

Proceso No 12265

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGÓ

Aprobado Acta N° 017

Bogotá, D. C., febrero catorce de dos mil dos.

VISTOS

La Corte se pronunciará sobre la demanda de casación propuesta en contra de la sentencia de segundo grado de fecha 15 de mayo de 1996, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja que revocó el fallo absolutorio dictado por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de esa ciudad el 31 de octubre de 1995 y, en su lugar, condenó a ORLANDO CORREDOR BERNAL a la pena principal de 3 años de prisión y multa de \$50.000,00, como autor responsable del delito de peculado por apropiación, al tiempo que negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

En su concepto el Procurador Tercero Delegado en lo Penal se muestra partidario de desestimar la demanda y casar de oficio la sentencia demandada.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

La Asamblea Departamental de Boyacá aprobó dentro del presupuesto de rentas y apropiaciones para la vigencia fiscal de 1990, una partida por once millones de pesos

destinada a ayudas educativas, a entidades de beneficio comunitario y sin ánimo de lucro, obras varias, programas de obras públicas, clubes deportivos, compra de equipos y asistencia social en el departamento, partida que se giró con destino al fondo "Arturo Corredor Arcos", cuyo representante legal y ordenador del gasto era el diputado ORLANDO CORREDOR BERNAL, la cual se manejó a través de un fideicomiso constituido con el Banco Ganadero de Tunja.

El gasto de la mencionada suma de dinero no se hizo de conformidad con las reales necesidades de los destinatarios de la partida, sino que benefició, además del procesado, a personas allegadas a CORREDOR BERNAL y a terceros que servían de intermediarios en el cobro de las ayudas, quienes entregaban una suma inferior de la que aparecía en los cheques a los respectivos beneficiarios.

Abierta la investigación el 13 de enero de 1993, se vinculó mediante indagatoria al procesado ORLANDO CORREDOR BERNAL y se le resolvió situación jurídica con detención preventiva por el delito de peculado por apropiación. El 4 de agosto de 1994 la Fiscalía Segunda de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior, lo acusó por el mismo delito.

Una vez celebrada la audiencia pública, el 31 de octubre de 1995 el Juez de conocimiento absolvió al procesado de los cargos que se le formularon, decisión que al ser impugnada revocó el Tribunal Superior de Tunja para condenar a CORREDOR BERNAL como autor del delito de peculado por apropiación a la pena de 3 años de prisión y multa de \$50.000,00.

LA DEMANDA DE CASACION

Primer cargo

El demandante acusa la sentencia de violar directamente la ley sustancial, toda vez

que en ella se dio aplicación indebida del artículo 76-20 de la [Constitución Política](#) de 1886 así como a la Ley 25 de 1977, disposiciones que fueron seleccionadas de manera errónea para evaluar la constitucionalidad y legalidad de los auxilios departamentales, pues aunque éstos guardan semejanza con los de carácter nacional, que son los que se regían por aquellas disposiciones, tienen un régimen normativo.

Con base en cortas citas textuales del fallo recurrido, en donde el tribunal afirma que las ordenanzas deben ajustarse a las preceptivas superiores y si las contrarían su inaplicación se impone, y que tales normas del orden departamental tienen la misma estructura sobre los auxilios regionales, el censor afirma que se presupuso que la regla contenida en el artículo 76-20 de la Constitución derogada y su reglamentación, también rigen a los auxilios departamentales.

Destaca el libelista que bajo esa comprensión, el tribunal concluyó en el fallo, de modo equivocado, que tal como ocurre con los auxilios nacionales, con los departamentales no se podían auspiciar actividades deportivas sino gimnasios y campos de deporte, según lo establecía el artículo 3, literal b) de la Ley 25 de 1977. También se equivocó el ad quem al aseverar, con fundamento en el artículo 5, literal d) de la misma ley 25 de 1977, que las ayudas educativas debían girarse a fondos especiales manejados por el Icetex y no por particulares.

El casacionista sostiene que la norma llamada a regir el problema es el artículo 187 de la Constitución de 1886, el cual transcribe, que regulaba el tema de los auxilios de fomento de acuerdo con planes y programas generales del departamento. De allí extrae dos consecuencias que, a su modo de ver, no tuvo en cuenta el fallador: 1) La norma constitucional especial que regula los auxilios departamentales, de mayor amplitud, sí se ocupa de las actividades culturales, sociales y económicas, circunstancia que desvirtúa la afirmación contenida en la sentencia, según la cual, al tenor de la Ley 25 de 1977 y del mismo modo que en el caso de los auxilios nacionales, sólo era posible auxiliar gimnasios

y campos deportivos y, 2) Que sobre el particular de los auxilios, las normas constitucionales no se subordinan sino que se complementan “dejando espacios cotangentes pero no iguales a cada corporación legislativa”, razón por la cual la norma constitucional dejada de aplicar disponía que los auxilios de fomento de carácter departamental eran viables “en aquello que no corresponda a la nación”, pues no tendría sentido y por tanto sería absurdo que las disposiciones regularan y auxiliaran los mismos aspectos.

Sostiene el recurrente que la norma que debía regir la situación de los auxilios departamentales es el artículo 187-3 de la [Constitución Política](#) de 1886 y no las aplicadas en la sentencia, esto es, el artículo 76-20 ibídem y la Ley 25 de 1977, pues aluden a casos distintos aunque complementarios. En la misma decisión se incurrió en un error, prosigue el censor, por aplicar unos preceptos con base en los cuales se concluyó que los auxilios fueron ilegales, al considerarse allí, además, que no estaba permitido el fomento de actividades deportivas y que el manejo de las ayudas educativas sólo se hacía por el Icetex. Tal yerro incide en la sentencia, porque al estimarse como ilegales los auxilios, destinados a actividades deportivas unos y manejados por fuera del Icetex otros, se dio por sentado que hubo una sustracción indebida de los fondos públicos, lo que configuró el peculado.

La proposición jurídica indebidamente aplicada en la sentencia (artículo 76-20 de la Constitución de 1886, Ley 25 de 1977), de acuerdo con la perspectiva del recurrente comporta la inaplicación de la disposición constitucional que regía a cabalidad el tema de los auxilios departamentales, lo cual genera un claro error de selección de las normas que determinan la legalidad de los auxilios departamentales. Reitera que en virtud de tal yerro se concluyó en la ilegalidad de los conocidos auxilios así como la apropiación indebida de bienes, siendo que la norma excluida sí autoriza la ayuda a actividades deportivas, de tal suerte que el auxilio dirigido a clubes deportivos y a deportistas, desde la óptica constitucional como legal, es válido, al contrario de la afirmación

contenida en la sentencia. Del mismo modo, la norma que se dejó de aplicar no impide el manejo de auxilios departamentales con figuras como una fiducia celebrada con una entidad bancaria.

Si así son las cosas, la supuesta ilegalidad de los auxilios no existe y, en consecuencia, el razonamiento del juzgador queda sin sustento. Por este motivo, la sentencia debe ser casada, como así lo solicita el censor.

Segundo cargo

Aquí propone el actor la violación indirecta de la ley sustancial, originada en un error de hecho debido a que se supuso la prueba de los 'planes y programas de desarrollo económico y social a que debe someterse la economía nacional y los de las obras públicas que hayan de emprenderse y continuarse' en los niveles nacional y departamental, aspecto al que aluden los preceptos constitucionales aplicados y dejados de aplicar, y que dio lugar a la otra faceta de ilegalidad formal de los auxilios, la cual se concretó en la disposición de éstos, es decir, cuando se giraron al banco, momento en que tuvo lugar la sustracción al erario público y la subsiguiente apropiación indebida constitutiva del peculado por apropiación, de acuerdo con el artículo 133 del derogado Código Penal.

El casacionista pone de relieve una sección de la sentencia en la que es posible advertir el núcleo de su fundamentación, el cual radica en la permanente correlación entre los auxilios departamentales y los planes y programas de desarrollo nacional, pues el tribunal estimó que las normas constitucionales y legales que tratan los auxilios regionales no fueron respetadas, en tanto que éstos deben ser creados por el Congreso Nacional, para apoyar planes de desarrollo económico, social, de obras públicas, de empresas útiles o de servicio común, pero no por fuera de los mismos.

Del mismo modo, para destacar el hilo de pensamiento del juzgador de segunda

instancia, en el cual es de gran importancia el nexo existente entre los auxilios y los planes y programas de desarrollo, transcribe otro pasaje de la sentencia en el que el tribunal hace énfasis en el decreto de los auxilios por parte de la Asamblea, por fuera de cualquier marco constitucional y legal, lo que hizo posible el apoderamiento total de los bienes del Estado desde el mismo momento en que fueron girados los dineros al Banco Ganadero.

Seguidamente puntualiza el censor los apartes de la sentencia en los que, de acuerdo con su modo de ver, el tribunal basa toda la argumentación en la necesaria existencia de planes y programas de desarrollo, con todas sus implicaciones e incidencias en la legalidad de los auxilios.

A partir de allí se pregunta si era necesario, para no tornar ilegales los auxilios que se les concedieron, que las instituciones educativas de los municipios olvidados de Boyacá, así como las obras públicas de apartadas localidades o el equipo de fútbol “Paquis”, estuvieran mencionados en los planes y programas de desarrollo nacional o sectorial.

Luego de sostener que en la aplicación concreta de la ley es necesario verificar los supuestos fácticos que dieron lugar a la concesión de los auxilios, pues al omitirlos “se caería en la suposición de que ello es así”, en detrimento de la estructura lógica y legal de la sentencia en la que deben estar demostrados los supuestos de derecho y de hecho, el casacionista afirma que la decisión recurrida tiene un discurso conceptual y teórico ajeno al proceso, ya que en éste no aparecen los planes y programas de desarrollo correspondientes a la época de los sucesos, bien de orden nacional o del departamental.

Para el libelista, el siguiente fue el silogismo que quedó patente en la sentencia: a) de acuerdo con la norma, si en los planes y programas de desarrollo figuran los auxilios departamentales, éstos son legales; b) como supuesto de hecho, que los auxilios

concedidos por el procesado no se realizan en la norma antecedente, porque no aparecen en el plan de desarrollo y, c) por tanto, los auxilios concedidos y pagados de esa forma son inconstitucionales e ilegales.

En ese razonamiento, apunta el actor, falta un elemento que falsea todo el discurso, en tanto que falta dentro del proceso “el supuesto fáctico de los planes y programas” que se requiere para confrontar la validez de los auxilios. Este supuesto no fue probado sino que se imaginó en la sentencia, con el fin de concluir que los auxilios no estaban previstos en los planes y programas. Como esa prueba se supuso, al sentenciarse a CORREDOR BERNAL por unos auxilios que no se pudieron confrontar con “el supuesto” de los planes y programas de desarrollo porque no hay prueba de su existencia, el fallo es ilegal.

Al anterior postulado agrega que la interpretación judicial es absurda y significa un espacio incontrolado de poder del juez, porque el país nunca ha tenido planes ni programas de desarrollo, ya sea nacionales o departamentales, no obstante exigirlos los artículos 76-4 y 80 de la Constitución de 1886.

Como nunca hubo un plan de desarrollo en el país, la motivación de la sentencia está viciada, en tanto somete a una condición imposible la legalidad de los auxilios. Además, esas consideraciones reportan una discrecionalidad judicial sin control, ajena a cualquier garantía, en la medida que se deduce un delito con base en elementos conceptuales y normativos, sin posibilidad de ser cumplidos, de un lado, y sin que se hayan verificado, de otro.

Por tales razones solicita se case la sentencia.

Tercer cargo

En este punto desarrolla la violación indirecta de la ley sustancial debido a la

interpretación errónea que se le dio a las pruebas, cuando se afirmó en la sentencia que CORREDOR BERNAL es servidor público (o empleado oficial), para tenerlo como sujeto activo del delito de peculado, según el artículo 133 del Código Penal de 1980, que exige esa calidad por tratarse de un delito propio.

Cita la consideración del tribunal según la cual el procesado tenía la calidad de empleado oficial, según el artículo 63 del derogado Código Penal, por ser miembro de la Asamblea Departamental de Boyacá.

El censor reconoce que ORLANDO CORREDOR BERNAL tenía esa calidad, pero afirma que no ejercía las funciones públicas de manera permanente, ni desarrollaba las de diputado cuando asumía la condición de gestor, puesto que de acuerdo con la [Constitución Política](#) vigente para la época (artículo 185), en el año la Asamblea se reunía apenas durante dos meses. Por tanto, mientras no estuviera reunida, no tenía el carácter funcional de diputado mas sí la investidura abstracta. Esa es la razón, sostiene, por la que los diputados fueron excluidos de la calidad de servidores públicos, según el artículo 299 de la actual Constitución.

Esa nueva situación constitucional consolidada con posterioridad a los hechos, debió ser objeto de análisis, para evaluar la calidad de diputado, aunque el ejercicio funcional así lo señala. Pero además de esa nueva configuración constitucional, la errada interpretación de la prueba de la calidad de diputado se deriva del limitado período de tiempo en que se ejercen las funciones y de la naturaleza misma del delito de peculado, de los denominados propios por razón de la función, que dice de la relación existente entre el funcionario y los bienes que administra, custodia o tiene. La sola investidura, como fenómeno afuncional, sin la dinámica propia y estricta que corresponde a la función de manera legal o reglamentaria, no da pie para que se concluya que el gestor de auxilios es diputado para el manejo de auxilios.

A partir de esa consideración, el censor muestra la diferencia que existe respecto de la forma como regulaban la relación entre el sujeto activo del delito de peculado y los bienes del estado, el original artículo 133 del Decreto 100 de 1980 y la posterior reforma que introdujo la Ley 190 de 1995, pues mientras que el primer precepto hace referencia a la relación de disponibilidad por razón de las funciones, el segundo con el propósito de alcanzar a cubrir a otros posibles sujetos activos, introduce la expresión “de la tenencia de los bienes” para destacar la relación entre el sujeto y los bienes. Esta última disposición no puede aplicarse a CORREDOR BERNAL porque para la época de los hechos no desempeñaba las funciones de diputado en tanto las sesiones habían terminado.

Con base en tal argumento, el censor sostiene que la conclusión más acertada es la de no considerar al gestor como un empleado oficial, sino como un particular autorizado por la ley para distribuir las partidas legalmente ordenadas. Por tal razón, al considerarse como diputado a quien actuó conforme a la ley para distribuir los recursos del fideicomiso, se tergiversó la prueba.

Por esas razones, solicita se case la sentencia en tanto que el procesado no pudo ser sujeto activo del delito de peculado.

Cuarto cargo

Postula el casacionista la violación de la ley sustancial, derivada de un error de hecho que recayó sobre la prueba del fideicomiso, pues se supuso en la sentencia que al haberse constituido, el procesado CORREDOR BERNAL entró en posesión o se apropió de los bienes del Estado.

Explica las características generales del fideicomiso, dentro de las cuales recalca que en ese contrato de administración de bienes el ordenador del gasto, el departamento en este caso, nunca se desprende de la propiedad de los bienes, es decir, del dinero que

nunca se le traspasa al gestor, que era el procesado CORREDOR. La tergiversación que se hizo de la prueba impidió que el juzgador se percatara de que la Contraloría Departamental ejerció vigilancia sobre los dineros del fideicomiso; que los dineros sobrantes después de haberse agotado los auxilios a los particulares, fue retornado a las arcas del departamento.

A tal punto llegó la tergiversación de la prueba, que se dispuso el embargo y secuestro de los mencionados excedentes, lo cual no se pudo cumplir porque el banco informó que el dinero había sido devuelto a la Tesorería del Departamento, lo que demuestra que en su calidad de gestor CORREDOR BERNAL nunca tuvo la propiedad ni la posesión de los bienes estatales y que su actuación se limitó a la de obrar como gestor para señalarle al fideicomisario a quién se le concedían las ayudas.

La casación de la sentencia demandada es el colofón del cargo, con la reiteración de que por tergiversarse la prueba se supuso que el procesado se apoderó o tomó los dineros cuando se giraron a la fiducia, que es un contrato de un sentido diferente, que desvirtúa la atribución del tipo penal de peculado por apropiación.

Quinto cargo

Otro error que denuncia el casacionista radica en la tergiversación del decreto de liquidación del presupuesto proferido por el gobernador, al señalarse en la sentencia que en tal documento se le atribuyó la calidad de ordenador del gasto y representante legal al procesado CORREDOR BERNAL.

Para el censor, el yerro es producto de haberse apegado el juzgador al tenor gramatical del mencionado decreto, sin observar otros aspectos fácticos del mismo, como que para casos semejantes utiliza expresiones por completo diferentes ('mediante relación que pasará' o 'por indicación de'), que indican una labor de "simple señalador" de la ejecución final de la partida, como lo haría el jefe de

una oficina pública a la que en el presupuesto se le asigna una partida determinada para útiles de escritorio, que dispone cuánto destina para cada uno de los implementos que se necesitan sin que por esa circunstancia se convierta en ordenador del gasto ni en representante legal del respectivo organismo.

De conformidad con las regulaciones del Icetex atinentes a los auxilios, a quien se le dio la calidad de representante legal y ordenador del gasto en la sentencia, es un simple gestor al que le corresponde distribuir detalladamente el auxilio previamente decretado.

La noción de ordenador del gasto, asevera el censor, es propia y exclusiva de la administración pública y nunca se ha extendido por fuera de ella, a pesar de que sus antecedentes se remontan a más allá de 1931. Como de acuerdo con el Código Fiscal en nadie diferente al secretario de hacienda se puede delegar la función de ser el ordenador del gasto, se debió haber interpretado que CORREDOR no era tal ordenador sino apenas un gestor.

Es criterio del censor que esa interpretación equivocada del decreto de liquidación del presupuesto constituye una distorsión de su contenido, y como su recto entendimiento destruye la tipicidad declarada en el fallo, solicita se case la sentencia.

Sexto cargo

El motivo del reproche radica en la pretermisión de toda la prueba del proceso, pues a pesar de estar demostrados hechos que no constituyen la apropiación, la sentencia los tuvo como inmersos en la actividad propia del peculado. En concreto, la prueba omitida es la que señala que los auxilios fueron recibidos por sus destinatarios y que CORREDOR BERNAL no se lucró con ellos, aspectos que, según el censor, son los que señalan la ilicitud de los auxilios de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte.

Consecuencia de lo anterior, es que la sentencia se limite a lo meramente normativo y se ocupe sólo de los planes y programas de desarrollo, del manejo de los auxilios por parte del Icetex, para abordar el hecho típico en el momento del giro del dinero para la constitución del fideicomiso y antes de que se ejecutaran las ayudas, pero no se examinó si las partidas cumplieron con su finalidad.

Para el actor, la crítica que en la sentencia se hizo de la prueba relacionada con el destino final de los auxilios, no alcanza a estructurar el delito de peculado por cuanto las finalidades de los auxilios sí se cumplieron.

Sobre el concedido a la esposa del procesado, comenta el libelista que por esa época no estaba prohibido por el reglamento del Icetex, pues además de que era estudiante, tenía necesidad del auxilio, el cual fue ínfimo frente al total de la partida.

Con esas glosas, la sentencia suplió la demostración esencial del delito de peculado, esto es que hubiese existido una apropiación indebida por parte del procesado, conducta que no se probó.

La casación del fallo por el motivo expuesto, es la petición que cierra el cargo, con la adición de que si se hubiese apreciado toda la prueba de descargo omitida, palpable dentro del proceso, se habría confirmado la decisión de primera instancia.

Séptimo cargo

En este punto el recurrente esboza que en el fallo atacado también se supuso la prueba de la antijuridicidad de la conducta, pues esta categoría del hecho punible se fundamentó en la no correspondencia de los auxilios con los planes y programas de desarrollo bien nacionales o departamentales, los cuales no habían tenido existencia, razón por la cual se hizo tal declaración sin ningún elemento empírico de verificación.

Tal es el planteamiento que le permite solicitar se case la sentencia.

Octavo cargo

El contenido de la censura en este capítulo se contrae a sostener la ausencia de la prueba del dolo. En la sentencia, el dolo se declaró porque el procesado es economista, de donde se podía concluir que conocía la legalidad del gasto y del manejo presupuestal, y porque el gobernador del Departamento, cuando se le reclamó por el pago de los auxilios correspondientes a 1991, les dio cuenta a los diputados sobre la ilegalidad de los mismos.

La opinión del casacionista es diversa, en tanto que el tener la profesión de economista no implica necesariamente contar con el conocimiento que la sentencia le atribuye al procesado, menos si ese conocimiento está referido a la correlación de los auxilios con los planes y programas de desarrollo, los cuales nunca existieron; además, la reunión con el gobernador tuvo lugar después de la expedición de los auxilios materia de investigación, sin que los diputados insistieran en el pago de ellos después de que se enteraran de la ilegalidad que sobrevenía para los de 1991. Agrega sobre la alusión que se hizo al pago de un auxilio al club deportivo "Paquis" en la vigencia de la Constitución de 1991, que de conformidad con una interpretación de la Corte Constitucional a la Ley 5 de 1992 era permitido.

Ante esa errónea interpretación de la prueba del dolo y como en realidad el proceso carece de demostración sobre el particular, solicita se case la sentencia, al no poder existir ninguna condena sin culpabilidad.

Noveno cargo

La sentencia viola la ley y la constitución, ya que desconoce el principio del non bis in ídem, pues se negó la condena de ejecución condicional por la circunstancia de la calidad de

diputado del departamento que tenía el procesado, y, por tanto, ser una persona importante que vulneró los bienes jurídicos de su región. De acuerdo con el criterio del censor, tal condición ya había sido tomada en cuenta como cualificante del sujeto activo del delito. Del mismo modo, el haberse causado perjuicio a los ciudadanos se tuvo en cuenta dos veces, porque esa es una característica común a todo delito.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. Siguiendo un esquema similar al utilizado por el impugnante, el Procurador Delegado hace una revisión de la estructura de la sentencia recurrida con el propósito de determinar las condiciones bajo las cuales se condenó al procesado.

Para ese efecto sintetiza los fundamentos del fallo de segunda instancia, en especial los relativos a la legalidad de los auxilios regionales en cuanto que debían seguir la misma orientación normativa que les corresponde a los nacionales y luego de destacar que el tribunal declaró responsable a CORREDOR BERNAL por el delito de peculado, por apropiarse de todo el dinero correspondiente a los auxilios que se incluyeron en el presupuesto del departamento a su petición, con independencia de que se hubiera cumplido la finalidad prevista en la ordenanza.

Con base en esos lineamientos, el Procurador afirma que el tribunal se apartó de los cargos que se le habían formulado al procesado en la resolución de acusación, porque la estructura del reproche contenido en la sentencia se agota en la aprobación de la ordenanza que decretó los auxilios mas no en el uso ilegal que se le dio a los recursos del presupuesto departamental.

Para demostrar ese postulado, transcribe extensos pasajes de la sentencia recurrida, en los que estima el agente del Ministerio Público aparecen los argumentos del tribunal relacionados con el apartamiento de la Constitución, de la ley y del Código Fiscal departamental al momento de expedirse la ordenanza que decretó los auxilios, así como

las expresas declaraciones sobre el momento en que se consumó el delito, esto es, al ordenarse la fiducia en contra de toda la preceptiva atinente al caso, para permitir que CORREDOR BERNAL se apropiara del monto total desde el instante en que se giró el dinero con destino al Banco Ganadero y se suscribiera el contrato de fiducia.

Como el Procurador Delegado opina que esos son los fundamentos del fallo, le da razón al recurrente cuando propone la violación de las normas señaladas en la demanda, en tanto que el tribunal no abordó suficientemente el estudio de las normas que regulaban los auxilios departamentales antes de la Constitución de 1991 y las consecuencias que irradiaba la nueva Carta sobre situaciones previamente consolidadas.

En ese orden de ideas, se adentra en el análisis de la manera como estaban concebidos los auxilios departamentales, para destacar, particularmente, las diferencias con los nacionales, en especial la coordinación con planes y programas nacionales y la posibilidad de apoyar actividades convenientes al desarrollo social y cultural, para cuyo efecto cita de manera textual el artículo 187, numerales 2 y 3, de la Constitución de 1886, que habla de algunas de las facultades que tenían las asambleas departamentales respecto de la fijación de los planes y programas de desarrollo económico y social del departamento, así como del fomento, de conformidad con tales planes y programas generales, a las empresas, industrias y actividades convenientes al desarrollo cultural, social y económico del departamento, así como el apoyo a obras públicas.

Destaca que en el nivel departamental el fomento de las empresas, industrias y actividades convenientes al desarrollo del departamento estaba sujeto a planes y programas generales, a diferencia de los auxilios parlamentarios, que debían sujetarse de manera estricta, de acuerdo con la Constitución, a los planes y programas correspondientes, sin que tuvieran la posibilidad de auxiliar actividades convenientes al desarrollo departamental.

Desde esa perspectiva, agrega, como la asamblea debía guiarse por lo que señalara la ley de manera general al fijar los planes y programas así como las empresas, industrias y actividades que convenían al departamento, el principio de legalidad del gasto quedaba satisfecho si los recursos destinados por la asamblea a los auxilios se ajustaban a esos lineamientos, de acuerdo con los cuales de forma autónoma podía señalar cuáles eran las actividades o empresas favorecidas con los recursos del presupuesto.

Sostiene que esas condiciones debieron ser objeto de estudio en la sentencia recurrida, si la responsabilidad penal se iba a apoyar en la aprobación de la ordenanza que incluyó los auxilios manejados por el procesado, ya que como lo tiene dicho la jurisprudencia, en vigencia de la Constitución de 1886 los auxilios no era inconstitucionales o ilegales por sí mismos ni estaba prohibido el apoyo a actividades convenientes al desarrollo departamental.

Trae a colación una jurisprudencia del 1 de junio de 1993 (radicación 8225), que con ponencia del doctor Calvete Rangel la Corte realiza un estudio de la legalidad de los auxilios que podían ser decretados por asambleas departamentales y concejos municipales para el apoyo y fomento de actividades de desarrollo social, cultural y económico, de acuerdo con los planes de desarrollo económico y social, de conformidad con el artículo 187-2 de la Constitución de 1886. Igualmente, cita y transcribe una sección de la sentencia C-025 de 1993, en la cual la Corte Constitucional declara que los efectos de las leyes anteriores a la Constitución de 1991 que decretaron auxilios, así como su ejecución y pago, gozan de respaldo bajo la condición de que se ajusten al respectivo programa de control y que los fondos se asignen a la finalidad contemplada en la ley.

También se equivocó el juzgador al afirmar de manera tajante que no podían manejarse las ayudas educativas por fuera de fondos constituidos ante el Icetex, pues el literal b. del artículo 3 de la Ley 25 de 1977 (la misma norma que citó para fundar la ilegalidad de los

auxilios) establece que esos auxilios se podían destinar “a la creación de fondos especiales en el Ictetex para ayudas educativas y el otorgamiento de becas y subsidios a estudiantes necesitados”, de suerte que era perfectamente posible de acuerdo con esa disposición otorgar becas y subsidios a estudiantes de escasos recursos económicos, sin necesidad de que las ayudas se ubicaran previamente en los fondos especiales ante el Ictetex, como de ordinario se hacía en el pasado.

Al fundar la responsabilidad penal deducida al acusado en una premisa contraria a la señala por el Delegado, según la cual el decreto de auxilios proferido por la asamblea departamental era inconstitucional e ilegal, es evidente que el sentenciador equivocó de manera evidente el sentido de la ley e hizo aquella declaración sobre la base de su incorrecta interpretación, al punto que se le imputó al procesado la apropiación de la totalidad de la partida que él mismo solicitó y no la porción de la que dispuso en beneficio personal o de terceros.

La imputación no se debió hacer sobre la inexistente ilegalidad del decreto de la partida destinada a los auxilios por parte de la asamblea departamental, porque esto no constituyó una contradicción con el régimen jurídico aplicable. Era importante dilucidar, en cambio, si el dinero del erario público fue destinado para la finalidad que se estableció en el presupuesto o si, por el contrario, se desvió al incremento patrimonial del procesado, quien debería responder penalmente por esta razón.

Sin embargo, frente a esta primer cargo el Procurador Delegado afirma que no es posible proferir sentencia absolutoria, porque al haberse sentenciado por una conducta que no fue objeto de acusación, lo procedente es casar el fallo pero para que se decida sobre los cargos formulados, aspecto que desarrolla en otro capítulo.

1. Frente al segundo cargo de la demanda, el cual considera no debe prosperar, el agente del Ministerio Público plantea una objeción de carácter técnico.

En la sentencia, de acuerdo con el censor, se supuso la prueba documental sobre los planes y programas nacionales y departamentales de desarrollo económico y social a los cuales debieron ajustarse los auxilios, siendo que éstos fueron declarados ilegales por el juzgador precisamente porque no correspondían a tales planes y programas. Para el tribunal, prosigue el Procurador, los planes y programas de desarrollo nacional y departamental no existían pues no habían sido creados por la ley, de manera que los auxilios resultaban inconstitucionales e ilegales en la medida que atendían unos supuestos inexistentes.

Que el tribunal sostuviera esa tesis no implica que se hubiese omitido recaudar la prueba de los planes y programas, porque como nunca existieron no podían constar en documento alguno “sobre cuya existencia se hubiera incurrido en un yerro determinante de la ruptura del fallo” razón por la cual no puede afirmarse que la sentencia supuso una prueba, porque su inexistencia es material, no procesal.

Descubre el Delegado, del mismo modo, la contradicción que aparece entre el planteamiento que el censor expone a la Corte y su propio razonamiento, pues al tiempo que acusa la sentencia de sostener la ilegalidad de los auxilios departamentales por suponer que no existieron los planes y programas de desarrollo en los que estuvieran previstas las ayudas, afirma que el país nunca ha tenido planes y programas de desarrollo, motivo por el cual se pregunta ¿cómo puede pretender que se allegue la prueba documental respectiva si admite que los planes y programas de desarrollo no han existido? ¿acaso no constituye tal pretensión la exigencia de lo materialmente imposible?

Otro defecto técnico que puntualiza el Procurador Delegado, radica en la falta de demostración de la manera como la prueba supuesta influyó en el sentido de la sentencia, puesto que no enseña las consecuencias que se derivarían si en realidad existieran y fuese posible incorporar al proceso los documentos en los que constaran los planes y programas, o las que tuvieran que declararse por su inexistencia material o imposibilidad

de aportación.

Pone de presente el hecho de que la asamblea departamental de Boyacá expidió la ordenanza No. 06 del 5 de abril de 1983 “Por medio de la cual se adopta para el Departamento el Plan Integral de Desarrollo, se otorgan unas facultades y se dictan otras disposiciones relacionadas con el Plan”, en la cual se dispuso acoger las disposiciones contenidas en el decreto nacional 1306 de 1980. Explica que en esta norma se fijaron las pautas generales de desarrollo regional que debían especificarse en otra posterior, como la ordenanza mencionada que no fue aportada al expediente. Como se trata de una disposición que no es de carácter nacional, se abstiene de realizar otras consideraciones, con la salvedad de que así hubiese sido allegada al expediente, en nada variaría su opinión consistente en que los auxilios estaban permitidos constitucional y legalmente.

3. En cuanto al reproche desarrollado por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial por concretarse una distorsión de la prueba sobre la calidad de servidor público del procesado, aunque le parece sugestivo, a partir de la situación jurídico procesal el Procurador Delegado lo ataca con un argumento extractado de la propia sentencia: la imputación del delito de peculado por apropiación se le hizo a CORREDOR BERNAL en la sentencia por haber participado como diputado en la aprobación de la ordenanza que estableció el presupuesto de rentas y gastos del departamento y la posterior utilización de los dineros públicos para fines de ayuda que no estaban permitidos.

Para destacar que la atención del tribunal se enfocó de manera primordial en la actuación del procesado en la aprobación de los auxilios que reputó como ilegales, cuando sin discusión tenía la calidad de servidor público, el Procurador Delegado transcribe apartes de la sentencia en los que se puntualiza la conducta de CORREDOR BERNAL, con base en lo cual reitera que la imputación no se hizo por el gasto concreto de los auxilios departamentales, sino por haber aprobado la ordenanza

inconstitucional e ilegal, la cual, además, le dio la calidad de ordenador del gasto y lo autorizó para convenir la fiducia con la que materializó el apoderamiento de los bienes fiscales.

La falta de precisión del cargo se aprecia con mayor sentido, al observarse que en la demanda está implícito que si algo podía imputársele al procesado, era la conducta de apoderarse materialmente del dinero correspondiente a los auxilios decretados durante la época en que no estaba atado al servicio público por estar en receso la asamblea de que la era miembro. Si esta hubiese sido la imputación plasmada en la sentencia, el cargo tampoco estaría llamado a prosperar, porque tendría que cuestionarse no la apreciación de la prueba que acreditaba como diputado a CORREDOR, “sino la falta de mención en la sentencia del artículo 138 del Código Penal que extiende la responsabilidad por el delito de peculado, a los particulares que realicen cualquiera de las conductas descritas en los tipos penales respectivos, sobre bienes procedentes del estado y destinados a los fines previstos en la norma”, así como la omisión de analizar el Código Fiscal de Boyacá que tenía como empleados de manejo a los particulares encargados de disponer el pago de los auxilios departamentales decretados.

Concluye, entonces, que el cargo merece ser desestimado.

4. En torno a la errónea interpretación de la prueba del contrato de fideicomiso a través del cual el procesado entró en posesión del dinero, el agente del Ministerio Público, aunque reconoce que la proposición de la censura guarda relación con un aparte de la sentencia, no corresponde a lo que de la integridad de ésta se puede deducir.

De esa manera, aunque tacha de poco afortunadas las expresiones utilizadas por el tribunal cuando afirma que la consumación del ilícito se produjo en el momento mismo en que los dineros de los auxilios se giraron al Banco Ganadero, debido al equivocado entendimiento sobre la constitucionalidad y legalidad del acto administrativo que los

decretó, admite que el ad quem reprochó el que el procesado hubiese utilizado el dinero sin acatar las condiciones legales, para fijar como consumado el hecho punible no cuando se efectuó el giro del dinero correspondiente a los auxilios al banco, sino en el momento en que el circulante salió de la entidad financiera con destino a los particulares favorecidos.

De esa manera entendidas las razones de la sentencia, no se puede hablar de una distorsión del contenido del contrato de fiducia, en tanto que su celebración por sí misma no establece el momento de consumación del delito sino que constituye un medio que facilitó el posterior destinación en las condiciones ilegales mencionadas, cuando el dinero era administrado por el procesado y los particulares lo recibieron.

De otra parte, el Procurador Delegado encuentra que así fuese la única posibilidad de interpretación la que subyace en el escrito, el cargo deviene insuficiente ya que el censor olvidó referirse al destino final de los dineros procedentes del fisco, que fue la base de la acusación y el fundamento de la imputación del ilícito.

Bajo esas premisas opina que el cargo debe desestimarse.

5. En lo atinente a la censura que por falso juicio de identidad originada en la distorsión de la prueba del decreto de liquidación del presupuesto de rentas propuso el demandante, el Procurador Delegado piensa que en la demanda se omitió demostrar el yerro y la incidencia que podría tener en el contenido de la sentencia.

No existe tal distorsión, observa el agente del Ministerio Público, pues el acto administrativo que se dice tergiversado, además de que desarrolla el sistema normativo que por esa época regulaba la figura de los auxilios otorgados con fondos del tesoro público, como lo concluyó la sentencia, confería al diputado CORREDOR BERNAL la calidad de representante legal y ordenador de gasto en el fideicomiso para el fondo "Arturo Corredor Arcos" destinado a las conocidas ayudas.

Otra equivocación en la que incurrió el casacionista, según el Procurador Delegado, consiste en la aseveración consistente en que sólo puede ser ordenador del gasto el secretario de hacienda, porque esto es cierto frente a la ejecución regular del presupuesto y tal funcionario actuó en esa calidad cuando realizó el giro de los fondos públicos con destino al banco, mientras que de acuerdo con las singularidades propias de los auxilios, los diputados adquirirían la facultad de distribuir el dinero entre los distintos beneficiarios, adquiriendo de tal forma una relación de disponibilidad jurídica con el dinero del erario público.

El cargo se funda en una inexpresada definición legal con el objeto de demostrar la inexistencia de esa relación de disponibilidad, establecida en la ley. Por esas razones no debe prosperar.

6. A juicio del Procurador Delegado, el censor alcanza a esbozar el adecuado argumento para desquiciar la sentencia, pero sin embargo no invoca la causal pertinente, ni a exponer clara y precisamente los argumentos.

El planteamiento del recurrente es la pretermisión de la prueba relacionada con la conducta constitutiva de la ilicitud, esto es, la apropiación de dineros, en provecho propio o de terceros, que tenían la destinación específica de favorecer a determinados sectores, actividades o personas necesitadas de ayuda.

Estima que el actor tiene de manera parcial la razón, pues la sentencia se ocupó con mayor énfasis del giro del dinero y de la constitución del fideicomiso, que en la posterior actividad del procesado respecto de la destinación efectiva de las ayudas a propósitos diferentes a los de su original finalidad.

Pero el agente del Ministerio Público cree que no se trata de una omisión de las pruebas incorporadas al proceso, sino de un equivocado entendimiento de los cargos que se le formularon al procesado, porque en la sentencia se resolvió un problema que no había sido

puesto a su consideración y que no podía repercutir de ninguna manera en la sentencia, porque los auxilios eran constitucionales y legales, al tiempo que se dejó al margen el comportamiento que en realidad le fue imputado al CORREDOR BERNAL en la resolución de acusación, esto es, lucrarse con una parte del dinero que debió haber sido entregado en su totalidad a los beneficiarios, o haber permitido que terceros se apropiaran de esas sumas en detrimento del erario público.

De acuerdo con la exposición del demandante, el Procurador Delegado cree que esa comprensión la tuvo, por lo que encuentra que el cargo, al no ser debidamente formulado ni sustentado, merece ser desestimado.

7. En respuesta a la parquedad de argumentos de que dio muestras el censor en este cargo, en el que planteó la suposición de la prueba de la antijuridicidad del comportamiento por parte del juzgador, el agente del Ministerio Público destaca que en el libelo no se demostró cuál la concepción de ese elemento del hecho punible ni con qué pruebas se fundó su existencia en el fallo, defectos que le impiden a la Corte saber cuál la prueba supuesta, su incidencia en la decisión y las consecuencias que el error denunciado puede irrogar frente a las pretensiones de la demanda.

Como no hay demostración del ataque sino una especie de remisión a otro reproche anterior, y ante la insuficiente referencia para profundizar en el tema, el Procurador estima que el cargo debe ser desestimado.

8. A la misma conclusión llega respecto del penúltimo cargo, la suposición de la prueba del dolo, con el aditamento de que el libelista tiene la creencia según la cual el juzgador no puede tomar los datos que le ofrece el proceso, como la profesión o el desempeño de un determinado cargo, para establecer el conocimiento que el acusado pudiera tener del hecho punible y la voluntad de actuar de conformidad con el mismo, o si estuvo en capacidad de conocer la ilicitud de la conducta y de determinarse de acuerdo

con tal entendimiento.

El casacionista pudo ser llevado a criticar las afirmaciones generales plasmadas en la sentencia acerca del conocimiento y voluntad del procesado respecto de la aprobación de los auxilios departamentales, debido a la propia estructura de la misma, pero como no respetó las reglas técnicas propias del recurso extraordinario, ya que no indicó siquiera cuál fue la prueba que se supuso o creó para dar por probado el dolo, con lo que elude señalar si hay algún elemento de convicción que determine una causal excluyente de culpabilidad o que la acción se realizó sin este ingrediente, opina que el ataque no debe ser atendido.

9. El impugnante no avanzó más allá de la enunciación del problema, la violación del principio del non bis in ídem, arguye el Procurador Delegado, porque no expuso nada diferente a sostener que la calidad de diputado se tomó dos veces en el fallo para negar el subrogado de la condena de ejecución condicional y para individualizar la pena.

De esta manera, el cargo resulta inconsistente y contradictorio con los que le anteceden, pues mientras en aquéllos demandaba la absolución del procesado, en este clama por una disminución de pena. Además, desde el punto de vista técnico, no puede prosperar porque debió plantearse de modo subsidiario.

10. El Procurador Delegado culmina su concepto proponiendo a la Corte que de oficio case la sentencia demandada de conformidad con el artículo 228 del Decreto 2700 de 1991 (actual artículo 216 del Código de Procedimiento Penal), porque considera que con la decisión se vulneró el contenido del artículo 29 de la Constitución Política, al desconocerse el derecho a la defensa del procesado, de donde se erige la causal de nulidad prevista en el artículo 304-3 del derogado Estatuto Adjetivo Penal, equivalente al canon 306 del Código en vigor.

El eje de la tesis consiste en que la sentencia de segunda instancia es confusa no

porque tenga errores de conceptualización jurídica, sino porque se alejó por completo de los hechos que fueron objeto de acusación.

La fiscalía, explica el agente del Ministerio Público, formuló el pliego de cargo contra CORREDOR BERNAL por la apropiación en beneficio suyo y de terceros del dinero proveniente del fisco público y que estaba destinado a fines diversos del que finalmente se le dio, como la ayuda a personas que no la necesitaban, así como por haberse apoderado de parte del dinero dirigido a otras personas. En cambio, la sentencia declaró responsable al procesado por participar, en ejercicio de sus funciones, en la expedición de la ordenanza que incluyó en el presupuesto departamental los auxilios para obras de interés común y por contratar un fideicomiso para la administración del dinero proveniente del erario público.

Con el propósito de desvelar tal inconsistencia, realiza el ejercicio de comparar el contenido de las dos determinaciones. De tal manera, comienza por transcribir los segmentos pertinentes de la resolución de acusación. Pone de relieve que en esta pieza procesal se precisó que el procesado, en su calidad de diputado de la asamblea “se asignó” un auxilio para la vigencia de 1990 por once millones de pesos, y otro de quince millones para la de 1991, dinero que se distribuyó de manera irregular.

Subraya, del mismo modo, que la fiscalía en ningún momento cuestionó la constitucionalidad o la legalidad de los auxilios decretados por la asamblea, sino que imputó al procesado, aceptando de modo tácito que aquéllos se adecuaban a la ley, el apropiarse en provecho suyo y de terceros, del dinero correspondiente a las ayudas.

También hace énfasis en que, de acuerdo con el contenido exacto de la resolución de acusación, a CORREDOR BERNAL no se le formuló cargo alguno por haber aprobado la ordenanza en la que se establecieron los auxilios que debería administrar el procesado o porque la apropiación del dinero ocurriera con ese acto, sino por distribuir de manera

indebida los recursos para beneficio de terceros -personas que no necesitaban las ayudas- o del suyo propio -las cantidades que precisó la resolución y que el procesado tomó para sí-.

Los cargos que la fiscalía sustentó en la audiencia pública, de los cuales extracta el aparte que interesa, tampoco hicieron referencia al tema de la constitucionalidad y legalidad de los auxilios, sino a la apropiación del dinero, del destino final de las correspondientes partidas, bien sea de manera directa por el procesado o indirecta en beneficio de terceros, cargos de los cuales debía defenderse CORREDOR BERNAL.

El procesado, sostiene el Procurador Delegado, entendió los cargos de esta última manera, razón por la cual en su intervención durante la audiencia pública adujo que el dinero fue invertido debidamente en las obras de interés común para las que estaba destinado, sin que hubiera tomado para sí suma alguna. El defensor, por su parte, desplegó la defensa tanto por la óptica de la legalidad del decreto y pago de los auxilios como por la de su adecuada inversión, con alusión al tema de la correspondencia de la ordenanza que los estableció con el orden constitucional por ese entonces vigente.

También destaca un segmento de la sentencia de primera instancia en el que se asevera que los auxilios entregados a los diputados no violaron la Constitución vigente para entonces y que en cuanto a la apropiación por parte del procesado de los bienes para él o para terceros, el juzgado no encuentra que haya cometido el hecho punible que se le imputó.

Sintetiza, del mismo modo, los argumentos empleados por el Procurador Judicial como por el Fiscal, quienes sostuvieron que no estaba en discusión la “juridicidad o injuridicidad” (sic) de las normas que dispusieron, apropiaron y ejecutaron los auxilios departamentales, porque no se estaba investigando un delito de prevaricato, sino que los

hechos que constituían el delito de peculado fueron aquellos que permitieron que CORREDOR BERNAL se apropiara de parte del dinero de los auxilios, para satisfacer intereses personales o de terceros, sin acatar las previsiones legales que obligaban su destinación al beneficio comunitario.

De acuerdo con esas singularidades, aparece con absoluta claridad que la constitucionalidad y legalidad de los auxilios decretados en la disposición que fijó el presupuesto departamental no fue objeto de acusación, no se imputó ningún cargo por ese motivo y el tema fue expresamente excluido del debate judicial, así el defensor se hubiera referido a él pero para reforzar su posición de que el acusado no tenía responsabilidad en el hecho.

De manera inexplicable la sentencia de segunda instancia entró a cuestionar la constitucionalidad y legalidad de los auxilios. Así mismo le imputó al procesado el delito de peculado, no por la apropiación del dinero con los actos que permitieron desviarlo hacia fines que no estaban contemplados en la Constitución y en la ley, sino por la apropiación que se consumó con la aprobación de la ordenanza que estimó inconstitucional y con el fideicomiso que desarrolló esa disposición de la asamblea, sin parar mientes en el destino final del dinero. Con esta posición, para el Procurador Delegado se varió la acusación sin darle oportunidad a los sujetos procesales, en particular a la defensa, de que se pronunciaran sobre la nueva naturaleza de la acusación, que, además, el tribunal no podía realizar.

Después de transcribir el contenido del fallo de segunda instancia, en el que se refleja la modificación que pone de presente, el Procurador Delegado concluye que CORREDOR BERNAL fue condenado por hechos por lo cuales no había sido acusado sino que, al contrario, fueron expresamente excluidos tanto en la resolución de acusación como en las posteriores intervenciones del fiscal y del Procurador Judicial en el juicio, incluidas sus alegaciones al sustentar la apelación contra la decisión de primera instancia.

Así las cosas, sostiene el agente del Ministerio Público que la sentencia de segundo grado condenó por unos hechos que no fueron materia de acusación, que no se presentaron a consideración del tribunal y de los que el procesado no tuvo ocasión de defenderse.

Las referencias que sobre los aspectos contenidos en la sentencia de segunda instancia hizo el defensor, tuvieron el objeto de reforzar los argumentos que pretendían desvirtuar los cargos formulados por la fiscalía mas no la novedosa incriminación. Esas referencias al tema de la inconstitucionalidad de los auxilios que hizo la defensa eran impertinentes, según el agente del Ministerio Público, porque no se referían al objeto del juicio y por tanto no podían ni pueden entenderse como actos de defensa respecto de los cargos que finalmente dedujo el tribunal contra alguien que fue acusado de unos actos por completo diferentes a los que fundamentaron la sanción.

La referencia marginal que se hizo en la sentencia de segunda instancia, de otra parte, a los posteriores actos de apropiación, es decir, a los que sustentaron la acusación de la fiscalía, no subsana el quebranto del derecho a la defensa, porque así el tribunal encontrase probado que el dinero se destinó a los fines contemplados en la ordenanza, de todas maneras habría tenido que dictar el fallo condenatorio porque en su criterio el delito se consumó con la aprobación de la ordenanza y el giro del dinero al Banco Ganadero, precisamente lo que no fue objeto de acusación.

En criterio del Procurador Delegado, no obstante a que la irregularidad que denuncia se concretó en la sentencia de segunda instancia, el proceso debe enviarse al tribunal de origen para que dicte un nuevo fallo, porque si la Corte profiere el de sustitución, se coartaría la oportunidad para que los sujetos procesales interpongan recurso de casación contra una sentencia válida y, además, se desconocería la instancia correspondiente.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer cargo

Tanto el recurrente como el agente del Ministerio Público coinciden en la misma hipótesis, de acuerdo con la cual en la sentencia de segundo grado se vulneró de manera directa la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 76-20 de la Constitución de 1886 y la Ley 25 de 1977 que reglamenta aquél precepto, así como por la consecuente exclusión del que era el llamado a regir lo concerniente a los auxilios departamentales, el artículo 187-3 de la Carta Política derogada.

El argumento parte de un supuesto equivocado, en tanto asigna una consecuencia que no tiene a la calificación que como inconstitucionales e ilegales el ad quem le dio a los auxilios, toda vez que, se reitera, la ordenanza departamental que fijó el presupuesto para la vigencia fiscal de 1990 que los creó -lo mismo que el posterior fideicomiso-, fue considerada por el juzgador como un mecanismo, es decir, como un medio que permitió esquilmarse el tesoro público en detrimento de los fines de ayuda, apoyo y fomento a personas, entidades, obras y actividades necesitados del auxilio oficial, como pormenorizó el fallo en armonía con la resolución de acusación, estimación acertada en cuanto no depende de la constitucionalidad o ilegalidad en sí misma de los auxilios.

Es verdad que el tribunal de manera desacertada tuvo como inconstitucionales e ilegales los auxilios, al invocar el artículo 76-20 de la Constitución de 1886 y la Ley 25 de 1977 que lo desarrolla, en tanto que la primera disposición hace referencia a la facultad que tenía el Congreso Nacional, a través de las leyes, de “Fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes”, mientras que el artículo 3, literal b) de la citada Ley 25 de 1977 contempló que en el sector educación, ciencia y cultura podían ser objeto de fomento “La construcción, ampliación y sostenimiento de... gimnasios y campos deportivos” así como la “creación de fondos especiales en el Icetex para ayudas educativas y el otorgamiento de becas y subsidios a estudiantes necesitados...”, cuando el artículo 187-3 de la Constitución de 1886 le asignaba a las

Asambleas departamentales, por medio de ordenanzas, la facultad de “Fomentar, de acuerdo con planes y programas generales, las empresas, industrias y actividades convenientes al desarrollo cultural, social y económico del Departamento, y que no correspondan a la Nación y a los Municipios”.

A la aparente satisfacción de esta finalidad se dirigió el auxilio decretado por la Asamblea departamental de Boyacá al expedir la ordenanza número 016 de 1989 que fijó el Presupuesto de Rentas y Apropriaciones para la vigencia fiscal de 1990, y al ordenarse el correspondiente giro del dinero al Banco Ganadero, en fideicomiso para el fondo “Arturo Corredor Arcos” cuyo representante legal y ordenador del gasto fue el diputado ORLANDO CORREDOR BERNAL.

En la sentencia ese aspecto de la conformidad con la Constitución de los auxilios regionales por la época en que ocurrieron los hechos sí fue abordado en tanto se hizo alusión explícita a su artículo 187-2,3, para concluir que aquéllos si estaban permitidos pero que debían estar subordinados a las normas constitucionales y legales, circunstancia que no fue advertida por el recurrente ni por el agente del Ministerio Público.

De la siguiente manera dejó sentado el tribunal su razonamiento:

“Por norma constitucional (art. 187), corresponde a las Asambleas, por medio de Ordenanzas, fijar a iniciativa del Gobernador, los planes y programas de desarrollo económico y social departamental, así como los de obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos e inversiones que se autoricen para su ejecución y de las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos; programas que se elaborarán bajo las normas que establezca la ley para que puedan ser coordinados con los planes y programas regionales y nacionales.

Así mismo, en el ordinal tercero del artículo en comento, correspondía a la Asamblea

fomentar, de acuerdo con planes y programas generales, las empresas, industrias y actividades convenientes para el desarrollo cultural, social y económico del departamento, no correspondiente a la nación o a los municipios...

Eso conlleva a concluir que la misma Constitución Nacional vigente por aquel entonces, autorizaba a las corporaciones legislativas departamentales para expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos del departamento, de conformidad con las normas legales. El Gobernador debía presentar también para su estudio los planes de desarrollo económico y social y los de obras públicas a emprenderse o continuarse, que podían ser fomentados de acuerdo con planes y programas generales, lo que quiere decir que los auxilios departamentales estaban perfectamente permitidos pero respetando eso sí, las disposiciones que los regulaban en el orden constitucional, legal y ordenanzal.

...

Este examen nos permite señalar cómo las normas del orden departamental conservan la misma estructura, como es elemental, lógico e imperativo, sobre los llamados auxilios regionales que las normas constitucionales y legales, lo que quiere decir que eran perfectamente viables los auxilios de fomento a empresas útiles y benéficas que sirvieran para impulsar los planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas adoptadas (sic) a nivel departamental o regional y nacional..."

Desde esa perspectiva no puede sostenerse, en puridad de términos, que la norma constitucional que avalaba la fijación de auxilios regionales, esto es, el artículo 187 de la Constitución de 1886, haya sido excluida como lo afirma el recurrente, sino que se le dio un entendimiento diverso al que naturalmente le correspondía -la regulación de los auxilios departamentales para que los fijaran de manera autónoma los entes territoriales-, al subordinarla al artículo 76 ibídem, pese a que la Corte Suprema de Justicia, obrando

como juez de constitucionalidad, en una sentencia con efectos erga omnes del 19 de noviembre de 1969, dejó sentado que la norma superior acabada de citar autorizaba la creación de ese tipo de ayudas.

Expresado de otro modo, se concretó en la estructura del cargo un yerro de técnica, pues no se percató el censor que el tribunal le asignó al precepto constitucional que se reputa como excluido unos efectos jurídicos que no le correspondían, de manera que la proposición jurídica quedó defectuosa.

En todo caso, así se hubiese propuesto correctamente la censura, ninguna incidencia habría tenido el error en las consecuencias declaradas por el fallo, en tanto la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los auxilios regionales no determinaron la responsabilidad del procesado, ya que el objeto del reproche descansa, finalmente, en haberse fijado los auxilios conocidos en este asunto en el respectivo presupuesto, creando de esa manera una disponibilidad jurídica sobre los recursos, para facilitar en un momento posterior la apropiación de los dineros públicos en provecho personal del procesado y de terceros.

El cargo, por tales razones, será desestimado.

Segundo cargo

Sobre la violación indirecta de la ley sustancial por un error de hecho originado en la suposición de la prueba de los planes y programas de desarrollo económico y social, tanto del nivel nacional como regional, se advierte una inconsistente construcción.

En efecto, como lo advierte el Delegado, no era materialmente posible que se incorporara la prueba sobre la existencia anterior de los planes y programas de desarrollo económico y social porque éstos nunca fueron creados.

De otra parte, el tribunal no supuso la existencia procesal de los documentos que contenían los planes y programas de desarrollo, sino que declaró expresamente que jamás habían tenido existencia.

De la siguiente forma razonó el ad quem:

“Así mismo, las ayudas a obras públicas solo podían votarse o decretarse con sujeción a los planes y programas de desarrollo nacional, seccional o local, que tampoco jamás existieron ni que se tuvieron en cuenta por el señor diputado”. (Negrillas no originales).

El recurrente hizo manifiesto su criterio de la siguiente manera:

“Digamos H. Magistrados, que aparte del problema técnico procesal de la falta de la prueba que se ha supuesto, la interpretación judicial de la sentencia resulta absurda, y configura la apertura de un espacio incontrolado de poder del juez, desde todo punto de vista: dado que el país nunca ha tenido planes y programas de desarrollo ni nacionales ni departamentales, a pesar de la exigencia del artículo 76.4 de la Constitución de 1886, y de lo previsto en el artículo 80 ibídem sobre la comisión del plan”. (Negrillas agregadas).

Si el censor también admite que los planes y programas de desarrollo nunca fueron expedidos antes de que la Constitución de 1991 fuera promulgada, no puede plantear, sin reñir con la lógica, que en el fallo se supuso un elemento probatorio cuya inexistencia material fue expresamente declarada. De esta manera, el reproche queda sin objeto en tanto que no hubo la creación material de una prueba.

En el ataque tampoco se hacen explícitas las consecuencias que en la sentencia tuvo la suposición de un elemento probatorio, ni se explica de qué manera habría incidido en el sentido final del fallo el que los documentos contentivos de los planes y programas de desarrollo existieran y se pudieran incorporar materialmente al proceso, dado que, como

se viene diciendo, el núcleo de la imputación no radica en la inconstitucionalidad e ilegalidad de la creación de los auxilios por la ausencia de esos planes y programas sino, al fin y al cabo, en haberse destinado los recursos públicos para beneficio personal del procesado y de terceros, que para alcanzarlo, de acuerdo con el contenido del fallo, la ordenanza en la que se decretaron las ayudas y la posterior constitución de la fiducia obraron como mecanismos o medios.

No procede la censura.

Tercer, cuarto y quinto cargos

En atención a que el contenido de estos reproches se apoya sobre la misma causal - violación indirecta de la ley sustancial por tergiversación de la prueba-, y que apunta a una idéntica finalidad -la casación del fallo por atipicidad de la conducta-, la Corte les dará respuesta de manera unificada.

La nota común a los ataques se encuentra en que por virtud de haberse distorsionado las pruebas que tratan sobre la calidad de servidor público del procesado así como sobre la disponibilidad que éste tuvo del dinero (certificado de la Secretaria de la Asamblea, contrato de fiducia y decreto de liquidación del presupuesto), se le imputó y se le tuvo como responsable del delito de peculado por apropiación.

El tribunal estimó que CORREDOR BERNAL tenía la condición de empleado oficial -hoy, de servidor público-, con base en la certificación que en ese sentido expidió la Secretaria Permanente de la Asamblea de Boyacá, en la cual hizo constar que aquél fue elegido como diputado a esa corporación para el período 1990-1992 y que asistió a las sesiones de la misma.

Este hecho no lo discute el recurrente, pero acota que como el artículo 185 de la Constitución de 1886 establecía que las Asambleas se reunían por un término de dos

meses cada año, y que por fuera de ellas apenas tenía la investidura de una manera abstracta, sin el carácter funcional que la misma implica, se concluyó erradamente que actuó como diputado al distribuir como gestor las partidas legalmente dispuestas por el ordenador del gasto.

En este punto emerge una insalvable contradicción en el discurso general del casacionista, pues aquí no pone en discusión la constitucionalidad o ilegalidad de los auxilios, sino que se traslada al momento de su ejecución para pregonar, con habilidad pero sin mucha sutileza, que la conducta es atípica porque CORREDOR BERNAL no tenía la calidad de servidor público que le asignó el fallo para cuando dispuso de los dineros públicos, con lo cual reconoce que el comportamiento del enjuiciado en esta etapa también fue materia de imputación (punto que negó en los anteriores cargos), pero elude considerar el hecho cierto de que con el desplegado en la fase de creación de los auxilios, obtuvo que la Asamblea aprobara uno por once millones de pesos con destino al fondo respecto del cual posteriormente fungió como representante legal y ordenador del gasto.

Sobre este punto, así ha sentado la Sala su criterio:

“Así lo ha entendido la Sala, cuando en providencia de mayo 18 de 1.999, con ponencia del Magistrado Jorge Córdoba Poveda, se consideró tipificado el delito previsto en el artículo 133 del Código Penal, comprendiéndose que la apropiación se ejecuta bajo el supuesto de disponibilidad jurídica de los auxilios, así el despojo o apoderamiento físico de los mismos no coincida con tal momento, de modo que aquél puede ocurrir desde la misma gestión del aporte y éste incluso en la época en que el procesado no ostente la condición o la calidad de la que se valió para ejecutar la ilícita apropiación, pues puesta en marcha la causalidad hacia la obtención de un determinado fin, la voluntad del sujeto agente ya carece de relevancia para su completa exteriorización.”

(Providencia del 23 de mayo de 2001, radicación 9742, Magistrado Ponente Carlos

Augusto Gálvez Argote. Negrillas ajenas al original).

De otra parte, así lo haya mencionado de modo marginal para reclamar que debió ser materia de análisis en la sentencia, si el censor opinaba que por virtud de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 el procesado no tenía la calidad de funcionario público, de conformidad con su artículo 299, debió formular el quebranto de este precepto constitucional o, incluso, la exclusión del artículo 138 del Decreto 100 de 1980, que extendía la responsabilidad a los particulares que realizaran cualquiera de las acciones correspondientes al peculado.

De todos modos, cualquier dificultad interpretativa que pudiese surgir por el tránsito de orden constitucional queda salvada al observar que la Carta Política en vigencia - artículo 123- considera como servidores públicos, entre otros, a los miembros de las corporaciones públicas.

Ahora, en cuanto a la supuesta alteración de la prueba relacionada con el contrato de fideicomiso, a partir de cuya celebración entiende el censor que se produjo la apropiación de los caudales públicos constitutivos de los auxilios, reitera la Sala que en la sentencia, a pesar de su confusa redacción, no se marcó ese preciso momento como el de la consumación del delito de peculado puesto que, como también lo percibió del mismo modo el Procurador, al igual que la expedición de la ordenanza por medio de la cual se decretaron, esa fiducia fue tenida en la sentencia como un medio que permitió la posterior disposición física del dinero proveniente del erario para el provecho particular del procesado y de terceros.

Por esa razón, cabe decir también que el cargo pierde sustento cuando no avanza más allá del momento en que se configuró el encargo fiduciario, pues era de su incumbencia, por estar asentado de manera patente en las consideraciones del fallo para realizar la imputación concreta, hacer mención de la ejecución de los auxilios a fin de

demostrar si con el presunto error de apreciación se llegó a la deducción equivocada acerca de esa circunstancia.

Como sobre el particular nada dijo el recurrente, a la Sala no le corresponde ahondar más al respecto.

En lo que atañe con la desfiguración del decreto de liquidación del presupuesto de 1990, porque el tribunal estimó de manera errónea que en él se le había dado la calidad de representante legal y ordenador del gasto al procesado ORLANDO CORREDOR BERNAL, debe acotarse, en primera medida, que no existe tal alteración porque el decreto número 2754 de 20 de diciembre de 1989 dispuso:

“Gírese al BANCO GANADERO CON SEDE EN TUNJA en Fideicomiso para el fondo ARTURO CORREDOR ARCOS para ayudas educativas, entidades de beneficio comunitario y sin ánimo de lucro, obras varias, programas de obras públicas, Clubes Deportivos, Compra de Equipos, Asistencias Sociales en el Departamento de Boyacá cuyo representante legal y ordenador de gastos será el Diputado ORLANDO CORREDOR BERNAL, \$11.000.000,00”

De manera que al señalar el ad quem que el procesado tenía la calidad de representante legal, ordenador del gasto y, por tanto, la disponibilidad jurídica de esos dineros, de ninguna manera distorsionó la prueba sino que la tomó en su natural dimensión.

Ahora, como parece que el censor le asigna a esa tarea que le dispensó el mencionado decretó de liquidación al procesado como la de “un simple señalador de la ejecución final de la partida”, la de un mero gestor sin disponibilidad jurídica, oportunas resultan las consideraciones que sobre el particular ha venido reiterando la Sala, que aunque referidas a los auxilios parlamentarios, se amoldan a los que conferían los diputados en cuanto la facultad que tenían de intervenir en todas sus etapas, desde la creación

en el presupuesto departamental hasta la distribución (auto de 14 de junio de 1996, M.P. Ricardo Calvete Rangel):

“De lo reseñado se infiere que dentro del complejo proceso de decreto, definición y ordenación de éste rubro del gasto público, los Congresistas individualmente considerados tenían dentro de sus funciones intervenir para indicar los beneficiarios de la ayuda financiera de la Nación. Dicho en otros términos, frente a un determinado rubro los Senadores y Representantes decían a quienes se les debía adjudicar partidas, forma concreta de participar en la ordenación del gasto.

Esta función otorgada a los miembros del Congreso, es una indiscutible forma de actuar en la administración de bienes del Estado, que independientemente de los demás pasos que fuera necesario dar para completar la operación hasta el pago del auxilio, ello no desdibuja la trascendencia de la intervención del gestor. La doctrina y la jurisprudencia han explicado con claridad que la función de administrar a que se refiere el artículo que tipifica el peculado por apropiación, no significa que dicha actividad deba estar toda concentrada en el mismo sujeto, sino que él forma parte del complejo engranaje que en muchos casos está fraccionada la administración de los bienes públicos. Con razón dicen los tratadistas, que si el concepto dentro de la complejidad del mundo actual y la organización y el funcionamiento de la hacienda pública, la finalidad buscada con la prohibición no se lograría.

Administrar es gobernar, controlar, custodiar, manejar, recaudar, distribuir, pagar, percibir, negociar, disponer, etc., es decir, todo un conjunto de actividades que dan al término un sentido amplio, que es como el legislador lo quiso emplear.

Así las cosas, si el poder dispositivo otorgado a los Congresistas, al tener entre sus funciones la de seleccionar a los beneficiarios de los auxilios, se emplea para lograr que todo a una parte de esos dineros entren a su patrimonio, surge con claridad la figura de

la apropiación de dineros públicos, independientemente de la maniobra que se hubiere empleado para ese fin”.

En tal orden de cosas peregrina resulta la tesis del censor, para desligar al procesado de esa relación de disponibilidad jurídica con los dineros, puesto que, al igual que sucedía con los Congresistas, los diputados entraban a administrar los recursos públicos, incluso desde el momento en que participaban en la creación de las partidas presupuestales para la posterior asignación de auxilios, los cuales, ya como gestores, procedían a distribuir a su arbitrio, sin que en este caso se cumpliera la finalidad de utilidad social para la que se decretaron, en la medida en que se apropió en provecho propio y de terceros de los bienes del estado que entró a administrar, de suerte que se satisface el ingrediente normativo del tipo penal contemplado en el artículo 133 del Código Penal de 1980.

Los cargos, en suma, no prosperan.

Sexto cargo

Tanto el recurrente como el Ministerio Público retoman el tema del entendimiento de los hechos por los cuales se elevó la resolución de acusación, el primero, achacando en esta oportunidad el yerro de la sentencia a la pretermisión de la prueba que demuestra que los fondos sí llegaron a sus destinatarios, en tanto que se enfocó la atención en el giro de los dineros para el fideicomiso, momento en el que la sentencia fijó la consumación del delito; mientras que el segundo insiste que no se trata de un problema de omisión de la prueba, sino de una equivocada comprensión de los cargos, pues se dejó al margen la conducta imputada, es decir, la obtención de lucro por parte de CORREDOR y de terceros de parte del dinero que iba dirigido a otros beneficiarios.

Débase acotar que el cargo es impreciso, en cuanto no indica cuál es la prueba demostrativa de que los auxilios sí llegaron a sus legítimos beneficiarios, que fueron

invertidos en los fines previstos y que el procesado no se lucró con ellos, de manera que con tal deficiencia ubica a la Sala en posición de escudriñar, en perjuicio del principio de limitación que gobierna el recurso, si al proceso se incorporó elemento de convicción alguno tendiente a establecer ese tópico y, luego, realizar una valoración que supla el esfuerzo que debió realizar el demandante, para establecer si el medio de convicción que fue sustraído del análisis judicial, enfrentado a los demás criterios probatorios sentados en la sentencia, desvirtúan esos supuestos analíticos.

También se descubre que la pretensión del actor es la de que se aborde un nuevo estudio de la prueba, cuando hace referencias al grado de convicción que el juzgador le otorgó a los elementos probatorios a partir de los cuales encontró establecida la apropiación, en abierto e inexplicable desconocimiento de la presunción de acierto y legalidad de que llega revestido el fallo. Además, por tal actividad no formula el cargo apropiado y tampoco repara en que con esa tarea contradice su posición inicial, pues trasciende del aludido momento del giro de los dineros para el fideicomiso, al paso final de la disposición física de los dineros.

Sea oportuno realzar aquí la contradicción en la que también incurre el agente del Ministerio Público, pues frente a este reproche y en argumento que luego amplía para sugerir que se case de oficio la sentencia, sostiene que los cargos por los cuales se sentenció no corresponden a los de la acusación, mientras que en la respuesta a la cuarta censura sentó el criterio que la condena tuvo como base la apropiación que se produjo con la distribución física de los auxilios, lo que atenta contra la lógica por cuanto una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo.

El cargo no prospera.

Séptimo, octavo y noveno cargos

Estas censuras están edificadas sobre los mismos defectos técnicos. Apenas se enuncia,

respectivamente, que se supuso la prueba de la antijuridicidad de la conducta típica, la del dolo y que se violó el principio del non bis in ídem porque la calidad de diputado se adujo en dos oportunidades, para individualizar la pena y para calificar el sujeto activo del delito.

No indicó el casacionista cuál o cuáles fueron las pruebas que imaginó el tribunal, ni la manera como abordó la calidad del procesado, omisión con la que impide a la Corte conocer la prueba supuesta, determinar la incidencia que su utilización pudo tener en el sentido del fallo y si hubo una adecuada interpretación de las condiciones personales del enjuiciado.

Además, esas proposiciones, de acuerdo con la sistemática de análisis del hecho punible, suponen que se admite al menos que la conducta es típica, lo cual fue negado de manera reiterada en los cargos precedentes, razón por la cual, además de presentarlos separadamente, estos últimos reproches debieron ser formulados de manera subsidiaria, como lo disponía el artículo 225 del Decreto 2700 de 1991, que corresponde al artículo 212 del nuevo Código de Procedimiento Penal.

Por falta de sustentación, los cargos no prosperan.

Casación oficiosa

Los argumentos que ensaya el Procurador Delegado para sustentar la petición de declaratoria de nulidad de la sentencia de segunda instancia, aunque sugestivos por la aparente irregularidad que con ellos descubre, no concuerdan con la realidad que informa el proceso.

En verdad, proferir una declaración de responsabilidad y con base en ella imponer una sanción por unos hechos, esto es, por un comportamiento que no fue objeto de imputación en la resolución de acusación, vulnera el derecho a la defensa porque con un proceder

semejante se sorprende a los sujetos procesales, en especial al acusado, quienes han debatido sobre unos supuestos fácticos diferentes y discurrido dialécticamente apoyados en una realidad procesal, la acusación, ya consolidada.

Eso es lo que sostiene el agente del Ministerio Público ocurrió en la sentencia de segunda instancia, en la que se condenó a ORLANDO CORREDOR BERNAL por el delito de peculado por apropiación por haber tomado parte en la expedición de la ordenanza que estableció el presupuesto de rentas y gastos del departamento de Boyacá para 1990, en la que se asignaron unos auxilios de manera inconstitucional e ilegal por no consultar planes y programas de desarrollo económico y social de carácter nacional o departamental, así como por la constitución de un fideicomiso, en ejecución de aquella ordenanza, en el que se depositaron los fondos correspondientes a los mismos auxilios, actos con los cuales estimó el juzgador consumada la apropiación; en cambio al procesado lo acusó la fiscalía por un comportamiento bien diferente: apropiarse del dinero “a través de los actos de destinación hacia objetivos no contemplados en la Constitución y en la ley”, como el de obtener provecho para sí y para terceros.

La constitucionalidad y legalidad de los auxilios que por la época de los hechos fueron decretados no estuvo en discusión. Es cierto, por tanto, que la fiscalía dio por sentado que los dispuestos en la ordenanza se ajustaban a la Constitución y a la ley, puesto que elevó la acusación contra CORREDOR BERNAL por disponer de los auxilios a fines y con propósitos extraños al ordenamiento jurídico, no por la expedición de aquel acto administrativo, ni por la celebración del fideicomiso.

No se puede desconocer que las extensas alusiones al tópico de la constitucionalidad y legalidad de los auxilios que realizó el juzgador ad quem resultaron desafortunadas y fueron impertinentes, porque desde época anterior al fallo de segundo grado tanto esta Corte como la Constitucional se pronunciaron sobre el particular, coincidiendo ambas corporaciones en que los auxilios decretados en vigencia del anterior orden

constitucional, bajo la condición que se destinaran efectivamente a la finalidad social fijada en la ley, eran legales y el nuevo régimen los respaldaba hasta su agotamiento (auto del 1 de junio de 1993, radicación 8225, ponencia del Magistrado Ricardo Calvete Rangel; sentencia C-025 de 1993).

Pero entre reconocer que el tribunal exageró notoriamente su referencia a los aspectos constitucionales y legales del decreto de los auxilios en la ordenanza departamental, así como a la posterior celebración del contrato fiduciario que tenía por objeto administrar los fondos provenientes del erario y aceptar que con tan inocuo estudio se condenó al procesado por unos hechos que no fueron materia de acusación, se extiende una amplísima brecha, porque, como el propio agente del Ministerio Público reconoce en otro aparte de su concepto, en últimas la condena se profirió por la utilización o destinación de los dineros, sin que quedara cumplida la finalidad de ayuda a las personas y obras que en realidad la necesitaban, sino en beneficio personal del acusado y de terceros, conducta que fue la reprochada en la resolución de acusación.

En la sentencia de segunda instancia tuvo el tribunal una visión global de la forma como ocurrieron los sucesos, en tanto que partió desde la creación de la partida en el presupuesto de rentas y gastos de Boyacá para 1990 y culminó con la forma como se distribuyeron ilegalmente las ayudas.

De la siguiente manera se sintetizaron los hechos en el fallo recurrido:

“En el presupuesto para la vigencia fiscal de 1990 se relacionó una partida por el valor de \$11.000.000,00 en el Capítulo X, Artículo 1541, Ordinal 339 como auxilio departamental con destino al Fondo Arturo Corredor Arcos para ayudas educativas, entidades de beneficio comunitario y sin ánimo de lucro, obras varias, compra de equipos, asistencias sociales en el Departamento de Boyacá ‘cuyo representante legal y ordenador de gastos’ fue el diputado Orlando Corredor Bernal, como textualmente

se anunció en el presupuesto departamental.

Dicha partida presupuestal fue ejecutada mediante Decreto de liquidación del presupuesto y con base en ella, se suscribió un contrato de fideicomiso con el Banco Ganadero de Tunja y el doctor Orlando Corredor Bernal por la suma de \$11.000.000,00 que dieron un rendimiento de \$657.105,00. Los dineros iniciales ingresaron a la entidad bancaria el 16 de agosto de 1990 y fueron gastado en cuantía de \$10.651.000,00; de ellos \$6.461.000,00 en becas o auxilios educativos, \$2.340.000,00 y \$1.850.000,00 en clubes deportivos, lo que significa que quedó un saldo en el banco de \$1.006.105,00.

Por el manejo de estos dineros la Fiscalía General de la Nación, a cargo de sus agentes, le formuló cargos al entonces diputado a la Asamblea Orlando Corredor Bernal por el delito de peculado por apropiación en beneficio de terceros”. (Negrillas agregadas).

En la resolución de acusación los hechos se fijaron de la siguiente manera:

“Como Diputado CORREDOR BERNAL, en el presupuesto de la vigencia fiscal de mil novecientos noventa, se asignó un auxilio por once millones de pesos, los que ingresaron al fondo ARTURO CORREDOR ARCOS, donde a su arbitrio podía disponer de esos dineros, para lo cual se constituyeron en fideicomiso en el Banco Ganadero de Tunja; dineros que ORLANDO CORREDOR procedió a distribuir así:

Para becas o auxilios educativos\$ 6.461.000,00

Para obras públicas\$2.340.000,00

Para clubes deportivos.....\$1.850.000,00

Este fideicomiso ascendió a la suma de once millones seiscientos cincuenta y siete mil

ciento cinco pesos, en razón a que algunos de estos dineros se colocaron en depósito a término y por consiguiente produjeron los correspondientes intereses y es así como en el Banco Ganadero queda un saldo de un millón seis mil ciento cinco pesos.”

Del cotejo de esas dos sinopsis fácticas se advierte sin dificultad alguna que hay coincidencia en señalar todas las fases de la conducta, desde el decreto de los auxilios en la ordenanza, pasando por la constitución de la fiducia, hasta el gasto efectivo de los dineros, esto es, su distribución.

Ilustra con mayor precisión que la fiscalía también se ocupó de la primera etapa de la acción, la respuesta que dio a los alegatos de la Procuradora Judicial, en los siguientes términos:

“Es evidente, por demás demostrable transparentemente a través del proceso, que los auxilios que se asignaron mediante el fideicomiso al banco Ganadero de esta ciudad, para beneficio comunitario en educación y obras públicas bajo la responsabilidad del representante y gestor como fiduciario en este caso, según la voluntad presupuestal que se ingenió esta práctica despilfarradora y enriquecedora so pretexto del fomento regional...” (Negritas no originales).

De lo anterior se puede deducir que los hechos tanto en la acusación como en la sentencia (fijación de los auxilios en el presupuesto, establecimiento del fideicomiso y distribución), siempre fueron los mismos, sólo que en la primera pieza procesal se dio mayor trascendencia a la fase en que se hizo el gasto del erario público en tanto no se consideraron ilegales por sí mismos los pasos precedentes, mientras que en la segunda se puso una mayor atención al momento del decreto de la ayuda y la posterior celebración del fideicomiso, al realizar el impertinente e intrascendente examen de constitucionalidad y legalidad.

Tampoco se puede desdeñar que el hecho del gasto del auxilio sí fue considerado por el ad

quem, a manera de culminación de la equivocada argumentación a través de la cual calificó de inconstitucional e ilegal tanto la creación de los auxilios en el presupuesto de Boyacá para el año de 1990, lo mismo que el fideicomiso a través del cual se manejaron.

De la siguiente manera plasmó su criterio el ad quem:

“Significa lo anterior que, mediante la fiducia comercial suscrita entre él como diputado de la Asamblea Departamental y convertido en ordenador del gasto mediante la ordenanza del presupuesto flagrantemente inconstitucional, entró en posesión de bienes del Estado que jamás pudo haber administrado ni como particular ni como diputado de la Asamblea, por lo que la fiducia se constituye en el mecanismo para consolidar el peculado. Independientemente de la legalidad abstracta de los contratos de fiducia, este es un mecanismo que jamás pudo haber sido establecido para manejar, por fuera del erario público, bienes del Estado en forma arbitraria, sin controles oficiales, personalista, con favoritismo y con sentido politiquero...

Así las cosas, encontramos que el doctor Orlando Corredor Bernal, en ejercicio de funciones y mediante la disponibilidad jurídica que ellas le otorgaban para administrar los bienes del departamento, se apoderó de \$10.651.000,00 entrando en posesión material y disponiendo, mediante apoderamiento, a los propósitos y fines que dejó señalados en el contrato de fiducia, que por ello simplemente se constituye en una mampara o mecanismo para perfeccionar el ilícito contra la administración pública.” (Negrillas no originales).

Si bien el contenido de la sentencia no constituye un modelo de claridad y sindéresis, es claro que a pesar de la calificación de ilegal e inconstitucional de la fijación del auxilio en el mencionado presupuesto y de la fiducia, el tribunal sí tuvo la óptica de que esos actos fueron los medios de que se sirvió el procesado para obtener la apropiación material, efectiva, de los dineros públicos que conformaban la ayuda.

Tanto es así, que en sus “consideraciones finales” el tribunal se ocupa en detalle de la forma como se produjo la distribución irregular de los fondos provenientes del tesoro público, entre becas manejadas por intermediarios, ayudas a clubes deportivos y para obras de municipios, pero no de manera tangencial como lo entiende el Procurador Delegado, sino como el cierre a la explicación de la conducta compleja desarrollada por el acusado, en perfecta armonía con el contenido fáctico de la resolución de acusación.

De otra parte, con el tratamiento que le dio el agente del Ministerio Público a la aparente desarmonía entre la resolución de acusación y la sentencia recurrida, al sugerirle a la Sala la casación oficiosa del fallo por presentarse un quebranto del derecho a la defensa, excede los derroteros permitidos a su intervención en esta sede extraordinaria, porque en tal propuesta se adivina un complemento de la demanda, en la medida en que una irregularidad de aquella índole tiene fijada en la ley su particular vía de ataque.

En efecto, ya tiene sentado la Sala que una de las posibilidades de incongruencia entre la resolución de acusación y la sentencia es la falta de “correspondencia entre los hechos” de manera que falte la unidad conceptual que debe existir entre una y otra decisión, y que tal irregularidad es susceptible de presentarse a través de la causal segunda de casación, de conformidad con lo que establecía el artículo 220-2 del derogado Código de Procedimiento Penal, que corresponde al artículo 207-2 del actual (sentencias del 15 de octubre de 1999, radicación 13.588 y del 12 de julio de 2001, radicación 10.827, con ponencias del Magistrado Carlos Mejía Escobar).

Por manera que a pesar de constituir un yerro de actividad la expedición de una sentencia por hechos diversos a los de la acusación, en cuanto se trata de un defecto que no trasciende el fallo, no opera la casación oficiosa que tiene cabida cuando la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad o cuando deviene ostensible que se violaron las

garantías fundamentales, de conformidad con el artículo 216 de la Ley 600 de 2000. Por virtud del principio de limitación que gobierna al recurso, cualquier otra clase de defecto que se aprecie en la sentencia o en el proceso y que no haya sido postulado adecuadamente en la demanda, no puede ser materia de revisión por la Sala, y menos propuesto por el Ministerio Público, cuyo concepto debe estar referido a los términos de la demanda de la cual se ha corrido traslado (art. 213 C. P. P.).

Como quiera que no se halló la irregularidad comentada por el Procurador Delegado, la Sala no declarará la nulidad solicitada.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

No casar el fallo de origen, fecha y naturaleza indicados en la motivación.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, cúmplase y devuélvase

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

HERMAN GALÁN CASTELLANOS CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO EDGAR LOMBANA
TRUJILLO

CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria.