

Bogotá, D.C., 25 de febrero de 2.022

Doctor
JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
Magistrado Sala de Casación Penal
Corte Suprema de Justicia
Calle 12 No. 7-65 Palacio de Justicia Alfonso Reyes Echandía
Bogotá - Bogotá D.C.

ASUNTO: Casación No 51.288
Procesados: Luis Fabián Fernández Maestre
Delitos: Peculado por aplicación oficial diferente

Respetado Doctor Acuña Vizcaya:

En mi condición de Fiscal Segunda Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, en el término dispuesto como parte no recurrente, presento ante la Sala de Casación Penal, la intervención del ente acusador en el trámite del recurso extraordinario interpuesto por la defensa técnica del procesado **Luis Fabián Fernández Maestre**, contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, el 17 de julio de 2017, mediante la cual, confirmó la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 2° Penal del Circuito de esa capital, en el sentido de condenarlo a la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión y multa de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, como autor del delito de Peculado por aplicación oficial diferente.

Conforme a la exhortación realizada en el auto de 24 de noviembre de 2021, la Fiscalía limita su intervención a los temas expuestos en la censura.

I. Cargo principal: Violación directa a la ley sustancial por aplicación indebida.

El demandante postula la aplicación indebida del artículo 399 del Código Penal y falta de aplicación del Acuerdo municipal No 001 de 16 de febrero de 2010,

por considerar que la conducta del sentenciado “*no se adecúa en la que describe abstractamente*”¹ el artículo 399 del C.P., que si bien ostentaba la condición de funcionario público encargado de la administración de bienes oficiales que le fueron confiados, en razón al cargo como ordenador del gasto (alcalde) del municipio de Valledupar, esa condición no la ostentó para administración de los recursos del “*fondo cuenta*” de seguridad y convivencia ciudadana del municipio, porque la función recaía sobre el comité de orden público (del cual hacía parte el procesado), conforme a la disposición del artículo 9º del Acuerdo Municipal No. 001 de febrero 16 de 2010.

Análisis del cargo.

En primer lugar, es preciso considerar, que el fallo, en primera y segunda instancia, coincide en la declaración de justicia que condena a **Luis Fabián Fernández Maestre** como autor responsable del delito de Peculado por aplicación oficial diferente; los dos pronunciamientos “*forman una unidad jurídica inescindible que solo puede ser resquebrajada en virtud de la acreditación de yerros manifiestos y graves que dejen sin efecto la doble presunción de legalidad y acierto que las cobija*”², en este caso, la demanda no demuestra la configuración de vicios que enerven la decisión atacada.

En ese orden, la referencia a una descripción “*abstracta*” de la conducta, como un argumento de paso en la demanda, merece advertir que ninguna explicación otorga el demandante a esa calificación; por el contrario, una lectura del fallo de primera instancia, permite observar que el señor Juez Segundo Penal del Circuito de Valledupar, a partir del folio 8 de la sentencia planteó precisas consideraciones, desde el punto de vista legal como jurisprudencial, en torno a la tipicidad de la conducta y al concepto de inversión social, resaltando que, en todo caso, tanto el Decreto 2170 de 2004, como el Acuerdo 001 de 2010, otorgaron una destinación específica a los recursos del

¹ Folio 17, demanda de casación.

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Radicado No. 52438. Sentencia de 5 de diciembre de 2018, AP5226-2018.

“Fondo Cuenta” y que “el injusto típico fue incluso aceptado por la defensa”³.

En cuanto a la función de administración de los recursos del “fondo cuenta” de seguridad y convivencia ciudadana del municipio que según el recurrente era propia del comité de orden público y no del Alcalde; quedó demostrado que, por disposición legal y como política pública del orden nacional, el artículo 9 del Decreto 2170 de 2004, por medio del cual, se creó el Fondo de Seguridad de las Entidades Territoriales, dispuso que “ (...)Estos fondos de seguridad, serán administrados por el Gobernador o el Alcalde según el caso, quienes pueden delegar esta responsabilidad en un Secretario del Despacho (...)”.

Es decir, la función si era del Alcalde y en el juicio no se incorporó evidencia de acto administrativo de delegación, que permita afirmar que la disposición de los recursos que se manejaron a través del “fondo cuenta”, estuviera a cargo de algún funcionario delegado por el alcalde del municipio de Valledupar, **Luis Fabián Fernández Maestre**.

Ahora bien, mediante el Acuerdo municipal No. 001 de febrero 16 de 2010, se reglamentó el recaudo e inversión de los recursos del Fondo Cuenta, para lo cual, se conformó un comité de orden público, integrado por varios actores gubernamentales encargados de velar por la convivencia y seguridad de la población, (Ejército, Policía, Fiscalía, entre otros) quienes tenían como función **determinar la inversión de los recursos**, teniendo en cuenta las necesidades reportadas, lo que no constituye un acto de delegación en la administración de los recursos, con fiada por el Decreto 2170 de 2004 al ordenador del gasto del ente territorial.

No puede confundirse, como pretende el libelista, la labor de identificar necesidades en ámbitos definidos (art. 4 del Acuerdo Municipal No 001 de 2010), tales como la dotación de material de guerra, reconstrucción de cuarteles, operación de redes de inteligencia, recompensas, etc., con la de

³ JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE VALLEDUPAR, Sentencia de 8 de mayo de 2017. Fl.10

disponer de los recursos, máxime cuando es la misma ley quien otorga la responsabilidad por la inversión a la máxima autoridad del orden municipal.

Las razones del casacionista distan de la realidad fáctica, normativa y probatoria pues, el mismo acusado **Luis Fabián Fernández Maestre**, en la exposición rendida durante el juicio, informó que su labor consistía en **dar aprobación** a todos los reconocimientos tanto de las cuentas ordinarias como la cuentas fondo, para que, a través de la Secretaría de Hacienda, se realizaran los correspondientes pagos.

Luego entonces, carece de fundamento la pretensión del recurrente en el sentido de procurar justificar la ausencia de disponibilidad jurídica de los recursos del “*fondo cuenta*”, en el comité de orden público, cuando es por disposición constitucional y legal que ostenta dicha condición, que, si a bien tenía, podía delegar en uno de sus secretarios, pero que no fue el caso.

El cargo formulado **no está** llamado a prosperar.

II. Cargo subsidiario: Violación indirecta a la ley sustancial, por error de hecho por falso raciocinio.

Para el recurrente la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar incurrió en un falso juicio de raciocinio al considerar como “*digno de credibilidad*”, sin serlo, el testimonio de Jorge Luis Pérez Mestre, extesorero municipal, quien afirmó que el procesado **Luis Fabián Fernández Maestre**, como alcalde de la ciudad de Valledupar, “*en todo momento*” fungió como ordenador del gasto del Fondo de cuenta territorial de Seguridad y Convivencia Ciudadana del municipio y, por tanto, ordenó **de manera verbal** el pago de la nómina adeudada, circunstancia que se muestra contraria a las disposiciones del artículo 9 del Acuerdo Municipal 001 de febrero 16 de 2010.

Postuló que el fallo censurado no tomó en cuenta los demás testimonios presentados por la defensa, mediante los cuales se validó la regla de la

experiencia en la cual *“casi siempre las órdenes del alcalde municipal se daban por medio de actos administrativos, entonces no operaban las órdenes verbales”*, para dar como *“prevalido”* el dolo del acusado **Fernández Mestre**, en la disposición específica de los recursos del *“fondo cuenta”* para *“solucionar un problema que, como lo dijera el tesorero municipal, se avecinaba”*.

Análisis del cargo.

Quedó precisado en el análisis del cargo principal, que la condición de ordenador del gasto no se estableció a partir de la declaración que entregó el extesorero municipal de Valledupar, sino que se verificó a través de los diferentes mandatos de orden constitucional y legal.

En cuanto a las declaraciones de los testigos ofrecidos en juicio por la defensa del acusado **Luis Fabián Fernández Mestre**, que para el recurrente permiten construir una regla de experiencia en la cual *“siempre o casi siempre”* las órdenes del alcalde se daban a través de actos administrativos y que, por lo tanto, no fue el acusado quien dio la orden de pago de las nóminas burocráticas con los dineros del *“fondo cuenta”*, la Fiscalía observa lo siguiente:

1. A partir de las declaraciones de Víctor Emilio Martínez Gutiérrez⁴, Secretario de Gobierno y Humberto Manuel Benavides González⁵, jefe de presupuesto, se estableció que ninguno conoció directamente el manejo o funcionamiento del *“fondo cuenta”*, quienes se refirieron a la forma cómo se organiza y funciona normalmente la administración municipal, de acuerdo con el manual de funciones de la entidad.
2. Si bien, el alcalde daba órdenes a través de actos administrativos, en esta ocasión y, dada la contingencia, por el atraso en el pago de nómina, la orden fue de carácter verbal, así lo declaró Jorge Luis Pérez

⁴ Sesión de audiencia de juicio de 28 de febrero de 2017

⁵ Sesión de audiencia de juicio de 7 de febrero de 2017

Mestre⁶, extesorero municipal, cuando manifestó que: *“por autorización del señor alcalde, el municipio tenía unas obligaciones laborales, teníamos atrasadas tres nóminas del municipio y se sentía con la responsabilidad laboral frente a los empleados y decidió pagar con recursos de ese fondo las nóminas de los empleados”...()*

*Yo cumpliendo la orden del señor alcalde, que había la necesidad y prioridad, porque estábamos frente a un problema de estómago de los empleados del municipio, era un problema muy difícil, tanto para él como ordenador del gasto y alcalde del municipio y frente a la cantidad de funcionarios que tenían esa queja en ese momento, por esa razón se toma la decisión, que la toma él como ordenador del gasto, que hay que decirlo claramente, que inició y fue una orden de él, de que se hiciera el traslado porque esos recursos se iban a reponer lo más pronto posible”.*⁷

3. La destinación de recursos, contraria a la destinación específica prevista para los recursos del “fondo cuenta”, exige un traslado de recursos y posterior pago de acreencias laborales, actividades que comprometen la gestión de diversos funcionarios bajo la dirección del Alcalde municipal, conforme el mismo lo reconoció en su declaración en juicio al manifestar⁸:

“El recaudo del fondo cuenta, según lo plasma el acuerdo, está a cargo del tesorero, el tesorero tenía que mensualmente certificar los reportes de los ingresos del fondo cuenta, una vez, lo reportaba al comité, el comité convocaba para la reunión, porque eran las instituciones que

⁶ Sesión de audiencia de juicio de 29 de septiembre de 2016

⁷ Sesión de audiencia de juicio de 22 de marzo de 2017, parte 4 (2) (récord: 40:22 y s.s.)

hacían la composición del mismo, por lo cual, a través de actas y concertaciones se distribuían los recursos...

Más adelante refirió que:

(...) para verificar el recurso, se hacía través de disponibilidad y el registro presupuestales, posteriormente, a esto se hacía el acto administrativo, basado en las acta, para hacer el reconocimiento de los recursos, ese acto administrativo le tacaba formarlo al señor alcalde. (...) Luego procedía a Hacienda para el pago."

En esas condiciones, la alegación del casacionista se presenta más como un argumento de instancia, en una interpretación propia que no se compadece con la realidad probatoria.

Por lo anterior, se considera que el cargo subsidiario postulado por el casacionista no tiene prosperidad.

En consecuencia, la Fiscalía solicita a la Honorable Corte Suprema de Justicia **NO CASAR** la sentencia condenatoria proferida contra **Luis Fabián Fernández Maestre**.

Atentamente,



FRANCY EUGENIA GÓMEZ SEVILLA
Fiscal Segunda Delegada ante la Corte Suprema de Justicia (E)

Asunto: INTERVENCION FISCALIA SEGUNDA DELEGADA ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - RAD. 51.288

Fecha: viernes, 25 de febrero de 2022, 4:35:05 p.m. hora estándar de Colombia

De: Jaime Andres Ardila Sierra <Jaime.ardila@fiscalia.gov.co>

A: Munir Shariff Jaller Quiroz <munirjq@cortesuprema.gov.co>

CC: secretariacasacionpenal@cortesupremaramajudicial.gov.co <secretariacasacionpenal@cortesupremaramajudicial.gov.co>, Francy Eugenia Gomez Sevilla <francy.gomez@fiscalia.gov.co>, maria.cardenas@fiscalia.gov.co <maria.cardenas@fiscalia.gov.co>

Datos CASACIÓN No. 51.288.pdf

adjuntos:

Respetuoso saludo,

Siguiendo instrucciones de la doctora Francy Eugenia Gómez Sevilla, Fiscal Segunda Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, remito escrito de intervención en relación con la casación del radicado del asunto.

Atentamente,

JAIME ANDRÉS ARDILA SIERRA

Asistente Fiscalía Segunda Delegada ante la Corte Suprema de Justicia

Fiscalía General de la Nación

Tel. 60(1) 5702000 Ext. 12382

NOTA CONFIDENCIAL DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN: Este mensaje (incluyendo cualquier anexo) contiene información confidencial y se encuentra protegido por la Ley. Sólo puede ser utilizada por la persona o compañía a la cual está dirigido. Si usted no es el receptor autorizado, o por error recibe este mensaje, favor borrarlo inmediatamente. Cualquier retención difusión, distribución, copia o toma cualquier acción basado en ella, se encuentra estrictamente prohibido. NOTA CONFIDENCIAL DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN: Este mensaje (incluyendo cualquier anexo) contiene información confidencial y se encuentra protegido por la Ley. Sólo puede ser utilizada por la persona o compañía a la cual está dirigido. Si usted no es el receptor autorizado, o por error recibe este mensaje, favor borrarlo inmediatamente. Cualquier retención difusión, distribución, copia o toma cualquier acción basado en ella, se encuentra estrictamente prohibido.



Bogotá, D.C., 9 de febrero de 2022

Honorable magistrado
DR. JOSE FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
SALA DE CASACION PENAL
H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Ciudad.

Ref. Casación Radicado No. 51.288
Procesado: Luis Fabián Fernández Maestre
Delito: Peculado por aplicación oficial diferente

Honorables magistrados,

En mi condición de Procuradora Tercera delegada para la Casación Penal y en cumplimiento de la función constitucional atribuida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, me permito presentar concepto en defensa del orden jurídico y los derechos y garantías de los intervinientes, frente a la demanda de casación interpuesta por el procesado **Luis Fabián Fernández Maestre**, contra el fallo del Tribunal Superior de Valledupar, del 17 de julio de 2017. Decisión, que al resolver el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria de primera instancia, proferida el 8 de mayo de 2017, por el Juzgado 2 Penal del Circuito de la misma ciudad, la confirmó en su integridad.

1. HECHOS

El juez de segundo grado, los resumió en los siguientes términos, de conformidad con lo expuesto por el a quo:¹ *"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 \$5.384'083.352.000, y en el año 2011, recaudó \$51. 119'297.747.82, para un total de \$51.581.381.099.82. 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. Resaltó 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. DE LA DEMANDA DE CASACIÓN

El accionante formuló dos cargos contra la sentencia de segunda instancia, con el propósito de que el fallo sea casado y sobre los cuales se ocupará esta Agencia del Ministerio Público, en sus alegatos de refutación.

2.1. CARGO PRIMERO: Violación directa de la ley sustancial

Con fundamento en la causal primera de casación, prevista en el artículo 181 del C.P.P., el cargo formulado contra la sentencia de segundo grado, el censor alegó que el fallo incurrió en la aplicación indebida del artículo 399 del C.P., y falta de

¹ Fls. 1 y 2 fallo del Tribunal.



aplicación del Acuerdo No. 001 del 16 de febrero de 2010: *“proveniente de aplicación indebida del artículo 399 del Código Penal y correlativa falta de aplicación del Acuerdo No. 001 del 16 de febrero de 2010, reglamentario del Decreto Nacional No. 2093 del 28 de julio de 2003, mediante el cual se estableció el Fondo de Seguridad Nacional y Convivencia Ciudadana.”*²

Agregó el accionante, que los fallos se equivocaron toda vez que la conducta del condenado no se adecúa a la descrita en el artículo 399 del C.P.: *“La conducta del sentenciado no se adecúa en la que describe abstractamente el artículo 399 del Código Penal, porque si bien el procesado califica como agente activo en su condición de funcionario público encargado de la administración de los bienes oficiales que le fueron confiados, caso en el cual abstractamente tenía asignada la función de ordenador del gasto de la administración pública municipal de Valledupar, 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 o a cargo del "Comité de Orden Público", por disposición expresa del Acuerdo 001 del 16 de febrero de 2010, artículo 9, órgano colegiado del cual precisamente formaba parte el burgomaestre por disposición de la citada norma”*.³ Resaltó que el encartado como alcalde e integrante del Comité de Orden Público, nunca le fue asignada la función de ordenador del gasto de la referida cuenta: *“De lo anterior se sigue que al Alcalde Municipal LUIS FABIAN FERNANDEZ MAESTRE, como integrante del Comité de Orden Público, nunca, en modo alguno le fue asignada la función de ordenador del gasto de la referida cuenta, y por lo tanto mal podía calificar como sujeto activo de la conducta punible Peculado por aplicación diferente, y menos si se tiene en cuenta que él, per sé, no tenía la disponibilidad jurídica o material sobre los recursos del Fondo Cuenta, uno de los elementos estructurales del tipo penal”*.⁴

2.2. CARGO SEGUNDO: Subsidiario. Violación indirecta de la ley sustancial.

Señaló el censor, que el fallo está incurso en error de hecho derivado de falso raciocinio en la apreciación de la principal prueba testimonial sobre la que se fundó la sentencia: *“El segundo se propone como subsidiario, originado por ostensible y manifiesto error de hecho en que incurrió la sentencia recurrida, en la forma de falso juicio de raciocinio en la apreciación de la "principal" prueba testimonial de compromiso penal "sobre la cual se ha fundado la sentencia" (Artículo 181.3 del C.P.P.) contra el acusado LUIS FABIAN FERNANDEZ MAESTRE, la cual, como bien lo destaca el fallador de segundo grado, es el testimonio del doctor JORGE LUIS PEREZ MESTRE, ex Tesorero el Municipio de Valledupar por la época de los hechos.”*⁵

Precisó, que la sentencia de segundo grado incurrió en el yerro alegado, al dar por sentado que el procesado le dio la orden verbal al tesorero para que tomara los recursos del Fondo Cuenta y con estos pagara la nómina oficial del municipio de Valledupar: *“Censuro en este capítulo separado la sentencia de segunda instancia de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Valledupar con base en la causal tercera de casación prevista en el artículo 381.3 del Código de Procedimiento Penal, por violación indirecta del artículo 399 del Código Penal, pues en aquella esta norma sustancial se aplicó indebidamente contra el procesado LUIS FABIAN FERNANDEZ MAESTRE al señalarlo autor responsable del delito de Peculado por aplicación oficial diferente, originada en un error de hecho por falso juicio de raciocinio en que incurrió el juzgador al apreciar como digno de credibilidad el testimonio del ex Tesorero Municipal de Valledupar, Dr. JORGE LUIS PEREZ MESTRE, según el cual el procesado LUIS FABIAN FERNANDEZ MAESTRE, le*

² Folios 15 y 16 de la demanda de casación.

³ Fls. 18 y 19 de la demanda de casación.

⁴ Fl. 20 de la demanda.

⁵ Fl. 27 de la demanda de casación.



dio la orden verbal de coger los recursos del Fondo Cuenta para que pagara -como en efecto lo hizo- la nómina oficial del municipio de Valledupar que para la fecha de los hechos registraba un atraso de 3 meses, base fundamental de la sentencia condenatoria impugnada.”⁶

Concluyó el accionante que el vicio de juicio que presenta la sentencia radicó en dar por cierto lo afirmado por el extesorero municipal: *“Recibe como cierto, sin serlo, lo dicho por el ex tesorero municipal citado, en el sentido que el acusado, como alcalde municipal de Valledupar, fungió como ordenador del gasto "en todo momento" del Fondo Cuenta Territorial de Seguridad y Convivencia Ciudadana, del cual fue tomado su capital por el testigo de cargo, quien materializó la aplicación oficial diferente de tales recursos, al pagar la nómina adeudada a los empleados oficiales del municipio, en obediencia de una simple orden verbal que supuestamente aquél le impartió.”⁷*

3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO. Casar oficiosamente la sentencia del Tribunal de Valledupar, del 17 de julio de 2017

3.1. AL CARGO PRIMERO: Violación directa de la ley sustancial

En el primer cargo, la censura alegó que el fallo incurrió en la aplicación indebida del artículo 399 del C.P. y en la falta de aplicación del Acuerdo No. 001 del 16 de febrero de 2010: *“proveniente de aplicación indebida del artículo 399 del Código Penal y correlativa falta de aplicación del Acuerdo No. 001 del 16 de febrero de 2010, reglamentario del Decreto Nacional No. 2093 del 28 de julio de 2003, mediante el cual se estableció el Fondo de Seguridad Nacional y Convivencia Ciudadana.”⁸*

Se denota que el fallo del ad quem, en consonancia con lo decidido por el a quo, destacó que no estaba en discusión la existencia de la conducta endilgada al procesado, referida a la indebida utilización que hizo de los recursos recaudados en el Fondo Cuenta para la Convivencia y la Seguridad Ciudadana, con los cuales efectuó el pago de la nómina de los empleados de la administración municipal, aspecto reconocido aún por la defensa del procesado **FERNÁNDEZ MAESTRE**, en el delito de peculado por aplicación oficial diferente, tipificado en el artículo 399 del C.P.:⁹

“Sea lo primero establecer que no está en discusión la existencia de la conducta endilgada al procesado, sino que es un hecho reconocido por la defensa la indebida utilización que se hizo de los recursos recaudados en el Fondo Cuenta para la Convivencia y la Seguridad Ciudadana, con los cuales se hizo el pago de la nómina de los empleados de la administración municipal, así como que dicha cuenta tiene una finalidad específica para uno de los componentes de la inversión social, como es la seguridad ciudadana.”

Ante esta comprobación fáctica, el Tribunal destacó que obraba el testimonio del tesorero municipal durante la gestión como alcalde de Valledupar del enjuiciado, quien señaló que de manera permanente éste obró como ordenador del gasto de las cuentas que se manejaban en el municipio, incluyendo obviamente la del Fondo Cuenta para la Convivencia y la Seguridad Ciudadana de esa localidad:¹⁰

⁶ Fls. 22 y 23 de la demanda de casación.

⁷ Folios 23 y 24 del recurso.

⁸ Fls. 15 y 16 de la demanda.

⁹ Fl. 16 Fallo del Ad Quem.

¹⁰ Fl. 17 fallo de segundo grado. *“Sobre la circunstancia propuesta, la principal prueba introducida a la presente causa, es el testimonio del señor Jorge Pérez Mestre - quien compareció como testigo común de la defensa y de la Fiscalía tesorero municipal durante la gestión como alcalde de Valledupar del señor Luis Fabián Fernández Maestre, quien en juicio destacó los siguientes aspectos relevantes: “El señor Luis Fabián Fernández Maestre en todo momento fue el ordenador del gasto de las cuentas que se manejaban en el municipio, incluyendo la del Fondo Cuenta para la Convivencia y la Seguridad Ciudadana.”*



Indicó el fallo del ad quem, que se de conformidad con los expresado por el aludido testigo, se evidenciaba que el procesado profirió orden verbal para para proceder a efectuar el pago de la nómina de los empleados durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2011, con los recursos del referido Fondo Cuenta para la Convivencia y la Seguridad Ciudadana:¹¹

“Para hacer el pago de la nómina de los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2011, con los recursos del citado Fondo Cuenta, el alcalde municipal emitió una orden verbal para tal efecto, señalando que, en amparo en la ley, intentaba hacer un empréstito temporal y devolver los recursos inmediatamente se contara con ellos.”

La censura alega que el *ad quem* incurrió en la aplicación indebida del artículo 399 del C.P., toda vez que el procesado a pesar de tener la condición de ordenador del gasto, no tenía asignada esa función para la administración de los recursos del "Fondo Cuenta".¹² Al respecto, se dirá que esa postura está bien distante no solo de la realidad procesal, sino de la ley y de la jurisprudencia sobre el tema, pues la decisión de la corporación de segundo grado, destacó con acierto, que conforme a lo dispuesto en el artículo 9° del Decreto 2170 de 2004, el alcalde no solo era el administrador del referido fondo, sino que el recaudo y las erogaciones se hacían bajo el control y conocimiento del procesado como jefe de la administración municipal:¹³

“Sobre la primera de las consideraciones propuestas, 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 se hacían de la misma, como las demás cuentas que poseía el municipio, estaban bajo el control y conocimiento del señor alcalde municipal.”

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 9° del Decreto 2170 de 2004, “Por el cual se establece la organización y funcionamiento del Fondo Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, los Fondos de Seguridad de las Entidades Territoriales y se adiciona el Decreto 2615 de 1991”, señala que dichos fondos de seguridad, serán administrados por el gobernador o el alcalde según el caso, quienes pueden delegar esa responsabilidad en un secretario del Despacho:¹⁴

“Artículo 9°. Naturaleza Jurídica y Administración de los Fondos de Seguridad de las Entidades Territoriales. Los Fondos de Seguridad de las Entidades Territoriales tienen el carácter de "fondos cuenta" y deben ser administrados como una cuenta especial sin personería jurídica. Estos fondos de seguridad, serán administrados por el Gobernador o el Alcalde según el caso, quienes pueden delegar esta responsabilidad en un Secretario del Despacho. Los recursos de los fondos cuentan departamentales deberán ser distribuidos atendiendo las necesidades de seguridad en cada jurisdicción y su inversión será determinada por los comités de orden público establecidos en los artículos 11 y 12 del Decreto 2615 de 1991.”

Ese aspecto relevante lo destacó el fallo de la corporación de segundo grado, quien recalcó que el tesorero municipal señaló con claridad que, si bien el Comité de Orden Público disponía la distribución de los recursos en los diferentes proyectos puestos a su consideración, la ordenación del gasto se realizaba bajo las directrices

¹¹ Fls. 16 y 17 fallo de segunda instancia.

¹² Ver fls. 15 y 18 de la demanda.

¹³ Fls. 19 y 20 fallo de segundo grado.

¹⁴ Decreto 2170 de 2004 “Por el cual se establece la organización y funcionamiento del Fondo Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, los Fondos de Seguridad de las Entidades Territoriales y se adiciona el Decreto 2615 de 1991”.



del alcalde municipal:¹⁵

“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.”

Adicionalmente, el fallo de segunda instancia recalzó a su vez, que el propio procesado aceptó que, dentro de su función como administrador de los recursos del municipio de Valledupar, se incluían las del Comité de Orden Público y que su labor consistía en establecer el reconocimiento de los recursos para que posteriormente la Secretaría de Hacienda dispusiera el pago, y por ello, las transacciones efectuadas fuesen ordinarias o del Fondo Cuenta, debían contar con su respectiva aprobación:¹⁶

“Para más señas, la declaración vertida por el propio procesado en audiencia, establece con claridad su función como administrador de los recursos municipales, incluyendo precisamente el Comité de Orden Público, señalando este 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.”

La Corte Suprema de Justicia, en el fallo con Radicación No. 42.133, indicó los elementos requeridos para la estructuración del delito de peculado por aplicación oficial diferente, descrito en el artículo 399 del C.P.:¹⁷ *“Dado que el tipo penal protege el adecuado y ordenado manejo del presupuesto, impidiendo dar a los dineros públicos un destino diferente al fijado por las autoridades competentes, acorde con la estructura básica del Estado cimentada en la separación de poderes; al ejecutivo le está vedado usurpar las facultades del legislativo, como si se tratara de una autoridad con funciones ilimitadas. Esta naturaleza ha de consultarse para determinar el contenido y alcance de los siguientes elementos requeridos para la estructuración de conducta punible:*

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.

Como se dedujo por parte de los fallos de instancia, se estructuraron los diversos elementos requeridos para la tipificación del reato de peculado por aplicación oficial diferente del artículo 399 del C.P., imputado al procesado, quien en su condición de alcalde de Valledupar para la época de los hechos, ordenó el pago de la nómina de los empleados de dicho municipio, durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2011, utilizando para ello de los recursos del Fondo Cuenta para la Convivencia y la Seguridad Ciudadana, dineros que tenían destinación específica:¹⁸ *“Como corolario de lo anteriormente expuesto, la Sala encuentra que los elementos materiales probatorios introducidos a la presente causa, en especial la declaración*

¹⁵ Fl. 18 fallo de segundo grado.

¹⁶ Fl. 19 fallo de segunda instancia.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 18 de diciembre de 2013. Radicación No. 42.133. M.P. Eugenio Fernández Caerlier. *El sujeto pasivo recae en la administración pública, como titular de bien jurídico tutelado. 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.”

¹⁸ Fl. 24 fallo del Tribunal.



vertida por el señor Jorge Pérez Mestre, resultan suficientes para adquirir un conocimiento más allá de toda duda, que el señor Luis Fabián Fernández Maestre es responsable de la conducta de Peculado por Aplicación Oficial Diferente, al ordenar el pago de las nóminas del municipio atrasadas en tres (3) meses, valiéndose para ello de los recursos existentes en el Fondo Cuenta para la Convivencia y la Seguridad Ciudadana, dinero que por estar destinados específicamente para ese tipo de inversión social no podían utilizarse para los fines señalados anteriormente.”

La cesura sustenta el cargo en la aplicación indebida del artículo 399 del C.P. en razón a que el procesado no tenía asignada la condición de ordenador del gasto respecto de los recursos del denominado Fondo Cuenta. No le asiste razón al accionante, pues como se vio, este tenía asignada esa función no solo porque así lo prevé la Constitución y la ley (ordinal 9° artículo 315 C.N. y artículo 91 de la Ley 136 de 1994),¹⁹ normativa que señala que el alcalde es el ordenador de los gastos municipales, lo cual debe efectuar de conformidad con el plan de inversión y el presupuesto asignado.²⁰

Por tanto, no le asiste ninguna razón en el cargo propuesto por el demandante, cuando alega que el fallo incurrió en la aplicación indebida del artículo 399 del C.P., por cuanto en su sentir, el procesado no tenía asignada la condición de ordenador del gasto respecto de los recursos del denominado Fondo Cuenta, no solo porque cabalmente los jueces de instancia corroboraron con suficiencia la tipicidad del delito por el cual fue acusado en la que incurrió **FERNÁNDEZ MAESTRE**, sino que él mismo aceptó 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, como bien lo destacó el fallo del Tribunal y por ende, el primer cargo deberá ser desestimado por las argumentaciones expuestas por el accionante.²¹

Sin embargo, esta Agencia del Ministerio Público, advierte que se deberá casar oficiosamente el fallo del ad quem, pero no por las razones esgrimidas por el recurrente en el cargo primero, sino porque que 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”*.²²

¹⁹ C.N. ARTICULO 315. Son atribuciones del alcalde: 9. Ordenar los gastos municipales de acuerdo con el plan de inversión y el presupuesto.

²⁰ Ley 136 de 1994. ARTÍCULO 91. FUNCIONES. <Artículo modificado por el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Los alcaldes ejercerán las funciones que les asigna la Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y las que le fueren delegadas por el Presidente de la República o gobernador respectivo.

Además de las funciones anteriores, los alcaldes tendrán las siguientes: (...)

d) En relación con la Administración Municipal: (...)

5. Ordenar los gastos y celebrar los contratos y convenios municipales de acuerdo con el plan de desarrollo económico, social y con el presupuesto, observando las normas jurídicas aplicables.

g) Incorporar dentro del presupuesto municipal, mediante decreto, los recursos que haya recibido el tesoro municipal como cofinanciación de proyectos provenientes de las entidades nacionales o departamentales, o de cooperación internacional y adelantar su respectiva ejecución. Los recursos aquí previstos así como los correspondientes a seguridad ciudadana provenientes de los fondos territoriales de seguridad serán contratados y ejecutados en los términos previstos por el régimen presupuestal.

²¹ Ffs. 19 y 20 del fallo del Tribunal.

²² 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



La Corte Suprema de Justicia, sobre ese tópico, destacó en el fallo con Radicación No. 54.628, sobre la exigencia normativa para que una conducta se adecúe al delito de peculado por aplicación oficial diferente, que además de constatar la utilización de dineros públicos en propósitos diferentes a los señalados por la ley, lo sea en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores.²³

“No obstante, conforme con los parámetros fijados previamente, lo anterior no es indicativo de que la conducta reprobada se adecue al tipo penal de peculado por aplicación oficial diferente, en concurso homogéneo y sucesivo, pues además de hacerse necesario constatar que la utilización de esos dineros en propósitos diversos a los destinados originalmente, lo fue en «perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores.»

Sobre este aspecto, no hay duda que los recursos del Sistema General de Participaciones, tienen destinaciones específicas, al describir su distribución en las partidas enunciadas en la ley 715 de 2001 y que, tratándose de la denominada Propósito General, en los municipios de categorías 1ª, 2ª y 3ª, su objetivo es la «inversión», destinándose algunos porcentajes fijos a ciertos sectores: deporte y recreación, cultura, FOPET y lo restante, de acuerdo con el plan de inversión que fije la administración municipal, en las competencias enunciadas en el artículo 76 del mismo cuerpo normativo.

De conformidad con lo estipulado por el artículo 399 del C.P., falta el elemento normativo enunciado, pues si bien el procesado efectuó una erogación presupuestal que tenía destinación específica, toda vez que esos recursos estaban asignados reglamentariamente para la seguridad pública y en cambio los destinó para pago de la nómina municipal, se exterioriza la ausencia de tipicidad objetiva, en razón a que no hay prueba demostrativa de que esos recursos fueran: *“en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores”*, pues nótese que ciertamente los recursos cuestionados fueron destinados para pagar la nómina de los empleados del municipio, es decir para el pago de los sueldos de los funcionarios de la alcaldía de Valledupar y, por ello, se deberá casar de oficio la

social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

²³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21 de abril de 2021. Radicación No. 54.628. M.P. Gerson Chaverra Castro. *En esa línea, de las pruebas practicadas, las cuales se limitaron a los testimonios de Jorge Alonso Camargo Ramírez, Milsa Edith Parada Gómez (funcionarios de la Contraloría General de la Nación), Jorge Eliécer Joya Duarte (subdirector administrativo Área de Gestión Desarrollo Socio Económico del Municipio de Cúcuta), la procesada Irlly Yessenia Sandoval Pacheco y la documental que soportó las estipulaciones, no se logra deducir que la partida denominada «Fortalecimiento institucional», de la cual, se tomaron los recursos para cubrir el pago de los contratos referidos en precedencia, afectó la inversión social del municipio de San José de Cúcuta, pues este rubro conforme al contenido normativo del artículo 76 de la Ley 715 de 2001, está destinado a cubrir planes y programas tendientes a robustecer y fortalecer con carácter de permanencia el funcionamiento de la administración pública, para el cumplimiento eficiente y eficaz de su función constitucional, cometido distante del concepto de inversión social.*

En ese sentido nada de ello se dijo, ya fuese porque se inscribiera dentro del presupuesto general del municipio de San José de Cúcuta en un plan acogido con tal cometido o, se desprenda de manera inequívoca de la competencia asignada en la Ley 715 de 2001, dado que en tratándose de la partida de Propósito General, las inversiones pueden tomar diferentes direcciones no todas con un claro designio social.

Aspecto, sobre el cual, se hace necesario recordar que «[l]a 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 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.»; supuesto que, de acuerdo con los elementos de persuasión, no se identifica en el presente asunto, pues a diferencias de otras expensas que, igualmente tienen destinación específica en el marco del SGP y de las cuales sí se podría verificar su contenido social, como lo es, salud, educación y saneamiento básico, solo por citar algunas, el de Propósito General, en concreto, la competencia de fortalecimiento institucional, no, al menos de manera regular, tiene una orientación de inversión social. Siendo evidente que en el caso sub examine ello no se demostró fehacientemente, por ello, era necesario una mayor actividad probatoria para superar cualquier duda a ese respecto.

En ese orden de ideas, aun cuando pueda resultar reprobable que los recursos del SGP se emplearan en gastos de funcionamiento, dada la categoría del municipio de Cúcuta, ello no lo es en el ámbito penal, al no ajustarse a la descripción típica del delito imputado en ausencia del elemento normativo, referido a que la aplicación diferente de los recursos públicos se haga en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores.

Por lo señalado, si bien no se acoge el argumento del juez de primer grado, en punto a que era necesario incorporar el plan de desarrollo del municipio de San José de Cúcuta o el presupuesto anual de rentas y gastos, al cual se acogió el defensor en su segundo cargo, a modo de tarifa legal, la Sala en aplicación del principio de libertad probatoria, tampoco encuentra demostrado, conforme con las pruebas obrantes en la actuación, más allá de toda duda razonable, el perjuicio a la «inversión social» en el gasto de los recursos públicos que realizó la procesada para el pago de los contratos arriba individualizados.”



sentencia del Tribunal, con fundamento en lo expresado y no por los argumentos expresados en el cargo primero propuesto por la censura.²⁴

3.2. AL CARGO SEGUNDO: Subsidiario. Violación indirecta de la ley sustancial

Señaló el censor, que el fallo está incurso en error de hecho derivado de falso raciocinio en la apreciación de la principal prueba testimonial sobre la que se fundó la sentencia: *“El segundo se propone como subsidiario, originado por ostensible y manifiesto error de hecho en que incurrió la sentencia recurrida, en la forma de falso juicio de raciocinio en la apreciación de la "principal" prueba testimonial de compromiso penal "sobre la cual se ha fundado la sentencia" (Artículo 181.3 del C.P.P.) contra el acusado LUIS FABIAN FERNANDEZ MAESTRE, la cual, como bien lo destaca el fallador de segundo grado, es el testimonio del doctor JORGE LUIS PEREZ MESTRE, ex Tesorero el Municipio de Valledupar por la época de los hechos.”*²⁵

Desde ya se advierte que no le asiste razón para la prosperidad del cargo propuesto por el recurrente, y si bien hipotéticamente no sería necesario desarrollar el segundo cargo ante la petición de casación oficiosa por parte de esta Agencia del Ministerio Público, que de ser acogida por la Honorable Sala de Casación y que según lo probado por los fallos de instancia, frente a la comisión del delito imputado en su contra de peculado por aplicación oficial diferente de que fue acusado el condenado, **FERNÁNDEZ MAESTRE**, imputación llevada a efecto el 24 de septiembre de 2013, no se vislumbra el yerro denunciado por la censura:²⁶

“El 24 de septiembre de 2013, fue realizada la audiencia de formulación de imputación en contra del señor Luis Fabián Fernández Maestre, por el delito de Peculado por Aplicación Oficial Diferente del artículo 399 del Código Penal quien no aceptó los cargos atribuidos en ese escenario procesal.”

En relación con el delito endilgado al procesado, el fallo de segunda instancia destacó que, la principal prueba que obraba era el testimonio de Jorge Pérez Mestre, quien se desempeñaba como tesorero municipal durante la gestión del encartado:²⁷ Adicionalmente, el fallo de la corporación seccional precisó que el citado tesorero sostuvo que no fue ordenador del gasto, pues dicha función estaba definida por ley únicamente en cabeza del alcalde municipal:²⁸

La decisión del Tribunal de Valledupar, recalcó a su vez que de conformidad con la declaración del tesorero, quien relató 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

²⁴ Fls. 1 al 15 de la demanda de casación.

²⁵ Fls. 20 y ss. de la demanda.

²⁶ Fl. 5 fallo del ad quem.

²⁷ Fls. 16 y 17 del fallo del ad quem. *“Sobre la circunstancia propuesta, la principal prueba introducida a la presente causa, es el testimonio del señor Jorge Pérez Mestre - quien compareció como testigo común de la defensa y de la Fiscalía tesorero municipal durante la gestión como alcalde de Valledupar del señor Luis Fabián Fernández Maestre, quien en juicio destacó los siguientes aspectos relevantes.*

El señor Luis Fabián Fernández Maestre en todo momento fue el ordenador del gasto de las cuentas que se manejaban en el municipio, incluyendo la del Fondo Cuenta para la Convivencia y la Seguridad Ciudadana.

Los gastos se producían cuando el alcalde municipal los definía, las oficinas de presupuesto y contabilidad avalaban las cuentas y finalmente pasaban a la oficina de tesorería para hacerlas efectivas.

Para hacer el pago de la nómina de los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2011, con los recursos del citado Fondo Cuenta, el alcalde municipal emitió una orden verbal para tal efecto, señalando que en amparo en la ley, intentaba hacer un empréstito temporal y devolver los recursos inmediatamente se contara con ellos.”

²⁸ Fls. 17 y 18 fallo de segunda instancia.

“Nunca fue ordenador del gasto pues dicha función estaba definida por ley únicamente en cabeza del alcalde municipal y siempre que se hacía una erogación del gasto se requería de su aval, el cual expresaba de forma oral cuando lo estimaba conveniente.

Hasta el 31 de diciembre de 2011, fecha en que estuvo vinculado a la administración municipal recibía las órdenes de giro de forma oral.

El Comité de orden Público define el uso y la prioridad de los recursos consignados en el Fondo Cuenta pero no era un ordenador del gasto, pues esta función estaba asignada al alcalde municipal.

El tesorero municipal no era autónomo para girar por su cuenta valores superiores a \$10'000.000.”



municipal, **FERNÁNDEZ MAESTRE:**²⁹

“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.”

Destáquese también, que el fallo de segundo grado subrayó que el propio procesado estableció con precisión y claridad su función como administrador de los recursos municipales, incluyendo por supuesto los del Comité de Orden Público y que todas las transacciones que se hiciesen, fuesen de carácter ordinario o las del Fondo Cuenta establecido, debían contar con su aprobación:³⁰

“Para más señas, la declaración vertida por el propio procesado en audiencia, establece con claridad su función como administrador de los recursos municipales, incluyendo precisamente el Comité de Orden Público, señalando este 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.”

Al respecto, debe precisarse que, el fallo de segunda instancia no solo tuvo en cuenta la declaración del tesorero, sino que tuvo en cuenta también los testimonios aportados tanto por la Fiscalía como por la defensa y concluyó que para la erogación de los recursos del municipio, tenía como punto de partida que en todos los casos, mediaba la orden del alcalde municipal, por ser este el responsable en general del manejo de los ingresos del municipio de Valledupar.³¹

“A partir tanto de los testimonios aportados por la Fiscalía, como por la defensa, se logró establecer que 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, pero que 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.”

Acorde con los postulados de la sana crítica y la libertad probatoria en materia penal, esta delegada encuentra acertada la decisión del Tribunal al concederle valor probatorio suficiente para emitir el fallo en el sentido referido. No encuentra desfase en el criterio de apreciación de la prueba testimonial, justamente, porque el deponente conoció en el escenario el desarrollo de los hechos y justamente señaló, quien dio la orden de utilizar los recursos públicos cuestionados, el origen y la destinación. El testigo no fue tachado como parcializado o amañado, inventado o supuesto, justamente porque fue llevado al juicio por las partes en conflicto no solo por ser el conocedor de los hechos, sino que además recibió la orden directamente de procesado quien era su superior y tenía la autoridad para darle ordenes de utilizar los dineros como tesorero.

En este orden de ideas, no se vislumbra en manera alguna que la decisión del ad quem esté incurso en el yerro denunciado de falso raciocinio en la valoración de la declaración del tesorero municipal, pues no solo el fallo apreció lo dicho por este funcionario, con fundamento en las reglas de apreciación del testimonio definidas en el artículo 404 del C.P.P., sino que con cimiento en el principio de libertad probatoria del artículo 373 *ídem*, apreció en conjunto las pruebas tanto de cargo

²⁹ Fls. 18 y 19 fallo de segundo grado.

³⁰ Fl. 19 fallo del ad quem.

³¹ Fl. 20 del fallo del Tribunal.



como de descargo, como lo prevé el artículo 380 ibídem y tampoco logró concretar el censor la equivocación en el proceso de valoración crítica del medio de convicción que se fundó la sentencia del Tribunal y por esto, el segundo cargo propuesto deberá ser desatendido.³²

La Corte Suprema de Justicia, mediante fallo con Radicación No. 49.743, sobre el error de hecho por falso raciocinio, indicó que corresponde a quien lo alega indicar en forma objetiva qué dice el medio probatorio, cuál fue la inferencia a la que equivocadamente arribó el juzgador y cuál era la correcta en ese caso particular:³³

En consecuencia, se solicita de manera respetuosa a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, NO CASAR la sentencia del Tribunal de Valledupar, por ninguno de los dos cargos propuestos por la censura.³⁴

En su lugar, se solicita casar oficiosamente el fallo del ad quem que condenó al procesado **Luis Fabián Fernández Maestre**, ante la ausencia de tipicidad objetiva, pues si bien el procesado efectuó una erogación presupuestal que tenía destinación específica, toda vez que esos recursos estaban asignados reglamentariamente para la seguridad pública, los destinó para el pago de la nómina municipal, y no hay prueba demostrativa de que con el cambio de destinación esos recursos acarrearán un daño: “*en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores*”, como lo exige el inciso in fine del artículo 399 del Código Penal que consagra el delito de peculado por aplicación oficial diferente.³⁵

Atentamente,

PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA
Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal

³² Fls. 16 y 17 fallo del ad quem. “*En tratándose de error de hecho por falso raciocinio, que es el motivo que se invoca en la demanda objeto de estudio, corresponde a quien lo alega indicar en forma objetiva qué dice el medio probatorio, cuál fue la inferencia a la que equivocadamente arribó el juzgador y cuál es la correcta, así como el mérito persuasivo otorgado y el postulado lógico, la ley científica o la máxima de experiencia que fue desconocida en el fallo. También corresponde al recurrente identificar la norma de derecho sustancial que indirectamente resultó excluida o indebidamente aplicada y la trascendencia del error en aras de establecer que, de no haberse incurrido en el yerro aludido, el sentido de la sentencia habría sido sustancialmente opuesto a aquel contenido en la decisión atacada por vía del recurso extraordinario.*

El falso raciocinio se concreta en una equivocación en el proceso de valoración crítica del medio de convicción que funda la sentencia, por lo cual entra en contradicción con un razonamiento lógico y/o científico que conlleva a una conclusión errada. De allí que se atribuya al demandante, no la mera enunciación de la trasgresión a las reglas de la sana crítica, sino la carga de identificar cuál fue regla de experiencia, de la lógica o de la ciencia que se desconoció, y cómo tal desconocimiento trascendió en el resultado de la sentencia, es decir, debe hacer ver el casacionista la conclusión absurda a la que arribó el juez de segundo grado como resultado de un equivocado razonamiento”

³³ Corte Suprema De Justicia. Sentencia del 30 de agosto de 2017. Radicación No. 49.743. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

³⁴ Fls. 1 al 27 de la demanda.

³⁵ Fls. 1 al 26 fallo del ad quem.

Asunto: RV: CASACION
Fecha: miércoles, 9 de febrero de 2022, 4:32:17 p.m. hora estándar de Colombia
De: Secretaria Sala Casacion Penal
<secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>
A: Munir Shariff Jaller Quiroz <munirjq@cortesuprema.gov.co>
Datos adjuntos: CASACIÓN 51288 FERNANDEZ MAESTRE PECULADO POR APLICACION OF DIFER.pdf

Sustentación - Casación 51288

De: Paula Andrea Ramirez Barbosa <pramirez@procuraduria.gov.co>
Enviado: miércoles, 9 de febrero de 2022 4:12 p. m.
Para: Secretaria Sala Casacion Penal <secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>; Nubia Yolanda Nova Garcia <Nubiang@cortesuprema.gov.co>
Asunto: CASACION

Respetados señores,

De manera atenta, me permito remitir el concepto de la casación de la referencia, dentro del término de ley,

Agradezco la atención y la confirmación del recibido.

FREDYS GUTIERREZ NIEVES

Abogado

Carrera 18a 30-42 Valledupar- Celular 315 747 08 28

Correo electronico: fredysgutierrez@hotmail.com

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (Sala Penal)
HONORABLE MAGISTRADO
DR. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
C.U.I. :20001600000020130010101
CASACIÓN: 51288 LUIS FABIÁN FERNÁNDEZ MAESTRE

ASUNTO: ALEGATOS DE SUSTENTACION.

FREDYS ALFONSO GUTIERREZ NIEVES, identificado con la cédula de ciudadanía número 77.016.269 expedida en Valledupar y la tarjeta profesional numero 60.925 del C.S.J, en mi calidad de defensor de LUIS FABIAN FERNANDEZ MAESTRE, A efectos de la sustentación del recurso se dará aplicación a lo dispuesto por el Acuerdo 020 del 29 de abril de 2020, “Mediante el cual se implementan 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”, Conforme con lo señalado por el artículo tercero del Acuerdo, el cual establece la sustentación escrita, no en audiencia pública, del recurso de casación, se dispone correr traslado por el término común de quince (15) días, al demandante y a los sujetos procesales no recurrentes, a fin de que en ese lapso presenten los **alegatos correspondientes,**

FUNDAMENTO FILOLOGICO HEBRAIZANTE DE LOS ALEGATOS

Como titular apoderado jurídico de los derechos que represento como defensor del procesado dentro del referente **INOCENTE, LUIS FABIAN FERNANDEZ MAESTRE**, por medio del presente escrito y asistido en la norma Constitucional y legislativa que rige el **ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO PENAL**, me permito presentar el texto de los alegatos que no tendrá extensión superior a 10 hojas, **como representante de los derechos del demandante me pronunciaré en relación con el cargo formulado, sin introducir nuevas censuras, empero, dentro de la misma fue puesta en conocimiento la prescripción de la acción penal o su extinción,** Para tal fin invocaré 4 fundamentos que sustentan la eficacia jurídica de prosperidad a la casación así:

ERROR DE ANOTACION

Es importante resaltar que la sentencia fustigada la decantó El Tribunal Superior de Valledupar departamento del Cesar, no el cuerpo análogo colegiado de Antioquia, como erradamente se anotó por el señor Magistrado ponente así. **Tribunal Superior de “Medellín”** confirmó la condena que le impuso el Juzgado 2° Penal del Circuito en su condición de autor del delito de peculado por aplicación oficial diferente.

PRIMERA CENSURA

Antes de adentrarnos a fundamentar la discusión del trámite fustigado, asistiendo en aplicabilidad del principio de **ECONOMIA PROCESAL**, consiste, principalmente, en conseguir el mayor resultado con el mínimo de actividad de la administración de justicia, para que se estudie de forma inicial la existencia de **PRESCRIPCIÓN** de la acción penal, resaltando que en el expediente funge como prueba la solitud planteada con las formulas numéricas que garantizan la extinción de la acción penal, de igual manera la respuesta proferida que asegura se tendrá en cuenta al momento de resolver la casación, ello pido sea valorada y ponderada con la aplicación de este **Principio de Economía procesal**, se busca la celeridad en la solución de este litigio, es decir, que se imparta pronta y cumplida justicia, antes de estudiar el fondo de las otras censuras fundadas para ello definimos lo que esta corte de forma pacífica a impartido como Precedente judicial, que debo solicitar concomitante se haga cumplir la Corte Constitucional ha distinguido entre **precedente horizontal**, que es aquel que debe observarse por el mismo juez o corporación que lo generó o por otro(a) de igual jerarquía funcional, y **precedente vertical**, que es el que proviene de un funcionario o corporación de **superior jerarquía**, particularmente de aquellas que en cada uno de los distintos ámbitos de la jurisdicción se desempeñan como órganos límite, de manera que, para garantizar un mínimo de seguridad jurídica a los ciudadanos, los funcionarios judiciales deben tener en cuenta que, al momento de fallar, se encuentran vinculados en sus decisiones por la regla jurisprudencial que para el caso concreto ha dictado el órgano unificador en la jurisdicción ordinaria **o en la constitucional**, Si pretenden apartarse del precedente, en ejercicio de la autonomía judicial, **pesa sobre ellos una carga de argumentación más estricta, pues deben demostrar de manera adecuada y suficiente las razones por las cuales se apartan, de lo contrario, se presenta un defecto que hace procedente la acción de tutela**, en este caso especial Acerca del fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, tiene precisado la jurisprudencia de la Corte que: “La prescripción desde la perspectiva de la casación, puede producirse: **a)** antes de la sentencia de segunda instancia; **b)** como consecuencia de alguna decisión adoptada en ella con repercusión en la punibilidad; o, **c)** con posterioridad a la misma, vale decir, entre el día de su proferimiento y el de su ejecutoria. “Si en las dos primeras hipótesis se dicta el fallo, su ilegalidad es demandable **a través del recurso de casación**, porque el mismo no se podía dictar en consideración a la pérdida de la potestad punitiva del Estado originada en el transcurso del tiempo, “Frente a la tercera hipótesis la solución es diferente, en tal evento la acción penal estaba vigente al momento de producirse el fallo y su legalidad en esa medida resulta indiscutible a través de la casación, porque la misma se encuentra instituida para juzgar la corrección de la sentencia y eso no incluye eventualidades posteriores, como la prescripción de la acción penal dentro del término de ejecutoria, **“Cuando así sucede, es deber del funcionario judicial de segunda instancia o de la Corte si el fenómeno se produce en el trámite del recurso de casación, declarar extinguida la acción en el momento en el cual se**

cumpla el término prescriptivo, de oficio o a petición de parte, Pero si no se advierte la circunstancia y la sentencia alcanza la categoría de cosa juzgada, la única forma de remover sus efectos e invalidarla es acudiendo a la segunda de las causales que hacen procedente la acción de revisión”, Igualmente tiene dicho esta Sala que la calificación jurídica del delito definida en la sentencia irradia efectos sustanciales para todos los efectos legales, no sólo para la pena, sino inclusive respecto de los cómputos de la prescripción de la acción penal en referencia a cualquiera de las fases del proceso, como de vieja data lo tiene definido de manera pacífica y reiterada la jurisprudencia de esta Corporación, en efecto, en fallo de revisión acerca de esa temática hizo las siguientes precisiones, “Conforme a lo anterior, la Corte encuentra fundada y probada la causal de revisión que se invoca, pues ciertamente con la sentencia de casación atacada debió proferirse simultáneamente la cesación de procedimiento por improseguibilidad de la acción con base en el fenómeno prescriptivo y como consecuencia de los efectos que sobre la calificación jurídica del hecho y su punibilidad se derivaban del contenido material del fallo de casación. Al omitirse tal resolución, alcanzó ejecutoria una decisión que así no podía producirla con todos sus efectos de cosa juzgada pues, se repite, la acción penal se hizo improseguible por prescripción. Por tal razón se declarará sin valor la ejecutoria del fallo, al tiempo que se dispondrá la cesación de procedimiento, por prescripción de la acción, en cumplimiento de lo normado en los artículos 36 y 240 del Código de Procedimiento Penal,” la ley penal colombiana vincula, inexorablemente, casi todas sus instituciones al cuadro normativo previsto para los hechos que se regulan en ella. Sin embargo, dicho cuadro normativo va adquiriendo su perfil definitivo a través del juicio de valor que sobre los hechos y sobre el derecho se lleva a cabo progresiva y provisionalmente a través del trámite y las etapas procesales,” de allí se deriva, entonces, como lo ha sostenido la Corte, que las variaciones a la calificación jurídica de la conducta imputada, introducidas a través del proceso, deben considerarse para los cómputos propios de la prescripción, produciendo efectos que se han asimilado a los de la retroactividad. **(Confrontar sentencias de marzo 24/81 y noviembre 16/93 por ejemplo)**, esto no puede ser sino así, si se repara en que la acción penal que prescribe es la generada por el delito respectivo y que éste por su parte, adquiere su identificación plena y definitiva en el acto de sentencia,” de este modo, mientras el sistema prescriptivo esté diseñado con referencia a la identificación jurídica del hecho punible, pues que allí se constata la duración de su pena y por ende el término de prescripción, tendrán que admitirse las repercusiones que sobre el fenómeno extintivo de la acción tenga la calificación definitiva, sea que se afecten con ello fases superadas del proceso o que, como acá, se influya la sentencia misma impidiendo su ejecutoria, no se trata de plantear acá la conveniencia o inconveniencia de que un sistema como el indicado produzca en las calificaciones jurídicas que se formulan durante el trámite, actos jurídicos inestables o inseguros, sino de que mientras el sistema de prescripción se sostenga sobre éste modelo y éstas regulaciones de derecho positivo, es inevitable que el fenómeno prescriptivo esté sujeto al vaivén de la calificación definitiva hecha en la sentencia y que ella produzca efectos sustanciales y procesales sobre todas las consecuencias jurídicas derivables de la misma, Si no fuese así el asunto, prevalecería en el proceso lo formal sobre lo sustancial, sobre la justicia material, e incluso podrían llegarse a patrocinar formas de deslealtad procesal. Piénsese si no, en que por otra vía hermenéutica como la sostenida por la Corte hasta abril de 1977, el sujeto de la función acusadora podría

impedir la prescripción de un delito deduciendo agravantes inexistentes en la resolución de acusación en desmedro del derecho del imputado a su declaratoria, puesto que se daría carácter de inmutable a lo que no lo tiene por naturaleza, es decir al acto calificadorio, cuya misión al interior del proceso es netamente funcional pues no tiene por objeto decidir la Litis sino el ámbito dentro del cual se desenvolverán la acusación y la defensa”, con posterioridad, en una situación fáctica de contornos semejantes a la aquí dilucidada, reiteró la Colegiatura las consideraciones anteriores, y trajo a colación otras que robustecían tal posición: “... ‘La calificación sumarial impartida en la resolución de acusación no obstante su carácter provisorio se convierte en ley del proceso, pues es el hito fundamental a partir del cual el Estado garantiza al acusado el derecho de defensa y se desarrolla la actividad defensiva durante el debate del juicio, pero a la vez está sujeta a las resultas de éste, materializadas en la sentencia de las instancias, ‘Esta, cuando es condenatoria y se pronuncia bajo los parámetros del debido proceso y concordantes con la resolución acusatoria, es el único pronunciamiento judicial dentro de la fase ordinaria del proceso con categoría de definitividad [sic] en la imputación penal, sea que la mantenga en los mismos términos de la acusación fiscal o que le introduzca variaciones de menor compromiso penal, de donde se colige que es el tipo penal contemplado en el fallo de las instancias con las circunstancias específicas declaradas, el que establece el término de la prescripción de la acción penal’...” Por lo anterior pido sea valorada en este caso y ordenada a favor de mi mandante.

SEGUNDA CENSURA

¿Dentro del trámite quedó claro la tipología enmarcada por los hechos acontecidos, de igual manera defino los tipos de conductas y diferencia de autor y coautoría que no se definió en el trámite por los Aquo, cuál? se le impuso a mi defendido, surtiendo así una duda que no hace eficaz el contenido de la decisión demandada así: **Violación indirecta de la ley sustancial. 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 manifiesto desconocimiento de los jueces de primeras instancias sobre las **reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia,** de incurrir en ostensibles **errores de derecho por falsos juicios de legalidad y errores de hecho por falsos juicio de raciocinio en la apreciación de varias pruebas,** que condujo a violar de forma mediata normas sustanciales; por **falta de aplicación del artículo 7º. y 381 del C. de P. P. (Ley 906 de 2004)** que contempla la duda probatoria como regla de juicio y la presunción de inocencia, e **indebida aplicación de los artículos artículo 399 del Código Penal,** el no cumplido y no aplicado el artículo 36 del Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional, decreto 111 de 1996, ” **Art. 7º. Presunción de inocencia e in dubio pro reo,** toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal, en consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado, en ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria, **Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda.**” **Art. 381º. – Conocimiento para condenar.** **Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y la responsabilidad penal del**

acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio, la sentencia condenatoria no podrá fundarse exclusivamente en pruebas de referencia, La figura de la coautoría comporta el desarrollo de un plan previamente definido para la consecución de un fin propuesto, en el cual cada persona involucrada desempeña una tarea específica, de modo que responden como coautores por el designio común y los efectos colaterales que de él se desprendan, así su conducta individual no resulte objetivamente subsumida en el respectivo tipo penal, pues todos actúan con conocimiento y voluntad para la producción de un resultado, **Respecto del concurso de personas** en la comisión delictiva se ha precisado que existen diferencias entre la coautoría material propia y la impropia, la primera ocurre cuando varios sujetos, acordados de manera previa o concomitante, realizan el verbo rector definido por el legislador, mientras que la segunda, la impropia, llamada coautoría funcional, precisa también de dicho acuerdo, pero hay división del trabajo, identidad en el delito que será cometido y sujeción al plan establecido, modalidad prevista en el **artículo 29-2 del Código Penal**, al disponer que son coautores quienes, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte; se puede deducir, de los hechos demostrativos de la decisión conjunta de realizar el delito. Dicha modalidad de intervención criminal rige el principio de imputación recíproca, según el cual, cuando existe una resolución común al hecho, lo que haga cada uno de los coautores se extiende a todos los demás conforme al plan acordado, sin perjuicio de que las otras contribuciones individualmente consideradas sean o no por sí solas constitutivas de delito, mi representado, dentro el tramite demandado en esta casación está demostrado no produjo algún quebrantamiento a la norma penal que en estado sensu sí aceptó materializar el titular de dicha cartera tesorería **Jorge Luis Pérez Maestre**, representante y titular del manejo de la pagaduría o Tesorería en la vigencia fiscal, según él fue quien incurrió en la violación de normas presupuestales y contables como profesional calificado y nombrado para tal manejo y fines administrativos, quien realizó transferencias o traslados de dinero pertenecientes al fondo de seguridad -Fondo Cuentas- por un valor de \$1.500.381.099 a otras cuentas del municipio para el pago de nómina burocrática a docentes de la Alcaldía, Por ello quedó demostrado que se tipificó la conducta penal contra **Jorge Luis Pérez Maestre**, representante y titular del manejo administrativo de la Tesorería Municipal, “ hecho notorio en los medios de comunicaciones **“Un juez de Valledupar condenó a 8 meses y 18 días de prisión a Jorge Luis Pérez Maestre” por el delito de peculado por aplicación oficial diferente”** El censor **Jorge Luis Pérez Maestre**, representante y titular del manejo administrativo de la Tesorería Municipal desconoce el principio de libertad probatoria y asume una especie de tarifa legal al insistir que recibió orden verbal del Alcalde quien represento, por ello realizó transferencias o traslados de dinero pertenecientes al fondo de seguridad -Fondo Cuentas- por un valor de \$1.500.381.099 a otras cuentas del municipio para el pago de nómina burocrática de docentes de la Alcaldía, dado que el Tribunal asumió en indebida forma un estudio de las pruebas practicadas incluso, en lo atinente al dolo, pues claramente el testimonio del enjuiciado tesorero permitía aseverar que tenía claro las condiciones de destinación de los recursos a su cargo, en ese contexto, expreso y asevero que no hay duda que el comportamiento del procesado **Jorge Luis Pérez Maestre** fue quien realizó transferencias o traslado de dinero pertenecientes al fondo de seguridad -Fondo Cuentas- por un valor de \$1.500.381.099 a otras cuentas del municipio para el pago de nómina burocrática de la Alcaldía, es típico,

antijurídico y culpable violó las normas que rige su condición profesional y las funciones públicas presupuestales y contables, por ello no concurre causal alguna de exclusión de responsabilidad, solo y exclusivo recae sobre su condición de tesorero, a pesar que en gracia discusión mi defendido haya ordenado dicho trámite o traslado de dineros, que no fue así, el profesional del manejo del cumplimiento de las reglas y normas presupuestales y contables, solo recaen sobre él.

TERCERA CENSURA

En otra orilla jurídica, de habersele ordenado dicho trámite de forma verbal, por mi amparado, lo hecho por **LUIS FABIAN FERNANDEZ**, no enmarca la conducta investigada **peculado por aplicación oficial diferente**, toda vez que las censuras se remiten a la constatación de la materialidad de la conducta y la responsabilidad del enjuiciado, **FERNANDEZ MAESTRE**, mi cliente, tópicos que, igualmente, corresponderían en analizar a garantía del principio referido, se debe abordar de manera conjunta, En ese orden, revisemos: **(i) la estructura del delito de peculado por aplicación oficial diferente, (ii) la demostración del elemento normativo «en perjuicio de la trasladar dineros del fondo de seguridad Fondo Cuentas para inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores profesores», ello hace parte (iii) del Sistema General de Participaciones y, (vi) resolverá el caso concreto. ARTÍCULO 399 PECULADO POR APLICACIÓN 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 prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, la Conducta respecto de la cual, esta Corte en providencia **SP, 18 dic. 2013, Rad. 42133**, explicó acerca de los elementos requeridos para su estructuración de esta conducta define: el sujeto activo es calificado debido a que es un servidor público Alcalde en este caso 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, 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 se aviene atípico, así lo ha explicado esta Corporación entre otras decisiones **1 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, Esto no quedó demostrado en la sentencia impartida por el Tribunal hoy fustigada en casación,** “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, 1 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, 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 apropiaciones 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.” 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”. criterio del cual también se dijo, 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 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...”

CUARTA ULTIMA CENSURA JURISPRUDENCIAS DESCONOCIDAS COMO PRECEDENTE JUDICIAL

Sentencia C-539/11

OBLIGACIÓN DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS

Todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, como el **Juez Segundo Penal y Tribunal Superior de Valledupar** de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que, como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa, constitucional y penal.

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, 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, ahora, respecto de la manera como se prueba el anterior elemento, **la Corte en decisión CSJ SP 24 Agos. 2012, Rad. 35465, expresó,**“ es cierto que la Corte ha sido insistente acerca de la necesidad de allegar al proceso, en aras de realizar el condigno juicio de tipicidad, el plan de desarrollo económico del respectivo ente territorial, así como 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, **así lo señaló en la sentencia de única instancia de marzo 21 de 20023**, tesis reiterada por la Corporación en posteriores decisiones, tales como en los **fallos del 14 de noviembre del mismo año 4; del 11 de marzo de 20035; del 16 de febrero de 20056; del 31 de agosto de 20057; y del 12 de diciembre de 20058**, la anterior no significa, empero, 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, Por lo señalado, si bien no se acoge el argumento del juez de primer grado, en punto a que era necesario incorporar el plan de desarrollo del municipio de Valledupar o el presupuesto para seguridad a modo de tarifa legal, pido a esta colegiatura Sala penal que en aplicación del **principio de libertad probatoria**, tampoco encuentra demostrado, conforme con las pruebas obrantes en la actuación, más allá de toda duda razonable, el perjuicio a la «**inversión social**» en el gasto de los recursos públicos que realizó el procesado para el pago de los salarios **se haga en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores**, **Antes, por el contrario, se garantizaron derechos superiores laborales, prestacionales sociales a favor de dignos humanos**, Por ello pido que se ordene al Juzgado de primera instancia **SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR**, procederá a cancelar los registros y anotaciones que haya originado este diligenciamiento en contra del enjuiciado **LUIS FABIAN FERNANDEZ MAESTRE**, en virtud de lo expuesto, pido a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, conceda lo siguiente:

PETICION

1. Pido **CASAR** el fallo 17 de julio de 2017 proferido por el Tribunal Superior de Valledupar Cesar, de acuerdo con la parte motiva de esta narrativa alegatoria y en su remplazo pido dejar sin efectos el dictado el del mismo año, por prescripción de la acción y por atipicidad de la conducta investigada desconocida por el Juzgado Segundo Penal de Circuito de Conocimiento de esa ciudad, mediante el cual se condenó a **LUIS FABAN FERNANDEZ MAESTRE**, del delito de peculado por aplicación oficial diferente.

ANEXO

Plan de Desarrollo Municipal

Para demostrar no fue aportado a la investigación y quedo fuera de las sentencias acusadas en esta casación para acreditar cabalmente la naturaleza social de las partidas no afectadas, para ello se ha de acudir a los Planes de Desarrollo Económico, sea del ámbito Nacional o territorial esto materializaría 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, **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.

FREDYS GUTIERREZ NIEVES

CC 77.016.269 Valledupar

TP 60.925 Consejo Superior de la Judicatura

Asunto: RV: envio alegatos LUIS FABIAN FERNNDEZ.. ATTE: FREDYS GUTIERREZ NIEVES..
Fecha: jueves, 24 de febrero de 2022, 6:24:27 p.m. hora estándar de Colombia
De: Munir Shariff Jaller Quiroz <munirjq@cortesuprema.gov.co>
A: Munir Shariff Jaller Quiroz <munirjq@cortesuprema.gov.co>
Datos adjuntos: luisfabian.docx

Alegatos 51288

De: fredys alfonso gutierrez nieves <fredysgutierrez@hotmail.com>
Fecha: jueves, 24 de febrero de 2022, 8:53 a.m.
Para: Munir Shariff Jaller Quiroz <munirjq@cortesuprema.gov.co>, fredys alfonso gutierrez nieves <fredysgutierrez@hotmail.com>, fredyagutierrez@hotmail.com <fredyagutierrez@hotmail.com>
Asunto: envio alegatos LUIS FABIAN FERNNDEZ.. ATTE: FREDYS GUTIERREZ NIEVES..