



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO
Magistrado Ponente

SP2021-2024
Segunda instancia No. 61800
Acta 178

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinticuatro (2024).

I. VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre los recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía y la defensa técnica contra la sentencia del 10 de mayo de 2022, mediante la cual la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia condenó a **JULIO IBARGÜEN MOSQUERA**, exgobernador del departamento del Chocó, por el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* (art. 410) y lo absolvió del cargo de *peculado por apropiación* (art. 397).

II. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Así los resumió la Sala Especial de Primera Instancia de esta Corporación en la sentencia CSJ SEP054, 10 may. 2022, Rad.: 50535:

“Según la resolución de acusación, los hechos se contraen a que JULIO IBARGÜEN MOSQUERA, en el año 2006, cuando se desempeñaba como gobernador del departamento del Chocó, suscribió tres contratos de prestación de servicios sin los requisitos que exigía la ley 80 de 1993, permitiendo que terceros se apropiaran de dineros públicos.

El acusado tramitó y celebró los siguientes contratos:

1. 0001 de 2006: con Magnolia Palacios de Angulo. Objeto: prestar servicios como secretaria ejecutiva del Gobernador, por valor de \$29.112.000.

2. 0002 de 2006: con Luis Armando Aguilar Guerrero. Objeto: prestar servicios como técnico, en monto de \$21.600.000.

3. 0003 de 2006: con Jenny Alcira Mena Murillo. Objeto: prestar sus servicios como profesional universitario dependiente de la Secretaría de Gestión Administrativa y Talento Humano, que ascendió a \$19.876.633.

Según la acusación, la violación a la ley nace de la desatención de los montos establecidos en la norma para la celebración de contratos sin las formalidades plenas. Así, si se atiende lo registrado como presupuesto de rentas y gastos del departamento del Chocó para ese año - que era de \$232.768.858.506 pesos - se podía contratar sin formalidades plenas cuando la cuantía fuese igual o inferior a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes, es decir, cuando el valor del contrato no superara los \$16.320.000 pesos, pues el salario mínimo legal mensual para ese año era de \$408.000 pesos. En contraste, si se tiene en cuenta el presupuesto de ingresos y gastos asignado a la Administración Central de la Gobernación - el cual, para entonces, era de \$170.333.413.739 - la cuantía permitida para esa modalidad de contratación no podía ser superior a los \$12.240.000 pesos o, lo que es igual, a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

[...]

*En este orden de ideas, para la Fiscalía es claro que JULIO IBARGÜEN MOSQUERA violó los principios de contratación y desatendió los mandatos de la ley, pues **en cualquiera de los***

dos contextos se superaron los topes determinados para la celebración de contratos sin formalidades plenas.

Frente a estas, el ente acusador menciona el artículo 25 del Decreto 679 de 1994, de acuerdo con el cual se entiende por formalidades plenas la "elaboración de un documento escrito, firmado por las partes en el que además de establecer los elementos esenciales del contrato, se incluyen las demás cláusulas a que haya lugar, y el cual es publicado en la forma prevista en el parágrafo 3° del artículo 41 de la ley 80". En el escrito se indica que, de estos requisitos, **no se cumplió con la publicación del contrato.**

Adicionalmente, se relaciona otra vulneración a lo establecido en la ley 80 de 1993. El artículo 32 regula los contratos de prestación de servicios, como aquellos que tienen como fin desarrollar las actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad, los cuales solo pueden celebrarse con personas naturales cuando no haya personal de planta que realice esas actividades o cuando se necesiten conocimientos especializados.

Sobre el particular, menciona tres requisitos que se deben cumplir para celebrar esta clase de contratos: i) Que el objeto sea desarrollar actividades relacionadas con el funcionamiento de la entidad; ii) Que estas no puedan ser asumidas por personal de planta o que necesiten saberes concretos; iii) Que se anexe certificación expedida por el jefe de la dependencia, acerca de la inexistencia de personal de planta que pueda cumplir con el objeto, conforme lo exigen los Decretos 2209 de 1998 y 2170 de 2002.

Vale destacar que la Fiscalía advierte que de sus labores investigativas no logró encontrar evidencia que demostrara el cumplimiento del último de los requerimientos mencionados.

Asimismo, señala que a pesar de que las ordenanzas No. 019 del 15 de diciembre de 2005 y 023 del 26 de diciembre de 2005 le concedían la facultad para definir la planta de personal y sus funciones, **el acusado no incluyó estos cargos dentro de la misma**, como se evidencia del texto del decreto 0693 del 30 de diciembre de 2005 en el que el acusado concretó esa potestad. JULIO IBARGÜEN MOSQUERA prefirió en cambio, suscribir los contratos de prestación de servicios para vincular personas ajenas a la planta de la administración.

Aunado a todo lo anterior, el ente acusador también le endilga al procesado la inobservancia del principio de economía, pues dentro de la investigación **no se encontró que para la tramitación de los contratos cuestionados, se hubieran elaborado e incluido los estudios previos** de que tratan los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la ley 80 de 1993 y el precepto 8 del Decreto 2170 de 2002, que lo reglamenta.

[...]

Ahora bien, respecto del peculado por apropiación, argumenta la delegada que los contratos cuestionados anteriormente fueron el medio utilizado para apoderarse de esos dineros públicos.

*La Fiscalía enrostra al encartado que, **valiéndose de su calidad de servidor público, obligó al departamento a pagar servicios innecesarios a favor de terceros**, a través de los contratos 0001, 0002 y 0003 de 2006, por un valor total que asciende a los \$64.701.633. La violación de lo establecido en la ley 80 de 1993, el Decreto 2170 de 2002 y las demás normas mencionadas permitió que terceros se adueñaran de dineros del erario”.*

III. ANTECEDENTES PROCESALES

1. El proceso se origina con ocasión de una compulsa de copias ordenada por la Fiscalía Cuarta Seccional adscrita a la Unidad de delitos contra la administración pública y de justicia de Quibdó.

2. El 20 de abril de 2009, el Fiscal General de la Nación dispuso abrir investigación previa. El 21 de septiembre de 2011, JULIO IBARGÜEN MOSQUERA rindió versión libre.

3. El 12 de agosto de 2014, se dispuso la apertura de instrucción, la vinculación mediante indagatoria y se ordenó la práctica de pruebas.

4. El 30 de septiembre de 2014, JULIO IBARGÜEN MOSQUERA rindió la indagatoria ante la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal de Cali, comisionada para adelantar dicha diligencia.

5. El 27 de marzo de 2015, se resolvió la situación jurídica de JULIO IBARGÜEN MOSQUERA. El ente acusador

se abstuvo de proferir medida de aseguramiento en su contra.

6. El 23 de enero de 2017, se decretó el cierre de la instrucción, que cobró ejecutoria el 6 de febrero siguiente.

7. El 30 de marzo de 2017, la Fiscalía Octava Delegada ante la Corte Suprema de Justicia calificó el mérito del sumario mediante resolución de acusación en contra de JULIO IBARGÜEN MOSQUERA como presunto autor de un concurso homogéneo y sucesivo de delitos de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* (art. 410) que, al tiempo, concurra con *peculado por apropiación el favor de terceros* (art. 397), también en concurso homogéneo y sucesivo de delitos. Esta decisión cobró ejecutoria el **28 de abril de 2017**.

8. El 10 de mayo de 2022, la Sala Especial de Primera Instancia resolvió lo siguiente:

“Primero. ABSOLVER a JULIO IBARGÜEN MOSQUERA por el concurso de conductas punibles de peculado por apropiación por el cual fue acusado.

Segundo. CONDENAR a JULIO IBARGÜEN MOSQUERA, de condiciones civiles y personales conocidas en el proceso, como autor responsable del concurso homogéneo del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales a la pena principal de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de sesenta y siete (67) meses y quince (15) días y multa de (150) ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Tercero: NO CONDENAR a JULIO IBARGÜEN MOSQUERA al pago de perjuicios económicos derivados del concurso de delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Cuarto: EXONERAR a JULIO IBARGÜEN MOSQUERA del pago expensas y agencias en derecho.

Quinto: *NEGAR al sentenciado la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

Sexto: *RECONOCER a JULIO IBARGÜEN MOSQUERA la prisión domiciliaria, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia”.*

La Fiscalía y la defensa técnica interpusieron y sustentaron dentro del término legal el recurso de apelación contra la sentencia absolutoria.

El Ministerio Público describió el traslado como no recurrente.

9. El 7 de junio de 2022, la Sala Especial de Primera Instancia concedió el recurso de apelación en el efecto suspensivo ante esta Corporación.

10. La carpeta fue enviada a esta Sala el 8 de junio de 2022, lo que motiva su conocimiento.

IV. LA DECISIÓN APELADA

Al proferir la sentencia de primera instancia, el *a quo* dividió su análisis en consideración con las dos conductas punibles por las que fue acusado JULIO IBARGÜEN MOSQUERA, así:

1. Del contrato sin cumplimiento de requisitos legales (art. 410).

En primer lugar, estableció que la cifra que se debe tener en cuenta en el ejercicio de adecuación típica es aquella que refleja el presupuesto asignado para la Administración Central del Departamento del Chocó para el año 2006, el cual correspondió a ciento setenta mil trescientos treinta y tres millones cuatrocientos trece mil setecientos treinta y nueve pesos (\$170.333'413.739), al tenor de lo dispuesto en la ordenanza 024 del 26 de diciembre 2005, lo que equivale a **417.483, 85** salarios mínimos legales mensuales vigentes al año 2006¹.

Ello, en consecuencia, suponía que la entidad contratante tenía un presupuesto anual igual o superior a 250.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inferior a 500.000 y, así, era aplicable el parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993, para contratos que superaran 30 salarios mínimos legales mensuales.

No obstante, los contratos cuestionados (0001, 0002 y 0003 de 2006) tenían, cada uno, cuantía superior a los 30 salarios mínimos legales mensuales², con lo que tenía que seguirse lo dispuesto el artículo 25 del Decreto 679 de 1994 y, por consiguiente, debían haberse publicado.

Sin embargo, “[d]entro de la foliatura no existe constancia ni elemento material alguno que acredite que se publicaron dichos contratos en el Diario Oficial - Diario Único de Contratación Pública, según las tarifas estipuladas en la Resolución 510 de 2005”³.

¹ El salario mínimo legal mensual para ese año era de \$408.000 pesos.

² Los 30 salarios mínimos legales mensuales a los que hace referencia la norma equivaldrían a \$12'440.000 pesos, pero las cuantías fueron de \$29.112.000, \$21.600.000 y \$19.876.633, respectivamente, para un total de \$64.701.633.

³ Página 41 del fallo apelado. Folio 351 del cuaderno de primera instancia.

Por el contrario, *“se logró establecer que los contratos aquí cuestionados fueron adjudicados por contratación directa sin formalidades plenas, por encima de la menor cuantía establecido [sic] en la ley 80 de 1993”*⁴.

Adicionalmente, advirtió que, para poder contratar los servicios de una persona para desarrollar actividades que no pueden ser asumidas por el personal de planta de la entidad, era imprescindible contar con la certificación del jefe del organismo que diera cuenta de la inexistencia en la planta de personal suficiente para cumplir tales cometidos.

Y, si de lo que se trataba era de una necesidad de contratación por insuficiencia de personal de planta para cumplir los deberes estatales del ente territorial, para ello debió contarse con estudios previos y la certificación que diera cuenta de la carencia de personal requerido, *“sin que se haya contado con ellos, para justificar de esa manera la regularidad de los contratos redargüidos”*⁵.

Sin mencionar que el propio exgobernador manifestó con claridad que para ninguno de los tres contratos aquí cuestionados elaboró los correspondientes estudios de conveniencia y necesidad.

Con esto, el *a quo* evidenció que:

“JULIO IBARGÜEN MOSQUERA prefirió, en contra de lo establecido en la ley, usar la figura de los contratos de prestación de servicios, además violando las formalidades de esta modalidad

⁴ Página 42 del fallo apelado. Folio 352 del cuaderno de primera instancia.

⁵ Página 47 del fallo apelado. Folio 357 del cuaderno de primera instancia.

contractual [...] a pesar de que el procesado tenía opciones que se ajustaban a lo dispuesto en el ordenamiento, decidió utilizar mecanismos que ignoraban las regulaciones normativas, para, finalmente, transgredir el ordenamiento jurídico”⁶.

En consecuencia, *“efectivamente la conducta cometida por el acusado se adecuó objetivamente a lo descrito en el artículo 410 del Código Penal”⁷.*

Con respecto al dolo, indicó, por una parte, que se cumple el elemento *cognitivo*, pues:

“La vida profesional del acusado y las actividades propias del cumplimiento de sus deberes nos permiten concluir válidamente que conocía de las reglas que regían el ejercicio de la función pública y el estatuto de contratación. Su trabajo desarrollado en años anteriores como concejal de Itzmina y Quibdó, diputado a la Asamblea Departamental del Chocó, Representante a la Cámara y Gobernador, son indicativos de que estaba al tanto del funcionamiento de la administración, por lo que no resulta predicable su desconocimiento de la ley en asuntos contractuales”⁸.

Frente al elemento *volitivo*, señaló que está probado debidamente, en razón a que *“fue el mismo acusado el que manifestó clara y expresamente que la decisión de contratar a Magnolia Palacios de Angulo, Luis Armando Aguilar Guerrero y Jenny Alcira Mena Murillo fue tomada por él personalmente y bajo su entera responsabilidad”⁹.*

Finalmente, con respecto a la *antijuridicidad* de la conducta, indicó que JULIO IBARGÜEN MOSQUERA lesionó efectivamente el bien jurídico tutelado e impidió que los

⁶ Página 48 del fallo apelado. Folio 358 del cuaderno de primera instancia.

⁷ Página 58 del fallo apelado. Folio 368 del cuaderno de primera instancia.

⁸ Página 60 del fallo apelado. Folio 370 del cuaderno de primera instancia.

⁹ Página 63 del fallo apelado. Folio 373 del cuaderno de primera instancia.

objetivos establecidos en el ordenamiento legal para la administración pública se consiguieran.

Además, encontró acreditada su *culpabilidad*, pues “[d]entro de la actuación no se encuentra reporte alguno que dé cuenta que al momento de la tramitación y suscripción de los contratos el enjuiciado padeciera de alguna perturbación síquica u otra situación que le impidiera comprender [sic] y acatar el ordenamiento jurídico que regulaba el tema contractual”¹⁰.

2. Del peculado por apropiación (art. 397).

Inició aclarando que, a pesar de que se logre la demostración suficiente del delito consagrado en el artículo 410 sustantivo penal, al desconocerse requisitos esenciales del contrato de prestación de servicios, tales trasgresiones le son propias a las esferas objetiva y subjetiva del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, figura punible que comporta características, naturaleza y presupuestos diferentes a los que conforman el delito de *peculado por apropiación*, a pesar de que puedan en algunos casos guardar una relación de medio a fin.

Sin embargo, “el ente persecutor parece derivar la responsabilidad penal en el delito de *peculado*, como la consecuencia de considerar acreditadas las irregularidades contractuales, sin ocuparse de comprobar con la suficiencia exigida por la codificación, los elementos que estructuran el tipo penal, ni el dolo requerido para su configuración”¹¹.

¹⁰ Página 69 del fallo apelado. Folio 379 del cuaderno de primera instancia.

¹¹ Página 79 del fallo apelado. Folio 389 del cuaderno de primera instancia.

Con esto, consideró que, aunque el contrato no siguió los requisitos requeridos, no se probó que hubiese un detrimento patrimonial, pues:

“[N]o se aportó elemento de convicción que pusiera en evidencia que los servicios contratados no fueron prestados y, por el contrario, se cuenta con medios de prueba que avalan que los contratistas dieron cabal cumplimiento a las obligaciones adquiridas en los convenios estatales, conjugando de esa forma el adecuado uso del patrimonio público”¹².

Incluso, evidenció que *“existían circunstancias que mostraban que cuando menos resultaban útiles los servicios prestados por Magnolia Palacios de Angulo, Luis Armando Aguilar Guerrero y Jenny Alcira Mena Murillo, a pesar de las falencias que se evidenciaron en su proceso de contratación”¹³.*

Por lo anterior, encontró que, *“[s]iendo entonces el núcleo central del delito de peculado la censura a las conductas dirigidas a menoscabar el patrimonio público, no se encuentra acreditado en el plenario que tal haya sido el actuar de IBARGÜEN MOSQUERA, ni esa la finalidad perseguida”¹⁴.*

En consecuencia, lo absolvió del delito en cuestión.

3. Bajo este panorama, le impuso la pena mínima de prisión (48 meses) y le aumentó 6 meses en razón a que se trató de un concurso de conductas punibles, por ser 3 contratos, arribando a un total de 54 meses de prisión.

¹² Página 82 del fallo apelado. Folio 392 del cuaderno de primera instancia.

¹³ Página 84 del fallo apelado. Folio 394 del cuaderno de primera instancia.

¹⁴ Página 88 del fallo apelado. Folio 398 del cuaderno de primera instancia.

En la misma proporción incrementó la pena de inhabilitación de derechos y funciones públicas, tasándola en 67 meses y 15 días.

En lo relativo a la multa, como el primer evento delictivo quedó en *“cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el concurso homogéneo arrojará al mismo guarismo para cada uno de los delitos concúrsales homogéneos, por lo que se aumentarán en 100 smlmv, quedando fijada la multa para los tres reatos en un total de (150) ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes”*¹⁵.

4. Negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena atendiendo que la sanción impuesta supera 3 años de prisión, pero concedió la sustitución de ésta teniendo en cuenta que: i) la pena de prisión mínima prevista para el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* es de 4 años; y ii) no figuran antecedentes que indiquen que el procesado requiera tratamiento penitenciario, pues:

*“[A] pesar de que dentro de este trámite encaminó su comportamiento al desconocimiento del ordenamiento jurídico realizando comportamientos que afectaron la administración pública al tramitar y suscribir 3 contratos al margen de las exigencias legales, no puede desconocerse que esos hechos tuvieron acaecimiento hace más de 16 años, sin que el procesado haya registrado nuevas violaciones a la normativa penal. Así, resulta evidente que la persona que en esta decisión se sentencia no representa un peligro para la comunidad, lo cual hace innecesaria la internación carcelaria, para que la pena cumpla sus fines resocializadores y preventivos”*¹⁶.

V. SÍNTESIS DE LAS APELACIONES

¹⁵ Página 96 del fallo apelado. Folio 406 del cuaderno de primera instancia.

¹⁶ Página 100 del fallo apelado. Folio 410 del cuaderno de primera instancia.

1. La propuesta por la Fiscalía Octava Delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

Para cuestionar la sentencia absolutoria de primera instancia frente al delito de *peculado por apropiación* en favor de terceros, el representante del ente acusador plantea, en lo sustancial, que, ante la inexistencia de una necesidad real de contratar los servicios por fuera de la planta de personal del nivel central de la Gobernación, quedó debidamente acreditado un “ánimo ilegal de manejar una nómina personal paralela a aquella”¹⁷.

Ello, en consecuencia, derivó en el pago de:

*“[E]rogaciones del patrimonio público, pues además del pago de la nómina del departamento, debió pagarse el valor de cada uno de los contratos de prestación de servicios, menoscabándose el patrimonio público departamental, que conforme a lo reportado por FIDUAGRARIA S.A., ascendió al valor de **\$70.588.633**, suma de dinero que les fuera cancelada a los contratistas Magnolia Palacios de Angulo, Luis Armando Aguila [sic] Guerrero y Jenny Alcira Mena Murillo, por concepto de los servicios prestados”¹⁸.*

Con esto, sostiene que existe prueba suficiente para demostrar que “el exgobernador actuó de manera consciente y voluntaria, beneficiando a personas que denominó “de confianza”, a través de dichos contratos de prestación de servicios, con el pago de valores superiores a los que percibirían mediante nombramientos en la planta de funcionarios, conforme a los requisitos que ostentaban”¹⁹.

Conforme a lo expuesto, indica que, en su criterio, “contrario a lo expuesto por la Honorable Sala de Primera Instancia, los

¹⁷ Página 5 de la apelación de la Fiscalía. Folio 484 del cuaderno de primera instancia.

¹⁸ Página 8 de la apelación de la Fiscalía. Folio 487 del cuaderno de primera instancia.

¹⁹ *Ibidem*.

elementos del tipo penal de peculado por apropiación si se encuentran acreditados”²⁰ y, en consecuencia, solicita que se revoque la sentencia absolutoria.

2. La propuesta por la defensa técnica.

El apoderado de JULIO IBARGÜEN MOSQUERA indicó que, contrario a lo resuelto por el *a quo*, el ex gobernador del departamento del Chocó no incurrió en el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, en tanto la ordenanza 024 del 26 de diciembre 2005:

“[D]esconoce la posibilidad de lo que anteriormente denominamos como "fluctuaciones" presupuestales provenientes de políticas encaminadas a un mayor recaudo de por ejemplo, no solamente provenientes del Sistema de Participación, sino de impuestos al consumo de cervezas, licores, cigarrillos y tabaco, o ingresos provenientes al Registro, sobretasas a la gasolina o a los vehículos”²¹.

En este sentido, en su criterio, no existe prueba fehaciente sobre la cifra exacta del presupuesto asignado para la Administración Central del departamento del Chocó para el año 2006, lo que *“resulta [en] una duda insalvable para el momento en el que se tomó la decisión”²²* acerca de si la entidad contratante tenía un presupuesto anual igual o superior a 250.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inferior a 500.000.

²⁰ Página 10 de la apelación de la Fiscalía. Folio 489 del cuaderno de primera instancia.

²¹ Página 12 de la apelación de la defensa. Folio 442 del cuaderno de primera instancia.

²² Página 13 de la apelación de la defensa. Folio 443 del cuaderno de primera instancia.

Ello, a su vez, supone que *“no resulta claro e incontrovertible que resulte en las anteriores condiciones aplicable el parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993, puesto que la cuantía de cada uno de los actos administrativos contractuales objeto de la actuación por no saberse si su valor estaba o no dentro de los montos que contempla la norma en cita”*²³.

Adicionalmente, sostuvo que, independientemente de que la contratación directa fuese válida o no:

*“[N]o existen de otro lado elementos suasorios con fundamento en los cuales se pueda afirmar, más allá de la duda, que se obviaron o pretermitieron los requisitos exigidos en estas eventualidades para reprochar la contratación que ahora quiere atribuírsele a título delictivo al exgobernador del Chocó JULIO IBARGUEN [sic] MOSQUERA, razón por la cual, tal situación debe, jurídicamente, ser resuelta a su favor, ante la imposibilidad de eliminarla”*²⁴.

Por otro lado, reclamó que no se vulneró el bien jurídico de la administración pública, pues ésta *“jamás se traumatizó, pues las labores encomendadas a todos y cada uno de los funcionarios contratados cumplieron cabalmente con los compromisos y funciones que de ellos se esperaba que desarrollaran”*²⁵ y, de todas formas, aunque sí hubiera una irregularidad relevante para el Derecho Penal, en la declaración del ex gobernador *“se demuestra la buena fe con la que actuaba y su interés en que la administración funcionara mejor y no con el propósito o finalidad de que fuera lesionado el bien jurídico tutelado”*²⁶.

²³ Página 14 de la apelación de la defensa. Folio 444 del cuaderno de primera instancia.

²⁴ Página 41 de la apelación de la defensa. Folio 471 del cuaderno de primera instancia.

²⁵ Página 43 de la apelación de la defensa. Folio 473 del cuaderno de primera instancia.

²⁶ Página 46 de la apelación de la defensa. Folio 476 del cuaderno de primera instancia.

Con todo, solicitó que se emita un pronunciamiento “revocándose entonces la proferida en la Primera Instancia respecto de la contratación supuestamente realizada sin el lleno de los requisitos legales”²⁷.

VI. INTERVENCIÓN DEL NO RECURRENTE

La representante del Ministerio Público se opuso a los dos recursos de apelación, de la siguiente manera:

1. Frente a lo planteado por la Fiscalía, señaló que:

“[L]os argumentos con los que se sustenta el recurso de apelación no tienen la suficiente fuerza argumentativa para enervar el fallo absolutorio, en principio porque son la reiteración de los alegatos finales y de los argumentos de la acusación, con los cuales se atribuyó la existencia del delito de peculado por apropiación tomando como base la comprobación del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales”²⁸.

En este sentido, aduce que, en efecto, para declarar la responsabilidad penal por el delito de peculado por apropiación “se requiere demostrar la apropiación en provecho propio o de terceros de tan siquiera uno de tales bienes”, pero el ente acusador, como bien lo dijo el *a quo*, creyó que dicha apropiación se materializaba solamente con el pago de los honorarios pactados en cada uno de los contratos objeto de censura, siendo que “ese solo hecho no agota el delito imputado, toda vez que el mismo puede corresponder a la contraprestación económica por el servicio efectivamente prestado”²⁹.

²⁷ Página 26 de la apelación de la defensa. Folio 456 del cuaderno de primera instancia.

²⁸ Página 3 de la réplica de la Procuraduría. Folio 496 del cuaderno de primera instancia.

²⁹ *Ibidem*.

Así, señala que la Fiscalía:

“[N]o demostró la apropiación como elemento fundante de esta clase de peculados, siendo que no demostró si el servicio contratado efectivamente se prestó o no se prestó. Igualmente, no se hizo un estudio de mercados a fin de poder inferir siquiera la existencia de un presunto sobrecosto, el cual no se puede determinar con la sola comparación entre lo devengado por un funcionarlo de planta y la compensación económica pactada”³⁰.

2. Con relación a lo propuesto por la defensa, sostuvo que *“el valor que se debe tener en cuenta para dichos efectos es el del presupuesto general de la respectiva entidad territorial, el que de acuerdo con el artículo 300 de la Constitución Política, es expedido por las Asambleas Departamentales”, con lo que “no resulta aplicable la duda como solución a los problemas que en este sentido plantea el apelante, pues como se dijo, el presupuesto general no es susceptible de modificaciones, siendo único y previamente definido por la Asamblea Departamental”³¹.*

Así, adujo que la primera instancia acertó al establecer que los contratos de que trata este proceso se guiaban por el Decreto 679 de 1994, el cual exigía una publicación, *“la que según se determinó probatoriamente, no se hizo, circunstancia que hizo factible la imputación por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales”³².*

Finalmente, en lo tocante con la desestimación del dolo por la presunta buena fe con la que actuó el ex gobernador, manifestó que la conducta es *“a todas luces dolosa, atendiendo la*

³⁰ Ibidem.

³¹ Página 6 de la réplica de la Procuraduría. Folio 499 del cuaderno de primera instancia.

³² Página 7 de la réplica de la Procuraduría. Folio 500 del cuaderno de primera instancia.

basta [sic] experiencia en el sector público de la que gozaba para la época de los hechos el procesado, siendo conocedor de que todo contrato estatal debía contar mínimo con la realización de unos estudios previos”³³.

Por ende, en su criterio, el fallo apelado fue acertado y solicita “despachar en forma desfavorable los recursos de apelación presentados por el Delegado de la Fiscalía General de la Nación y por la defensa”³⁴.

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Atendiendo lo establecido en el artículo 186 de la Constitución Política, modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2018, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver los recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía y la defensa técnica contra la sentencia del 10 de mayo de 2022, por haber sido proferida por la Sala Especial de Primera Instancia de esta Corporación.

2. El recurso de apelación es el mecanismo por medio del cual la parte afectada con una decisión que resulta contraria a sus intereses la somete al análisis del superior funcional de quien la emitió, con el fin de revisar su legalidad, de allí que repose en el censor una carga argumentativa destinada a demostrar el desacierto en el que incurrió la autoridad judicial y con incidencia en los intereses del proponente.

³³ Página 8 de la réplica de la Procuraduría. Folio 501 del cuaderno de primera instancia.

³⁴ *Ibidem*.

En efecto, es deber del recurrente exponer sus argumentos fácticos y/o jurídicos a través de los cuales evidencie el equívoco cometido por el funcionario judicial, atacando los argumentos en que se soportó la decisión, pues, de lo contrario, la autoridad llamada a conocer la apelación queda imposibilitada para efectuar el estudio propuesto.

Adicionalmente, en estricta observancia del *principio de limitación* propio de la alzada, el estudio se concretará en los puntos de inconformidad planteados por los recurrentes, sin perjuicio de que el análisis pueda extenderse a temas vinculados directamente al objeto de censura.

Con esto, corresponde a la Corte determinar si, contrario a lo resuelto por el *a quo*, las actuaciones de JULIO IBARGÜEN MOSQUERA, siendo gobernador del departamento del Chocó, de celebrar los contratos de prestación de servicios 0001, 0002 y 0003 de 2006, son constitutivas de los delitos de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* (art. 410) y *peculado por apropiación* (art. 397), como fue formulado en la resolución de acusación ante la Sala Especial de Primera Instancia de esta Corporación.

Por consiguiente, compete a la Corte resolver si: i) se mantiene la condena en relación con el primero y/o la absolución frente al segundo; o ii) si se procede a su revocatoria, conforme lo solicitan, respectivamente, los recurrentes.

En este sentido, de acuerdo con las exigencias del artículo 232 de la Ley 600 de 2000, se analizará si las pruebas incorporadas y debatidas conducen a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado.

3. El delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

3.1 El artículo 410 del Código Penal dispone que:

«El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo céelebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años».

Esa norma, vigente desde julio 24 de 2001³⁵, únicamente ha sido modificada en el aspecto punitivo, a través de las Leyes 890 de 2004³⁶ y 1474 de 2011³⁷.

3.2 De manera prolífica y reiterada, esta Sala ha entendido que el punible en mención se estructura en aquellos eventos en los que un sujeto activo *calificado*, esto es, un servidor público en ejercicio de sus funciones –lo que delimita el dominio del hecho–, interviene en alguna de las fases contractuales precisadas en la norma³⁸.

³⁵ Ley 599 de 2000, artículo 476.

³⁶ Artículo 14.

³⁷ Artículo 33. Circunstancias de agravación punitiva.

³⁸ CSJ SP400, 20 sep. 2023, Rad. 60311.

A su vez, la disposición es caracterizada como un tipo penal *en blanco*, lo que implica que su contenido debe complementarse con disposiciones ajenas a las penales, con miras a determinar cuáles son los requisitos indispensables para el trámite, suscripción y liquidación de los contratos públicos.

Por lo anterior, se tiene establecido que:

*“[E]l delito prevé tres formas alternativas de realización: (i) **inobservar los requisitos legales sustanciales en la tramitación del contrato, lo que incluye todos los pasos que la administración debe realizar hasta su celebración**, (ii) omitir la verificación de los presupuestos previstos en la ley de contratación estatal al momento de su perfeccionamiento y (iii) desconocer las exigencias relacionadas con la liquidación del contrato.*

Ello guarda relación con la intención del legislador, que subyace a la tipificación delictiva, en cuanto, busca separar el comportamiento punible desplegado por los funcionarios encargados de impulsar el trámite de la contratación, del ejecutado por el ordenador del gasto, en relación con las etapas de celebración y liquidación del mismo, quedando al margen de protección la etapa de ejecución, que no comporta reproche penal”³⁹.

3.3 En relación con el conjunto de principios inherentes a los procesos de contratación estatal y los requisitos esenciales de ésta, se ha tenido la oportunidad de puntualizar que:

*“[N]o cualquier inobservancia o falta de verificación en el cumplimiento de las formalidades de ley aplicables a la contratación estatal realiza el tipo objetivo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. **El quebrantamiento de la legalidad en las fases de tramitación, celebración o liquidación del contrato ha de recaer sobre aspectos***

³⁹ CSJ SP1138, 6 abr. 2022, Rad.: 59738.

sustanciales, cuya desatención comporta la ilicitud del proceso contractual, basada en el quebranto de alguna o varias máximas que deben regir la contratación estatal. Sobre este último particular, de cara al art. 410 del C.P., un requisito contractual puede catalogarse como esencial a partir de, entre otros criterios, la valoración sobre el impacto que su inobservancia pueda tener en la materialización de los principios de la contratación estatal, en tanto concreción de las máximas rectoras de la función administrativa (art. 209 de la Constitución). Sobre esa base, la jurisprudencia tiene dicho que los principios constitucionales y legales que gobiernan la contratación de la administración pública integran materialmente el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales⁴⁰.

3.4 Como se vio en el resumen de la actuación procesal y del problema jurídico, la Sala Especial de Primera Instancia resolvió, en lo sustancial, que el ente acusador acreditó que JULIO IBARGÜEN MOSQUERA, siendo el gobernador del departamento del Chocó, inobservó –de manera consciente y voluntaria- los requisitos legales sustanciales en la tramitación de los contratos 0001, 0002 y 0003 de 2006, pues éstos tenían, cada uno, cuantía superior a los 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes⁴¹, con lo que, entre otras, debía realizarse un estudio de necesidad y efectuarse la publicación de los contratos.

3.5 Ahora, si bien el apelante exteriorizó una serie de argumentos con los que pretende demostrar que la conducta desplegada por JULIO IBARGÜEN MOSQUERA no se ajusta al delito en cuestión, no explicó realmente por qué son equivocadas las apreciaciones que soportaron la declaratoria de responsabilidad penal, como pasa a verse:

⁴⁰ CSJ SP712, 25 ene. 2017, Rad.: 48250.

⁴¹ Los 30 salarios mínimos legales mensuales a los que hace referencia la norma equivaldrían a \$12'440.000 pesos, pero las cuantías fueron de \$29.112.000, \$21.600.000 y \$19.876.633, respectivamente, para un total de \$64.701.633.

3.5.1 Aunque la defensa plantea en su apelación, a grandes rasgos, que el presupuesto anual de la entidad departamental es “*fluctuante*”, con lo que no está acreditado que los contratos cuestionados no sean de menor cuantía, no explicó en debida forma por qué debería restársele valor suasorio a la ordenanza 024 del 26 de diciembre 2005, en la cual se refleja específicamente que el presupuesto asignado para la Administración Central del Departamento del Chocó para el 2006 correspondió a 170.333’413.739 de pesos o, lo que es lo mismo, 417.483, 85 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Solo critica, sin atacar realmente los argumentos jurídicos en que se soportó la decisión, que, en su criterio, deberían tenerse en cuenta las “*políticas encaminadas a un mayor recaudo de por ejemplo, no solamente provenientes del Sistema de Participación, sino de impuestos al consumo de cervezas, licores, cigarrillos y tabaco, o ingresos provenientes al Registro, sobretasas a la gasolina o a los vehículos*”⁴².

Con esto, no dio luces acerca de cuál sería el verdadero monto que existía para el momento de la vinculación de aquellas personas ni explica, en concreto, la cifra que tuvo en cuenta el acusado según la cual esas contrataciones cumplían –o cumplirían- los requisitos legales. Tampoco aporta de manera legal, regular y oportuna documentación que lleve a considerar montos diversos a los certificados en la multicitada ordenanza.

⁴² Página 12 de la apelación de la defensa. Folio 442 del cuaderno de primera instancia.

Adicionalmente, el *a quo* fue enfático en que el presupuesto asignado para la Asamblea, la Contraloría Departamental, Indecho, la Fábrica de Licores, Lotería y Dasalud, el cual, efectivamente, alcanza un monto de 232.768'858.506 de pesos, no puede ser tenido en cuenta debido a que *“corresponden al presupuesto asignado a otras instituciones que integran toda la entidad territorial”*⁴³ y no al monto con el que contaba la Gobernación para sufragar sus gastos de funcionamiento.

3.5.2 Por otro lado, el recurrente también dice que no se demostró que, admitiendo que los contratos cuestionados no sean de menor cuantía, se hubieran desatendido sus requisitos legales.

Ello, sin embargo, no enseña razones para derrumbar las conclusiones a las que llegó el *a quo*, cuando evidenció que, en virtud del artículo 25 del Decreto 679 de 1994, se requería la *“elaboración de un documento escrito, firmado por las partes en el que además de establecer los elementos esenciales del contrato, se incluyen las demás cláusulas a que haya lugar, y el cual **es publicado en la forma prevista en el parágrafo 3° del artículo 41 de la ley 80**”*, pero *“no existe constancia ni elemento material alguno que acredite que se **publicaron** dichos contratos en el Diario Oficial - Diario Único de Contratación Pública, según las tarifas estipuladas en la Resolución 510 de 2005”*⁴⁴.

De todas formas, la falta de publicación de los contratos no fue la única inobservancia que llevó al quebrantamiento de la legalidad en las fases de tramitación, pues: i) tampoco

⁴³ Página 37 del fallo apelado. Folio 347 del cuaderno de primera instancia.

⁴⁴ Página 41 del fallo apelado. Folio 351 del cuaderno de primera instancia.

se realizaron los estudios de conveniencia y necesidad; y ii) Talento Humano no conceptuó que dentro de la planta de personal del departamento del Chocó no había empleados que pudieran desempeñar los cargos para los cuales se realizaron los contratos aquí investigados.

Sin mencionar que, como bien lo dijo la primera instancia, el propio ex gobernador manifestó con claridad que “no ordené ningún estudio distinto al que mi experiencia me había dado”⁴⁵ para ninguno de los tres contratos aquí cuestionados.

Con esto, acertó el *a quo* al concluir que se quebrantó la legalidad del contrato sobre aspectos sustanciales, con lo son la *publicidad* del contrato y la *economía* del mismo, anclada en la ausencia de verificación de la necesidad de las labores que prestarían Magnolia Palacios de Angulo, Luis Armando Aguilar Guerrero y Jenny Alcira Mena Murillo.

Lo anterior, pues dichos elementos resultaban *esenciales* para: i) garantizar el conocimiento de la ciudadanía frente a las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones necesarias y convenientes para la celebración de los contratos –en virtud del artículo 41 de la Ley 80 de 1993-; y ii) determinar si se podía aplicar la excepción para contratar con personas naturales, cuando no haya personal de planta que realice esas actividades o cuando se necesiten conocimientos especializados.

Así, siguiendo los postulados de la sentencia CSJ SP712, 25 ene. 2017, Rad.: 48250, el quebrantamiento

⁴⁵ Audiencia pública de juzgamiento, 23 de agosto de 2021, reg. 1:22:43.

citado, en sus diferentes vertientes, supone una desatención penalmente relevante que comporta la ilicitud del proceso contractual y, asimismo, la adecuación al *tipo objetivo* del artículo 410 de la Ley 599 de 2000.

Ahora, en este punto es prudente aclarar que, como se verá con posterioridad cuando se estudie la configuración típica del delito de *peculado por apropiación* en favor de terceros, si bien en la celebración de los contratos cuestionados no se llevaron a cabo los estudios pertinentes para verificar la necesidad de los servicios pactados, ello no supone, obligatoriamente, que, en este proceso penal, mediante otros medios de prueba, no se pueda saber, con meridiana certeza, si eran necesarios o no.

3.5.3 Frente al *tipo subjetivo*, el defensor, someramente, critica la conclusión a la que llegó el *a quo* al establecer el dolo en la conducta de JULIO IBARGÜEN MOSQUERA, la cual se basó, en lo fundamental, en su propia declaración⁴⁶, y dice que, en realidad, de sus dichos no debería entenderse que buscó, de manera voluntaria, afectar la administración pública, sino que actuó de buena fe.

Sin embargo, ello no pasa de ser un argumento personal, carente de estructuración jurídica, en cuanto a que no demostró, en ningún sentido, por qué la valoración realizada al medio probatorio resulta errónea ni que ésta

⁴⁶ Como se vio, el *a quo* concluyó que “se evidencia con claridad que el acusado actuó con voluntad al celebrar los contratos de prestación de servicios, al punto que es él mismo quien reconoce que contratar sin contar con los estudios previos, incumpliendo los requisitos legales, obedeció a su propia voluntad”. Página 63 del fallo apelado. Folio 373 del cuaderno de primera instancia.

hubiera sido tergiversada o distorsionada en su contenido, sino que simplemente pretende que se adopte, sin más, su punto de vista, siendo que tenía el deber de exponer sus argumentos fácticos y/o jurídicos a través de los cuales se evidencie el equívoco cometido por el funcionario judicial.

3.5.4 Igual sucede frente al argumento en que expone que, a grandes rasgos, la conducta desplegada, aun siendo *típica*, no era *antijurídica* porque no se probó que se hubiera vulnerado la administración de justicia.

Lo anterior, ya que el recurrente no hizo mención siquiera a los fundamentos de la decisión impugnada a efecto de demostrar su desacierto, siendo que el *a quo* analizó dicho aspecto al detalle y concluyó que:

“2. Por su parte, los estudios de conveniencia y necesidad, así como la certificación del director de la entidad para la celebración de contratos de prestación de servicios, con requisitos que persiguen la transparencia en el trámite y celebración del proceso contractual, como por el uso adecuado de los recursos públicos.

*Esto, puesto que los compromisos de la administración departamental no pueden quedar sujetos a la voluntad irreflexiva del mandatario de turno, de manera tal que **estudiar previamente la viabilidad de realizar un contrato y encontrar así una justificación válida, adecuada y legal del destino de los dineros del Estado tiene como fin salvaguardarlos y propender por su uso racional**, cumpliendo así los objetivos que dan sentido y esencia a la administración pública.*

*JULIO IBARGÜEN MOSQUERA, al pasar por alto este requisito precedente a la firma del contrato, **lesionó efectivamente los objetivos buscados por la norma y abusó de las facultades a él atribuidas para ejercer el cargo de Gobernador**. El menoscabo fue de tal entidad que, incluso, podría afirmarse que, de haber verificado este requisito, habría notado que **existían***

formas ajustadas a la ley de vincular a estas personas y así, los contratos cuestionados nunca habrían nacido.

3. Por esto y todo lo anterior, para la Sala queda claro que el acusado lesionó efectivamente el bien jurídico de la Administración Pública al no haber realizado los estudios previos y al haber faltado a su deber de publicar el contrato⁴⁷.

3.6 Por lo anterior, no se evidencian razones para revocar la condena dictada por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y, en este sentido, se hace imperioso confirmarla integralmente.

4 El delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

4.1 El artículo 397 del Código Penal dispone que:

«El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado».

⁴⁷ Página 66 del fallo apelado. Folio 376 del cuaderno de primera instancia.

4.2 En este sentido, de la descripción típica de la conducta punible en cuestión se extrae que se trata de un delito clasificado por la doctrina como de *sujeto activo calificado*, dado que sólo puede ser cometido por un servidor público. **En éste debe concurrir la potestad de administración, tenencia o custodia -jurídica o material- de bienes públicos o privados, por razón o con ocasión de las funciones que desempeña, de manera que, en desarrollo de esos deberes funcionales, lleve a cabo el acto de apoderamiento en provecho suyo o de un tercero, a causa del cual deviene el correlativo detrimento injustificado del patrimonio estatal⁴⁸.**

Como su consumación se verifica cuando se concreta la apropiación, es decir, cuando opera efectivamente la transferencia de los bienes del Estado en favor de quien se apodera de ellos, ha sido considerado como un delito de resultado⁴⁹.

Adicionalmente, está suficientemente decantado por la doctrina y la jurisprudencia que el delito de *peculado por apropiación* es de carácter *instantáneo*, de tal manera que se consume cuando quiera que el bien público es objeto de un acto externo de disposición o de incorporación al patrimonio del servidor público o de un tercero, que evidencia el ánimo de apropiárselo⁵⁰.

⁴⁸ CSJ SP082, 15 mar. 2023. Rad.: 59994.

⁴⁹ CSJ SP, 25 ene 2017. rad. 43044, CSJ AP, 21 feb. 2018, rad. 52124 y CSJ AP, 4 abr. 2018, rad. 52423.

⁵⁰ CSJ AP, 18 abr. 2012, rad. 38188

Tal premisa no ofrece mayores dificultades en aquellos eventos en que el acto de apropiación es consecuencia de la disponibilidad material de los recursos, pero no sucede lo mismo cuando el sujeto activo no detenta una relación tangible con éstos, sino que la posibilidad de apropiación depende de su disponibilidad jurídica, esto es, del *ejercicio de un deber funcional*⁵¹ que faculta al servidor público para decidir sobre el destino de los bienes o recursos de la misma naturaleza.

En esos casos, la emisión de una decisión contraria a derecho que reconoce ilegalmente una acreencia a cargo del Estado, constituye un acto ejecutivo que da inicio a la conducta desvalorada de *peculado*, pero no la colma. En consecuencia, si el fallo no se concreta en actos materiales de disposición sobre el erario, la conducta se queda en su fase tentada por ausencia de uno de los elementos esenciales del peculado por apropiación: el *adueñarse* para sí o para otro de bienes de naturaleza pública.

4.3 Para el *a quo*, el ente acusador no acreditó en debida forma que JULIO IBARGÜEN MOSQUERA, por razón o con ocasión de las funciones que desempeñaba como gobernador del departamento del Chocó, llevara a cabo el acto de *apoderamiento* del patrimonio estatal en provecho de terceros, mediante los contratos cuestionados (0001, 0002 y 0003 de 2006).

Ello, en lo sustancial, porque, si bien demostró que los contratos se celebraron sin el lleno de requisitos legales,

⁵¹ CSJ SP, 6 mar. 2003, rad. 18021

como su publicación y los estudios de necesidad pertinentes, las funciones que desarrollaron Magnolia Palacios de Angulo, Luis Armando Aguilar Guerrero y Jenny Alcira Mena Murillo eran necesarias y fueron prestadas debidamente.

En este sentido, aunque la contratación fuera ilegal, los ciudadanos obtuvieron la suma respectiva en razón a las labores realizadas y, por consiguiente, no se dio un detrimento injustificado del patrimonio estatal ni se dio un resultado dañino contra el bien jurídico protegido por el derecho penal.

La Fiscalía, sin embargo, no atacó ese aspecto. De hecho, solo dijo, rápidamente, que *“al quedar probada la ausencia de estudios de necesidad y conveniencia previos a las contrataciones cuestionadas”* ello supone la *“inexistencia de una real necesidad de contratar los servicios por fuera de la planta de personal del nivel central”*⁵².

Seguido a ello, se dedicó a argumentar, como se vio durante el resumen de su recurso, que se probó el *ánimo* de *apropiarse* del dinero público, pues los contratos representan un acto externo de disposición o de incorporación al patrimonio de terceros, en tanto: i) el ex gobernador buscaba beneficiar a personas de confianza; y ii) involucraron valores superiores a los que percibirían mediante nombramientos en de planta.

Así, aunque es indiscutible que se requiere la demostración del elemento subjetivo diferente al dolo para la

⁵² Página 5 de la apelación de la defensa. Folio 484 del cuaderno de primera instancia.

configuración del tipo penal en cuestión, el debate se circunscribe a algo diferente totalmente.

En todo caso, es *falaz* señalar que, si no se hicieron estudios de necesidad, entonces es que los servicios prestados –y contratados- no eran necesarios, pues la ausencia de los citados estudios corresponde a un requisito para la celebración de los contratos, pero no supone, ni mucho menos, que los servicios que prestaron Magnolia Palacios de Angulo, Luis Armando Aguilar Guerrero y Jenny Alcira Mena Murillo, por los que recibieron una suma, entre los tres, que ascendió al valor de \$70.588.633 de pesos, no se necesitaran para cumplir los fines y objetivos propios de la Gobernación del Chocó.

Igualmente, dicho argumento no derrumba la conclusión a la que llegó el *a quo* al respecto, en la que dijo que los servicios prestados sí eran necesarios –más allá de la que forma de contratación fuera ilegal-, porque:

*“Para el caso que nos ocupa, vale destacar inicialmente que, como lo demuestra la testimonial de la Jefe de Personal Nelly Margoth Ríos Martínez y lo ratifican las declaraciones de las abogadas Maricel del Carmen Quesada Mena, Maritza Blandón Moreno y Carmen Mercedes Córdoba Córdoba, la vinculación a la Gobernación del Chocó de personal por contrato de prestación de servicios **era para efectos de apoyar la gestión, ante lo reducido de la planta de personal.***

*Concretamente se encuentra soportado con la prueba testimonial vertida y ya referenciada, que **para la tarea de seguridad personal de IBARGÜEN MOSQUERA no existía cargo en la planta de la Gobernación,** y esta clase de servicios hacían parte de los cargos de confianza que nombraba el Gobernador, quien asevera que su desempeño como primer mandatario lo llevó a ser declarado objetivo militar, de lo cual incluso dio aviso al Presidente de la República, **afirmación frente a la que los sujetos***

procesales no ofrecieron reparo alguno, situación que el acusado consideró para contratar los servicios de un ex funcionario de la Policía, escogiendo a la persona que le había prestado dicha asistencia desde que se desempeñó como Representante a la Cámara.

Lo mismo ocurrió con la secretaria privada que, conforme lo depone la testigo Ríos Martínez, Jefe de Personal, **hacía parte la planta que ellos siempre manejan y que nombraba cada Gobernador a su llegada**, como cargo de libre nombramiento y remoción, por la confianza que sobre esta persona debía tener el respectivo mandatario, lo cual es ratificado por el acusado, quien agrega que de esa misma manera procedieron los Gobernadores que lo antecedieron y los que lo sucedieron, contando como factor fundamental para dicha vinculación contractual la confidencialidad dentro de la que se enmarca la labor a desempeñar, lo que usualmente impedía designar para dicho cargo a personal de planta.

En cuanto a la profesional en derecho, si bien en la planta de personal se contaba con varios abogados, lo cierto es que hay unanimidad en los testigos que declararon en la audiencia de juzgamiento, respecto de que **eran insuficientes para cumplir con las tareas jurídicas que demandaba la Gobernación**, aspectos que fueron reseñados en extenso al ocuparnos del análisis del delito consagrado en el artículo 410.

En definitiva, lo que se evidencia es que en efecto **existían circunstancias que mostraban que cuando menos resultaban útiles los servicios prestados** por Magnolia Palacios de Angulo, Luis Armando Aguilar Guerrero y Jenny Alcira Mena Murillo, a pesar de las falencias que se evidenciaron en su proceso de contratación⁵³.

Con esto, resulta innecesario analizar si, efectivamente, el ente acusador aportó prueba suficiente del ánimo subjetivo, es decir, del fenómeno eminentemente interno, así fuera mediante la valoración de los actos externos referidos en el recurso.

⁵³ Página 66 del fallo apelado. Folio 376 del cuaderno de primera instancia.

4.4 En consecuencia, los argumentos de la Fiscalía tampoco lograron desvirtuar los fundamentos de la decisión absolutoria de instancia y se hace imperioso confirmarla, tal como lo solicitó el Ministerio Público.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

- 1. CONFIRMAR** la sentencia apelada integralmente.
- 2. DEVOLVER** la actuación a la Sala de origen.
- 3.** Contra esta sentencia no procede recurso alguno.

COMUNÍQUESE y CÚMPLASE

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

GERARDO BARBOSA CASTILLO

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

Sala Casación Penal@ 2024