculados en el Departamento durante los años 2003, 2004 y 2005, la Sala se ve precisada a discrepar del mismo, pues, como ha sido visto no fue materia de formulación de cargo alguno.

Ello no podía ser de otra manera ante el hecho cierto de contar el expediente con la manifestación del Coordinador del Grupo de Información Financiera de la Oficina Asesora de Planeación y Finanzas del Ministerio de Educación Nacional con ocasión de la diligencia de inspección judicial allí realizada⁶⁶, en el sentido que el Sistema de Información de Matrícula sólo comenzó a implementarse en el año 2005 cuando se comenzó a recoger la información estudiante por estudiante, sin que se hubiere realizado auditoría a la Secretaría de Educación del Chocó, siendo esta la razón por la cual no se reportó descuento alguno de recursos del Sistema General de Participaciones por inexactitud en los reportes de matrícula.

Además, como fue indicado por el acusado, en la asignación de recursos por parte del Ministerio de Educación Nacional, no se discriminaba la población, la comunidad, ni el número de educandos que debían ser cubiertos con los giros realizados, de suerte que ninguna atribución de responsabilidad penal podía realizarse, en torno a lo que tanto el Ministerio de Educación Nacional, como el denunciante señor César Queragama Arce, entendieron como inequitativa distribución de docentes, cuando ni la ley ni los actos administrativos por cuyo medio se distribuyeron los recursos, establecieron porcentaje alguno de asignación a las comunidades destinatarias del derecho educativo, sino sólo un

⁶⁶ Folio 255-256 con. Original 4 Fiscalía.

monto global atendiendo el número estimado de alumnos, de docentes, directivos docentes y de personal administrativo docente en la región para el respectivo período.

En todo caso, por parte alguna se llegó a insinuar siquiera, que el reporte de alumnos efectivamente matriculados el año anterior como elemento a tomar en cuenta el siguiente año en la asignación de recursos del Sistema General de Participaciones, fuere responsabilidad exclusiva y excluyente del Gobernador del Departamento y no de la Secretaría de Educación Departamental, como para entender que también en contra del Gobernador IBARGUEN ha debido formularse acusación por dicho concepto.

La acusación se limitó entonces, a la presunta realización del concurso de delitos de peculado por apropiación en favor de terceros, es decir de los docentes, directivos docentes y administrativos, nombrados e incorporados en exceso de la planta viabilizada por el Ministerio de Educación Nacional para los años 2004 y 2005, lo que, en opinión de la Fiscalía, generó sobrecostos en cuantías de \$26.940.256.284 y \$8.098.718.436, respetivamente, sobre lo cual se brindó la oportunidad de ofrecer las explicaciones que estimó pertinentes, pero sin demandar específicamente, ni él ni su defensor, la concreta práctica de las pruebas en orden a demeritar la imputación, como para dar en sugerir siquiera la posibilidad de decretar la ineficacia de lo actuado por transgresión del principio de investigación integral, máxime si en el juicio se presentaron nuevas oportunidades probatorias, no sólo de oficio sino a iniciativa de las partes, de las cuales se pudo haber hecho oportuno uso, así como se emitió

pronunciamiento expreso de parte de la Sala de Casación Penal disponiendo el recaudo de las solicitadas.

De esta manera surge claro, entonces, que no resulta atinado insinuar que la resolución de acusación no debió ser proferida, máxime si al no haberse interpuesto recursos contra ella, se dio lugar a su firmeza y al inicio de la fase de juzgamiento en la cual se reabrió a las partes la oportunidad probatoria, con lo cual cualquier intento por dar en sugerir transgresión al debido proceso, el derecho de defensa u otra garantía fundamental, resulta asaz impertinente y, dado que quien los hace tampoco formula expresamente alguna solicitud concreta sobre dicho particular, a lo expuesto limitará la Corte su consideración en torno al punto.

3.- De los delitos imputados.

En la resolución de acusación proferida el 31 de agosto de 2017⁶⁷ la Fiscalía Octava Delegada ante la Corte Suprema de Justicia al amparo de la Ley 600 de 2000, le imputó a JULIO IBARGUEN MOSQUERA el concurso homogéneo y sucesivo de delitos de peculado por apropiación en favor de terceros, definido por el original artículo 397 de la Ley 599 de 2000, que pudo haber realizado entre los años 2004 y 2005, cuando se desempeñó como Gobernador del Departamento de Chocó.

Pertinente se ofrece advertir, además, con respecto al incremento punitivo de que trata el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, que en este caso resulta inaplicable porque conforme a la vigente jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la

⁶⁷ Fls. 29 ss. cno. Original No 5 Fiscalía.

Corte Suprema de Justicia⁶⁸, si bien dicho aumento aplica en ambos regímenes procesales penales, salvo las excepciones que la misma Ley 890 contempla en su artículo 15, en el ámbito temporal rige para las conductas perpetradas a partir del 1° de enero de 2005 investigadas por el trámite de la Ley 906 de 2004. Como en este caso el sistema penal acusatorio comenzó a aplicarse en el Departamento del Chocó a partir de 2008 conforme a las previsiones del art. 530 ejusdem, y los hechos investigados ocurrieron con anterioridad a dicha época, debieron ser tramitados por el procedimiento previsto en la Ley 600 de 2000 que no contempla dicha posibilidad.

3.1.- El delito de peculado por apropiación

En la resolución de acusación proferida el 31 de agosto de 2017⁶⁹, la Fiscalía Octava Delegada ante la Corte Suprema de Justicia al amparo de la Ley 600 de 2000 le imputó a JULIO IBARGUEN MOSQUERA el concurso homogéneo y sucesivo de delitos de peculado por apropiación en favor de terceros que pudo haber realizado entre los años 2004 y 2005, también cuando se desempeñó como Gobernador del Departamento de Chocó.

El tipo penal que se imputa realizado por el acusado, doctor IBARGUEN MOSQUERA, vigente para la época de los hechos materia de investigación, y sin que para este caso resulte procedente tener en cuenta las posteriores modificaciones punitivas introducidas por las Leyes 890 de 2004 y 1474 de 2011 por virtud de los principios de legalidad

⁶⁸ CSJ SCP.SP-379-2018. 21 Feb. 2018. Rad. 50472.

⁶⁹ Fls. 29 ss. cno. Original No. 5 Fiscalía.

y favorabilidad, fue definido en el original artículo 397 de la Ley 599 de 2000, 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 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, 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.”

A este respecto cabe señalar que, acorde con la definición normativa de la conducta atribuida al ex Gobernador IBARGUEN MOSQUERA, para que la misma encuentre realización resulta indispensable establecer probatoriamente que el servidor público (sujeto agente cualificado), durante el desempeño del cargo, abusando del cargo o de la función, se apropie o permita que otro lo haga 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 tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión del cargo.

En el sujeto activo debe concurrir la potestad de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de sus atribuciones. La relación entre el funcionario público y los bienes oficiales puede ser material o jurídica, no

necesariamente originada en una asignación de competencia, basta con que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional.⁷⁰

La conducta se estima consumada 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 público⁷¹.

A este respecto, es de recordar que la jurisprudencia tiene establecido⁷² que para la estructuración del delito de peculado por apropiación 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; y iii) la competencia funcional o material para disponer de éstos.

Ha indicado asimismo, en cuanto tiene que ver con el sujeto activo calificado, que en éste *“debe concurrir la potestad de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de sus atribuciones. La relación entre el funcionario público y los bienes oficiales puede ser material o jurídica no necesariamente*

⁷⁰ CJS SP., Rad. No. 35606 de 22-II-012.

⁷¹ CSJ SP., Rad. No. 38396, 10-X-012.

⁷² CSJ SEPI. SP 00124-2019. Dic. 18 de 2019. Rad. 47255.

*originada en una asignación de competencia, basta con que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional*⁷³, de suerte que el acto de apropiación puede tener ocurrencia bien como consecuencia de la disponibilidad directa de los recursos, o con ocasión del ejercicio de un deber funcional que faculta al servidor público para decidir sobre el destino de los bienes de la misma naturaleza⁷⁴.

De igual modo, ha indicado que 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 apropiárselo⁷⁵, 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*⁷⁶.

4.- El caso concreto.

Como quiera que la apropiación indebida de recursos que la Fiscalía le atribuye al acusado, acorde con los términos de la resolución de acusación, al parecer encontró realización entre los años 2004 y 2005 por haber incorporado personal docente, directivo docente y administrativo, excediendo la planta viabilizada por el Ministerio de Educación Nacional para

⁷³ CJS SP18532-2017, Rad. 43263

⁷⁴ CSJ SP, 6 Mar. 2003, rad. 18021

⁷⁵ CSJ AP, 18 Abr. 2012, rad. 38188

⁷⁶ CJS SP18532-2017, Rad. 43263

ser financiada con recursos del Sistema General de Participaciones en acatamiento de las previsiones de la Ley 715 de 2001⁷⁷, se impone analizar primero si los hechos imputados en la acusación, fueron, de una parte, debidamente acreditados, y seguidamente si su realización coincide con la definición típica del delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

4.1.- De la conducta atribuida

4.1.1.- Al proceso se allegó la documentación que acredita que el profesor JULIO IBARGUEN MOSQUERA fue elegido Gobernador del departamento de Chocó, cargo del que tomó posesión el 1º de enero de 2004, y desempeñó hasta el 31 de diciembre de 2007⁷⁸, tiempo durante el cual le competía expedir los actos administrativos orientados a *“crear, suprimir y fusionar los empleos que demanden los servicios departamentales, y señalar sus funciones especiales y sus emolumentos con sujeción a la ley y a las ordenanzas respectivas. Con cargo al tesoro departamental no podrá crear obligaciones que excedan al monto global fijado para el respectivo servicio en el presupuesto inicialmente aprobado”*, conforme las previsiones sobre el particular, al efecto establecidas en el artículo 305.7 de la Carta Política.

4.1.2.- Según se ha dejado visto, la Fiscalía acusó al señor IBARGUEN MOSQUERA por el concurso de delitos de peculado por apropiación en favor de terceros, toda vez que durante su desempeño como gobernador de Chocó, apartándose de las

⁷⁷ Cfr. Páginas 51 ss. Resolución de 31 de agosto de 2017, de la Fiscalía 8ª Delegada ante la Corte.

⁷⁸ Fls. 60 y ss. cno 2 Fiscalía Original 251 y ss. cno. 1 Fiscalía.

previsiones de la Ley 715 de 2001, entre los años 2004 y 2005 contrató personal docente, directivo docente y administrativo, excediendo la planta viabilizada por el Ministerio de Educación Nacional.

En ese sentido plausible se ofrece recordar que mediante “Concepto técnico sobre la propuesta de organización de plantas de cargos docentes, directivos docentes y administrativos financiados con recursos del Sistema General de Participaciones” número 2003EE10294 del 30 de diciembre de 2003, según oficio dirigido al entonces Gobernador de Chocó William Halaby Córdoba, suscrito por Gloria Mercedes Álvarez Núñez, Directora de Descentralización del Ministerio de Educación Nacional⁷⁹, indicó:

“Debido a que el Departamento del Chocó no reportó información en el marco de la resolución 166, el Ministerio de Educación ha procedido a diseñar la propuesta de organización de plantas de dicha entidad. Para ello se ha utilizado como base una matrícula total de \$128.088 alumnos, la cual resulta del cruce entre la matrícula 2002 reportada a la Oficina de Planeación del Ministerio y la información de matrícula 2003 a 8 municipios reportada adecuadamente por el Departamento.

La propuesta alcanza en la zona urbana y rural una relación promedio departamental alumno – docente de 29.7 y 22.5 respectivamente, en la zona urbana no cumple con los parámetros establecidos en el decreto 3020 debido a la dispersión poblacional en algunos municipios.

Asimismo, confrontado el costo de la mencionada propuesta con los recursos que percibe el departamento a través del Sistema General de Participaciones, se encuentra que la misma es viable desde el punto de vista financiero.

En consideración a lo anterior, se emite el concepto de viabilidad para que el departamento del Chocó proceda a la adopción de la siguiente planta de cargos docentes, directivos docentes y administrativos financiada con recursos del Sistema General de Participaciones:

	DENOMINACIÓN	NÚMERO
1	CARGOS DOCENTES	5.064

⁷⁹ Fls. 43 y ss. cno anexo 1 Fiscalía.

2	CARGOS DIRECTIVOS DOCENTES	366
	Rectores	88
	Directores Rurales	143
	Coordinadores	135
	Directores de Núcleo	0
	Supervisores	0
3	CARGOS ADMINISTRATIVOS	422
	TOTAL CARGOS	5852

En el proceso de adopción e incorporación de la planta indicada el departamento deberá atender las siguientes orientaciones generales:

1.- *La adopción se efectuará en forma global mediante acto administrativo debidamente motivado.*

2.- *El Departamento dispondrá de 60 días calendario contados a partir de la adopción de la planta de cargos para efectuar la incorporación del personal docente y directivo docente a la misma, para lo cual deberá ceñirse estrictamente a los criterios y procedimientos señalados por la ley y el reglamento para estos casos. Durante este período el departamento deberá proceder a trasladar, en los términos del artículo 22 y del párrafo primero del artículo 40 de la Ley 715 de 2001, a los docentes y directivos docentes nombrados en propiedad que resultaren excedentes con la incorporación.*

En todo caso los nombramientos provisionales que se hagan este año sólo surtirán efectos fiscales a partir del 1º de enero de 2004 y así se hará constar en el respectivo acto administrativo.

3.- *En la incorporación el departamento deberá observar y respetar la prioridad que tiene el personal en propiedad sobre el que ostenta cualquier otra modalidad de vinculación provisional. Así mismo, deberá priorizar el personal amenazado de otras entidades territoriales que se encuentren laborando en sus establecimientos educativos, de conformidad con la normatividad vigente.*

4.- *Los docentes vinculados por órdenes de prestación de servicios que se requieran y cumplan con los requisitos estipulados por el artículo 38 de la Ley 715 de 2001, deberán ser nombrados provisionalmente en la planta adoptada. La entidad territorial no estará obligada a vincular provisionalmente el personal que de conformidad con el estudio técnico de plantas aprobado, no se necesite. De presentarse este caso, se procederá a seleccionar el personal al que se le dará nombramiento provisional, para lo cual, el departamento elaborará y establecerá los criterios técnicos que permitan efectuar dicho proceso con equidad y transparencia. Estos criterios deben ser difundidos en el departamento y remitidos a la Dirección de Descentralización del Ministerio de Educación Nacional.*

5.- El Sistema General de Participaciones no asume ningún incremento de la planta que se viabiliza mediante el presente concepto. Cualquier modificación en ese sentido será responsabilidad de la entidad territorial, con cargo a sus recursos propios.

6.- *El número de cargos de Directores de Núcleo y Supervisores se definirá una vez la entidad territorial certifique la planta provista.*

7.- *El presente concepto podrá ser ajustado una vez el departamento presente nueva información certificada por la Secretaría de Educación con sus respectivos soportes y verificada por esta Dirección”.*

Esta planta fue posteriormente ajustada mediante concepto radicado con el Número 20044413384⁸⁰, según oficio suscrito por Gloria Mercedes Álvarez Núñez, Directora de Descentralización del Ministerio de Educación Nacional, en carta de 22 de abril de 2004 dirigida al Gobernador de Chocó
JULIO IBARGUEN MOSQUERA:

“Debido a que la entidad territorial no reportó la información suficiente para emitir el concepto técnico sobre la propuesta de organización de plantas de personal docente, directivo docente y administrativo del Departamento del Chocó, radicado con el No. 2003EE10294, se hace necesario emitir el presente ajuste al mencionado concepto técnico, después de actualizar la información pertinente.

Como base para este ajuste se ha utilizado una matrícula total de 127.731 alumnos, la cual resulta de la información recolectada por el Ministerio en el Departamento, sin tener en cuenta los estudiantes matriculados en jardín y prejardín (392).

La propuesta alcanza en la zona urbana y rural una relación promedio departamental alumno-docente de 27.4 y 21.4 respectivamente, el departamento no cumple con los parámetros establecidos en el decreto 3020 debido a la dispersión poblacional.

En consideración a lo anterior, se emite el concepto para que el Departamento del Chocó proceda a la adopción de la siguiente planta de cargos docentes, directivos docentes y administrativos financiada con recursos del Sistema General de Participaciones:

	DENOMINACIÓN	NÚMERO
1	Docentes	5.406
2	Directivos docentes	370
	Rectores	86
	Directores	89
	Coordinadores	112
	Supervisores	29

⁸⁰ Folio 3 cuaderno anexo 1

	<i>Directores de Núcleo</i>	52
	<i>Vicerrectores</i>	2
3	<i>Administrativos</i>	427
	<i>Total</i>	6203

Dentro de los cargos docentes se encuentran 45 cargos para docentes que ejercerán funciones de apoyo y 80 que ejercerán funciones de orientación.

Los cargos de Vicerrector serán convertidos en cargo de rector cuando queden en vacancia definitiva de acuerdo con la normatividad vigente.

Este concepto se emite sin perjuicio de las orientaciones dadas para el proceso de adopción e incorporación de la planta establecida en el concepto anterior.

Acorde con lo indicado en el informe de policía judicial 332906 de 20 de marzo de 2007⁸¹, mediante Decreto 0303 de 2004⁸², el Gobernador del Departamento (e) BISMARCK CALIMEÑO MENA, adoptó la planta de personal viabilizada por el Ministerio de Educación Nacional indicando al efecto que “*no se podrán crear cargos sin disponibilidad presupuestal del Recurso del Sistema General de Participaciones y el cumplimiento previo de los fines, criterios y parámetros establecidos para la organización de plantas de personal*”, y a través de Decreto 0431 de 21 de julio de 2004⁸³, JULIO IBARGUEN MOSQUERA incorporó a la planta de personal los docentes y directivos docentes que venían laborando con nombramientos en propiedad en los distintos establecimientos educativos del departamento de Chocó.

Asimismo, mediante Decretos 0694 y 0695 de 30 de diciembre de 2005, el Gobernador IBARGUEN dispuso incorporar a la planta de personal del departamento los

⁸¹ Folios 163 y ss. cuaderno 1 Fiscalía

⁸² Folio 33 y ss. cuaderno anexo 18

⁸³ Folio 37 y ss. cuaderno anexo 18

funcionarios directivos administrativos que hasta ese momento se encontraban vinculados en propiedad y provisionalmente, pero que no habían sido incluidos en la nueva planta⁸⁴.

De igual modo, a la actuación fueron allegados por parte del Secretario de Educación Departamental del Chocó, los diversos actos administrativos por cuyo medio se revocan nombramientos, se nombran docentes de manera provisional y se aclaran y corrigen lugares de trabajo⁸⁵.

Junto con los Decretos 435 y 449 de julio de 2004, por cuyo medio se vinculan provisionalmente docentes a la Planta de Personal del Departamento de Chocó⁸⁶, la Jefe Administrativa y Financiera de la Secretaría de Educación del Chocó, con fecha 22 de noviembre de 2006, certificó que *“que revisadas las hojas de vida de los docentes provisionales nombrados desde el año 2004 hasta la fecha, se evidencia que en ellas reposan las constancias de presentación a la Plaza, firmadas por los rectores de las instituciones o Directores Rurales de Centros Educativos, con el visto bueno de los directores de núcleo”*⁸⁷.

No obstante, a partir de las inconsistencias encontradas como resultados de las visitas realizadas por funcionarios del Ministerio de Educación Nacional, dicha autoridad expidió la Resolución 596 del 13 de febrero de 2006⁸⁸ por la cual se aplica el sistema de control de la educación en el departamento de Chocó en virtud del artículo 29 de la Ley 715 de 2001.

⁸⁴ Folios 130 y ss. cuaderno anexo 18.

⁸⁵ Folios 144 y ss. cuaderno anexo 18

⁸⁶ Folios 227 y ss. cuaderno anexo 18

⁸⁷ Folio 263 cuaderno anexo 18

⁸⁸ CCF N° 1 folios 3 s.s.

En dicha resolución se indica lo siguiente:

“Que de acuerdo con las competencias establecidas en la Ley 715 de 2001, en el año 2003 el Ministerio de Educación Nacional definió junto con el departamento de Chocó la planta de cargos docentes, directivos docentes y administrativos a ser financiada con los recursos del Sistema General de Participaciones. Dicha planta fue ajustada el 22 de abril de 2004 mediante concepto técnico No.2004EE13384, viabilizando en definitiva 5.406 cargos docentes, 370 cargos directivos docentes y 427 cargos administrativos. El departamento de Chocó adoptó la planta de cargos viabilizada mediante Decreto 103 de febrero de 2004 y ajustó dicho acto mediante el Decreto 308 de mayo de 2004, incorporó docentes y directivos docentes mediante Decreto 0431 del mismo año y administrativos mediante Decreto 0694 de diciembre de 2005.

Que en visita realizada al Chocó por funcionarios del Ministerio de Educación en abril de 2005 se evidenciaron nombramientos que excedían la planta viabilizada en 7 directores y 25 administrativos. Que las situaciones encontradas en virtud de dicha visita y las respectivas recomendaciones fueron registradas en acta firmada por la Secretaria de Educación y los funcionarios del Ministerio y copia de dicha acta fue entregada en el despacho del Gobernador.

Que en información reportada a la Oficina de Planeación de este Ministerio en el mes de junio de 2005 mediante comunicación radicada con el 2005ER41850 se evidenció el incumplimiento de la recomendación de ajuste a la planta viabilizada, y para mayo la entidad tenía vinculados 394 funcionarios (307 docentes y 87 administrativos) adicionales, sin que se haya demostrado el cumplimiento de lo señalado en el artículo 23 de la Ley 715 de 2001.

Que mediante comunicación EE42382 de diciembre de 2005 se solicitó a la secretaria informar las acciones adelantadas en atención a las recomendaciones realizadas y hasta la fecha el departamento no ha remitido el informe correspondiente ni evidencia acciones correctivas.

Que el departamento de Chocó durante los años 2004 y 2005 no ha tenido en cuenta los criterios establecidos en los Decretos 3020 y 1850 de 2002 para realizar la distribución equitativa de docentes en los municipios. Situación que se evidenció, de una parte, en visita realizada por el Ministerio de Educación en agosto de 2004 según consta en el acta respectiva, y de otra, en las comunicaciones remitidas al Ministerio de Educación por las autoridades municipales y comunidad educativa informando de la falta de docentes para prestar el servicio especialmente en zonas rurales alejadas de la capital y zonas de población indígena. Con base en estas comunicaciones se remitieron oficios a la Secretaría de Educación solicitando acciones correctivas y específicamente al Gobernador mediante comunicación ERI 5024 de abril de 2005, sin obtener a la fecha respuesta satisfactoria por parte de las autoridades territoriales”.

Lo anterior, que dio lugar al inicio de la correspondiente investigación, estableciéndose mediante informe de Policía Judicial 341174 de 7 de mayo de 2007⁸⁹, suscrito por los Investigadores Criminalísticos Germán Lenis Domínguez y Feisal Reales Martínez, que:

“Luego de revisar el comportamiento de los recursos educativos transferidos al Departamento del Chocó en las vigencias 2004 y 2005 a través del Sistema General de Participaciones SGP y el marco legal que rige el manejo de estos recursos nos permitimos concluir lo siguiente:

1. Los recursos que ingresan al Departamento por el SGP para educación son transferidos de acuerdo a la prestación del servicio educativo financiado en el año anterior y se derivan de la información aportada al Ministerio de Educación Nacional a través de los censos educativos.

En los años 2004 y 2005 el Departamento del Chocó reportó los siguientes datos:

AÑO	Población Educativa	Población Educativa Indígena	Población Indígena Atendida	Valor girado por el MEN
2004	129.366	16.651	2.684	\$114.595.611.889
2005	122.874	12.767	3.234	\$129.178.063.129

Luego de revisar las ejecuciones presupuestales pasivas de las vigencias 2004 y 2005 se observa que la distribución de los recursos utilizados para educación, corresponden al total de los giros del SGP es decir desde el punto de vista presupuestal no se observan diferencias.

