



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Penal

**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**

**Magistrado Ponente**

**SP1372-2022**

**Radicación No. 51288**

(Aprobado Acta No. 89)

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2.022)

La Sala decide el recurso de casación presentado por el defensor de Luis Fabián Fernández Maestre, contra la sentencia mediante la cual el Tribunal Superior de Valledupar confirmó la condena que le impuso el Juzgado 2° Penal del Circuito, en su condición de autor de delito de peculado por aplicación oficial diferente.

### **HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL**

1.- En las instancias los sentenciadores resumieron la situación fáctica en los siguientes términos:

*“Acusó la Fiscalía que el municipio de Valledupar dentro del marco del Decreto 2093 del 28 de julio de 2003 emanado del Gobierno Nacional, recaudó recursos que fueron depositados en varias cuentas corrientes en los bancos Davivienda, Bogotá, Popular, de Occidente, Las Villas y BBVA, de esta ciudad; que durante el año 2010 recaudó \$384’083.352.000, y en el año 2011, recaudó \$1.119’297.747.82, para un total de \$1.581’381.099.82. (sic)*

*Sostuvo la Fiscalía en su acusación, que dichos recursos no fueron aplicados o destinados a propiciar la seguridad ciudadana y preservar el orden público en el municipio de Valledupar, tal cual lo concibió el Gobierno Nacional al expedir el referido decreto, sino que el alcalde municipal de entonces, Luis Fabián Fernández Maestre, los destinó a gastos de funcionamiento, es decir, a pagar la nómina burocrática.*

*Relató el ente acusador que el acusado en su condición de alcalde, de conformidad con el artículo 315 numeral 9 de la Constitución Política tenía entre otras atribuciones, ordenar los gastos municipales de acuerdo al plan de inversión y presupuesto.”*

2.- Por esos hechos se le formuló imputación el 24 de septiembre de 2013 como presunto autor de peculado por aplicación oficial diferente, cargo por el cual lo acusó la Fiscalía en audiencia del 19 de mayo de 2014.

3.- Agotado el trámite del juicio, el juzgado de conocimiento, mediante sentencia del 8 de mayo de 2017, declaró al procesado penalmente responsable del comportamiento atribuido y lo sancionó con 24 meses de

prisión y multa de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

4.- La defensa apeló la decisión y el Tribunal la confirmó con proveído del 17 de julio siguiente, determinación que recurrió de manera extraordinaria el mismo sujeto procesal.

### **DEMANDA DE CASACIÓN**

Primer cargo: Violación directa por aplicación indebida del artículo 399 del Código Penal y falta de aplicación del Acuerdo 001 del 16 de febrero de 2010 *“emanado del Concejo Municipal de Valledupar, el cual reglamentó el Decreto Nacional No. 2093 del 28 de julio de 2003, por medio del cual se crearon los fondos de seguridad nacional y convivencia ciudadana y los fondos de seguridad de las entidades territoriales, a los cuales se les dio el nombre de fondos cuenta... creó los comités de orden público en los municipios, asignándoles la función de determinar la inversión de los recursos fondos cuenta, atendiendo las necesidades de seguridad de cada jurisdicción y se dispuso que serían administrados con un sistema separado de cuentas por el gobernador de cada departamento o por el alcalde del municipio respectivo, pudiendo este delegar en un secretario del despacho.”*

Apoyado en esa fuente legal asegura que la conducta del acusado es atípica, pues, aunque se trata de un servidor público encargado de la administración de los bienes oficiales, *“es lo cierto que esa misma condición de ordenador del gasto no la tenía asignada para la administración de los recursos del fondo cuenta, que como se sabe estaba a cargo del Comité de Orden Público, por disposición del acuerdo 001 del 16 de febrero de 2010, órgano colegiado del cual precisamente formaba parte el burgomaestre por disposición de la citada norma.”*

Segundo cargo (subsidiario). Con apoyo en la causal tercera del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, el actor denuncia la violación indirecta de la misma norma (art. 399 C.P.), mediante error de hecho por falso raciocinio *“al apreciar como digno de credibilidad el testimonio del ex tesorero municipal de Valledupar, Dr. Jorge Luis Pérez Mestre, según el cual el procesado... le dio la orden verbal de coger los recursos de fondo cuenta para pagar – como en efecto lo hizo – la nómina oficial del municipio... que para la fecha de los hechos registraba un atraso de 3 meses, base fundamental de la sentencia condenatoria impugnada.”*

La versión del testigo, según la cual, el acusado obró en todo momento como ordenador del gasto del fondo cuenta territorial de seguridad y convivencia ciudadana, *“es absolutamente contraria a lo señalado por el acuerdo 001 del 16 de febrero de 2010 y por ello transgrede en forma ostensible o manifiesta el test de razonabilidad, componente del sistema de la sana crítica, lo cual se demuestra con la sola comparación de la parte pertinente de su testimonio y la consagración literal de la norma inmersa en el acuerdo municipal... es la propia norma la que fija de manera expresa en el comité de orden público la función que le incumbe de ordenador del gasto en el fondo cuenta, sin mencionar al alcalde municipal en ese contexto, en tanto que al tesorero sí le asigna de manera expresa la función de cuidado y control de los dineros del referido fondo.”*

Agrega el actor que el tesorero no podía obedecer la orden verbal que dijo haber recibido del alcalde de pagar con los recursos del fondo cuenta la nómina atrasada del municipio, pues el ordenador del gasto era el comité de orden público, no el alcalde.

