

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

SP17044-2015

Aprobado Acta No.437

Rad.45888

Bogotá D.C., diciembre diez (10) de dos mil quince (2015).

VISTOS

Resuelve de fondo la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Oscar Norberto Barrera Hurtado, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca el 22 de enero de 2015, mediante la cual confirmó la dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Chocontá que lo condenó como autor del delito de prevaricato por acción y lo absolvió por otras conductas.

HECHOS

En la sentencia de segunda instancia se narraron de la siguiente forma:

Oscar Barrera Hurtado fue denunciado por haber expedido en su condición de alcalde de la localidad de Suesca- Cundinamarca, el Decreto Municipal N. 013 de 17 de marzo de 2009, por medio del cual decretó «El presupuesto general de rentas, recursos de capital y de gastos del municipio de Suesca para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de

diciembre de 2009», siendo esta una facultad atribuida al concejo municipal.

Es de anotar que el señalado burgomaestre previa y legalmente, había emitido el Decreto 083 del 9 de diciembre de 2008, ordenando la repetición del presupuesto de la vigencia de ese año, el cual regiría para la vigencia fiscal del 2009.

Con fundamento en el Decreto 013 del 17 de marzo de 2009, el Alcalde mencionado, suscribió los convenios 070 del 6 de septiembre de 2009 y el 0670 del 30 de septiembre del mismo año, afectando la ejecución presupuestal del ente municipal que representaba.

Posteriormente, el Decreto 013 de 2009 fue declarado nulo por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. El 8 de agosto de 2010 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Suesca-Cundinamarca, se adelantó audiencia de formulación de imputación en contra de Oscar Norberto Barrera Hurtado, Alcalde Municipal, y Eliana Marcela Rodríguez Jiménez, Secretaria de Hacienda, por los delitos de peculado por aplicación oficial diferente, prevaricato por acción, fraude a resolución judicial y falsedad ideológica en documento público. Dichos cargos fueron rechazados por los imputados.
2. El 17 de septiembre siguiente la Fiscalía presentó escrito de acusación en el que reiteró los cargos endilgados en la audiencia preliminar, pero adicionando las circunstancias de mayor punibilidad previstas en los numerales 1º y 9º del artículo 58 del Código Penal, así como el incremento punitivo indicado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.
3. Una vez formulada la acusación en audiencia de 18 de mayo de 2011 y agotadas las audiencias preparatoria y de juicio oral, el Juzgado Penal del Circuito de

Chocontá anunció el sentido del fallo y el 5 de junio emitió la sentencia en la que absolvió a Eliana Marcela Rodríguez de la totalidad de los delitos por los que fue acusada, como también a Oscar Norberto Barrera Hurtado, excepto por el punible de prevaricato por acción ya que lo condenó por tal comportamiento y le impuso la pena de 48 meses de prisión, multa de 66.66 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 80 meses.

La suspensión condicional de la ejecución de la pena le fue negada, pero se le concedió la prisión domiciliaria.

4. El fallo de primera instancia fue apelado por el delegado del Ministerio Público y la defensa, motivo por el que el asunto fue conocido por el Tribunal Superior de Cundinamarca que el 22 de enero de 2015 confirmó integralmente la sentencia de primer grado.

5. Contra la citada determinación el defensor del acusado interpuso y sustentó recurso extraordinario de casación, el cual fue admitido por la Corte en auto de 11 de mayo de 2015.

LA DEMANDA

Se presenta un cargo contra la sentencia de segunda instancia, así:

Al amparo de la causal segunda de casación prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, sostiene el defensor que se vulneró el debido proceso del acusado al haber sido condenado por hechos que nunca le fueron imputados, desconociéndose así el principio de congruencia.

Citando jurisprudencia de esta Sala, afirma el recurrente que la imputación fáctica efectuada desde la audiencia preliminar se convierte en «condicionante de la

acusación» y se torna inmodificable, como no ocurre con el marco jurídico.

Al referirse al caso concreto señala que el procesado profirió una serie de decretos relacionados con el presupuesto del municipio de Suesca mientras fue su alcalde, relacionándolos así:

a) Decreto N. 083 del 9 de diciembre de 2008 «Por medio del cual se expide el Presupuesto General de Rentas, Recursos de Capital y Gastos del municipio de Suesca por la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2009».

Sobre tal acto administrativo, indica el demandante que fue rechazado por el Concejo Municipal por haberse presentado de manera extemporánea, ya que el plazo vencía el 1º de noviembre de 2008 y no el día 10 de ese mes, que fue el momento en el que el burgomaestre lo sometió a consideración del Concejo del municipio de Suesca.

Dicha situación, agrega dio lugar a que se ejecutara el presupuesto del año anterior, el cual rigió entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2008.

b) Decretos números 001 del 1º de enero de 2009, 02 del 5 de enero de 2009, 03 del 15 de enero de 2009, mediante los cuales se adicionó el presupuesto de rentas y gastos de la vigencia fiscal de 2009.

c) Decreto N. 013 del 17 de marzo de 2009, «Por el cual se expide el presupuesto General de Rentas, Recursos de Capital y de Gastos del municipio de Suesca para la vigencia fiscal de 1º de enero al 31 de diciembre de 2009».

Sobre tales decretos, aclara el censor que el 1º de febrero de 2009, el procesado en su calidad de alcalde municipal presentó ante el Concejo de Suesca dos proyectos de acuerdo, a saber, el Plan de Desarrollo y el Presupuesto de Rentas y Gastos para la vigencia fiscal de 2009, pero ante el rechazo por parte del Concejo, el procesado emitió

los Decretos 012 y 013, actos administrativos que al ser demandados ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca fueron declarados nulos en sentencia del 3 de agosto de 2009, la cual fue notificada al alcalde y al Concejo Municipal el 14 de octubre siguiente.

d) Convenio interadministrativo 670 de septiembre 30 de 2009, celebrado con el fin de actualizar en catastro la información sobre las zonas urbana y rural del municipio y que se suscribió entre la CAR, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, la Secretaría de Planeación de Cundinamarca y el municipio de Suesca.

e) Convenio interadministrativo 070 del 6 de octubre de 2009, suscrito entre el Departamento de Cundinamarca y el municipio de Suesca con el objeto de revisar el esquema de ordenamiento territorial.

f) Decreto N. 060 de octubre 15 de 2009, «Por el cual se aclara el presupuesto general de rentas, recursos de capital y de gastos del municipio de Suesca para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2009».

El demandante precisa que los tres últimos actos administrativos relacionados en precedencia fueron realizados con posterioridad a que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretara la nulidad del Decreto 013 de marzo de 2009, lo cual dio lugar a que se le imputaran a Oscar Barrera Hurtado los delitos de prevaricato por acción, fraude a resolución judicial, falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación oficial diferente.

Alude a los hechos en los que se fundó la formulación de imputación contra Oscar Norberto Barrera Hurtado para indicar que los delitos de prevaricato por acción, fraude a resolución judicial, falsedad en documento público y peculado por apropiación se sustentaron en que aun después de que el Decreto 013 de 2009 se declaró nulo, se suscribieron varios convenios interadministrativos. También por haber adoptado el

presupuesto de rentas y gastos para la vigencia fiscal de 2009 por medio del Decreto 060 de 15 de octubre de ese año.

En criterio del censor, en manera alguna le fue endilgado a su representado la expedición del Decreto 013 de 2009 como soporte fáctico del delito de prevaricato por acción, puesto que los hechos que en realidad se le atribuyeron se limitan a la celebración de contratos interadministrativos con posterioridad a la declaratoria de nulidad del Decreto 013.

Indica que ese no fue el entendimiento consignado en la sentencia de segunda instancia, en tanto el Tribunal concluyó que la Fiscalía sí había imputado al procesado la ilegalidad del Decreto 013 de 2009, tipificándolo en el punible de prevaricato por acción, cuando lo cierto es que el acusador de ninguna forma atribuyó ese hecho.

Señala que expedir el citado Decreto es una situación claramente diferenciable del hecho de haber celebrado convenios interadministrativos y haber dictado el Decreto 060 de 2009, siendo estos dos últimos acontecimientos por los que se vinculó y acusó a Oscar Barrera Hurtado.

El impugnante solicita que se case la sentencia para que, en su lugar, se absuelva al acusado del punible de prevaricato por el que fue condenado en las instancias.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

1. Defensa

Señala que su cliente en calidad de alcalde del municipio de Suesca (Cundinamarca) dictó el Decreto N. 013 de 2009 que fijó el presupuesto de gastos y rentas, el cual fue

demandando ante la jurisdicción contencioso administrativa, siendo declarado ilegal por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Añade que en este proceso penal se le imputa a su cliente que con posterioridad a la decisión del citado Tribunal, aquel celebró convenios interadministrativo con base en el Decreto 013 y además que en el mes de octubre emitió un nuevo acto administrativo fijando el presupuesto de gastos del municipio.

Sostiene el censor que la imputación hecha en la audiencia preliminar condiciona fácticamente la acusación y a su vez ésta a la sentencia. En el escrito de acusación, destaca, se cambiaron los cargos al acusado porque el prevaricato se hizo consistir en el hecho de haber dictado el Decreto 013 y no el 060, como inicialmente se le había atribuido, y la condena por este delito fue por emitir el citado Decreto 013, evento que le fue endilgado solo hasta la acusación.

Ante tal variación, precisa el demandante, la defensa solicitó aclaración en la audiencia de formulación de acusación, pero el juez dijo que eso sería objeto de debate en la sentencia, no obstante reconocer que la ilegalidad de ese Decreto no se le imputó, pero avaló tal situación aludiendo que lo que hizo la Fiscalía fue ampliar la imputación, manteniendo el núcleo básico de los hechos, cuando lo cierto es que, sostiene el libelista, son dos hechos absolutamente diferenciables.

Solicita que se case la sentencia y que se absuelva al procesado.

1. fiscalía general de la nación

El delegado del ente acusador apoyado en la sentencia de esta corporación con radicado 43211 de 29 de abril de 2015, señala que la jurisprudencia de la Sala ha venido

reiterando la relación de coherencia fáctica que debe existir entre la imputación y la acusación y que en caso de que surjan hechos que no fueron parte de la imputación atribuida en la audiencia preliminar, se hace necesario realizar otra diligencia del mismo tipo.

Añade que la atribución clara y precisa de los hechos incide en el derecho de defensa, puesto que de ello depende que el procesado opte de manera libre y voluntaria por allanarse a los cargos a cambio de una sustancial reducción de la pena

Al referirse al caso concreto expone que la Fiscalía adicionó los hechos en la acusación, lo cual comporta una trasgresión al principio de congruencia dado que no se trató de una simple aclaración del núcleo fáctico del delito de prevaricato por acción, sino de la atribución de un nuevo suceso autónomo que no hizo parte de la formulación de imputación, pues en aquella ocasión simplemente fue mencionado como un antecedente que precedió a la expedición de cinco actos administrativos posteriores que se adoptaron pese a la declaratoria de nulidad del Decreto 013 de 2009, decidida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Para el Fiscal delegado la modificación incluida en la acusación no consistió en la adición o aclaración de simples circunstancias de tiempo, modo y lugar, sino realmente en la incorporación de un nuevo hecho jurídico-penalmente relevante, cometido con anterioridad, bajo características disímiles a las de los sucesos que desde el principio fundaron la imputación por el delito de prevaricato.

Afirma que la Fiscalía en la audiencia de acusación incluyó un comportamiento naturalísticamente diferente que alteró el núcleo esencial de la formulación de cargos, puesto que el mismo comporta otro delito autónomo de prevaricato, pese a que la expedición del Decreto 013 tenga relación directa con los hechos imputados, al haber sido la declaratoria de nulidad de dicho acto administrativo el punto de partida para reprocharle

la suscripción de varios convenios interadministrativos.

Precisa que se trata de dos recriminaciones diferentes, pues una cosa es censurar la emisión de cinco actos administrativos por haberse producido sin que se contara con el soporte normativo que los respaldara y, otra distinta, imputar la ilegalidad del Decreto del que se valió el procesado para celebrar los referidos convenios. En esa medida, agrega, no puede aceptarse que la simple mención que hizo la Fiscalía en la formulación de imputación acerca de la declaratoria de nulidad del Decreto 013, pueda ser tenida como la acción jurídicamente relevante que le permita al acusador una nueva y autónoma censura por la vía del prevaricato por acción.

Resalta que el acusador al formular imputación no hizo sugerencia alguna de que el mentado decreto fuera ilegal, dejando de exponer las razones por las cuales contrariaba de manera manifiesta el orden jurídico, para ser considerado como un acto producto de un prevaricato.

Solicita que la sentencia sea casada parcialmente y, por tanto se declare la nulidad a partir de la formulación de imputación.

1. Delegado del Ministerio Público

Acepta que el soporte fáctico de la acusación se torna inamovible, empero ello no implica que deba haber una perfecta consonancia entre los hechos fijados por la Fiscalía con lo derivado en la sentencia, pues ello resultaría absurdo dada la dinámica del proceso penal que implica ir construyendo una verdad histórica que culmina con las conclusiones del fallo.

Al abordar la situación particular, afirma el procurador delegado que la Fiscalía sostuvo

en varios escenarios que la actuación irregular del procesado se originó en la expedición del Decreto 013 del 17 de marzo de 2009, del cual se valió para suscribir una serie de convenios interadministrativos, sin que en la sentencia se incluyeran situaciones novedosas, pues tal y como lo decidió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el procesado actuó en contravía de la Constitución y la ley al emitir el decreto en cita.

Concluye que el reparo propuesto comporta en realidad el desacuerdo del demandante con las consideraciones del sentenciador de segundo grado, sin que se demuestre la trasgresión del principio de congruencia, motivo por el que solicita no casar el fallo demandando.

1. Defensor de la procesada Eliana Marcela Rodríguez

Manifiesta su conformidad con lo expuesto por la defensa y la Fiscalía, puesto que considera, se hizo una modificación a la imputación fáctica, dado que el reproche se fundó en la celebración de varios convenios interadministrativos con posterioridad al conocimiento del fallo de nulidad respecto del Decreto 013 de 2009.

Precisa que la citada decisión fue notificada el 14 de octubre y a partir de allí la defensa empezó a establecer su estrategia, en orden a verificar los elementos del dolo; sin embargo, en la acusación la Fiscalía incluyó la presunta ilegalidad del Decreto 013 de 2009, el cual se había proferido siete meses antes del fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Sostiene que la acusación no puede incluir hechos nuevos como sucedió en este caso, dado que la expedición del Decreto 013 como un acto prevaricador, no fue incluido en la imputación por lo que la sentencia debe casarse al ser evidente el desconocimiento del principio de congruencia como parte de la garantía del debido proceso.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cargo único: Vulneración al principio de congruencia

El principio de congruencia se refiere a la identidad fáctica, jurídica y personal que debe existir entre la acusación y la sentencia, de modo que de quebrarse dicha relación se configura una trasgresión al debido proceso con incidencia en el derecho de defensa que en algunos casos solo es subsanable por vía de nulidad.

Así lo ha definido la Corporación:

“... la Sala ha reiterado que la congruencia como garantía y postulado estructural del proceso, implica que la sentencia debe guardar armonía con la resolución de acusación o el acta de formulación de cargos, en los aspectos personal, fáctico y jurídico. En el primero, debe haber identidad entre los sujetos acusados y los indicados en el fallo; en el segundo, identidad entre los hechos y circunstancias plasmadas en la acusación y los fundamentos de la sentencia; y, en el tercero, correspondencia entre la calificación jurídica dada a los hechos en la acusación y la consignada en el fallo... La congruencia personal y fáctica es absoluta y la jurídica es relativa porque el juez puede condenar por una conducta punible diferente a la imputada en el pliego de cargos, siempre y cuando no agrave la situación del procesado con una pena mayor”.¹

Se dice que hay identidad fáctica cuando los hechos de la acusación que soportan la tipicidad del delito describen con claridad y precisión las circunstancias tanto objetivas como subjetivas de modo, tiempo y lugar, las cuales son reproducidas en el fallo, e identidad jurídica cuando el delito por el cual se acusa es el mismo por el que se condena.

En CSJ SP, 25 may. 2011, rad. 32792, la Corte se encargó de reiterar los elementos necesarios para reputar la congruencia entre la acusación y la sentencia,

así:

“ Se observa que para que exista congruencia entre el acto de acusación o su similar, según sea el caso, deben concurrir tres elementos entre dicho acto y la sentencia emitida por el juez correspondiente, los cuales se determinan de la siguiente forma:

* Identidad de sujetos, también conocido como congruencia personal; esto es, que la misma o mismas personas que son objeto de acusación, sean a las que se refiere la sentencia.

* Identidad entre los hechos de la acusación y el fallo, también denominado congruencia fáctica; lo que se traduce en que por los mismos hechos por los cuales se efectuó el acto de acusación, sea emitido el fallo.

* Correspondencia de la calificación jurídica; es decir, la equivalencia entre el tipo penal por el cual se acusa y por el cual se condena, salvo que opere en su modalidad relativa, esto es, cuando dicha calificación jurídica varía, siempre que no se agrave la situación del procesado”.

En CSJ SP, 10 dic. 2014, rad. 39993, en un caso regulado por la Ley 906 de 2004, se recordó que la jurisprudencia de la Sala ha fijado que el aludido postulado puede ser infringido por vía de acción o de omisión, esto es, cuando el funcionario judicial condena por: (i) hechos no incluidos en la imputación y acusación o por conductas punibles diversas a las atribuidas en el acto de acusación; (ii) un delito jamás mencionado

fáticamente en la imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación, (iii) el injusto por el que se acusó, pero adicionado en una o varias circunstancias específicas o genéricas de mayor punibilidad, y (iv) el reato imputado en la acusación pero al que le suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la audiencia de formulación de acusación (Ver, entre otras, CSJ SP, 15 may. 2008, rad. 25913 y CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685).(Negrilla y subraya fuera del texto original)

Para el presente caso la discusión se centra en el sustento fáctico en el que se fundó la condena por el delito de prevaricato por acción, cuya materialidad el Tribunal dio por demostrada con base en la siguiente argumentación:

La valoración conjunta de las pruebas practicadas en el juicio oral, así como de las estipulaciones, demuestra con certeza que Oscar Barrera Hurtado, profirió el Decreto 013 del 17 de marzo de 2009, el cual es manifiestamente contrario a la ley, razón por la cual la autoridad administrativa lo anuló, sin que su conducta pueda considerarse inocua, ya que incidió en el presupuesto general de rentas, recursos de capital y de gastos del municipio de Suesca, lo que conllevó a celebrar contratos, con base en ese inconstitucional decreto, quebrantando el principio de confianza de los coasociados y usurpando funciones correspondientes al concejo municipal.

Por su parte, el juez de primera instancia al concluir que se daban los elementos para proferir condena por el delito de prevaricato, mas no respecto de los punibles de fraude a resolución judicial, falsedad ideológica en documento público y peculado por aplicación oficial diferente, conductas de las que absolvió a los procesados de tales conductas dedujo como hecho fundante del delito de prevaricato por acción, el siguiente:

En ese orden de ideas y para que se estructure el tipo penal como tal, se requiere: 1). Demostrar la calidad de servidor público; 2). Que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley.

(...)

En cuanto al segundo de los requisitos, en este caso el verbo determinador es proferir, por lo que la conducta se concreta en el acto de declaración, emisión o producción del objeto material del delito y que dicho actuar sea contrario a la ley.

Dicho comportamiento se encuadró en el proferimiento del Decreto 013 de fecha 17 de marzo de 2009, al expedir el presupuesto general de rentas, recursos de capital y de gastos del municipio de Suesca, para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2009.

(...)

Luego entonces, con el Decreto N.031 de marzo de 2009, el señor alcalde del municipio de Suesca, doctor Oscar Barrera Hurtado, expidió un nuevo presupuesto de rentas y gastos, porque la facultad que otorga la ley en los casos en que el presupuesto presentado por el Alcalde no sea aprobado por el Concejo Municipal, consiste en expedir un Decreto de repetición del presupuesto para lo cual se tiene en cuenta el aprobado para el año anterior y esto ya lo había hecho mediante Decreto 083 del 9 de diciembre de 2008.

(...)

Y es que el Decreto 013 del 17 de marzo de 2009, precisamente no corresponde a una repetición del presupuesto del año 2008 (...)

En la acusación, el soporte fáctico para llamar a juicio al procesado por el delito de prevaricato por acción entre otros comportamientos fue el siguiente:

Oscar barrera Hurtado, (alcalde de Suesca-Cundinamarca) y su entonces Secretaria de Hacienda, Eliana Marcela Rodríguez Jiménez, incurrieron en conductas punibles

atentatorias contra la Administración Pública con motivo de la expedición del Decreto Municipal N. 013 de 17 de marzo de 2009, con el cual el Alcalde de ese municipio, expidió, «El presupuesto General de Rentas, Recursos de Capital y de Gastos del Municipio de Suesca, para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2009» y con fundamento en ese Decreto que fue declarado ilegal por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia dictada el 20 de agosto de 2009, con ejecutoria del 3 de septiembre del mismo año, el señor Barrera Hurtado suscribió, entre otros, los convenios interadministrativos N. 0670 del 30 de septiembre y 070 del 6 de octubre de 2009 con los cuales comprometió ilegalmente la ejecución presupuestal del municipio, invocando falsamente que estaba facultado para firmar esos convenios por el Decreto 013 de 17 de marzo de 2009, a sabiendas de la ilegalidad decretada por el Tribunal de Cundinamarca sobre ese acto administrativo con el cual el Alcalde se autofacultó de atribuciones legales que no le correspondían para dictar el presupuesto de rentas y gastos municipales, por haber desconocido la competencia legal del Concejo Municipal de Suesca, a quien le competía debatir el proyecto de presupuesto que presentó extemporáneamente para debate el Alcalde municipal, violando con esos comportamientos lo estipulado en los artículos 313 y 315 de la Constitución Nacional y Decreto N. 111 de 1996, artículos 104 y 109 relacionados con el trámite legal de la presentación, discusión, aprobación y vigencia de los presupuestos de rentas, recursos y gastos de los entes territoriales

Y en la formulación de imputación, estos fueron los hechos endilgados:

Los hechos son conocidos por la fiscalía a partir de la denuncia presentada por Jaime Antonio Mendivelso, quien en su calidad de denunciante allegó escrito a la Fiscalía General de la Nación el 5 de febrero de 2010, en donde sostiene que el alcalde del municipio de Suesca-Cundinamarca Oscar Orlando Barrera Hurtado y su tesorera Eliana Marcela Rodríguez incurrieron en los delitos de falsedad en documento, fraude a resolución judicial y prevaricato por acción por haber expedido actos administrativos con

fundamento en el Decreto 013 de 17 de marzo de 2009 mediante el cual el alcalde había aprobado el presupuesto del municipio, siendo que ese Decreto había sido declarado nulo por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, cuya ejecutoria se presentó desde el 3 de septiembre de 2009 (sic).

El alcalde y su tesorera, una vez dictado el fallo del Tribunal Contencioso de Cundinamarca procedieron a suscribir varios convenios inter-administrativos como el 0670 del 30 de septiembre, 070, 038 y el 082 con fundamento en el Decreto 013 de 2009, por el cual el alcalde de Suesca había aprobado el presupuesto del municipio para la vigencia del año 2009. La fiscalía infiere de manera razonada que los imputados estarían incurso en los delitos de prevaricato por acción al haber expedido actos administrativos manifiestamente contrarios a la ley por cuanto sobre ese Decreto 013 existía un fallo judicial que lo decretaba nulo y el alcalde en vez de proceder conforme a la ley, presentando nuevamente al concejo municipal las modificaciones que considerara convenientes para que entrara en vigencia un nuevo presupuesto, adoptó por Decreto N. 060 de 2009 el presupuesto general de rentas del municipio de Suesca para la vigencia fiscal del año 2009, esto es, que con ostensible violación de las normas que regulan la formación, preparación, la expedición y vigencia del presupuesto municipal, el alcalde adoptó por Decreto el presupuesto al día siguiente de haberse expedido el fallo del Tribunal Contencioso, proceso administrativo en el cual el municipio de Suesca fue parte y por tanto el alcalde tuvo conocimiento que el presupuesto que había adoptado por Decreto había sido objeto de observaciones por parte de la oficina jurídica de la Gobernación de Cundinamarca, a donde deben ir por ley, todos los decretos y decisiones administrativas que en materia presupuestal y de gastos adopte el alcalde y en razón a esa facultad de revisión legal que debe hacer la gobernación, fue de donde surgieron las observaciones por la ilegalidad del presupuesto que venía ejecutando el alcalde de Suesca, motivo por el que la propia gobernación demandó el Decreto 013 de 2009 con el resultado de haber sido notificado el procesado de la admisión de la demanda y de las actuaciones

procesales, interviniendo, solicitando pruebas en donde el alcalde de Suesca se constituyó en parte y luego de culminada la etapa probatoria el 20 de agosto de 2009 se emitió sentencia mediante la cual, en su parte resolutive, se declaró la nulidad del Decreto 013 de 2009, ordenando notificar el fallo al alcalde municipal de Suesca y que cobró ejecutoria el 3 de septiembre de 2009 y sin embargo, conociendo el alcalde esa decisión, el 30 de septiembre de 2009 expide el convenio inter-administrativo de actualización catastral de las zonas rurales del municipio de Suesca, otro de 6 de octubre de 2009, cuyo objeto fue el de contratar el esquema de ordenamiento territorial del municipio y el 15 de octubre de 2009, en vez de presentarle al Consejo Municipal un proyecto de acuerdo que incluyera las modificaciones, ajustando el presupuesto a esa nueva realidad, expide el Decreto 060 de 2009, acogiendo un nuevo presupuesto general en lugar de decir que lo expedía como consecuencia de la declaratoria de nulidad del Decreto 013, emite lo que se llama un Decreto de repetición de presupuesto que es lo que de acuerdo al ordenamiento jurídico es lo que procede para que entre en vigencia el presupuesto del año anterior, pasando por alto el deber de acudir al Concejo Municipal.

Por estas razones es que la fiscalía les imputa a los procesados el delito de peculado por destinación oficial diferente (art. 399 del Código Penal) en razón a que destinaron recursos del presupuesto con fundamento en un Decreto que había sido declarado ilegal por el Tribunal Contencioso Administrativo.

El delito de prevaricato por acción lo soporta la fiscalía en la ostensible contrariedad que tuvieron el Alcalde del municipio de Suesca y su secretaria de hacienda (sic) al haber expedido actos administrativos con fuerza de ley, en el caso del alcalde, los convenios inter-administrativos celebrados con posterioridad a la declaratoria de ilegalidad del presupuesto, y en el caso de Eliana Marcela, por haber expedido los certificados de disponibilidad presupuestal con fundamento también en ese Decreto 013 de 2009 que eran requisitos indispensables para la contratación.

Por la expedición de esos actos administrativos ostensiblemente contrarios a la ley, representada en las normas que regulan la elaboración, presentación y aprobación de los presupuestos municipales es que la Fiscalía les imputa a los indiciados el delito de prevaricato por acción contemplado en el artículo 413 del Código Penal.

La Sala ha señalado de tiempo atrás (CSJ SP, 8 jul, 2009, rad. 31280) que el marco fáctico que da lugar al proceso penal se torna inmodificable desde la formulación de imputación, debiendo existir coherencia entre el núcleo fáctico de la imputación, la acusación y la sentencia, de donde no pueden reprocharse en el fallo hechos que no consten en la imputación. Al respecto en la mencionada decisión se expuso:

Además, resultaría imposible exigirle a la Fiscalía que para el momento de la formulación de imputación tuviera y aportara toda la información otorgándole así a tal acto un carácter inmodificable y vinculante para el diligenciamiento; sin embargo, aquella se constituye en condicionante fáctico de la acusación, o del allanamiento o del preacuerdo, sin que los hechos puedan ser modificados, mediando así una correspondencia sólo desde la arista factual lo cual implica respetar el núcleo de los hechos, sin que ello signifique la existencia de un nexo necesario o condicionante de índole jurídica entre tales actos.

“En este orden, además del principio de congruencia que se materializa desde el acto de acusación al definir los aspectos material, jurídico y personal del objeto del proceso los cuales se reflejarán en la sentencia, se debe también abogar por un principio de coherencia a lo largo del diligenciamiento a fin de que entre los actos de formulación de imputación y acusación; entre el allanamiento a cargos o preacuerdos y alguna de aquellas audiencias; entre la formulación de la acusación y los alegatos de conclusión; así como entre el anuncio del sentido de fallo y la sentencia propiamente dicha se preserve siempre el núcleo básico fáctico de la imputación. (Resaltado fuera del texto original)

“Lo anterior se impone para garantizar desde un inicio el derecho de defensa, pues al fin y al cabo el conocimiento de los hechos atribuidos y sus correspondientes consecuencias jurídicas permitirá que a partir de esa comprensión, el procesado de manera libre, consciente y voluntaria, una vez ha sido debidamente informado de las consecuencias, opte por aceptar los cargos con miras a lograr una sustancial rebaja de la pena (hasta del cincuenta por ciento) o continuar el trámite ordinario para discutir en el juicio los hechos o su responsabilidad, allegando pruebas en su favor o contravirtiendo las que se aducen en su contra”.

La atribución de un suceso jurídicamente relevante debe ser clara, precisa e inequívoca, desde el mismo momento de la formulación de imputación, sin que puedan presumirse imputados hechos o circunstancias porque son obvias o sobrentendidas para luego reprocharlas en el fallo, en perjuicio del debido proceso y el derecho de defensa.

Para el presente caso de la lectura de la sentencia, la acusación y luego de verificado lo acontecido en la audiencia de formulación de imputación, con claridad se advierte que la contrariedad con la ley del Decreto 013 de 2009, como sustento del delito de prevaricato por acción, solo vino a endilgarse en la audiencia de formulación de acusación a través de lo que la Fiscalía denominó una adición, cuando en realidad se trataba de un hecho autónomo que podía haber sido objeto de reproche desde el inicio de la actuación con independencia de las demás acciones que el Fiscal calificó como pevaricadoras.

Véase como en la audiencia de formulación de imputación se le informó al procesado que había incurrido en el punible de prevaricato por acción por haber suscrito unos convenios interadministrativos con base en el Decreto 013 de 2009, comprometiendo los recursos del municipio, a sabiendas de que ese acto administrativo había sido declarado nulo por la jurisdicción contencioso administrativa, decisión a partir de la cual, en criterio del Fiscal, el acusado en su condición de alcalde de la localidad estaba en el deber

de presentar un nuevo presupuesto al Concejo Municipal, sin embargo, optó por expedir el presupuesto en forma unilateral a través del Decreto 060 de 2009.

En manera alguna el reproche se refirió a las circunstancias que dieron lugar a la expedición del Decreto 013 de marzo de 2009, ni tampoco la Fiscalía se encargó de reprocharlas como acciones indebidas contrarias a derecho, ejecutadas con la intención de trasgredir el ordenamiento jurídico, y de la mención que necesariamente había que hacer sobre la anulación del mentado acto administrativo, no puede sobreentenderse, como lo concluyeron los jueces de instancia, que también se estaba atribuyendo el punible de prevaricato por acción en razón de ese decreto.

Es decir, al avalarse en la sentencia la «adición» a la acusación en su aspecto fáctico, se rompió la coherencia que debe mantenerse entre los hechos endilgados en la audiencia preliminar de formulación de imputación, la acusación y la sentencia, puesto que en últimas el único suceso por el que el acusado fue responsabilizado lo constituyó justamente un acontecimiento que la Fiscalía no le atribuyó en la oportunidad legal correspondiente (audiencia de imputación) momento oportuno y que luego bajo un hábil argumento, incluyó en la acusación.

En reciente decisión, CSJ AP, 9 sep. 2015, rad. 42754, la Corte reiteró la inmutabilidad del aspecto fáctico y cómo la misma se extiende al acto de imputación:

Es preciso recordar en este punto, que de manera pacífica la Corte ha sostenido la necesaria correspondencia fáctica que debe existir entre la imputación y la acusación, no siendo posible la modificación del contenido ontológico de la primera, por cuanto es el objeto del proceso, concordancia que no se precisa en lo jurídico, en tanto la calificación de los hechos puede ser variada en la medida en que no comporte alteración de los hechos imputados.

«Múltiples han sido los pronunciamientos de la Sala en los que al analizar la vigencia del

principio de congruencia entre la imputación de cargos y la acusación, ha sostenido que la imputación se erige en una condicionante fáctica de la acusación, y por ende, que entre estos dos actos debe existir una adecuada relación de correspondencia en este concreto aspecto, exigencia que no se extiende al aspecto jurídico, que solo es exigible entre la acusación y la sentencia (CSJ, SP, 28 de noviembre de 2007, radicado 27518; CSJ, SP, 30 de octubre de 2008, radicado 29872; CSJ, AP, 5 de septiembre de 2012, radicado 39799; CSJ, AP, 3 de julio de 2013, radicado 36467; entre otras).²

»

No hay duda que en la acusación se incluyó un nuevo hecho, el cual entró a formar parte del soporte fáctico que dio lugar a la sentencia condenatoria proferida contra Oscar Barrera Hurtado por el punible de prevaricato por acción, al considerar erróneamente los falladores de instancia que como se imputó al procesado haber celebrado unos contratos a sabiendas de que el decreto presupuestal que autorizaba tales erogaciones había sido anulado por la autoridad jurisdiccional, era obvio que también el reproche se extendía a todas las circunstancias que rodearon la expedición del mencionado acto administrativo (Decreto 013 de 2009), cuya ilegalidad resultaba evidente ante la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de anularlo por ser manifiestamente ilegal, cuando lo cierto es que ambos son sucesos que a pesar de relacionarse, comportan conductas separadas, claramente diferenciables que podrían encuadrar típicamente en punibles que aunque de la misma naturaleza, son autónomos y, por tanto, debieron ser enrostrados de manera expresamente e independiente en la imputación.

En ese orden de ideas, concluye la Sala que se vulneró el debido proceso del acusado, motivo por el cual el cargo propuesto en la demanda prospera con la consecuente casación del fallo del Tribunal Superior de Cundinamarca.

Así las cosas, se decretará la nulidad parcial del fallo de segunda instancia, en orden

a que el proceso se retrotraiga a la audiencia de formulación de acusación, inclusive, con el fin de que la Fiscalía General de la Nación la ajuste a los hechos que fueron objeto de imputación en la audiencia preliminar en relación únicamente con el punible de prevaricato por acción y, en ese orden, el juez de conocimiento se pronuncie sobre los mismos en la sentencia y de tal forma restablecer la congruencia que debe existir entre la imputación, la acusación y el fallo, quedando incólume la sentencia en lo relativo a la absolución por las conductas de fraude a resolución judicial, falsedad ideológica en documento público y peculado por aplicación oficial diferente.

Lo anterior habida cuenta que en la sentencia se hizo un pronunciamiento sobre un suceso que no fue materia de imputación en la audiencia preliminar y que sustentó la condena por el delito de prevaricato por acción, guardándose silencio en torno al hecho que en un principio la Fiscalía adujo como fundamento de dicho comportamiento. Ello ante la indebida modificación que hizo la Fiscalía del núcleo fáctico en la audiencia de acusación, quedando en el limbo la atribución de tal punible en los términos fijados en la audiencia de formulación de imputación.

Y sobre el hecho consistente en la expedición del Decreto 013 de 2009, adecuado por el acusador como el punible de prevaricato por acción, la Fiscalía General de la Nación, en su condición de titular de la acción penal, queda en libertad de adoptar el proceder que considere pertinente.

De otra parte, teniendo en cuenta que la condena proferida contra Oscar Barrera Hurtado fue por un hecho que no se le imputó en la audiencia preliminar, en tanto que frente a la conducta por la que se inició el proceso en su contra no se le dedujo responsabilidad alguna, lo cual ha dado lugar a la invalidación parcial de la sentencia, siendo aquel suceso el soporte para que se dispusiera en el fallo la privación de su libertad bajo la medida de prisión domiciliaria, se aclara que contra el acusado no existe ninguna medida que restrinja su libertad.

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

RESUELVE

1. CASAR PARCIALMENTE la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Cundinamarca el 22 de enero de 2015 en contra de Oscar Norberto Barrera Hurtado. En consecuencia, declarar la nulidad parcial de la actuación desde la formulación de acusación, inclusive, con el fin de que la Fiscalía General de la Nación, la ajuste a los hechos que fueron objeto de imputación en la audiencia preliminar en relación únicamente con el punible de prevaricato por acción.

1. En lo demás, el fallo impugnado se mantiene incólume.

1. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

1. Notifíquese y cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Presidente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 CSJ SP 23 feb.2010, Radicado No. 32.805; AP 30 jun 2004, Radicado No. 20.965; AP 20 feb de 2008, Radicado No. 28.954; SP 4 abr.2001, Radicado No. 10.868.

2 “CSJ AP4962-2014, 27 ago. 2014, Rad. 37990. En el mismo sentido, CSJ SP, 28 nov. 2007, Rad. 27518”.