

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

SP4266 – 2021

Casación No. 58515

Acta No. 249

Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

La Sala se pronuncia sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de NÉSTOR SAMUEL GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ en contra de la sentencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 6 de noviembre de 2019, modificatoria del fallo proferido el 25 de junio del mismo año por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá, que lo declaró coautor responsable de los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

NÉSTOR SAMUEL GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, en condición de secretario financiero y presidente del comité técnico financiero de la Gobernación del Meta entre marzo de 2006 y diciembre de 2007, autorizó el giro de dineros provenientes de excedentes de regalías a patrimonios autónomos constituidos, entre otros, por la sociedad Chacón Bernal y el Consorcio Proyectar, firmas que a su vez habían suscrito contratos de fiducia con Fiduciaria para su manejo.

Esta disposición de recursos se hizo en contravía del mandato legal previsto en el artículo 17 de la Ley 819 de 2003, que regula la inversión de regalías, excedentes de liquidez y del sistema general de participaciones en títulos de deuda pública interna, en títulos con alta

calificación de riesgo crediticio o que sean depositados en entidades financieras calificadas como de bajo riesgo.

Se le entregaron a la sociedad Chacón Bernal \$7.000.000.000 y al Consorcio Proyectar \$30.000.000.000, con miras a recibir rendimientos del 10.5% efectivo anual. A cambio, la Gobernación del Meta recibió unos bonos a título de cesión de derechos de beneficio, sin ninguna garantía, que serían readquiridos por dichas firmas en determinados plazos junto con el pago de intereses.

No obstante, la sociedad Chacón Bernal solo reintegró \$1.000.000.000 y el Consorcio Proyectar \$13.275.000.000, consignando por concepto de rendimientos \$740.000.000 y \$546.666.666, respectivamente.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. El 13 de marzo de 2009, la Unidad Nacional de Delitos contra la Administración Pública de la Fiscalía General de la Nación decretó la apertura de instrucción y vinculó a la actuación mediante indagatoria, entre otros, a NÉSTOR SAMUEL GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, César Augusto Torres Suescún y Pedro Alejandro Martín Gómez, endilgándole los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales (artículos 397 y 410 del Código Penal).

2. El 17 de diciembre de 2009 se resolvió su situación jurídica de GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, con medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario. Esta decisión fue impugnada por su defensor y ratificada en segunda instancia, el 26 de marzo de 2010.

3. Decretado el cierre parcial de la investigación, la Fiscalía 17 de la Unidad Nacional Anticorrupción calificó el mérito del sumario el 2 de septiembre de 2013 con resolución de acusación en contra de los sindicados en cita, como coautores de las anotadas ilicitudes

cometidas en concurso homogéneo y heterogéneo.

Apelada esta determinación por sus defensores y el Ministerio Público, la Fiscalía 56 Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la revocó parcialmente el 21 de marzo de 2014, en el sentido de precluir la investigación a favor de Torres Suescún y Martín Gómez, confirmando la acusación en contra de GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ.

4. La fase del juicio correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Descongestión de Villavicencio (Meta), que surtió el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000 el 19 de agosto de 2014.

Durante ese término, la defensa de GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ señaló que el peculado por apropiación endilgado habría tenido lugar en Bogotá en el año 2007, fecha para la cual ya había entrado a regir la Ley 906 de 2004, e invocó otros motivos que, en su criterio, daban lugar a decretar la nulidad de lo actuado.

5. Dicho estrado judicial instaló la audiencia preparatoria el 18 de marzo de 2015, en la que decidió desfavorablemente la solicitud de invalidación. Contra esta decisión, la defensa interpuso recursos.

Negada la reposición y enviada la actuación al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio para resolver la apelación, dicha Corporación, con auto del 21 de agosto de 2015, se abstuvo de darle trámite hasta que no hubiese un pronunciamiento frente a la falta de competencia alegada. En consecuencia, dispuso el regreso de las diligencias al a quo.

6. El 11 de septiembre de 2015, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Descongestión de Villavicencio remitió el proceso a sus homólogos de Bogotá, proponiendo colisión negativa de competencias.

7. El Juzgado 50 Penal del Circuito de Bogotá a cargo de los procesos seguidos en dicha

jurisdicción bajo la Ley 600 de 2000, avocó el conocimiento del caso el 18 de noviembre de 2015. Sin embargo, remitió el expediente a los jueces de esa especialidad designados para el trámite de asuntos del sistema penal acusatorio, a quienes les planteó colisión negativa de competencias.

8. Repartido el asunto al Juzgado 27 Penal del Circuito de Conocimiento de esta capital, dicho despacho, el 11 de marzo de 2016, aceptó la colisión propuesta y remitió la actuación al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, corporación que:

i) el 1° de abril siguiente, asignó el conocimiento del expediente al Juzgado 50 Penal del Circuito de esa ciudad, y

ii) el 26 de julio de ese año, negó la nulidad invocada.¹

9. La audiencia pública se celebró en sesiones del 15 de junio de 2016, 11 de mayo, 31 de agosto, 19 de octubre y 27 de noviembre de 2017. Posteriormente, el 13 de abril de 2018, el Consejo Superior de la Judicatura asignó el caso al Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá.²

10. Dicho despacho dictó sentencia el 25 de junio de 2019, imponiéndole a NÉSTOR SAMUEL GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ las penas de prisión por veintiún (21) años, multa de 34.134,78 salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por veinte (20) años, además la pena intemporal prevista en el artículo 122 de la Constitución Nacional, al hallarlo coautor responsable de los delitos por los que fue convocado a juicio. Lo condenó al pago de perjuicios por \$46.255.000.000, negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

11. La defensa apeló esta providencia, siendo modificada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Penal- el 6 de noviembre de 2019, en el sentido de fijar la pena de prisión en doscientos treinta y cinco punto dos (235.2) meses, confirmándola en lo

demás.

12. El defensor del procesado interpuso y sustentó oportunamente el recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Contiene un cargo principal y cuatro subsidiarios, así:

Cargo primero: Causal tercera. Nulidad.

Al amparo de la causal tercera de casación del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, solicita la invalidación de la actuación con fundamento en estos reparos:

i) Legislación procesal aplicable.

Los juzgadores de instancia coincidieron en que la normatividad que debía regular este asunto era la Ley 600 de 2000, teniendo en cuenta que «el proceso como tal» se inició en Villavicencio y que la Ley 906 de 2004, para la época de los hechos, aún no estaba en vigencia en esa circunscripción territorial.

No obstante, para atribuir la competencia a los juzgados penales del circuito de Bogotá, adujeron que la suscripción de los contratos de fiducia objeto de la actuación ocurrió en esa ciudad, sede principal de Fiduagraria, aunado a que fue el sitio donde se presentó la denuncia y se dio apertura a la investigación.

Por consiguiente, considera que es una contradicción insalvable sostener que los delitos se cometieron en Bogotá, pero que el proceso debía seguirse por los postulados de la Ley 600 de 2000, pues ello conculca, en su sentir, el principio de legalidad: «el elemento determinante de la jurisdicción es el lugar de los hechos; y determinado el sistema aplicable este determinará el juez natural para adelantar el juicio». En este aspecto, destaca que en

los fallos se endilgó responsabilidad penal a GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ por conductas acaecidas en Bogotá e incluso en Villavicencio para el año 2007, año en el cual se encontraba vigente en ambos circuitos judiciales la Ley 906 de 2004.

Estima que la irregularidad abarca todo el trámite, «desde la misma indagatoria que conforme a la Ley 600 conlleva a la vinculación de la persona a la actuación, que en Ley 906 de 2004 equivaldría a la formulación de la imputación», advirtiendo que esta última legislación es «más garantista, ya que existe la posibilidad de acudir a los mecanismos de terminación anticipada del proceso (preacuerdos, allanamientos y principio de oportunidad y delaciones, entre otros) [...] aspectos que en un caso como el presente eran de recibo tanto para la administración de justicia, como para el procesado».

ii) Competencia.

El demandante afirma que, aun aceptando que la Ley 600 de 2000 fuese la normatividad aplicable en este asunto, el llamado a decidir de fondo era el juez penal del circuito de Villavicencio, dado que en esa ciudad, «en el entender de las autoridades», se cometieron los delitos: «la determinación de qué norma resultaba aplicable, lleva consigo la jurisdicción para el juzgamiento, de manera indisoluble».

Asegura que el juzgado que profirió la sentencia de primera instancia carecía de competencia, en el entendido que el artículo 138 del Código General del Proceso exige que debe ser dictada por el juez natural del asunto. Por ende, la invalidación de esta providencia subsanaría el vicio, en aras de «adelantar un juicio justo y conforme a las normas que no se han cumplido».

iii) «Aplicación de una pena contemplada en una ley inaplicable».

Asevera que esta situación proviene del incremento punitivo efectuado en la sentencia de primera instancia con base en la Ley 890 de 2004, lo cual, dice, repercutió en el debido

proceso.

Aunque el tribunal advirtió el error y pretendió solucionarlo con la redosificación de la sanción impuesta, tal ejercicio es válido «si se está frente a una norma aplicable y el error nace de un cálculo efectuado sobre los extremos y el quantum de la pena». Pero, en este caso, la irregularidad se origina en «la utilización de una norma que no era la aplicable dentro de este procedimiento», lo que, en su concepto «viola el principio de legalidad, el debido proceso y el derecho a la defensa». A lo que se suma, que dicha redosificación «en realidad es una condena de primera instancia y no permite la discusión dosimétrica de la misma».

Sostiene que la irregularidad se genera a partir de la sentencia de primer grado, por lo que pide su invalidación.

Primer cargo subsidiario: Causal primera. Violación directa por falta de aplicación del artículo 400 del Código Penal.

Con fundamento en la causal primera, cuerpo primero del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el demandante retoma los parámetros que dieron lugar a la declaratoria de responsabilidad penal «y sin cuestionar los asuntos fácticos-probatorios fijados por el sentenciador», acusa la sentencia de incurrir en violación directa de la ley sustancial, al catalogar la conducta de su prohijado como dolosa, cuando la misma, en su sentir, se ajusta a un actuar imprudente.

Refiere que el acusado tuvo un entendimiento básico de la operación financiera y dio por sentado que la fiduciaria era quien exigía las garantías para el negocio, pues de lo contrario no se hubiesen podido crear los patrimonios autónomos. Percibió que no se iba a arriesgar ningún recurso y al autorizar las inversiones obró de buena fe, junto con el comité financiero, teniendo en cuenta la experiencia de otras entidades territoriales que nunca habían perdido dinero en las fiduciarias. Todo bajo la comprensión de que los giros se harían

a estas y no a los patrimonios autónomos.

Para el tribunal, es un indicio del conocimiento de la ilegalidad de las transacciones el hecho que en la contabilidad se hubiesen registrado como inversiones temporales o CDT'S, pero GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ en su injurada aclaró que ello obedeció a que se trataba de una inversión a término fijo en una fiduciaria estatal, la cual, recalca, fue la que recomendó que se hiciese en los patrimonios autónomos.

Así, concluye que el procesado no tuvo la intención de favorecer a empresas privadas ni obró con ánimo de entregarles recursos públicos, «a tal punto que no se representó con exactitud la esencia y las consecuencias de los contratos de cesión de derechos con pacto de readquisición, aunque dicha situación, sin duda, era superable con mayor cuidado y atención, teniendo en cuenta las pruebas que demuestran el riesgo del negocio, las normas que recomendaban la forma de invertir las regalías y la falta de estudio de las propuestas».

El libelista pone de relieve que la indagatoria constituye un medio de prueba y de defensa, de modo tal que su valoración debe ser en conjunto con los demás elementos de juicio recaudados en la actuación. La misma, desde su punto de vista, permite entrever que no hubo dolo «ni concierto previo con otros para orquestar un detrimento a las arcas del departamento para favorecer a particulares». En contrapartida, devela un actuar culposos, pues pese a la formación profesional de GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, no tuvo una dimensión exacta del negocio y fue inducido al mismo por los intermediarios de Fiduagraria, «quienes convencieron al comité de la conveniencia de tales inversiones». Se generó un error vencible, «ante el exceso de confianza y la falta de verificación».

Dicha imprudencia fue avizorada por la Procuraduría Delegada para la Descentralización y las Entidades Territoriales en decisión del 7 de febrero de 2011 y aunque la acción disciplinaria es distinta a la acción penal, «si se ahonda en el panorama probatorio,

fenomenológicamente es claro que lo que hubo fue una evidente infracción al deber objetivo de cuidado que generó un detrimento patrimonial, y no una actitud dolosa encaminada a favorecer a terceros».

Admite el censor que era necesario desplegar otras acciones para evitar el resultado, pero alude a que varios testigos declararon lo novedoso de la negociación para la época. Circunstancia que, estima, confluyó a generar el convencimiento errado de que al ser ideada la operación por Fiduagraria no habría pérdidas y se obtendrían rendimientos a futuro.

Considera que el yerro del tribunal se origina por la aplicación indebida de los artículos 22 y 397 del Código Penal, lo cual condujo a la falta de aplicación de los artículos 23 y 400 ibídem. En consecuencia, pide casar la sentencia y se profiera fallo de reemplazo que declare a NÉSTOR SAMUEL GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ responsable del delito de peculado culposo, con la respectiva redosificación punitiva.

Segundo cargo subsidiario: Violación indirecta. Falso juicio de identidad por cercenamiento.

Con fundamento en la causal primera citada en precedencia, cuerpo segundo, denuncia violación indirecta de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 32, numeral 10 del Código Penal, derivada del cercenamiento de los siguientes elementos de convicción:

i) Indagatoria de NÉSTOR SAMUEL GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ. Asegura que se distorsionó su contenido, al dejarse de valorar apartes que permiten entrever que obró bajo la influencia de un error de tipo vencible. El casacionista refiere que si bien la juez de primera instancia hizo mención de la misma, lo que aparece en la sentencia es un análisis parcializado que se limita a destacar «solo lo que le conviene de cara a su tesis», metodología replicada por el tribunal.

Luego de presentar un cuadro en el que contrasta: i) las respuestas literales de su acudido frente a varios interrogantes, ii) la reseña que de estas respuestas aparece en el fallo y iii) las conclusiones que al respecto adoptaron los juzgadores, expone que la oferta de cesión de derechos con pacto de readquisición llegó de Fiduagraria, entendiéndose que era una operación de inversión con una fiduciaria del estado con calificación AAA, ejecutada en otros municipios del país. «El negocio fue explicado por unos intermediarios financieros, quienes allegaron a la gobernación los documentos necesarios para aprobar las colocaciones. Finalmente Fiduagraria recomendó que los recursos fueran invertidos en los patrimonios autónomos Chacón Bernal y Proyectar [...] constataron [su] legalidad [...]».

Asegura que el procesado confió en la seguridad de la inversión por provenir la propuesta de una entidad reconocida y asumió que no se iba a perder ningún recurso. Él y el comité financiero del departamento del Meta obraron de buena fe al autorizar el giro de los dineros, al igual que lo hicieron otros entes territoriales que obtuvieron ganancias en esas operaciones.

Así mismo, la indagatoria deja sin sustento lo dicho por el tribunal en cuanto a que la contabilidad de esos recursos como inversiones temporales o CDT'S develan el dolo con el que actuó, toda vez que GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ aclaró que así lo entendió por tratarse de una inversión que se hace a un tiempo determinado, «se trata de una explicación sencilla y lógica de la que es imposible derivar un indicio de culpabilidad».

ii) Testimonio de la experta en fiducias Claudia Patricia Hernández Limongui. Se distorsionó su declaración por cercenamiento, porque los sentenciadores únicamente tuvieron en cuenta los apartes compatibles con la tesis de la fiscalía y relegaron los que favorecían a la defensa.

La tesis acusadora evoca a esta testigo para resaltar que no era posible, al tenor del artículo 17 de la Ley 819 de 2003, que la gobernación de Meta dispusiera de los excedentes de

liquidez de regalías mediante los contratos cuestionados en este asunto, aunado a que al involucrar patrimonios autónomos no representaban una inversión sino un aporte con transferencia de dominio, según consta en aquellos documentos. De igual modo, se indica que la declarante reseñó que en las actas de las reuniones en las que se ordenó la colocación de los recursos, aparece que se discutió la constitución y renovación de títulos, no la suscripción de contratos de fiducia, de cesión o compra, de aceptación de ofertas de beneficio o cesión de derechos fiduciarios de títulos de estas sociedades.

Sin embargo, se pretermitió que la experta también reconoció que los negocios fiduciarios son bastante especializados, al punto que se le encargó por la asociación de fiduciarias y la editorial Legis la elaboración de una guía con el fin de divulgar sus elementos básicos.

En su declaración, explicó con detalles cuál fue el negocio que Fiduagraria le ofreció al departamento del Meta bajo la denominación de encargo fiduciario de inversión y pago con carta de instrucciones, figura en la que no hay transferencia de propiedad. El recurrente transcribe lo pertinente y sostiene que estos apartes permiten colegir que la fiduciaria promovió una negociación novedosa, sofisticada y compleja, «que gener[ó] confusión y un errado entendimiento a los funcionarios que entraron en contacto con estas propuestas».

Desde esta óptica, opina, las pruebas excluidas son indicativas del error en el que incurrió su prohijado, quien, reitera, no es experto en derecho, por lo que «tuvo un defecto de comprensión que no le permitió entender la esencia de lo que en realidad estaba contratando el departamento del Meta». Ese error fue inducido por Fiduagraria al proponer una figura difícil de asimilar incluso para un abogado promedio, quien tendría que darse a la tarea de investigar el tema para lograr una mediana aproximación.

Por ende, considera que se configuró un error sobre el elemento normativo del artículo 410 del Código Penal por el entendimiento equivocado de la verdadera naturaleza de los contratos de cesión de derechos, en los términos del artículo 32, numeral 10 ibídem y como se trata

de un error vencible frente a una infracción que solo admite la modalidad dolosa, solicita casar la sentencia y se dicte fallo absolutorio de reemplazo tratándose de dicha ilicitud.

Tercer cargo subsidiario. Violación indirecta. Falso juicio de existencia por omisión.

Se denuncia en este reparo la aplicación indebida de los artículos 9, 22, 397 y 410 del Código Penal, por la exclusión de algunas pruebas aportadas por la defensa que «neutralizan y restan credibilidad a las inferencias que construye el tribunal en su fallo».

En criterio del recurrente, las pruebas aportadas a lo sumo permitirían adecuar los hechos investigados en el tipo penal de peculado culposo y en el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, con la salvedad para este último que se incurrió en un error de tipo vencible. Así lo percibe de lo dicho por los siguientes testigos, cuyas declaraciones reputa omitidas en la valoración probatoria:

i) Joaquín Hernán Patarroyo Varón. Director de Coormacarena entre 2004 y 2007. Indicó en audiencia pública que uno de los parámetros que rigen el manejo de los recursos públicos es la eficiencia, de modo tal que deben generar rendimientos. En ese orden, debido a la baja rentabilidad para dicha época y los inconvenientes de flujo de caja en el caso de los CDT'S, se estudió la posibilidad de invertir en fiducias.

Esta clase de inversiones fueron permitidas hasta el año 2008, siendo los comités financieros en su momento los encargados de estudiar su viabilidad, asumiéndose que la negociación se hacía con una fiduciaria con calificación AAA y no con un patrimonio autónomo y por demás era el área jurídica la encargada de revisar los contratos, que eran de adhesión.

Este testimonio, a juicio del casacionista, permite advertir la presencia de un convencimiento relativo a que se trataba de operaciones novedosas, acordes a derecho y que se surtían directamente con las fiduciarias.

ii) Jaime Alberto Rodríguez Arias, contralor departamental del Meta, quien adelantó investigaciones con ocasión de los negocios fiduciarios celebrados por ese ente territorial. Relató que estas operaciones de ofertas de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición se presentaron en todo el país, por lo que buscó la asesoría de un experto en el tema ante su novedad y complejidad y éste le comentó que esta figura fue ideada con fines defraudatorios. Ante la dimensión de las cifras involucradas y después de una investigación preliminar, inició el respectivo proceso de responsabilidad fiscal, adoptándose medidas cautelares en contra de varias fiduciarias.

Indicó que percibió cómo los servidores públicos inmersos en las negociaciones mostraban seguridad en la colocación de los recursos al involucrar firmas sólidas, con solvencia económica. Sin embargo, no se trataba de un encargo fiduciario propiamente dicho, sino de una asociación económica en la consecución de proyectos gestionados por diferentes empresas que no asumían responsabilidad patrimonial, si estos arrojaban pérdidas.

En ese contexto, el testigo señaló que notó que dichos funcionarios no tenían claridad en cuanto al alcance de esta clase de negociaciones, incluido NÉSTOR SAMUEL GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, quien pidió una cita con él para cuestionarlo por las investigaciones iniciadas so pretexto de que se trataba de inversiones de bajo riesgo, en reconocidas instituciones fiduciarias. Pero al ser confrontado con el contenido de los contratos mostró confusión y desconcierto sobre el particular.

Así mismo, el declarante cuestionó la maniobra comercial ideada por las fiduciarias al desligarse de cualquier responsabilidad en el manejo de los recursos y consideró que los servidores públicos fueron meros instrumentos utilizados para su sustracción.

Entonces, en criterio del censor, es manifiesto que el procesado incurrió en error respecto de la verdadera naturaleza de la inversión «y que al efecto [Fiduagraria] montó un contrato complejo de adhesión con letra menuda» [...].

iii) Anderson Baquero Tafur, secretario de hacienda de Castilla (Meta). De su relato puede colegirse que ese municipio en 2007 hizo inversiones temporales en fiducias a corto plazo, teniendo presente calificaciones de riesgo. Así mismo, que en 2012 se iniciaron procesos administrativos con el fin de recuperar los recursos, lo que se logró gracias a procesos de responsabilidad fiscal y garantías reales. Además reportó que en su momento, se obtuvieron ganancias.

iv) Ernesto Ávila Bello, asesor financiero. De su testimonio se extrae que la única reunión que sostuvo con el procesado estuvo encaminada a hablar de temas económicos y de aspectos generales de inversión, entre los que se encontraba el giro de recursos a un patrimonio autónomo.

Se le explicó a GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ que aquel era controlado por una fiduciaria, la cual definía el ingreso de inversionistas y que el contrato de cesión de derechos económicos era básicamente la cesión de las posibles utilidades o réditos que este arrojara, como cualquier transacción mercantil. Además, se le indicó que eran los abogados de las fiduciarias quienes elaboraban los contratos.

De este testimonio vislumbra el demandante, que la explicación suministrada al secretario financiero de la gobernación del Meta, NÉSTOR SAMUEL GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, acerca de la operación que se ofrecía como una inversión solo abarcó aspectos económicos globales, sin tocarse temas jurídicos atinentes a la contratación.

La trascendencia del yerro la ubica en que dichas declaraciones permiten entrever que ese funcionario actuó incurso en un error frente al alcance de las negociaciones, por lo que su actuar es culposo tratándose del delito de peculado por apropiación y no punible respecto del contrato sin cumplimiento de requisitos legales, al ser dicho error vencible y admitir este último ilícito solamente la modalidad dolosa.

Pregona que estos testimonios concuerdan con las afirmaciones realizadas por el procesado

en su indagatoria y refuerzan la falta de conciencia de la antijuricidad de su conducta, pues actuó de buena fe. Fue Fiduciaria la que obró de forma dolosa, «lo cual empezó con la confección jurídica del contrato, la divulgación de los intermediarios de la estructura del negocio en los departamentos del país, y el convencimiento de las bondades del mismo a sus funcionarios [...]». Era tan convincente la propuesta que GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ creyó que la negociación se hacía con esa entidad y que ella verificaría la legalidad de la constitución de los patrimonios autónomos, por lo que no vislumbró en ese instante la posibilidad de pérdida de recursos.

En ese orden, de haber sido apreciadas estas pruebas, se hubiese advertido la procedencia de una calificación jurídica distinta que gira en torno a la falta de cuidado y atención en la valoración del riesgo de la inversión, por lo que se pide: i) casar la sentencia y dictar fallo de reemplazo que absuelva al procesado por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, ante la presencia de un error vencible, y ii) se ajuste el peculado a la modalidad culposa según el artículo 400 del Código Penal, con la consecuente redosificación punitiva.

Cuarto cargo subsidiario: Violación indirecta. Falso juicio de existencia por suposición.

Invocando la aplicación indebida de los preceptos señalados en el anterior reproche, el demandante acusa al tribunal de acudir a pruebas inexistentes para dictar fallo de responsabilidad penal. Manifiesta que dio por acreditado, sin estarlo, que existía una resolución administrativa y un manual de funciones que le atribuían al procesado la disponibilidad jurídica de los recursos del departamento del Meta.

Para las instancias, NÉSTOR SAMUEL GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ actuó como secretario de hacienda y presidente del comité técnico financiero de ese ente territorial y por medio de la figura de cesión de derechos, entregó recursos de destinación específica. Intervino en el trámite de los contratos que materializaron la entrega de dineros a favor de los patrimonios

autónomos Chacón Bernal y Consorcio Proyectar, con desconocimiento de las normas que regulan la contratación.

Es decir, tal proceder lo dedujo de sus funciones y en particular por las que le correspondían como presidente del comité técnico financiero, sin embargo, en este caso, no se aportaron los manuales de funciones en donde estarían relacionadas tales facultades.

De esta forma, se conculcó el principio de legalidad de la función pública que prevé como los servidores estatales tienen limitado su accionar a actuaciones específicas, conferidas por ley o acto administrativo, Como esos documentos no militan en la foliatura, se supuso que el acusado tenía entre sus funciones la ordenación del gasto.

Ante la falta de aplicación de los artículos 232 y 238 de la Ley 600 de 2000 y los artículos 9 y 12 del Código Penal, solicita casar la sentencia del tribunal y proferir fallo absolutorio de reemplazo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El recurso de casación es un medio de control constitucional y legal, de carácter extraordinario, que procede cuando las decisiones o actuaciones judiciales incurren en errores in iudicando o in procedendo que afectan de modo ostensible los derechos de quienes intervienen en el proceso. Dichos errores se hayan comprendidos en causales taxativas, para este caso, las del artículo 207 de la Ley 600 de 2000.

La jurisprudencia ha precisado que cuando estos errores son invocados en esta sede, deben demostrarse, y que la demanda que sirve de vehículo para su acreditación debe ser un escrito claro y coherente, que consulte la lógica que impone la naturaleza del reproche invocado y que se baste así mismo para evidenciar su existencia, al igual que su idoneidad para modificar total o parcialmente el fallo impugnado.

Este marco conceptual no fue acatado en la demanda, como se verá a continuación, razón por la cual será inadmitida.

1. Cargo principal. Nulidad.

Esta censura desatiende el principio de trascendencia que rige la declaratoria de nulidad, que enseña que quien la alegue, debe demostrar que la irregularidad, siendo sustancial, afecta las garantías de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento. Es decir, que no basta señalar la existencia de hipotéticas irregularidades formales, sino que es necesario acreditar que el vicio es sustancial y que afectó en concreto en debido proceso o garantías de los sujetos procesales que no es posible restablecer de otra manera (artículo 310.2 de la Ley 600 de 2000).

1.1. Frente al tránsito de legislaciones entre la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004, la Corte ha señalado que el ejercicio de la acción penal por vía de uno u otro procedimiento no implica per se vulneración de garantías, porque los presupuestos que regulan el debido proceso desde la perspectiva del Estado Social de Derecho se mantienen incólumes en cualquiera de estos regímenes. Entonces, no hay lugar a sugerir desigualdad de condiciones sobre la afirmación vaga de que una u otra ofrecen más ventajas o desventajas: en ambas han de respetarse por igual y con similar intensidad los derechos fundamentales (Cfr. CSJ AP, 09 Jun. 2008, Rad. 29586).

En este caso, el recurrente se abstiene de señalar o enseñar de manera puntual por qué el derecho de defensa o de contradicción de NÉSTOR SAMUEL GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ resultó afectado al optarse por el procedimiento de la Ley 600 de 2000, pues contó con posibilidades reales de controversia frente a los cargos formulados en su contra. Tampoco pone de presente algún motivo concreto que le hubiese impedido a su defendido acudir a alternativas de terminación anticipada del proceso, con miras a obtener alguna contraprestación punitiva, teniendo en cuenta que la Ley 600 de 2000 regula la figura de la

sentencia anticipada (artículo 40), que disminuye la sanción imponible de aceptarse responsabilidad y también prevé beneficios por colaboración eficaz (artículo 413).

Además, se está ante una discusión totalmente inane por superada, puesto que en su momento se planteó que el peculado por apropiación a favor de terceros se perpetró en un contexto que involucró varias acciones que concurrieron al despojo de los recursos públicos, desplegadas tanto en Villavicencio como en Bogotá.

Lo anterior dio paso a la aplicación del artículo 83 de la codificación en cita, que regula la competencia a prevención, según la cual «cuando la conducta punible se haya realizado en varios sitios, en lugar incierto o en el extranjero, conocerá el funcionario judicial competente por la naturaleza del asunto, del territorio en cual se haya formulado primero la denuncia o donde se hubiere avocado la investigación [...]». Las hipótesis previstas en dicho canon (presentación de la denuncia e inicio de la investigación), se verificaron en esta última ciudad.

De otro lado, el casacionista, para respaldar su tesis en cuanto a la aplicación de la Ley 906 de 2004, sostiene que los hechos acaecieron en 2007, cuando ya estaba vigente tanto en Bogotá como en Villavicencio el estatuto. Empero, pretermite en su discurso hacer referencia a las múltiples reuniones celebradas en 2006 en este último distrito judicial, en las que el comité técnico financiero de la gobernación del Meta autorizó el giro de recursos provenientes de regalías a distintos patrimonios autónomos, época en la cual se encontraba allí vigente la Ley 600 de 2000.³

Por contera, no resulta un contrasentido que las diligencias se hubiesen adelantado bajo el régimen previsto en esta última normatividad, por involucrar varias ilicitudes conexas, más aún cuando con relación a la legislación procesal aplicable en eventos de esta raigambre, la Corte planteó, como forma de solución, la tesis de la razón objetiva, al precisar que,

«En materia procesal, donde radica el reclamo del demandante, el principio de legalidad se

traduce en que el inculpatado debe ser investigado y juzgado de conformidad con las leyes adjetivas preexistentes al acto que se le imputa, ante funcionario judicial competente y «con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio», de donde se sigue que en materia de procedimiento se impone aplicar, por regla general, aquel que se encuentra vigente al momento de la comisión de la conducta punible.

No obstante, en los casos de tránsito o coexistencia de legislaciones procesales y, en concreto, frente a las hipótesis de delito permanente, continuado y concurso de conductas punibles, cuando la conducta o conductas se ejecutan en vigencia de ambas normativas, la Sala desarrolló la tesis de la razón objetiva, como forma de solucionar el problema que implica la escogencia del sistema de procesamiento que debe gobernar la actuación, que consiste en determinar bajo cuál régimen se iniciaron las actividades investigativas, pues una vez establecido dicho aspecto, será ese el procedimiento por el que deberá tramitarse in integrum la actuación, sin que tengan cabida consideraciones sobre la favorabilidad de uno u otro sistema». (CSJ AP 2233-2018, Rad. 52644)

Entonces, la escogencia de la Ley 600 de 2000 en este asunto no fue caprichosa, sino que obedeció a los aludidos factores de carácter objetivo, según lo advirtió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá al resolver la colisión de competencias suscitada en la actuación.

Adicionalmente, el recurrente tampoco tiene en cuenta el principio de instrumentalidad de las formas que rige las nulidades (artículo 310.1), comoquiera que los supuestos actos irregulares cometidos cumplieron la finalidad que a la postre reclama el libelo, cual es garantizar la vigencia del debido proceso en el ejercicio de la acción penal.

En este aspecto, se reitera, no se indica en la demanda cómo los axiomas que lo componen, verbi gratia, la presunción de inocencia, el derecho de defensa y contradicción, la presentación de recursos ante una instancia superior, entre otros, resultaron conculcados, ni

el modo en que la declaratoria de nulidad restablecería su hipotética transgresión.

1.2. Similar apreciación surge en relación con la pregonada falta de competencia del juzgado 50 penal del circuito de Bogotá para dictar sentencia -la cual por medidas de descongestión se profirió por el juzgado primero penal del circuito de Facatativá-, ya que esa situación tampoco es producto de la arbitrariedad.

En efecto, los comportamientos objeto de sanción penal hicieron parte de un entramado financiero que bajo la figura de contratos coligados de fiducia mercantil (suscritos en Bogotá entre Fiduagraria y la sociedad Chacón Bernal y el Consorcio Proyectar) y de oferta de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición (celebrados en la misma ciudad, entre los fideicomitentes y el tesorero de la Gobernación del Meta), vulneró las normas que rigen la contratación estatal, con detrimento del erario.⁴

En este asunto, se examina la conducta de NÉSTOR SAMUEL GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, por cuanto, como secretario financiero y presidente del comité técnico financiero del departamento del Meta, participó en reuniones celebradas en Villavicencio en las que autorizó el giro de recursos para aceptar las ofertas de cesión de derechos realizadas por patrimonios autónomos. Desde esa ciudad, se debitaron los cheques correspondientes y se consignaron a nombre de la fiduciaria con cargo a las cuentas de la Gobernación.

Como la comisión de los delitos abarcó distintos lugares, al instante de fijarse la sede territorial para el juzgamiento cobró vigencia la figura de la competencia a prevención, razón por la que el conocimiento del asunto recayó en los jueces penales del circuito de Bogotá, debido a que en esta ciudad se presentó la denuncia y se inició la investigación.

Todo ello significa que la solicitud de nulidad por este motivo también se ofrece infundada, en especial, se reitera, porque tampoco se explica en la demanda, más allá de lo abstracto, por qué esta situación configuró un perjuicio específico en contra de GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ que condujo a desquiciar de manera relevante la estructura del trámite

procesal o hacer ilusorio el ejercicio de sus garantías fundamentales. Este presupuesto metodológico de carácter imprescindible en la denuncia de nulidad, brilla por su ausencia en el libelo.

1.3. Por último, solicitar la invalidación de la sentencia con fundamento en un error de selección de la ley sustancial aplicable no se compadece con los lineamientos conceptuales que rigen la causal invocada, vinculados, como se viene de analizar, con la estructura lógico-secuencial del proceso y las garantías fundamentales.

En otras palabras, no se compagina con un vicio que afecte la legalidad de lo actuado, el que se hubiese aplicado por la primera instancia, al dosificar la pena, la Ley 890 de 2004. Este cuestionamiento se ajusta a una postulación propia de la causal primera de casación, por violación directa de la ley sustancial, aparte que la impropiedad en la que se incurrió fue rectificada por el tribunal al atender la inconformidad que frente a este punto planteó la defensa en la apelación.

Entonces, al ser la nulidad un mecanismo al que solo debe acudir cuando no haya otro modo de corregir irregularidades, aparece que el yerro fue enmendado -en principio- en este aspecto específico, sin que se aprecien motivos más allá de la opinión personal del recurrente que permitan avizorar porqué dicha circunstancia repercutiría en la validez del resto del fallo.

En esa secuencia, no es cierto que la redosificación realizada por el ad quem se tornaba indiscutible por el hecho de ser proferida en segunda instancia. Si la decisión al respecto, en sentir de la defensa, no se ajustaba a la normatividad aplicable, tal situación era susceptible de ser denunciada en casación, no a través de la solicitud de nulidad, se recalca, sino mediante el señalamiento de la falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea de la misma.

En estas condiciones, es palmario que el cargo principal no trasciende la denuncia genérica

de irregularidades, al abstenerse de señalar una afectación puntual a la estructura del proceso o las garantías fundamentales más allá de lo formal, como parámetro insoslayable para la hipotética declaratoria de nulidad, además de carecer de asidero.

2. Cargo primero subsidiario. Violación directa por falta de aplicación del artículo 400 del Código Penal.

Cuando se plantean reparos por violación directa de la ley sustancial, no puede cuestionarse la valoración de la prueba realizada por el sentenciador, ni la declaración de los hechos plasmada en el fallo, por ser un vicio que recae en aspectos estrictamente jurídicos (CSJ AP, 30 nov. 1999, Rad. 14535, CSJ SP, 02 mar. 2005, Rad. 19627).

Tal postulado no fue acatado por el libelista -pese a que en la demanda hace la salvedad de que no debate estos temas-, pues es claro que en su discurso se inmiscuye en una controversia frente al mérito persuasivo conferido a la indagatoria del procesado NÉSTOR SAMUEL GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ.

En efecto, el defensor invoca un actuar culposos de su acudido en las negociaciones surtidas con los patrimonios autónomos Chacón Bernal y Proyectar, desconociendo que el tribunal descartó la tesis relativa a una confusión en cuanto a su alcance, invocada a partir de las exculpaciones ofrecidas en su indagatoria, al vislumbrar esa explicación refractaria a los elementos de conocimiento allegados a la actuación.

En otras palabras, la discusión que se pretende generar mediante la denuncia de violación directa es improcedente, comoquiera que el tribunal desechó la posibilidad de que el procesado hubiese inobservado el deber objetivo de cuidado que le era exigible como secretario financiero del departamento del Meta, una vez cotejada la prueba documental aportada a la foliatura. En contrapartida, vislumbró un actuar doloso:

«22. En el curso del proceso el acusado manifestó que, a pesar de lo que consta en las

actas ya mencionadas, él no fue la persona que tomó la decisión de que el Departamento del Meta hiciera los aportes a los patrimonios constituidos por las sociedades Chacón Bernal y Consorcio Proyectar. Sin embargo, tanto del texto de las actas como de las explicaciones suministradas por los restantes miembros del Comité Técnico Financiero se infiere que fue él y no otra persona quién tomó esa decisión. La situación es tan clara, que de esos medios de conocimiento se deduce que él tomó esa decisión y que la impuso a los demás miembros de ese Comité.

También afirmó que no tuvo conocimiento de las particulares circunstancias en que tomó la decisión de invertir 37.000 millones de pesos procedentes de regalías. Sin embargo, esto es contrario a lo que consta en las cláusulas de los contratos de oferta comercial de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición. Así, por ejemplo, en ellas consta que el Departamento del Meta, en su condición de inversionista beneficiario, declaró que conocía y aceptaba el contrato de fiducia existente entre el oferente y Fiduagraria, el estado de los bienes fideicomitidos, la responsabilidad de esta entidad como de medio y no de resultado y la exclusiva responsabilidad del oferente. Frente a un tenor literal tan claro, no existe base razonable alguna para afirmar que el acusado no tenía conocimiento de las desventajosas condiciones contractuales en medio de las cuales dispuso, a voluntad, de los recursos procedentes de regalías.

23. La defensa elabora una detenida secuencia argumentativa para afirmar que la conducta de GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ no fue dolosa. Sin embargo, las circunstancias puestas de presente indican que sí estaba al tanto de las particularidades propias de la fiducia y de los contratos coligados a ella, pues no solo son inherentes a los roles que cumplía como secretario de hacienda y presidente del Comité Técnico Financiero, sino que además de ellas se da cuenta, con claridad, en las cláusulas de contratos de oferta de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición que suscribió en seis oportunidades diferentes [...]».⁵

En lo concerniente a la presunta inducción en error por parte de Fiduagraria para la negociación, el tribunal anotó:

«25. La defensa pone de presente que el acusado en su indagatoria explicó que desconocía la naturaleza jurídica del contrato que dio origen a esta investigación. Sin embargo, se está ante un economista altamente especializado y con una experiencia profesional afín al cargo de secretario de hacienda departamental, por lo que semejante excusa no es creíble. Y con razón: se estaría ante un secretario de hacienda departamental y ante un presidente de un Comité Técnico Financiero que tenía, entre otras, la función de disponer de multimillonarios recursos pertenecientes a la entidad territorial para la que laboraba, pero que, curiosamente, desconocía la índole de los contratos que se suscribían en razón de tal disposición.

[...] 29. Finalmente, nada indica que el comportamiento asumido por GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ haya sido fruto de un engaño: basta prestar atención a los términos de las ofertas de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición para percatarse de que lo que se estaba haciendo era transferir multimillonarias sumas de dinero desde las arcas estatales hasta el patrimonio de sociedades particulares sin recibir a cambio garantía real o crediticia alguna. Como se indicó en su momento, lo que el departamento recibió a cambio fue unos documentos en los que los constituyentes de las fiducias se comprometían a readquirir los derechos que habían cedido, cosa que, como se sabe, hicieron solo parcialmente».6

Todo esto denota que el demandante, por fuera del ámbito que orienta la postulación de la violación directa, pretende que la Corte acoja su percepción de los hechos, en detrimento de la de los juzgadores.

Esta metodología demostrativa es incompatible con la causal en la que ampara su reclamo y con la teleología del recurso extraordinario, porque la Sala no está llamada a realizar de

manera libre una nueva valoración probatoria al no fungir como instancia adicional a las ordinarias del proceso. La polémica sobre el alegado actuar culposos finiquitó con la decisión de segundo grado y la simple disparidad de pareceres, con relación a la postura adoptada en la sentencia de segunda instancia, se resuelve a favor de ésta.

Debe recordarse que el marco teórico, tratándose de la violación directa de la ley sustancial, se circunscribe al estudio de la normatividad a la cual acude el juzgador para resolver la situación fáctica por la que se ejerce la acción penal, en caso de que esta:

- i) sea excluida, a pesar de ser la llamada a regular el caso (falta de aplicación),
- ii) seleccionada de manera equívoca, en tanto los preceptos empleados rigen un evento distinto por el cual se procede (aplicación indebida), o
- iii) seleccionada correctamente, pero aplicada en un entendimiento que no corresponde a su alcance jurídico (interpretación errónea).

Por ende, se recalca, discutir el mérito persuasivo que el tribunal otorgó a la indagatoria de GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ no se ajusta a la estructura conceptual que guía la postulación de esta clase de yerro, lo que evidencia la inadecuada fundamentación del reproche.

3. Segundo cargo subsidiario: Falso juicio de identidad por cercenamiento.

Se asegura que la indagatoria del sindicato y la declaración de Claudia Patricia Hernández Limongui no fueron apreciadas en su integridad, lo que condujo, a juicio del demandante, a que su literalidad se tergiversara. En condiciones similares a las del anterior reparo, sostiene que estas pruebas plasman la percepción errada que tuvo el procesado respecto de la naturaleza de los contratos suscritos en las diligencias, por lo complejo de su contenido y la excesiva confianza depositada en la propuesta de inversión en patrimonios autónomos realizada por Fiduagraria.

Pero en lugar de exponerse de manera objetiva la comisión del yerro invocado y su eventual trascendencia, el recurrente, de nuevo, se desvía hacia una discusión que gira en torno al modo en que los juzgadores valoraron estas pruebas, alejándose del ámbito conceptual que rige la postulación del falso juicio de identidad, delimitado a un escenario de carácter contemplativo objetivo en cuanto al contenido de los elementos de convicción.

La forma de acreditar este yerro es elemental. Se trata, como ya lo ha explicado la Corporación, de realizar un ejercicio de confrontación, en el que se reproduce lo que textualmente la prueba expresa y lo que el juzgador afirma que ella dice, con el fin de evidenciar que entre una y otra no existe identidad y que el fallo le puso a decir «más de lo que su texto reza, menos de lo que su contenido encierra, o algo totalmente distinto de aquello que en realidad expresa» (Cfr. CSJ AP, 7 oct. 1997, rad. 10115). En consecuencia, controvertir el mérito concedido a la prueba, esto es, la fase valorativa, es ajeno a la naturaleza de esta modalidad de violación indirecta.

3.1. Por demás, tratándose de la indagatoria, la juez de primera instancia se refirió de manera extensa e integral a su contenido en lo que concierne a los hechos materia de investigación y juzgamiento, en fallo que constituye una unidad jurídica inescindible con el del tribunal en todo aquello que no se contradigan.

De hecho, en cuanto a los aspectos que el recurrente reputa excluidos de la valoración probatoria, aparece un recuento expreso en los siguientes términos:

«Afirma que cuando hicieron las primeras operaciones de inversión, sabían que invertirían los recursos en la fiduciaria del Estado y además creadora de los patrimonios autónomos, esto se evaluó en el comité, además de que fuera estatal con calificación AAA, les manifestaron los de las fiduciarias que se venían realizando operaciones similares con el municipio de Villavicencio, con el municipio de Castilla La Nueva, con el departamento de Casanare, con Coormacarena, con el municipio de Yumbo, con la Dirección Nacional de

Estupefactos, no me acuerdo de las otras, desde el año 2004, es decir dos años atrás, nos comunicamos con los tesoreros, el de Villavicencio y el de Castilla, nos anexaron unas certificaciones del municipio de Yumbo, esas deberían estar en las carpetas de la tesorería que era donde se guardaban las ofertas y después de todas estas averiguaciones el comité decidió realizar las inversiones descritas anteriormente en Fiduagraria y Fiduvalle. Siempre las comunicaciones con Fiduagraria o las ofertas que se dirigían a la gobernación iban firmadas por la vicepresidente Lucero Jiménez o Laura Cifuentes, algunos oficios llegaron firmados por un asesor comercial Gustavo no me acuerdo bien. Esta labor la realizaba el tesorero que era la persona que se comunicaba con Fiduagraria para que le enviaran la constitución y las garantías de los patrimonios autónomos, además del contrato de fiducia mercantil entre la fiduciaria y el patrimonio autónomo. El tesorero estuvo en Fiduagraria constatando que esos documentos fueran auténticos.

Refiere que el intermediario en el negocio de oferta de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición celebrado con Proyectar y Chacón Bernal, fue la misma Fiduagraria que les recomendó en sus oficios invertir en los patrimonios autónomos, especialmente en Proyectar, Chacón Bernal, Cosacol y creo que Bogotá-Fusa [...].

[...] Al indagársele sobre que era una fiducia, afirmó que es un administrador de recursos de particulares o de entidades únicas y es la única que tiene personería jurídica ya que los patrimonios autónomos no poseen personería jurídica, pero sí hacen parte de los estados financieros de la fiduciaria. Además, señala que en las actas nunca se estableció que los recursos se depositarían en patrimonios autónomos que empresas particulares habían constituido con las fiduciarias, toda vez que las colocaciones que se hicieron fueron con las fiduciarias y no con los patrimonios».7

No se advierte, entonces, cuál fue el supuesto cercenamiento en el que se incurrió. Más bien, como se señaló, lo que se observa es que el cuestionamiento recae en la valoración que se hizo de la prueba de descargo:

«Para esta judicatura no [son] de recibo las exculpaciones realizadas por el acusado en la injurada [...] basta con leer el contenido de [las] ofertas de cesión de derechos con pacto de readquisición, para advertir como en ellas se condensaron acuerdos bilaterales en cuya virtud el oferente se comprometió a ceder a favor de la Gobernación los derechos económicos que dijo tener sobre algunos contratos en ejecución, a cambio de una suma de dinero oficial (préstamos) que debía girar aquella con destino al fideicomiso previamente constituido por el cedente, contratos que no se sustraen de su condición de contratos estatales, comoquiera que al tenor de lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se entienden incluidos en dicha categoría [...] “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...) 5. Encargos fiduciarios y fiducia pública.”

Es evidente que el acusado no acató el marco normativo del artículo 17 de la Ley 819 de 2003, en la medida que, conforme a sus funciones, y en representación de la Gobernación del Meta, aceptó comprometer parte de sus excedentes de liquidez a cambio de participar en los resultados de unos negocios privados, es decir, en meras expectativas, lo cual se encuentra por fuera de lo autorizado por el legislador para ese tipo de recursos.

Nótese que del estudio de la prueba, surge que los dineros colocados de excedentes de liquidez, no fueron puestos en administración de Fiduagraria, como lo establece la normatividad antes citada, por el contrario, en las ofertas de cesión la Gobernación declaró conocer y aceptar el contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pago, previamente celebrado por el cedente de los derechos de beneficio, donde se previó que los dineros que este recaudara a consecuencia de las ofertas de cesión aceptadas por inversionistas beneficiarios, como lo fue la Gobernación del Meta [...]».⁸

«[...] La prueba testimonial, las indagatorias, la prueba documental, inspecciones judiciales,

informes técnicos y peritaciones ampliamente analizadas en acápite anterior, resultan contundentes en la demostración de la responsabilidad del acusado, pues aquel en efecto, admitió haber participado en la inversión de dineros públicos en los patrimonios autónomos, pese a que refiera que en su sentir, pensó estar haciendo una inversión en algún producto financiero, sin embargo, de los contratos de cesión, era evidente que esos dineros no estaban en ningún encargo fiduciario, por el contrario, no podía estar en error ya que la prueba es contundente en demostrar que los dineros salían con destino a un patrimonio autónomo».9

Este diagnóstico fue de recibo en segunda instancia, según se anotó en precedencia, al repudiarse la posibilidad de confusión frente al alcance de la contratación surtida por la claridad de la misma y de las normas aplicables en el manejo de los recursos públicos, cuya literalidad no se ofrecía intrincada o incomprensible para el procesado.

Esa claridad y en especial el contenido expreso de los contratos suscritos por el departamento del Meta, condujo a descartar que se estuviese ante una inversión, como se registró contablemente, porque en la práctica se trataba de préstamos a particulares con recursos públicos, contratos de mutuo sin ninguna garantía en los que no tenía participación la fiduciaria:

«[...] Como se puso de presente, la aparente inversión se había hecho en patrimonios autónomos constituidos por sociedades particulares en Fiduciaria, con la circunstancia especial que se había tratado de actos de transferencia de dominio en contraprestación de los cuales la aludida entidad territorial solo había recibido unos papeles que no constituían título valor alguno. El hecho que se haya obrado de esta forma es claramente indicativo de la conciencia de la ilegalidad de las transacciones a que había habido lugar y de la necesidad de mantenerlas ocultas en que se encontraron las personas que habían intervenido en ellas».10

En ese orden de ideas, la posibilidad de que NÉSTOR SAMUEL GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ hubiese podido incurrir en error por hallarse en una situación de falsa representación de la realidad inducida por terceros, también se descartó en virtud de su formación y estatus funcional, al tratarse de un economista especializado con experiencia en el manejo de recursos públicos, perfil que le permitió acceder al cargo de secretario financiero de la gobernación del Meta.¹¹

En suma, la polémica se enfoca en el mérito probatorio que en sentir del demandante debió otorgársele a la indagatoria, a partir de su propia visión del asunto, porque los contenidos probatorios que denuncia relegados, sí fueron tenidos en cuenta de manera expresa en el fallo atacado, solo que no se les dio el alcance que aspira, siendo tal antagonismo ajeno al carácter objetivo-literal que caracteriza la denuncia de falso juicio de identidad por cercenamiento.

3.2. En lo atinente a la declaración de Claudia Patricia Hernández Limongi, es cierto que en los fallos no aparecen de manera textual los apartes en los que se refirió a que una operación fiduciaria puede llegar a ser compleja y que la naturaleza jurídica de las propuestas de inversión de Fiduagraria distaba de las ofertas de cesión de derechos que a la postre fueron suscritas.

No obstante, no se detecta en la demanda una argumentación que, más allá de la disparidad de pareceres, se encamine en forma consistente a demostrar la trascendencia de dicha circunstancia de cara a la valoración global de esta y de las demás pruebas, efectuada por los juzgadores, la cual les permitió arribar a la certeza que NÉSTOR SAMUEL GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ acudió a una figura contractual ilegal para colocar recursos del erario a disposición de particulares.

«[...] la experta en fiducias Claudia Patricia Hernández Limongi, testimonio solicitado por la defensa, permite determinar que no era posible que la Gobernación del Meta colocara los

excedentes de liquidez de regalías en contratos como los efectuados en este caso. Explica que cuando se habla de patrimonios autónomos eso no es una inversión, sino que se trata de un aporte, con efectos tributarios diferentes, una cosa es el registro de inversión y otra cosa es el registro de aporte y en el caso particular lo registraron como aporte [...] “siempre que hay un patrimonio autónomo hay transferencia de dominio del recurso y lo dice el contrato [...] el aporte entra a nombre del fideicomitente” [...] aquí lo que pasa es que estas ofertas son bastante especiales porque es que está un particular contratando con una entidad estatal y ofreciendo derechos en una fiducia, entonces pues a mi modo de ver yo no creo que ese contrato esté dentro del marco de la legalidad de la gobernación, de las inversiones y dentro del artículo que siempre han mencionado dentro de las actas (hacen alusión al artículo 17 de la ley 819 de 2003) esa oferta no la debía hacer ni la fiduciaria ni el particular, porque se trata de una entidad pública territorial, con unas normas especiales y adicionalmente se trata de recursos públicos que tienen una destinación especial por ley, entonces no importa quien la haga, simplemente la ley dice cómo, cuándo y con quien puede celebrarlo.

[...] Después de realizar un análisis a algunas de las actas donde se ordenaron y dispusieron (sic) la mal llamada inversión de las regalías por las que aquí se procede, dice que las actas que ha venido leyendo, son (sic) fiduciarios de constituir y renovar los títulos que allí se relacionan, pero en el acta no están hablando de celebrar contratos de fiducia o cesión o compra, o que acepten ofertas de beneficio o cesión de derechos fiduciarios de títulos de estas sociedades. En el comité técnico del 19 de mayo hablan igual de constituir, renovar o cancelar títulos, en el acta número 10 también a pesar de que hacen la advertencia de lo previsto en el artículo 17 de la ley 819 de 2003, el presidente del comité ordena constituir, renovar y cancelar los títulos allí relacionados, lo que implica que está autorizando al director de tesorería para que haga lo por él ordenado y habla de invertir 4.000 millones de regalías a través de Fiduagraria y de 5.000 millones a través de Fiduvale.

Realiza un análisis de los contratos de fiducia celebrados y de las obligaciones y deberes

que tienen las fiduciarias y establece que una oferta comercial de cesión de derechos de beneficio con pactos de readquisiciones es una oferta comercial de las que trata el código del comercio en donde la representante legal de Chacón Bernal le ofrece a Álvaro de Jesús Niño Morales, jefe de tesorería del departamento del Meta, los derechos de beneficio derivado del patrimonio autónomo denominado fideicomiso el cual le dice que está conformado (sic) con los derechos que constituyen dicho patrimonio [...]».¹²

De modo similar al reproche elevado por el presunto cercenamiento de la indagatoria del procesado, aparece que los aspectos de esta declaración, evocados por el casacionista, aun cuando no fueron citados en la forma literal que lo reclama, sí hicieron parte de la valoración probatoria, al establecerse con el testimonio de Claudia Patricia Hernández Limongi la distinción entre un contrato de fiducia y un encargo fiduciario, la naturaleza de los patrimonios autónomos y temas de carácter financiero afines, de carácter especializado, que rodearon los hechos materia del proceso.

Ahora bien, no puede pasarse por alto que el expediente se caracteriza por su volumen - como lo dan fe los más de cien cuadernos que lo componen-, circunstancia que repercutió en que las decisiones relevantes (acusación y sentencia) sean extensas e incluso repetitivas.¹³ Por tanto, la cita de piezas procesales en las decisiones judiciales ha de comprender lo estrictamente necesario para sustentar el fundamento jurídico de la decisión, rasero que en casos complejos como el sub examine, por la multiplicidad de partícipes y la dimensión de los hechos, cobra mayor vigencia.

Es más, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia señala que el contenido de las providencias debe propender por «la pulcritud del lenguaje, la claridad, la precisión y la concreción de los hechos materia de los debates y de las pruebas que los respaldan».¹⁴

Entonces, no puede exigirse a los juzgadores la transcripción integral de las declaraciones aportadas al proceso. Si así fuera, las providencias serían interminables y plagadas de

detalles que no ayudarían a su claridad. En este evento, por ejemplo, la declaración de Claudia Patricia Hernández Limongi tuvo una duración de más de dos horas.¹⁵

Por ende, en sede extraordinaria y para los efectos del falso juicio de identidad por cercenamiento, es insoslayable mostrar la trascendencia que puede llegar a tener la exclusión de aspectos puntuales que no se compaginen con las conclusiones obtenidas en la valoración conjunta de las pruebas (CSJ SP 2131-2019, Rad. 50963), lo que aquí no ocurre.

Así las cosas, las anteriores falencias evidencian la inadecuada fundamentación del reparo. El cercenamiento alegado proviene de la inconformidad del recurrente con la apreciación probatoria desplegada, sin que sea la casación, se insiste, un escenario para prolongar la discusión que culminó con la sentencia de segunda instancia.

4. Tercer cargo subsidiario: Falso juicio de existencia por omisión.

Esta modalidad de error no se demuestra afirmando que los juzgadores excluyeron aspectos puntuales de un determinado medio de prueba. Debe acreditarse que la omisión fue absoluta, esto es, que su contenido material no fue considerado de ninguna forma en el ejercicio valorativo del funcionario judicial, a pesar de contar con la capacidad de modificar las bases probatorias del fallo impugnado.

Por tanto, el casacionista debe ofrecer un análisis que, incluyendo las pruebas que fueron tenidas en cuenta, conduzca a colegir, sin ninguna dificultad, la presencia de tal situación. Es decir, que la debida fundamentación del cargo debe mostrar no solo que la prueba fue totalmente ignorada, sino que tiene la entidad de desvirtuar o poner en tela de juicio la doble presunción de acierto y legalidad de la decisión atacada, de modo tal que muestre la necesidad de casar la sentencia total o parcialmente.

En este asunto, el demandante trae a colación varios testimonios que no fueron considerados por los juzgadores en su análisis, pero no expone porqué esa exclusión podría

incidir en la estructura de la sentencia. Contrario sensu, recaba en la teoría del error y falta de diligencia de su acudido, entremezclando críticas que no se vinculan con la estructura lógica del error invocado sino con la valoración de los elementos de convicción, inconformidad que encuentra su senda de denuncia por vía del error de hecho por falso raciocinio, de haberse vulnerado en ese ejercicio intelectual las reglas de la sana crítica.

El demandante insiste que la propuesta de inversión planteada por Fiduagraria generó confianza en el comité financiero de la gobernación del Meta, porque en esta ya habían incursionado otros entes oficiales y se asumió que la operación se surtiría directamente con la fiduciaria, que recomendó la inversión en determinados patrimonios autónomos.

Las ofertas de cesión de beneficios económicos, en su concepto, constituían un intrincado artilugio que avasalló la capacidad de comprensión de NÉSTOR SAMUEL GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, en cuanto a que, con su actuar, al autorizar el giro de recursos públicos en esas condiciones, infringió las normas que rigen la contratación estatal y propició su apoderamiento en favor de particulares.

Pero como se examinó en precedencia, para los juzgadores, el contenido expreso de dichas ofertas desvirtuaba la posibilidad que se hubiese incurrido en un error al respecto.

La valoración de estos documentos y de las actas del comité financiero en las que se autorizó el giro de los dineros provenientes de excesos de liquidez de regalías -que tenían un manejo específico y reglado-, llevó al convencimiento de que lo afirmado por el procesado en indagatoria carecía de respaldo y que éste era plenamente consciente del alcance de los actos jurídicos que llevó a cabo. Para arribar a esa postura, los juzgadores tuvieron en cuenta esas y otras pruebas pretermitidas en el discurso del demandante, sobre las que no reputa ningún vicio y que respaldan la declaratoria de responsabilidad efectuada en la sentencia atacada.

Por ejemplo, en cuanto a los contratos de cesión de derechos en comento, se señaló por la

juez a quo que fueron suscritos entre el tesorero del departamento del Meta -con la anuencia del comité financiero- y los representantes legales de los patrimonios autónomos conformados por la sociedad Chacón Bernal y el Consorcio Proyectar, sin intervención alguna por parte de Fiduagraria, a quien se libraba expresamente de cualquier responsabilidad por el manejo de los recursos.

Su contenido llevó a la judicatura a apartarse de la tesis relativa a que se entendió equívocamente que se estaba suscribiendo contratos con una fiducia, y que la ausencia de garantías en la negociación se mimetizó en letra menuda:

«[...] se cuenta con los contratos de oferta comercial de cesión de derechos de beneficio, todos correspondientes a un mismo formato, se incluyeron una serie de condiciones contractuales que avalan el análisis precedente, así:

“9. Declaraciones: En caso de resultar aceptada la presente oferta con la consignación de los recursos de que trata el numeral 3) de este documento, el INVERSIONISTA BENEFICIARIO acepta que:

- a. Conoce el contrato fiduciario celebrado entre el OFERENTE y FIDUAGRARIA.
- b. Conoce y acepta los términos de EL CONTRATO FIDUCIARIO.
- c. Conoce y acepta el estado de EL FIDEICOMISO y de los bienes fideicomitidos.
- d. Acepta que la responsabilidad de la FIDUCIARIA es de medio y no de resultado.
- e. Acepta y conoce que el OFERENTE es el único responsable del cumplimiento de las obligaciones contraídas en el CONTRATO DE LA CESIÓN DE DERECHOS DE BENEFICIO mediante este contrato de oferta de cesión con pacto de readquisición”.

De lo anterior, es evidente la responsabilidad del acusado en los hechos por los que se

procede, ya que las operaciones se dirigían a inyectar capital para el desarrollo de actividades de naturaleza privada a cargo de los fideicomitentes, las cuales se vinculaban indistintamente a la ejecución de una serie de contratos que pese a constituir su principal aporte y la fuente de pago para los recursos captados de terceros inversionistas como la gobernación, no fueron siquiera mencionados en las ofertas de cesión y apenas si se describieron de manera genérica en el acto de constitución de los patrimonios autónomos [...] de los contratos de cesión, era evidente que esos dineros no estaban en ningún encargo fiduciario, por el contrario, no podía estar en error ya que la prueba es contundente en demostrar que los dineros salían con destino a un patrimonio autónomo».16

Ahora, dentro de las pruebas que concurrieron a afianzar esa conclusión y que el casacionista deja de lado en la valoración alternativa que propone en el reparo, la que espera sea acogida por la Corte en detrimento de la valoración de los juzgadores, como si de una instancia adicional se tratara, se encuentran:

-El informe de la Contraloría General de la República, en el que se reportó la existencia de estas operaciones, en las que incurrieron varios entes territoriales sin ningún criterio de planeación, conveniencia o riesgo, favoreciéndose a particulares:

«Se indicó que, de acuerdo a los documentos y entrevistas practicadas a los funcionarios de los diferentes entes territoriales visitados, se pudo establecer que las operaciones realizadas obedecían a actividades por manejo de excedentes de liquidez. Hubo ausencia de criterios técnicos para constituir las inversiones y en las visitas no encontraron documentos que evidencien que las entidades hubiesen realizado una evaluación de los oferentes, quienes asumen la responsabilidad de retornar los recursos, como estudios de vinculación, análisis financiero de los proyectos y su rentabilidad, análisis de solidez y respaldo del fideicomitente-oferente, entre otros [...] los particulares se beneficiaron injustificadamente pues en caso de haber acudido al sistema financiero en fechas cercanas al desembolso, se habrían enfrentado a tasas activas promedio del 14.92% para crédito ordinario y el mejor de

los casos al 9.96% para crédito preferencial (sic) al hecho adicional de tener que someterse a los estudios de garantías y rentabilidad de sus proyectos productivos por parte de la entidad financiera otorgante y que las operaciones de inversión en patrimonios autónomos fueron constituidas sin una garantía real, en la medida en que los ingresos del patrimonio corresponden a las rentas obtenidas de los respectivos contratos de explotación que, en caso de no ejecutarse, no otorgan ningún tipo de beneficio económico».17

-La injurada de Álvaro de Jesús Niño Morales, tesorero del departamento del Meta para la época de los hechos, de la cual se dedujo que el procesado fue uno de los artífices en la colocación de los recursos provenientes de excedentes de regalías en patrimonios autónomos:

«Afirma el señor Álvaro de Jesús Niño Morales, que en vista que las tasas de captación de las entidades financieras eran relativamente bajas a un promedio cercano al 6% E.A y teniendo como referencia que para ese mismo año se dio la crisis financiera de la negociación de títulos TES del tesoro, se procedió a hacer contactos con las fiducias con el propósito de conocer más de cerca dichas propuestas. Es así como Fiduagraria y Fiduvalle allegaron propuestas para la colocación de los excedentes en varios productos de su portafolio de inversiones. Procedieron a hacer negociación con ellos a consignarle a las fiduciarias preestableciendo tasas y periodo de colocación, como en el mes de septiembre de 2006 estuve en Bogotá visitando Fiduagraria y conocí personalmente al señor Gustavo Chavez (ejecutivo comercial) quien nos comenzó a enviar las propuestas de manera completa [...].

Dice que la persona encargada de realizar el contacto con las fiduciarias fue NÉSTOR SAMUEL, además dio cuenta que la gobernación no efectuó directamente un contrato de fiducia con las fiduciarias, ya que se debía hacer una licitación con la ley 80, lo cual se demoraría mucho tiempo [...].18

-Los actos administrativos proferidos para ajustar el modo en que se adoptarían las decisiones del comité técnico financiero del departamento del Meta, en las que se dispuso la colocación de los recursos públicos:

«Mediante las resoluciones 0224, 0283 y 0304 de 2006 [NÉSTOR SAMUEL GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ], modificó el Comité Técnico Financiero para la constitución, renovación y cancelación de títulos y lo hizo de tal manera que este quedó integrado por los directores administrativos de tesorería y presupuesto y por él como secretario de hacienda, reservándose para éste último, es decir, para sí mismo, la calidad de presidente. Además suprimió a la secretaria privada del gobernador como miembro de ese comité».19

Así las cosas, no se evidencia en el cargo una argumentación orientada a develar qué repercusión tendrían en las conclusiones de la sentencia los testimonios que se denuncian excluidos. En este aspecto, debe tenerse presente, como se indicó en precedencia, que los juzgadores no están compelidos a manifestarse frente a todas y cada una de las pruebas aportadas a la actuación, ni a expresar cuál es el mérito suasorio individualmente concedido a las mismas.

La Sala, en virtud del principio de selección probatoria, ha señalado que el sentenciador no está obligado a realizar un examen exhaustivo de todos los medios de convicción incorporados al proceso sino únicamente de aquellos que considere fundamentales para sustentar la decisión adoptada (CSJ SP, 29 Oct. 2003, Rad. 19737, reiterada en CSJ AP 1586-2019, Rad. 54870, CSJ SP 1175-2020, Rad. 52341, entre otras). De lo contrario, las decisiones que ponen fin a la actuación serían intrincadas, lesivas de la claridad y farragosamente extensas, más aún en asuntos complejos seguidos bajo el régimen de la Ley 600 de 2000 que por su carácter escritural y con permanencia de la prueba, pueden dar lugar al acopio de voluminosos expedientes.

En síntesis, el cargo no reúne los presupuestos conceptuales necesarios para darle paso a

su estudio de fondo, porque la exclusión que anuncia termina siendo marginal, dentro del ámbito discursivo global de la sentencia.

En este reparo se alega que al no aportarse el manual de funciones del presidente del comité técnico financiero del departamento del Meta, no podía tenerse a su presidente NÉSTOR SAMUEL GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ como responsable del manejo de los recursos objeto de apropiación.

Esta inconformidad se postula por la senda del falso juicio de existencia por suposición, yerro que se presenta cuando el juez basa sus conclusiones en una prueba que no obra en el proceso. Sin embargo, lo que se cuestiona no es propiamente que se haya presumido o imaginado la presencia de un elemento de convicción, sino la inferencia a la que se arribó en aquel sentido, en virtud de otras pruebas.

En efecto, sobre dicha temática, aparece en el fallo de primer grado lo siguiente:

«el acusado ejercía el cargo de secretario de despacho en la dependencia de la secretaría financiera y administrativa, el cual desempeñó desde el 3 de marzo de 2006 al 31 de diciembre de 2007, ello conforme se desprende de la Resolución 0036 de 2006 emanada de la secretaría de recursos humanos y desarrollo organizacional de la gobernación del Meta, con la descripción de funciones esenciales, entre otras: “(...) 1. Coordinar con la secretaría de planeación y desarrollo territorial las acciones necesarias para la formulación del plan anual de inversiones. 2. Promover los estudios de impacto de las decisiones políticas macroeconómicas del Estado, sobre las finanzas del departamento... 5. Supervisar la contabilidad financiera, patrimonial y presupuestal de todos los bienes del departamento. 6. Asesorar al gobernador en la formulación de las estrategias de financiamiento de los planes y programas de desarrollo económico y social en coordinación con la secretaría de desarrollo...”²⁰. A más de lo anterior actuó como presidente del comité técnico financiero en el cual se autorizó la constitución y renovación de títulos, de los que se advierte

fácilmente fueron el origen de los desembolsos de millonarias sumas de dinero que llegaron a las arcas de los particulares, bajo la novísima figura de patrimonios autónomos fondeados con recursos públicos.²¹

En este punto, se pasa por alto el principio de libertad probatoria y que no existe tarifa legal para acreditar la relación que vinculaba al procesado con el manejo de los recursos públicos materia de apropiación.

La valoración conjunta de la pruebas, en especial la documental, permitió establecer que GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ ostentaba la calidad de servidor jurídico y contaba con la disponibilidad jurídica del dinero que dispuso trasladar a los patrimonios autónomos, disponibilidad que como lo ha dicho la jurisprudencia, no se deriva exclusivamente de una asignación de competencias, pues basta que esté asociada al ejercicio de un deber funcional (CSJ SP, 6 Mar. 2003, Rad. 18021).

Bajo este panorama, se advierte que la crítica realizada por el recurrente no recae en la existencia de la prueba, como corresponde plantearse en estos casos, sino en las conclusiones adoptadas frente a la misma, lo cual es incompatible con la modalidad de error de hecho en la que se ampara el reclamo.

6. Decisión

Como los vicios denunciados se apoyan, en esencia, en divergencias del recurrente con lo decidido, método que, como se dejó visto, resulta ineficaz para demostrar su configuración, la Sala inadmitirá la demanda estudiada.

7. Casación oficiosa.

Advierte la Corte la necesidad de acudir a la facultad oficiosa de que trata el artículo 216 de la Ley 600 de 2000, por cuanto en este asunto se desconoció el principio de legalidad en lo

que tiene que ver con la imposición de las penas.

7.1. La juez a quo, al establecer las consecuencias del delito, tuvo en cuenta el incremento punitivo del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, pese a que el mismo no era procedente en este caso.

En la apelación se puso de relieve tal circunstancia, advirtiendo el tribunal que la inconformidad era fundada, por lo que excluyó dicho aumento. En consecuencia, redosificó la pena de prisión en estos términos:

«En cuanto al delito de peculado, la pena de prisión oscila entre 6 años y un día y 22.5 años de prisión, lo que equivale a 72 y 270 meses respectivamente. El ámbito de movilidad es de 198 meses, por lo que el primer cuarto va de 72 a 121.5 meses de prisión; los cuartos intermedios, de 121.5 a 220.5 meses y el cuarto máximo, de 220.5 a 270 meses. Como la fiscalía imputó dos circunstancias de mayor punibilidad y una de menor punibilidad, la pena debe fijarse en los cuartos intermedios.

En este punto, el juzgado partió del mínimo e hizo un incremento equivalente al 4%. Obrando de la misma forma, en este caso hay lugar a una pena de 126.3 meses de prisión. En razón del concurso homogéneo de peculados el juzgado hizo un incremento de la tercera parte y en virtud del concurso con el delito de celebración indebida de contratos, hizo un incremento del 4%. Actuando de conformidad con ello, para no violar la proscripción de la reforma en perjuicio del condenado que es apelante único, el tribunal aprecia que hay lugar a la imposición de una pena definitiva de 235.2 meses de prisión.

En este sentido se modificará el fallo apelado».22

Sin embargo, esta secuencia no se ajusta a las proporciones empleadas en primera instancia para la dosificación, obviando el ad quem que la exclusión del incremento en cuestión también repercutía en las penas de multa e inhabilitación para el ejercicio de

derechos y funciones públicas irrogadas. Por tanto, se hace necesario ajustar el monto de las sanciones impuestas.

7.2. En cuanto al peculado por apropiación, la primera instancia partió de la pena mínima del primer cuarto medio y la incrementó 4%, quedando en 15 años. Luego, la aumentó en una tercera parte por el concurso homogéneo, lo que sumó 20 años. A continuación, tuvo en cuenta la rebaja punitiva por reintegro (artículo 401 del Código Penal), que se aplicó en el equivalente de una cuarta parte, para una pena definitiva de 15 años.

Tratándose del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, se ubicó en el mínimo del primer cuarto medio, al que le aumentó un 4 %, quedando la pena en 8 años y 7 meses.

Por último, a la pena por el delito más grave, (o sea 15 años), aumentó «por el concurso de delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales» seis (6) años más, para una pena definitiva intramural de veintiún (21) años.²³

7.3. Siguiendo estos mismos baremos y partiendo de 126.3 meses, como pena básica para el peculado por apropiación, (esto es, la correspondiente al mínimo del primer cuarto medio más un 4%, como lo indicó el tribunal), se tiene que una vez aumentada en una tercera parte por el concurso homogéneo arroja 168,4 meses. Aplicándole a este guarismo la rebaja por reintegro de una cuarta parte, la pena queda de nuevo en 126.3 meses.

Ahora, por el concurso heterogéneo con el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la juez a quo aumentó la sanción en 6 años, lo que equivale al 40% de la pena base, a partir de la cual calculó el incremento (15 años).

Con ese rasero, aquel guarismo -126.3 meses- se incrementará en igual proporción (40%, es decir 50.5 meses), para una pena definitiva de 176.8 meses o lo que es lo mismo, catorce (14) años, ocho (8) meses y veintiséis (26) días.

7.4. En cuanto a la pena de multa por el peculado por apropiación, esta se fijó en una cuantía equivalente al monto de lo apropiado (\$37.000.000.000), que se tasaron en 44.679,73 salarios mínimos legales mensuales y que con la rebaja por reintegro quedaron en 33.509.8 S.M.L.M.

La multa por la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, sin el aumento de la Ley 890 de 2004, arroja los siguientes cuartos de movilidad: el primero entre 50 y 87.5 S.M.L.M., los cuartos medios entre 87.5 y 162.5 S.M.L.M., y el último cuarto entre 162.5 y 200 S.M.L.M.

Como la primera instancia se ubicó en el mínimo del primer cuarto medio e incrementó por el concurso homogéneo ese guarismo en el mismo monto, para cada uno de los cinco delitos que también se cometieron, se respetará esta proporción y la multa queda en 437,5 salarios mínimos legales mensuales.

En ese orden, dado el concurso heterogéneo de ilicitudes, conforme el artículo 39, numeral 4° del Código Penal, la multa arroja 33.947,3 salarios mínimos legales mensuales.

7.5. Tratándose de la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, el artículo 397 del Código Penal indica que corresponde a la pena privativa de la libertad, lo que serían 126.3 meses. La juez a quo, por el concurso heterogéneo con el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la incrementó en una proporción equivalente a la tercera parte del quantum impuesto por el peculado por apropiación. Entonces, siguiendo ese derrotero, la misma arroja 168.4 meses, lo que equivale a catorce (14) años y cinco (5) meses.

7.6. Valga aclarar que la corrección de las penas en comentario no solo se sujeta al principio de legalidad, sino que además respeta la prohibición de la reforma en peor. Así mismo, se aclara que la decisión impugnada en los demás aspectos que no fueron objeto de modificación, permanece incólume.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

PRIMERO: INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de NÉSTOR SAMUEL GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ.

SEGUNDO: CASAR DE OFICIO Y PARCIALMENTE el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 6 de noviembre de 2019, en el sentido de fijar la pena de prisión impuesta al procesado en catorce (14) años, ocho (8) meses y veintiséis (26) días, la multa en 33.947,3 salarios mínimos legales mensuales y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en catorce (14) años y cinco (5) meses, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: PRECISAR que la decisión del ad quem se mantiene incólume en todos los demás aspectos que no fueron objeto de modificación.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Cópiese, comuníquese, y cúmplase

GERSON CHAVERRA CASTRO

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Lo anterior, luego de que el Juzgado 50 Penal del Circuito de Bogotá avocara de nuevo el conocimiento del asunto y devolviese las diligencias al ad quem, para que resolviese la apelación de la defensa sobre el tema.

3 En la actuación se estableció que las reuniones del Comité Técnico Financiero en las que su presidente NÉSTOR SAMUEL GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ tomó la decisión de girar recursos a patrimonios autónomos, se llevaron a cabo de esta manera: Sociedad Chacón Bernal, 7 noviembre de 2006. Consorcio Proyectar, 1 de septiembre, 2 de octubre y 4 de diciembre de 2006, emitiéndose los cheques correspondientes a los pocos días. Solo dos reuniones tratándose de este último consorcio se verificaron en 2007 (Cfr. Folio 25 sentencia segunda instancia/Folio 29 cuaderno tribunal).

4 El informe No. 440732 del CTI del 20 de enero de 2009, reportó entre sus conclusiones que «al examinar el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago, suscrito por los particulares y la fiduciaria para crear cada uno de los patrimonios autónomos privados, con el objeto de servir de fuente de pago de las obligaciones adquiridas por el fideicomitente, es decir, por quien constituía cada patrimonio autónomo privado, se observa que los dineros oficiales aportados por la Gobernación del Meta, eran reconocidos por la Fiduciaria como aportes

del fideicomitente, perdiendo en consecuencia el carácter de aporte oficial, por cuanto el inversionista -Gobernación del Meta- no es reconocido como tal en el patrimonio autónomo. Y, en cuanto a la oferta de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición celebrada entre el fideicomitente y el inversionista, no configura ni conlleva a que los inversionistas beneficiarios adquieran la calidad de fideicomitentes cesionarios. Dicha operación solo trae como consecuencia que tales accionistas se registren en el patrimonio autónomo como acreedores del fideicomitente [...]. En otros términos, en el contrato de fiducia mercantil se reconoce que el inversionista no adquiere un título valor y, además, pierde la titularidad sobre los recursos colocados en el patrimonio autónomo privado, por cuanto el inversionista pasa a ser un acreedor del fideicomitente, quien asume la titularidad de los recursos públicos situados en esos patrimonios». (Cfr. Fl. 64 sentencia primera instancia).

5 Cfr. Fl. 31 sentencia segunda instancia.

6 Cfr. Fl. 33 y s.s sentencia segunda instancia.

7 Cfr. Fl. 85 y s.s sentencia primera instancia.

8 Cfr. Fl. 107 y s.s. ibídem, negrillas en el texto.

9 Cfr. Fl. 111 ídem.

10 Cfr. Fl. 29 sentencia tribunal.

11 Así aparece en su indagatoria «[realicé] mis estudios universitarios en economía en la Universidad Católica de Colombia, postgrados en el Externado de Colombia en gestión de entidades territoriales y en la Universidad Libre derecho público financiero. Mi actividad laboral yo me vinculé en el año 1989 a la Beneficencia

del Meta en calidad de jefe de personal, a finales del año 1990 fui designado tesorero del Municipio de Villavicencio, en el año 1992 fui nombrado jefe de presupuesto de Villavicencio hasta enero del año 1998, ahí empecé como jefe de control interno de la Gobernación del Meta hasta finales del año 1998 cuando fui encargado y después nombrado jefe de presupuesto del departamento hasta diciembre de 1999, a partir de enero fui nombrado secretario general de la Contraloría Departamental del Meta hasta enero del año 2001, en marzo fui nombrado director de control fiscal en la misma Contraloría hasta agosto del mismo año [...] en febrero de [2004] me vinculé como jefe de control interno de Coormacarena, Corporación Ambiental del Meta, hasta principios de marzo del año 2006 cuando fui designado secretario financiero del departamento del Meta, cargo que ejercí hasta el 31 de diciembre del año 2007 [...]» (Cfr. Fl. 78 y s.s cuaderno copias 4).

12 Cfr. Fl. 92 y s.s sentencia primera instancia.

13 En palabras del tribunal, «se relacionan y transcriben piezas procesales y se reiteran argumentos ya desarrollados. En conjunto, ponen de presente que quienes los profirieron quizá no tuvieron el tiempo necesario para escribir corto, dado el esfuerzo que tal labor demanda. Ello explica que su lectura sea agotadora» (Cfr. Fl. 22 sentencia segunda instancia).

14 Así aparece en su artículo 55. Un mandato más perentorio se consagra en el artículo 163 de la Ley 906 de 2004.

15 Cfr. sesión de audiencia pública del 19 de octubre de 2017.

16 Cfr. Fl. 109 y s.s. sentencia de primera instancia.

17 Cfr. Fl. 42 y s.s. ibídem.

- 18 Cfr. Fl. 89 y s.s. ídem.
- 19 Cfr. Fl. 28 sentencia del tribunal.
- 20 Folio 168 c.o No. 1.
- 21 Ver actas de comité folio 127 y s.s c.o No. 1.
- 22 Cfr. Fl. 36 y s.s sentencia tribunal.
- 23 Cfr. Fl. 132 y s.s. sentencia primera instancia.