Este concepto a criterio de la Corte, coincide en lo sustancial con el análisis sobre el particular efectuado por el Director de Vigilancia Fiscal de la Contraloría Delegada para el Sector Social de la Contraloría General de la República, en auto proferido el 3 de mayo de 2007⁹⁰ al señalar que si bien la Gobernación del Chocó, a través de la Secretaría de Educación Departamental al parecer incumplió los parámetros fijados por el Ministerio de Educación Nacional, respecto al manejo de la

⁸⁹ Folios 177 y ss. cuaderno Fiscalía No. 2

⁹⁰ Folios 91 y ss. cuaderno anexo No. 9

planta de personal de docentes, directivos docentes y personal administrativo, toda vez que para los años 2004 y 2005 tenía un número superior al aprobado por el Ministerio de Educación Nacional, desconociendo lo previsto por el artículo 23 de la Ley 715 de 2001, es lo cierto que por dicho motivo y con ese solo fundamento no se causó daño patrimonial alguno, sino por el pago de salarios a 15 docentes y directivos docentes sin que mediara la presentación del servicio, habida cuenta de existir incapacidades médicas proferidas por las entidades prestadoras de salud correspondientes, ocasionando con dicha cancelación un detrimento al patrimonio público:

“Así las cosas, como conclusión al hecho presuntamente irregular tratado en el numeral 1 de la presente indagación INCUMPLIMIENTO A LA VIABILIZACIÓN DE LA PLANTA DE PERSONAL DOCENTE, DIRECTIVO DOCENTE Y ADMINISTRATIVO, por parte de la Secretaría de educación y Diócesis de Itsmina y Tadó, mal podría endilgarse daño patrimonial en razón al pago realizado utilizando recursos del SGP, toda vez que como contraprestación se dio el servicio educativo. Sin embargo, esta situación será informada a la Procuraduría General de la Nación para los fines pertinentes.

“Caso contrario se presenta respecto de los 15 funcionarios a quienes sin haber prestado el servicio en consideración a una incapacidad médica, la Secretaría realizó el pago de salarios”

Con lo anterior se acredita, sin lugar a dudas, que los recursos oficiales girados al Departamento por concepto del Sistema General de Participaciones, no sólo ingresaron al presupuesto del Chocó, sino que la distribución de los mismos corresponde a la totalidad de lo recibido de parte de la Nación, con lo cual ningún menoscabo patrimonial pudo haberse causado al erario departamental o de la Nación, máxime si ninguno de los medios allegados, salvo 15 casos puntuales, relacionados con la existencia de incapacidades recurrentes, da cuenta sobre el eventual incumplimiento en la prestación

del servicio de parte de los docentes, directivos docentes y administrativos designados.

Es de advertir, asimismo, que de los medios allegados a la actuación no se establece que en la designación de algún docente, de los incorporados en exceso a la planta de personal viabilizada por el Ministerio de Educación Nacional, hubiese mediado propósito o interés individual de favorecimiento, por amistad, familiaridad o afinidad política o religiosa, pues ninguna de las pocas declaraciones recaudadas por la Fiscalía, da cuenta de ello, o al menos da en sugerir que esto hubiese ocurrido.

En orden a la definición del asunto que le compete asumir a la Sala, considera preciso advertir que el objetivo del presente análisis es determinar, con base en las pruebas legalmente recaudadas durante las fases de instrucción y juzgamiento, si durante su desempeño como Gobernador del Departamento de Chocó entre los años 2004 y 2005, el profesor JULIO IBARGUEN MOSQUERA al incorporar la planta de personal docente, directivo docente y administrativo en número superior a la viabilizada por el Ministerio de Educación Nacional, dio lugar a la apropiación indebida por parte de terceros de recursos departamentales cuya administración o custodia le había sido confiada por razón de sus funciones, conforme se indicó en la resolución de acusación, o si por el contrario, los aludidos medios de convicción analizados en conjunto siguiendo las reglas de la persuasión racional permiten afirmar que no hubo tal transgresión como lo sostiene la defensa, o si, de otra parte, se presentan dudas sobre el particular que por lo insalvables deberán resolverse a favor del acusado.

Aunque la conclusión a que arriba la Sala es esta última que de antemano anuncia, pues después de realizar el análisis correspondiente de manera conjunta sobre el cúmulo probatorio, sin dificultad se tiene que la prueba recaudada durante las fases de instrucción y juzgamiento no arroja sino dudas sobre la responsabilidad penal en la realización del concurso de conductas punibles atribuido por la Fiscalía, por lo tanto, le corresponde expresar las razones que la llevan a esa aseveración.

No escapa a la Sala la dispersión que de bulto se observa en la atribución de los reproches al procesado de parte de la Fiscalía en la formulación de acusación, toda vez que si de presentar organizadamente los cargos se trataba, lo primero que se imponía dilucidar era si el funcionario acusado se hallaba autorizado para contratar personal docente en número superior al viabilizado por el Ministerio de Educación Superior, si podía hacerlo sólo con recursos provenientes del Sistema General de Participaciones o si la ley lo facultaba para comprometer dineros propios del Departamento con origen distinto del asignado por el Ministerio de Hacienda a través del Ministerio de Educación Nacional; y una vez establecido esto, precisar si al realizar los nombramientos excediendo la planta de personal viabilizada, lo hizo con el propósito de favorecer al personal designado y no con el ánimo de solucionar el problema de la falta de docentes en algunas zonas del departamento, y si los designados finalmente prestaron o no el servicio para el cual fueron incorporados a la planta de personal.

Y aunque parte de reconocer que *“el Gobernador es el supremo director de la actividad política, administrativa y presupuestal del departamento y por tanto ordenador del gasto, funciones que debe ejercer dentro del estricto marco constitucional y legal; y sobre todo con una esmerada pulcritud en el manejo de los recursos públicos para el fin que estos han sido destinados por la ley, el Gobierno Nacional y las Asambleas Departamentales para el caso que nos ocupa”*, es lo cierto que dicha claridad no se aprecia en cuanto hace a identificar con nitidez las razones fácticas y jurídicas que sustentan el concurso delictivo de peculados por apropiación en favor de terceros que se atribuye, es decir, de los docentes designados en exceso de la planta de personal viabilizada por el Ministerio de Educación Nacional, pues los fundamentos que expone no se presentan con la lógica que dicho tipo de pronunciamientos reclama, pese a corresponder a una progresividad en el razonamiento, pues si los docentes fueron designados para prestar un servicio a la comunidad educativa, resultaba indispensable acreditar la apropiación de los recursos por parte de aquellos, por no haber prestado el servicio, por no acreditar el cumplimiento de los requisitos mínimos para desempeñar los cargos en que fueron designados, o que la finalidad de quien los incorporó a la planta de personal, fue simplemente favorecerlos por afinidad política, religiosa, económica, de amistad, o por otras razones, nada de lo cual siquiera se intenta acreditar.

No escapa a la Sala que el profesor IBARGUEN manifestó que el exceso en el número de docentes, directivos docentes y administrativos, designados obedeció a que ni el Departamento ni el Ministerio tuvieron en cuenta los convenios suscritos por

con las Diócesis de Quibdó⁹¹ Itsmina y Tadó⁹² para la prestación del servicio educativo con fundamento en lo pactado en los artículos II, III y IV del Concordato de 1973, aprobado por la Ley 20 de 1974, y según lo establecido en los artículos 11 de la Ley 133 de 1994 y 2° del Decreto 1285 de 2001.

Si bien, ello pudo haber sido eventualmente cierto, toda vez que en ninguno de los documentos cursados se hace alusión a ello, es lo cierto que aunque dicho tema a la hora de ahora pudiera resultar a la postre irrelevante, teniendo en cuenta que por parte alguna se discute ni la suscripción de los convenios de que da cuenta la actuación ni que no hubieren sido cumplidos, lo cierto del caso es que acorde con la planta de docentes y administrativos de los años 2004, aportada por Hernán Julio Mosquera Pérez, Secretario de Educación⁹³, se tiene que la diferencia encontrada entre la planta viabilizada por el Ministerio de Educación Nacional y la incorporada por el Gobierno Departamental de Chocó, si bien en el caso del año 2005 es coincidente, con la del año 2004 resulta muy distante, lo que denota que allí no necesariamente radicó el error que el acusado pregona, como se comprueba a continuación:

2004								
Descripción	Dpto	Diócesis Istmina	Diócesis Quibdó	TOTAL	Viabilizada	Diferencia	Sueldo	Sobrecosto
Docentes	6.093	245	152	6.490	5.406	- 1.084	1.320.976	- 1.431.937.984
Directivos - Rector	746	20	7	773	370	- 403	1.717.269	- 692.059.407
Administrativos	520	30	18	568	427	- 141	858.326	- 121.023.966
Total	7.359	295	177	7.831	6.203	- 1.628	3.896.571	- 2.245.021.357
Por doce (12) meses (-2.245.021.357x12)								- 26.940.256.284

⁹¹ Folios 69 y ss. cuaderno anexo No. 2 y Fls. 1 y ss. anexo No. 33

⁹² Folios 234 cuaderno original 4 Fiscalía

⁹³ Conforme de ello se da cuenta en el informe 353609 de 24 de julio de 2007 suscrito por el investigador criminalístico Víctor Malaver Peña. Folios 69 y ss. cuaderno anexo No. 2

2005								
Descripción	Dpto	Diócesis Istmina	Diócesis Quibdó	TOTAL	Viabilizada	Diferencia	Sueldo	Sobrecosto
Docentes	5.416	245	152	5.813	5.406	- 407	1.482.747	- 603.478.029
Directivos - Rector	337	20	7	364	370	6	1.927.571	11.565.426
Administrativos	466	30	18	514	427	- 87	953.800	- 82.980.600
Total	6.219	295	177	6.691	6.203	- 488	4.364.118	- 674.893.203
Por doce (12) meses (-674.893.203x12)							-	8.098.718.436

Ahora, que dichos contratos tuvieran su propia financiación, de manera independiente al Sistema General de Participaciones, como lo sostiene la Fiscalía, no significa en manera alguna que pudiera desconocerse lo previsto en el artículo 27 de la ley 715 de 2001, según el cual *“La educación Misional Contratada y otras modalidades que venían financiándose con recursos del Situado Fiscal y las Participaciones de los Municipios en los Ingresos Corrientes de la Nación, se podrán continuar financiando con los recursos del Sistema General de Participaciones”*, por lo cual ninguna irregularidad podría haberse presentado si el Departamento decidía financiar dichos acuerdos con base en tales recursos de origen nacional, pero en cualquier caso, de llegar a superar la planta viabilizada, deberían ser cubiertos con recursos de orden departamental, como así lo dispone el mencionado artículo 27 al señalar:

“Cuando con cargo al Sistema General de Participaciones los municipios o distritos contraten la prestación del servicio educativo con entidades no estatales, el valor de la prestación del servicio financiado con estos recursos del sistema no podrá ser superior a la asignación por alumno definido por la Nación. Cuando el valor sea superior, el excedente se pagará con recursos propios de la entidad territorial, con las restricciones señaladas en la presente ley”.

Lo anterior indica, que si por razón de las necesidades de cubrir la atención del sistema educativo en la entidad territorial, el Gobernador Departamental excedía la planta de

personal viabilizada por el Gobierno Nacional, podía hacerlo siempre y cuando dichos compromisos no solamente fueran cubiertos con recursos propios sino debidamente presupuestados por el ente territorial.

Entonces, como quiera que ni durante la instrucción ni durante el juicio se obtuvo prueba con grado de certeza que pudiera acreditar la configuración del ingrediente normativo del tipo relativo a la “apropiación” en provecho propio o de un tercero de bienes del Estado, pues ninguna labor pesquisitiva se llevó a cabo en orden a demostrar que la pretensión del acusado era “privilegiar intereses particulares de algunos docentes”, a punto tal que no se indicó a cuáles de ellos de manera específica se refería, ni cómo ello tendría comprobación, no cabe menos que concluir que la actuación no ofrece sino dudas sobre dicho particular, pese al gran volumen de la documentación incorporada.

Ello por cuanto, así como la Fiscalía no intentó siquiera, identificar, localizar, entrevistar, y verificar las razones por las cuales el Gobernador procesado decidió vincular a esos docentes y no a otros, tampoco la prueba recaudada es indicativa que dicho “interés particular” no hubiere tenido ocurrencia, si se toma en consideración que los decretos de incorporación en realidad no cuentan con mayor justificación, sino que aluden sólo a los listados de los docentes que se incorporan.

Ahora bien, como quiera que el fundamento principal de la resolución de acusación, así como de las alegaciones finales por parte de la fiscalía y el ministerio público, radica en los

diversos informes de Policía Judicial presentados por los investigadores Criminalísticos, la Sala no puede dejar de destacar que los informes de policía judicial a que se alude en la resolución de acusación y a los cuales se refieren los Delegados de la Fiscalía y el Ministerio Público en sus alegatos finales, en realidad carecen del valor probatorio que estos le otorgan y por tanto ningún mérito persuasivo puede dárseles, pues en este caso no son dictámenes periciales ni constituyen prueba o evidencia alguna que deba ser ponderada, como en tal sentido lo tiene pacíficamente decantado la jurisprudencia Sala⁹⁴ al indicar que *“los informes a los cuales se les niega valor probatorio, en los términos del artículo 314 de la Ley 600 de 2000, es a los producidos por la Policía Judicial con ocasión de labores de investigación donde se recogen datos de terceros o fruto de pesquisas que, luego deben ser verificados por medio de pruebas legalmente admitidas”*.

Sobre dicho particular es pertinente traer a colación lo precisado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte⁹⁵:

«Sobre las labores de la policía judicial para el esclarecimiento de los hechos, debe indicarse que de tiempo atrás la Corte ha fijado los alcances del artículo 316 de la Ley 600 de 2000, regulatorio de dicha actividad de pesquisa cuando la investigación ya se encuentra radicada en el órgano acusador, precisando que la misma no comporta la recolección por parte de policía judicial de medios de prueba diferentes a los de carácter técnico o pericial.

En CSJ SP, 5 nov 2008, rad. 27508, decisión en la que se juzgó un caso de homicidio en el que se alegaba un falso juicio de legalidad respecto de unas declaraciones juramentadas rendidas ante funcionarios del CTI que señalaban al acusado como autor del hecho, diferenció la Sala tres momentos en los que actúa la policía judicial, en orden a establecer los

⁹⁴ CSJ SCP SP, 11 Mar 2009, rad 23410.

⁹⁵ CSJ SCP SP 17356-2016, 30 Nov 2016, rad 47891.

efectos en el proceso de los medios de convicción recopilados en cada uno de ellos.

Es así que al referirse a la actividad desplegada por la policía judicial cuando la fiscalía ha asumido el control de la investigación, se indicó:

« (...) cuando ya la Fiscalía ha asumido formalmente la dirección de la investigación, la facultad de la Policía Judicial se restringe en enorme medida, al punto que, como lo dispone el artículo 316 de la Ley 600 de 2000, únicamente puede actuar por orden del ente instructor “para la práctica de pruebas técnicas o diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos”.

Estima necesario precisar la Corte el sentido de la frase citada, pues, se patentiza que la actividad de la Policía Judicial, por comisión del Fiscal, opera dentro de estrictos límites y precisos derroteros, dada la excepcionalidad que comporta...

A renglón seguido, el artículo 316 citado, permite que se comisione a la Policía Judicial para desarrollar “diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos”. Esas diligencias, estima la Corte, no dicen relación con la práctica de pruebas -con excepción, desde luego, de las técnicas, como se anotó en precedencia-, pues, ello atenta no solo contra la excepcionalidad de la intervención probatoria de la Policía Judicial, sino con el tipo de actividad pesquisidora propia de estos organismos, a partir de los cuales, para citar algunos ejemplos comunes, debe recoger evidencias que eventualmente se requieran para demostrar los hechos, o acudir al lugar para la verificación de quiénes pueden conocer algo de lo sucedido y podrán ser citados por la fiscalía a declarar, y en fin, esas labores investigativas de campo que permiten orientar al director de la investigación respecto de la mejor forma de abordar la demostración del objeto del proceso penal» (CSJ SP, 5 nov 2008, rad. 27508)

En la misma decisión, acorde con lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley 600 de 2000, norma regulatoria de las comisiones, en concordancia con el citado artículo 316 ibíd., sostuvo la Corte que diligencias como por ejemplo la recepción de testimonios, en caso de que se requiera agotar el mecanismo de la comisión, éstos deben ser recaudados únicamente por un funcionario judicial:

«Así las cosas, el inciso quinto del artículo 84, en concordancia con el artículo 316, conduce a significar que si la comisionada es la Policía Judicial, ésta sólo puede practicar pruebas técnicas o diligencias que conduzcan al esclarecimiento de los hechos. En cambio, sí puede comisionarse a “otros funcionarios judiciales”, léase jueces o fiscales, para la práctica de cualquier tipo de prueba».

El anterior criterio fue reiterado por la Sala en CSJ SP, 5 sep. 2012, rad. 33125, en torno a que «ni el Fiscal ni el Juez pueden comisionar válidamente en esas fases procesales a la Policía Judicial para la recepción de testimonios».

En este sentido cabe reiterar, entonces, que acorde con las previsiones de los artículos 314 y 316 de la Ley 600 de 2000, una vez asumida la investigación por la Fiscalía, los funcionarios de policía Judicial sólo podrán actuar por orden del Fiscal pero únicamente para la práctica de pruebas técnicas o diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos incluido el recaudo de documentación y realizar análisis de información, pues las exposiciones o entrevistas que dichos investigadores reciban no tendrán valor de testimonio ni de indicio y sólo podrán servir como criterios orientadores de la investigación.

Precisado lo anterior, al contrario de lo indicado por la Fiscalía y el Ministerio Público en los alegatos finales de la audiencia pública, descartados como quedan los informes de policía judicial para ser ponderados como medios de conocimiento en el presente caso, para la Sala la prueba documental allegada con los informes de policía judicial base de la acusación, ni la recaudada durante la instrucción y juzgamiento, reúne el presupuesto de certeza requerida para proferir fallo de condena en contra del acusado respecto del concurso de delictivo que se le atribuye, según pasa a precisarse.

4.1.3.- Explicaciones del procesado.

El procesado en las diligencias de versión⁹⁶, de indagatoria⁹⁷, y en el interrogatorio que se le formuló en la vista pública, fue enfático en manifestar que obró con el sólo propósito de atender las necesidades educativas del Departamento, pese a las dificultades presupuestales, de orden público, topográficas de la región, y las limitaciones económicas impuestas con ocasión de los embargos ilegalmente dispuestos por algunas autoridades judiciales de la región, y que si en algún momento se equivocó, lo hizo de buena fe y convencido de haber obrado conforme a la ley.

4.1.4.- En todo caso, en estas condiciones, la Sala no tiene certeza ni de la realización de la conducta por parte del acusado ni de su responsabilidad penal en el concurso delictivo atribuido, pues ya está visto que aunque existe alguna coincidencia en el número de personal docente contratado para prestar el servicio educativo a través de las comunidades religiosas, tales guarismos no acreditan que allí hubiere radicado el yerro del exceso con respecto a la planta viabilizada por el Ministerio de Educación Nacional, pero tampoco que dicha posibilidad no hubiere existido.

Tampoco con la prueba recaudada puede afirmarse en grado de certeza, que no hubiere existido intención perversa orientada a favorecer determinados docentes, directivos docentes y administrativos ejerciendo la relativa autonomía que en tales designaciones el ordenamiento otorgaba, pues no

⁹⁶ Folios y -140 cno. 1 Fiscalía

⁹⁷ Fls. 39-61. cno. Original No. 3. Fiscalía

de otra manera podría eventualmente explicarse la cantidad de decretos de nombramiento, las revocatorias y traslados dispuestos sin mayor fundamentación en cada uno de los actos administrativos proferidos al efecto.

Adicional a ello, la Fiscalía no fue clara y expresa en delimitar los ámbitos de competencia en la elaboración de los listados de docentes a incorporar, en cuanto hace a Gobernación y las Secretarías de Educación y de Hacienda Departamentales, o las oficinas de presupuesto y de tesorería, en orden a determinar con claridad meridiana en dónde estuvo la equivocación o desacierto, o la pregonada actitud dolosa en la determinación del número de personal educativo que debía incorporarse con cargo al Sistema General de Participaciones, de tal suerte que, al no saberse con certeza si se presentó o no el interés particular a que alude la Fiscalía, la duda probatoria no puede menos que reconocerse a favor del acusado, máxime si la Fiscalía, como ya ha sido repetidamente dicho, no adelantó labor pesquisidora en orden a clarificar individualmente cada una de las situaciones cuyo reclamo no obstante eleva de manera conjunta.

5.- CONCLUSIONES SOBRE EL DELITO DE PECULADO POR APROPIACIÓN EN FAVOR DE TERCEROS.

Con el análisis que viene de realizar la Sala, es de concluir que con la prueba válidamente recaudada en las fases de instrucción y juzgamiento, la Fiscalía no logró desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al Gobernador del Chocó JULIO IBARGUEN MOSQUERA, pues la misma no acredita la

realización de la conducta de peculado por apropiación ni la responsabilidad del acusado, toda vez que de la evidencia no se extrae que los docentes incorporados en exceso a la planta de personal del Departamento de Chocó, se hubieren apropiado indebidamente de los sueldos devengados por no cumplir los requisitos para su designación o no haber prestado el servicio para el que fueron nombrados.

Además, cabe precisar que conforme a la información recaudada, la elaboración de los listados del personal a incorporar, la verificación de los requisitos exigidos para el desempeño de cada uno de los cargos a proveer, y del cumplimiento de la labor oficialmente encomendada por el personal docente y administrativo designado con los recursos provenientes del Sistema General de Participación, no era función exclusiva del gobernador del departamento, sino que en su desarrollo y ejecución necesariamente debían participar otras dependencias, entidades y funcionarios del orden Departamental y Nacional, tales como la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento, la Secretaría de Hacienda Departamental, la Tesorería, la Pagaduría, el Ministerio de Educación Nacional y el Ministerio de Hacienda, entre otros, respecto de cuyas actuaciones ninguna averiguación se adelantó de manera concreta por parte de la Fiscalía en orden a la acreditación del supuesto fáctico en que se fundó la acusación, que no era otro que la apropiación de recursos oficiales por parte de los docentes designados por el Gobernador Ibarguen, en exceso de la planta de personal viabilizada por el Ministerio de Educación Nacional, así como la determinación de las eventuales responsabilidades que de manera individual a cada cual pudiera corresponderle,

estableciendo la forma o formas de participación y el grado de culpabilidad, nada de lo cual se llevó a cabo dejando así la investigación penal a medio camino.

6.- OBSERVACIONES GENERALES.

Con base en las consideraciones que en este pronunciamiento ha sido puestas de presente, la Sala no puede menos que concluir que la presunta realización de la pluralidad delictiva atribuida por la Fiscalía, quedó ayuna de demostración, en cuanto no logró acreditar en grado de certeza que el Gobernador IBARGUEN con pleno conocimiento del carácter delictivo del comportamiento y tras su voluntaria realización, hubiere expedido los decretos de incorporación de personal docente, directivo docente y administrativo con el deleznable propósito de favorecer ilícitamente a algunos de ellos, en perjuicio del servicio educativo que le competía atender y con menoscabo de los derechos de las comunidades educativas marginadas, dando lugar a la configuración del concurso de delitos de peculado por apropiación en favor de terceros a él atribuido.

Al realizar la Sala la confrontación de los términos de la acusación formulada por la Fiscalía Delegada con la objetividad que la actuación evidencia, incluidas las explicaciones dadas por el acusado, se establece que varias de sus justificaciones pudieron encontrar eco en la prueba recaudada, tales como la existencia de convenios educativos con las Diócesis de Quibdó e Itsmina Tadó, las dificultades para el traslado de personal docente de las cabeceras municipales a las zonas apartadas y

de difícil acceso donde eran requeridas, las dificultades presupuestales derivadas de los embargos ilegalmente dispuestos por algunas autoridades entre otras, y el permanente acompañamiento del Ministerio de Educación en el proceso de reestructuración del sistema educativo en el departamento, entre otros aspectos que le sirvieron de base en la expedición de los ampliamente referidos actos administrativos de incorporación del personal docente.

Adicional a ello, la Fiscalía no aportó ningún tipo de evidencia de la cual se pudiera inferir, siquiera suponer, que entre el Gobernador IBARGÜEN, y los docentes incorporados en exceso a la planta de personal, existiera algún tipo de vinculación o compromiso que hubiere determinado la designación, de suerte que la indebida apropiación de recursos por parte de terceros, quedó a la postre indemostrada.

De todos modos, no puede dejarse de reconocer que tampoco se tuvo la iniciativa de realizar investigaciones de campo a fin de determinar los lugares de trabajo de todos y cada uno de los docentes incorporados a la planta de personal, establecer si en verdad laboraban en las zonas para las cuales fueron designados y escucharlos en declaración en orden a clarificar las circunstancias que rodearon su nombramiento y si para dicho efecto medió algún tipo de vínculo con el Gobernador IBARGUEN, nada de lo cual fue probatoriamente establecido.

Ahora bien, la Sala no podría culminar sin advertir, el poco o ningún aporte al esclarecimiento de los hechos ofrecidos por César Queragama Arce, quien brindó una información

difusa sobre las inconsistencias entre las cifras de personal de su etnia reportadas por la Secretaría de Educación como efectivamente matriculado; Eliana Ianini Botero, quien sólo puede dar fe de los recursos girados al Departamento de Chocó por concepto del Sistema General de Participaciones; Miguel Mauricio Roa quien da fe del caos imperante en el Departamento de Chocó en los registros de la Secretaría de Educación departamental; Clara Inés Oñate Delgado, encargada de diseñar las estrategias de organización de la situación financiera del Departamento de Chocó, respecto de los recursos del Sistema General de Participaciones, y Silvia Inés Marulanda, contratista del Ministerio de Educación para realizar la depuración de la planta de cargos y de personal de la Secretaría de Educación del Departamento del Chocó. A ninguno de ellos le consta o pueden dar fe de la apropiación de los recursos de orden oficial, por parte del personal incorporado en exceso.

Con lo anterior, concluye la Sala, las explicaciones ofrecidas por el acusado en el sentido de haber obrado con irrestricto apego a la ley podrían tener algún tipo de respaldo en la actuación, pero sin que se pueda arribar a dicha conclusión en grado de certeza, precisamente por no haberse llevado a cabo una exhaustiva investigación sobre la real intervención del Ministerio de Educación Nacional, la Secretaría de Educación y Cultura del departamento del Chocó, y la Secretaría de Hacienda, en la elaboración de los listados incluidos en los decretos de incorporación expedidos por el acusado.

7.- CONSIDERACIONES FINALES. IN DUBIO PRO REO.

La Sala observa que, si la durante la investigación se hubiesen llevado a cabo las averiguaciones que ahora extraña, habrían permitido establecer si las actuaciones llevadas a cabo por el acusado y materia de investigación y juzgamiento se realizaron con apego irrestricto a los presupuestos sustanciales normativamente establecidos, o si por el contrario, como se sostuvo en la acusación, se apartaron ostensiblemente de ellos dando lugar a que terceros se apropiaran indebidamente de recursos oficiales cuya custodia o administración le había sido confiada al Gobernador IBARGUEN por razón de sus funciones.

Al respecto no puede olvidarse que en el ámbito de aplicación de la Ley 600 de 2000, rige el principio de investigación integral previsto en el artículo 20 del referido estatuto que establece la obligación para el funcionario judicial de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del imputado, el cual, como es apenas obvio, abarca también a la actuación de los funcionarios de policía judicial a punto tal que el artículo 318 ejusdem establece que las pruebas y actuaciones que realice este cuerpo investigativo, por iniciativa propia o por comisión, deberán ser efectuadas con estricto acatamiento de las garantías constitucionales y legales.

Todo lo cual es reiterado en el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal de 2000, al precisar que corresponde al funcionario judicial buscar la *“verdad real”*, en cuyo propósito debe averiguar con igual celo tanto *«las circunstancias que demuestren la existencia de la conducta punible, las que*

agraven, atenúen o exoneren de responsabilidad al procesado y las que tiendan a demostrar su inocencia», sin perjuicio de advertir que, en todo caso, la carga de la prueba de la conducta punible corresponde a la Fiscalía, lo que al parecer en este caso no fue materia de consideración por el instructor y los funcionarios de policía judicial comisionados para el efecto durante la fase instructiva.

En opinión de la Sala, este tipo de investigaciones dadas las implicaciones para los intervinientes en las actuaciones administrativas en que se comprometan recursos oficiales, no puede limitarse tan solo a una revisión simplemente formal de carácter documental, sino que tienen que ir más allá en orden a tratar de establecer lo realmente acontecido, de cara al tipo penal presuntamente realizado, con todas las circunstancias que rodearon la expedición de los actos administrativos que, pese a la prescripción de la acción penal, la Fiscalía estimó manifiestamente contrarios a la ley; verificando los soportes, su autenticidad, su contenido; identificando, localizando e interrogando a cada uno de los que allí figuraban como docentes, directivos docentes o administrativos, nombrados e incorporados a la planta de personal, estableciendo los fundamentos de tales designaciones, la satisfacción de los requisitos normativamente establecidos, el cumplimiento de las funciones, y los sueldos y prestaciones efectivamente pagados sin prestar el servicio requerido, pero siempre recaudando la evidencia a la mayor brevedad posible, y acudiendo al apoyo de los especialistas según la naturaleza del tema o asunto materia de investigación, pues para eso están los asesores especializados del Fiscal y de los jueces, en quienes la ley reconoce la posibilidad de contar con su ayuda

atendiendo las necesidades y complejidades de cada caso sin que implique dejar en manos de estos fijar el rumbo de la investigación, ya que no de otra manera podría llegar a sostenerse, con criterio de certeza, que el procesado con pleno conocimiento de estar permitiendo la apropiación indebida de recursos oficiales por parte de terceros, emitió los actos administrativos de incorporación de personal o que no cumplía los requisitos, o a sabiendas que no irían a prestar el servicio para el cual habían sido designados, nada de lo cual puede ser materia de aclaración en estos momentos en que la investigación se halla clausurada y mediante el presente pronunciamiento se pone fin al proceso.

Cabe poner de resalto, además que pese a escudriñar a detalle el cúmulo investigativo como corresponde, la Sala no pudo encontrar acreditado el grado de certeza del acto de apropiación, bien en favor propio o de un tercero, porque conforme lo tiene precisado la Sala de Casación Penal de esta Corporación, en criterio que esta Sala comparte⁹⁸, la conducta delictiva necesariamente debe comportar un detrimento injustificado del patrimonio estatal, y ello aquí no está demostrado:

“El delito de peculado por apropiación custodia la administración pública en su esfera patrimonial y pretende garantizar la efectiva utilización del erario, para así conjurar su pérdida como consecuencia de actuaciones fraudulentas cometidas por sus servidores o propiciadas por éstos en favor de terceros.

El verbo rector que define la configuración de la conducta es el de apropiar, el cual si bien es cierto delimita el ámbito de aplicación del injusto, no debe examinarse aisladamente respecto del contenido del interés jurídico que busca amparar el legislador. Es decir, la tipicidad no puede

⁹⁸ SEP 00050-2020 Rad. 44368. May 6 de 2021.

circunscribirse a la mera verificación de la subsunción gramatical de una acción en el modelo descriptivo incorporado en la disposición legal, como lo auspicia el recurrente, sino que además debe corroborarse en cada caso concreto si el comportamiento prohibido previsto en el tipo resulta idóneo para afectar el bien jurídico tutelado⁹⁹ (subrayas fuera de texto).

Y así lo reiteró en SP20262, nov. 30 de 2017, rad. 29726, en la que precisó que *“Esa conducta punible, conforme a la descripción del artículo 397 de la Ley 599 de 2000, y en los términos del AP del 28 de marzo de 2016, Rad. 32645, requiere que ‘el servidor público en ejercicio de sus funciones **desarrolle ese acto de apoderamiento a su favor o de un tercero, privando así al Estado de la disposición que pueda ejercer sobre sus recursos**, los cuales le habían sido confiados a aquél”*. (Negrillas fuera de texto)

Significa lo anterior, como ha sido precisado por la Sala en el pronunciamiento que párrafos arriba se evoca,¹⁰⁰ que el estudio del verbo apropiar para esta modalidad comportamental, trasciende la mera determinación de que tuvo por objeto favorecer al servidor público o a un tercero, sino que, además, sin que se confunda con el análisis correspondiente a la antijuridicidad, si ese acto fue idóneo o apto para menoscabar el bien jurídico de la administración pública.

Esto tampoco aparece cabalmente acreditado en el presente caso, como acertadamente fue puesto de presente por la defensa, toda vez que lo que la prueba acopiada sugiere, es que, salvo los 15 casos de los docentes a quienes se les canceló el salario pese a estar incapacitados, en los demás todos los docentes, directivos docentes y administrativos, nombrados por el Gobernador Ibarguen excediendo la planta de personal viabilizada por el Gobierno Nacional a través del Ministerio de

⁹⁹ AP Rad. 40199 de febrero 27 de 2013.

¹⁰⁰ SEP 00050-2020 Rad. 44368. May 6 de 2021.

Educación, al parecer cumplieron con la labor encomendada, por lo que ese acto de apropiación al recibir los salarios, no habría tenido la aptitud, idoneidad o capacidad, se insiste, para afectar el bien jurídico protegido.

Lo anterior tiende a ser corroborado no solo por el pronunciamiento proferido por la Contraloría General de la República, y la constancia emitida por la Secretaria de Educación sobre dicho particular, sino por el hecho de que ninguno de los informes de policía judicial, fundamento de la acusación, ni los funcionarios del Ministerio de Educación que rindieron declaración en este proceso, señores Miguel Mauricio Roa Rodríguez¹⁰¹, Clara Inés Oñate¹⁰² y Silvia Inés Marulanda Castaño¹⁰³, mencionan el incumplimiento de la prestación del servicio por parte de los docentes, sino sólo desorganización administrativa en relación con los lugares de facción para el que habían sido nombrados, y el establecimiento de un mecanismo de control de cumplimiento de deberes, pues no se les pagaba el salario a quienes no comparecieran a firmar los listados de control de asistencia.

Lo cierto es que la prueba recaudada durante las fases de indagación preliminar, investigación y juicio, se reitera, no logró desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al procesado, pues de ella no surge la certeza de la realización del concurso de conductas punibles atribuida en la acusación, como tampoco la total ajenidad en tales acontecimientos que dieron lugar a formular resolución de acusación en su contra.

¹⁰¹ Fls. 159 y ss. Cno. 4 Fiscalía.

¹⁰² Fls. 183 y ss. Cno. 4 Fiscalía.

¹⁰³ Fls. 207 y ss. Cno. 4 Fiscalía.

Al no saberse sin duda alguna que el acusado JULIO IBARGUEN MOSQUERA durante su desempeño como gobernador del departamento del Chocó entre los años 2004 y 2007 con pleno conocimiento y conciencia de que con los actos administrativos que expidió disponiendo la vinculación de la docentes, directivos y administrativos docentes a planta de personal del Departamento, en exceso de la viabilizada por Ministerio de Educación Nacional, daba lugar a la apropiación indebida de recursos públicos cuya custodia o administración le había sido confiada con ocasión de sus funciones oficiales; o si, por el contrario, los destinatarios de tales recursos evidentemente prestaron el servicio para el cual fueron contratados, a la Corte no le cabe más alternativa que resolver las dudas a su favor y absolverlo por el concurso homogéneo y sucesivo de delitos de peculado por apropiación en favor de terceros, pues, como ha sido dicho por la Sala de Casación Penal de la Corte en la providencia que párrafos arriba se evoca, *“ante la falta de certeza probatoria en el momento de proferir sentencia, ha de acudirse al amparo del apotegma in dubio pro reo, expresamente consagrado en el vigente ordenamiento procesal penal en su artículo 7º (Ley 600 de 2000), para prevenir el inaceptable riesgo de condenar a un inocente, extremo de la disyuntiva falladora más grave que el de absolver a un eventual responsable, pues, la justicia es humana y, por lo mismo, falible; de ahí que el acto soberano y trascendente de emitir sentencia de condena ha de estar anclado firmemente en prueba de irrefutable solidez; cuando ello no ocurre, se impone en nombre de esa misma justicia, decisión absolutoria”*.

A más de lo dicho, en total acuerdo con la defensa técnica, a la Sala no le resulta de recibo el planteamiento de la Fiscalía como del Ministerio Público, en el sentido que por el solo hecho de haber dispuesto de manera ilegal la vinculación de personal

docente, directivo docente y administrativo, por encima de la planta viabilizada por el Ministerio de Educación Nacional, mediante actos administrativos contrarios a la ley 715 de 2001, así los delitos de prevaricato por acción hubieren prescrito, simultáneamente también se configuró el delito de peculado por apropiación en favor de terceros, pues tanto el prevaricato por acción como el peculado por apropiación en favor de terceros, corresponden a conductas autónomas que contienen ingredientes y elementos propios, por lo que la estructuración de uno no necesariamente conlleva la configuración del otro, ni tampoco sirve para colegir el dolo en ambos comportamientos. En el ámbito probatorio, cada uno de sus componentes debe estar acreditado y en la medida en que son disímiles, la argumentación que soporta su realización también ha de ser independiente.

Por último, la Sala no podría culminar sin dejar de advertir, que el esfuerzo investigativo de la Fiscalía se orientó a determinar la responsabilidad penal del Gobernador IBARGUEN en el nombramiento de personal docente, directivo docente y administrativo docente en el departamento de Chocó por los años 2004 y 2005, excediendo la planta de personal viabilizada para dichos períodos por el Ministerio de Educación Nacional, comprometiendo recursos presupuestales en exceso de los autorizados; y no hacia la real apropiación de dichos recursos por parte de los destinatarios de tales actos administrativos.

8.- Cuestiones finales

8.1.- Es de advertir, de otra parte que el artículo 191 de la Ley 600 de 2000 establece que el recurso de apelación procede contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia.

Igualmente, el inciso tercero del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2018, por el cual se adiciona el artículo 186 de la Constitución Política, establece que contra las sentencias que profiera la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia procede el recurso de apelación, cuya definición corresponde resolver a la Sala de Casación Penal.

En perfecta armonía con lo anterior, el artículo 3º del Acto Legislativo No. 01 de 2018, modificadorio del artículo 235 de la Constitución Política, estipuló como una de las funciones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la de resolver los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia.

En este orden de ideas, contra esta determinación procede el recurso de apelación en el efecto suspensivo¹⁰⁴.

¹⁰⁴ El Art. 191 de la Ley 600 de 2000 establece que, salvo disposición en contrario, el recurso de apelación procede contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia, y, según el Art., 193 ejusdem, el recurso de apelación contra la sentencia se concederá en el efecto suspensivo, en cuyo caso la competencia de la autoridad que profirió la decisión objeto de recurso se suspenderá desde cuando se emita la providencia que lo conceda hasta cuando regrese el expediente al Despacho de origen.

Por lo expuesto, LA SALA ESPECIAL DE JUZGAMIENTO DE PRIMERA INSTANCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1.- ABSOLVER al acusado JULIO IBARGUEN MOSQUERA en razón del cargo por el concurso de delitos de peculado por apropiación en favor de terceros, que le fuera formulado en el presente asunto.

2.- En firme esta determinación, archivar definitivamente el expediente.

3.- Contra esta decisión procede el recurso de apelación para ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el efecto suspensivo.

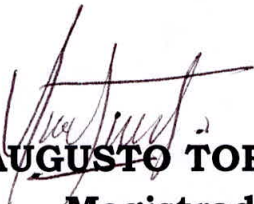
Cópiese, notifíquese y Cúmplase



BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA
Magistrada

IMPEDIDO

JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado



RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario