

Proceso No 14124

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado ponente:

Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar

Aprobado Acta # 36

Santafé de Bogotá D.C., marzo veintiuno (21) de dos mil dos (2002).

Vistos:

Procede la Corte a dictar la sentencia a que haya lugar en el presente proceso, adelantado en contra del ex - Gobernador del Departamento del Vaupés, doctor HERACLIO VEGA GOYENECHE.

Hechos y actuación procesal:

JOSE CHEQUEMARCA GOMEZ y RAMIRO PARRADA GUTIERREZ eran para febrero de 1994, respectivamente, Presidente y Fiscal del Sindicato de Trabajadores del Departamento del Vaupés. Invocando tal calidad denunciaron que una partida del presupuesto departamental de 1993, prevista para dotación y vestuario de los funcionarios, fue destinada a otros gastos sin el agotamiento de los requisitos exigidos por la ley.

La Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, en consideración a la eventual implicación en los hechos del doctor HERACLIO VEGA GOYENECHE, Gobernador

del Vaupés para cuando los mismos tuvieron ocurrencia, ordenó la apertura de la instrucción el 3 de octubre de 1994. El 12 de diciembre siguiente lo vinculó al proceso a través de indagatoria y en atención a que en dicho acto el doctor VEGA expresó que el acto administrativo a través del cual se efectuó el traslado presupuestal -el 231 de noviembre 19 de 1993-no lo suscribió él, sino el doctor PABLO EMILIO DIAZ en su condición de Gobernador (E), se dispuso la vinculación procesal de éste último. Su indagatoria tuvo lugar el 16 de enero de 1995.

Como igualmente para la época de los hechos estuvo encargado como Gobernador el señor JORGE REY ESPITIA también fue vinculado a través de indagatoria, acto procesal que tuvo lugar el 7 de julio de 1995.

El Fiscal Delegado a cargo de la investigación resolvió situación jurídica el 15 de febrero de 1996 imponiéndole medida de aseguramiento de caución prendaria al doctor VEGA GOYENECHE y disponiendo la remisión de copias de la investigación con destino a la Fiscalía Seccional de Mitú para el adelantamiento de la investigación correspondiente respecto de PABLO EMILIO DIAZ y JORGE REY ESPITIA, por carecer los mismos de fuero constitucional de juzgamiento.

La procuraduría solicitó el control de la legalidad de la medida de aseguramiento y la Corte, por Mayoría y con fundamento en la imposibilidad jurídica por parte del Fiscal General de la Nación para delegar en los Fiscales ante la Corte el trámite de la investigación en casos de sindicados con fuero constitucional, surgida a partir de la declaratoria de inconstitucionalidad de parte del artículo 17 de la ley 81 de 1993 (sentencia de la Corte Constitucional C-472/94), anuló la decisión mediante providencia del 18 de septiembre de 1996.

El Fiscal General, a su turno, con sustento en iguales argumentos, por resolución del 11 de septiembre de 1996 decretó la nulidad del proceso desde la apertura de la instrucción. Acto

seguido le dio comienzo a la fase instructiva del proceso y se vinculó mediante indagatoria al doctor VEGA GOYENECHE, a quien se le impuso caución prendaria de 20 salarios mínimos el 15 de noviembre de 1996.

El 6 de junio de 1997 se declaró cerrada la investigación y el 31 de octubre siguiente el Fiscal General de la Nación le formuló acusación al procesado, por el cargo de peculado por aplicación oficial diferente (art. 136 del C.P.). La defensa interpuso reposición y el Fiscal resolvió el recurso el 26 de enero de 1998, manteniendo la decisión impugnada.

La acusación:

El peculado por destinación oficial diferente -señaló el Fiscal General- tiene como fundamento constitucional el artículo 345 de la Carta Política, que no le permite al servidor público realizar ningún gasto que no haya sido previamente decretado por el Congreso, las Asambleas Departamentales o los Concejos, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto.

La ley, sin embargo, específicamente la 38 de 1989 en sus artículos 35 y 36, previó la posibilidad de que ante ciertas circunstancias y con el lleno de ciertos requisitos fuera factible la realización de traslados presupuestales. El Código Fiscal del Vaupés (decreto 110/93), a su turno, siguiendo los lineamientos del Estatuto Orgánico del Presupuesto, señaló en el numeral 6º del artículo 11 las reglas a seguir para la modificación del presupuesto.

La Asamblea Departamental del Vaupés adoptó el presupuesto de rentas y gastos para el año Fiscal de 1993, a través de la ordenanza 02 de 1992 (y los decretos 072 y 088, mediante los cuales fueron incrementados algunos rubros). El Gobierno Departamental, por su parte, mediante el decreto 231 de noviembre 19 de 1993 dispuso efectuar unos contracréditos y abrir unos créditos adicionales en el presupuesto por valor de

\$61.290.709.00, que es la conducta irregular que se le atribuye al doctor VEGA GOYENECHE.

La defensa había planteado la imposibilidad de aplicación de la ley 38 de 1989 (por sólo tener vigencia a nivel nacional) y del Código Fiscal del Vaupés (por no encontrarse vigente debido a que nunca se cumplió con el requisito de su publicación). El Fiscal, sin embargo, estimó que inclusive si no resultaban aplicables las normas pertinentes de dichos estatutos, las afectaciones presupuestales hechas a través del decreto 231 anotado no podían realizarse por oponerse al principio contenido en el artículo 345 de la Constitución Nacional.

“...la mayor parte de los recursos contracreditados -dice la providencia acusatoria- originalmente destinados a atender servicios personales de la asamblea departamental, del despacho del Gobernador y de las secretaría de Gobierno, Hacienda, Asuntos Agropecuarios, Obras Públicas y Educación, así como gastos generales y transferencias de la Secretaría de Hacienda, se aplicaron en virtud del decreto 231 de 1993 a la atención de necesidades distintas, como honorarios de diputados de la asamblea departamental, gastos imprevistos de la Secretaría de Hacienda y caja de compensación familiar, primordialmente”. Se trató de un acto arbitrario del Gobernador, quien no contó con la autorización de la Asamblea -que se encontraba en período de sesiones ordinarias-, para cambiar el destino de las partidas presupuestales.

La Fiscalía concluyó que la persona que suscribió en calidad de Gobernador el decreto 231 del 19 de noviembre de 1993, a pesar de su negativa a admitirlo, fue el doctor VEGA GOYENECHE. Ese día se trasladó a Santafé de Bogotá por razón de una comisión de servicios y en su reemplazo quedó encargado el doctor JORGE REY ESPITIA. Sin embargo, en tal fecha apareció suscribiendo otros actos administrativos como los números 236 y 255 “...resultando apenas lógico inferir que el que tuvo numeración anterior igualmente fue suscrito por VEGA GOYENECHE. Es más, el decreto con numeración 236 del 19 de

noviembre de 1993, precisamente es el que encarga del despacho del Gobernador a REY ESPITIA, luego es apenas natural y obvio que el 231, anterior a aquél, lo hubiese firmado el titular”.

Esta conclusión es reforzada en la acusación con los siguientes elementos de juicio:

1. En la copia al carbón del decreto (el original se perdió) aparece el facsímil “original firmado por HERACLIO VEGA GOYENECHE”. En la antefirma está igualmente su nombre.

1. El Gobernador Encargado REY ESPITIA señaló que no suscribió el decreto sino que lo hizo el titular del cargo.

1. CARLOS ARTURO PEÑA, Secretario de Hacienda para entonces, expresó que la afectación del presupuesto fue autorizada por el Gobernador titular.

1. PABLO EMILIO DIAZ GARCIA, quien también suscribió el decreto 231, dice que el mismo emanó del doctor HERACLIO VEGA GOYENECHE.

Para la Fiscalía, entonces, el decreto de modificación del presupuesto lo expidió el procesado y al hacerlo atentó contra la administración pública al otorgarle a los dineros públicos una destinación oficial diferente a la señalada en el presupuesto de rentas y gastos. “...dineros públicos que inicialmente estaban dispuestos para atender gastos en los rubros de servicios personales de los empleados subalternos de la gobernación,

gastos generales y transferencias -ordenanza 02 de 1992 y decretos 72 y 88 de 1993- terminaron destinándose, entre otros aspectos, al pago de honorarios de los miembros de la Asamblea Departamental”.

Para el Fiscal General, por último, el ex Gobernador obró con conciencia de la antijuridicidad. Reconoció que el asunto se había discutido en junta de gobierno y que sabía que se requería de la intervención de la Asamblea para variar la destinación de las partidas presupuestales y poder así atender los costos que se produjeron por el incremento de los honorarios de los Diputados.

Mediante providencia del 26 de enero de 1998 el Fiscal General de la Nación decidió adversamente el recurso de reposición que interpuso el defensor en contra del auto calificador. En la misma el funcionario acusador hizo las siguientes precisiones:

1. La ley 38 de 1989, y en particular sus artículos 65 y 66, son aplicables en el ámbito departamental, de conformidad con los artículos 94 ibídem y 353 de la Constitución Nacional. Sobre el particular menciona la decisión un aparte de la sentencia C-478/92 de la Corte Constitucional.

Era tan claro para el doctor VEGA GOYENECHÉ lo anterior que citó como fundamento del decreto 0003 de 1993, por el cual liquidó el presupuesto del departamento para la vigencia fiscal del mismo año, la ley 38 de 1989.

2. No es descartable que el Código Fiscal del Vaupés (decreto 110/93) haya sido publicado en la Gaceta Departamental. Pero aún si no lo fue, es sostenible que carece de fuerza obligatoria frente a los particulares pero no frente a la administración departamental, por tratarse de un acto administrativo de carácter general (art. 43 del Código Contencioso Administrativo). “...la jurisprudencia del Consejo de Estado -agrega el Fiscal y relaciona algunas decisiones de dicho Tribunal- ha sido pacífica al sostener que la publicación de los actos administrativos de carácter general es condición para su

eficacia frente a los particulares pues a nadie se le puede obligar a observar reglas no conocidas, pero no sucede lo mismo frente a la administración, toda vez que si ella misma lo profiere, desde el momento de su emisión está obligada a acatarlo”.

Así las cosas, si el propio procesado expidió el Código Fiscal en su condición de Gobernador, “mal puede ahora alegarse la falta del requisito de la publicación para pretender que el cumplimiento de dicho decreto no le era exigible”.

3. En conclusión, el doctor VEGA GOYENECHE se apartó de las normas pertinentes de la ley 38 de 1989 como el Código Fiscal del Vaupés, a cuya observancia se encontraba obligado.

El juicio:

Pruebas allegadas.

La única fue de carácter documental, se decretó a petición de la defensa y la remitió el Presidente de la Asamblea Departamental del Vaupés. Se trata de una copia de la ordenanza 05 de noviembre 3 de 1993, mediante la cual dicho cuerpo colegiado autorizó al Gobernador para efectuar un traslado presupuestal por la suma de \$61.290.709.00, señalándose en la misma las partidas del presupuesto a contraacreditar así como los créditos a adicionar (fl. 43 y ss. c. de la Corte).

La audiencia pública.

Como lo dispone la ley, en el marco del acto procesal el sindicado fue interrogado por la Corte y por los sujetos procesales. Luego intervinieron, en su orden, la Delegada del Fiscal General de la Nación para la diligencia, el Procurador Delegado ante la Corte Suprema de Justicia y el defensor. El procesado renunció al uso de la palabra.

Intervención de la Fiscalía.

La Fiscal Delegada por el Fiscal General de la Nación para intervenir en el acto procesal de audiencia pública, adscrita a la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte, señaló que los fundamentos que sustentaron la resolución acusatoria -que recordó-resultaron desvirtuados por la prueba documental allegada en la fase del juicio. Le solicitó a la Sala, en consecuencia, absolver al procesado.

Afirmó que la ordenanza 05 de noviembre 3 de 1993 de la Asamblea Departamental del Vaupés autorizó al Gobernador para modificar el presupuesto de rentas y gastos efectuando un traslado presupuestal por la suma de \$61.290.709.00, por lo que no incurrió en ninguna irregularidad al expedir el decreto 231 del mismo año.

Intervención del Procurador 1º Delegado en lo Penal.

Fue básicamente similar a la de la Fiscalía. La prueba sobreviniente en el juicio demostró que la modificación en el presupuesto dispuesta a través del decreto 231 fue previamente autorizada por la Asamblea del Departamento y en consecuencia no hubo delito.

Recuerda que aparecieron dos decretos con el número 231, ambos de la misma fecha y con distintos rubros y valores, desconociéndose cuál era el verdadero, ante la pérdida del original. Se pregunta por el hecho de a quién le podía aprovechar que el documento no apareciera y afirma que “saltan a la vista los intereses ocultos de quienes pretendían cobrarle al gobernador VEGA GOYENECHE el traslado presupuestal del rubro de dotación o manejos políticos sin importar las consecuencias que ello acarrearía, se ocultó por todos los medios el esclarecimiento de los hechos, existencia de la autorización dada por la asamblea departamental mediante la

ordenanza número 05 del 3 de noviembre de 1993...". En ello -dice-concurrieron una infinidad de circunstancias como el malestar del sindicato de trabajadores, las dificultades políticas que afrontaba el doctor VEGA, el desorden de la administración departamental, el desconocimiento de los funcionarios por lo que ocurría en el gobierno departamental, la pérdida del original del decreto 231, la inexplicable certificación del secretario de la Asamblea sobre la no existencia de la ordenanza autorizando la modificación del presupuesto, la aparición de un segundo decreto con el número 231 también firmado por el secretario de hacienda PABLO EMILIO DIAZ, el desconocimiento que afirmaron tener REY ESPITIA y PABLO DIAZ en relación con hechos que no podían ignorar relacionados con los traslados presupuestales, la ausencia permanente de su despacho y renuncia en diciembre a su cargo del doctor VEGA GOYENECHE, el hecho de que REY ESPITIA en el proceso no haya dado razón alguna de la autorización de la Asamblea cuando fue quien sancionó la ordenanza 05 de 1993 y, por último, la remisión de ésta con destino al proceso el 27 de septiembre de 1998.

Ese documento, reitera el Procurador Delegado, impide afirmar que el procesado incurrió en una conducta típica y por ende demanda que se le absuelva del cargo por el cual fue acusado. Adicionalmente solicita que se expidan copias de lo pertinente con el objeto de que se investiguen los posibles delitos de falsedad y fraude procesal en el que hayan podido incurrir los funcionarios de la Gobernación del Vaupés "...pues es indudable que debe existir responsabilidad en quienes permitieron que este proceso llegara hasta sus últimas consecuencias utilizando la administración de justicia y concretamente la justicia penal para fines innobles".

Intervención del defensor.

Aparte de las razones ofrecidas por los otros intervinientes, la defensa piensa que existen otras para sostener la inocencia de su representado. Son:

1. Aún en el supuesto de que el decreto del Gobernador que dispuso la modificación del presupuesto se hubiese producido sin la autorización de la Asamblea Departamental, esa conducta no habría sido violatoria de la ley 38 de 1989, ni del Estatuto Fiscal del Vaupés, ni del artículo 345 de la Constitución Nacional. La primera, de conformidad con su artículo 2º, es aplicable a nivel nacional y no regional. En cuanto al artículo 345 de la Constitución, el propio Fiscal General admite que no prohíbe con carácter definitivo los traslados presupuestales.

El ente acusador, sin embargo, en lo que para la defensa constituye una violación del principio de tipicidad, establece una concordancia entre el artículo constitucional y la ley 38 de 1989, a partir de una norma de ésta última que autoriza su aplicación a los departamentos, en lo que no se oponga a sus regímenes presupuestales. Al “ensamble de normas que hace la Fiscalía” se suma el Código Fiscal del Vaupés, el cual cuenta con algunas disposiciones que establecen que previamente a la realización de los traslados presupuestales se debe contar con autorización de la Asamblea Departamental.

De conformidad con las pruebas sobre el particular allegadas al proceso, no existe constancia de que el Código Fiscal haya sido publicado. Y a pesar de ello, la Fiscalía lo invoca como fundamento del cargo de peculado que le atribuyó al doctor VEGA GOYENECHE, aduciendo un argumento incorrecto según el defensor, consistente en que la no publicación del acto administrativo sólo tiene efectos frente a terceros y no frente a los funcionarios públicos que lo expidieron, quienes no pueden sustraerse a su cumplimiento por el hecho de la no publicación.

El Código Fiscal, entonces -dice la defensa- tiene dos momentos de vigencia según la “curiosa” interpretación que hace la Fiscalía: para quienes lo expidieron a partir de ese mismo instante y para los terceros desde su publicación. Se trata para el apoderado de una interpretación que crea mucha inseguridad sobre la vigencia de una norma que en un caso como el examinado “llena un tipo penal en blanco”.

El “ensamble de normas” hecho por la Fiscalía es, entonces, cada vez más complicado, extenso y cada vez más violatorio del principio de tipicidad. En la acusación no existe seguridad del Fiscal en cuanto a la atribución de la conducta al procesado. Allí se afirma que estaba vigente el Código Fiscal y, si no, la ley 38 de 1989 que resultaba aplicable al ámbito departamental o, en últimas, el artículo 345 de la Constitución. Para la defensa esa falta de claridad en cuanto a las normas con las cuales puede llenarse el tipo penal en blanco de peculado por destinación oficial diferente, conduce a la absolución de su representado por atipicidad de su comportamiento.

2. No existe claridad sobre quién en realidad suscribió el decreto de la Gobernación del Vaupés número 231 de 1993. Nadie dice que lo haya hecho el doctor VEGA GOYENECHE. Este, según PABLO EMILIO DIAZ, “dio su aval” para realizar los traslados y eso es distinto a que haya firmado el decreto. LUIS ALEJANDRO CASTRO, de otra parte, expresó en una de sus intervenciones que el decreto lo tuvo en sus manos y observó en él las firmas de PABLO EMILIO DIAZ y de JORGE REY ESPITIA.

3. Independientemente de si su representado simplemente autorizó los traslados o si suscribió el decreto, el defensor dice que el doctor VEGA GOYENECHE se rodeó de un equipo de colaboradores en las distintas secretarías y tales personas estaban encargadas del manejo de los asuntos pertinentes, elaborándole finalmente los proyectos de decreto.

En este punto el abogado hace referencia al principio de confianza. Expresa que su origen está asociado al tránsito automotor y se ha ido extendiendo a otros ámbitos de la vida social, específicamente a actividades laborales con división de trabajo, en donde cada persona cumple una función y confían en que los demás lo hacen con la suya.

El principio, agrega la defensa, es aplicable en materia de administración pública. Y estima que el actuar de su representado se encuentra amparado en el mismo. Como un

Gobernador no lo puede hacer todo, debe confiar en sus secretarios y es lo que hizo el procesado. Le pidió a PABLO EMILIO DIAZ “que hiciera las consultas necesarias y efectuara los trámites de acuerdo con la legislación vigente” para efectuar el traslado presupuestal y ninguna de las limitaciones al principio tuvo ocurrencia. No existió, en primer lugar, una equivocada selección del Asesor Jurídico, ya que el doctor VEGA - dentro de las posibilidades que surgían del sitio en donde debía desempeñarse el cargo y del salario establecido para el mismo-hizo la mejor escogencia.

La otra limitación a la aplicación del principio de confianza es que quien lo invoca no haya actuado con dolo. La Fiscalía, sobre dicha forma de culpabilidad, dijo en la acusación que el procesado sabía que los traslados presupuestales requerían autorización de la Asamblea (elemento cognoscitivo del dolo). El aspecto volitivo del dolo lo derivó del hecho de que el doctor VEGA realizó la conducta “para complacer a los diputados con el pago de sus honorarios”, lo cual es un argumento curioso. No había ninguna razón, si la pretensión era satisfacer los intereses de los Diputados, sustraerse a solicitarle a la Asamblea la autorización para el traslado presupuestal, que “era casi obvio” que lo iba a obtener si se tiene en cuenta que \$13.139.900.00 eran precisamente para el pago de honorarios a sus componentes.

Advierte el abogado, por último, que aunque no es su deseo plantear ante la Corte esa discusión, en lo personal le gusta la aplicación del principio de confianza para la solución anticipada (atipicidad) de muchos problemas de la teoría del delito, sin desconocer que un buen sector de la doctrina prefiere el manejo del problema a nivel de la culpabilidad, por la vía del error. Una u otra corriente, no obstante, tienen como punto de llegada la exclusión de responsabilidad penal. El doctor VEGA GOYENECHE, por lo tanto, actuó cobijado por el principio de confianza y su conducta fue atípica. O fue inculpable, según la segunda posición.

Consideraciones de la Corte:

Lo que en primer lugar debe advertirse es que nadie discute, y tampoco lo hará la Sala, que el decreto 231 de noviembre 19 de 1993 fue expedido por la Gobernación del Vaupés y a través del mismo se modificó la finalidad de unos rubros del presupuesto del departamento correspondiente a 1993, que ascendieron a la suma de \$60.631.658.00.

El objeto del debate ha sido si el ex Gobernador VEGA GOYENECHE, en la medida que lo niega, fue o no el autor del decreto y en caso positivo si actuó autorizado por la Asamblea Departamental y si le resultaba o no indispensable dicha autorización.

1. El 19 de noviembre de 1993 el doctor HERACLIO VEGA GOYENECHE era Gobernador del Vaupés (lo fue entre el 7 de agosto de 1992 y el 21 de diciembre de 1993 -fol. 52 c.o.)- y debió viajar a Bogotá en desarrollo de una comisión de servicios. Esta la dispuso él mismo a través de la resolución 255 del 19 de noviembre y tenía como finalidad el cumplimiento de funciones propias de su cargo durante ese día y el 20 siguiente. (fls. 84 y 131 c.o.). De aquella fecha es igualmente el decreto 236, a través del cual el doctor VEGA GOYENECHE designó como Gobernador encargado al Secretario de Obras Públicas, señor JORGE REY ESPITIA.

Significa lo anterior que el 19 de noviembre de 1993, fecha de expedición del decreto 231, el Gobernador VEGA no solamente estuvo en su despacho sino que expidió actos administrativos. El hecho de la comisión, entonces, no lo descarta como autor del decreto.

Se sabe que el documento original no apareció y que por tal razón se denunció su pérdida ante la Inspección de Policía de Mitú el 6 de abril de 1995 (fls. 139 y 449). Tal fue igualmente el motivo para que al proceso se allegaran dos fotocopias de las copias del decreto 231 existentes en la Secretaría de Hacienda del Vaupés, la primera remitida el 18 de marzo de 1994 por el Gobernador (E) PABLO EMILIO DIAZ GARCIA (fl. 19) y la segunda por el propio Secretario de Hacienda Departamental el 6 de abril de 1995 (fls.

138, 140 y ss). Las dos son diferentes, aunque no esencialmente. En la primera la suma del traslado presupuestal ordenado fue de \$61.290.709.00 y en la segunda ascendió a \$60.631.658.00, es decir \$659.051.00 menos. Esta diferencia es fácilmente explicable si se observa que en el primer documento habían sido sumados equivocadamente los créditos que se abrieron en el presupuesto y específicamente en los rubros correspondientes a la Secretaría de Hacienda (\$115.104.00), Gastos Generales (\$44.943.121.00) y Transferencias (\$3.086.765.00). El total que arroja la suma de estos valores es \$48.144.990.00 y en la copia del decreto del folio 19 se escribió \$47.485.939.00. La resta entre los dos guarismos, \$659.051.00, es exactamente la diferencia entre los valores totales que figuran en las copias de los decretos allegados al expediente. Así pues, con la corrección aritmética correspondiente y los ajustes pertinentes, el contracrédito dispuesto por la Gobernación ascendió a \$60.631.658.00.

Ambas copias ostentan solamente la firma del Secretario de Hacienda de entonces (PABLO EMILIO DIAZ) y el nombre del Gobernador titular, siendo del caso resaltar que en el documento corregido aparece sobre el nombre del Gobernador, además, un sello con la siguiente leyenda: "ORIGINAL FIRMADO POR: HERACLIO VEGA GOYENECHE".

El doctor VEGA GOYENECHE admite en la indagatoria que la semana anterior al 19 de noviembre se habló en la Junta de Gobierno sobre la necesidad de producir una serie de contracréditos en el presupuesto para cubrir algunas necesidades que habían surgido y que no se encontraban previstas, como el pago de honorarios a los Diputados. No obstante, manifiesta que del tema quedaron encargados PABLO DIAZ, Asesor Jurídico, y JORGE REY ESPITIA, Gobernador Encargado, "...quienes tenían la misión de que esta situación se produjera cumpliendo con todas las disposiciones legales". (fl. 389)

De tal manera el doctor VEGA GOYENECHE ha pretendido convencer sobre el hecho de que no fue él el funcionario que expidió el decreto 231 de 1993, pero sin éxito a juicio

de la Sala.

Señaló que no lo hizo porque el día en el cual se produjo el acto administrativo viajó a Bogotá y ya se vio que la circunstancia del viaje no se constituyó en un obstáculo para que aquél 19 de noviembre prohiriera otros decretos, entre ellos el 236, por el cual encargó a REY ESPITIA de la Gobernación. En este punto, como igual lo infirió la Fiscalía en la acusación, es dable sostener que si el número del decreto por el cual el doctor VEGA GOYENECHE dispuso el encargo de Gobernador es mayor -y por ende posterior-al que ostenta el que ordenó los contracréditos, éste también fue de su autoría.

Por lo demás, así lo haya querido matizar el procesado diciendo que se trató de una decisión del equipo de gobierno, lo cierto es que fue él quien la asumió, encargando a PABLO EMILIO DIAZ de su ejecución, como se colige del testimonio rendido por el Jefe de la Sección de Contabilidad de entonces, señor JULIO ALBERTO GOMEZ (fl. 201). Señaló éste que conoció el decreto cuando fue suscrito por DIAZ, quien inmediatamente después lo llevó para la firma del Gobernador y luego se lo entregó a la técnica de presupuesto para los asientos contables respectivos.

PABLO EMILIO DIAZ fue designado en septiembre de 1993 como Asesor Jurídico del Departamento, directamente por el Gobernador VEGA GOYENECHE. Se lo recomendó un amigo en Bogotá, lo entrevistó y lo seleccionó a pesar de la poca experiencia administrativa con la cual contaba (fl. 101 c. de la Corte). Lo que quiere significar la Sala es que era una persona de toda su confianza y que continuó siéndolo como parece indicarlo el hecho de que para una misma época los dos trabajaron al servicio de COINCO. El doctor VEGA como Gerente y el doctor DIAZ como Jefe de Licitaciones y Contratos. A pesar de la respuesta poco comprometida del procesado en el acto de audiencia pública sobre el particular (fl. 103 c. de la Corte), es dable colegir que nuevamente llamó a trabajar con él a su antiguo colaborador, si se tiene en cuenta -a falta de constancia específica sobre el punto-que para el 11 de enero de 1995 PABLO DIAZ ya laboraba con COINCO (fl. 95)

y que en diciembre de 1994 el doctor VEGA se desempeñaba como Gerente de la entidad (fl. 74).

Lo que quiere resaltar la Sala es que del equipo de gobierno DIAZ GARCIA era la persona de confianza del doctor VEGA GOYENECHE y que en tal calidad estuvo encargado del tema de los traslados presupuestales dispuestos a través del decreto 231, que suscribió como Secretario de Hacienda. Por ende, su firma en la copia del acto administrativo, al lado de la antefirma y el sello de “firmado el original” del doctor VEGA GOYENECHE o sólo de su antefirma, no deja duda sobre el hecho de que el Gobernador procesado fue el responsable de la afectación del presupuesto a través de la expedición del decreto y no el encargado de la Gobernación JORGE REY ESPITIA como pretendió hacerlo creer el primero en su indagatoria, obteniendo respaldo en el testigo LUIS ALEJANDRO CASTRO BENJUMEA (fl. 452), al cual no le otorga credibilidad la Corte como enseguida se verá.

CASTRO BENJUMEA era para el día de los hechos auxiliar administrativo del despacho del Gobernador y contaba entre sus funciones con la de sellar todos los documentos que entraban y salían de la dependencia, incluyendo la colocación del sello de “ORIGINAL FIRMADO POR: HERACLIO VEGA GOYENECHE”. Señaló precisamente que fue él quien estampó esa impresión en el decreto de traslado presupuestal, que como se vio fue corregido, por orden de PABLO EMILIO DIAZ. A su regreso el doctor VEGA lo regañó por haberlo hecho, hasta el punto de que casi lo despide. Le explicó que simplemente había cumplido órdenes del Asesor Jurídico y encargado de la Secretaría de Hacienda, quien, según afirmación categórica del testigo, había firmado el decreto junto con el señor REY ESPITIA, encargado del despacho del Gobernador.

El declarante da a entender que se había urdido una componenda entre REY y DIAZ para modificar ellos el presupuesto y hacer aparecer como autor al Gobernador VEGA GOYENECHE. No lo dijo explícitamente pero no conduce a pensar otra cosa su

afirmación atinente a que tuvo en sus manos el decreto 231, que estaba firmado por los funcionarios encargados y que fue obligado por “el jurídico” PABLO EMILIO DIAZ a colocar “el facsímil del Gobernador”, no precisamente sobre el nombre de JORGE REY ESPITIA, como se sabe, sino sobre el de HERACLIO VEGA GOYENECHE.

Si de tal manera hubieran sucedido las cosas resulta muy claro para la Corte que se trataba de una conducta grave de los colaboradores del Gobernador, que necesariamente tendría que haber implicado una reacción proporcional de éste, la que al no tener ocurrencia hace no sólo ilógico e increíble el relato testimonial (que ni siquiera el propio doctor VEGA GOYENECHE confirmó en la indagatoria), sino que enfatiza aún más el hecho de que en su condición de Gobernador del Vaupés profirió el decreto 231 del 19 de noviembre de 1993.

2. Contraacreditar el presupuesto de gastos y crear unos créditos adicionales, lo sabía el doctor VEGA GOYENECHE y así lo dijo en la indagatoria (fl. 390), exigía una autorización de la Asamblea Departamental en caso de encontrarse en período de sesiones ordinarias, como lo estaba en efecto, según la certificación del Secretario General de dicha Corporación que aparece en la página 217 del cuaderno original del proceso.

Avanza la Sala, entonces, que no tiene razón la defensa en la idea de que ninguna norma obligaba al Gobernador a obtener la facultad de la Asamblea para modificar el presupuesto de rentas y gastos del departamento.

Considerando la hipótesis de que un departamento o municipio carezca de Código Fiscal, que no era el caso del Vaupés como en otro aparte se verá, según la tesis del defensor ningún cambio en la destinación de los rubros del presupuesto a partir de la sola voluntad del Gobernador o del Alcalde constituiría el hecho punible de peculado por aplicación oficial diferente y ello no es así.

Es verdad que la Constitución Nacional prohíbe en su artículo 345 “transferir crédito

alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto”, lo cual significa que permite reformar el presupuesto a través de la apertura de créditos adicionales para la atención de rubros previstos en el mismo. En ello comparte la Sala el punto de vista del defensor, acogido por la Fiscalía en la providencia mediante la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto por dicho sujeto procesal en contra de la resolución acusatoria. Sin embargo, la posibilidad de transferencias dentro de rubros del propio presupuesto sigue sujeta al principio de legalidad del gasto, según el cual no puede efectuarse, en tiempo de paz, ninguno que no haya sido previamente decretado por el Congreso, por las Asambleas Departamentales, o por los Concejos Distritales o Municipales.

Constitucionalmente, entonces, le está prohibido a la administración en todos sus niveles, en tiempo de normalidad, la modificación del presupuesto a través de la apertura de créditos adicionales, destinando partidas para finalidades distintas a aquellas para las que fueron apropiadas por las corporaciones de elección popular.

Debe destacarse, además, la preeminencia que la normatividad constitucional le otorga a la ley orgánica de presupuesto dentro del ordenamiento jurídico colombiano y que se traduce, según se deriva de su artículo 352, en la aplicabilidad de sus regulaciones a los presupuestos de la nación, de las entidades territoriales (departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas -art. 286 C.P.-) y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, en lo concerniente a la programación, aprobación, modificación y ejecución presupuestal.

Aparte, entonces, de que por disposición expresa constitucional no le era permitido al procesado contraacreditar el presupuesto sin la intervención de la Asamblea Departamental, es claro igualmente, con sustento en la misma Constitución, que se encontraba sujeto a lo dispuesto por la ley 38 de 1989 en materia de modificación presupuestal. Es decir, en lo que interesa, a presentar a la Asamblea -que sesionaba ordinariamente- el proyecto de ordenanza sobre traslados y créditos adicionales al presupuesto, sin cuya expedición resultaba irregular cambiarle el destino a

cualquiera de los rubros del presupuesto expedido para el respectivo año fiscal.

El anterior trámite se encontraba adicionalmente previsto en el Código Fiscal del Vaupés, adoptado por la Gobernación a través del decreto 110 del 25 de mayo de 1993 (fl. 218) y que el defensor estima que en consideración a que no fue publicado no se encontraba vigente. Ciertamente que todo indica que dicho Estatuto no fue objeto de publicación, aunque no por ello puede concluirse que sus normas no obligaban al Gobernador VEGA GOYENECHE, quien circunstancialmente fue el encargado de su expedición.

El artículo 43 del Código Contencioso Administrativo señala que los actos administrativos de carácter general, y el decreto 110 responde a dicha característica, "...no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto".

Ahora bien, si se tiene en cuenta que desde el punto de vista del derecho administrativo la noción de existencia de un acto de la administración implica que el mismo haya sido suscrito por el funcionario competente y, además, que se le haya impuesto fecha y número, debe concluirse, en primer término, que el Código Fiscal del Vaupés adquirió existencia jurídica desde su expedición el 25 de mayo de 1993, dado que se cumplieron los referidos requisitos.

Dentro del proceso, en segundo lugar, quedó demostrado que el Estatuto Departamental de Presupuesto no es desconocido por las autoridades departamentales (en especial la Gobernación y la Asamblea), lo cual significa que alcanzó eficacia interna y que la hipótesis de ausencia de publicación únicamente impide su oposición a terceros, en concordancia con el artículo el artículo 43 del Código Administrativo.

"Como ya lo ha precisado la jurisprudencia de la Corporación -dijo el Consejo de Estado-

la publicación de los actos administrativos de carácter general es condición para su eficacia frente a los particulares pues a nadie se le puede obligar a observar reglas no conocidas. No sucede lo mismo frente a la administración, toda vez que si ella misma lo profiere, desde el momento mismo de su emisión está obligada a acatarlo”.

La publicación no es en manera alguna, entonces, un requisito de validez de los actos administrativos de carácter general, sino una condición de oponibilidad a los particulares, como lo ha reiterado la jurisprudencia administrativa y lo ha admitido la Corte.

En conclusión, como con claridad lo expresó la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 30 de mayo de 1988, “el acto administrativo no publicado, general o particular, hay que mirarlo en sus relaciones con la propia administración y con los particulares; por el primer aspecto, el acto no publicado es oponible a la propia administración, surte efectos respecto de ella, ya que lo conoce por haber sido quien le dio origen o nacimiento.

“por el segundo aspecto -sigue la cita-hay que distinguir si el acto administrativo concede un derecho o impone una obligación al particular. Si el acto otorga un derecho al particular, éste puede reclamarlo de la administración, aunque el acto no haya sido publicado. Si, por el contrario, el acto impone una obligación, esta no puede exigirse hasta tanto no sea publicado, aunque se haya dicho en el propio acto que podía serlo desde antes (por ejemplo: expedición)”.

El doctor VEGA GOYENECHE en su calidad de Gobernador del Vaupés, por lo tanto, se encontraba obligado a cumplir el acto administrativo que él mismo había expedido, así no se hubiera publicado.

Así las cosas, la Constitución, la ley 38 de 1989 y el decreto departamental 110 de 1993, le imponían al procesado pedir la intervención de la Asamblea para contraacreditar el presupuesto y abrir los créditos adicionales respectivos, por lo que la Fiscalía al invocar

dichas fuentes en la construcción del cargo de la acusación, o las dos últimas como lo dejó definido en el auto que resolvió la reposición, no incurrió en ningún atentado contra el principio de tipicidad como lo postuló el defensor en la audiencia, sino simplemente se refirió -aportando los fundamentos jurídicos del caso- a las normas que a su parecer le impedían al Gobernador reformar el presupuesto del departamento y que incumplió, incurriendo como consecuencia en el tipo de peculado por aplicación oficial diferente.

Si varias disposiciones correspondientes a distintos cuerpos normativos realizaban la misma prohibición, que en manera alguna era de difícil comprensión (de hecho el doctor VEGA GOYENECHE no la ignoraba como es constatable en el acta de la indagatoria), citarlas todas o señalar que ante la eventualidad de que no resultase aplicable una de ellas la conclusión de peculado persistiría con sustento en las demás o sólo en una, no es un “ensamble” de normas complicado e impreciso violatorio del principio de tipicidad inequívoca. Especialmente cuando es evidente -como lo ha señalado la Sala-que todas esas fuentes normativas no le permitían al Gobernador modificar las finalidades de los rubros del presupuesto a partir únicamente de su voluntad.

3. Ahora bien, durante la fase instructiva del proceso el Secretario General de la Asamblea Departamental comunicó que en los archivos de esa Corporación no existía “ordenanza específica” mediante la cual esa Corporación hubiera autorizado al Gobernador “para realizar contracréditos al presupuesto del departamento durante 1993” y bajo dicho supuesto resultó consolidado el cargo por el cual fue acusado el doctor VEGA GOYENECHE. Durante el juicio se allegó al expediente una copia de la ordenanza 05 del 3 de noviembre de 1993, supuestamente expedida por la Asamblea Departamental y a través de la cual, a pedido del Gobernador, fue autorizado para efectuar un traslado presupuestal por la suma de \$61.290.709.00, relacionándose los rubros a contraacreditar y los créditos adicionales a abrir, cuyas cifras corresponden exactamente a las visibles en la copia del decreto 231 obrante a partir del folio 19 del cuaderno

original.

Con sustento en dicho documento tanto la Fiscalía como el Agente del Ministerio Público le solicitaron a la Corte dictar sentencia absolutoria, petición que naturalmente fue coadyuvada por el defensor. La Sala no la atenderá, sin embargo, en consideración a que el medio probatorio no es digno de credibilidad.

Sorprende, en primer lugar, el aparecimiento postrero de la ordenanza. Si la misma existía, si en esa medida la actuación del doctor VEGA GOYENECHE frente al traslado presupuestal dispuesto a través del decreto 231 se sujetó a la Constitución y a la ley, es absolutamente absurdo que ni él en ninguna de sus intervenciones procesales, ni PABLO EMILIO DIAZ, ni JORGE REY ESPITIA, ni ninguno de los testigos que declararon en el proceso y que pertenecían para la época de los hechos a la administración departamental, se hayan referido a la misma.

Lo lógico, si en realidad hubiera existido la ordenanza, era que se hubiera aportado, o al menos mencionado, desde el mismo comienzo de la investigación preliminar. Esta fue iniciada por un Fiscal Seccional de Mitú el 18 de febrero de 1994 y en cumplimiento de una orden suya se le solicitó el 8 de marzo siguiente al Gobernador, la remisión de toda la documentación existente sobre un traslado presupuestal de \$7.990.000.00 correspondiente al rubro de dotación y vestuario de los empleados (fl. 5), a raíz del cual se quejaron el presidente y el fiscal del sindicato de trabajadores del departamento.

PABLO EMILIO DIAZ, en calidad de Gobernador encargado respondió el requerimiento el 18 de marzo de 1994 y sólo envió la ordenanza 02 de 1992, por la cual se dictó el presupuesto del Vaupés para 1993, y la copia del decreto 231 que aparece a partir del folio 19. El mismo funcionario rindió versión el 23 de marzo del mismo año (fl. 23) y en ningún momento hizo alusión a ordenanza alguna autorizando al Gobernador para realizar la modificación del presupuesto. Simplemente señaló que el decreto 231 emanó del

ordenador del gasto y que se hizo en forma legal, con sujeción al Estatuto Orgánico de Presupuesto.