Como el testimonio del tesorero Pérez Maestre contradice la norma referida – *continúa el actor* – desacierta en sus conclusiones el Tribunal, además, porque en la administración del acusado no se acostumbraban las órdenes verbales sino que se proveían a través de actos administrativos, “*tal como lo acreditan con sus testimonios varios funcionarios de su administración [lo cuales no menciona], generándose así la regla de la experiencia, según la cual siempre o casi siempre las órdenes del alcalde municipal se daban por medio de actos administrativos, entonces no operaban las órdenes verbales*”; máxima desconocida en la sentencia.

### **TRÁMITE DE SUSTENTACIÓN**

1.- En el escrito de sustentación allegado por el defensor del acusado<sup>1</sup>, en su condición de demandante, agrega a los argumentos del libelo, que el acusado no realizó la conducta. Quien incurrió en desconocimiento de las normas presupuestales fue el tesorero municipal Jorge Luis Pérez Mestre, pues realizó las transferencias o traslados de dinero perteneciente al Fondo de Seguridad a otras cuentas del municipio para cancelar nóminas adeudadas, razón por la cual, asegura, fue condenado por un juez penal del circuito de Valledupar por el delito de peculado por apropiación oficial diferente.

---

<sup>1</sup> El trámite de sustentación se verificó con base en el Acuerdo 20 de 2020, por medio del cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, implementó mecanismos de trámite extraordinario, transitorio y excepcional, aplicables a la sustentación del recurso extraordinario de casación en procesos regidos por la Ley 906 de 2004, a fin de impulsar la emisión de sentencias en asuntos prioritarios durante la vigencia de las medidas de aislamiento preventivo obligatorio, dispuestas por el Gobierno nacional en el marco de la emergencia sanitaria decretada en todo el territorio nacional por causa del COVID-19.

Como argumento adicional, no planteado en los cargos de la demanda, expone que la conducta punible atribuida al acusado es atípica, dado que no se demostró en la actuación que la modificación al destino de los recursos haya ocasionado perjuicio a la inversión social, los salarios o prestaciones de los servidores de la entidad territorial.

2.- La Fiscal Segunda Delegada ante la Corte, por su parte, solicita no casar la sentencia recurrida. En relación con el primer cargo, precisa, se estableció que el Decreto 2170 de 2004 y el Acuerdo 001 de 2010, trazan la específica destinación del Fondo Cuenta, la cual fue modificada por el acusado quien tenía dentro de sus funciones la administración de esos recursos orientados a la seguridad y convivencia ciudadana. Entonces, como la función era del Alcalde y no se incorporó en juicio evidencia de acto administrativo de delegación, queda descartada la violación inmediata de la ley denunciada por el recurrente.

Frente al segundo cargo, violación indirecta mediante falso raciocinio en la declaración del testigo Jorge Luis Pérez Maestre, la Delegada precisa que la condición del acusado como ordenador del gasto, se estableció no solo con ese testimonio, se verificó, además, a través de diferentes mandatos constitucionales y legales que lo determinan. Además, la regla de experiencia que alude la censura, no se demuestra en la actuación, pues, aunque el acusado emitiera órdenes mediante actos administrativos, nada descartaba que fueran también verbales, como ocurrió en este caso, dada la

contingencia por el atraso en el pago de la nómina, según informó en su declaración el tesorero municipal de la época.

3.- La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, considera que la censura por violación directa carece de fundamento, toda vez que las normas consideradas por el sentenciador de segundo grado, señalan sin discusión al acusado como ordenador del gasto, dada su condición de alcalde municipal, por lo tanto, responsable de la administración del fondo cuenta. En forma adicional, el acusado reconoció en juicio, que su labor consistía en establecer el reconocimiento de los recursos para que la secretaría de hacienda dispusiera el pago, de manera que, las transacciones que se hicieran, ordinarias o del fondo cuenta, debían surtir su aprobación. En esas condiciones, carece de fundamento el error de juicio por indebida aplicación del artículo 399 del Código Penal que plantea el recurrente, sobre el supuesto de que el procesado no tenía asignada la función de ordenador del gasto del fondo referido.

De todos modos, la Procuradora considera que la Corte debe casar en forma oficiosa la sentencia recurrida, en tanto, refiere, *“si bien el tipo penal descrito en el artículo 399 del C.P., protege el adecuado y ordenado manejo del presupuesto, impidiendo dar a los dineros públicos un destino diferente al fijado por las autoridades competentes, en el asunto sub examine se presenta la ausencia de tipicidad objetiva, toda vez que no hay prueba demostrativa de un verdadero perjuicio de la inversión social o de los salarios y prestaciones sociales de los servidores, pues nótese que cabalmente, los recursos cuestionados fueron destinados para pagar la nómina de los empleados del municipio, es decir, para cancelar sus salarios y de esta manera, no se*

*presenta el elemento normativo exigido en el citado artículo 399 de la Ley 599 de 2000, que reclama se de a los bienes del Estado una aplicación oficial diferente en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores públicos.”*

En cuanto al segundo cargo la Procuradora encuentra conforme con la sana crítica la decisión del Tribunal, al concederle valor probatorio suficiente al testimonio del ex tesorero Jorge Luis Pérez Mestre, toda vez que conoció en el escenario el desarrollo de los hechos y justamente señaló quién dio la orden de utilizar los recursos públicos, su origen y el destino en el que finalmente se emplearon.

### **CONSIDERACIONES**

**Cuestión previa.** El juzgado de conocimiento remitió a la Corte el memorial suscrito por el acusado Fernández Maestre, con el cual solicita se declare la preclusión del trámite por prescripción de la acción penal, la cual se habría materializado el 24 de septiembre de 2017, cuando, en su criterio, venció el término máximo previsto para que el Tribunal profiriera la sentencia de segunda instancia con posterioridad a la formulación de imputación. La pena máxima del delito - *acotó* - es inferior a 5 años, por lo cual debe tomarse ese lapso como término de prescripción, aumentado en la mitad, dada la relación de sus funciones como alcalde de Valledupar con la conducta punible atribuida.

En esas condiciones, *“el tiempo que debe transcurrir para que opere la prescripción de la acción penal es de noventa (90) meses, igual a*



*siete (7) años y seis (6) meses” y, con posterioridad a la imputación, de cuarenta y cinco (45) meses, contados desde el 24 de septiembre de 2013, los cuales concluyeron el 17 de junio de 2017.*

Sobre el punto, recuérdese, el artículo 83 del Código Penal dispone:

*“La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.*

*...*

*En las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años.*

*Para este efecto se tendrán en cuenta las causales sustanciales modificadoras de la punibilidad.*

*Al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en la mitad. Lo anterior se aplicará también en relación con los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores.*

*También se aumentará el término de prescripción, en la mitad, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior.*

*En todo caso, cuando se aumente el término de prescripción, no se excederá el límite máximo fijado.”*

El artículo 86 de la misma codificación refiere que la prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación, por lo que el término

comenzará a correr nuevamente por la mitad del señalado inicialmente en el artículo 83, sin que pueda ser inferior a cinco años ni superior a diez. No obstante, en los asuntos tramitados por el sistema de enjuiciamiento acusatorio, precisa el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, interrumpida la prescripción, con la formulación de imputación, el término comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del artículo 83 del Código Penal, sin que pueda ser inferior a tres años.

Las dudas que pudieran surgir en el escenario de la coexistencia normativa procesal (leyes 600/00 y 906/04), en relación al término mínimo de prescripción, en su momento fueron disipadas por la Corte, en cuanto precisó que:

*“producida la interrupción de la prescripción en el Código de Procedimiento Penal de 2000, esta vuelve a correr por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal, sin que pueda ser inferior a 5 años ni superior a 10, en tanto que, cuando ello sucede en el curso de un proceso tramitado por la Ley 906 de 2004 opera la misma regla, aunque en este evento el término no podrá ser inferior a 3 años, tal como lo dispone el artículo 292 citado, lo cual tiene su razón de ser en la dinámica propia del sistema acusatorio, con la que se busca materializar la efectividad del principio de celeridad que lo caracteriza y se explica que la prescripción de la acción penal se interrumpa con la formulación de la imputación y empiece a descontarse de nuevo en la forma indicada. (CSJ SP. 14 ago. 2012. Radicado 38467)*

*En ese orden de ideas, en la Ley 906 de 2004, el lapso prescriptivo comienza de nuevo, una vez se ha producido la interrupción, por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal, sin que pueda ser menor a los tres (3) años, de manera que los cinco (5) años a los que alude el inciso 2º del artículo 86 de dicho estatuto solo es relevante para los asuntos de la Ley 600 de 2000.<sup>2</sup>*

De esa manera, en asuntos como el presente, tramitados por la ritualidad de la Ley 906 de 2004, conforme el artículo 86 del estatuto punitivo, el término de prescripción se interrumpe con la formulación de la imputación y, a partir de ese momento, comienza a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83; en ningún caso ese lapso puede ser inferior a tres años, según complementa el artículo 292 del Código de Procedimiento Penal.

Al acusado Fernández Maestre se le imputó en audiencia del 24 de septiembre de 2013<sup>3</sup>, el delito de peculado por destinación oficial diferente, por cuanto dispuso, en su condición de alcalde del municipio de Valledupar, que dineros destinados por mandato legal a propiciar la seguridad ciudadana y preservar el orden público, se aplicaran a cancelar las nómina atrasada de los funcionarios del municipio por los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2011<sup>4</sup>; comportamiento conminado

---

<sup>2</sup> CSJ SP 10 Feb 2016 Rad. 43997

<sup>3</sup> Consta en el acta respectiva visible a folio 6 de la carpeta

<sup>4</sup> Fol. 17 sentencia de segunda instancia

en los términos del artículo 399 del Código Penal con pena máxima de prisión de 54 meses.

A partir del acto procesal verificado en esa fecha el término prescriptivo se interrumpió y comenzó a correr nuevamente por la mitad del indicado, esto es, 27 meses. Sin embargo, por virtud de las reglas de prescripción que vienen de examinarse, el término no puede ser inferior a 3 años, los cuales a su vez se incrementan en la mitad merced a la condición de servidor público que asistió al acusado en la ejecución del ilícito.

Lo anterior significa que el término de prescripción en este caso, con posterioridad a la formulación de imputación, es de 54 meses, o 4 años 6 meses, que se habrían cumplido el 24 de marzo de 2018, sin embargo, el Tribunal dictó la sentencia recurrida el 17 de julio de 2017, con lo cual se suspendió el plazo extintivo en la forma y por el período indicados por el artículo 189 del Código de Procedimiento Penal.

### **Respuesta a los cargos de la demanda.**

**Primer cargo.** Violación directa por aplicación indebida del artículo 399 del Código Penal y falta de aplicación del Acuerdo 001 del 16 de febrero de 2010. La conducta del acusado es atípica, pues aunque se trata de un servidor público encargado de la administración de los bienes oficiales, *“es lo cierto que esa misma condición de ordenador del gasto no la tenía asignada para la administración de los recursos del fondo cuenta, que*

*como se sabe estaba a cargo del Comité de Orden Público, por disposición del acuerdo 001 del 16 de febrero de 2010, órgano colegiado del cual precisamente formaba parte el burgomaestre por disposición de la citada norma.”*

En relación con esta censura, la sentencia, como unidad jurídica, ilustra con precisión que el acusado en su condición de ordenador del gasto, como alcalde municipal, dispuso el pago de nóminas adeudadas a los funcionario d la administración, con los recursos destinados por mandato legal al sector seguridad y convivencia ciudadana, previstos para inversión en dotación de material de guerra, reconstrucción de cuarteles y otras instalaciones, compra de equipo de comunicaciones, montaje y operación de redes de inteligencia, recompensa a personas que colaboren con la justicia y seguridad de las mismas, dotación y raciones para nuevos agentes y soldados o en la realización de gastos destinados a generar un ambiente propicio para la seguridad, la convivencia ciudadana y la preservación del orden público; conducta en virtud de la cual, concluyeron los sentenciadores, el acusado desarrolló el tipo del artículo 399 del Código Penal por virtud del cual le impusieron la sanción correspondiente.

Existe, entonces, clara correspondencia entre la situación debatida y demostrada en el juicio, con la norma empleada por el Tribunal al resolver el asunto, circunstancia que desvirtúa la indebida aplicación normativa que proclama el recurrente.

Además, la tipicidad del comportamiento la valoraron los juzgadores desde las normas que el actor asegura omitidas, teniendo en cuenta que el destino indebido de los recursos oficiales implicaba precisar cuál era el legalmente asignado, lo que llevó a acudir a la fuente normativa correspondiente, para el caso, el Decreto 2170 de 7 de julio de 2004 y el Acuerdo municipal 001 del 16 de febrero de 2010, normas que – *precisó el a quo* – establecen que los recursos para seguridad ciudadana, correspondientes al 5% del valor de los contratos de obras públicas, *“por mandato de los artículos 1° y 2° del citado Decreto 2170 de 2004 y 1° y 2° del Acuerdo 001 de 2010, también citado, se manejarán a través de una cuenta especial denominada fondo cuenta, y tendrán como objetivo atender los gastos y actividades tendientes a propiciar la seguridad ciudadana y la preservación y conservación del orden público, en nuestro caso, municipal... Ni en la ley 418 de 1997 y demás leyes que la prorrogaron, ni en el decreto nacional reglamentario, ni en la norma jurídica del orden municipal, esto es, el acuerdo 001 de 2010, que tiene fuerza vinculante en el orden municipal y con mayor razón para la primera autoridad del municipio que lo es, a no dudarlo el Alcalde Municipal, y demás servidores del municipio, se autoriza el pago de nómina de funcionarios y empleados del municipio con estos recursos.”*

Conforme puntualizara la Fiscal Delegada los argumentos del actor distan de la realidad fáctica, normativa y probatoria, como quiera que el acusado admitió además en juicio que, en su condición de alcalde, cumplía la labor de aprobar todos los reconocimientos, de las cuentas ordinaria como de la cuenta fondo, para que a través del secretario de hacienda se realizaron los correspondientes pagos y si bien el comité de orden público podía disponer la distribución de

los recursos en los diferentes proyectos puestos a su consideración y alusivos a esa concreta materia, el administrador y responsable de esos dineros era el acusado, quien ordenó su utilización en un rubro diferente al que por disposición legal correspondía.

El cago, en consecuencia, no prospera.

**Segundo cargo.** Error de hecho por falso raciocinio “*al apreciar como digno de credibilidad el testimonio del ex tesorero municipal de Valledupar, Dr. Jorge Luis Pérez Mestre, según el cual el procesado... le dio la orden verbal de coger los recursos del fondo cuenta para pagar – como en efecto lo hizo – la nómina oficial del municipio...*”

El falso raciocinio ocurre cuando el juzgador en la apreciación de los medios de convicción desconoce la sana crítica, es decir, los postulados de la lógica, las reglas de la ciencia o las máximas de la experiencia. La adecuada proposición del cargo exige que el demandante precise qué dice el medio probatorio de manera objetiva, en qué consistió la inferencia del sentenciador sobre dicho medio, cuál fue el mérito persuasivo otorgado por el fallador, el postulado lógico, la ley científica o la máxima de experiencia desconocida en el fallo, señalando, además, cuál sería su correcta consideración y, claro está, la trascendencia del error, lo cual implica indicar la forma como se corrige el defecto a partir de la correcta inferencia de la prueba y demostrar que bajo una nueva valoración del conjunto

probatorio, se arriba a una declaración de derecho esencialmente diversa y opuesta a la cuestionada.<sup>5</sup>

La improsperidad se impone también en relación con este cargo, pues se establece que el error denunciado no tuvo ocurrencia. El actor cuestiona el mérito asignado por el sentenciador al testigo Pérez Mestre, Tesorero de Valledupar en la época de los hechos, quien declaró que el acusado, Alcalde municipal y ordenador del gasto, dispuso el traslado de dineros aquí referido para cancelar las nóminas atrasadas, manifestaciones a las que - *insiste el recurrente* - no podía conferírsele mérito, por cuanto el acusado carecía de la facultad de ordenación de los recursos, de manera que ese funcionario no podía atender la orden verbal que dice haber recibido, ya que: i) las ordenes las emitía el acusado en forma escrita, como actos administrativos, y ii) el ordenador del gasto del fondo cuenta era el comité de orden público.

El Acuerdo 001 del 16 de febrero de 2010, a través del cual se creó el fondo de cuenta territorial de seguridad y convivencia ciudadana del municipio de Valledupar, en el artículo 6° determina que el fondo “*será administrado por el alcalde municipal de Valledupar, quien puede delegar esta responsabilidad en un secretario de despacho, mediante acto administrativo*”. Al administrador, además, se le asignaron, entre otras funciones (art. 7-1) la de “*Ejecutar los recursos del fondo en atención a las directrices del comité de orden público municipal.*” El contenido de esta norma, como se ve, destruye el equivocado argumento del

---

<sup>5</sup> AP3209del 6 de agosto de 2019, radicado 54166.



actor que desconoce la condición de administrador, encargado de la ejecución, de los dineros destinados a la seguridad ciudadana, recaudados en el fondo cuenta, que indebidamente orientó al pago de la nómina de los empleados del municipio.

La sentencia recurrida es clara en destacar esa condición del acusado como ordenador de los recursos, la cual, sin éxito, pretende desconocer el demandante.

Sobre el presupuesto normativo citado el juez de conocimiento precisó:

*“No se tiene evidencia procesal que el alcalde hubiese delegado esa responsabilidad en algún secretario de despacho, ni mucho menos en el tesorero; luego, la administración de esa cuenta o fondo cuenta era del alcalde, en este caso del doctor Luis Fabián Fernández Maestre, quien en su currículum dijo ser abogado, ex personero municipal, concejal del municipio en dos períodos, de lo cual no nos cabe duda, conocía claramente que la ley en forma específica le había asignado esa responsabilidad, que bien podía delegarla, pero al no hacerlo, los recursos estaban bajo su responsabilidad.”*

Aspecto sobre el cual el Tribunal agregó:

*“Sobre la primera consideración propuesta, atinente a que el alcalde municipal no es el ordenador del gasto con respecto al fondo cuenta para la convivencia y la seguridad ciudadana, sino el comité de orden público y por lo tanto no resulta posible que haya ordenado la transferencia de los recursos en la forma que se ha comentado, se hace necesario precisar conforme a lo dispuesto en el artículo 9° del decreto 2170 de 2004, que este es el*

*administrador del referido fondo y que el mismo si bien es una cuenta especial, el recaudo y las erogaciones que se hacían de la misma, como las demás cuentas que poseía el municipio, estaban bajo el control y conocimiento del señor alcalde municipal.*

*Así lo señaló el señor Jorge Pérez Mestre en su declaración, indicando que, si bien el comité de orden público disponía la distribución de los recursos en los diferentes proyectos puestos a su consideración, la consumación del gasto se realizaba bajo las directrices del alcalde municipal, y en ese orden de ideas, era este quien dentro del esquema de la administración municipal ordenaba el gasto de ese y de todos los recursos con que contaba el municipio.”*

Además, apuntó el Tribunal, el acusado en su declaración reconoció la función que le asistía como administrador de los recursos municipales, incluyendo los del comité de orden público, frente a lo cual manifestó que *“su labor consistía en establecer el reconocimiento de los recursos para que posteriormente la secretaría de hacienda dispusiera el pago, por ende, las transacciones que se hicieran, ordinarias o del fondo cuenta, debían surtir su aprobación”*. Así, aunque el trámite administrativo para materializar la disposición de un recurso, *“como en el caso que aquí se viene tratando, correspondiente al pago de la nómina de los empleados adscritos a la administración municipal, es un proceso complejo que no se encuentra dispuesto en manos de un solo funcionario o dependencia... tiene como punto de partida en todos los casos, la orden del señor alcalde municipal, por ser este el responsable en general del manejo de los ingresos del municipio.”*

Determinación que, agrega el Tribunal, pudo librar el acusado en la forma como refirió el tesorero municipal en su declaración, pues, aunque lo hiciera siempre por escrito, según se esforzó en acreditarlo la defensa, *“no se descarta de*

*ninguna manera que se hayan subvertido las formas preestablecidas para dicha circunstancia y se hubiere procedido por orden del ex alcalde Luis Fabián Fernández Maestre, a pagar la nómina del municipio con los precitados recursos; ninguna de las probanzas aportadas por la defensa se dirige a que fuera imposible por una u otra razón que el alcalde municipal ante la eventualidad reconocida que tenía... en pagar la nómina del personal de su entidad, dispusiera los recursos a su alcance, aún sin estar destinados para esa finalidad.”*

La Sala no advierte contradicción en las conclusiones del sentenciador de segundo grado con la sana crítica. Primero, porque en el juicio, ciertamente, no se estableció a través de medio probatorio alguno, que durante el mandato cumplido por el acusado como alcalde de Valledupar, todas sus disposiciones oficiales, sin excepción, fueron emitidas por escrito, y por ello resultare posible que sin su consentimiento ni autorización, con alteración de las formalidades, como dijo el Tribunal, se haya dispuesto el irregular traslado de recursos del fondo cuenta para actualizar la nómina de los empleados del municipio; hecho que de haber sido cierto, por lo menos habría motivado en el acusado alguna forma de reacción destinada a conjurar la irregular acción, por ejemplo, promoviendo acciones penales o disciplinarias destinadas a establecer el hecho y los responsables, nada de lo cual mencionó la defensa técnica y material en este asunto.

En segundo lugar, porque si bien la forma como la administración expresa su voluntad con efectos jurídicos hacia los administrados, es a través de los actos administrativos, constituye un error pensar que éstos son siempre de naturaleza escrita. También pueden ser verbales

como tiene decantado la jurisprudencia contencioso administrativa, según la cual, *“No hay solemnidad que indique que los actos administrativos deban ser plasmados por escrito, pues en algunas ocasiones se profieren de manera verbal, provocando eso sí, efectos jurídicos sobre el administrado, ello implica entonces que se hace necesario romper el paradigma de los medios escritos, pues si bien es más fácil probar su existencia, un acto administrativo verbal produce los mismos efectos que uno escrito.”*<sup>6</sup>

El planteamiento del actor se pliega a esta realidad en cuanto afirma que el procesado siempre o casi siempre emitía ordenes escritas, lo cual implica que también lo hacía verbalmente, como sin duda ocurrió respecto del traslado de recursos del fondo cuenta para destinarlo, de manera diversa a las previsiones legales, a sufragar los salarios adeudados a los funcionarios de la administración municipal, conforme declaró circunstanciadamente el extesorero Jorge Pérez Mestre.

Por consiguiente, se reitera, el cargo no prospera.

### **Casación oficiosa.**

En perspectiva de materializar en este asunto los fines constitucionales y legales del recurso extraordinario de casación, la Corte superó los defectos de la demanda con el fin de verificar la tipicidad de la conducta atribuida al procesado Fernández Mestre, siguiendo los desarrollos

---

<sup>6</sup> Cfr. Consejo de Estado Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Primera. Auto del 31-07-14 Rad. 2012-00338.

jurisprudenciales de la norma que establece ese delito en el ordenamiento penal.

El artículo 399 del Código Penal señala:

*“ARTICULO 399. PECULADO POR APLICACION OFICIAL DIFERENTE. El servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores, incurrirá...”*

En relación con esta conducta y los elementos requeridos para su estructuración, la Corte ha establecido lo siguiente<sup>7</sup>:

*“El sujeto activo es calificado debido a que es un servidor público quien debe poseer bienes del Estado o de empresas o instituciones en las cuales éste tenga parte bajo su administración o custodia, por razón o con ocasión de sus atribuciones. Debe tener la disponibilidad jurídica o material sobre los bienes.*

*El sujeto pasivo recae en la administración pública, como titular de bien jurídico tutelado.*

---

<sup>7</sup> Ver SP1414-2021 21 Abr 2021 Rad. 54628

*El objeto material es el o los bienes de propiedad del Estado total o parcialmente. Solo a ellos se les puede proporcionar una aplicación oficial diferente a la originalmente asignada.*

*La conducta se debe ejecutar de cualquiera de estas tres maneras: a) dar a los bienes aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, b) comprometer sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, c) invertirlos o utilizarlos en forma no prevista en éste.*

*Lo anterior, además, a condición de que cualquiera de las conductas allí relacionadas perjudique «la inversión social o los salarios o prestaciones sociales de los trabajadores», pues de lo contrario el comportamiento aviene atípico.*

*Así lo ha explicado esta Corporación entre otras decisiones<sup>8</sup> en CSJ SP, 22 Jul. 2009, Rad. 27253*

*La Corte ha precisado los alcances de los nuevos contenidos del tipo penal previsto en el artículo 399 de la Ley 599 de 2000 al insistir en que para predicar la concurrencia del nuevo elemento normativo es necesario acreditar cabalmente la naturaleza social de las partidas afectadas, para ello se ha de acudir a los Planes de Desarrollo Económico, sea del ámbito Nacional o territorial, según el caso.*

*“Si el delito de peculado por aplicación oficial diferente sólo es imputable a condición de que cualquiera de las conductas allí relacionadas perjudique la inversión social o los salarios o prestaciones sociales de los trabajadores, es necesario establecer qué partidas presupuestales responden a dichos contenidos.*

---

<sup>8</sup> CSJ SP18 Dic. 2013, Rad. 42133, SP 01 Jul. 2009, Rad. 28144, SP 21 Mar. 2002, Rad. 14124, SP 14 Nov. 2002, Rad. 17135, SP 16 Feb. 2005, Rad. 15212, SP 23 Feb. 2006, Rad. 20740.

*“Respecto de los salarios o prestaciones sociales de los servidores públicos, no existe ningún problema para la determinación de los rubros del presupuesto que responden a esa categoría. Son los destinados, sin que se pretenda una relación exhaustiva, a sueldos, primas, bonificaciones, auxilios de transporte y de alimentación, viáticos, vacaciones, cesantías, aportes para salud y pensionales, pensiones y prestaciones sociales de los pensionados e igualmente los honorarios y prestaciones sociales de los miembros de las Corporaciones de elección popular.*

*“En cuanto a la fijación de los rubros del presupuesto constitutivos de inversión social, debe tenerse en cuenta lo siguiente:*

*“Es mandato constitucional que tanto a nivel nacional como territorial existan Planes de Desarrollo (artículo 339 de la C.P.). Los procedimientos de su elaboración, aprobación y ejecución, lo mismo que la disposición de los mecanismos apropiados para su armonización y sujeción a ellos de los presupuestos oficiales, se encuentran contenidos en la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo, que es la 152 del 15 de julio de 1994, expedida en cumplimiento del artículo 342 de la Constitución Nacional. Su artículo 28, en orden a garantizar la coherencia entre la formulación presupuestal y el Plan Nacional de Desarrollo, dispone que en lo pertinente sean observadas las reglas previstas en la Ley Orgánica del Presupuesto. En el ámbito territorial, dice el artículo 44 de la Ley Orgánica del Plan, las Asambleas y los concejos deben definir los procedimientos a través de los cuales los Planes Territoriales (que deben encontrarse articulados con el Plan Nacional en cuanto a políticas, estrategias y programas de interés mutuo) deben ser armonizados con los respectivos presupuestos.*

*(...)*

*“Para la Corte es claro, entonces, que son los Planes de Desarrollo –tanto en el ámbito Nacional como territorial– los que definen lo que constituye la inversión social. Y en estas circunstancias, si se toma en consideración que el Presupuesto de Rentas y Ley de Apropriaciones que el Gobierno formula anualmente y que somete a consideración del Congreso debe corresponder al Plan Nacional de Desarrollo (art. 346 de la Constitución), no queda difícil concluir cuáles son los rubros del presupuesto que responden a la categoría de inversión social y cuya aplicación oficial diferente permite la configuración del delito de peculado previsto en el artículo 399 del Código Penal.*

*“De acuerdo con el artículo 36 del Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional, decreto 111 de 1996, el presupuesto de gastos o ley de apropiaciones debe componerse de los gastos de funcionamiento, del servicio de la deuda pública y de los gastos de inversión. No todos los rubros previstos como gastos de inversión, sin embargo, son inversión social. Sólo corresponden a esta categoría aquellos gastos de inversión relacionados con los programas y subprogramas definidos como inversión social por el del Plan de Desarrollo respectivo.*

*“La determinación de si la partida presupuestal aplicada diferentemente sin autorización del órgano legislativo corresponde o no a inversión social no es, en conclusión, una labor arbitraria de la justicia penal.*

*“Se hace imprescindible, entonces, y en esto quiere la Corte llamar la atención, que cuando se adelante una investigación por presunto peculado por aplicación oficial diferente, específicamente cuando la conducta tiene que ver con el ámbito territorial, debe sin falta allegarse al proceso –por ser indispensable para el juicio de tipicidad– el Plan de Desarrollo del Municipio, del Distrito o del Departamento, el acuerdo o la ordenanza que contenga el presupuesto anual de rentas y*



*gastos y el reglamento a que se refiere el artículo 31 de la ley 152 de 1994 u Orgánica del Plan de Desarrollo.”<sup>9</sup>*

*Con esta perspectiva, no se basta ahora con comprobar la destinación oficial diferente de los recaudos públicos, el compromiso de sumas superiores a las fijadas en el presupuesto o el invertir o utilizarlas en forma no previstas en el mismo, en cuanto es necesario acreditar que alguna de tales conductas se ejecutó en perjuicio de la inversión social o los salarios o prestaciones sociales de los servidores públicos.” (Subrayas fuera del texto)*

Criterio del cual también se dijo, en en CSJ SP, 18 Dic. 2013, Rad. 42133:

*Sobre el concepto de inversión social, la Corte Constitucional en la sentencia C-590/92, expresó:*

*“La inversión social, solo aparece en la Constitución de 1991. Cuando se habla de “inversión social” se hace referencia directa al manejo presupuestal del Estado y ella, hace parte del presupuesto de gastos o ley de apropiaciones, en la forma en que lo determina el artículo 7º, literal b) de la Ley 38 de 1989 el cual discrimina las erogaciones estatales así: gastos de funcionamiento, servicio de la deuda y gastos de inversión, los cuales deben estar clasificados y detallados en la forma que indiquen los reglamentos. La inversión social puede definirse entonces como todos los gastos incluidos dentro del presupuesto de inversión, que tienen como finalidad la de satisfacer las necesidades mínimas vitales del hombre como ser social, bien sea a través de la prestación de los servicios públicos, el subsidio de ellos para las clases más necesitadas o marginadas*

---

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 21 de marzo de 2002. Radicación 14.124. En el mismo sentido, decisiones de 16 de febrero de 2005. Radicación 15.212; 31 de agosto de 2005. Radicación 19.826, entre otras.

y las partidas incorporadas al presupuesto de gastos para la realización de aquellas obras que por su importancia y contenido social, le reportan un beneficio general a la población...”

*Partidas con destinación específica, consisten en la técnica presupuestal de asignar una determinada renta recibida por una carga impositiva para la financiación de una actividad gubernamental previamente establecida en la ley de presupuesto. La técnica hacendística, en términos generales, las repudia porque tales rentas le restan flexibilidad al presupuesto nacional, ya que desconocen el principio de la unidad de caja al detraer del mismo los dineros correspondientes, con la consiguiente merma del mismo para satisfacer las necesidades de carácter general de la comunidad, tomada en conjunto.”*

En cuanto a la demostración del aludido elemento normativo (*que alguna de las conductas alternas del artículo 399 perjudique la inversión social o los salarios o prestaciones sociales de los trabajadores*), la jurisprudencia recomienda la necesidad de introducir al proceso, en aras de realizar el condigno juicio de tipicidad, el plan de desarrollo económico del respectivo ente territorial el acuerdo o la ordenanza que contenga el presupuesto anual de rentas y gastos y el reglamento a que se refiere el artículo 31 de la ley 152 de 1994 u Orgánica del Plan de Desarrollo, si la imputación se refiere a una aplicación oficial diferente encaminada a perjudicar la inversión social. Lo anterior no significa, “*que la Sala haya fijado una tarifa legal probatoria en torno a la demostración de los elementos típicos del delito previsto en el artículo 399 del Código Penal de 2000 y, más, exactamente, frente al elemento normativo que ese precepto introdujo al referido ilícito. Tal proceder no sólo no es competencia de la Corte, pues ello es del resorte exclusivo del legislador, sino que se opone*

*al principio de libertad probatoria... acorde con el cual los elementos constitutivos de la conducta punible, la responsabilidad del procesado, las causales de agravación y atenuación punitiva, las que excluyen la responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios, pondrán demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial, respetando siempre los derechos fundamentales”*

De modo que, la demostración del elemento normativo referido se acoge a la regla general indicada en el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, que dispone «los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos<sup>10</sup>.»

La acusación formulada en este asunto en contra de Luis Fabián Fernández Maestre, se orientó a precisar su desempeño como alcalde de Valledupar durante el período del 9 de octubre de 2009 al 31 de diciembre de 2011, cargo que, de conformidad con el artículo 313-9 de la Constitución Política, le confería la atribución de ordenar los gastos municipales de acuerdo con el plan de inversión y el presupuesto. Refirió, además, el Decreto 2093 de 2003, mediante el cual se estableció la organización y funcionamiento del Fondo de Seguridad Nacional y convivencia ciudadana, y los fondos de seguridad de las entidades territoriales. Estos últimos, precisó, tienen el carácter de fondo cuenta y son administrados por los respectivos gobernadores y alcaldes, quienes pueden delegar

---

<sup>10</sup> CSJ SP 24 Agos. 2012, Rad. 35465

esa función en los secretarios de despacho. Aludió, además, la fuente de los recursos de los fondos cuenta y que el municipio recaudó más de mil quinientos millones de pesos durante los años 2010 y 2011; dineros que debían aplicarse a propiciar la seguridad ciudadana y preservar el orden público en esa localidad. Sin embargo, consigna la acusación, la administración regentada por el acusado Luis Fabián Fernández Maestre destinó esos recursos a gastos de funcionamiento, es decir, a pagar la nómina burocrática, por lo cual incurrió en el delito de peculado por aplicación oficial diferente (art. 399 C.P.)

La fundamentación fáctica de la acusación, según viene de verse, ninguna alusión contiene al perjuicio que la destinación diversa de recursos ordenada por el acusado, ocasionó a la inversión social o los salarios o prestaciones de los servidores de la administración municipal. La imputación se contrajo al acto específico de destinar en forma irregular los recursos del fondo de seguridad al pago de nóminas atrasadas a los trabajadores del municipio.

En forma adicional, en la enunciación de evidencia anexa a la acusación, la Fiscalía omitió relacionar el plan de desarrollo económico del municipio, el acuerdo municipal del presupuesto anual de rentas y gastos de la época de los hechos, y el reglamento expedido por el Concejo del plan de inversiones a mediano y corto plazo, en perspectiva de acreditar la concurrencia del elemento normativo requerido para la estructuración del delito atribuido al acusado, de

manera que el tema finalmente no fue objeto de prueba ni debatido por las partes en el juicio.

Fiscalía y defensa estipularon la plena identidad del procesado y su condición de servidor público, como alcalde municipal en la época de los hechos. En juicio como únicos testigos de la parte acusadora se presentaron Jorge Pérez Maestre, tesorero municipal durante el período 2009 a 2011, y José Alfredo Jiménez Padilla, experto contable del Cuerpo Técnico de Investigación. El interrogatorio de la Fiscalía se orientó a corroborar el ingreso de recursos a la cuenta fondo durante los años 2010 y 2011, el monto recaudado y el destino que en contravía con las disposiciones legales le dio la administración con el fin de cubrir las nóminas atrasadas. Sin embargo, no se indagó con los testigos, tampoco de ello da cuenta la prueba documental ni la pericial, si la desviación de dineros destinados a gastos de seguridad ciudadana y la preservación del orden público, con el fin de emplearlos en el pago de nóminas retrasadas, acarreó perjuicio a la inversión social del municipio, o a los salarios y prestaciones sociales de los servidores públicos del ente territorial.

A pesar de ese vacío probatorio, el juez de conocimiento concluyó que el delito tuvo plena realización *“en la medida en que se le dio a unos recursos que por mandato de la ley, en sentido amplio o material entendida, estaban destinados específicamente para la seguridad, convivencia ciudadana y preservación del orden público, esto es para inversión social, una destinación distinta a la prevista, con claro detrimento y perjuicio de la inversión social”*; lo anterior a pesar

de que la Fiscalía no consideró en su teoría del caso que la aplicación de los recursos en la forma referida ocasionó perjuicio a la inversión social, que fácticamente no relacionó esa consecuencia con la conducta del acusado, y tampoco el sentenciador develó la fuente legal que establece como inversión social los gastos destinados a propiciar la seguridad, la convivencia ciudadana y la preservación del orden público, aspecto que, por lo demás, no se deriva de la Ley 418 de 1997 que creó el Fondo Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, con el objeto de garantizar (art. 122) la seguridad, convivencia ciudadana y *todas aquellas acciones tendientes a fortalecer la gobernabilidad local y el fortalecimiento territorial*, y en esa orientación los recursos de los fondos cuenta se deben invertir en dotación, material de guerra, reconstrucción de cuarteles y otras instalaciones, compra de equipo de comunicación, compra de terrenos, montaje y operación de redes de inteligencia, recompensas a personas que colaboren con la justicia y seguridad de las mismas, servicios personales, dotaciones y raciones, nuevos agentes y soldados (art. Ib.); erogaciones no propiamente relacionadas con la finalidad de satisfacer las necesidades mínimas vitales de la persona, las cuales dotan de contenido el concepto y los fines de la inversión social.

Entonces, no hay duda que el acusado dispuso la utilización de unos recursos públicos a un fin diverso al legalmente establecido. Sin embargo, de allí no surge que su conducta sea típica del punible de peculado por aplicación oficial diferente, en tanto no se estableció que la modificación al destino de los dineros de seguridad y convivencia para

emplearlos en gastos de funcionamiento (pago de nómina), haya generado perjuicio a la inversión social o los salarios o prestaciones sociales de los servidores de la administración municipal, conforme lo exige la descripción típica del artículo 399 del Código Penal, razón por la cual, se casará el fallo impugnado y, en su lugar, por ausencia de tipicidad objetiva, se absolverá al acusado.

El Juzgado de primera instancia procederá a cancelar los registros y anotaciones que haya originado este diligenciamiento en contra del procesado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

1.- **No CASAR** por razón de los cargos de la demanda, la sentencia del 17 de julio de 2017 proferido por el Tribunal Superior de Valledupar, en contra de Luis Fabián Fernández Maestre.

2.- **Casar de oficio** la sentencia recurrida. En consecuencia, absolver a Luis Fabián Fernández Maestre del delito de peculado por aplicación oficial diferente, que le imputó la Fiscalía.

3.- El Juzgado de primera instancia procederá a cancelar los registros y anotaciones que haya originado este diligenciamiento en contra del sentenciado.

4.- Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase

Sala Ca' 1 @ 2022



**FABIO OSPITIA GARZÓN**



**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**



**MYRIAM ÁVILA ROLDÁN**





**FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS**



Sala

**GERSON CHAVERRA CASTRO**



**DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN**

~~LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA~~

Sala Casación Penal

  
HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA  
Secretaria