



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

SP461-2023

Radicación # 64208

Acta 209

Bogotá D.C., ocho (8) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

VISTOS:

Resuelve la Sala las impugnaciones especiales promovidas por los defensores de DAISSY LORENA HERNÁNDEZ DE FERNÁNDEZ, CAROLINA DEL CARMEN POLANÍA GUTIÉRREZ y ANA ELVIRA GONZÁLEZ CRESPO, quienes luego de ser absueltas el 18 de diciembre de 2020 por el Juzgado 1 Penal del Circuito de Maicao por el delito de peculado por apropiación agravado en la modalidad de continuado, fueron condenadas el 7 de febrero de 2023 por el Tribunal de Riohacha como coautoras del mencionado punible.

HECHOS:

Según se refiere en la acusación, entre los años 2005 y 2007, en la Alcaldía de Maicao (Guajira), mediante la utilización de actos administrativos denominados “*Resoluciones de Avances Económicos*”, se emitieron más de cien en beneficio de la Secretaría de Salud, las cuales fueron firmadas por la Alcaldesa titular DAISSY LORENA HERNÁNDEZ DE FERNÁNDEZ y 6 de ellas por la encargada CAROLINA DEL CARMEN POLANÍA GUTIÉRREZ, proceder con base en el cual se apropiaron ilegalmente de recursos transferidos por la Nación en \$2.220’097.800, correspondientes a la partida de regalías, constatándose la ejecución en compras legalizadas con anexos tales como constancias, facturas ficticias o soportes de pago falsos, pretextando resolver las necesidades del Plan de Atención Básica (PAB).

Por su parte, se dice en la acusación que ANA ELVIRA GONZÁLEZ CRESPO, Tesorera del municipio, acordó con aquellas la apropiación de los recursos públicos, para lo cual efectuó los pagos indebidos.

También intervinieron, Gloria María Henríquez (Secretaria de Salud) ya condenada, cuya demanda de casación fue inadmitida el pasado 23 de agosto, así como Julio Alfonso Martínez Restrepo (Secretario General del municipio), quien no interpuso casación contra la confirmación del fallo de condena de primer grado proferida por el Tribunal de Riohacha.

ACTUACIÓN PROCESAL:

Luego de la investigación preliminar, la Fiscalía declaró abierta la instrucción, en el marco de la cual vinculó mediante indagatoria a DAISSY LORENA HERNÁNDEZ y CAROLINA DEL CARMEN POLANÍA, absteniéndose de imponerles medida de aseguramiento al resolver su situación jurídica.

Mediante resolución del 8 de julio de 2009, el Fiscal General de la Nación reasignó el asunto a la Unidad Nacional Especializada en delitos contra la Administración Pública.

Escuchados en indagatoria ANA GONZÁLEZ, Julio Martínez y Gloria María Henríquez, les fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

A su vez, el 12 de marzo de 2010 fue revocada la abstención de medida dispuesta en favor de DAISSY HERNÁNDEZ y CAROLINA POLANÍA para, en su lugar, imponerles la misma medida cautelar señalada en precedencia.

Cerrada la instrucción, el 24 de mayo de 2010 se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra DAISSY HERNÁNDEZ, CAROLINA POLANÍA, Julio Martínez, Gloria María Henríquez y ANA ELVIRA GONZÁLEZ como coautores del punible de peculado por apropiación agravado,

en la modalidad de delito continuado, en concurso con falsedad ideológica en documento público (concurso homogéneo) y falsedad en documento privado (concurso homogéneo) y preclusión por el delito de prevaricato por acción.

El **9 de agosto de 2010**, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Bogotá confirmó la acusación.

La fase del juicio correspondió al Juzgado 1 Promiscuo del Circuito de Maicao, despacho que el 2 de noviembre de 2012 profirió sentencia, mediante la cual absolvió a DAISSY HERNÁNDEZ, CAROLINA POLANÍA y ANA ELVIRA GONZÁLEZ, pero condenó a Julio Martínez y Gloria María Henríquez a 128 meses de prisión y multa equivalente al valor de lo apropiado, como coautores de los delitos objeto de acusación.

Apelada tal decisión, el Tribunal de Riohacha decidió el 22 de enero de 2015 declarar la nulidad de la sentencia de primer grado por falta de motivación.

El 18 de diciembre de 2020, el Juzgado 1 Promiscuo del Circuito de Maicao profirió otro fallo condenando a Julio Martínez y Gloria María Henríquez a 294 meses de prisión, inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y al pago de lo apropiado en favor del municipio de Maicao, como coautores de los delitos de peculado por apropiación agravado, en la modalidad de continuado y les negó los subrogados penales. En la misma

decisión precluyó por prescripción de la acción la investigación seguida por los delitos de falsedad ideológica en documento público y falsedad en documento privado. A su vez, absolvió a DAISSY HERNÁNDEZ, CAROLINA POLANÍA y ANA ELVIRA GONZÁLEZ.

Mediante sentencia del 7 de febrero de 2023, el Tribunal de Riohacha resolvió la apelación interpuesta por el Ministerio Público y los defensores de los condenados y decidió: 1) No declarar la nulidad por violación del derecho a la defensa. 2) No declarar la prescripción del delito de peculado por apropiación agravado en la modalidad de continuado que tiene un término de 13 años y 4 meses. 3) Revocar la absolución para, en su lugar, condenar a DAISSY HERNÁNDEZ, CAROLINA POLANÍA y ANA ELVIRA GONZÁLEZ, junto con Gloria María Henríquez y Julio Alfonso Martínez, condenados en primera instancia, a 72 meses de prisión, multa por \$2.200'097.800, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de libertad, la inhabilitación reglada en el artículo 122-5 de la Constitución y revocó la condena en perjuicios, como coautores del delito de peculado por apropiación agravado y continuado.

Contra la anterior decisión el abogado de Gloria María Henríquez interpuso recurso de casación y allegó la respectiva demanda, la cual fue inadmitida mediante auto del 23 de agosto del año en curso. Julio Alfonso Martínez no impugnó el fallo del Tribunal. Los defensores de DAISSY HERNÁNDEZ, CAROLINA POLANÍA y ANA ELVIRA

GONZÁLEZ interpusieron el Recurso de impugnación especial. Los no recurrentes guardaron silencio¹.

SENTENCIA IMPUGNADA:

1. Inicialmente el Tribunal se pronunció sobre la solicitud de nulidad por violación al derecho a la defensa y al debido proceso que invocó el abogado de Gloria María Henríquez porque no se resumieron ni respondieron los alegatos de las partes, procediendo aquella Corporación a señalar los principios que rigen la declaración de nulidad, así como los supuestos para considerar violado el derecho de defensa.

Entonces, afirmó que con base en pronunciamientos jurisprudenciales a la luz del artículo 170 de la Ley 600 de 2000, en este asunto se respetaron las exigencias allí dispuestas, sin que se hayan violado los derechos invocados por el recurrente.

2. Acerca de la prescripción de la acción penal derivada del delito de peculado por apropiación agravado, expresó el Tribunal que a partir de la ejecutoria de la acusación deben contarse 13 años y 4 meses, como lo ha definido la jurisprudencia (CSJ AP, 7 oct. 2015. Rad. 35592 y CSJ SP, 15 jul 2015. Rad. 43839) por tratarse de servidores públicos.

¹ Cfr. Informe secretarial del 28 de junio de 2023.

Si la acusación cobró ejecutoria el “14 de septiembre de 2010”, el término prescriptivo en 13 años y 4 meses se cumpliría el 14 de enero de 2024, razón por la cual se negó la preclusión solicitada.

3. En cuanto atañe a la coautoría en el delito de peculado por apropiación agravado, en la modalidad de continuado, manifestó el Tribunal:

3.1. Con relación a Gloria María Henríquez su defensor se duele de que no haya una cuantificación real de lo apropiado, sin que valga un peritazgo.

3.2. La defensa de DAISSY LORENA HERNÁNDEZ DE FERNÁNDEZ alega que no existe una sola prueba que demuestre la existencia de un acuerdo previo a la comisión del peculado, pues Paulo Giraldo, quien confesó su participación en los hechos investigados, aseguró que aquella no tenía conocimiento del procedimiento realizado para legalizar los gastos originados en la ejecución de las *resoluciones de avances económicos*.

3.3. El Ministerio Público manifestó que fueron valoradas las indagatorias de las absueltas.

4. Respecto de DAISSY HERNÁNDEZ.

Luego de transcribir el artículo que se ocupa del peculado por apropiación, abordar sus elementos, así como los del delito continuado, la Colegiatura de segundo grado

expuso que las *resoluciones de avances económicos* fueron suscritas por la alcaldía de Maicao en cabeza de DAISSY HERNÁNDEZ o de CAROLINA POLANÍA a favor de la Secretaria de Salud Municipal Gloria María Henríquez para que cubriera y cancelara los gastos generados en el desarrollo de fortalecimiento del Plan de Atención Básica de Salud (PAB), valores imputados a rubros de los recursos de regalías de la vigencia fiscal de 2007. Tales recursos se giraban a la cuenta corriente 466-100001047 del Banco BBVA a nombre del Municipio de Maicao y/o Secretaria de Salud Gloria María Henríquez.

La Fiscalía Primera Especializada de Bogotá al disponer la apertura de la instrucción, estableció que la apropiación recayó sobre \$2.220'097.800.

Edison Cardona Bernal, Jefe de la Oficina Jurídica de Maicao, declaró que tuvo conocimiento de las anomalías de la administración anterior, pues Eduardo Pinedo, Secretario de Salud, le informó sobre la existencia de soportes a través de resoluciones con los que se brindaban apoyos y aportes de dinero pertenecientes al rubro de regalías en forma ilícita en la Secretaría de Salud, cuando en tal cargo se desempeñaba Gloria María Henríquez, quien no aportó documento contractual con el que se pudieran legalizar tales pagos.

Otto Ortiz Vigloria (Almacenista) declaró sobre la inexistencia de actas de ingreso y egreso referidas a las

resoluciones anexadas como *avances económicos*, así como tampoco figura la compra de los elementos de salud.

Eduard Tulio Pineda, en su momento Secretario de Salud, manifestó bajo juramento que se detectó exceso de gasto con relación a las necesidades de Maicao y en los monitoreos de constató que los soportes físicos no se ajustaban a la realidad, precisando que en la Secretaría de Salud solo reposan las resoluciones, pero no los contratos que soportaban los gastos.

Eduardo Liñán Pana expuso sobre los *avances económicos* que se realizaban conforme a las necesidades de cada área, pero los documentos no pasaban por su dependencia, pues la Alcaldesa DAISSY HERNÁNDEZ confiaba en Julio Martínez, quien daba el visto bueno a las resoluciones, así como a sus soportes. Lo expuesto fue corroborado por Pablo César Giraldo (Técnico de sistemas adscrito a la Secretaría de Salud), quien indicó que hasta el año 2005, los recursos eran asignados a las cuentas personales de los secretarios, no obstante, a partir del 2006, por orden del Ministerio de Protección Social se creó una cuenta a nombre de la Secretaria Municipal, donde se consignaban los recursos al Secretario General Julio Martínez, quien efectuaba los retiros.

Agregó que DAISSY HERNÁNDEZ delegó en Julio Martínez, además de las funciones de expedición de las *resoluciones de avances económicos*, el desarrollo de todo el suministro y la realización de los informes de estas acciones.

Después de abordar las nociones de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, el Tribunal manifestó que “*se vislumbra cabalmente una la lesividad al bien jurídico tutelado de la administración pública*”, toda vez que “*DAISSY HERNANDEZ, CAROLINA POLANÍA y ANA ELVIRA GONZÁLEZ, contribuyeron continuamente en la apropiación de la suma de \$2.220.097.800, recursos provenientes del Sistema General de Regalías asignados a la administración municipal de Maicao*”, “*conocieron el trámite que se estaba haciendo, colaboraron cada una en sus dependencias y quisieron su realización, con el fin de apropiarse de la mencionada suma*”.

Respecto de la absolución proferida en primer grado en favor de DAISSY HERNANDEZ dijo el Tribunal que si bien Julio Martínez (Secretario General de Maicao 2005-2007), tenía las facultades de suscribir las resoluciones de *avances económicos* por un valor de \$795.000.000, en beneficio de la Secretaria de Salud, además de conseguir las dotaciones necesarias y realizar las revisiones jurídicas de los actos administrativos de *avances económicos*; lo cierto es que tal como lo expuso aquella en su indagatoria, participó activamente en la liberación de estos recursos en el 2007, esto es, los gastos correspondientes al Sistema General Regalías.

Aunque DAISSY HERNÁNDEZ adujo que delegó en Julio Martínez la contratación y firmó las resoluciones que él elaboraba, advirtió el Tribunal que conforme a la Ley 80 de

1993, tal delegación no exonera a los jefes de las entidades estatales, pues deben seguir con sus deberes de control y vigilancia de las actividades pre-contractuales y contractuales.

En el fallo de primera instancia no se apreció detenidamente la declaración de Blas Osorio Narváez (Asesor jurídico de Maicao), al expresar que, efectivamente, dio traslado a DAISSY HERNANDEZ de las irregularidades que se estaban presentando y descartó el desconocimiento sobre ellas pregonado por la defensa, de manera que, adujo el Tribunal, no se entiende por qué en la sentencia de primera instancia se consideró que a ella no correspondían las labores de control y vigilancia, con mayor razón si reconoció en la indagatoria que ejercía actividades de supervisión y autorizó la apertura de una cuenta a nombre de Gloria Henríquez para manejar los giros con cargo a los rubros de Salud.

En el informe aportado por el CTI se estableció la ausencia de soportes respecto de las necesidades y los avances económicos realizados en la vigencia fiscal 2005-2006.

Agregó la Corporación de segundo grado, que lo manifestado por Julio Martínez refuerza la responsabilidad penal de DAISSY HERNÁNDEZ, al referir que desde 2005 se realizaban giros a la cuenta personal de la Secretaria de Salud en el Banco Granahorrar, la cual fue autorizada por la Alcaldesa HERNÁNDEZ DE FERNÁNDEZ hasta el 31 de

agosto de 2006. Afirmación corroborada en el informe de la Fiscalía.

Se probó que DAISSY HERNANDEZ en su calidad de Alcaldesa, pese a no realizar el retiro de los recursos girados, tenía pleno conocimiento y participación en la apropiación de recursos con cargo al erario para la vigencia fiscal 2005-2007 de la administración de Maicao.

Concluyó el Tribunal que debía ser condenada como coautora del delito de peculado agravado en la modalidad de continuado, por la suma de \$2.220'097.800.

5. Acerca de CAROLINA POLANÍA.

Manifestó el Tribunal que en el manual específico de funciones y competencias laborales (Decreto 085 de 2005) se definieron las facultades de la Secretaría de Hacienda, cargo desempeñado para la época de los hechos por CAROLINA POLANÍA, quien en su indagatoria dijo haber firmado resoluciones por encargo de DAISSY HERNANDEZ. Añadió que por sus escasos conocimientos jurídicos, sabía que se trataba de recursos de regalías.

Respecto de las facturas manifestó que después de realizar la respectiva consignación a favor de la Secretaría de Salud, ésta tenía la responsabilidad de ejecutar el presupuesto, para luego presentar las facturas ante la administración, pero la Secretaria de Salud jamás le mostró las facturas.

Adujo el Tribunal que el fallo de primer grado no tuvo en cuenta el informe de la Fiscalía acerca de que CAROLINA POLANÍA se posesionó como Secretaria General el 7 de julio de 2004, pero posteriormente fungió como Secretaria de Hacienda, circunstancia que le permitió conocer de primera mano las minutas con las que se soportaban las resoluciones de avances económicos.

Declaró NADILKA SOLANO CAMARGO, Secretaria de Hacienda en 2008, que CAROLINA POLANÍA no le hizo entrega real del cargo y se rehusó a suministrar la información necesaria para conocer el estado financiero de la administración en dicho año. Igualmente refirió que no observó documento o contrato que amparara los giros de los recursos realizados.

Ahora, si bien CAROLINA POLANÍA dijo que carecía de experiencia, lo cierto es que entre sus funciones estaba la supervisión de los procedimientos financieros y contables, tanto de hacienda como de tesorería al ser una dependencia adscrita, así como ordenar y revisar los libros de presupuesto y contabilidad para la vigencia fiscal y los registros de las aprobaciones, obligaciones que claramente omitió en cuanto a la suscripción de los *avances económicos*, toda vez que superaban el presupuesto de la administración, el cual sí conocía por la naturaleza de su cargo, luego no puede alegar que desconocía los avances suscritos por ella, así como por Gloria Henríquez, Julio Martínez, DAISSY HERNÁNDEZ y ANA ELVIRA GONZÁLEZ.

Concluyó el Tribunal que CAROLINA POLANÍA intervino activamente en la apropiación de \$2.220'097.800, obrando con pleno conocimiento, toda vez que desempeñó distintos cargos públicos desde su vinculación a la administración de Maicao, los cuales estaban relacionados con la expedición y autorización de giros a favor de Gloria María Henríquez, razones por las cuales fue condenada como coautora del delito de peculado por apropiación agravado en la modalidad de continuado.

6. Sobre ANA ELVIRA GONZÁLEZ.

Comenzó aquella Corporación por señalar sus funciones como Tesorera de Maicao para 2005, tales como, velar por la legalización de las cuentas dentro de los términos establecidos en los Manuales de procedimiento de la administración, así como dirigir y coordinar la verificación de los comprobantes de pago realizados y manejar, conservar y responder por los fondos y documentos que representen valores del Municipio, entre otras.

En su indagatoria manifestó que la Tesorería realizaba los giros relacionados con las resoluciones de *avances económicos* a favor de la Secretaría de Salud, los cuales se tramitaban por orden escrita de la Alcaldesa DAISSY HERNÁNDEZ, eran elaborados por el Secretario General, se revisaban en la Secretaría de Hacienda, para luego ser pasados a presupuesto, y finalmente al área de contabilidad donde se generaban los egresos, procedimiento que

terminaba en Tesorería donde se revisaban los requisitos para el pago.

En el fallo de primer grado no se apreció el informe técnico respecto de lo expuesto por Jhon Zárate Lozano, acerca de que suscribió resoluciones de *avances económicos* cuando estuvo encargado.

En su injurada, ANA ELVIRA GONZALEZ manifestó que le correspondía revisar tanto de forma como de fondo los requisitos para que se surtieran los pagos, lo cual contrasta con el Informe del CTI No 1099, donde se precisó que los gastos plasmados en las resoluciones fueron legalizados a través de facturas sin consecutivos autorizados por la DIAN, ni sellos de los establecimientos de comercio, cuentas de cobro, algunos sin fecha, sin firma del otorgante ni numeración autorizada por la DIAN, aspectos que con una mínima diligencia de aquella había podido constatar.

En suma, concluyó el Tribunal que las acusadas aportaron dentro de sus facultades para conseguir la apropiación continuada de recursos del erario en la vigencia fiscal de 2005 a 2007, sin contar para ello con soportes de los gastos, mediante la utilización de *Resoluciones de Avances Económicos*, de manera que decidió revocar la absolución para, en su lugar, condenar a DAISSY LORENA HERNÁNDEZ DE FERNÁNDEZ, CAROLINA POLANÍA GUTIÉRREZ y ANA ELVIRA GONZÁLEZ CRESPO como coautoras penalmente responsables del delito de peculado por apropiación agravado, en la modalidad de continuado.

En la dosificación de la pena impuso 72 meses de prisión correspondientes al mínimo del primer cuarto de movilidad punitiva. Multa por \$2.220'097.800. Inhabilitación para ejercicio de derechos y funciones por tiempo igual al de la pena privativa de libertad, así como la intemporal establecida en el artículo 122-5 de la Constitución por comprometer recursos públicos.

A su vez, en el acápite de la “INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS”, el Tribunal se limitó a expresar: “*Como quiera que, en el presente asunto no se observa un daño material o moral derivado de la apropiación de recursos, no obstante, al no ser pertinente para este tipo de delitos como lo es el PECULADO POR APROPIACIÓN AGRAVADO, esta Sala procederá a revocar lo concerniente a ella*”.

Les fue negada la condena de ejecución condicional por no satisfacer el elemento objetivo, dado que la pena fue de 6 años de prisión. “*Con relación a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, debe advertir la Sala que, los recurrentes no presentaron solicitud respecto a la concepción (sic) de la misma, por tal razón esta Sala se abstendrá de abordarla*”.

El fallo de primer grado fue confirmado en todo lo demás.

LAS IMPUGNACIONES ESPECIALES:

1. En nombre de DAISSY LORENA HERNÁNDEZ DE FERNÁNDEZ.

1.1. Vulneración del principio *non bis in idem*.

Adujo el defensor que el citado principio se encuentra en la quinta enmienda de la Carta de derechos de Estados Unidos y también ha sido aplicada por el Tribunal Supremo Español.

En este caso, mediante decisión del 22 de enero de 2015, el Tribunal de Riohacha declaró la nulidad del fallo absolutorio proferido en primera instancia en favor de DAISSY HERNÁNDEZ, de modo que fue sometida a nuevo juzgamiento por parte del mismo Estado, y también a una nueva oportunidad de interposición de recursos frente a la segunda sentencia absolutoria, en esta ocasión ya no por la Fiscalía (única parte procesal que apeló el primer fallo absolutorio), sino por la Procuraduría, muy a pesar de haber manifestado expresamente su conformidad frente a la absolución proferida inicialmente a favor de su defendida, con total ausencia de legitimación, pues no se practicaron otras pruebas, circunstancia que denota violación del principio *non bis in idem*.

El proceso penal adelantado contra su asistida es uno solo y la declaratoria de nulidad de la sentencia absolutoria no revive oportunidades procesales para las partes, cuando en anterior oportunidad estuvieron de acuerdo con tal decisión.

Además, las razones por las cuales se declaró la nulidad del fallo absolutorio no son imputables a la acusada o su defensa, sin que entonces pueda trasladársele errores ajenos a su actividad.

Es extraño que para proteger el derecho a la defensa y al debido proceso de la procesada se anule el fallo absolutorio, posición únicamente válida respecto de personas condenadas.

La competencia del Tribunal estaba circunscrita a los fundamentos de la apelación, que para este caso concreto se explicitan en los argumentos del Fiscal, razón por la cual no son de recibo los argumentos de aquella Corporación para declarar la nulidad, *“puesto que las pruebas cuyo análisis echa de menos como fundamento de la nulidad no fueron objeto del recurso contra la sentencia absolutoria interpuesto por el señor fiscal en esa ocasión.*

“En síntesis, la apelación del señor fiscal delimitaba el ámbito competencial del Honorable Tribunal, luego ese argumento de la falta de análisis de algunas pruebas por parte del juez de primera instancia, al no estar contemplado en el recurso del señor fiscal, mal podía servir de fundamento a la declaratoria de una nulidad por parte del Honorable Tribunal, y menos bajo el argumento de la preservación del derecho a la defensa”.

Los fundamentos del Tribunal para anular el primer fallo absolutorio en favor de las acusadas fueron: *“En la sentencia nada se dijo en cuanto al estudio de fondo; no dio respuesta al alegato de clausura presentado por la Fiscalía para solicitar condena, sino que, además, en verdad, no plasmó la valoración probatoria a la que estaba obligado (...) no concretó, cuáles son los medios probatorios que soportan la absolución, no existe una valoración que respete los postulados de la sana crítica y despliegue los argumentos que, en cada caso, individualmente considerada la prueba, lleven a la convicción de certeza, luego de la confrontación con el restante material probatorio, análisis de conjunto, sobre la materialidad de la conducta y la responsabilidad o no que es dable atribuir a los acusados. En conclusión, la sentencia no puede ser un escrito de libre elaboración”*.

Solicitó el defensor la nulidad de lo actuado desde la primera sentencia absolutoria, en procura de asegurar el principio *non bis in ídem*.

1.2. Violación del principio de imparcialidad.

Luego de referir decisiones y planteamientos del Tribunal Europeo y la Comisión Europea de derechos Humanos, adujo el impugnante que el magistrado ponente del Tribunal de Riohacha violó la garantía de imparcialidad, en cuanto después de haber realizado un análisis probatorio durante la apelación de la primera sentencia absolutoria, al punto que parte del fundamento de la declaratoria de nulidad consistió en la ausencia de análisis de pruebas por parte del

juez de primera instancia, no se declaró luego impedido y finalmente profirió el fallo de condena contra DAISSY HERNÁNDEZ.

A partir de lo anterior, pidió a la Sala declarar la nulidad de la sentencia de condena proferida por el Tribunal de Riohacha.

1.3. Razones de la impugnación especial.

Después de citar doctrina foránea sobre la coautoría y el dominio del hecho, el recurrente adujo que se encuentra demostrado quién se apropió de los recursos de la salud, sin que haya prueba sobre un acuerdo entre ella y los autores de la apropiación de dineros del municipio de Maicao, de modo que es importante determinar si su asistida omitió ejercitar sus funciones de garante frente al patrimonio público, y si esa omisión es el resultado de un acuerdo previo con quienes cometieron el desfalco.

Está probado que sin su conocimiento y concertación, posterior a suscribir las *resoluciones de avances económicos* a partir del principio de confianza legítima, se sobrepuso el actuar doloso de Julio Martínez, Secretario General de la Alcaldía, quien luego de apropiarse de los dineros públicos entregados por la Secretaria de Salud para comprar los insumos en orden a cubrir las necesidades en tal materia, procedió a falsificar los soportes para demostrar la correcta inversión de los recursos, sin que sea viable exigir a DAISSY HERNÁNDEZ que verificara una a una las facturas.

En efecto, Antonio Lorenzo Ortiz, Yomaira Díaz, Victoria López y Saúl Alberto Sierra, junto con la prueba documental, dan cuenta que las actividades pagadas con las resoluciones de avances económicos se realizaron, luego no podía exigírsele a la procesada que dudara, en cuanto respecto de ella opera el principio de confianza.

En su declaración, el asesor jurídico Blas Osorio, afirmó que cuestionó la legalidad del procedimiento implementado respecto de las resoluciones de avances económicos, motivo por el cual DAISSY HERNÁNDEZ confrontó a su Secretario General Julio Martínez, quien defendió el procedimiento y se siguió implementando, situación que permite deducir que no tenía un acuerdo con él y confiaba en la veracidad de aquellos avances económicos, máxime si había videos sobre las obras desplegadas a partir de la inversión de esos recursos, luego fue víctima de un engaño.

Con base en lo expuesto, el defensor solicitó revocar el fallo de condena contra DAISSY HERNÁNDEZ y confirmar la absolución de primer grado.

2. En nombre de CAROLINA DEL CARMEN POLANÍA GUTIÉRREZ.

Señaló inicialmente el defensor que en la sentencia de condena hay 3 problemas:

2.1. No se demostró la coautoría.

No fue acreditado que la acusada fue coautora en el delito de peculado por apropiación, pues la argumentación corresponde a responsabilidad objetiva. Después de transcribir apartes del fallo (folios 65 a 68), concluyó el defensor que CAROLINA POLANÍA fue condenada por:

(i) Decir en su indagatoria que firmó 6 resoluciones por \$375'200.000 en el año 2007, bajo encargo de la Alcaldesa Titular DAISSY HERNANDEZ. Tal afirmación no conduce a aceptar o acreditar su responsabilidad, máxime si no se probó un acuerdo previo con los otros involucrados sobre el particular y tampoco se demostró que la firma de esas resoluciones fuera irregular. A su vez, el Tribunal de Riohacha se limitó a decir que aquella firmó unas resoluciones de *avances económicos*, pero no explicó de qué manera como alcaldesa encargada y al firmar esos documentos infringió la Constitución, la ley, la jurisprudencia, o cualquier otra normatividad, ni se dijo que con esa firma se materializó un acto externo de disposición o de incorporación al patrimonio de ella del dinero del municipio o que éste fue a parar a los bolsillos de un tercero por acuerdo previo.

(ii) En la absolución de primer grado se restó valor al informe aportado por la Fiscalía 002 Especializada, pues desconoció que aquella se posesionó como Secretaria General el 7 de julio de 2004, pero posteriormente fungió como Secretaria de Hacienda, situación que le permitió conocer de primera mano las minutas con las que se soportaban las resoluciones de avances económicos.

No se hizo mención a la prueba específica, de manera que el Tribunal apreció una prueba no identificada ¿cuál informe? ¿de qué fecha? ¿quién lo suscribe? ¿Qué anexos respaldan la supuesta amplia experiencia de CAROLINA POLANÍA? Además, si fue valorado un supuesto informe de policía judicial para dar por probado el dolo, desconoció el Tribunal de Riohacha que según el artículo 314 de la Ley 600 de 2000, el informe policivo no tiene valor de prueba (testimonio) y solo puede servir de guía o como criterio orientador de la investigación, de manera que lo consignado allí debe ser corroborado dentro del proceso.

(iii) Nadilka Solano expresó que al desempeñarse como Secretaria de Hacienda en 2008, CAROLINA POLANÍA no le hizo una entrega real del cargo y se rehusó a suministrar cualquier información sobre el estado financiero de la administración, máxime si no había documentos o contratos que soportaran los giros de recursos.

Afirmó el impugnante que tal planteamiento no tiene respaldo, pues el Tribunal no dijo con qué pruebas se acreditó que no hubo entrega real del cargo por parte de CAROLINA DEL CARMEN POLANÍA, pues si la carga de la prueba radica en el Estado, el acusado no está llamado a probar su inocencia, según se dispone en diversos tratados sobre derechos humanos. En este asunto se violaron los derechos fundamentales a la presunción de inocencia, defensa y debido proceso de la acusada.

(iv) Se consideró que si bien CAROLINA POLANÍA carecía de experiencia, dentro de sus funciones estaba la supervisión de los procedimientos financieros y contables tanto de hacienda como de Tesorería, así como ordenar y revisar los libros de presupuesto y contabilidad para la vigencia fiscal y los registros de las aprobaciones, obligaciones que omitió respecto de la suscripción de los avances económicos al superar el presupuesto de la administración, el cual conocía por su cargo.

El defensor manifestó que lo aseverado por el Tribunal carece de respaldo, pues no se indicó en la sentencia de condena cuáles fueron las pruebas para deducir la supuesta irregularidad derivada de que CAROLINA POLANÍA firmara unos avances o que su monto superaba el presupuesto de la administración.

Se trató, una vez más, de una afirmación en el ámbito de la responsabilidad objetiva, sin respaldo probatorio, acerca de que la firma de los giros implica su apropiación y así acreditar el dolo.

(v) Se concluyó que la acusada colaboró activamente en la apropiación de los \$2.220'097.800.

Insistió el defensor en que no hay prueba sobre ello y que el informe de policía no tiene el carácter de medio probatorio.

2.2. Violación del principio de limitación.

Se violó el referido principio, pues Tribunal al revocar el fallo absolutorio y condenar, no apreció lo expuesto por el juez de primer grado, ni la sustentación del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público.

En efecto, aquél funcionario dijo que en las declaraciones juradas de los demás implicados en este asunto, jamás se vislumbró que DAISSY LORENA HERNÁNDEZ o CAROLINA POLANÍA tuvieran conocimiento de que se estaba produciendo detrimento en el erario, máxime si solicitaron informes y les fueron presentados y el Secretario General entregaba para sus firmas las resoluciones de avance, sin que tampoco se haya probado que ellas eran beneficiarias de tales dineros públicos.

Adicionalmente expresó el juez que si la Fiscalía acogió lo planteado por la defensa de John Emiro Zarate, en el sentido de que actuó bajo un error de tipo invencible, pues no había prueba acerca de su conocimiento sobre lo que realmente estaba ocurriendo, lo mismo pudo ocurrir con CAROLINA POLANÍA, *“puesto que la Fiscalía no hizo el mínimo esfuerzo en demostrar un incremento patrimonial a favor de las procesadas antes mencionadas ni de un tercero por la comisión de conducta punible alguna a ellas endilgadas”*.

De acuerdo con lo dicho en el fallo absolutorio de primera instancia, afirmó el defensor, que ni en el recurso de apelación presentado por el Procurador, ni en las tres páginas en las que la segunda instancia revocó la absolución,

se controvertió que los dineros de las *resoluciones de avances económicos* fueron girados a la cuenta corriente No. 466-100001047 del banco BBVA a nombre del Municipio de Maicao y/o Secretaría de Salud/07, cuenta que era exclusivamente manejada y administrada por Gloria Henríquez Valdeblanquez.

También se afirmó que en el artículo 4 de cada *resolución de avance económico* se dispuso que “*pasados diez (10) días después de finalizadas las acciones, presentar soportes de los gastos para la legalización de estos*”, asuntos exclusivos de la Secretaría de Salud y la Secretaría General, encargadas de verificar que todos los soportes de las resoluciones fueran aportados. Aquellos documentos ya llegaban con el aval de la Secretaría General, luego CAROLINA POLANÍA no tenía conocimiento del detrimento patrimonial.

No hay pruebas que la señalen como coautora del delito investigado, esto es, de las facturaciones o con el diligenciamiento de las resoluciones.

Por último, debe apreciarse que si la Fiscalía precluyó la investigación en favor de Jhon Emiro Zarate al reconocer un error de tipo vencible, de igual forma debe procederse con relación a CAROLINA POLANÍA GUTIERREZ.

Además, el Tribunal desbordó su competencia, pues apartándose de la jurisprudencia sobre el particular, no se refirió a los argumentos de la absolución, los cuales debieron

ser confrontados con la argumentación del recurso de apelación y con las pruebas obrantes en el proceso.

2.3. No se estructuraron adecuadamente los hechos jurídicamente relevantes.

No se estableció de qué manera CAROLINA DEL CARMEN POLANÍA se apropió del dinero a partir de la legalización de gastos con facturas y soportes falsos, ni cómo se probó que actuó en coautoría con otras personas para ello.

Con base en lo anterior, el defensor solicitó a la Corte revocar el fallo de condena para, en su lugar, absolver a CARMEN POLANÍA GUTIÉRREZ.

Subsidiariamente pidió que si se confirma el fallo de condena, se redosifique la pena de multa, pues ella fue acusada por apropiarse de \$375.200.000 mediante 6 resoluciones, de manera que no podía tasarse la sanción pecuniaria por el monto total de lo apropiado, esto es, por \$2.220'097.800, es decir, debe cuantificarse en la suma referida en la acusación.

3. En nombre de ANA ELVIRA GONZÁLEZ CRESPO.

3.1. Nulidad por violación del derecho de defensa.

Inicialmente manifestó la recurrente que en favor de ANA ELVIRA GONZÁLEZ se dictó una primera sentencia absolutoria el 30 de noviembre de 2012, la cual no fue

apelada por la Fiscalía respecto de aquella, *“lo cual denotó claramente conformidad frente a la decisión del ad quo”*, pero en su carácter de abogada de ésta y de CAROLINA POLANÍA alegó en el traslado a los no recurrentes, solicitando se mantuviera en firme la absolución.

El 22 de enero de 2015, el Tribunal de Riohacha decidió retornar el proceso al juzgado de origen para que dictara una sentencia motivada. Luego de aproximadamente 5 años, otro juez en el mismo despacho profirió el segundo fallo absolutorio el 18 de diciembre de 2020, el cual se notificó a los correos electrónicos de los sujetos procesales e intervinientes, con excepción de ella. *“Tampoco se notificó por estado ni se publicó edicto emplazatorio”*.

La Fiscalía y el Ministerio Público apelaron y el 15 de febrero de 2021 se surtió traslado de tales impugnaciones a los no recurrentes, menos a ella y tampoco ANA ALVIRA GONZÁLEZ fue notificada a su correo electrónico, circunstancia que afectó el derecho de defensa de su asistida, pues el Tribunal decidió condenarla, pese a que fue absuelta en dos oportunidades, de manera que conforme a los artículos 176 y 306-3 de la ley 600 de 2000 se impone la invalidación de lo actuado desde tal providencia, *“con el fin de que se me notifique dicha decisión absolutoria, y se me corra traslado de los recursos interpuestos para poder ejercer la contradicción debida, independiente, por supuesto, de la decisión que pueda adoptar la Honorable Sala Dual de decisión penal del tribunal del distrito de Riohacha”*, en

cuanto *“la garantía procesal y derecho fundamental a la doble instancia no se pudo materializar”*.

La nulidad se produjo desde el 18 de diciembre de 2020, fecha en la cual se emitió la nueva decisión absolutoria en favor de ANA ELVIRA GONZÁLEZ CRESPO. También se afectó el debido proceso, pues *“la defensa no tuvo la oportunidad de atacar los argumentos del Procurador”* apelante, con mayor razón si la entidad que representaba había mostrado su conformidad con la absolución, luego la nulidad es el único mecanismo posible para garantizar a la acusada su derecho a un debido proceso constitucional.

3.2. Ausencia de responsabilidad de ANA ELVIRA GONZÁLEZ CRESPO.

El Tribunal desconoció en el fallo de condena que en el Manual de funciones de la administración de Maicao (Decreto No. 085 de 2005) se establecen las que corresponden a la Tesorería Municipal, la cual es una dependencia de la Secretaría de Hacienda del municipio, que además cuenta con otros funcionarios, como el jefe de presupuesto, jefe de contabilidad, auxiliares administrativos para la elaboración de cuentas, oficina de archivo, y otras, quienes desempeñan una función específica para el desarrollo de la administración.

Aquella Corporación o apreció que respecto de los *“AVANCES”*, la dependencia de la señora GONZÁLEZ CRESPO recibía la solicitud de una certificación de

disponibilidad presupuestal por parte de otra área que se tramitaba por la jefatura de presupuesto, sin que en esa fase pudieran realizarse revisiones de facturación, soportes, recibos, etc., porque lo solicitado era el recurso para avanzar en unas actividades que se presumían legítimas conforme a la presunción de buena fe.

Como lo dijo ANA GONZÁLEZ en su indagatoria, se hacía una revisión de forma y fondo, sin querer significar *“una omnipotencia de mi representada en punto de que al momento de legalizar las cuentas, y de requerir la documentación por parte de la Secretaría de Hacienda y específicamente en su dependencia, se pretendiera que la misma fuera a cada establecimiento de comercio, droguería u otro, para verificar si las cantidades correspondían o no a las contenidas en la documentación a su vista; eso no lo hace ninguna entidad del Estado, porque además es físicamente imposible”*.

Su deber le exigía adecuarse al manual de procedimiento de la dependencia a su cargo, que trata de una labor técnica como contadora pública. Su actuación dependía de una labor previa, una necesidad que disponía otra área y que autorizaba el ordenador del gasto (titular o encargado), no ella.

Fue por tal razón que ninguno de los sujetos procesales o intervinientes dentro de este proceso se mostró inconforme con la absolución de ANA ELVIRA GONZÁLEZ en los fallos del 30 de noviembre de 2012 y del 18 de diciembre de 2020.

Si el artículo 29 del Código Penal exige para la configuración de la coautoría, que se evidencie un acuerdo común, previo o concomitante para la realización de la conducta, prestado en la fase de ejecución de dicha conducta, en este caso no se observa división de trabajo ni acuerdo común incondicional previo, concomitante o posterior y tampoco se puede derivar de imprecisas especulaciones en razón de las funciones del cargo de Tesorera. El tema es probatorio y lo cierto es que la Fiscalía no probó tales aspectos, máxime si el dolo con el que pudo actuar otro servidor público en el manejo de los recursos públicos, no se le puede comunicar a la acusada y tampoco hay lugar a la comunicabilidad de las circunstancias.

El cargo de la Tesorera no le exigía tener conocimiento del manejo de los recursos, eso estaba por fuera de la órbita de sus funciones, escapaba a su control, pues su labor era mecánica, derivada de un trámite previo en cada dependencia o despacho del alcalde, y sujeto a la verificación de una disponibilidad presupuestal. Así, Lucy Quiles, empleada de la Secretaría de Hacienda, era la encargada de la revisión de cuentas y sus respectivos soportes.

La Fiscalía no probó la coautoría o el codominio del hecho. Además, al calificar el sumario, decidió respecto de Jhon Zarate precluir la investigación porque no existía prueba de su conocimiento de los hechos y consideró que estaba incurso en un error de tipo invencible, decisión que pudo hacer extensiva a ANA ELVIRA GONZÁLEZ y fue por

ello, tal vez, que la Fiscalía no impugnó las absoluciones dictadas en su favor.

El Tribunal edificó la condena con escuetos argumentos, especulaciones, subjetividades y suposiciones, sin respaldo probatorio para condenarla por primera vez.

Erró aquella Corporación al dar la razón al Procurador recurrente acerca de que las indagatorias no habían sido valoradas, cuando en ambas decisiones absolutorias proferidas en favor de su asistida se apreciaron e incluso transcribieron apartes de ellas. Además, no sería razonable que de una oportunidad para ejercer la defensa material se configurara una autoincriminación.

También erró esa Colegiatura al generalizar en la revocatoria de la absolución el proceder de las tres acusadas y, añadiendo en último lugar a ANA ELVIRA GONZÁLEZ, como si le transmitiera las calidades personales de las otras o de quienes fueron condenados en primera instancia, sin respaldo probatorio alguno.

En el folio 67 del fallo recurrido, el Tribunal dejó en claro que la Tesorería es una dependencia de la Secretaría de Hacienda, de manera que ANA ELVIRA GONZÁLEZ carecía de autonomía, pero en ese mismo folio se afirmó que ella suscribió la *Resolución de Avances Económicos*, sin tener en cuenta que carecía de tal nivel jerárquico, lo cual denota que no se apreciaron con detenimiento los comportamientos de manera individual, procediendo a generalizar en la

revocatoria de la absolución y el proferimiento de la condena, sin apreciar la ausencia de tipicidad subjetiva en su representada.

Ahora, como el Tribunal afirmó que aquella, al momento de legalizar los gastos con ocasión de las resoluciones pudo observar con “*un mínimo cuidado*” que algunas facturas no contaban con consecutivos autorizados por la DIAN, imputó entonces un prevaricato por omisión, no el peculado por apropiación sobre los recursos del Estado a cargo de la administración municipal.

Como también la Corporación de segundo grado dijo que ANA ELVIRA GONZÁLEZ era experta en el tema, lo cierto es que no precisó en cuál, esto es, “*¿legalidad de las Resoluciones? ¿La legalidad de los avances? ¿Su legitimidad para suscribir dichas resoluciones? ¿La veracidad de las actividades? ¿La existencia de la necesidad creada por la secretaría de salud? Aspectos éstos, que nunca fueron dilucidados por la Sala*”.

Las *resoluciones de avances* correspondían precisamente a avances económicos, no prohibidos por el legislador, proyectados mediante actos administrativos en dependencias distintas a la que regentaba la acusada, y que eran giros anticipados a las actividades a realizar, cuya legalización era posterior a las mismas, como se había establecido en el mismo acto.

El Tribunal minimizó el valor probatorio de los extractos bancarios de ANA ELVIRA GONZÁLEZ, reconociendo que no se nota un incremento patrimonial, pero sí consideró que participó activamente en el procedimiento implementado para causar el detrimento económico, en cuanto se dio apertura a una cuenta bancaria por parte de Gloria Henríquez, a la cual se giraron recursos públicos, todo ello sin tener en cuenta que aquella no era más que una funcionaria al frente de una dependencia de la Secretaría de Hacienda.

Debe apreciarse que con sus especulaciones, el Tribunal no derruyó el principio de presunción de inocencia de la procesada, tanto menos cuando se pretende utilizar su indagatoria para deducir que revisaba el fondo y forma de los asuntos de su dependencia, de donde no se puede concluir que le correspondía ir a los establecimientos de comercio a verificar facturas, o a la dependencia de almacén a revisar, cuando además, se trataba de *avances económicos*, muchas veces para atender el PAB o Plan de Atención Básica, con mayor razón si no era ella quien transmitía dichas necesidades a la Alcaldesa del momento, sino la encargada de la secretaría respectiva.

En este asunto no se demostró el dolo cognitivo ni el volitivo, con mayor razón si no se probó la materialidad del peculado por apropiación en cabeza de la señora GONZÁLEZ CRESPO, pues en el fallo atacado se varió la imputación contenida en la acusación, al decir que descuidó los deberes de su cargo (prevaricato por omisión), de manera que el

Tribunal quebrantó el principio de congruencia, pues tal delito nunca fue imputado.

El ejercicio de la función pública no puede suponer la presunción de responsabilidad penal. Haber desempeñado el cargo de Tesorera del municipio de Maicao no puede haberse convertido por años, en el escarnio público, desarraigo familiar y cargar sobre sus hombros con una injusta condena extensible en grado sumo a su familia miembro de la etnia Wayuu del Departamento de la Guajira.

A partir de lo expuesto, la defensora solicitó a la Corte revocar la primera condena proferida contra ANA ELVIRA GONZÁLEZ CRESPO para, en su lugar, absolverla.

ALEGATOS DE LOS NO RECURRENTES:

Como ya se advirtió, ninguno de los recurrentes intervino en el traslado dispuesto para pronunciarse sobre las impugnaciones promovidas por los defensores de DAISSY HERNÁNDEZ, CAROLINA POLANÍA y ANA ELVIRA GONZÁLEZ.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La Corte es competente para resolver la impugnación especial de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 235 de la Constitución Política, por tratarse de la

primera sentencia de condena proferida contra DAISSY LORENA HERNÁNDEZ DE FERNÁNDEZ, CAROLINA DEL CARMEN POLANÍA GUTIÉRREZ y ANA ELVIRA GONZÁLEZ CRESPO por el Tribunal Superior de Riohacha.

1. Respecto de la impugnación en nombre de DAISSY LORENA HERNÁNDEZ DE FERNÁNDEZ.

1.1. Vulneración del principio *non bis in idem*.

Es cierto, como lo expresó la defensa, que mediante decisión del 22 de enero de 2015, el Tribunal de Riohacha al conocer de la apelación promovida por la Fiscalía, declaró la nulidad del fallo absolutorio, por falta de motivación, proferido en primera instancia en favor de DAISSY HERNÁNDEZ, CAROLINA POLANÍA y ANA ELVIRA GONZÁLEZ de manera que la actuación fue devuelta al Juzgado 1 Promiscuo del Circuito de Maicao, despacho que el 18 de diciembre de 2020 dictó otro fallo, por cuyo medio las absolvió de nuevo.

Contra esta determinación el Ministerio Público interpuso recurso de apelación y el Tribunal de Riohacha, en sentencia del 7 de febrero de 2023, revocó la absolución para, en su lugar, condenar a las mencionadas ciudadanas, junto con Gloria María Henríquez y Julio Alfonso Martínez que ya habían sido condenados en primer grado.

A partir del anterior recuento de la actuación procesal y como el recurrente adujo que DAISSY HERNÁNDEZ fue

sometida a nuevo juzgamiento por parte del mismo Estado, y también a una nueva oportunidad de interposición de recursos frente a la segunda sentencia absolutoria, en esta ocasión ya no por la Fiscalía (única parte procesal que apeló el primer fallo absolutorio), sino por la Procuraduría, muy a pesar de haber manifestado expresamente su conformidad frente a la absolución proferida inicialmente a favor de su defendida, con total ausencia de legitimación, pues no se practicaron otras pruebas, circunstancia que denota violación del principio *non bis in ídem*, advierte la Corte que no le asiste razón en su planteamiento, por las siguientes razones:

La primera. El artículo 29 de la Constitución establece que “*Quien sea sindicado tiene derecho (...) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho*”. El artículo 8 de la Ley 599 de 2000 dispone: “*Prohibición de doble incriminación. A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en instrumentos internacionales*”.

Como puede establecerse, el proferimiento de un segundo fallo, ahora de carácter condenatorio en contra de DAISSY HERNÁNDEZ, al revocar la absolución de primer grado a instancia de la apelación del Ministerio Público, producto de que la inicial absolución dictada por un juez fue anulada por falta de motivación al resolver la alzada promovida por la Fiscalía, no corresponde al supuesto de hecho contenido en las normas constitucionales y legales transcritas.

En efecto, DAISSY HERNÁNDEZ –al igual que ocurrió con CAROLINA POLANÍA y ANA ELVIRA GONZÁLEZ— no fue imputada, acusada o procesada en dos oportunidades por los mismos hechos; por el contrario, en la única actuación válidamente surtida fue acusada y condenada como coautora del delito de peculado por apropiación agravado, en la modalidad de continuado.

Desde luego, la absolución inicial en primer grado fue revocada con el decreto de nulidad por falta de motivación del 22 de enero de 2015, de manera que perdió su validez, luego la única actuación que subsistió fue la nueva sentencia absolutoria dictada por el funcionario en primera instancia el 18 de diciembre de 2020, contra la cual el Ministerio Público interpuso apelación que condujo a su revocatoria por parte del Tribunal para, en su lugar, condenar a DAISSY HERNÁNDEZ –como también sucedió con CAROLINA POLANÍA y ANA ELVIRA GONZÁLEZ— .

Visto lo expuesto, no se trató de un doble juzgamiento por los mismos hechos, de modo que no se violó de manera alguna el principio *non bis in ídem* como lo reclamó el defensor², pues lo cierto es que la reposición, total o parcial de un proceso como consecuencia del decreto de una nulidad, no conduce a un doble juzgamiento, pues de ser ello así, la aplicación del instituto previsto por la ley para corregir los

² En el mismo sentido Cfr. CSJ AP, 29 ago. 2018. Rad. 52230.

actos procesales anómalos constituiría una irregularidad en sí misma.

Ahora, tampoco el curso de la actuación revela violación del principio de interdicción de la reforma peyorativa en los términos del artículo 31 de la Constitución, pues está demostrado que la invalidación de la primera sentencia absolutoria no fue producto de la impugnación de la acusada, sino de la Fiscalía, mientras que la revocatoria de la segunda absolución se produjo a instancia de la apelación de la Procuraduría, luego DAISSY HERNÁNDEZ no tenía la condición de condenada, ni de apelante única³.

En cuanto atañe a que la declaratoria de nulidad de la primera sentencia absolutoria no revive oportunidades procesales para las partes que en anterior ocasión estuvieron de acuerdo con tal providencia, como ocurrió con el Ministerio Público que no impugnó la primera absolución, pero sí la segunda, luego carecería de interés, considera la Sala que el recurrente parte de un supuesto equivocado consistente en suponer que las dos absoluciones fueron similares, cuando lo cierto es que si bien su sentido es igual, la primera no contó con motivación, aspecto que interesó a la Fiscalía al promover el recurso de apelación, pero el Ministerio Público dentro de su órbita de competencia no impugnó.

³ Cfr. CSJ SP, 31 may. 2023. Rad. 55310.

La segunda absolución dictada por el juez unipersonal el 18 de diciembre de 2020, sobra precisarlo, corresponde a una nueva providencia, sustancialmente diferente de la anulada por falta de motivación, de manera que si el Ministerio Público consideró que conforme a sus funciones debía apelarla para conseguir su revocatoria, no puede afirmarse que al no impugnar la primera, carecía de interés para atacar la segunda, pues, se reitera, se trata de otra decisión.

Si bien el defensor refirió que la absolución inicial fue invalidada por errores ajenos a la actividad de su asistida, se observa que no explicó, ni la Sala advierte, por qué razón la declaratoria de nulidad precisaba de la intervención equivocada de la acusada o su defensa, elemento ajeno a los principios que rigen la anulación.

Sobre el particular debe recordarse que la decisión judicial supone, además de la debida aplicación de la ley y de la correcta apreciación de las pruebas, que el trámite cuente con validez y legitimidad, esto es, con el respeto al debido proceso y al derecho de defensa, máxime si no se protegen únicamente los derechos de los acusados, sino también los de las víctimas, circunstancia por la cual, la falta de motivación de un fallo absolutorio impone su anulación, en procura, de una parte, de descartar la arbitrariedad de los funcionarios y, de otra, garantizar la oportunidad de conocer lo decidido y conforme a ello ejercer el derecho de impugnación por parte de quienes tengan interés, como en efecto ocurrió en este asunto, motivo por el cual, contrario a

lo asumido por el defensor, la nulidad no está instituida únicamente en beneficio de las personas condenadas.

Como el recurrente adujo que la competencia del Tribunal de Riohacha estaba circunscrita a los fundamentos de la apelación de la Fiscalía, sin que entonces resultara viable la nulidad de la primera absolució, olvida que, como ya se dijo, la validez y legitimidad del proceso son condiciones de las decisiones judiciales, con mayor razón de los fallos, como que resultaría contrario a la administración de justicia que un Tribunal, al detectar ausencia de motivación en una sentencia, procediera tozudamente a limitarse a decidir sobre los motivos de inconformidad del apelante y no se pronunciara sobre aquella grave y trascendente incorrección.

No en vano, la declaratoria de nulidad oficiosa es una excepción al *principio de limitación* que rige al resolver el recurso de apelación e inclusive el extraordinario de casación⁴.

Resta señalar que resulta impertinente que en su argumentación el impugnante invoque como algunos de los soportes normativos de su alegación la quinta enmienda de la Carta de derechos de Estados Unidos, pues tal Constitución no tiene incidencia en el sistema procesal penal colombiano.

⁴ Cfr. CSJ SP 4 feb. 2015. Rad. 39417, entre muchas otras.

A partir de lo anterior, no se accede a lo solicitado por el defensor, en el sentido de invalidar lo actuado desde la primera sentencia absolutoria.

1.2. Violación del principio de imparcialidad.

Si bien el impugnante manifestó que el magistrado ponente del Tribunal de Riohacha violó la garantía de imparcialidad, en cuanto después de haber realizado un análisis probatorio durante la apelación de la primera sentencia absolutoria, al punto que parte del fundamento de la declaratoria de nulidad consistió en la ausencia de análisis de pruebas por parte del juez de primera instancia, no se declaró luego impedido y finalmente profirió el fallo de condena contra DAISSY HERNÁNDEZ, constata la Sala, en primer lugar, que por tratarse de una decisión colegiada, el auto por medio del cual se dispuso la invalidación de la sentencia de primer grado no fue únicamente suscrito por el magistrado ponente.

En segundo término, consigue verificarse que tal decisión no se sustentó en la valoración de pruebas, sino precisamente, en que el juez de primera instancia no sustentó adecuadamente la absolución proferida en favor de DAISSY HERNÁNDEZ.

En tercer lugar, cuando el Tribunal conoció de la apelación promovida por el Ministerio Público contra la segunda absolución dictada por el funcionario unipersonal, se adentró en el análisis de las pruebas, que no habían sido

valoradas en oportunidad anterior al decidir la invalidación de lo actuado, para concluir que estaba demostrada la materialidad del delito de peculado por apropiación agravado en la modalidad de continuado, así como la responsabilidad penal de la referida ciudadana en su calidad de Alcaldesa de Maicao.

Es necesario expresar que es impertinente la inclusión que realiza el recurrente de pronunciamientos de la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo, en cuanto una y otro no se rigen por la normativa internacional ratificada por Colombia en materia de derechos humanos.

Conforme a lo expuesto, no se advierte que el Tribunal haya violado el principio de imparcialidad. No se accede a la invalidación del fallo de segunda instancia.

1.3. Razones de la impugnación especial.

Aunque el defensor comenzó por afirmar que se encuentra demostrado quién realmente se apropió de los recursos de la salud en Maicao, observa la Sala que tal aserto no es atinado, pues con ocasión de este proceso se encuentra cuestionada la absolución dictada en favor de su asistida, así como de CAROLINA POLANÍA GUTIÉRREZ y ANA ELVIRA GONZÁLEZ CRESPO.

En cuanto se refiere a que no hay prueba sobre un acuerdo entre DAISSY HERNÁNDEZ y los coautores para la apropiación de dineros del municipio de Maicao, es

pertinente señalar que en la demostración de la coautoría, por tratarse de un acuerdo previo o concomitante de naturaleza ilegal, es poco frecuente que se acuda a la prueba directa, como ocurriría si alguno de los coautores confiesa la realización del convenio entre todos o si se obtuviera un acta o documento que de cuenta de la convención criminal.

Entonces, por regla general, la acreditación de la coautoría se consigue a partir de pruebas indirectas, esto es, de medios de convicción de los cuales se colige, mediante un proceso de inferencia, lo ocurrido.

Así, está probado con lo expuesto por el mismo Julio Martínez que le fue delegada la contratación municipal por parte de DAISSY HERNÁNDEZ DE FERNÁNDEZ, quien en su condición de Alcaldesa firmaba las resoluciones que él elaboraba, aspecto sobre el cual es preciso resaltar, como se hizo en el fallo del Tribunal, que conforme a la Ley 80 de 1993, tal delegación no es absoluta, pues conforme al artículo 12 de la misma legislación, quienes en las entidades públicas delegan, no quedan exonerados de sus deberes de control y vigilancia de las actividades pre-contractuales y contractuales realizadas por los delegados⁵.

De otra parte se tiene que, DAISSY HERNÁNDEZ en su condición de Alcaldesa de Maicao, autorizó la apertura de la cuenta 466-100001047 en el Banco BBVA a nombre de la Secretaria de Salud Gloria María Henríquez Martínez

⁵ Cfr. CSJ SP, 13 sep. 2023. Rad. 62645, entre muchas otras.

(condenada en este proceso en primera y segunda instancia, cuya demanda de casación fue inadmitida), a donde iban a parar los giros derivados de las resoluciones en materia de salud y a través de la cual se cometió la apropiación de dineros públicos derivados de las regalías.

Igualmente se establece que el monto de la apropiación a través de las resoluciones de avances económicos no fue menor, pues se cuantificó en \$2.220'097.800, suma que supone un buen número de *resoluciones de avances económicos*, sin que ello causara por lo menos curiosidad a la Alcaldesa, circunstancia que descarta la alegada por la defensa confianza legítima de DAISSY LORENA HERNÁNDEZ en Julio Martínez, así como su ajenidad respecto de la defraudación.

A lo anterior se suma que Eduard Tulio Pineda Campo, quien se desempeñó como Secretario de Salud con posterioridad a los hechos aquí investigados, declaró bajo la gravedad de juramento que pudo establecer cómo hubo exceso en el gasto en comparación con las necesidades del municipio, con mayor razón si los soportes físicos de los egresos no se ajustaban a la legalidad.

También se cuenta con la declaración de Blas Osorio Narváez, asesor jurídico de la Alcaldesa HERNÁNDEZ DE FERNÁNDEZ, quien rindió testimonio acerca de haberle puesto de presente las irregularidades que estaban ocurriendo respecto del manejo de los recursos del municipio y, en especial, en su legalización, sin que aquella procediera

a adoptar los correctivos pertinentes, todo lo cual permite concluir que de acuerdo con Julio Alfonso Martínez Restrepo (Secretario General del municipio), decidió dar curso al proceder defraudatorio continuado.

Lo expuesto refuerza el aserto anteriormente referido acerca de que respecto de la acusada DAISSY HERNÁNDEZ no se configuró la confianza legítima invocada por el defensor, pues si una vez enterada de las irregularidades en el manejo de los recursos y de su inconsistente legalización, no emprendió los correctivos que se imponían, fue porque actuaba de consuno con aquél a quien confió el tema de la contratación, esto es, el Secretario General Julio Martínez (condenado en primera y segunda instancia en este proceso como coautor del delito de peculado por apropiación agravado en la modalidad de continuado, quien no interpuso recurso de casación).

En suma, si DAISSY LORENA HERNÁNDEZ en su condición de Alcaldesa de Maicao decidió encargar al Secretario General Julio Martínez Restrepo el manejo de los recursos provenientes de regalías para abordar los asuntos de la Secretaría de Salud y, a pesar de ser informada acerca de las irregularidades que éste cometía en la legalización decidió continuar de la misma manera, solo puede deducirse, de una parte, su proceder doloso con relación a la defraudación del erario municipal. Y de otra, su condición de coautora, en cuanto aliada con aquél para esquilmar los recursos provenientes de regalías.

Como el recurrente cuestionó el momento exacto del acuerdo, es claro que DAISSY HERNÁNDEZ, Julio Martínez Restrepo y Gloria María Henríquez dirigieron su voluntad hacia la consecución del resultado acordado, de manera que el convenio del plan criminal no requiere de un pacto detallado, pues se deduce de los actos desencadenantes de los hechos demostrativos de la decisión conjunta de su realización, como sucedió en este asunto⁶, máxime si en su indagatoria, CAROLINA POLANÍA manifestó el 9 de junio de 2019 que Gloria Henríquez llamaba constantemente a la Alcaldesa titular a consultarle sobre las acciones que iba a realizar.

Conforme a lo anterior, se confirma el primer fallo de condena dictado contra DAISSY LORENA HERNÁNDEZ DE FERNÁNDEZ, como coautora del delito de peculado por apropiación agravado, en la modalidad de continuado.

2. Con relación a la impugnación en nombre de CAROLINA DEL CARMEN POLANÍA GUTIÉRREZ.

Para comenzar se tiene que en el Manual de Funciones y Competencias Laborales (Decreto 085 de 2005), a la Secretaría de Hacienda de Maicao, cargo desempeñado por la mencionada ciudadana, le correspondía: (i) Dirigir y coordinar la elaboración del proyecto de presupuesto para la vigencia fiscal. (ii) Impartir instrucciones a los funcionarios

⁶ Cfr. CSJ AP, 10 oct. 2012. Rad. 39349; CSJ SP151-2014. Rad. 38725; CSJ SP14005-2014. Rad. 37074; CSJ SP8346-2015. Rad. 42293; CSJ SP3764-2017. Rad. 48544; CSJ AP7084-2017. Rad. 48086, entre otras.

de la secretaría sobre las normas, sistemas y procedimientos del orden presupuestal, contable y de tesorería. (iii) Dirigir y coordinar la elaboración de los balances y los estados financieros. (iv) Ordenar y revisar la apertura de libros de presupuesto y contabilidad para la vigencia fiscal y los registros de las aprobaciones respectivas. (v) Rendir los informes acerca de las actividades y diligencias desarrolladas por la Secretaría.

Ahora, tal como lo dijo en su indagatoria, firmó como Alcaldesa encargada 6 *resoluciones de avances económicos* en 2007, por valor de \$375'200.000.

Conforme a lo expuesto, encuentra la Sala que, en primer lugar, no se demostró que con ocasión de las funciones regladas de su cargo estuviera vinculada con el trámite de las *resoluciones de avances económicos* con las cuales se produjo la defraudación aquí investigada. En segundo término, el conocimiento que tenía como Secretaria de Hacienda no determinaba que supiera del acuerdo común que mediaba entre la Alcaldesa DAISSY HERNÁNDEZ, el Secretario General y delegado para la contratación Julio Martínez Restrepo y la Secretaria de Salud Gloria María Henríquez.

En tercer lugar, es claro que estando brevemente encargada de la Alcaldía, le fueron proyectadas para su firma por parte del Secretario General Julio Martínez, las mencionadas 6 resoluciones, las cuales suscribió, sin estar llamada a suponer que se trataba de un mecanismo

dispuesto para apropiarse de dineros públicos. En cuarto término, debe recordarse que la Fiscalía dictó preclusión de la investigación en este proceso en favor de John Emiro Zárate Solano, en cuanto reconoció que actuó bajo un error de tipo invencible al firmar dos de tales resoluciones estando como Alcalde encargado durante dos días.

En tal sentido se tiene que si el delito de peculado por apropiación (artículo 397 del Código Penal) correspondiente a la conducta del “*servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado (...) cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones*” es doloso y esta forma de conducta la integran dos elementos: Uno, intelectual o cognitivo, que exige tener conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal. Y otro, volitivo, que implica querer realizarlos, el dolo directo o de primer grado se entiende actualizado cuando el sujeto quiere el resultado y realiza lo necesario para conseguirlo⁷.

Ahora, en tal delito es necesario establecer que el servidor público dirigió su comportamiento con la voluntad de apropiarse de los bienes públicos con los cuales tenía una relación jurídico-funcional.

En este caso se tiene que por pocos días CAROLINA POLANÍA se desempeñó como Alcaldesa encargada de Maicao, oportunidad en la cual suscribió las 6 resoluciones

⁷ Cfr. CSJ SPO, 2 ago. 2023. Rad. 62189

que le fueron entregadas para su firma, sin que se advierta algún medio de prueba en orden a acreditar su conocimiento respecto de que con tales documentos se conseguiría la apropiación de dineros públicos de Maicao, provenientes de regalías, es decir, no fue acreditado que su proceder estuviera determinado por un acuerdo de voluntades con DAYSSI HERNÁNDEZ, Julio Martínez y Gloria María Henríquez, de manera que se impone reconocer que en la suscripción de aquellas resoluciones no medió el elemento intelectual o cognitivo que supone conciencia de los elementos objetivos del delito de peculado por apropiación y, tampoco el volitivo, que implica querer la realización de tales componentes del punible.

Si bien el Tribunal de Riohacha manifestó que la señora POLANÍA GUTIÉRREZ declaró que carecía de conocimientos jurídicos, pero si se desempeñó en 2004 como Secretaria General en Maicao y luego como Secretaria de Hacienda, conocía de primera mano las minutas con las que se soportaban las *resoluciones de avances económicos*, deducción a partir de la cual dio por probado el dolo en su proceder, considera la Sala, de una parte, que aquella Corporación no explicó, ni se vislumbra, de qué manera tal conocimiento especializado tenía la virtud de acreditar que la acusada firmó aquellas resoluciones con dolo de peculado. Y, de otra, tampoco se demostró que procedió de manera mancomunada con otros para tener la condición de coautora de aquel punible.

Como también dicha Corporación adujo para acreditar la coautoría de CAROLINA POLANÍA que según lo declaró Nadilka Solano Camargo, quien la sucedió en el cargo de Secretaria de Hacienda, no le hizo entrega de esa dependencia y se negó a suministrar la información necesaria para conocer el estado financiero de la administración en 2008, encontrándose luego que no había soportes de los giros de los recursos, todo lo cual denota que no cumplió las funciones establecidas para su cargo, nuevamente constata la Corte que tal argumentación resulta vaga e imprecisa respecto de la acreditación de su activa intervención en el delito de peculado por apropiación continuado.

En efecto, si la acusada no hizo entrega formal de su puesto de trabajo, no por ello puede deducirse, sin pruebas y argumentos adicionales, que hacía parte de un grupo de personas acordado para esquilmar los recursos de Maicao.

En tal sentido, la afirmación de aquella Colegiatura, referida a que *“la señora CAROLINA POLANÍA GUTIÉRREZ colaboró activamente en la apropiación de \$2.220’097.800), obrando con pleno conocimiento toda vez que desempeñó distintos cargos públicos desde su vinculación a la administración de Maicao”*, no corresponde a lo acreditado y declarado.

A partir de lo expuesto, considera la Sala que en este asunto no se demostró más allá de duda razonable el tipo subjetivo (dolo) del delito de peculado por apropiación

agravado en la modalidad de continuado en la conducta de CAROLINA POLANÍA GUTIÉRREZ, circunstancia que impone a partir de la aplicación del principio *in dubio pro reo*, revocar la primera sentencia de condena proferida por el Tribunal de Riohacha para, en su lugar, absolverla esto es, porque no se demostraron los elementos objetivos y subjetivos del delito, de manera que subsiste la duda sobre la configuración del hecho y su responsabilidad.

3. Sobre la impugnación en nombre de ANA ELVIRA GONZÁLEZ CRESPO.

3.1. Nulidad por violación del derecho de defensa.

Como la recurrente reclamó que luego de la nulidad de la absolución dispuesta por el Tribunal de Riohacha el 22 de enero de 2015, el Juzgado 1 Penal del Circuito de Maicao profirió el segundo fallo absolutorio el 18 de diciembre de 2020, el cual no le fue notificado por correo electrónico ni edicto, providencia apelada por el Ministerio Público y el 15 de febrero de 2021 se surtió traslado de tal impugnación a los no recurrentes, menos a ella y a su asistida, se violó el derecho de defensa de la acusada, en cuanto la Corporación de segundo grado decidió condenarla, lo cual impone la invalidación de lo actuado desde tal providencia, para que se le notifique la segunda sentencia absolutoria, advierte la Sala lo siguiente:

Tal como lo relató la defensa, en este asunto se cumplió el cometido de comunicación de la decisión de primer grado,

máxime si los defensores o sus representadas carecían de interés en la causa para impugnar la absolución, pero quedó expreso en el texto de dicha decisión que procedía el recurso de apelación⁸.

Adicionalmente se tiene, conforme al *principio de protección*, según el cual, no puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica, y de acuerdo al *principio de convalidación*, que fundamentalmente dispone que los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales, la impugnante no formuló reparo alguno a la notificación del fallo absolutorio, de manera que consintió esa forma de comunicación y al no ser desconocidas las garantías constitucionales, se cumplió cabalmente con el cometido de tal acto.

Además, resultaba bastante previsible que la absolución fuera impugnada, bien por el Ministerio Público o la Fiscalía, pues la misma sentencia, como ya se indicó, advirtió sobre la posibilidad de interponer el recurso de apelación, eventualidad de la cual no podía desentenderse la defensora, en cuanto el fracaso de la acusación permitía suponer fundadamente que podría ser apelada.

⁸ En sentido similar Cfr. CSJ SP, 30 jun. 2021. Rad. 56692.

Ahora, tal como lo ha destacado la Corte en otras ocasiones⁹, corresponde al defensor en desarrollo de su deber de vigilancia estar atento al desarrollo del proceso para informarlo a su representado y adoptar la estrategia que corresponda, so pena de incurrir en falta disciplinaria (artículos 28, numeral 18, literal c y 34 literal de la Ley 1123 de 2007).

También es pertinente recordar que la legislación procesal no dispone que previo a surtir el traslado a los no apelantes se les deba anunciar el inicio de ese término, de manera que corresponde a los sujetos procesales estar atentos a la oportunidad en la cual deban realizar su intervención¹⁰.

En suma, en este asunto la defensora contó con un amplio lapso para constatar la interposición del recurso de apelación por parte del Ministerio Público, de manera que debió estar atenta para allegar sus observaciones sobre la apelación interpuesta, o incluso, reclamar la oportunidad para alegar como no recurrente, sin que procediera a ello, y tanto menos se dirigió al Tribunal de Riohacha sobre el particular antes de proferir el fallo de segundo grado.

Lo expuesto permite advertir, de una parte, que el acto de notificación cumplió su propósito, de manera que en virtud del mencionado *principio de instrumentalidad de las formas* no procede la invalidación. Y de otra, que la defensora

⁹ Cfr. CSJ 30 jun. 2021. Rad. 56692.

¹⁰ Cfr. *Ídem*.

con su proceder convalidó la irregularidad, sin que entonces pueda ahora alegarla como motivo de nulidad, razones por las cuales su planteamiento no prospera¹¹.

3.2. Ausencia de responsabilidad de ANA ELVIRA GONZÁLEZ CRESPO.

Conforme al Manual de funciones de la administración de Maicao (Decreto No. 085 de 2005) las funciones de la Tesorería Municipal, a cargo de ANA ELVIRA GONZÁLEZ, eran las siguientes:

“Velar porque se legalicen las cuentas dentro de los términos establecidos por los manuales de procedimiento de la administración.

“Dirigir y coordinar el archivo de los comprobantes de pago realizados.

“Manejar, conservar y responder por los fondos y documentos que representen valores del Municipio, y que le hayan sido entregados para su custodia.

“Dirigir, supervisar y controlar el trámite de las diferentes cuentas y velar por el oportuno pago de las obligaciones que estén debidamente legalizadas y de acuerdo a la programación establecida.

“Enviar los boletines diarios de ingresos y egresos a las dependencias que requieran de esta información.

“Rendir informes periódicos al jefe inmediato sobre el estado de tesorería del Municipio.

¹¹ En sentido similar Cfr. CSJ SP, 5 oct. 2022. Rad. 61914.

“Girar los cheques correspondientes al municipio”.

Para comenzar se tiene que si en los extractos bancarios de la señora GONZÁLEZ CRESPO no se estableció un incremento importante de sus ingresos, tal situación, contrario a lo alegado por su defensora, no resulta pertinente en orden a acreditar su ajenidad respecto de la comisión del delito objeto de acusación, pues no siempre los beneficios ilegales obtenidos por los autores del delito de peculado por apropiación van a parar a sus cuentas personales, máxime si en este asunto se estableció que Gloria María Henríquez abrió una cuenta a la cual se giraron los recursos públicos derivados de las *resoluciones de avances económicos*.

En cuanto se refiere específicamente a los *“avances económicos”*, a la Tesorería le era solicitado un certificado de disponibilidad presupuestal (CDP) por parte de otra área, que a su vez le daba curso por medio de la Jefatura de Presupuesto, sin que tal procedimiento estuviera vinculado a la validación de facturas y soportes, en cuanto, como su nombre lo indica, se trataba de *“avances”*, es decir, de anticipos para dar inicio a ciertas actividades de la administración, las cuales, desde luego, se presumían legítimas, con mayor razón si eran producto de la necesidad de alguna dependencia del municipio, ya autorizados mediante resoluciones por el ordenador del gasto que en este caso era la Alcaldesa.

De acuerdo a lo expuesto, constata la Corte que la función de la Tesorera ANA ELVIRA GONZÁLEZ era

eminentemente técnica en cuanto atañe a los “*avances económicos*”, sin capacidad de decisión, limitándose a dar curso a una solicitud que ya venía aprobada por el ordenador del gasto, sin que obre en la actuación alguna prueba directa o indirecta en orden a demostrar que actuó de acuerdo con otros miembros de la administración en el apoderamiento de recursos públicos de Maicao, es decir, no se probó que interviniera en la comisión del peculado por apropiación en condición de continuado, ni se demostró su carácter de coautora del mismo.

No es cierto lo afirmado en el fallo del Tribunal¹² de que suscribió “*resoluciones de avances económicos*”, pues eran de competencia de la Alcaldía, sin que se hubiera desempeñado como titular o encargada de la misma.

Si bien se dijo en la primera sentencia de condena que “*ANA ELVIRA GONZÁLEZ quien por su cargo de Tesorera tenía obligación de realizar la examinación tanto de forma como de fondo de tales resoluciones*”, lo cierto es que el examen que le correspondía estaba circunscrito a verificar el trámite previo en la dependencia municipal que formulaba la necesidad, la firma por parte de la Alcaldía de la *resolución de avance económico* y que se contara con la posibilidad de expedir el correspondiente Certificado de Disponibilidad Presupuestal, conforme a lo establecido en el presupuesto de Maicao, máxime si la Secretaría de Hacienda contaba con la

¹² Folio 67.

intervención de Lucy Quiles, encargada de la revisión de cuentas y sus respectivos soportes.

Es cierto, como lo refirió la defensora, que la situación de las acusadas DAISSY LORENA HERNÁNDEZ, CAROLINA DEL CARMEN POLANÍA y ANA ELVIRA GONZÁLEZ es diferente, de manera que correspondía en cada caso evaluar las razones de su absolución por parte del juez y las que determinaron la primera condena de cada una proferida por el Tribunal de Riohacha.

Ahora, si bien esa Colegiatura afirmó que ANA ELVIRA GONZÁLEZ era experta en el tema, es necesario reiterar que un amplio y especializado conocimiento sobre las funciones propias del cargo o de la dependencia en la cual se labora, o una vasta experiencia sobre el particular, no permite, sin más, colegir un proceder doloso respecto del peculado por apropiación agravado y continuado, o la coautoría en el mismo.

De acuerdo a lo anterior, considera la Sala que sin la demostración de la intervención dolosa de ANA ELVIRA GONZÁLEZ CRESPO en la comisión del delito objeto de acusación y sin tanto menos acreditar su coautoría, no queda camino diverso al de revocar la primera sentencia de condena dictada en su contra por el Tribunal de Riohacha para, en su lugar, absolverla con fundamento en el principio *in dubio pro reo*, esto es, porque no se demostraron los elementos objetivos y subjetivos del delito, de manera que

subsiste la duda sobre la configuración del hecho y su responsabilidad.

Cuestiones finales.

Primera. El juez de primer grado manifestó que como el afectado en este asunto es el Estado y dado que se probó el monto de la defraudación, los condenados deberán resarcir al municipio de Maicao la suma de \$2.220'097.800.

Sin embargo, el Tribunal, en el acápite de la “INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS”, expresó: *“Como quiera que, en el presente asunto no se observa un daño material o moral derivado de la apropiación de recursos, no obstante, al no ser pertinente para este tipo de delitos como lo es el PECULADO POR APROPIACIÓN AGRAVADO. Esta Sala procederá a revocar lo concerniente a ella”*.

Al respecto advierte la Corte que tal decisión, además de imprecisa y carecer de fundamentación, no es cierta, pues delitos como el peculado por apropiación por el que aquí se procede conllevan una lesión efectiva al patrimonio económico público que debe ser restaurado a través de la indemnización, máxime si la Ley 600 de 2000 permite la condena en perjuicios en el fallo, sin necesidad del incidente de reparación reglado en la Ley 906 de 2004, ulterior a la sentencia de condena.

No obstante, se recuerda que en virtud del *principio de interdicción de la reforma peyorativa* plasmado en el artículo

31 de la Constitución, no es posible en esta sede hacer más gravosa la condición de los sentenciados por vía de condenarlos al pago de la correspondiente indemnización revocada por el Tribunal, quedando a salvo la potestad de la administración de Maicao de accionar con tal propósito.

2. A DAISSY LORENA HERNÁNDEZ DE FERNÁNDEZ el Tribunal le negó la condena de ejecución condicional por superar el elemento objetivo (4 años de prisión), dado que la pena fue de 6 años de privación de la libertad.

“Con relación a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, debe advertir la Sala que, los recurrentes no presentaron solicitud respecto a la concepción (sic) de la misma, por tal razón esta Sala se abstendrá de abordarla”.

En cuanto atañe a los subrogados penales referidos, advierte la Corte que, en efecto, si la pena impuesta supera los 4 años de prisión, no se satisface el requisito objetivo para acceder a la condena de ejecución condicional.

Ahora, con relación a la prisión domiciliaria, resulta insostenible que el Tribunal aduzca que como no fue solicitada por los recurrentes se abstiene de abordar tal temática. En efecto, no hay norma alguna o jurisprudencia en la cual se disponga que para constatar si se cumplen o no las exigencias para acceder a la pena sustitutiva de prisión domiciliaria sea menester que el impugnante o algún sujeto procesal así lo inste, pues resulta evidente que tratándose de un tema benéfico para el condenado, en cuanto resulta

preferible descontar el tiempo de privación de libertad en la residencia que en un establecimiento penitenciario, es imperativo, no facultativo, que aun oficiosamente, el funcionario o Corporación que impone la pena de prisión realice la correspondiente constatación de los requisitos exigidos para acceder a tal pena sustitutiva.

En tal cometido encuentra la Sala que el delito de peculado por apropiación, al lesionar el bien jurídico de la administración pública, está enlistado dentro del grupo de punibles que por voluntad del legislador dentro de su libertad de configuración normativa no permiten acceder a la prisión domiciliaria.

Para concluir es necesario precisarse que contra esta decisión –dictada por la máxima Corporación de la jurisdicción ordinaria— no procede recurso alguno.

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

RESUELVE

1. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Riohacha el 7 de febrero de 2023, mediante la cual condenó por primera vez a DAISSY LORENA HERNÁNDEZ DE FERNÁNDEZ como coautora del delito continuado de peculado por apropiación agravado.

2. REVOCAR la primera sentencia de condena dictada por el Tribunal de Riohacha el 7 de febrero de 2023 contra CAROLINA DEL CARMEN POLANÍA y ANA ELVIRA GONZÁLEZ para, en su lugar, absolverlas por el delito objeto de acusación.

3. DECLARAR que es facultativo de la administración municipal de Maicao emprender las acciones pertinentes en procura de conseguir la indemnización de perjuicios causados con el delito de peculado por apropiación en condición de continuado.

4. DECLARAR que DAISSY LORENA HERNÁNDEZ no tiene derecho a la condena de ejecución condicional ni a la prisión domiciliaria sustitutiva de la intramural.

5. ENVIAR copia de esta decisión a la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura (Ley 2195 de 2022 y Circular PCSJC22-12 del 29 de julio de 2022 de dicha Corporación).

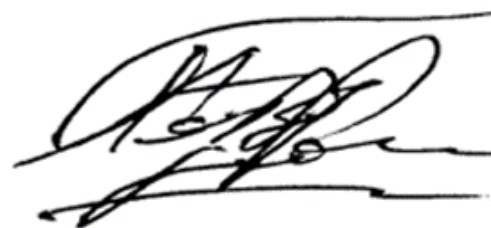
Contra esta providencia no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO QUINTERO BERNATE
Presidente



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



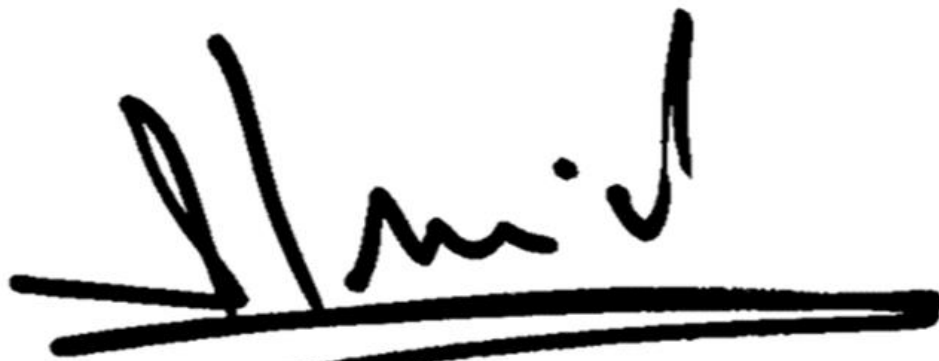
FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



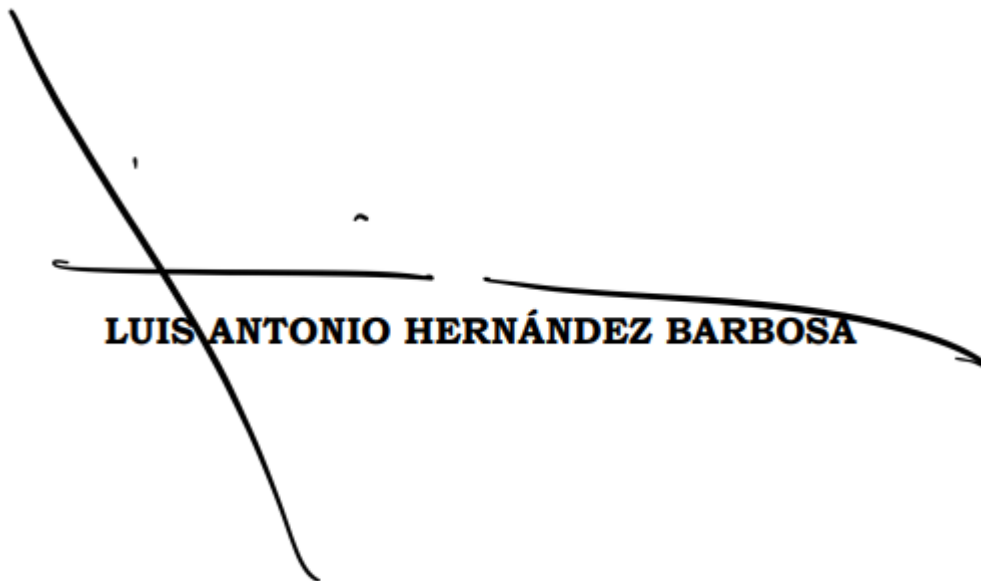
GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

CUI 44430318900120110000201
IMPUGNACIÓN ESPECIAL 64208
DAISSY HERNÁNDEZ, CAROLINA POLANÍA y ANA GONZÁLEZ



CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria