





Tipologías de CORRUPCIÓN en COLOMBIA

Fiscales Unidos por la Transparencia y la Integridad

Peculados



PRINCIPALES TIPOLOGÍAS DE CORRUPCIÓN EN COLOMBIA

Bogotá Noviembre 2018

Derechos reservados © Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC) y Fiscalía General de la Nación (FGN).

Las denominaciones empleadas en este documento y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene, no implican, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto del trazado de sus fronteras o límites.

La información sobre los localizadores uniformes de recursos y enlaces a sitios de Internet contenidos en el documento se consigna para facilitar la consulta y es exacta al tiempo de la elaboración. Las Naciones Unidas no asumen ninguna responsabilidad por la exactitud de dicha información en el futuro ni por el contenido de sitios web externos.

Los puntos de vista y opiniones de los autores expresados en este documento no representan ni reflejan necesariamente las de las Naciones Unidas o de la UNODC, y no serán utilizados con fines publicitarios o de patrocinio de personas o productos.

La información que se relaciona a continuación es confidencial, está sujeta a reserva hasta que las partes realicen acuerdos explícitos sobre aquello que se hace público y la manera de hacerlo.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

Documento elaborado en el marco del Acuerdo entre las Naciones Unidas, representadas por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y la Fiscalía General de la Nación (FGN).

PRINCIPALES TIPOLOGÍAS DE CORRUPCIÓN EN COLOMBIA

Fiscalía General de la Nación

Néstor Humberto Martínez Neira Fiscal General de la Nación

Eduardo Charry Gutiérrez Director de Altos Estudios

José Alberto Salas Sánchez

Director Especializado contra la Corrupción

Álvaro Osorio Chacón

Director Nacional de Articulación de Fiscalías Nacionales Especializadas

Daniela Andrea Suárez Naranjo

Profesional de la Dirección de Altos Estudios

Revisión y Comentarios

Andrés Felipe Vásquez Umaña

Profesional Especializado de la Dirección Especializada contra la Corrupción

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito

Bo Mathiasen

Representante

David Álamos Martínez

Jefe de Área de Prevención del Delito y Justicia (PROJUST)

Diego Quintero Martínez

Coordinador de Prevención del Delito y Justicia (PROJUST)

Revisión

Anamaría Talero Pilonieta

Asesora Senior del Pilar Anticorrupción

María Carolina Garzón Sánchez

Asesora del Pilar Anticorrupción

Juan Carlos Lozano Giraldo

Asesor del Pilar Anticorrupción

Manuela Gómez González

Asistente Temática en Prevención y Lucha contra la Corrupción

Investigación, análisis y redacción

Juanita María Ospina Perdomo

Subdirectora de Análisis de Operaciones de la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF)

ISBN Volumen: 978-958-56795-6-6

ISBN Obra Completa: 978-958-56795-4-2



Peculados



n este tomo se abordan los aspectos relevantes de los delitos que integran el capítulo primero del título XV titulado "Del peculado" y como tal analiza, a partir de una valoración comparativa, los tipos penales consagrados en los arts. 397 a 401, haciendo una reflexión final frente al contenido del art. 403A del Código Penal. Este estudio se aborda en primer lugar desde una perspectiva integral y luego a partir de sus elementos al identificar sus principales diferencias.

1. Introducción del peculado

Los delitos que se integran bajo el capítulo del peculado son conductas contra la administración pública (bien jurídico tutelado) pues se considera que una mala administración de los bienes confiados al servidor público, en razón o con ocasión de sus funciones, incide en forma negativa en la correcta administración del Estado por deformación del instituto real "pues además del patrimonio público también lesiona los servicios que mediante este han de prestarse a la comunidad".

También se han conocido estas figuras con el nombre de malversación o mala administración, y podría decirse que el peculado -en sentido moderno- se estructura cuando se administran mal o se hace un mal uso -en sentido ampliode bienes del Estado o de particulares que le han sido confiados al servidor público debido a la investidura pública que ostenta.

De esta manera, en forma directa, el reproche se asienta en la ruptura de la confianza que las autoridades dan a un funcionario público para que administre, tenga o custodie bienes determinados; y de manera indirecta (solo en algunas modalidades) en la lesión del interés patrimonial de la administración oficial, debiendo recordar que el peculado no se caracteriza por la naturaleza de los bienes afectados².

La legislación penal colombiana ha evolucionado en la consagración de tipos penales dentro de esta categoría. Inicialmente en el anterior Código Penal de 1980 había modalidades tales como: (i) peculado por uso de trabajo oficial³ el cual en la actualidad constituye exclusivamente una falta disciplinaria; (ii) el peculado por error ajeno⁴; y el (iii) peculado por extensión⁵; estos últimos que hoy son concebidos como delitos contra el patrimonio económico en sus modalidades de aprovechamiento de error ajeno y abuso de confianza calificado (arts. 250 y 252 del Código Penal, respectivamente).

En el Código Penal contenido en la Ley 599 de 2000, teniendo en cuenta los verbos rectores y los distintos objetos materiales, contempla – en la actualidad-las siguientes clases de peculado:

- Por apropiación.
- Por uso.
- Por aplicación oficial diferente.
- Por aplicación oficial diferente frente a recursos de la seguridad social.
- · Culposo.
- Culposo frente a recursos de la seguridad social integral.
- Omisión de agente retenedor o recaudador.
- Por destino indebido de recursos para metales preciosos.
- Fraude Subvenciones⁶.

Este módulo hace una presentación esquemática de cada uno de ellos7.

Para conocer sobre el estándar nacional e internacional de los tipos penales de peculado, así como el alcance del término malversación. Revisar las Convenciones Internacionales aplicables a Colombia disponibles en el módulo 2 de la plataforma virtual.

2. Elementos comunes al peculado

Son varios los elementos comunes que comparten los distintos tipos penales que integran este capítulo. A continuación, se abordan de manera general:

Sujeto activo cualificado. El peculado, en sus diferentes tipos penales, requiere de un sujeto activo calificado que debe ser un servidor público a quien se le ha asignado la administración, tenencia o custodia de bienes (de los que habla cada uno de los tipos penales) y como tal tiene una relación de disponibilidad (jurídica o material) frente a la cosa.

De esta forma se debe verificar:



A continuación, se analizan cada uno de estos elementos de forma separada.

• En primer lugar, frente a la calidad de servidor público para efectos penales se realiza la siguiente recomendación:

Para conocer el concepto administrativo y penal de servidor público en Colombia, revisar los Videos contenidos en el módulo virtual No. 5 de la plataforma titulados:

- Video 5.0.1. Servidor público Concepto administrativo (Camilo Cetina).
- Video 5.0.2. Servidor público en el derecho penal (Juanita Ospina).

Así mismo, se recomienda revisar el contenido del art. 123 de la Constitución y el art. 20 del Código Penal colombiano. • En segundo lugar, frente a la relación de la conducta y el deber de administración, tenencia o custodia con el marco funcional del servidor público⁸, a lo cual se hace referencia cuando el tipo penal indica que se le ha confiado en razón o con ocasión de sus funciones⁹, se ha precisado que la asignación funcional debe obrar y demostrarse en la actuación de manera específica y no en forma genérica, como un deber aplicable a todos los servidores públicos. Además, se ha aclarado también que esto no implica que la función o deber se encuentra concentrado en el mismo sujeto "sino que él forma parte del complejo engranaje que en muchos casos está fraccionada la administración de los bienes públicos (...)"11.

"Custodiar significa cuidar, vigilar, proteger el bien; en tanto que administrar es gobernar, controlar, custodiar, manejar, recaudar, distribuir, pagar, percibir, negociar, disponer, etc., todo un conjunto de actividades que dan al término un sentido amplio. Alude pues a una actividad más extensa que cuidar la cual se dirige a conservar las cosas.

La administración, tenencia o custodia de los bienes tiene que haber sido confiada al servidor público por razón o con ocasión de las funciones. No es suficiente el uso caprichoso para la estructuración del delito, es imprescindible que por virtud de las atribuciones se hayan confiado al sujeto activo la administración, tenencia o custodia del objeto material.

En otros términos, es imprescindible establecer si los bienes están vinculados con el agente a través de un nexo de dependencia funcional"¹².

• En tercer lugar, en cuanto a la relación especial de disponibilidad, la cual puede ser material o jurídica¹³, se señala que la relación especial de disponibilidad jurídica no depende de una asignación de competencias sino del ejercicio de un deber funcional¹⁴. Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha mencionado que se incurre en el delito de peculado "cuando el funcionario, por razón de sus funciones, interviene en la administración del bien y esa relación jurídica lo ubica en situación de ejercer un poder de disposición sobre el mismo, empleándolo para (...)"¹⁵.

Sujeto Pasivo de la conducta. En todos los supuestos, el sujeto pasivo es el Estado como titular del bien jurídico de la administración pública. Si bien no se

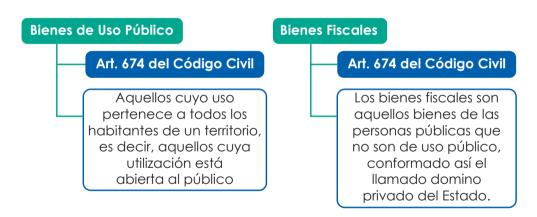
desconoce la posibilidad frente a que particulares puedan verse perjudicados o ser víctimas de este delito (siendo esta una hipótesis de los llamados delitos pluriofensivos), el sujeto pasivo es el Estado a quien se afectan sus intereses junto con la infracción al deber de fidelidad en la que incurre el funcionario público 16. Al respecto se ha señalado:

"El pasivo está representado por el Estado como titular del bien jurídico protegido, y puede concurrir como perjudicado un particular en los eventos en los cuales sea el titular de los bienes"¹⁷.

Objeto material de la conducta. Aun cuando una de las diferencias existentes entre los distintos tipos penales de peculado lo constituye la variedad de bienes sobre los que recae, sí se debe mencionar que existen algunas coincidencias y por ello se abordan en este aparte.

El peculado puede recaer sobre:

Bienes del Estado

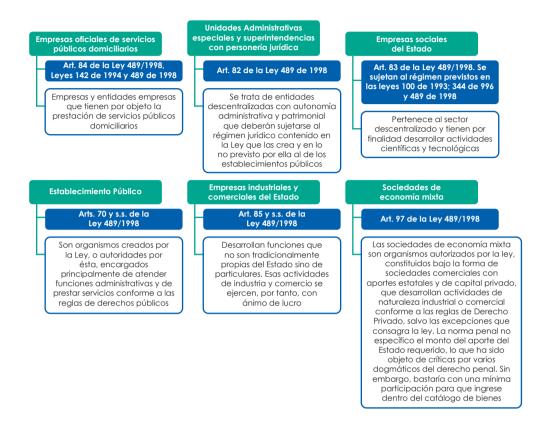


Bienes de empresas o instituciones en que este tenga parte

Se mantiene la anterior clasificación, pero – en este caso-respecto de todas las empresas o instituciones en que el Estado tenga parte.

Para ello se puede observar el contenido de la Ley 489 de 1998 teniendo en consideración que en el art. 38 se señala la integración de la Rama Ejecutiva

del orden nacional (nivel central y descentralizado) y el art. 68 que llama la atención frente a las entidades descentralizadas (catálogo abierto).



Bienes o fondos parafiscales

Se introduce a nivel constitucional el concepto de parafiscalidad de origen francés. Los recursos parafiscales son aquellos ingresos del Estado que se manejan extra-presupuestalmente con el fin de agilizar su manejo y permitir cierta autonomía en su disposición a las entidades que los perciben.

Bienes de particulares

Los bienes de los particulares pueden ser también objeto material del delito, siempre y cuando les hayan sido confiados al empleado oficial en razón o con ocasión de sus funciones. Situación distinta es la del particular que confía sus cosas o parte de ellas a un servidor público, al pensar que se trata de una persona correcta, respecto de la cual no tiene otros vínculos que los de la amistad u otro estímulo que los de su imprudencia. Es evidente la necesidad de

vincular la protección de dichos bienes con el patrimonio del Estado, toda vez que su disminución, daño o pérdida le acarrea consecuencias patrimoniales directas e inmediatas a favor de sus titulares por virtud de falla en el servicio público.

Concurso con el tipo penal de enriquecimiento ilícito

Ha sido objeto de discusión reiterada la posible configuración de concurso entre los delitos de enriquecimiento ilícito y peculado por apropiación.

En su mayoría la doctrina ha considerado que podría tratarse de un concurso aparente en tanto se señala que el peculado ya supone en sí mismo un enriquecimiento. No obstante, en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se ha dilucidado lo anterior al establecer que se trata de un concurso real o material¹⁸ en los siguientes términos:

"el concurso real o material –no aparente- de tipos, también descarta la violación del principio non bis in ídem, partiendo de la base que un solo comportamiento humano puede dar lugar a la infracción de varios bienes jurídicos tutelados, como ocurre, verbi gratia, con la falsedad en documento público o privado y el fraude procesal o el enriquecimiento ilícito de particulares y la estafa" 19

"Surge patente que ontológicamente son conductas claramente diferenciables, amén que el elemento esencial que las caracteriza no se requiere en ninguno de los otros delitos para su tipificación. Así, la omisión propia del prevaricato no figura en la descripción típica del enriquecimiento ilícito como tampoco en la del peculado por apropiación, ni el incremento patrimonial que caracteriza al enriquecimiento ilícito aparece como ingrediente del peculado, y la apropiación característica de este último no es componente de la conducta de los otros delitos en cita.

Conviene recordar que la Sala tiene dicho que los ilícitos de peculado por apropiación y enriquecimiento ilícito pueden concursar materialmente sin que se viole el principio non bis in ídem"²⁰.

"En la actuación adelantada por el punible de Enriquecimiento llícito se declaró responsable al exjuez por el incremento patrimonial injustificado, esto es, por un beneficio económico personal. Se trata entonces de dos conductas ontológica y sustancialmente escindibles que suponen la realización de propósitos diferentes y, por consiguiente, la estructuración de dos tipos penales autónomos que protegen bienes jurídicos independientes, cada uno con elementos propios que deben ser investigados y juzgados, circunstancia que imposibilita predicar que se trata de una doble sanción respecto del mismo comportamiento. (...)

El planteamiento del recurrente no está llamado a prosperar, toda vez que la declaratoria de responsabilidad penal respecto del delito de Enriquecimiento llícito no impide la persecución de las conductas punibles de peculado por Apropiación en favor de terceros en contra de (...), ya que no existe identidad de fundamento normativo, ni de causa, alcance finalidad o de sanción en las dos conductas cuestionadas y por tanto no se vulnera el principio de nom bis in ídem"²¹.

"Abiertamente desdibujado se ofrece el reproche, y de ahí la improsperidad de su pretensión, pues una y otra conducta se ofrecen totalmente distintas, ya que cada uno de estos tipos penales está dirigido a sancionar aspectos diferentes del accionar delictivo, con mayor razón, cuando en el peculado por apropiación a favor de terceros, no se envuelve ninguna consecuencia jurídica originada en que tal actividad haya beneficiado económicamente el ex-juez como para que se pueda afirmar que se trata de una doble punición respecto del mismo comportamiento"²².

Pena de la conducta. Aun cuando la pena varía en cada uno de los delitos de peculado, sí se deben hacer algunas precisiones que aplican respecto de todos ellos:

 Si bien la inhabilidad se señala que será por el mismo término de la pena de prisión, ello no aplica para la que se refiere al ejercicio de funciones públicas la cual es intemporal.

Conforme con el referendo del año 2003, la inhabilidad de carácter permanente (o intemporal) para el ejercicio de funciones públicas se aplica tanto a servidores como a particulares determinadores y cómplices que hubiesen participado en la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado (art. 1 Acto Legislativo 01 de 2004).

Frente a las demás facultades derivadas de la inhabilidad se entiende que será por el mismo término de la pena de prisión:

"Los tipos penales reseñados anteriormente prevén conductas delictuales que afectan el patrimonio público y son desplegadas por servidores públicos. (...)el legislador no está autorizado para disminuir la inhabilidad intemporal consagrada en el artículo 122 constitucional, por lo cual puede decirse que en tanto la norma respectiva disponga una inhabilidad menor, esta será inconstitucional (...) De acuerdo con esta reflexión, la norma debería ser declarada inexequible, pues limita tal intemporalidad. obstante, es necesario advertir que la expresión "por el mismo término" no solo se refiere a la imposibilidad de ejercer funciones públicas sino otros derechos políticos. Como quedó esbozado en la parte general de esta providencia, el ejercicio de funciones públicas es apenas una de las modalidades de derechos políticos con que cuenta el ciudadano. Por otro lado, la limitación en el tiempo del ejercicio de derechos políticos sí es constitucional por cuanto el constituyente no estableció la exigencia de la perpetuidad. Así que la expresión acusada sería, respecto del ejercicio de derechos políticos, exequible, e inexequible respecto del ejercicio de funciones públicas.

Esta dicotomía impone a la Corte dictar un fallo modulado que haga compatibles ambas consecuencias. (...) Por tal razón, (...)".

TERCERO. - Declarar EXEQUIBLES las expresiones "por el mismo término" contenida simultáneamente en

los incisos primero y tercero del artículo 397, en el artículo 398 y en el artículo 399 del Código Penal; la expresión "dicha pena se aumentará hasta en la mitad", contenida en el inciso segundo del artículo 397 y la expresión "por cinco años", contenida en el artículo 403 del Código Penal, bajo el entendido que no se refieren a la inhabilidad intemporal para ejercer funciones públicas"²³.

Aumento de la pena conforme a la Ley 890 de 2004.

El art. 14 de la Ley 890 de 2004 establece que las diferentes penas (a las que aplica) se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad el máximo. Para ello, se ha determinado por la Corte Constitucional que dicho incremento ha de hacerse desde la pena en meses y no en años²⁴.

Adicionalmente, se ha señalado por la Corte Suprema de Justicia que el incremento ha de hacerse con la entrada en vigor del sistema penal acusatorio, debiendo establecer la fecha de ocurrencia del delito, el lugar de comisión y observar en qué momento en dicho distrito entró a operar la Ley 906 de 2004²⁵.

Atenuantes de la conducta.

Conforme lo dispone el art. 401 del Código Penal (modificado por el art. 25 de la Ley 1474 de 2011), para estos delitos de peculado opera una circunstancia de atenuación punitiva orientada a restablecer a la Administración por el daño causado (aun cuando este no es requisito de la conducta) y de acuerdo con el momento en que ello ocurra. Bajo dicho supuesto establece la norma penal:

"Si antes de iniciarse la investigación, el agente, por sí o por tercera persona, hiciere cesar el mal uso, reparare lo dañado, corrigiere la aplicación oficial diferente, o reintegrare lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor actualizado con intereses la pena se disminuirá en la mitad. Si el reintegro se efectuare antes de dictarse sentencia de segunda instancia, la pena se disminuirá en una tercera parte. Cuando el reintegro fuere parcial, el juez deberá, proporcionalmente, disminuir la pena hasta en una cuarta parte".

La adición que se efectuó con el estatuto anticorrupción consistió, precisamente, en habilitarlo para la totalidad de los tipos penales de peculado al adicionar la corrección de la aplicación oficial diferente.

Se debe aclarar, conforme a la línea jurisprudencial fijada, que esta rebaja no procede cuando el reintegro de que se trate no sea voluntario por sí o por tercera persona²⁶.

En todo caso se debe aclarar:

- El reintegro habilita una rebaja en la pena.
- El reintegro no modifica la tipicidad de la conducta²⁷.
- El reintegro no impide la consumación de la conducta y ocurre de manera posterior a su consumación²⁸.
- No opera el beneficio cuando la recuperación no es hecha por el procesado²⁹. En todo caso se tiene claridad en torno a que el reintegro debe ser un acto voluntario³⁰.
- El reintegro beneficia a todos los coautores³¹.
- El reintegro no tiene incidencia en el término prescriptivo³².
- El reintegro constituye un fenómeno postdelictual que no afecta los mínimos ni máximos establecidos en los tipos penales³³.
- El reintegro con posterioridad a la sentencia no habilita la causal de revisión³⁴ siendo la oportunidad antes de dictarse sentencia de segunda³⁵.
- En los eventos de preacuerdo y en virtud de lo dispuesto en el art. 349 de la Ley 906 de 2004 (y siempre que el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto de la conducta desplegada), no podrá celebrarse el preacuerdo hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento (50%) del valor equivalente al incremento percibido y siempre que se asegure el recaudo remanente.

3. Modalidades de peculado

En el siguiente recuadro, se hace una breve presentación comparativa de los diferentes delitos que integran este capítulo:

4. Modalidades de peculado

Elementos que integran las modalidades de peculado				
Delito / Elementos del delito	Peculado por apropiación art. 397 C.P.	Peculado por uso art. 398 C.P.	Peculado por aplicación oficial diferente arts. 399 y 399 A C.P.	Peculado culposo arts. 400 y 400 A C.P.
Sujeto activo	Servidor Público / por razón o con ocasión de sus funciones / que tiene relación especial de disponibilidad (jurídica o material) de manera que se le haya confiac su administración, tenencia o custodia.			
Verbo rector	Apropiarse ³⁶ . Esto significa hacer suya una cosa o comportarse frente a ella con ánimo de "señor y dueño" ³⁷ . Se trata de un tipo penal de resultado y de carácter instantáneo ³⁸ .	Usar o permitir que otro use. Quien usa indebidamente se porta, en principio, como señor y dueño, pero tiene la intención o el propósito de devolver o reintegrar el bien indebidamente utilizado con fines privados del sujeto activo o del tercero ³⁹ . Se trata de un tipo penal compuesto alternativo de mera conducta. No se exige que se ocasione algún daño para la configuración del tipo penal ⁴⁰ y se trata de una conducta permanente ⁴¹ .	Dar aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados ⁴² ; o comprometer sumas superiores ⁴³ a las fijadas en el presupuesto; o invertir o utilizar en forma no prevista ⁴⁴ en este. Se trata de un tipo penal compuesto alternativo de lesión ⁴⁵ .	Dar lugar a que se extravíen ⁴⁶ , pierdan ⁴⁷ o dañen ⁴⁸ . Se trata de un tipo penal de resultado y de lesión ⁴⁹ en la que, por supuesto, debe "mediar relación de determinación o causalidad entre la conducta imprudente y el extravío, pérdida o daño de los bienes" ⁵⁰ . Esta conducta no admite tentativa ⁵¹ .
Objeto material	Bienes del Estado Bienes de empresas o instituciones en que el Estado tenga parte Bienes o fondos parafiscales Bienes de particulares ⁵² .	Bienes del Estado Bienes de empresas o instituciones en que el Estado tenga parte Bienes de particulares.	Bienes del Estado Bienes de empresas o instituciones en que el Estado tenga parte. Presupuesto 53.	Bienes del Estado Bienes de empresas o instituciones en que el Estado tenga parte. Bienes de particulares.

Ingredientes	Ingrediente subjetivo: La conducta se debe realizar en beneficio propio o de un tercero ⁵⁴ .	Ingrediente descriptivo de modo: el uso debe ser indebido ⁵⁵ . Se exige siempre la existencia de un uso o permisión de uso por fuera de toda actividad y relación oficial. Los bienes que tiene el servidor público dentro de su funcionalidad administrativa deben ser usados o utilizados en algo o para algo, especialmente si son públicos, el empleo o uso es indebido cuando escapa a este propósito inicial. En todo caso debe diferenciarse el uso razonable y el uso indebido ⁵⁶ .	Ingrediente descriptivo de modo: La conducta se debe realizar en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores ⁵⁷ . Es irrelevante que los traslados presupuestales no autorizados se hagan entre rubros correspondientes a salarios, prestaciones sociales o destinados a la inversión social ⁵⁸ .	No hay.	
Elemento Subjetivo		Dolo		Culpa ⁵⁹	
Agravantes o atenuantes específicos	En este delito la pena a imponer cambia en la medida que aumente el valor de la apropiación. Ello impone acreditar la cuantía del peculado la que se debe verificar conforme al salario mínimo vigente al momento de la conducta punible ⁴⁰ . Así mismo, el art. 33 del Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de	No existe	sobre recursos de la Integral. Esta conducta que manera autónoma agravante de la ar al Código Penal a 126 del 21 de enero promueve en el ma emergencia social territorio nacional padías (Decreto 4975 del 2009). Sin embo inexequible el esta social mediante se Corte Constituciona también fue declaritational del constituciona también fue declaritational del constituciona d	a, aunque supone un interior, se adiciona través del Decreto ro de 2010 que se arco del estado de I propuesto en todo el por el término de 30 del 23 de diciembre argo, declarado ado de emergencia	

2011) consagró una causal de agravación punitiva para varios de los tipos penales consagrados en el Códiao Penal, siempre que la conducta se cometa por servidor público aue eierza como funcionario de alauno de los organismos de control del Estado, caso en el cual la pena se aumenta de una sexta parte a la mitad. Dentro de las conductas que contienen este agravante se encuentra la del art. 397 del Código Penal (Peculado por Apropiación).

Dada la necesidad de crear esta conducta, se incorpora de manera exacta a como se previó durante el estado de emergencia, en el artículo 23 de la Ley 1474 del 2011 y ahora corresponde con los arts. 399 A y 400 A del Código Penal.

Para profundizar sobre el alcance del concepto de presupuesto y lo que implica una aplicación oficial diferente, revisar el video contenido en el módulo virtual No. 5 titulado:

Video 5.2.1. Presupuesto (Diego Quintero).

5. Del fraude a subvenciones

Este delito se adicionó al acápite del peculado a través del artículo 26 de la Ley 1474 de 2011 que crea el artículo 403 A en el Código Penal en los siguientes términos:

"El que obtenga una subvención, ayuda o subsidio proveniente de recursos públicos mediante engaño sobre las condiciones requeridas para su concesión o callando total o parcialmente la verdad, incurrirá en (...) Las mismas penas se impondrán al que no invierta los recursos obtenidos a través de una subvención, subsidio o ayuda de una entidad pública a la finalidad a la cual estén destinados".

Conforme se planteó en la exposición de motivos ello obedece a:

"G. Se sancionan nuevas conductas punibles cuya existencia proviene de diversas convenciones internacionales y que están consagradas en algunos países europeos, todo con la finalidad de evitar la impunidad de eventos que presentan características especiales que los diferencian de otros delitos, tales como el cohecho propio respecto de acto cumplido, el fraude de subvenciones y los acuerdos restrictivos de la competencia. (...) Se crea un nuevo tipo penal que se denomina fraude de subvenciones, con lo cual se adiciona la Ley 599 de 2000, y en él incurrirán quienes obtengan subvención o ayuda pública falseando las condiciones exigidas para su concesión u ocultando las que la hubiese impedido o no invirtiendo los recursos obtenidos en la finalidad a la que están destinados"61.

Para profundizar sobre la historia y evolución de esta conducta, revisar el video contenido en el módulo virtual No. 5 titulado:

• Video 5.2.2. El fraude a subvenciones, origen⁶². (Julián Guerrero).

Dada la novedad de la conducta aún no se cuenta con amplio desarrollo jurisprudencial que precise sus elementos.

A continuación, se señalan los que derivan de la transcripción de la conducta:

Sujeto Activo. A diferencia de las otras conductas de este capítulo, no se exige cualificación especial en relación con el sujeto activo de la conducta, con lo que se habilita que cualquier persona (incluido un particular) incurra en el tipo penal.

Verbo rector. Se trata de un tipo penal compuesto alternativo que consagra dos formas de responsabilidad diversas.

- La primera de ellas consagra un tipo penal de resultado, siendo indispensable que en efecto se configure el *obtener*, es decir: "Alcanzar, conseguir y lograr algo que se merece, solicita o pretende" 63.
- La segunda conducta reprocha el no invertir la subvención, subsidio o ayuda que se ha obtenido para la finalidad que se encuentra destinada. Se ha planteado que esta segunda forma del comportamiento corresponde con la versión del peculado por aplicación oficial diferente en los particulares.

Ingrediente descriptivo de modo. Se presenta de manera exclusiva frente a la primera modalidad de comportamiento, precisando que la misma se realiza "mediante engaño sobre las condiciones requeridas para su concesión o callando total o parcialmente la verdad (...)".

Objeto. Este delito hace referencia a "(...) una subvención, ayuda o subsidio, proveniente de recursos públicos (...)". Esto explica su ubicación en el capítulo I, y es la protección de los recursos públicos, siendo ello relevante pues escapa el mercado comercial y bancario, siendo imperativo que se trate de recursos de esta naturaleza.

Ahora, se entiende por **subvención** "Venir en auxilio de alguien o acudir a las necesidades de algo"⁶⁴, lo cual en este contexto significaría que es el objeto que se ha definido para el beneficio que se otorga en cabeza del Estado. Por su parte es **subsidio la** "Prestación pública asistencial de carácter económico y de duración determinada"⁶⁵. El término **ayuda** se debe entender en su contexto más amplio, de forma que se incluya cualquier forma de apoyo del Estado a los particulares.

Ahora, frente a la segunda modalidad de comportamiento se debe resaltar que se hace referencia a dineros de entidad pública con lo que se modifica el elemento de recursos públicos a que se hacía referencia en el inciso 1°, al modificar el alcance del comportamiento aterrizado – a la luz del principio de legalidad- a la definición de entidad pública que trae la Ley 489 de 1998.

Elemento Subjetivo. Se previó la conducta en la modalidad dolosa.

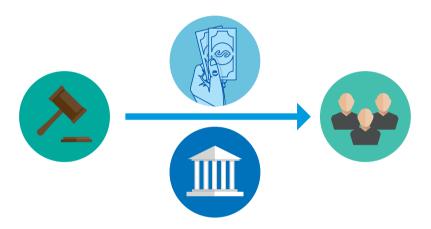
Para profundizar sobre los elementos de los delitos incluidos en este capítulo revisar el video contenido en el módulo virtual No. 5 titulado:

Video 5.2.3. Delitos de peculado (Martin Antonio Moreno Sanjuán).

6. Principales tipologías de peculados

A continuación, se presentan las principales tipologías de esta conducta (y para cada una de ellas con los ejemplos pertinentes):

Tipología No. 1 — Apropiarse de bienes públicos a través de mandamientos de pago y sentencias ilegales



Esta es una de las tipologías más comunes frente al tipo penal de peculado⁶⁶. Consiste en el empleo de fallos ilegales o mandamientos de pago fraudulentos que sirven como medio o instrumento para dotar de apariencia de legalidad a la apropiación de los recursos pertinentes.

Ya se han conocido variedad de situaciones en que previamente se conciertan diferentes sujetos con el objeto de defraudar el patrimonio Estatal, en algunos casos con la connivencia de los funcionarios encargados de emitir las decisiones ilegales (usualmente le antecede un cohecho y puede configurarse un prevaricato), en otros acudiendo a diversos mecanismos de engaño frente a aquellos (producto, en esencia, de un fraude procesal).

Las sentencias de tutela han sido ampliamente utilizadas para ello, entre otros por cuanto ofrecen un proceso expedito y dinámico en cabeza de cualquier juez de la república (normalmente se manipula el reparto) que facilita la obtención de las decisiones pretendidas:

Entre los años de 1992 y 1995, el juez primero laboral del Circuito del municipio XXX – tramitó y falló seis (6) procesos ordinarios laborales adelantados a través de apoderado judicial al condenar a una entidad estatal de pensiones a pagar a favor de los actores una serie de acreencias laborales e indemnizaciones, sobre las cuales, según la acusación, no tenían derecho alguno; pagos que se hicieron efectivos a favor de éstos por orden impartida por el procesado.

Para tomar dicha decisión el juez disfrazó la realidad probatoria y falló sobre una prueba basada en acuerdos laborales, específicamente en una convención colectiva de trabajo que no fue allegada por los demandantes, con el fin de hacer ver como legítimas unas decisiones manifiestamente contrarias a derecho, para justificar el reconocimiento indebido de prestaciones laborales. De esta manera, la decisión proferida no consultó la realidad fáctica y jurídica, situación indicativa de la conciencia y voluntad del operador judicial de vulnerar la ley al emitir decisiones manifiestamente contrarias a derecho, medio a través del cual obtuvo la apropiación de recursos estatales por parte de terceros que no tenían derecho a ellos.

Este tipo de situaciones requieren de actuaciones diligentes y efectivas en especial por cuanto suelen tener carácter reiterado, de manera que si bien se trata de delitos de ejecución instantánea tienen efectos patrimoniales diferidos⁶⁷ (p. ej. mesadas pensionales que se reconocen de manera mensual), y en especial por cuanto se sustentan en decisiones que gozan de presunción de legalidad y como tal han de ejecutarse (disponibilidad jurídica)⁶⁸:

"Está suficientemente decantado por la doctrina y la jurisprudencia que el delito de peculado por apropiación es de carácter instantáneo, por manera que se consuma 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 apropiárselo.

Tal premisa no ofrece mayores dificultades en aquellos eventos en que el acto de apropiación es consecuencia de la disponibilidad material de los recursos. No sucede lo mismo cuando el sujeto activo no detenta una relación tangible con estos, sino que la posibilidad de apropiación depende de su disponibilidad jurídica, del ejercicio

de un deber funcional que faculta al servidor público para decidir sobre el destino de los bienes o recursos de la misma naturaleza.

Esta es la situación predicable de los funcionarios judiciales, en la medida en que ostentan un vínculo con los bienes públicos respecto de los cuales adoptan decisiones, que les permite disponer de ellos a través de providencias vinculantes para las partes e investidas de la presunción de acierto y legalidad. Por ello, ha sostenido la Sala, cuando quiera que se apartan de su cometido legal y constitucional, para otorgar ilegítimamente a particulares derechos sobre bienes públicos, actualizan el tipo de peculado por apropiación. (...)

En otras palabras, se requiere que esa facultad legal de disposición, derivada -esta sí- de las funciones atribuidas al funcionario judicial y que le permite ordenar la entrega o pago de rubros de naturaleza pública, "se traduzca en el cumplimiento de la decisión, que puede operar en momento más o menos cercano a su expedición, o diferirse en el tiempo de conformidad con la naturaleza de lo ordenado".

Ahora bien, hay asuntos en los que el momento consumativo de la conducta punible se identifica con el de proferimiento de la decisión judicial, como cuando esta por sí sola sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga.

No así cuando la realización de la conducta prohibida es producto de un acto complejo en el que converge la voluntad del juez que ilegalmente ordena el pago de lo no debido, pues en estos casos, la consumación acaece cuando ese acto de disposición jurídica se concreta en acciones que distraen el bien del patrimonio del Estado, despojándolo así de su función pública.

Entonces, si el objeto de las conciliaciones celebradas entre los apoderados judiciales de los extrabajadores y el representante de [...] era convenir sobre la forma de pago de las condenas impuestas al Fondo por los aquí procesados, resulta innegable que las citadas decisiones judiciales hacían parte de un

entramado de actos parciales dirigidos a la obtención de un resultado típico: la apropiación ilícita de bienes del Fondo.

En este orden, es evidente que sin los actos de disposición jurídica de los recursos públicos desplegados por los acusados, a través de mandamientos de pago y sentencias espurias en contra del Fondo, no habrían tenido lugar las subsiguientes conciliaciones, ni la emisión de los actos administrativos con que [...] ordenó su pago en la forma acordada y el Ministerio de Hacienda los reconoció como deuda pública, actos consecutivos que concurrieron para consumar el apoderamiento de los recursos públicos"69.

"La ejecución, en consecuencia, no podía hacerse en un solo acto, sino una sucesión de actos parciales finalísticamente orientados hacia la obtención del resultado típico regido por el mismo designio criminal; propósito que consistió en declarar ilegalmente que el monto de la pensión reconocida a favor de los demandantes era inferior a la que se les liquidó en su momento y, por supuesto, en ordenar que el reajuste de esas mesadas se les pagaran en adelante, periódicamente, cada mes, lo que en efecto ocurrió hasta cuando las sentencias constitutivas de prevaricato fueron revocadas"⁷⁰.

"En efecto, si por ejemplo el tesorero de una entidad pública toma el dinero confiado en razón de sus funciones que reposa en la caja fuerte y lo saca de su oficina, en tal momento se consuma el delito de peculado por apropiación por tener la disponibilidad material del objeto del punible. Pero si se trata de un juez que ilegalmente ordena a una entidad estatal el pago de acreencias no debidas, pese a tener la disponibilidad jurídica del dinero en razón de sus funciones y decisiones, la consumación ocurre cuando se efectúa el respectivo desembolso"71.

El agotamiento será relevante al momento de establecer el monto o cuantía del valor apropiado:

"Ello supone que, a efectos de determinar la cuantía del ilícito, lo cual tiene incidencia en la punibilidad, debe tenerse en cuenta la totalidad de lo indebidamente apropiado y no solo los rubros aludidos en la providencia, pues en esas condiciones, es claro que el hecho punible «comporta efectos patrimoniales diferidos en el tiempo hasta cuando efectivamente cese la apropiación de recursos estatales"⁷².

Lo anterior sin llegar a confundir que se exija del pago efectivo para la consumación del delito, la que opera desde el momento mismo de la emisión de la providencia o mandamiento de pago ilegal que dispone jurídicamente de los bienes.

Ahora, en lo que ello impacta la forma como se contabiliza el término de prescripción, se advierten dos posturas disímiles:

"Que los efectos patrimoniales del delito se prolonguen en el tiempo no convierte la conducta en una de ejecución permanente, pues, se insiste, dicha circunstancia incide únicamente en su agotamiento; en consecuencia, el término de la prescripción de la acción penal deberá contarse, como lo disponen los artículos 84 de la Ley 599 de 2000 y 83 del Decreto Ley 100 de 1980, desde el momento de la consumación del ilícito, esto es, la fecha en que fueron proferidos los fallos censurados.

(...) establecer el momento a partir del cual han de ser contabilizados los términos prescriptivos legalmente se indica que para los hechos punibles instantáneos se debe empezar a contar a partir de su consumación, y en los delitos tentados o de carácter permanente, desde la perpetración del último acto, de ahí que en este caso las sumas apropiadas no se circunscriben al momento de emisión del acta de conciliación administrativa ante la Inspección de Trabajo, Regional Barranquilla, como lo hace el demandante, sino a la totalidad de lo desembolsado por la entidad demandada como consecuencia de ello prolongándose en el tiempo dado que era una obligación de tracto sucesivo"⁷³.

Otros de los mecanismos usualmente empleados son:

- Acciones de tutela con sellos de reparto presuntamente falsos.
- Alteración de reparto en centros de servicio judicial.
- Acreditaciones de vecindad ajenas a la realidad.
- Dictámenes y Cartas falsas (En general falsedad en cualquier clase de documento).
- Certificaciones de testigos fallecidos.

Finalmente, cabe precisar que el comportamiento podría derivarse, igualmente, de conciliaciones ilegales⁷⁴.

"(...) el procesado Gustavo planteó la idea de promover una petición conciliatoria ilegal en representación de 60 trabajadores de la empresa X a razón de una serie de acreencias y prestaciones laborales no debidas, con conocimiento de su ilicitud. Ello derivó en el pago de millonarias prestaciones económicas"⁷⁵.

Otra forma de realización de esta tipología podría ser a través del reconocimiento en sentencias judiciales en favor de personas que no demostraron su derecho.

Se debe advertir, además, que en lo que corresponde al particular supuesto beneficiario de los mandamientos de pago, tutelas u otros (mesadas pensionales, por ejemplo) se configura el delito de estafa agravada en concurso con los delitos de falsedad (que a bien tengan lugar), a menos que se estructure y evidencie la actuación como coautor, en este caso interviniente del sujeto activo de la conducta.

Señales de Alerta

- Estos casos, según evidencia la práctica, suelen presentarse de manera masiva. Normalmente se agrupa a un conjunto de personas con características similares y con unos pocos poderes (a veces uno solo) se acumulan situaciones concretas en una única decisión.
- Los actos administrativos o sentencias suelen acumular más de una situación concreta en un mismo caso.
- Es usual que se centren en beneficios laborales o de corte laboral.
- Suele ocurrir, además, que se trata de asuntos litigiosos o complejos.

¿Qué podría hacer?

 Normalmente la entidad que debe asumir el pago no está de acuerdo con el mismo o de forma alguna ofrece reparo. Por ello puede sugerirse iniciar el diálogo e indagación con la misma a efectos de centrar la discusión jurídica o de fondo correspondiente, esto con la debida prudencia de salvaguardar la reserva pues no debe descartarse la hipótesis según la cual puede haber participación al interior de la entidad.

- Cuando la presunta apropiación tenga sustento en decisiones o actos administrativos que se han proferido, es importante indagar sobre la legalidad y sustento (desde un punto de vista práctico) de los mismos. Es importante en estos casos solicitar la suspensión provisional de los actos administrativos.
- Normalmente las inconsistencias están en los detalles.
- Cuando se comprende la cadena que hace parte del acto de corrupción, es posible evidenciar que ello no siempre se puede obtener con cualquier funcionario (es común que el funcionario que emite o profiere la decisión pertinente se preste para ello). De esta forma se deben indagar aspectos como: (i) condiciones y legalidad del poder; (ii) cumplimiento de normas de reparto; (iii) circunstancias personales que acreditan el reparto (es usual aducir un domicilio diverso para garantizar un reparto concreto); (iv) decisiones con escasa motivación; entre otros.
- En estos eventos suele estar involucrado el apoderado, de esta forma es importante indagar acuerdos con los diferentes poderdantes (es usual un manejo a cuota litis a tasas elevadas frente al total recaudado).

¿Qué podría hacer?

 Debe recordarse que el paso del tiempo genera una mayor afectación al patrimonio público, por lo que se sugiere adoptar medidas orientadas al restablecimiento del derecho como pueden ser la suspensión de las decisiones que dan lugar a la conducta.



Tipología No. 2 – Apropiarse o descuidar dineros o bienes que le habían sido entregados como parte de una investigación



La más común de todas es la apropiación que normalmente deriva de una relación de disposición material en que se presenta la ocasión y el funcionario se apropia (materialmente) de la cosa.

Sin embargo, en estos supuestos suele ser de más difícil prueba en tanto se debe acreditar que en efecto hubo una apropiación a favor suyo o de terceros.

No obstante, se debe partir por identificar el vínculo o relación de custodia, tenencia o administración y, sobre ello, indagar sobre la actividad del funcionario a cargo para establecer si en efecto se trata de una apropiación o de una custodia indebida, siendo viable la segunda alternativa, caso en el cual se configuraría el delito de peculado culposo y no así el de peculado por apropiación⁷⁶.

En un procedimiento de registro y allanamiento llevado a cabo por funcionarios de la policía judicial de la SIJIN de Urabá (Antioquia), fue incautada una sustancia vegetal, correspondiente a marihuana en peso bruto de 950 gramos, una fotocopia de cédula de ciudadanía, un carné, y dinero en cuantía de ochocientos MIL PESOS (\$800.000.00) en las siguientes denominaciones: diez billetes de CINCUENTA MIL PESOS (\$50.000.00) y quince billetes de VEINTE MIL PESOS (\$20.000.00), los cuales, de acuerdo al acusador, fueron debidamente relacionados con sus series individuales y embalados, rotulados y sometidos a cadena de custodia.

La investigación relativa a aquellos hechos, radicada con el número XXXX, fue asignada a la fiscal XXX Seccional de Apartadó, María Marín, quien dispuso la apertura de una investigación previa. Al año siguiente, con ocasión del traslado de la fiscal Mesa Planta, se realizó inventario del despacho, relacionándose la suma de ochocientos MIL PESOS (\$800.000.00) dentro de la citada investigación, pero en denominaciones y seriales distintos a los enlistados en el informe de policía mediante el cual se dejó el dinero incautado a disposición de la Fiscalía. En esta ocasión se entregó la suma aludida en quince billetes de CINCUENTA MIL PESOS (\$50.000.00), dos billetes de VEINTE MIL PESOS (\$20.000.00) y uno de DIEZ MIL PESOS (\$10.000.00).

En el ejemplo anotado es fácil determinar que hubo una apropiación, en tanto existe un cambio de los billetes (lo que denota la existencia de dolo). La dificultad estará en establecer ¿Quién se apropió?.

Para ello, debemos hacer la trazabilidad de los recursos (bienes objeto del delito) de adelante hacia atrás para determinar el cumplimiento de obligaciones funcionales y sobre ello establecer culpa o dolo (recordando, en todo caso, que el dolo se admite en sus diferentes modalidades).

Señales de Alerta

- Ausencia de mecanismos de seguimiento y control de bienes e inventarios asignados a los funcionarios públicos.
- Ausencia de relación de elementos en diligencias u otros o indicación genérica de los mismos (p. ej.10 cajas con documentos).
- Desorden generalizado en procedimientos y en general en las instalaciones.
- Inventario o figuras similares denotan ausencia de un determinado bien objeto de la conducta punible.

¿Qué podría hacer?

Será difícil establecer la apropiación al menos a título de dolo directo.
 Por ello podría plantearse escenario de dolo eventual desde la visión de garante en tanto la ley asigna la protección tenencia, custodia y

- administración de los bienes y de cara a los mecanismos de protección de estos. También podría plantearse un escenario de culpa con representación.
- Se puede indagar sobre la forma de tenencia, custodia y administración, personas responsables, personas con posibilidad de acceso, protocolos de seguridad.
- Será de gran utilidad la prueba indiciaria.

Tipología No. 3 – El secuestre

Esta conducta se presenta cuando el auxiliar de la justicia, denominado secuestre (y que como tal cumple una función pública transitoria)⁷⁷: (i) se apropia de los bienes bajo su custodia, (ii) omite rendir las cuentas de su administración, (iii) omite restituir los bienes dentro del término otorgado.

En algunas ocasiones los secuestres desconocen que responden como servidores públicos para efectos penales, en este caso en tanto son particulares que cumplen una función pública transitoria (art. 123 de la Constitución y art. 20 del Código Penal). Lo primero será establecer lo anterior, acreditando su nombramiento como tal lo que suele remitir o incluir las funciones que debe incluir en función de la cosa que se le confía:

"El secuestre, en fin, frente a bienes productivos de renta entregados bajo su custodia, al igual que el mandatario, tiene el deber de realizar una adecuada administración. Le está prohibido en general, como se deduce de los artículos 9-3 y 688-2 del Código de Procedimiento Civil, la utilización de los bienes que se le confiaron en provecho propio o de terceros, administrarlos negligentemente o proceder con abuso en el desempeño del cargo.

Y si bien es cierto que el incumplimiento de esos deberes trae consigo el relevo del secuestre y su exclusión de la lista de auxiliares de la justicia, es claro para la Corte que cuando se atribuye al servidor público transitorio no simplemente una gestión administrativa deficiente porque se cree que una distinta habría representado mejores resultados, sino valerse del cargo para apoderarse en provecho propio o de terceros de la renta o las utilidades del bien, incurre en el delito de peculado por apropiación"78.

Luego de ello, se ha de determinar el rol que cumplió y el término destinado para ello. Ello supone requerir una rendición de cuentas o vía entrevista

preguntar por las labores o gestiones adelantadas de cara a las obligaciones que se asumen en calidad de secuestre (se encuentran en la ley) y sobre ello determinar la existencia de una apropiación, un uso, o una pérdida, extravío o daño derivado de la culpa.

En estos casos, además, se debe verificar con el funcionario a cargo de la actuación el seguimiento o vigilancia que ejerce sobre la labor del secuestre y un eventual descuido al respecto. Se plantean algunos ejemplos:

La administración del edificio inicia un proceso ejecutivo en contra de Juanita por el no pago de sus cuotas de administración en los últimos 3 años. Al parecer Juanita no reside en el edificio y ha sido complejo ubicarla para que asuma sus obligaciones. En el marco del proceso, se designa a Manuela como secuestre del inmueble. Transcurridos 5 años de proceso, Juanita acude, paga la deuda (junto con los intereses), le es entregado su apartamento y alregresar debe asumir pagos de reconexión de servicios, su deuda ha aumentado pues en estos 5 años no se ha pagado suma alguna del inmueble, y encuentra el apartamento en condición de abandono, teniendo que realizar múltiples adecuaciones y arreglos.

Cristina, en su calidad de secuestre dentro del proceso de sucesión de Ana, se negó a entregar en términos la rendición de cuentas y a proceder a la devolución de los títulos valores dados en custodia⁷⁹.

Señales de Alerta

- Ausencia de rendición de cuentas o informes de gestión de la actividad del secuestre.
- Transcurso de un amplio período de tiempo.
- Escasos o nulos beneficios derivados de la labor de administración, tenencia o custodia del secuestre.
- Desidia, apatía o desinterés del secuestre en la labor que le ha sido encomendada.

Poca presencia del titular del bien que le ha sido confiado al secuestre.

¿Qué podría hacer?

- En estos casos, uno de los temas complejos es atribuir un tipo penal de sujeto activo cualificado a quien aparece como particular. Es por ello por lo que se deben acreditar los elementos que demuestran que se trata de una función pública (permanente o transitoria) de cara al art. 123 de la Constitución o el art. 20 del Código Penal.
- Se debe circunscribir el reproche a lo que era esperado del secuestre. Es por ello por lo que se ha de revisar el mandato que se le confiere (alcance) y las actividades que despliega de ello.
- A veces es de gran utilidad generar comparativos de lo que sería la tenencia, administración o custodia del bien en el mercado (desde una perspectiva competitiva).
- Vale la pena indagar actividades desplegadas por el secuestre en el ejercicio de su gestión o labor. En la práctica no suele haber nada distinto del nombramiento y la posesión.

¿Qué podría hacer?

- Las actividades descritas se deben cotejar frente a las transacciones o acciones efectivamente realizadas.
- Se debe requerir informe de rendición de cuentas o similares de su gestión.

Tipología No. 4 – El administrador ineficaz

Se trata, en este caso, de quien asume la administración, tenencia o custodia de bienes, pero gestiona de forma indebida y omitiendo el rol de un administrador asumiendo una postura descuidada o ajena a su rol.



Son variados los escenarios en que se puede identificar esta tipología. Uno de los más comunes tiene que ver con quienes son depositarios de bienes (de los que se refieren los diferentes tipos penales) y que se limitan a tener la cosa sin administrarla en la forma debida y sin obtener rendimientos o utilidad de ninguna naturaleza.

Hay ocasiones en que el delito de peculado deriva de una incorrecta o equivocada entrega de bienes que se encontraban a disposición del Estado o bajo su tenencia, administración o custodia.

El fiscal Z tiene bajo su custodia un vehículo que se retuvo tras un accidente de tránsito en que se dio muerte a Rogelio. Este vehículo venía siendo conducido por Zamira quien se presenta y solicita la entrega, para lo que el fiscal verifica únicamente que ella figura en el reporte de policía judicial y lo entrega. Luego se evidencia que Zamira no era la titular del vehículo, y el dueño se acerca a reclamar – en horas de la tarde- el mismo.

También es el caso de los supervisores e interventores que dan recibo a satisfacción de las cosas sin que las mismas cumplan con los estándares de calidad o especificaciones técnicas que se han convenido y que como administrador se deben disponer, entre otros.

Hay otros ejemplos de mayor complejidad, como el que se plantea a continuación:

El alcalde del municipio X realiza la solicitud de un crédito y los recursos obtenidos del mismo los ingreso en la cuente corriente del municipio, asumiendo los intereses correspondientes. Sin embargo, pasa el tiempo y no se efectúa administración alguna o inversión del dinero con lo que se pierde el poder adquisitivo del mismo.

Señales de Alerta

- Ausencia de rendición de cuentas o informes de gestión de la actividad del administrador.
- Transcurso de un amplio período de tiempo.
- Escasos o nulos beneficios derivados de la labor de administración, tenencia o custodia en cabeza del administrador.
- Desidia, apatía o desinterés del administrador en la labor que le ha sido encomendada.
- Desconocimiento de la actividad que se le asigna.
- Poca presencia del titular del bien que le ha sido confiado al administrador.
- Detrimento patrimonial.

¿Qué podría hacer?

- En estos casos, uno de los temas complejos es atribuir un tipo penal de sujeto activo cualificado a quien aparece como particular. Es por ello por lo que se deben acreditar los elementos que demuestran que se trata de una función pública (permanente o transitoria) de cara al art. 123 de la Constitución o el art. 20 del Código Penal.
- Se debe circunscribir el reproche a lo que era esperado del administrador del bien. Es por ello por lo que se ha de revisar el mandato que se le confiere (alcance) y las actividades que despliega de ello.

¿Qué podría hacer?

- A veces es de gran utilidad generar comparativos de lo que sería la tenencia, administración o custodia del bien en el mercado (desde una perspectiva competitiva).
- Vale la pena indagar actividades desplegadas por el administrador en el ejercicio de su gestión o labor (en la práctica no suele haber nada distinto del nombramiento y la posesión).
- Las actividades descritas se deben cotejar frente a las transacciones o acciones efectivamente realizadas.
- Se debe requerir informe de rendición de cuentas o similares de su gestión.
- Verificar los antecedentes y los fines por los cuales se asignaron los recursos objeto de apropiación o detrimento.



Tipología No. 5 – El perito incompetente



Continúan los ejemplos en los cuales quien figura como sujeto activo de la conducta es un auxiliar de la administración de justicia.

En este caso se hace referencia a quien funge como perito en una determinada actuación.

No se trata aquí de cuestionar la legalidad o no del dictamen que se emite (lo que será objeto de otro delito como es el de prevaricato), sino de analizar cómo en un peritaje puede existir un concepto que incida o determine un probable delito de peculado por apropiación o peculado culposo ante la inexperiencia, desidia, incompetencia u otros similares de quien rinde el dictamen de que se trate.

Se deben valorar, entre otros, los siguientes supuestos:

- El perito como autor del delito.
- El perito como partícipe de la conducta de peculado por apropiación, en el cual presta su colaboración para lograr la apropiación en cabeza de terceros.

• El perito como coautor de la conducta de peculado por apropiación.

Señales de Alerta

- Inexperiencia o desconocimiento de los aspectos técnicos pertinentes en cabeza del perito a cargo de la actuación.
- Relación de amistad, familiaridad o similares entre el perito y una de las partes dentro de la actuación.
- Ausencia de soporte técnico en el documento u omisión de argumentación.
- Cotejar con otros dictámenes del mismo perito, con el fin de evidenciar contradicción de criterio.



¿Qué podría hacer?

- En estos casos, uno de los temas complejos es atribuir un tipo penal de sujeto activo cualificado a quien aparece como particular. Es por ello por lo que se deben acreditar los elementos que demuestran que se trata de una función pública (permanente o transitoria) de cara al art. 123 de la Constitución o el art. 20 del Código Penal.
- Se debe circunscribir el reproche a lo que era esperado del perito. Es por ello por lo que se ha de revisar el mandato que se le confiere (alcance) y las actividades que despliega de ello.
- Vale la pena indagar actividades desplegadas por el perito con miras a cumplir la labor que le ha sido encomendada.

Tipología No. 5 – El que deja pasar

Aquí de lo que se trata es de un exceso en el rol que asume el administrador al punto que adopta decisiones propias de señor y dueño lo que supone una apropiación.



De esta forma, el funcionario se abroga funciones de las que carece y decide (como si fuera el dueño) frente a aspectos previamente regulados sin sustento legal alguno:

Ausencia de cobro de multas previstas en un proceso de contratación.



Ocurre en algunos casos que se ha previsto dentro del contrato la posibilidad de cobrar multas. A pesar de ello y de darse los supuestos para proceder en dicho sentido, el funcionario a cargo de dicha gestión (supervisor de contrato) omite el cobro de la multa y continúa la relación contractual como si no se hubiesen dado los supuestos que la posibilitarían.

No se hacen efectivas pólizas ante supuestos en que procederían.



Igual suele ocurrir con las pólizas dentro de los contratos, bien por ausencia de renovación de estas (en especial en los casos de ampliaciones, prórrogas o adiciones) o por la ausencia de cobro de estas.

Otro de los supuestos en que se visualiza de manera recurrente esta tipología, y que además a la fecha no se ha abordado a profundidad, tiene que ver con la obligación legal en cabeza del Estado de constituirse como víctima dentro de los procesos por delitos contra la administración pública (art. 36 de la Ley 190 de 199580) facultad que también poseen los contralores en aplicación de lo dispuesto en el art. 65 de la Ley 610 de 200081. Estas disposiciones se reiteran en el art. 137 de la Ley 600 de 200082 y en la Ley 906 de 200483.

Derivado de lo anterior, la decisión de constituirse o no como víctima, y como tal perseguir la reparación de los perjuicios que se ocasionan como consecuencia de la conducta penal, recae en cabeza exclusiva del Estado y no así del representante legal o director de la entidad.

Tomar la decisión de no constituirse como víctima, a pesar de la obligación legal, podría entenderse como una forma de peculado por apropiación en tanto permite que un tercero se apropie de los réditos del acto de corrupción. Además, va en contravía de las disposiciones internacionales aplicables a Colombia sobre el particular.

¿Qué podría hacer?

Normalmente estos casos se descubren cuando no es posible ya se ha identificado un incumplimiento, un retraso o una imposibilidad de cobro, y al revisar hacia atrás se evidencian una serie de circunstancias que le habrían permitido al Estado adoptar mecanismos tempranos que se dejan vencer o cuya oportunidad se pierde por una decisión de quien administra, tiene o custodia el bien de que se trate.

Tipología No. 6 – El arriesgado

De manera similar a algunas de las tipologías analizadas, es viable plantear escenarios en donde quien tiene la administración, tenencia o custodia de los bienes de conformidad con el tipo penal correspondiente asume riesgos innecesarios que escapan a su rol.

Se puede tener, en este caso:

- Una conducta a título de acción, caso en el cual se adopta una decisión irresponsable que pone en riesgo los bienes que se administran (similar a la administración ineficaz)
- Una conducta a título de omisión, en donde el funcionario que ejerce la administración, tenencia o custodia como garante de la protección de los bienes que le han sido confiados, conociendo y con la posibilidad de actuar para impedir la materialización de un riesgo, no adelanta las actuaciones propias de seguridad en el tráfico o de salvamento que le eran exigibles materializándose un resultado.

Se trae un ejemplo de esta tipología:

El Señor Juan, como representante de una entidad del Estado, impulsó un programa para la promoción de vivienda para personas de escasos recursos (estratos 1, 2 v 3). En el marco de su función, también le correspondió definir los criterios y requisitos de elegibilidad de las personas beneficiadas con el proyecto. Dentro de los requisitos señalados se determinó (i) Ausencia de vivienda propia; Declaración jurada de tratarse de persona de escasos recursos. Una vez puesto en marcha el proyecto, se presentaron variedad de personas que cumplían con el primero de los requisitos y allegaban la declaración jurada, tratándose en realidad de personas de estratos 4, 5 y 6 y que, en todo caso, una vez adquirida la vivienda, la arrendaban a terceros. Un reconocido medio de comunicación, en una columna de opinión, señaló que los requisitos exigidos eran básicos y que el subsidio no estaba llegando a quiénes debía corresponder. Incluso quiso en repetidas ocasiones hablar con Juan quien se limitó a dar un comunicado de prensa que indicaba que todo se encontraba bajo vigilancia exhaustiva. Meses después se conoce que, en efecto, se entregaron beneficios a personas que no cumplían con el objetivo y que en todo caso se dedicaron a generar contratos de arrendamiento o compraventa con una ganancia frente a las personas de estratos 1, 2 y 3.

¿Qué podría hacer?

- En este caso resulta fundamental una valoración ex ante al momento de generar el reproche a la conducta desplegada por quien funge como administrador, tenedor o custodio de la cosa.
- Se debe valorar la información disponible al momento de adoptar las decisiones del caso y los elementos a considerar.
- Se debe hacer la trazabilidad documental, análisis y valoración de las decisiones de manera que el riesgo que se asuma esté debidamente justificado.

Tipología No. 7 – El que ni hace ni deja hacer – El omiso

En este caso se plantea una responsabilidad por el tipo penal a título de acción pero que deriva de la imposibilidad de cobro o de pago como consecuencia de una decisión que impide el ingreso de los recursos al Estado:

Se presenta en la Cámara de Comercio una persona que señala que desea liquidar su empresa. Para ello se ha establecido (Código de Comercio) que los actos de decisión de liquidación han de registrarse. Esta persona liquida la empresa y saca el cálculo de la liquidación en documentos separados (la mayoría de las personas suelen registrar ambos documentos en uno solo) con lo cual, solo registra la decisión de liquidación, acto sin cuantía que genera una tasa de DOS MILLONES DE PESOS (\$2.000.000.00). En la Cámara de Comercio le deniegan dicha posibilidad, exigiendo que registre ambos actos, con lo que la tasa correspondería a un porcentaje del documento a registrar siendo el valor por pagar de Veinticinco MILLONES DE PESOS (\$25.000.000.00).

El tema se consulta con la oficina jurídica que representa María y quien aduce que en efecto se puede registrar en forma autónoma, siendo el requisito (exclusivamente) frente al acto de decisión de liquidación. Con ello el usuario paga los pos

MILLONES DE PESOS (\$2.000.000). Una vez se cambia la oficina jurídica de responsable, Pedro encuentra esta situación y aduce que el acto de liquidación es un acto complejo compuesto por ambos documentos y que la tasa se debe fijar por el valor de Veinticinco MILLONES DE PESOS (\$25.000.000.00)

Como se puede analizar en el caso expuesto, no se responde por la conducta a título de omisión. De lo que se trata es de una acción que no se ve reflejada en una pérdida o disminución del patrimonio estatal, sino en la ausencia de ingreso de recursos que correspondían al Estado.

En algunos casos la conducta puede derivar además de culpa, como es el caso de liquidaciones erradas u otros que impiden el cobro efectivo de obligaciones o dineros del Estado.

¿Qué podría hacer?

- En estos casos no se debe verificar la pérdida de recursos, sino la obligación o fuente de esta que denota el posible ingreso de recursos en cabeza del Estado.
- La apropiación se representa en el ahorro o la ausencia de pago de que se beneficia un tercero.
- Se puede valorar la conducta a título de culpa. En todo caso se deben observar las obligaciones legales, la capacidad de decisión, el conocimiento de los temas o asuntos relacionados con la misma, y la claridad sobre el particular.

Tipología No. 8 – El luego repongo, es solo un préstamo

Existen algunos supuestos de peculado en donde el sujeto alega no estarse apropiando al punto que luego se produce un reintegro o retorno de aquello que ha tomado. En algunas ocasiones, la defensa suele acudir a replicar que se ha configurado un delito de peculado por uso, sobre la base del posterior reintegro, en lugar de una apropiación. A continuación se incluye un ejemplo de lo anterior:

Dentro del contrato No. X001 se hizo la entrega efectiva de un anticipo de Cincuenta millones de Pesos (\$50.000.000.00). El contratista, tenía algunos asuntos pendientes de contratos anteriores, por lo que parte de esa suma la empleó para dichos efectos, los cuales luego reemplazó con otro giro que recibió de negocios particulares.

Sin embargo, en el caso expuesto, es claro que se ha configurado un peculado por apropiación, toda vez que:

- El delito de peculado por apropiación es de ejecución instantánea. Ello quiere decir que se consuma desde el momento mismo que se da la apropiación.
- La apropiación ocurre desde el instante que se ejecuta un acto de disposición ajeno a la amortización propia del anticipo.
- El reintegro posterior no desaparece la conducta típica de peculado por apropiación⁸⁴.

Pueden ser variados los supuestos en que se presente la hipótesis expuesta, y por ello cabe hacer las siguientes precisiones:

- Cuando la cosa se agota con su uso no se puede hablar de peculado por uso y se trata de un peculado por apropiación.
- En los casos de bienes fungibles, se debe precisar que, si el reintegro no opera respecto de la cosa cierta, ha existido una apropiación.
- Por supuesto será relevante el ánimo subjetivo con el que se efectúa la conducta y, de acuerdo con este, se establecerá el ánimo de devolución al momento de hacer uso (si este es el supuesto) del bien de que se trate.

"De acuerdo con lo anterior, se tiene discernido que los atributos de la propiedad son tres, esto es, "(i) el ius utendi, que consiste en la facultad que le asiste al propietario de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pueda rendir; (ii) el ius fruendi o fructus, que es la posibilidad del dueño de recoger todos los

productos que acceden o se derivan de su explotación; y (iii) el derecho de disposición, consistente en el reconocimiento de todas aquellas facultades jurídicas que se pueden realizar por el propietario y que se traducen en actos de disposición o enajenación sobre la titularidad del bien".

Los medios cognoscitivos acopiados demuestran que la procesada no solo se sirvió de la cosa para aprovechar sus servicios - lo cual se limitaría, entre otros actos y a modo de ejemplo, a hacer algunas llamadas con el teléfono o tomar fotografías -, sino que se arrogó atribuciones dispositivas típicas del propietario, que llegaron al punto de someter el aparato a alteraciones físicas para habilitar su utilización"85.

Uno de los supuestos de esta tipología suele ocurrir con los viáticos. En algunos casos se ha afirmado que la entrega no es a modo de tenencia, administración o custodia sino como propiedad condicionada para el cumplimiento de la comisión que se encomienda. No obstante, sobre ello se ha pronunciado la jurisprudencia:

"Por ello se afirma que tales recursos, antes que ser transferidos incondicionalmente en su propiedad, son entregados a los agentes estatales para que éstos los administren, desde el punto de vista amplio que se deja expuesto, esto es, para sufragar los gastos que la misión oficial demanda.

En este sentido ha de entenderse que los emolumentos y demás bienes entregados al funcionario por concepto de comisión, no son -ipso jure- bienes de propiedad del comisionado, si se entiende que ello queda determinado por el cumplimiento de la condición que originó su entrega, esto es la comisión oficial impartida. Por ello, su legalización no deriva de la demostración de haber sido entregados al funcionario, sino de la posterior justificación que de su utilización haga, por haber cumplido la misión encomendada. De no cumplirse la gestión o no satisfacerse los requisitos que justificaron el gasto, se impone su devolución, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal"86.

Señales de Alerta

- Son conductas comunes en escenarios en que existe manejo de efectivo o bienes de escaso valor.
- Normalmente derivan de una relación disponibilidad material (viáticos, caja menor, etc.).
- Es usual que se hayan detectado pequeños ajustes o que no hayan coincidido cuentas en el pasado (luego suele aparecer un reajuste).
- Se suele tratar de procesos sin control o con escaso control.

¿Qué podría hacer?

- Cualquier detalle puede ser de gran utilidad. Por ello es importante conocer cada una de las etapas de cada proceso que se vaya a verificar a efectos de establecer (i) responsables; (ii) etapas; (iii) pasos y procedimientos a seguir; (iv) controles, entre otros.
- En estos casos es usual la confusión en torno a la admisibilidad de devolución de lo que se ha usado o apropiado, por lo que es posible que ante el interrogante directo se tenga conocimiento exacto de lo ocurrido.
- Se debe hacer trazabilidad de las operaciones o transacciones de que se trate.
- Dependiendo del monto, puede ser de utilidad tener un estudio o análisis patrimonial del funcionario público de que se trate.



Tipología No. 9 – El será doloso o culposo

Existen algunos escenarios en que la conducta se alega como culposa y parecieran darse elementos que denotan una simple infracción al deber objetivo de cuidado; sin embargo, lo que se configura es un comportamiento doloso en cualquiera de sus modalidades.

El director de una entidad financiera que maneja recursos del Estado, pretermitiendo reglamentos crediticios de la organización, otorga en forma irregular sobregiros, cartas de crédito y aceptaciones bancarias. Dentro de ellos, incluso, se concedieron sobregiros a clientes que presentaban obligaciones vencidas (lo que estaba prohibido), o se aceptó un segundo sobregiro sin contar con el concepto previo exigido o se otorgaron aceptaciones bancarias o autorizaron operaciones sin verificar capacidad de pago de los solicitantes⁸⁷.

De esta forma, se reconoce la existencia de supuestos en que existe dicha imprudencia, negligencia o impericia:

"Tratándose de delitos culposos el criterio fundamental de imputación del resultado al agente radica en el fin de protección de la norma de cuidado e implica que en el daño se refleje la realización del riesgo creado a través de la infracción de aquella norma, al tiempo que se han de determinar los riesgos y peligros que el sujeto debió prever según sus circunstancias, si los mismos eran adecuados o no y qué medidas de precaución debió adoptar para no llegar al resultado(...).

"La violación al deber de cuidado objetivo se evalúa siempre dentro de un ámbito situacional determinado, es decir, por medio de un juicio de la conducta humana en el contexto de relación en el cual se desempeñó el actor, y no en el aislamiento de lo que este hizo o dejó de hacer"88.

Pero hay otros, como el que se expone en el caso en que la desatención voluntaria de las disposiciones vinculantes o mecanismos de protección se constituyen en dolo en el actuar del sujeto⁸⁹.



Tipología No. 10 – Si no es de nadie... es mío El que lo encuentra se lo queda

El art. 699 del Código Civil en Colombia establecen la invención o hallazgo como forma de ocupación, que no es otra cosa que adquirir el "dominio de las cosas que no pertenecen a nadie y cuya adquisición no es prohibida por las leyes o por el derecho internacional" A renglón seguido se advierte que descubrir un tesoro es, a su vez, una especie de invención o hallazgo (art. 700 del Código Civil).

Por su parte el art. 706 del Código Civil define los conceptos de bienes vacantes y mostrencos y se dispone sobre su propiedad en el art. 707 del mismo estatuto así:

"Artículo 706. Bienes vacantes y mostrencos. Estímanse bienes vacantes los bienes inmuebles que se encuentran dentro del territorio respectivo a cargo de la nación, sin dueño aparente o conocido, y mostrencos los bienes muebles que se hallen en el mismo caso.

Artículo 707. Dominio de los Bienes vacantes y mostrencos. El Instituto de Bienestar Familiar tendrá en las sucesiones intestadas los derechos que hoy corresponden al municipio de la vecindad del extinto de conformidad con el artículo 85 <sic - 82> de la Ley 153 de 1887.

También tendrá el instituto los derechos que hoy corresponden a otras entidades con relación a los bienes vacantes y mostrencos".

Las disposiciones previamente citadas, sin embargo, no daban absoluta claridad en lo que respecta a la propiedad de bienes aparentemente sin dueño (vacantes o mostrencos), en particular en casos de hallazgo de bienes muebles o inmuebles que carecen de dueño por parte de la Fuerza Pública en cumplimiento de funciones públicas o con ocasión de estas.

Por razón de lo anterior se profirió la Ley 1201 de 2008 "Por la cual se regula el hallazgo de bienes por parte del servidor público":

"Dígase desde ya que el ámbito de aplicación de la Ley 1201 de 2008 se circunscribe a una especialísima categoría de bienes, valga decir, a aquellos que (i) reúnan las condiciones para ser considerados mostrencos según la legislación civil vernácula; (ii) sean encontrados de manera "fortuita", es decir, inopinada y casualmente; y, (iii) su hallazgo se realice por un servidor público en cumplimiento de sus funciones o con ocasión de estas. (...)"91.

Debiendo además señalar que la normatividad establece graves sanciones disciplinarias, fiscales y penales para quienes se apropien o dejen perder los bienes hallados frente a los que existe, desde esta ley, claridad en torno a la propiedad del Estado.

Quiere ello decir que, eventualmente podría catalogarse como de peculado culposo o peculado por apropiación cuando servidores públicos en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de estas hallen bienes vacantes o mostrencos de propiedad del Estado e incurran en los supuestos aludidos en las normas pertinentes.

En todo caso la jurisprudencia ha señalado que no se trata de un nuevo comportamiento sino de la reiteración de uno previamente existente y que, como tal, derivado de las disposiciones del Código Civil que se aclaran por esta nueva ley, le es aplicable la conducta de peculado culposo o doloso según las circunstancias del caso⁹².

"Los integrantes de las compañías "Buitre" y "Demoledor" del Ejército Nacional, en cumplimiento de la función de defender el orden constitucional (...)" encuentran una "caleta" y se quedan con ella⁹³.

"Es que si de acuerdo con la legislación civil sustantiva -art. 705, el particular que descubra una especie mueble perdida -bien mostrenco-, está en la obligación de "entregarla al dueño si fuere conocido", o en caso de no serlo, "a la autoridad competente" para que haga la indagación correspondiente, so pena de ser "juzgada criminalmente", con mayor razón el servidor público que haciendo caso omiso de la prohibición contenida en la norma penal, se apropie de tales efectos cuando sobre ellos alcance un poder de disposición, jurídica o material, originado en su deber funcional, incurrirá en el delito de peculado, sin que sea relevante la naturaleza pública o privada del bien, pues lo importante es que su administración, tenencia o custodia la haya asumido en razón o con ocasión de sus funciones.

En conclusión, lo que advierte la Sala frente a la Ley 1201 de 2008 es una reiteración del legislador en orden a afirmar que la defraudación de bienes del Estado, en sus diversas modalidades, tipifica el delito de peculado, puesto que en su artículo 5º hace expresa remisión a los artículos 397 y siguientes del Código Penal, pero sin incluir una nueva hipótesis comportamental, limitándose a catalogar como de la Nación aquellos bienes mostrencos hallados de manera "fortuita" por servidores públicos en cumplimiento o con ocasión de funciones de la misma naturaleza"⁹⁴.

Uno de los casos más sonados de esta tipología fue el conocido como "caso Guaça de las FARC":



"(...) La Sala encuentra que en la conducta de los uniformados acusados concurren los elementos que configuran el delito de peculado por apropiación, (...) no se discute que los procesados, dada su condición de miembros de la Fuerza Pública debidamente acreditada en el proceso y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 123 de la Constitución Política y 20 del Estatuto Punitivo, tienen la calidad de servidores públicos, cualificación que demanda el tipo penal en comento para el sujeto activo.

Respecto del segundo elemento, no puede soslayarse, como lo pretenden los censores, que los miembros de las Compañías "Buitre" y "Demoledor" del Ejército Nacional se encontraban en zona rural del municipio de San Vicente del Caguán cumpliendo una de las funciones asignadas a las Fuerzas Militares por el artículo 217 Superior, valga decir, la defensa del "orden constitucional", como lo revelan las órdenes de operaciones emitidas por los comandantes militares (...) En desarrollo de tales operaciones, los procesados tenían el deber de reportar a sus superiores lo relativo a capturas, bajas en combate, hallazao de caletas, etc., seaún lo establecía el Sumario de Órdenes Permanentes -S.O.P.- expedido por el Comandante de la Briaada Móvil No. 6 en el mes de enero de 2003, obligación que conocían perfectamente (...) Así las cosas, surge patente que los militares procesados abusaron de su función establecida en la Constitución y el reglamento, pues en vez de observar el procedimiento señalado en precedencia, decidieron apropiarse en su favor del dinero que se encontraba oculto en canecas plásticas, (...).

En cuanto al tercer elemento, resulta peregrino el argumento de los demandantes, avalado en su concepto por el Procurador Delegado ante esta Corporación, en el sentido que como la misión de los incriminados no estaba dirigida a la búsqueda y hallazgo de caletas, por ello no concurre en su conducta la relación funcional que en el delito de peculado debe existir entre el servidor público v el bien objeto material de la apropiación, puesto que sobre el punto la jurisprudencia de la Sala ha precisado que la "relación entre el sujeto activo de la conducta y los bienes oficiales de los cuales se apropia, puede ser material o jurídica, y que la disponibilidad no necesariamente deriva de una asignación de competencias, sino que basta que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional. Y eso es precisamente lo que se advierte en el asunto de la especie, pues si bien los integrantes de las Compañías "Buitre" y "Demoledor" del Ejército Nacional, en cumplimiento de la función de defender el orden constitucional, no tenían asignada legal ni realamentariamente la específica labor de hallar o de encontrar dineros de la columna guerrillera, para citar a la representante de la sociedad, sino de reducir con el uso legítimo de la fuerza al grupo subversivo, no es menos cierto que fue justamente con ocasión del ejercicio de esa función que lograron la disponibilidad material de los bienes -dinero- encontrados en la caleta, de los cuales se apropiaron con quebranto del deber de reportar el hallazgo a sus superiores y custodiarlo mientras se dejaban a disposición de la autoridad competente para que se indagara sobre su procedencia, según el procedimiento indicado en el Sumario de Órdenes Permanentes -S.O.P.-.

Asimismo, ninguna prosperidad puede tener la tesis relativa a la atipicidad del comportamiento juzgado bajo el supuesto de que los dineros encontrados en la pluricitada caleta no pueden reputarse como de propiedad del Estado, porque los acusados no adelantaron el trámite de incautación con observancia de los requisitos legales, tales como el reporte a sus superiores y la elaboración del acta respectiva, pues olvidan los censores que el objeto material en el delito de peculado no está restringido únicamente a esa clase de bienes, sino que también puede recaer sobre aquellos de propiedad de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado al servidor público por razón o con ocasión de sus funciones, tal como lo declararon los fallos de instancia.

Cabe destacar, que no era necesario que el particular dueño de los dineros, por demás de origen ilícito, en este caso el grupo subversivo de las FARC, los entregara «mediante un acto voluntario» a los uniformados con la finalidad arriba anotada, es decir, para su custodia, como lo propone el Delegado de la Procuraduría, pues una tal exigencia no aflora de la descripción típica y, además, resultaría ser un despropósito, sino que lo relevante es que la tenencia o el cuidado de los bienes y, por ende, la disponibilidad jurídica o material, surja para el servidor público en dependencia del cumplimiento de un deber funcional, y que tal relación sea la que le permita su apropiación, es decir, que sin existir aquella no se habría dado este o se configuraría un delito distinto, verbi gratia, hurto o abuso de confianza.

En esa medida, tampoco puede predicarse que entre los militares acusados y los dineros descubiertos se presentó un mero "contacto físico", insuficiente para que surgiera la relación funcional entre aquellos y éstos, o como lo refieren los demandantes, que el encuentro de tales bienes no generaba un "deber de custodia automática", pues, se itera, su evidente origen ilícito, aunado

a la función constitucional que cumplían en ese momento los uniformados implicados, en razón de la cual asumieron su tenencia, les imponía la obligación de reportar el hallazgo a sus superiores y custodiarlos mientras eran dejados a disposición de la autoridad respectiva, procedimiento que sí observaron cuando descubrieron otras caletas con material de guerra e intendencia, pero que pretermitieron en el caso de los pluricitados valores" 95.

7. Jurisprudencia peculados

A continuación, de manera esquemática se traen a colación algunas de las principales y más recientes sentencias en materia de peculados:

Peculados			
Fecha	Cita	Contenido relevante para peculados	
21/02/2018	CSJ. Cas. Penal. Sent. 21/02/2018 MP Patricia Salazar Cuellar (51.142).	 Elementos del delito de peculado por apropiación en favor de terceros. Tutelas para el pago de acreencias ilegales en contra del patrimonio estatal. 	
01/02/2018	CSJ. Cas. Penal Auto 01/02/2018 MP Luis Antonio Hernández Barbosa (50.969).	 Elementos del delito de peculado por apropiación. El servidor público: sujeto activo cualificado como garante en tanto se le impone el deber de preservar, proteger y custodiar los bienes del Estado. 	
31/01/2018	CSJ. Cas. Penal. Auto 31/01/18 MP Eugenio Fernández Carlier.	 Peculado culposo como delito de resultado. Diferencia del peculado por apropiación y el peculado culposo. 	
13/12/2017	CSJ. Cas. Penal Auto 13/12/2017 MP Luis Antonio Hernández Barbosa (51.785).	 Elementos del delito de peculado por apropiación. Estructuración en el caso del "secuestre": consumación, cuando se apropie de los bienes, cuando omite rendir las cuentas de su administración y restituir los bienes dentro del término otorgado. 	
06/12/2017	CSJ. Cas. Penal. Auto 06/12/2017 MP Eugenio Fernández Carlier (43.703).	Elementos del delito de peculado por uso.	
30/11/2017	CSJ. Cas. Penal. Sent. 30/11/2017 MP Luis Antonio Hernández Barbosa (29.726).	 Elementos del delito de peculado por apropiación Atipicidad del peculado por apropiación entre entidades públicas. 	
23/11/2017	CSJ. Cas. Penal. Sent. 23/11/2017 MP Patricia Salazar Cuellar (46.166).	 Deber de vigilancia, custodia y protección de los recursos estatales. Deber general de guarda y custodia de los bienes públicos y deber específico para la configuración del tipo penal de peculado por apropiación. 	

		 Relación de disponibilidad (jurídica o material). Elementos del delito de peculado por apropiación (necesidad de demostrar cada uno de ellos). Prohibición de la responsabilidad objetiva. 			
18/10/2017	CSJ Cas. Penal, Auto 18/10/2017 MP Patricia Salazar Cuellar (46.777).	Elementos del delito de peculado por apropiación.			
13/10/2017	CSJ Cas Penal Auto 13/10/2017 MP Luis Antonio Hernández Barbosa (50.969).	 Elementos del delito de peculado por apropiación. Bien jurídico tutelado. Disponibilidad jurídica y material. 			
27/09/2017	CSJ Cas. Penal Sent. 27/09/2017 MP José Francisco Acuña Vizcaya (39.831).	 Reintegro de lo apropiado: debe ser un acto voluntario No opera el beneficio cuando la recuperación no es hecha por el procesado (oportunidad) 			
20/09/2017	CSJ Cas. Penal Sent. 20/09/2017 MP Fernando Alberto Castro Caballero (46.751).	 Peculado por apropiación. Forma de tasar el monto apropiado (delito continuado/ delito masa). Modalidad tentada – El retiro de las demandas de cara al desistimiento. Dosificación punitiva. 			
28/06/2017	CSJ Cas. Penal Sent. 28/06/2017 MP Luis Antonio Hernández y Eugenio Fernández Carlier (49.020).	 Elementos del delito de peculado por apropiación. Delito de ejecución instantánea con efectos patrimoniales diferidos. Peculado por apropiación delito autónomo e independiente del de peculado por apropiación. Principio de libertad probatoria para el delito de peculado por apropiación, en especial de cara al ingrediente subjetivo. Dolo del delito de peculado por apropiación. Modalidad tentada de peculado por apropiación. 			
21/06/2017	CSJ Cas. Penal Sent. 21/06/2017 MP Fernando Alberto Castro Caballero (47.833).	 Elementos del delito de peculado por apropiación. Delito de ejecución instantánea: con efectos patrimoniales diferidos. Contabilización del término de prescripción para estos casos específicos. Prueba del dolo en el delito de peculado por apropiación. 			
05/07/2017	CSJ Cas. Penal Sent. 05/07/2017 MP Luis Antonio Hernandez Barbosa (47.865).	 Peculado por apropiación a través de un prevaricato. La prescripción del prevaricato no conlleva la prescripción del delito de peculado por apropiación. La existencia de una providencia judicial manifiestamente contraria a derecho como prueba del dolo del peculado por apropiación. 			
07/06/2017	CSJ Cas. Penal Sent 07/06/2017 MP Luis Guillermo Salazar Otero (47.295).	 Elementos del delito de peculado por apropiación a favor de terceros. Disponibilidad jurídica y material del delito de peculado por apropiación. Antijuridicidad de la conducta. Culpabilidad en el delito de peculado por apropiación. 			

31/05/2017	CSJ. Cas. Penal. Auto 31/05/2017 MP. Fernando Alberto Castro Caballero (50.257).	El deber objetivo de cuidado de cara al tipo penal de peculado culposo.
24/05/2017	CSJ Cas. Penal Auto 24/05/2017 MP Fernando Alberto Castro Caballero (50.271).	Peculado por apropiación como delito de resultado.
24/05/2017	CSJ Cas. Penal Sent. 24/05/2017 MP Patricia Salazar Cuellar (49.819).	Demostración del delito de peculado por apropiación (in dubio pro reo).
24/05/2017	CSJ. Cas. Penal. Sent. 24/05/2017 MP Eugenio Fernández Carlier (42.753).	 Diferencia entre el peculado culposo y el peculado por apropiación. Criterios para determinar si se está ante una conducta culposa o dolosa. Elementos del delito de peculado culposo.
05/04/2017	CSJ Cas. Penal Sent. 05/04/2017 MP Luis Guillermo Salazar Otero (47.974).	 Elementos del delito de peculado por apropiación. Determinador: no necesita tener disponibilidad jurídica o material de los bienes - Cualificación en el caso del determinador no es necesaria.
22/03/2017	CSJ Cas. Penal Auto 22/03/2017 MP Fernando Alberto Castro Caballero (49.314).	 Elementos del delito de peculado por apropiación. Reintegro de lo apropiado debe ser un acto voluntario.
08/03/2017	CSJ. Cas. Penal Auto 08/03/2017 MP José Luis Barceló Camacho (49.304).	 Elementos del tipo penal de peculado culposo. Los miembros de la fuerza pública como servidores públicos para los efectos penales. Custodia provisional de bienes incautados. Análisis del deber objetivo de cuidado y suficiencia en un caso específico.
08/03/2017	CSJ Cas. Penal Auto 08/03/2017 MP Eugenio Fernandez Carlier (48.381).	 Elementos del delito de peculado por apropiación. Reintegro de lo apropiado debe ser un acto voluntario. Oportunidad de reintegro de lo apropiado. Diferencias entre la consumación y el agotamiento.
16/02/2017	CSJ Cas. Penal Auto 16/02/2017 MP Luis Antonio Hernández Barbosa (48.419).	 Elementos del peculado por apropiación. Concepto de delito imposible. Peculado derivado de conciliaciones administrativas ilegales.
15/02/2017	CSJ Cas. Penal Sent. 15/02/2017 MP Eugenio Fernández Carlier (41.240).	 Elementos del delito de peculado por apropiación. Diferencias del delito de peculado por apropiación y del delito de peculado por uso. Diferencias entre la consumación y el agotamiento en el delito de peculado por apropiación – delito de ejecución instantánea.

08/02/2017	CSJ Cas. Penal Auto 08/02/2017 MP Fernando Alberto Castro Caballero (48.313).	 Reintegro de lo apropiado en el peculado por apropiación. El reintegro debe ser un acto voluntario. 			
25/01/2017	CSJ. Cas. Penal Auto 25/01/2017 MP Fernando Alberto castro Caballero (47.259).	 Elementos del delito de peculado por apropiación. Sujeto activo cualificado. 			
25/01/2017	CSJ. Cas. Penal Sent. 25/01/2017 MP Eyder Patiño Cabrera (43.044).	 Elementos del delito de peculado por apropiación. Disponibilidad jurídica y material. Consumación. 			
25/01/2017	CSJ. Cas Penal Auto 25/01/2017 MP José Luis Barceló Camacho (35.036).	 Elementos del delito de peculado culposo. Inadmisibilidad de la tentativa en el peculado culposo. 			
18/01/2017	CSJ Cas. Penal Auto 18/01/2017 MP Fernando Alberto Castro Caballero (49.204).	 Elementos del delito de peculado por apropiación. Concurso entre los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y peculado por apropiación. 			
12/10/2016	CSJ Cas. Penal Sent. 12/10/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (37.098).	Elementos del delito de peculado por uso.Consumación.			
05/10/2016	CSJ. Cas. Penal Sent. 05/10/2016 MP Eyder Patiño Cabrera (41.781).	Demostración del delito de peculado por apropiación			
20/09/2016	CSJ. Cas. Penal. Sent. 20/09/2016 MP Patricia Salazar Cuellar (48.262).	 Elementos del peculado culposo. Custodia provisional de dineros incautados. Creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y concreción del riesgo en el resultado. 			
27/07/2016	CSJ Cas. Penal Auto 27/07/2017 MP Eugenio Fernández Carlier (32.645).	 Elementos del delito de peculado por apropiación. El peculado como delito funcional. Relación de disponibilidad jurídica o material (relación funcional). 			
06/04/2016	CSJ Cas. Penal Auto 06/04/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (44.655).	 Elementos del delito de peculado por apropiación. Disponibilidad jurídica y material. 			
28/03/2016	CSJ Cas. Penal Auto 28/03/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (32.645).	 Elementos del delito de peculado por apropiación. Disponibilidad jurídica y material. 			

09/03/2016	CSJ. Cas. Penal Sent. 09/03/2016 MP Luis Guillermo Salazar Otero (46.483).	 Elementos del delito de peculado por apropiación. Especial referencia del elemento subjetivo del tipo (dolo). Determinador del peculado por apropiación (demostración).
09/03/2016	CSJ Cas. Penal Auto 09/303/2016 MP Fernando Alberto Castro Caballero (47.362).	 Elementos del delito de peculado por apropiación. Estimación de la cuantía. Prescripción de la conducta de peculado por apropiación.
24/02/2016	CSJ Cas. Penal Sent. 24/02/2016 MP Gustavo Enrique Malo Fernández (40.627).	 Elementos del delito de peculado por apropiación. Configuración del delito de peculado por apropiación. Antijuridicidad y culpabilidad de la conducta.
27/01/2016	CSJ Cas. Penal Auto 27/01/2016 MP Patricia Salazar Cuellar (47.168)	 Determinador del delito de peculado por apropiación. Reglas de prescripción y su aplicación al peculado por apropiación. El elemento subjetivo: dolo. Imputación fáctica jurídica de la cuantía.
16/12/2015	CSJ Cas. Penal Auto 16/12/2015 MP José Leónidas Bustos Martínez (28.016).	Elementos del delito de peculado por apropiación.
28/10/2015	CSJ Cas. Penal Auto 28/10/2015 MP José Luis Barceló Camacho (46.196).	 Determinador del delito de peculado por apropiación Ausencia de cualificación especial (sobre todo en lo que atañe a la relación de disponibilidad jurídica o material).
14/09/2015	CSJ Cas. Penal Auto 14/09/2015 MP Eugenio Fernández Carlier (42.332).	Elementos del delito de peculado por apropiación.
09/09/2015	CSJ Cas. Penal Sent. 09/09/2015 MP Fernando Alberto Castro Caballero (45.104).	 Propiedad de bienes vacantes y mostrencos que se encuentran por servidores públicos. Configuración del delito de peculado por apropiación. Concurso entre el delito de enriquecimiento ilícito, prevaricato por omisión y peculado por apropiación.
05/08/2015	CSJ Cas. Penal Auto 05/08/2015 MP José Luis Barceló Camacho (43.806).	 Elemento subjetivo del delito de peculado por apropiación. Diferencias con el tipo penal de peculado culposo. Reintegro de lo apropiado: no lo es la puesta a disposición.
29/07/2015	CSJ Cas. Penal Sent. 29/07/2015 MP Luis Guillermo Salazar Otero (37.603).	 Peculado por apropiación. Secuestre: consumación, cuando se apropie de los bienes, cuando omite rendir las cuentas de su administración y restituir los bienes dentro del término otorgado. Prescripción.

Т				
CSJ Cas. Penal Sent. 15/07/2015 MP Eugenio Fernández Carlier (43.839).	 Elementos del delito de peculado por apropiación. Consumación del delito de peculado por apropiación. Disponibilidad material y jurídica. Delito de ejecución instantánea con efectos patrimoniales diferidos. 			
CSJ Cas. Penal Sent. 17/06/2015 MP Eugenio Fernández Carlier (44.710).	 Diferencias del delito de peculado por apropiación y del peculado por uso. Elementos del delito de peculado por apropiación. 			
CSJ. Cas. Penal Auto 11/06/2015 MP José Luis Barceló Camacho (34.593).	 Conducta culposa. Análisis y valoración del tipo penal de peculado culposo. Principio de confianza y principio de autorresponsabilidad. 			
CSJ Cas. Penal Auto 10/12/2014 (44.855)	 Elementos del delito de peculado por apropiación. No es relevante que se desconozca el beneficiario real de lo apropiado. Consumación de la conducta. 			
CSJ Cas. Penal Auto 13/08/2014 MP Gustavo Enrique Malo Fernández (42.267).	Elementos del delito de peculado por uso.			
CSJ Cas. Penal Auto 23/07/2014 MP José Leonidas Bustos Martínez (28.016).	 Elementos del delito de peculado por apropiación. Disponibilidad jurídica y material. Alcance del término apropiación. 			
CSJ Cas. Penal Sent. 16/07/2014 MP María del Rosario González Muñoz (37.462).	 Elementos del delito de peculado por apropiación. Disponibilidad material/jurídica. Dolo y su demostración de cara al delito de peculado por apropiación (Prueba indiciaria). Antijuridicidad de la conducta. Demostración de la cuantía como elemento del tipo. Dosificación. Reintegro. 			
CSJ Cas. Penal Auto 18/06/2014 MP Eugenio Fernández Carlier (37.098).	 Elementos del delito de peculado por uso. Conducta o delito de ejecución permanente. Bien jurídico tutelado. Objeto material sobre el que recae la conducta. Tipo penal de conducta alternativa / Verbos rectores. 			
CSJ. Cas. Penal Auto 11/06/2014 MP Eugenio Fernández Carlier (35.505).	 Elementos del delito de peculado por aplicación oficial diferente. Debe existir afectación a la inversión social, los salarios o las prestaciones sociales de los trabajadores. 			
CSJ Cas. Penal Sent 09/04/2014 MP Gustavo Enrique Malo Fernández (43.363).	 Elementos del delito de peculado culposo. De la posición de Garante y el principio de confianza cuando hay obligaciones compartimentadas. 			
	Sent. 15/07/2015 MP Eugenio Fernández Carlier (43.839). CSJ Cas. Penal Sent. 17/06/2015 MP Eugenio Fernández Carlier (44.710). CSJ. Cas. Penal Auto 11/06/2015 MP José Luis Barceló Camacho (34.593). CSJ Cas. Penal Auto 10/12/2014 (44.855) CSJ Cas. Penal Auto 10/12/2014 (44.855) CSJ Cas. Penal Auto 23/07/2014 MP Gustavo Enrique Malo Fernández (42.267). CSJ Cas. Penal Auto 23/07/2014 MP José Leonidas Bustos Martínez (28.016). CSJ Cas. Penal Sent. 16/07/2014 MP María del Rosario González Muñoz (37.462). CSJ Cas. Penal Auto 18/06/2014 MP Eugenio Fernández Carlier (37.098). CSJ Cas. Penal Auto 11/06/2014 MP Eugenio Fernández Carlier (35.505). CSJ Cas. Penal Sent 09/04/2014 MP Gustavo Enrique Malo Fernández			

18/12/2013	CSJ. Cas. Penal Sent. 18/12/2013 MP Eugenio Fernández Carlier (42.133).	 Elementos del delito de peculado por aplicación oficial diferente (explicación de cada uno de ellos). Antijuridicidad de la conducta.
20/03/2013	CSJ. Cas. Penal Sent. 20/03/2013 MP Luis Guillermo Salazar Otero (39.390).	 Elementos del delito de peculado por apropiación. Estimación de la cuantía del peculado por apropiación. Delito de ejecución instantánea consumado en varias erogaciones. Prescripción del delito de peculado por apropiación. Disponibilidad jurídica: Jueces en el caso de condenas. Análisis del elemento subjetivo del tipo: dolo. Concurso con el delito de enriquecimiento ilícito.
20/03/2013	CSJ Cas. Penal Sent. 20/03/2013 MP María del Rosario González Muñoz (39.391).	 Elementos del delito de peculado por apropiación. Peculado por apropiación puede concursar con el delito de enriquecimiento ilícito. Disponibilidad jurídica – Jueces en caso de condenas. Elemento subjetivo del tipo: dolo.
16/05/2012	CSJ. Cas Penal Auto 16/05/2012 MP José Leonidas Bustos Martínez (34.834).	Elementos estructurales del delito de peculado culposo.
02/05/2012	CSJ. Cas. Penal Sent. 02/05/2012 MP Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez (36.422)	Deber objetivo de cuidado de cara al tipo penal de peculado culposo.
24/08/2011	CSJ. Cas. Penal. Sent. 24/08/2011 MP María del Rosario González Muñoz (35.465).	Presupuestos para la estructuración del delito de peculado por aplicación oficial diferente.
31/01/2001	CSJ. Cas. Penal. Sent. 31/01/2001 MP Mario Mantilla Nougues (6.593).	 Bien jurídico tutelado en el delito de peculado por aplicación oficial diferente. Análisis de la modalidad: comprometer sumas superiores en el presupuesto.

Notas y referencias

- 1 Cita de Salvador Vives Antón en Lombana Villalba, Manual de Derecho Penal; 2011; Pág. 238.
- 2 Entre otros, CSJ. Cas. Penal. Sen.may.8/2001 MP- Álvaro Orlando Pérez Pinzón y Nilson Pinilla Pinilla (14841)
- 3 El art. 134 del Decreto Ley 100 de 1980 consagraba dentro del peculado por uso la modalidad consistente en el uso de trabajo oficial en los siguientes términos" (...) La misma pena se aplicará al empleado oficial que indebidamente utilice trabajo o servicios oficiales, o permita que otro lo haga."
- 4 El art. 135 del Decreto Ley 100 de 1980 lo consagraba como una forma de apropiación, retención o uso indebido "(...) de bienes que por error ajeno hubiere recibido (...). Cuando no hubiere apropiación ni retención, sino uso indebido, (...)"
- 5 El art. 138 del Decreto ley 100 de 1980 lo consagraba cuando las conductas de dicho capítulo se desplegaban por un particular.
- 6 Para algunos autores esta conducta debería encontrarse dentro de los tipos penales contra el orden económico y social.
- 7 En este tomo no se aborda lo concerniente al delito de Omisión de agente retenedor o recaudador que se incluye dentro del Tomo respectivo de "Corrupción Tributaria" y el delito de Destino indebido de recursos para metales preciosos por no tratarse de una de las principales conductas sobre el particular.
- 8 Sobre este aspecto señaló la Corte Suprema de Justicia: "En estos casos la vinculación previa del individuo a la administración pública, asume una señalada importancia en cuanto si ella le permite al sujeto activo tener en su esfera de disponibilidad determinados bienes que, de otra manera, hubieran escapado a su acción, esa relación lo hace responsable, a título oficial, por la suerte de los mismos y si se los apropia, los usa indebidamente, o les da aplicación oficial diferente de la que les corresponde, incurre en peculado como si la ley los hubiera puesto expresamente a su cargo y lo hiciera, en forma explícita, responsable de su suerte." CSJ. Cas Penal. Sen. oct.02/1997 MP Juan Manuel Torres (11657)

- "La administración, tenencia o custodia de los bienes tiene aue haber sido confiada al servidor público por razón o con ocasión de las funciones. No es suficiente el uso caprichoso para la estructuración del delito, es imprescindible que por virtud de las atribuciones se hayan confiado al sujeto activo la administración, tenencia o custodia del objeto material. En otros términos, es imprescindible establecer si los bienes están vinculados con el gaente a través de un nexo de dependencia funcional. No basta la calidad oficial del procesado, además es necesaria la ejecución de la conducta por el servidor a quien se le encomendó la administración. tenencia o custodia de los bienes, por razón de sus funciones. Esta conexión no solo se presenta con motivo de las atribuciones sino con ocasión de ellas, de esta forma adquiere relevancia para la tipificación del punible la posesión de hecho que adquiere el servidor público por el desempeño de las facultades a él conferidas por la ley, y que le permiten ejercer poder sobre el bien del cual hace mal uso". CSJ. Cas. Penal. Sen.dic.06.2017 MP Eugenio Fernández Carlier (43.703).
- 10 CSJ. Cas. Penal. Sen.nov.23/2017 MP. Patricia Salazar Cuellar (46.166) "[...] desde la misma Carta fundamental se derivan deberes v obligaciones con claro sentido axiológico para quienes participan de la condición de funcionarios oficiales, muy especialmente en lo que concierne con la quarda y custodia de los bienes públicos, pues tales predicados se dirigen a promover la creación de mecanismos de control destinados a "evitar la arbitrariedad, brindar seguridad jurídica, garantizar la integridad del patrimonio público y el debido cumplimiento de las funciones públicas, y a obtener el resarcimiento de los perjuicios, si ellos se ocasionaren". Lo que no resulta acertado es deducir deberes de garante en materia penal para todo aquel que en su calidad de servidor público representa al Estado, sin reparar en el hecho de que su conducta puede dar lugar a los diferentes tipos de responsabilidad solo en la medida en que la ley concrete las faltas, los compromisos consecuentes y la manera de su realización, como lo prevé el artículo 124 de la Constitución Política ("corresponde a la ley determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva"), lo que se concreta en la regulación de las prohibiciones o mandatos consignados por el legislador en virtud del principio de tipicidad."
- 11 CSJ. Cas. Penal. Sen.feb.14/2002 MP Edgar Lombana Trujillo y Jorge Aníbal Gómez (12.265)
- 12 CSJ.Cas. Penal. Sen.oct.12.2016 (14.607)
- 13 La relación de disponibilidad jurídica hace referencia a la posibilidad de "transigir, desistir, recibir y hasta sustituir el mandato a su criterio, determinaciones estas de tanta envergadura que no pueden menos que

entrañar la responsabilidad en el funcionario público que las puede tomar y que las utiliza en perjuicio del patrimonio económico del Estado" CSJ, Cas. Penal, Sent.sep.08/1981. M.P. Alfonso Reyes Echandía. Así mismo, y diferenciando ambas formas de disponibilidad ver, entre otros: CSJ, Cas. Penal, Sent.mar.06/2003. M.P. Marina Pulido de Barón.

- 14 "La expresión utilizada por la Lev en la definición de peculado y que dice "en razón de sus funciones", hace referencia a las facultades de administrar, auardar, recaudar, etc., no puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada por una regular y formal investidura que implique una íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual se dispone o se hace mal uso; no significa, pues, que tales atribuciones deban estar antecedentemente determinadas por una rigurosa y fija competencia legal, sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa en el entendido de que la relación que debe existir entre el funcionario que es sujeto activo de la conducta de peculado por apropiación y los bienes oficiales puede no ser material sino jurídica y que esa disponibilidad no necesariamente deriva de una asignación de competencias, sino que basta que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional" CSJ, Cas. Penal, Sen, mar, 06, 2003 MP Marina Pulido de Barón (18021). En el mismo sentido sentencias CSJ. Cas. Penal. Sen. sep. 05.2012 MP. María del Rosario González Muñoz (39.309); CSJ. Cas. Penal. Sen.feb.04.2015 MP Eugenio Fernández Carlier (39.417) y CSJ. Cas. Penal. Sen.sep.09.2015 MP Fernando Alberto Castro Caballero. De esta manera, serán autores del delito de peculado sujetos que tengan la disponibilidad jurídica o material del objeto. Para complementar esta información ver, entre otros: CSJ, Cas. Penal, Sent.dic.02/2008. M.P. Alfredo Gómez Quintero; CSJ, Cas. Penal, Sent.nov.05/2008. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca
- 15 Para complementar esta información ver: CSJ, Cas. Penal, Sent.mar.23/2006. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.
- 16 Para complementar esta información ver: CSJ, Cas. Penal, Sent.feb.08/2001. M.P. Jorge Aníbal Gómez; CSJ, Cas. Penal, Sent.dic.02/2008. M.P. Javier Zapata Ortiz
- 17 CSJ. Cas. Penal. Sen.oct.12.2016 (14.607)
- 18 Sí se debe clarificar que han existido algunas posturas contrapuestas, como lo es la contenida en CSJ Cas. Penal Auto 17/07/2013 MP José Leónidas Bustos Martínez (39.336) que pareciere dar cuenta de lo contrario cuando señala: "El argumento del impugnante desconoce que el actuar por el cual se le acusa y se le condena en el presente proceso, fue por haber puesto dineros públicos en las arcas de particulares, lo cual nada tiene que

ver con su enriquecimiento ilícito, por el cual fue sancionado. Distinto fuera que el planteamiento estuviera dirigido a cuestionar que se sancionara a la vez el enriquecimiento ilícito y la apropiación de dineros del Estado, los mismos en cuya cuantía precisamente se incurrió en el incremento injustificado del patrimonio del servidor público; el cual ameritaría una atención más profunda."

- 19 CSJ Cas. Penal. Sent. 18/03/2015 (36.828)
- 20 CSJ Cas. Penal Sent. 09/09/2015 MP Fernando Alberto Castro Caballero (45.104)
- 21 CSJ Cas. Penal Sent. 20/03/2013 MP Luis Guillermo Salazar Otero (39.390)
- 22 CSJ Cas. Penal Sent. 20/03/2013 MP María del Rosario González Muñoz (39.391)
- 23 Para complementar esta información ver: C.C., No. C-652, Sent.ago.05/2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra
- 24 Para complementar esta información ver; C.C., No. C-238, Sent.mar.25/2005. M.P. Jaime Araújo Rentería
- 25 Para complementar esta información ver: CSJ, Cas. Penal, Sent.mar.21/2007. (26.065)
- 26 Para complementar esta información ver: CSJ, Cas. Penal, Sent.mar.08/2017 MP. Eugenio Fernandez Carlier (48.381)
- 27 En este sentido CSJ Revisión Auto 10/12/2014 MP Eugenio Fernández Carlier (43.838)
- 28 Entre otros: CSJ Cas. Penal Sent. 15/02/2017 MP Eugenio Fernández Carlier (41.240). En igual sentido CSJ Cas. Penal Sent. 17/06/2015 MP Eugenio Fernández Carlier (44.710)
- 29 CSJ Cas. Penal Auto 26/11/2014 MP Eugenio Fernández Carlier (43.138). En igual sentido CSJ Cas. Penal Sent. 20/08/2014 MP Eugenio Fernández Carlier (43.771)
- 30 CSJ Cas Penal Sent. 15/'5/2013 MP María del Rosario González Muñoz y Gustavo Enrique Malo Fernández (40.725)
- 31 CSJ Cas. Penal Auto 11/02/2015 MP Eugenio Fernández Carlier (44.382)

- 32 CSJ Cas. Penal Auto 28/08/2013 MP María del Rosario González Muñoz (40.484)
- 33 CSJ Cas. Penal Sent. 16/07/2014 MP María del Rosario González Muñoz (37.462). en igual sentido CSJ Cas. Penal. Sent. 21/10/2013 MP Fernando Alberto Castro Caballero (42.064)
- 34 CSJ Cas. Penal Auto 21/01/2015 MP Fernando Alberto Castro Caballero (44.803)
- 35 CSJ Cas. Penal Auto 10/12/2014 MP Eyder Patiño Cabrera (44.045)
- 36 Ello es independiente de la existencia de un ánimo restitutorio. De forma que aún en presencia de aquél y al tratarse de una conducta instantánea, desde el momento que se "dispone" existe apropiación y no uso (CSJ. Cas. Penal. Sen.feb.15.2017 (41.240)). «Cuando la norma alude a la apropiación, lo que quiere significar es que el servidor público siendo garante de los recursos del Estado, esto es de su correcta utilización y destinación, es la única persona que puede consumar el punible, pues si la apropiación la hace un tercero, vale decir alauien aieno a la administración o al menos sin incidencia funcional sobre los bienes o recursos, salvo que actúe como determinador, su conducta no sería típica del punible examinado, sino que constituiría otra clase de ilícito, por ejemplo, un hurto u otro atentado contra el patrimonio, según las circunstancias bajo las cuales se produzca. La apropiación de los bienes, además, no implica necesariamente que tengan como destino las arcas del sujeto agente que desarrolla la conducta, también se afecta el bien jurídico con esta forma de delincuencia, cuando los bienes o recursos se dirigen a engrosar el patrimonio de terceros»." CSJ Cas. Penal Auto 23/07/2014 MP José Leónidas Bustos Martínez (28.016)
- 37 Actos que revelen el ánimo de apropiarse pueden ser, entre otros, la enajenación de las cosas, el establecimiento de gravámenes, su consumo. Tratándose de dinero la disposición de este implica un típico acto de apropiación
- 38 Para complementar esta información ver: CSJ. Cas. Penal. Sent.jun.28/2017 MP. Luis Antonio Hernández Barbosa y Eugenio Fernandez Carlier (49.020). Ahora, ello no impide que en un caso determinado se dé la conducta de manera continuada o que no se agote el comportamiento con el primer acto. Se trae el ejemplo de un proceso laboral que culmina con una sentencia que impone múltiples pagos periódicos (mesadas pensionales). Si bien la disposición jurídica se asienta en la sentencia, también es cierto que los pagos se extienden en el tiempo y con ello cada nuevo pago es una forma de apropiación. En este caso los términos de prescripción se

- contabilizaron a partir de la resolución que revoca el fallo que ordenaba dicho pago. CSJ. Cas. Penal. Sent.jun.21/2017 MP. Fernando Alberto Castro Caballero (47.833). En igual sentido CSJ. Cas. Penal. Sen.feb.15/2017 (41.240).
- 39 "Usar es hacer servir una cosa para algo, darle empleo a un objeto; permitir es consentir que otro haga algo o deje de hacer alguna cosa" CSJ. Cas. Penal. Sen. oct.12.2016 (14.607)
 En igual sentido CSJ. Cas. Penal. Auto ago.13.2014 MP Gustavo Enrique Malo Fernández (42.267) y CSJ. Cas. Penal. Auto. Jun.18.2014 MP Eugenio Fernández Carlier (37.098)
- 40 "De tiempo atrás ha señalado la Sala que el delito de peculado por uso no depende del menoscabo o deterioro de los bienes, sino de la contradicción con el normal funcionamiento de la administración pública, puesta de manifiesto en la falta de escrúpulo por parte del funcionario o empleado en el manejo de las cosas que se le hayan confiado en el servicio público, cuya destinación en beneficio particular provoca desconfianza contra el servicio público y afecta la imagen, la transparencia y la respetabilidad de la administración." CSJ. Cas. Penal. Sent. Nov.02.2011 MP María del Rosario González Muñoz (37.184). Así mismo, ver: CSJ. Cas. Penal. Sent.ene.24/1996 MP. Dídimo Páez Velandia (11.114)
- 41 "La consumación de la conducta se inicia con el primer acto de uso y se prolonga hasta el momento en que cese o se abandone la utilización indebida o ilícita de los bienes obtenidos por razón de las funciones para su custodia, tenencia o administración" CSJ. Cas. Penal. Sent. Oct.12.2016 (14607). En igual sentido CSJ. Cas. Penal. Auto jun.18.2014 MP. Eugenio Fernández Carlier (37.098)
- 42 Los bienes públicos (en sentido amplio) deben cumplir la función que se les asigna en los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo. La conducta consiste entonces en aplicar los bienes a un fin distinto del señalado en la ley. Cuando se habla de "presupuesto" se comprende no solo el de la Nación, sino el de los departamentos, distritos, municipios o territorios indígenas, y el de las entidades descentralizadas de cualquier nivel. Este delito no lo puede cometer sino el servidor público que tenga la facultad jurídica para hacer el cambio de destinación. "El uso de los bienes, dinero o cualquier otra clase de propiedad del Estado o de empresas o de instituciones en que este tiene parte, está determinado en el presupuesto de gastos en el cual se señala la cuantía y la finalidad perseguida por la administración con cada apropiación global, partida especial, artículo o renalón. (...) Para que la aplicación sea diferente es imprescindible que sea disímil a la fijada para el bien en la ley, ordenanza y reglamento." CSJ.Cas. Penal.Sen.dic.18.2013 MP. Eugenio Fernandez Carlier (42.133)

- 43 Se trata de un tipo de lesión, pues a la vez que el servidor público compromete la suma respectiva surge para la Administración la obligación de pagar, y si paga se causa el perjuicio del detrimento de la "inversión social y los salarios o prestaciones sociales de los trabajadores". Esta modalidad comportamental admite el arado de tentativa, pues si se hizo el compromiso, pero no el aasto que cause el periuicio delimitado por el tipo, el fenómeno queda en tentativa, "Ello se presenta cuando el funcionario excede la cantidad presupuestada. Se caracteriza por dos circunstancias: no puede haber ánimo de aprovechamiento en el agente porque de ser ello así se tipificaría el punible de peculado por apropiación; y el comprometimiento de la suma debe darse en el mismo renalón o rubro, de lo contrario recaería en otra de las formas ejecutivas de este delito. Puede suceder que el servidor público arbitrariamente realice contratos u operaciones con los cuales no se varía el destino de los bienes, sino que compromete sumas o cantidades que sobrepasan la correspondiente asignación presupuestal." CSJ. Cas. Penal. Sen.dic.18,2013 MP Eugenio Fernandez Carlier (42.133)
- 44 Cuando se habla de Inversión o utilización indebida no es más que un desarrollo, bien de la aplicación oficial diferente o del compromiso de sumas superiores.
- 45 Aquí el reproche recae sobre la irregular inversión y aplicación de bienes públicos dentro de la misma órbita de la administración, que se menoscaba con la afectación de estos a fines que no sean los legalmente determinados, aun cuando no sean quitados de la pertenencia administrativa. En este sentido CSJ. Cas. Penal. Sent.dic.18.2013 MP. Eugenio Fernández Carlier (42.133)
- 46 El extravío supone la desaparición del bien sin posibilidad de recuperación.
- 47 La pérdida implica, la desaparición del bien por destrucción (incendio) mutación de su naturaleza, o incluso por la apropiación de un tercero.
- 48 El daño es cualquier alteración que afecta en forma considerable la sustancia y valor económico del bien
- 49 En este sentido CSJ. Cas. Penal. Auto.ene.31.2018 MP. Eugenio Fernández Carlier (51.103)
- 50 CSJ. Cas. Penal. Auto may.16.2012 MP. José Leónidas Bustos Martínez (34.834)
- 51 En este sentido CSJ. Cas. Penal. Auto ene.25.2017 MP. José Luis Barceló Camacho (35.036)

- 52 CSJ. Cas. Penal. Sen. Ago. 20/1998 MP. Carlos Eduardo Mejía (13588)
- Este objeto surge novedoso en el análisis de los delitos de peculado y ya se advirtió por la Corte Suprema de Justicia que es uno de los elementos que integra el tipo penal: "La partida presupuestal es elemento del tipo de peculado por aplicación oficial diferente. De acuerdo con el artículo 36 del estatuto orgánico del presupuesto nacional, Decreto 111 de 1996, el presupuesto de gastos o ley de apropiaciones debe componerse de los gastos de funcionamiento, del servicio de la deuda pública y de los gastos de inversión. No todos los rubros previstos como gastos de inversión, sin embargo, son inversión social. Solo corresponden a esta categoría aquellos gastos de inversión relacionados con los programas o subprogramas definidos como inversión social por el plan de desarrollo respectivo." CSJ. Cas. Penal. Sent. Feb 23/2006 MP. Sigifredo Espinosa Pérez (20.740)
- 54 En este caso no es relevante que se desconozca el beneficiario real de lo apropiado CSJ Cas. Penal Auto 10/12/2014 (44.855)
- 55 "Debe ser indebido o no autorizado por normatividad alguna, es el uso particular y no oficial a favor propio o de un tercero sin la intención de apoderarse de él. Constituye una especie de apropiación debido a que el autor dispone del bien como señor y dueño, pero difiere de ella en cuanto que no existe, como en esta, el propósito de apoderamiento pues le asiste el de devolverlo o reintegrarlo. Desde el punto de vista subjetivo el uso es indebido cuando el sujeto agente carece de autorización para ello, y desde la perspectiva objetiva en los casos en los cuales se usa para lo que no es, teniendo en cuenta el aspecto funcional" CSJ. Cas. Penal. Sen. oct.12.2016 (14.607)
- 56 Para complementar esta información ver: "(...) A algunos funcionarios públicos de cierta jerarquía, por ejemplo se les asignan vehículos para uso personal y no solo para el cumplimiento de las funciones inherentes a su cargo; por lo que resulta hiperbólico que si lo utiliza en forma diversa de la forma usual ruta del casa a la oficina incurren en peculado por uso, así se trate del llamado transporte benévolo (...) Cuando el Estado exige a un funcionario que dedique sin ningún límite de tiempo la totalidad de su esfuerzo personal a su servicio, es necesario que simultáneamente le posibilite el desarrollo normal de su vida cotidiana." CSJ, Cas. Penal, Auto. nov.16/1998. M.P. Lisandro Martínez Zúñiga (2.435).
- 57 La Corte Suprema de Justicia señaló: "La determinación de si la partida presupuestal aplicada diferentemente sin autorización del órgano legislativo corresponde o no a la inversión social no es, en conclusión, una labor arbitraria de la justicia penal. Se hace imprescindible entonces, y en esto quiere la Corte llamar la atención, que cuando se adelanta una

investigación por presunto peculado por aplicación oficial diferente, específicamente cuando la conducta tiene que ver con el ámbito territorial, debe sin falta allegarse al proceso – por ser indispensable para el juicio de tipicidad- el plan de desarrollo municipal, del distrito o del departamento, el acuerdo o la ordenanza que contenaa el presupuesto anual de rentas y aastos v el realamento a que se refiere el artículo 31 de la Lev 152 de 1994 u Orgánica del Plan de Desarrollo" CSJ, Cas. Penal, Sent. feb 23/2006 MP. Sigifredo Espinosa Pérez (20.740). Así mismo, precisó la Corte Suprema de Justicia lo siguiente: "Por lo tanto, no es que (...), ni que, de la misma manera resulta atípica cuando la conducta del agente esté dirigida a "favorecer la inversión social o el pago de salarios o de prestaciones sociales, como ocurre con el pago de nómina", merced a la destinación oficial diferente de partidas dispuestas para la satisfacción de estos mismos fines, aspecto absuelto por la Sala en el pronunciamiento atrás relacionados y ratificado, entre otros, en los del 14 de noviembre de 2002, Rdo. 17.135 y 18 de octubre de 2005 Rdo. 24.399. "En aquella oportunidad se sostuvo que el delito de peculado por aplicación oficial diferente se estructura, así los traslados presupuestales no autorizados se hagan entre rubros asignados para gastos de inversión social o, o que atañen a salarios o prestaciones sociales" CSJ. Cas. Penal. Sent. feb 23/2006 MP. Sigifredo Espinosa Pérez (20.740). En todo caso se ha precisado el alcance del concepto "inversión social" en la Sentencia de C.C. No. C-590 de 1992, la cual se cita en CSJ. Única Instancia. Auto, jun. 11.2014 MP Eugenio Fernández Carlier (35.505): "La inversión social, solo aparece en la Constitución de 1991. Cuando se habla de "inversión social" se hace referencia directa al manejo presupuestal del Estado y ella, hace parte del presupuesto de gastos o ley de apropiaciones, en la forma en que lo determina el artículo 7°, literal b) de la Ley 38 de 1989 el cual discrimina las erogaciones estatales así: gastos de funcionamiento, servicio de la deuda y gastos de inversión, los cuales deben estar clasificados y detallados en la forma que indiquen los realamentos. La inversión social puede definirse entonces como todos los gastos incluidos dentro del presupuesto de inversión, que tienen como finalidad la de satisfacer las necesidades mínimas vitales del hombre como ser social, bien sea a través de la prestación de los servicios públicos, el subsidio de ellos para las clases más necesitadas o marginadas y las partidas incorporadas al presupuesto de gastos para la realización de aquellas obras que por su importancia y contenido social, le reportan un beneficio general a la población..."

- 58 CSJ. Cas. Penal Sent. 18/12/2013 MP Eugenio Fernández Carlier (42.133)
- 59 Esta modalidad de peculado admite culpa, debiendo recordar que "tratándose de delitos culposos el criterio fundamental de imputación del resultado al agente radica en el fin de protección de la norma de cuidado e implica que en el daño se refleje la realización del riesgo creado a través de la infracción de aquella norma, al tiempo que se han de determinar

los riesgos y peligros que el sujeto debió prever según sus circunstancias, si los mismos eran adecuados o no y qué medidas de precaución debió adoptar para no llegar al resultado" CSJ. Cas. Penal. 2017 (42.753). "En la doctrina penal contemporánea la opinión dominante considera que la realización del tipo objetivo en el delito imprudente (o, mejor dicho, la infracción al deber de cuidado) se satisface con la teoría de la imputación objetiva" CSJ. Cas. Penal. Auto.jun.11.2015 MP José Luis Barceló Camacho (34.593). En igual sentido CSJ. Cas. Penal. Sent. May.02.2012 MP. Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez (36.422) y CSJ. Cas. Penal. Sente.sep.16.1997 Mp. Jorge Aníbal Gómez Gallego (12-655).

- 60 Para complementar esta información ver: "Este criterio no es caprichoso, sino que obedece, particularmente, al principio de que la pena debe ser proporcionada no solo el grado de culpabilidad sino a la gravedad del hecho, a la lesión del bien jurídico, que no puede ser otra que la que se ocasiona al momento de cometerlo, pues si aceptáramos que esa lesividad se va aminorando con el transcurso del tiempo, como consecuencia de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, no solo la estaríamos relativizando, en contravía de la realidad del daño efectivamente causado, sino que tendríamos que concluir que en el evento de profundas crisis económicas y aceleradas devaluaciones, la lesión se tornaría insignificante, y por ende, no merecedora de sanción, cuando aparece demostrado que causó un gran perjuicio que reclama la proporcional respuesta punitiva del Estado." CSJ, Cas. Penal, Sent.sep.20/2000. M.P. Jorge E. Córdoba Poveda (11.649)
- 61 Exposición de Motivos de la Ley 1474 de 2011 contenida en la Gaceta 607 de 2010
- 62 Entre otros, en este video se podrá visualizar lo ocurrido con Agro-ingreso Seguro y las dificultades de adecuación típica que se surtieron para entonces, evidenciándose la necesidad de crear este tipo penal.
- 63 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española
- 64 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española
- 65 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española
- 66 Recientemente se conoció otra decisión del caso de decisiones ilegales de jueces de tutela en que afectaron el patrimonio de Ecopetrol CSJ. Cas. Penal. Sent. 21/02/2018 MP Patricia Salazar Cuellar (51.142).
- 67 En este sentido CSJ Cas. Penal Sent. 21/06/2017 MP Fernando Alberto Castro Caballero (47.833) "las conductas objeto de investigación no se

consumaron en la fecha en que se profirieron los fallos, pues como lo tiene admitido la jurisprudencia de la Sala, su ejecución se desplegó en varios actos, en la medida en que expedida la sentencia laboral... y por tratarse de mesadas pensionales, a partir de ese momento se causaron múltiples pagos periódicos cuyas consecuencias se proyectaron en el tiempo (...)." En iaual sentido CSJ Cas. Penal Sent. 15/07/2015 MP Eugenio Fernández Carlier (43.839): "cuando la apropiación de los recursos públicos se perfecciona por vía de la emisión de un fallo que reconoce y ordena el pago de prestaciones inexistentes, la Corte ha sostenido que el momento consumativo del delito no está diferido a la apropiación material de aquéllos, sino que se identifica con el proferimiento mismo de la decisión. En efecto, ha discernido la Corporación que, en tales eventos, la providencia judicial misma "sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga" y comporta un acto de apropiación que actualiza el verbo rector del tipo penal, de modo que "cuando se dicta el fallo se consuma el delito de peculado por apropiación, por cuanto en efecto allí se dispone jurídicamente del bien". En esa comprensión, si las condenas impuestas en el fallo son efectivamente pagadas o no por la entidad, si los recursos públicos son entregados o no al tercero ilícitamente beneficiado, es algo que, contrariamente a lo planteado por el recurrente, no incide en la consumación de la conducta punible, pues tiene que ver con su agotamiento y punibilidad." Así mismo CSJ Cas. Penal Auto 23/07/2014 MP María del Rosario González Muñoz (44.032)

- 68 Entre otros, CSJ Cas. Penal. Sent. 04/03/2015 MP José Luis Barceló Camacho (45.099). en igual sentido CSJ Cas. Penal Sent. 04/02/2015 MP Eugenio Fernández Carlier (39.417) y CSJ Cs. Penal Sent. 12/11/2014 MP Gustavo Enrique Malo Fernández (44.713)
- 69 CSJ Cas. Penal Sent. 28/06/2017 MP Luis Antonio Hernández y Eugenio Fernández Carlier (49.020)
- 70 CSJ Cas. Penal Sent. 21/06/2017 MP Fernando Alberto Castro Caballero (47.833)
- 71 CSJ Cas. Penal Auto 08/03/2017 MP Eugenio Fernandez Carlier (48.381)
- 72 CSJ Cas. Penal Sent. 15/07/2015 MP Eugenio Fernández Carlier (43.839)
- 73 CSJ Cas. Penal, Auto 15/10/2014 MP Eugenio Fernández Carlier (37.074)
- 74 CSJ Cas. Penal Auto 16/02/2017 MP Luis Antonio Hernández Barbosa (48.419). En igual sentido CSJ Cas. Penal, Auto 15/10/2014 MP Eugenio Fernández Carlier (37.074)

- 75 CSJ. Cas. Penal. Sent. 23/11/2017 MP Patricia Salazar Cuellar (46.166)
- 76 CSJ. Cas. Penal. Sent. 20/09/2016 MP Patricia Salazar Cuellar (48.262)
- "(...) efectivamente la actividad judicial de los auxiliares de la justicia ejercida en detrimento de los deberes que la Constitución y las leyes les impone bien puede llegar a comprometer, por acción u omisión, su responsabilidad en el ámbito penal" CSJ Cas. Penal Sent. 29/07/2015 MP Luis Guillermo Salazar Otero (37.603)
 En igual sentido CSJ Cas. Penal Auto 27/08/2014 MP Fernando Alberto Castro Caballero (42.396)
- 78 CSJ Cas. Penal Sent. 02/04/2014 MP Patricia Salazar Cuellar (34.047)
- 79 Tomado de CSJ Cas. Penal Sent. 29/07/2015 MP Luis Guillermo Salazar Otero (37.603) "El comportamiento irregular atribuido al procesado, tiene lugar a partir del momento en que efectivamente fue requerido para la rendición de cuentas y devolución de los títulos valores que tenía en custodia, esto es desde el instante en que le fue comunicada la decisión en los términos previstos para el efecto en el ordenamiento jurídico vigente para la época de los hechos, y no simplemente a partir de la fecha en que tomó posesión del cargo de secuestre, como equivocadamente lo entendieron los juzgadores de instancia"
- 80 Que establece que en todo proceso por delito contra la administración pública "[...] será obligatoria la constitución de parte civil a cargo de la persona jurídica de derecho público perjudicada [...]"
- Artículo 65. Constitución en parte civil. Los contralores, por sí mismos o por intermedio de sus apoderados, podrán constituirse en parte civil dentro de los procesos penales que se adelanten por delitos que atenten contra intereses patrimoniales del Estado, tales como enriquecimiento ilícito de servidores públicos, peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, contrato celebrado sin requisitos legales, delitos contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado, siempre y cuando la entidad directamente afectada no cumpliere con esta obligación, según lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley 190 de 1995. Las entidades que se constituyan en parte civil deberán informar a las contralorías respectivas de su gestión y resultados. Parágrafo. La parte civil al solicitar el embargo de bienes como medida preventiva no prestará caución (Ley 610 de 2000).
- 82 "En todo proceso por delito contra la administración pública, será obligatoria la constitución de parte civil a cargo de la persona jurídica de derecho público perjudicada. Si el representante legal de esta última

fuera el mismo sindicado, la Contraloría General de la República o las Contralorías Territoriales, según el caso, deberán asumir la constitución de parte civil; en todo caso, cuando los organismos de control fiscal lo estimen necesario en orden a la transparencia de la pretensión podrán intervenir como parte civil. Cuando la perjudicada sea la Fiscalía General de la Nación, estará a cargo del Director Ejecutivo de la Administración Judicial o por el apoderado especial que designe. [...]"

- 83 En lo que corresponde a los delitos cometidos bajo la vigencia del nuevo sistema penal acusatorio: "[...] serán aplicables las disposiciones previstas en la Ley 906 de 2004, en especial lo relacionado con el incidente de reparación integral, previsto en su artículo 137, de acuerdo con el cual las víctimas del injusto, en garantía de los derechos a la verdad, justicia y a la reparación, tienen la potestad de intervenir en todas las fases de la actuación. El derecho de las víctimas a la reparación integral comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas [...]" (Dirección Nacional de Fiscalías, 2010, Circular Conjunta expedida el día 1 de octubre de 2010 de la Fiscalía General de la Nación y la Auditoría General de la República).
- 84 Entre otros: CSJ Cas. Penal Sent. 15/02/2017 MP Eugenio Fernández Carlier (41.240). En igual sentido CSJ Cas. Penal Sent. 17/06/2015 MP Eugenio Fernández Carlier (44.710)
- 85 CSJ Cas. Penal Sent. 17/06/2015 MP Eugenio Fernández Carlier (44.710)
- 86 CSJ. Cas. Penal Sent. 12/06/2000 MP Fernando enrique Arboleda Ripoll (9.976)
- 87 Caso tomado de CSJ. Cas. Penal. Sent. 24/05/2017 MP Eugenio Fernández Carlier (42.753)
- 88 CSJ. Cas. Penal. Sent. 09/08/2011 (36.554). En igual sentido CSJ. Cas. Penal Auto 08/03/2017 MP José Luis Barceló Camacho (49.304)
- 89 Dentro del caso analizado: "Los juzgadores estructuraron la responsabilidad penal del servidor público no como una conducta negligente o imprudente o por la simple infracción de los reglamentos de entidad crediticia, sino porque con conocimiento de sus expresas facultades optó voluntariamente por apartarse de ellas para favorecer económicamente a terceros" CSJ. Cas. Penal. Sent. 24/05/2017 MP Eugenio Fernández Carlier (42.753)
- 90 Art. 685 del Código Civil en Colombia

- 91 CSJ. Cas. Penal. Sent. 09/09/2015 MP Fernando Alberto Castro Caballero (45.104)
- 92 CSJ. Cas. Penal. Sent. 09/09/2015 MP Fernando Alberto Castro Caballero (45.104)
- 93 Caso tomado de CSJ. Cas. Penal. Sent. 09/09/2015 MP Fernando Alberto Castro Caballero (45.104)
- 94 CSJ. Cas. Penal. Sent. 09/09/2015 MP Fernando Alberto Castro Caballero (45.104)
- 95 CSJ. Cas. Penal. Sent. 09/09/2015 MP Fernando Alberto Castro Caballero (45.104)





Mayores informes:

Fiscalía General de la Nación www.fiscalia.gov.co

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito www.unodc.org/colombia