A pesar de haber sido anulada la indagatoria que rindió el doctor VEGA GOYENECHE el 12 de diciembre de 1994 (fl. 74), tiene sentido indicar que en la misma adujo que el 19 de noviembre de 1993, ya establecida la necesidad de efectuar algunos traslados presupuestales y ante su viaje a Bogotá, instruyó al Gobernador encargado “para que tomara las previsiones legales, las precauciones legales, a fin de que el traslado presupuestal se hiciera conforme a las normas...”. El 23 de octubre de 1996, cuando fue nuevamente vinculado a la investigación, se refirió al tema en similares términos (fl. 389). Aunque no recordó exactamente la fecha, fue categórico en referir que un día de la semana anterior a la del 19 de noviembre se trató el tema de la modificación del presupuesto en Junta de Gobierno.

“No recuerdo exactamente qué día fue el 19 -dijo textualmente- pero la semana anterior se habló de ese tema en la junta de gobierno, acerca de que había varios rubros deficitarios entre ellos por ejemplo el pago a los diputados que era una nueva obligación que el gobierno nacional dejaba en cabeza de los departamentos, sin que para ello hubiera hecho las apropiaciones correspondientes. Lo que yo manifesté en esa reunión, era que como yo tenía que desplazarme a Bogotá y era muy poco el tiempo que iba a permanecer en Mitú (a) partir de ese momento, debido a la crisis política, que el equipo económico de la gobernación se encargara de preparar lo correspondiente a esa evaluación de los rubros deficitarios para que fuese el gobernador encargado y los otros colaboradores quienes determinaran si esto era viable o no”. (fl. 390)

Si el 19 de noviembre de 1993 fue viernes, si la semana que precedió a esa fecha transcurrió entre el 8 (lunes) y el 13 (sábado), es supremamente evidente que la administración departamental hasta ahora contemplaba la posibilidad de reformar el presupuesto, que por lo tanto ni se habían hecho los cálculos necesarios y mucho menos se

había cursado la solicitud de contraacreditar el presupuesto a la Asamblea Departamental. En esta medida, si se tiene en cuenta que la ordenanza allegada en el juicio ostenta como fecha el 3 de noviembre de 1993 y que en el decreto 231 en ninguna parte es mencionada, la conclusión obligatoria es que la misma no la produjo la Asamblea Departamental y que, en consecuencia, como lo había certificado el Secretario General de tal Corporación el 27 de septiembre de 1995 (fl. 216), el Gobernador VEGA GOYENECHE nunca fue autorizado para cambiar la destinación de los rubros presupuestales relacionados en el decreto 231 del 19 de noviembre 1993.

Las referencias que en precedencia ha hecho la Sala a afirmaciones del procesado en la indagatoria, en manera alguna significa que se crea en ellas. Simplemente se quería, desde su propio relato, demostrar categóricamente que la ordenanza allegada al juicio nunca se expidió en realidad, pues de haberse producido sus descargos sencillamente hubieran sido otros.

4. En lo que tiene que ver con el argumento que la defensa basa en el denominado principio de confianza, de cuya vigencia no duda la Sala, tampoco es atendible.

Es cierto que una de las características del mundo contemporáneo es la complejidad de las relaciones sociales y, en materia de producción de bienes o servicios, la especialización en las diferentes tareas que componen el proceso de trabajo. Esta implica la división de funciones entre los miembros del equipo de trabajo y por lo tanto un actuar conjunto para el logro de las finalidades corporativas. Como no siempre es controlable todo el proceso por una sola persona y en consideración a que exigir a cada individuo que revise el trabajo ajeno haría ineficaz la división del trabajo, es claro que uno de los soportes de las actividades de equipo con especialización funcional es la confianza entre sus miembros. Esta, cuando ha precedido una adecuada selección del personal, impide que un defecto en el proceso de trabajo con implicaciones penales se le pueda atribuir a quien lo lidera, a condición naturalmente de que no lo haya provocado

dolosamente o propiciado por ausencia o deficiencia de la vigilancia debida.

La Sala acepta que el trabajo es funcionalmente dividido en un Departamento, que el Gobernador como jefe de la administración se encuentra en imposibilidad de asumir directamente todos los asuntos, que para eso cuenta con una serie de secretarios que le colaboran, que establece con los mismos -es lo que se supone-una relación de confianza de doble vía y que por efecto de la que él deposita puede incurrir en hechos típicos originados en la actividad de sus colaboradores, frente a los cuales, sin embargo, es eventualmente admisible la realización de una conducta inculpable, por mediación del fenómeno del error.

En el caso examinado, no obstante y sobretodo si se tienen en cuenta algunas de las conclusiones a que ya arribó la Sala en el curso de la sentencia, no es ni siquiera susceptible de contemplarse como hipótesis que la expedición del decreto 231 por parte del doctor VEGA GOYENECHE haya sido el resultado de actividades defectuosas de sus colaboradores, que creyó legales dada la confianza que tenía en ellos depositada.

Se dijo que suscribió el acto administrativo el 19 de noviembre de 1993 y ello deja sin apoyo su afirmación atinente a que el mismo día, o la semana anterior, instruyó a PABLO EMILIO DIAZ y a JORGE REY ESPITIA para que efectuaran, dentro de los marcos legales, los trámites que fueran precisos para hacer los traslados presupuestales necesarios. Pero aún admitiendo en el mejor de los casos para él, aunque sólo en un plano hipotético, que tales instrucciones hayan precedido a la expedición del acto administrativo, antes de suscribirlo estaba en el deber de verificar que se hubieran cumplido las exigencias necesarias para la modificación del presupuesto y en especial que se hubiera obtenido la autorización para hacerlo de la Asamblea Departamental. Sabía que resultaba indispensable, ni siquiera había presentado el respectivo proyecto de ordenanza que le imponía la Ley de Presupuesto y el Código Fiscal del Vaupés, y en tales circunstancias el principio de confianza planteado carece de toda relevancia.

El doctor VEGA GOYENECHE, en consecuencia, al darle aplicación oficial diferente a los rubros del presupuesto relacionados en el decreto 231 del 19 de diciembre de 1993, a los cuales cambió el destino previsto sin la intervención de la Asamblea Departamental, incurrió en la conducta descrita en el artículo 136 del Código Penal 1980 y, ante la evidencia de que lo hizo sin la mediación de ninguna causal de justificación, es claro que atentó contra la planificada ejecución del gasto público que hace parte integrante del bien jurídicamente protegido de la administración pública.

Y la conducta le es imputable a título de dolo. Como economista dedicado a la gestión pública que era no ignoraba ni podía ignorar el tema presupuestal y la verdad es que en ningún momento pretendió ocultarlo. Sabía que legalmente no podía modificar directamente el presupuesto y aún así lo hizo, sin que el motivo propuesto por la Fiscalía en la acusación para que así haya procedido, sea a juicio de la Corte valedero. Dijo el Fiscal General de la Nación que el acusado reformó el presupuesto para “complacer a los diputados con el pago de sus honorarios” y con cierta razón la defensa califica de “curioso” el argumento.

La Corte, a pesar de la poca importancia de la discusión sobre el móvil del delito en este punto, estima que el doctor VEGA GOYENECHE no acudió a la Asamblea por la tensión política existente según dijo y porque la modificación presupuestal no le era del todo favorable al cuerpo de elección popular y sí muy beneficiosa para el Gobernador.

Según la copia del decreto obrante a partir de la página 140 del expediente los rubros presupuestales de la Asamblea Departamental que se contraacreditaron ascendieron a la suma de \$15.204.671.00 (\$15.386.371.00 según la copia del acto administrativo del folio 19) y únicamente se abrió un crédito de honorarios a su favor por la suma de \$13.139.900.00. Los demás créditos abiertos se destinaron a la Administración Departamental, siendo del caso resaltar uno de “gastos imprevistos” por la suma de \$45.370.835.00 (\$44.943.121.00 según la copia del folio 19), que sin ninguna duda

abarca la mayor parte del total del traslado presupuestal y prueba que el máximo interés en el mismo era del Gobernador, quien por dicha razón decidió no solicitar la intervención de la Asamblea.

5. El procesado, entonces, de conformidad con el análisis hecho, le dio destinación oficial diferente a \$60.631.658.00 del Presupuesto Departamental de Vaupés, sin que hubiera tenido ocurrencia la debida autorización de la Asamblea del ente territorial. Y se verá si frente a la ley 599 de 2000, que limitó el ámbito de protección penal del presupuesto, esa cuantía se mantiene o cambia.

El artículo 136 del decreto 100 1980 tutelaba en forma absoluta la planificada ejecución del gasto público y en esa medida cualquier destinación de un rubro presupuestal a una finalidad distinta a aquella para la cual había sido previsto, estructuraba el tipo penal. El artículo 399 del Código Penal de 2000, que al igual que el anterior también consagra como conductas de esta modalidad de peculado, además de la dicha, el compromiso de sumas superiores a las fijadas en el presupuesto o su inversión o utilización en forma no prevista en éste, condicionó la ocurrencia del hecho punible a que la afectación del presupuesto se haga “en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores”.

El nuevo tipo penal no afecta para nada el principio de la legalidad del gasto. La administración en todos sus niveles, entonces, continúa sujeta a la prohibición constitucional de modificar el presupuesto. Pero por decisión del legislador la protección penal de la ordenada ejecución del gasto público quedó limitada sólo a las afectaciones presupuestales vistas, siendo del caso que la Sala realice algunas precisiones dadas las eventuales dificultades de interpretación que puede suscitar la norma.

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.

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 la Corporaciones de elección popular.

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

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

“La planeación, que constituye ineludible esfuerzo del Estado por estructurar una política económica razonada y armónica durante un cierto período -dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-015/96- es un presupuesto indispensable para el logro de los objetivos básicos del sistema constitucional.

“Ya desde su Preámbulo, la Carta Política señala que los fines del Estado habrán de alcanzarse dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, lo que supone la organización y racionalización de la actividad pública con miras a alcanzar los objetivos próximos y remotos de la sociedad que el ordenamiento jurídico estructura.

“El crecimiento de la economía y el aumento de los ingresos públicos, así como las variables que pueden incidir en su decaimiento progresivo o en crisis coyunturales, no son fenómenos que puedan tener lugar en un contexto carente de la debida orientación por parte del Estado, que como director general de la economía debe conocer con antelación las metas básicas de su gestión en los distintos renglones que la integran y hallarse adecuada y oportunamente informado, previo un preciso diagnóstico, acerca de los sectores que requieren de modo más apremiante la atención de necesidades impostergables y el impulso de las inversiones necesarias para su incorporación al desarrollo global, no menos que sobre las mejores posibilidades de financiación y sostenimiento de los proyectos que se emprendan.

(...)

“Políticas básicas de todo Gobierno, como la de empleo, la de industrialización, la de desarrollo agrícola, la de comercio exterior, la de endeudamiento y servicio de la deuda, la de cambios internacionales y la de conducción del sector financiero, entre otras, requieren de un punto de referencia claro, que otorgue certeza a los particulares sobre el rumbo de la economía y acerca de los objetivos sociales del Estado, y a los

mismos agentes oficiales respecto del sistema dentro del cual debe encajar su actividad.

“De la existencia de un Plan, por cuyo medio se tracen los derroteros de la acción estatal en el largo y el mediano plazo y las estrategias que deba seguir para alcanzar el progreso general de la economía, la redistribución del ingreso y la solución de los problemas sociales con arreglo a unas prioridades previamente definidas, depende en buena parte la realización práctica de los postulados que impone, dentro de la organización política contemporánea, el Estado Social de Derecho.

“Así, pues -finaliza la cita- la efectiva vigencia y aplicación de la Carta exige la elaboración de planes técnicamente estructurados que se plasmen en normas a cuya ejecución se comprometan durante el período respectivo las entidades públicas y que tracen en ese mismo lapso pautas e indicativos a los particulares, propiciando a la vez el cumplimiento de los deberes sociales de éstos, todo bajo la conducción del Estado, con arreglo a la ley”.

Dichas son las razones por las cuales la Constitución impone que exista un Plan Nacional de Desarrollo. Este, de acuerdo con el artículo 339 del Estatuto Superior, deberá estar conformado por una parte general y un plan de inversiones de la entidades públicas del orden nacional. En la primera -dice el mandato- “...se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno”. En cuanto al plan de inversiones, éste “...contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución”.

La Ley Orgánica del Plan de Desarrollo se refiere a dichos contenidos del Plan Nacional de Desarrollo. Su artículo 6º hace alusión al plan de inversiones y señala, entre otros puntos y

en el sentido de la Constitución, que deberá incluir:

“b) La descripción de los principales programas y subprogramas, con indicación de sus objetivos y metas nacionales, regionales y sectoriales y los proyectos prioritarios de inversión”.

Los Planes de Desarrollo territoriales, que igual impone el artículo 339 de la Constitución, deben estar conformados -de acuerdo con el artículo 31 de la ley orgánica del Plan (152/94)- “...por una parte estratégica y un plan de inversiones a mediano y corto plazo, en los términos y condiciones que de manera general reglamenten las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales o las autoridades administrativas que hicieren sus veces, siguiendo los criterios de formulación establecidos en la presente ley”.

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 Apropiações 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.

Quiere la Corte ilustrar la conclusión con un ejemplo. El Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones 1995 - 1998, adoptado mediante la ley 188 de 1995, señaló en el artículo 20:

“La descripción de los principales Programas y Subprogramas que el Gobierno Nacional espera ejecutar en la vigencia del Plan Nacional de Inversiones 1995 - 1998 es la siguiente:

1. SOCIAL.
- 1.1. Agua potable y saneamiento básico.
- 1.2. Cultura, recreación y deporte.
- 1.3. Juventud.
- 1.4. Educación.
- 1.5. Empleo.
- 1.6. Gasto social rural.
- 1.7. Salud.
- 1.8. Niñez.
- 1.9. Vivienda social urbana.

Cada programa está descrito en la norma y la decisión política de dicho Plan de Desarrollo, entonces, es que los mismos conformaran el componente correspondiente a inversión social. Así las cosas, las asignaciones presupuestales de cada ley anual de

presupuesto previstas en el capítulo de gastos de inversión y destinadas a la ejecución de dichos programas, corresponden a rubros de inversión social para efectos de la adecuación legal de la conducta de peculado a que viene haciendo referencia la Corte.

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.

6. Hechas las definiciones anteriores procede la Sala, en virtud del principio de favorabilidad, a establecer cuáles partidas de las que contraacreditó el Gobernador del Vaupés HERACLIO VEGA GOYENECHE a través del decreto 231 de 1993 y para lo que no contó con la debida autorización de la Asamblea Departamental, fueron en perjuicio de los sueldos y prestaciones sociales de los trabajadores o de la inversión social. Esta segunda opción la descarta de plano la Sala debido a que todos los recursos trasladados provinieron del capítulo gastos de funcionamiento de las distintas dependencias departamentales. Pero no la primera. La mayoría de los rubros afectados correspondieron a sueldos y prestaciones sociales de los servidores de la Gobernación.

De la Asamblea Departamental, salvo las partidas correspondientes a materiales y suministro, comunicaciones y transporte y gastos de viajes (suman \$928.525.00), las demás son prestaciones sociales (primas y bonificación por servicios) y

totalizan \$14.275.946.00.

De la Contraloría Departamental el valor contraacreditado fue \$1.735.377.00 del rubro servicios personales. Este, de acuerdo con el decreto 003 de enero de 1993, mediante el cual fue liquidado el presupuesto del Vaupés para la vigencia fiscal de 1993 (fl. 276 del c. original), se compone de sueldos del personal de nómina, prestaciones sociales y honorarios. Ante la indefinición de para qué tipo de servicio personal estaba destinada la partida, no puede colegirse necesariamente que fuera para el pago de salarios y prestaciones sociales de los servidores de la dependencia departamental, por lo que frente a esa suma no puede atribuirse el delito de peculado al procesado.

Del despacho del Gobernador se contraacreditaron \$1.975.117.00 y todos corresponden a salarios y prestaciones sociales. Y lo mismo sucede con las sumas trasladadas de la Secretaría de Gobierno, cuyo total es de \$5.323.622.00.

De la Secretaría de Hacienda se contraacreditaron \$28.439.834.00, de los cuales solamente los rubros de servicios personales (sueldo de personal, prima, horas extras e indemnización) y la transferencia CAPREVA pensiones, corresponden a salarios y prestaciones sociales. Suman \$1.033.836.00. La diferencia corresponde a distintas partidas de gastos generales, tales como materiales y suministros, mantenimiento, impresos, publicaciones, servicios públicos, etc., cuyo traslado presupuestal no autorizado por parte del Gobernador VEGA GOYENECHE, aunque violatorio de la prohibición constitucional de no efectuar erogación alguna que no haya sido previamente presupuestada, no constituye el delito de peculado por aplicación oficial diferente al no afectar los renglones del presupuesto a que se refiere el artículo 399 del Código Penal vigente.

Los \$2.557.188.00 trasladados de la secretaría de asuntos agropecuarios están formados de primas y bonificación por servicios, es decir corresponden a prestaciones

sociales. E igual sucede con los \$3.727.842.00 trasladados de la Secretaría de Obras Públicas. Y otro tanto, por último, con los \$1.668.007.00 trasladados de la Secretaría de Educación.

Quiere precisar la Sala en este punto que el delito de peculado por aplicación oficial diferente se comete así los traslados presupuestales no autorizados se hagan entre rubros correspondientes a salarios, prestaciones sociales o destinados a gastos de inversión social. Así por ejemplo, trasladar rubros de salarios de una dependencia de la entidad pública a otra sin la correspondiente intervención del órgano de representación popular, o una partida destinada a atender una cierta inversión social para ser utilizada en la atención de otra, estructura el tipo de peculado aludido. Simplemente porque tales conductas del ejecutor del gasto, a pesar de mantener los recursos públicos dentro de los renglones presupuestales a que se refiere el artículo 399 del Código Penal, atentan de todas maneras contra la ejecución ordenada del presupuesto al transgredirse la decisión política contenida en él y resultar afectados los rubros relacionados con salarios o prestaciones sociales de los servidores, o con inversión social.

En el caso examinado, en consecuencia, que el procesado haya contraacreditado rubros de prestaciones sociales de la Asamblea Departamental por un total de \$14.275.946.00 y abierto un crédito dentro de la misma unidad presupuestal por valor de \$13.139.900.00, destinados a honorarios de los Diputados, no disuelve el delito de peculado por aplicación oficial diferente respecto de ésta última suma. Y la misma lógica es aplicable frente a los créditos abiertos para prima de navidad y bonificación por servicios, de \$56.504.00 y 58.600.00, destinados a la Secretaría de Hacienda.

En conclusión, el ex Gobernador VEGA GOYENECHE incurrió en el delito de peculado que se le atribuyó en la acusación, aunque no por la cuantía total de la contraacreditación que sin autorización de la Asamblea le hizo al presupuesto a través del decreto 231 de 1993, sino por la suma de \$30.561.558.00.

7. El artículo 136 del Código Penal 1980 (antes de la modificación introducida por el artículo 19 de la ley 190 de 1995) que es la norma aplicable al caso en virtud del principio de favorabilidad en lo que a la tasación de la pena se refiere, fija prisión de 6 meses a 3 años. Entre dichos extremos punitivos procederá la Sala a establecer la imponible en el caso concreto, acudiendo para ello a los criterios previstos en el artículo 61 de la misma codificación, dado que es con arreglo al sistema para tasar la pena establecido en dicho estatuto que se hará la tarea en el presente caso. Simplemente porque el mismo le resulta más favorable al procesado que el de la ley 599 de 2000. El sólo hecho de que frente a la nueva legislación haya que partir de los cuartos medios (art. 61 C.P. de 2000, inciso 2º), en consideración a que se estructura una causal genérica de agravación punitiva en contra del acusado como se verá, demuestra la afirmación. Por tal razón habría que partir en la fijación de la pena de 13 meses y 16 días y a tal cantidad de sanción no se llega con el sistema del Código Penal de 1980.

La Corte estima, en concordancia con el artículo 61 del decreto 100 de 1980, que debe incrementarse el mínimo de pena de 6 meses de prisión, del cual se partirá para su determinación, en un mes más. Es verdad que no se trata de un hecho especialmente grave si se tiene en cuenta que recayó sobre menos del 3,2% del total de presupuesto de gastos (este ascendió a la suma de \$976.709.500.00). También que no se demostró en el proceso que la contraacreditación de los rubros haya traído como consecuencia algún daño concurrente concreto que trascienda hasta el punto de afectar derechos individuales de los servidores públicos del Departamento. Es cierto igualmente que no hay circunstancias particulares de las cuales pueda derivarse que el procesado actuó con mayor conciencia y voluntad en el atentado contra el bien jurídico de la administración pública, de aquella necesaria para su realización. Su personalidad, sin embargo, amerita el incremento punitivo. El juicio sobre la misma es adverso si se tiene en cuenta que por hechos anteriores a los del presente proceso la Sala lo condenó -el 19 de marzo pasado-a 50 meses de prisión en relación con conductas también

vinculadas al ejercicio de su cargo, lo cual es revelador de su claro desprecio por los valores instituidos, desde una posición que le exigía ser ejemplo para la comunidad que gobernaba.

Por razón de la concurrencia en su conducta de la circunstancia de agravación prevista en el artículo 66-11 del Código Penal de 1980 (art. 58-9 de la ley 599 de 2000), la Sala adicionará en 3 meses más la sanción a imponer. Se trataba del máximo representante del Gobierno en el Departamento del Vaupés, como tal era mayor la exigencia de un comportamiento ejemplar y por lo tanto más reprochable penalmente la actuación de hecho que se le imputa, que fue en contravía de la voluntad popular representada en la Asamblea del Departamento, que más que nadie estaba obligado a acatar.

Aparte de la pena de prisión, el artículo 136 del Código Penal de 1980 fija como pena principal la de multa entre 1.000 y 50.000 pesos. La Corte le impondrá al acusado una de \$15.000.00, que guarda proporcionalidad con la cantidad derivada de pena de prisión. Por el término de 1 año y 2 meses, adicionalmente, se le condenará a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Debe señalarse, por último, que al no encontrarse probado que se haya causado algún perjuicio económico con el delito, la Corte se abstendrá de condenar civilmente al ex Gobernador VEGA GOYENECHE.

8. No se le concederá la condena de ejecución condicional ni la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria. En la sentencia del 19 de marzo de 2002, a la que se hizo mención, la Sala lo condenó por los delitos de falsedad ideológica en documento público, cohecho propio y celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales, disponiendo el cumplimiento de la pena privativa de la libertad en prisión carcelaria. Esta situación deja clara la improcedencia de los sustitutos penales en el presente caso. Comportaría un contrasentido que habiéndole negado en esa decisión la prisión domiciliaria aquí se le otorgue, o que ante el juicio negativo sobre su personalidad -

conclusión a la cual se arribó en los dos fallos-se resultara afirmando lo contrario por el mismo Juez en el examen de la posibilidad de suspenderle condicionalmente la ejecución de la pena prisión.

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

Resuelve:

1º. CONDENAR al acusado HERACLIO VEGA GOYENECHE, identificado con la C. de C. #4.258.686 de Socha (Boyacá), a 10 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el término de un (1) año y dos (2) meses y multa de \$15.000.00, en calidad de autor responsable del delito de peculado por aplicación oficial diferente en cuantía de \$30.561.558.00.

En consideración a que los traslados presupuestales restantes que el procesado realizó a través del decreto 231 de 1993 y a los cuales hizo alusión la resolución de acusación dejaron de ser delictivos de conformidad con el artículo 399 de la ley 600 de 2000, se dispone en relación con ellos CESAR EL PROCEDIMIENTO a favor del doctor HERACLIO VEGA GOYENECHE.

2º. NO SE LE CONDENA al pago de daños y perjuicios, en concordancia con lo dicho en las motivaciones.

3. DECLARAR que el doctor VEGA GOYENECHE no tiene derecho a la condena de ejecución condicional ni a la pena sustitutiva de prisión domiciliaria. Una vez cumpla la sanción impuesta por la Corte en la sentencia del 19 de marzo de 2002, en consecuencia, DÉJESE a disposición del presente proceso.

4. Una vez en firme, REMITIR copia auténtica del fallo a las autoridades señaladas en

la ley.

Notifíquese y cúmplase.

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

Aclaración de voto

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL JORGE E. CORDOBA POVEDA

No hay firma

HERMAN GALAN CASTELLANOS CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

Impedido No hay firma

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO EDGAR LOMBANA TRUJILLO

No hay firma

CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria