

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Magistrado ponente

SP2705-2018

Radicado N° 51574

Aprobado Acta No. 227.

Bogotá, D.C., once (11) de julio de dos mil dieciocho (2018).

V I S T O S

Examina la Corte en sede de casación, la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga (Ley 600 de 2000), el 23 de junio de 2017, confirmatoria, con modificaciones, de la dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Málaga, el 15 de marzo de 2017, por medio de la cual se condenó a GERMÁN ORLANDO BÁEZ GUTIÉRREZ, a la pena principal de 10 años de prisión y multa por la suma de

\$110.947.121, en calidad de autor de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, en favor de terceros; allí mismo se le impuso la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de 12 años, y le fue negado al procesado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

De igual manera, en el fallo de primer grado fue absuelto Jaime Navarro Niño, del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales; y en el de segunda instancia con relación a él fue decretada la extinción de la acción penal, por prescripción, en lo que atañe a la conducta punible de peculado por apropiación.

HECHOS

Dada la necesidad de contar con una motoniveladora que permitiera el mantenimiento de las vías de acceso a la población, el Concejo Municipal de Macaravita (Santander), expidió el Acuerdo 002 de 2002, a través del cual facultó al alcalde de esa localidad para adquirir la máquina.

En seguimiento de ello, el 29 de julio de 2002, GERMÁN ORLANDO BÁEZ GUTIÉRREZ, quien se desempeñaba como alcalde municipal de Macaravita, en encargo ante la muerte violenta sufrida por el titular, a través de aviso fijado en la Secretaría de su despacho, invitó públicamente a las

cooperativas para que presentasen sus ofertas de venta de la motoniveladora requerida por el municipio.

Solo presentó propuesta Jaime Navarro Niño, en calidad de Gerente de la Cooperativa COOPROGRESAMOS LTDA.

Atendida la única propuesta, con fecha del 20 de agosto de 2002, BÁEZ GUTIÉRREZ expidió la Resolución 003 de 2002, adjudicando a Navarro Niño, en calidad de Gerente de COOPROGRESAMOS LTDA, el contrato, que fue signado por el alcalde encargado y el oferente, con el número 019 de 2002, el 21 de agosto siguiente.

Las cláusulas del contrato, estipulado en la suma de ciento veinte millones de pesos (\$120.000.000), obligaban al contratista a entregar en la cabecera del municipio de Macaravita, dentro de los 15 días hábiles siguientes y previo el pago, a la legalización del mismo, de la suma de sesenta millones de pesos, de una motoniveladora Komatsu, modelo 87, hidráulica, en perfectas condiciones, de referencia GD 375H, serie 3929.

El pago inicial de sesenta millones de pesos fue ordenado por el entonces alcalde GERMÁN ORLANDO BÁEZ GUTIÉRREZ y efectivamente cubierto en cheque entregado a la Cooperativa el 30 de agosto de 2002, momento para el cual ya fungía como alcaldesa Luz Marina Basto Villamarín, quien dispuso que no se pagara la suma restante, dado que

el contratista no cumplió con la obligación de entregar oportunamente la máquina.

ACTUACIÓN PROCESAL

Como quiera que la Contraloría Departamental de Santander, compulsó copias para que la fiscalía asumiera el examen de la posible comisión de conductas punibles, el ente investigador abrió formal instrucción en contra de GERMÁN ORLANDO BÁEZ GUTIÉRREZ, por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, el 11 de octubre de 2002, aunque el 29 de enero de 2004, se amplió la base delictiva para incluir el punible de peculado por apropiación, derivando también posible responsabilidad penal en Jaime Navarro Niño.

Consecuente con ello, los días 6 y 9 de marzo de 2004, respectivamente, se recogió la indagatoria de Jaime Navarro Niño y GERMÁN ORLANDO BÁEZ GUTIÉRREZ.

A Ambos les fue resuelta la situación jurídica con imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva, pero esta les fue revocada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Bucaramanga, en decisión del 18 de mayo de 2004.

El 11 de julio de 2006, fue cerrada la investigación. Consecuentemente con ello, el 28 de agosto de 2008, se

calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de GERMÁN ORLANDO BÁEZ GUTIÉRREZ y Jaime Navarro Niño, en calidad de coautores de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros. Decisión confirmada en segunda instancia el 29 de abril de 2011.

Ejecutoriada la resolución de acusación, el proceso le fue repartido, por competencia, al Juzgado Promiscuo del Circuito de Málaga, el 3 de junio de 2011.

El 3 de julio de 2012, tuvo lugar la audiencia preparatoria.

La audiencia pública de juzgamiento comenzó el 17 de enero de 2013 y culminó el 30 de noviembre de 2015.

El 15 de marzo de 2017, se profirió la sentencia de primer grado, que condenó a GERMÁN ORLANDO BÁEZ GUTIÉRREZ, en calidad de autor de los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, a 10 años de prisión y multa por el equivalente a 131.34 salarios mínimos legales mensuales.

A su turno, Jaime Navarro Niño fue condenado por el delito de peculado por apropiación y absuelto en lo que respecta a la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Apelado el fallo por los defensores de los procesados y el representante de la parte civil, con fecha del 23 de junio de 2017, fue expedido el de segundo grado que confirmó la condena proferida contra BÁEZ GUTIÉRREZ, aunque redujo la pena de multa, y decretó la extinción de la acción penal en favor de Navarro Niño, respecto del delito de peculado por apropiación.

Oportunamente el defensor de GERMÁN ORLANDO BÁEZ, interpuso el recurso extraordinario de casación. Se dio trámite al mismo, hasta que llegó el expediente a esta Corporación, el 3 de noviembre de 2017.

El 10 de noviembre de 2017, se admitió la demanda de casación, ordenándose correr traslado inmediato de ella a la Procuraduría Delegada.

Finalmente, **el 23 de mayo de 2018**, se recibió el concepto obligatorio del Ministerio Público.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

1. Cargo Primero (principal)

Lo dirige el demandante por el camino de la causal primera, cuerpo segundo, instituida en el artículo 207 de la

Ley 600 de 2000, que remite a la violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de existencia por omisión.

La crítica se remite específicamente al delito de peculado por apropiación, dado que, señala el casacionista, solo se recogieron pruebas suficientes para establecer la existencia y correspondiente responsabilidad penal en lo que toca con el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

A fin de precisar el motivo de su crítica central, el recurrente transcribe amplios apartados del fallo de segundo grado, para de allí derivar que no se hizo un examen suficiente de toda la prueba acopiada.

En este sentido, destaca el impugnante que no se tuvieron en cuenta las manifestaciones, vertidas en indagatoria por el procesado, referidas a que no supo qué sucedió con la entrega de la máquina, porque fue separado del cargo de alcalde municipal; que no tenía por qué saber quién firmaba como acreedor en las cuentas de cobro; y que confió en el criterio del personero municipal respecto de la legalidad del contrato, e incluso obtuvo concepto escrito del mismo para emitir la orden de pago, documento que también obra en el plenario.

Respecto de las razones que impelieron a la nueva alcaldesa a no recibir la maquinaria, advierte el

casacionista que se obtuvo la resolución de su nombramiento, con la cual se demuestra que para el momento del desembolso del anticipo, el acusado *“adolecía de la capacidad de disposición jurídica de los recursos del municipio y la de recibir o exigir la entrega del objeto del contrato, la motoniveladora”*.

También, acota, se allegó el oficio a través del cual la alcaldesa, el 15 de septiembre de 2002, le ordenó al tesorero abstenerse de pagar la suma faltante. Este funcionario, además, refirió en su testimonio que la nueva mandataria local conoció tanto de la existencia del contrato, como de la cuenta de cobro de los sesenta millones de pesos iniciales, aunque la orden para abstenerse de tramitar nuevos pagos operó con posterioridad a cancelarse aquel.

Y, sobre el mismo punto la alcaldesa narró cómo, no solo impartió órdenes para que no se pagara el anticipo, sino que dado el incumplimiento del contrato, porque la motoniveladora no se puso a disposición del municipio, dispuso su cancelación.

De igual manera, resalta el recurrente que el otro procesado, Jaime Navarro Niño, aseveró que pese a no conocer el municipio de Macaravita, negoció la motoniveladora con Dora Suárez Cruz (quien fue la encargada de tomar para sí el primer desembolso del municipio por sesenta millones de pesos), por la suma de

ochenta y cinco millones de pesos, y que esta se comprometió a entregar la máquina.

Además de lo anotado, Jaime Navarro señaló que la motoniveladora reposa en un aparcadero de Bucaramanga y no ha sido reclamada porque la alcaldesa declaró el incumplimiento del contrato.

Así mismo, añade el impugnante, se allegó copia del seguro adquirido por el contratista, que la alcaldía hizo efectivo ante el incumplimiento del contrato.

De otro lado, sostiene el demandante que sobre la real y efectiva existencia de la motoniveladora, su valor comercial, su disponibilidad y la entrega sucesiva en dos ocasiones, se aportaron los siguientes documentos:

- Concepto técnico respecto de la motoniveladora, estado actual.

- Inspección judicial practicada por la Fiscalía el 25 de marzo de 2004, en las instalaciones del aparcadero donde reposaba la máquina. Allí el perito la describió.

- Avalúo comercial efectuado el 4 de marzo de 2004 por la Lonja Inmobiliaria de Santander, en el cual se detalla la identificación, estado y valor comercial de la motoniveladora.

-Dictamen pericial emitido el 3 de abril de 2004, por el técnico en identificación de automotores, al cual se acompañó álbum fotográfico.

-Acta de visita realizada el 6 de marzo de 2003 por el personero municipal de Macaravita al aparcadero de la ciudad de Bucaramanga, en la cual se estableció la existencia real de la motoniveladora, describiendo sus características. Allí fue reseñado que el aparato se encuentra a disposición del municipio de Macaravita.

-Escrito firmado el 15 de marzo de 2004 por el procesado Jaime Navarro Niño, en el cual se pone a disposición de la Fiscalía la motoniveladora; y la respuesta del ente instructor, que se niega a recibir la máquina.

El casacionista advierte que todos estos medios de prueba fueron *“marginados del contexto literal de la sentencia acusada”*, pese a que demuestran que el supuesto daño ocasionado a la administración no le es imputable al acusado, dado que no gobernó la orden de pago del anticipo, ni el incumplimiento de la vendedora para entregar la máquina.

Al Tribunal, agrega, le bastó demostrar la responsabilidad objetiva en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, para de allí derivar automática la propia del delito de peculado, pasando por

alto que el procesado no intervino en el daño –pues, desde que asumió su sucesora en el cargo, perdió la capacidad jurídica para disponer de bienes del municipio-, ni tuvo el ánimo de producirlo.

Además, acota, la recién posesionada alcaldesa conocía, antes de pagar el anticipo, de la existencia del contrato y sus efectos, sin que se conozcan las razones que la impelieron a abstenerse de usar las herramientas legales para detener el trámite y solo al cumplimiento del término hábil del contrato decidió actuar, aunque después de la declaratoria de incumplimiento insistió ante el contratante para que cubriera su obligación.

Examina el demandante los varios testimonios recogidos, en particular los rendidos por Dora Cruz Suárez, quien originalmente vendió la máquina a Jaime Navarro Niño, lo dicho por este, y la versión entregada por Arley Barón Suescún, tesorero, para de allí concluir que existió una confabulación entre el personero municipal y Dora Cruz *“para concertar el negocio a un precio superior al establecido pericialmente”*.

Seguidamente, el recurrente transcribe apartados del fallo de segundo grado, para así demostrar cómo de manera automática se señaló cubierta la responsabilidad por el delito de peculado, a partir de definirse materializado el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales,

sin demostrar que entre ellos existe un nexo de causalidad material o jurídico.

A renglón seguido destaca que no se derruyó el presupuesto de presunción de inocencia, dado que no se hizo un examen conjunto de todos los medios de convicción. Adelanta un compendio jurisprudencial del principio en cuestión y culmina solicitando que se haga uso del correlato in dubio pro reo, para efectos de que se case parcialmente el fallo atacado, revocando la condena por el delito de peculado por apropiación y la consecuente indemnización de perjuicios dispuesta por el Ad quem; así mismo, que se redosifique la pena y sea estudiada la posibilidad de otorgar al acusado el subrogado de prisión domiciliaria.

2. Cargo segundo (subsidiario)

También por la vía del error de hecho por falso juicio de existencia por omisión, el recurrente advierte que al pasar por alto elementos de juicio trascendentes, el Tribunal desconoció que oportunamente se reintegró lo apropiado.

Acude el demandante, de nuevo, a las pruebas reseñadas en el cargo anterior como desconocidas, en especial las inspecciones judiciales, peritajes y documentos que revelan no solo la preexistencia de la motoniveladora, sino la manera en que esta fue puesta desde un comienzo a

disposición de la alcaldía municipal e incluso de la fiscalía, para de allí concluir que fue desconocido el contenido del artículo 401-1 del Código Penal, que contempla la reducción de pena en los casos en los cuales, entre otros, se reintegra lo apropiado en el delito de peculado.

Añade que “*ciertos comportamientos repulsivos*” de la funcionaria que reemplazó al acusado, impidieron la entrega de la motoniveladora.

Sostiene, al efecto, que desde el 1 de agosto de 2002, la máquina se encontraba aparcada en la ciudad de Bucaramanga, a disposición del municipio de Macaravita.

Pide el demandante, acorde con lo postulado en el cargo, que se case parcialmente la sentencia impugnada, en aras de que se reduzca a la mitad la sanción por el delito de peculado y así, con este como base, de nuevo se dosifique la pena total por el concurso de ilicitudes.

3. Cargo tercero (segundo subsidiario)

Lo fundamenta el casacionista en la causal segunda del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, referida a la nulidad por la que estima indebida motivación de los “*supuestos de hecho y de derecho que se tomaron en consideración para la individualización de la pena*”.

En concreto, el demandante destaca que en ninguno de los apartados de la resolución de acusación se consigna la atribución de alguna de las causales de mayor punibilidad dispuestas en el artículo 58 del C.P. (transcribe los apartados de la decisión en que se consigna el punto).

Empero, agrega, las instancias pasaron por alto este primordial aspecto y dando por probadas las circunstancias de agravación establecidas en los numerales 6 (hacer más nocivas las consecuencias) y 9 (posición distinguida) del artículo 58 en cita, las incluyeron.

Luego aclara que, si bien, el Tribunal reconoció que se había violado el debido proceso en la dosificación de la pena intentada por el A quo, nada hizo para remediar el mal.

Después de citar jurisprudencia de la Corte que se refiere al proceso de motivación e individualización de la sanción, el impugnante solicita que se case parcialmente la sentencia, a efectos de que se *“cuantifique y determine la pena que en definitiva le corresponde purgar al procesado”*.

CONCEPTO DE LA PROCURADORA TERCERA DELEGADA PARA LA CASACIÓN PENAL

1. CARGO PRIMERO

La representante del Ministerio Público estima necesario partir por adelantar un estudio de la forma en que se clasifican los tipos penales a través del iter criminis, esto es, los de resultado y aquellos de mera conducta.

Ello, para concluir que el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales lo es de mera conducta, al tanto que el peculado por apropiación debe estimarse permanente y de resultado.

Luego, detalla los hechos examinados y concluye que se encuentra demostrada la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, materializada el mismo día en que se suscribió por el acusado, en calidad de contratante, y el contratista, el contrato de compraventa de la motoniveladora.

En lo que toca con el delito de peculado, al abordarlo el Ministerio Público sostiene que se considera de lesión o resultado, pero *“también como de conducta instantánea”*.

Con citación de jurisprudencia que se refiere al tema, la Procuradora sostiene que después de celebrarse el contrato, en el asunto estudiado, se tramitó la orden de pago N° 412 del 30 de agosto de 2002, para pagar el anticipo, fijado en la suma de sesenta millones de pesos; ese mismo día se cobró el dinero.

Advierte, seguidamente, que el procesado realizó los actos preparatorios *“entre el 31 de mayo y el 30 de agosto de 2002”*, y estos culminaron en la última fecha reseñada, cuando el dinero salió de las arcas del municipio e ingresó a las del contratista.

Entiende, por ello, que no tiene virtualidad de prosperar la tesis del demandante, como quiera que *“la actividad previa y propia a la comisión de la conducta; consistente en una contratación estatal por fuera de los precisos términos legales y como instrumento medio orientado a la legalización de la ulterior cuenta de cobro para su final cancelación y apoderamiento de los caudales públicos; se originaron, dispusieron y pre ordenaron durante su administración, con ese específico cometido”*.

Asevera la representante del Ministerio Público, de otro lado, que aún de determinarse que, en efecto, la parte contratante estuvo en disposición de entregar oportunamente la motoniveladora, ello *“tampoco afectaría la tipicidad o la antijuridicidad de las conductas punibles atribuidas al procesado”*. Cita jurisprudencia de la Corte atinente al reintegro y su efecto sobre la conducta punible de peculado.

2.CARGO SEGUNDO

Tampoco, afirma la procuradora, es factible atender a lo señalado por el defensor para obtener la aminorante de pena por reintegro, como quiera que, sostiene ella, tanto el plazo como el lugar de entrega de la motoniveladora fueron desconocidos por el contratista.

De igual manera, asevera, si el contrato es ilegal, lo que del mismo dimana también lo es, de lo que surge que lo obligado restituir no lo era la motoniveladora, sino los sesenta millones de pesos entregados a manera de anticipo.

Luego de afirmar que ambos delitos endilgados al procesado –peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales- *“ostentan determinación como punibles de peligro y de ejecución instantánea”*, reitera que la oferta de entrega de la motoniveladora no constituye entrega real y efectiva de la misma, a más que el bien no representa el objeto que debe devolverse.

3.CARGO TERCERO

Después de precisar cómo puede violarse el debido proceso en los casos en que no se incluyen en la resolución de acusación todos los factores que inciden en la calificación del delito y consecuente dosificación, la representación del Ministerio Público, atinente específicamente a las circunstancias de mayor punibilidad, advierte que, en efecto, el llamamiento a juicio en el caso

estudiado no contempló, de manera fáctica o jurídica, las agravaciones consignadas en los numerales 6 y 9 del artículo 58 del C.P.

Agrega que en el fallo de primer grado fueron mencionadas, de manera genérica, circunstancias de mayor y menor punibilidad, solo que las primeras no tuvieron ningún efecto, pues, no se utilizaron en la dosificación punitiva para incrementar la sanción impuesta al acusado.

Sin embargo, acota, el Tribunal al tratar de enmendar el yerro del A quo, que efectuó una suma aritmética de las penas individuales decretadas por cada delito, incurrió en el vicio de hacer valer para su estudio las circunstancias de mayor punibilidad en cuestión.

Por ello, pide que se case el fallo parcialmente, a efectos de redosificar la sanción sin la inclusión de estos factores de incremento punitivo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala, desde ya se anuncia, casará parcialmente la sentencia, acorde con el primer cargo planteado en la demanda admitida, relevándola ello de examinar el segundo de ellos.

Para el efecto, debe partir por destacar que en razón de su naturaleza, los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación comportan una naturaleza independiente y autónoma.

Ello, para significar que, si bien, pueden concurrir en concurso heterogéneo o incluso en relación de medio a fin, de allí no puede concluirse que la materialización del primero necesariamente conduzca al segundo, o que este último solo se explica en función del otro.

Vale decir, si se advierte la ejecución objetiva y subjetiva de un delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, no necesariamente ello implica asumir interés subjetivo y actos objetivos dirigidos a afectar el patrimonio estatal, en cuanto, requisitos necesarios del delito de peculado.

Perfectamente, es necesario resaltar, el dolo puede ir dirigido, no a afectar patrimonialmente al ente oficial, sino apenas a que determinado contrato omita en lo sustancial las exigencias legales que lo signan, como judicialmente se tiene ampliamente documentado.

Ello, porque las sentencias ahora examinadas por la Corte en sede de casación parecen entender que basta con demostrar los elementos propios del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, para de allí derivar

consustancial la conducta punible de peculado, sin que se vea necesario, en ese cometido, demostrar los específicos tópicos que gobiernan esta última ilicitud.

En este sentido, los apartados destinados en ambas instancias para soportar por vía motivacional la condena por el punible de peculado por apropiación, bien poco aportan en lo dogmático, probatorio y argumental, pues, sin más, derivan la responsabilidad penal del hecho que el procesado hubiese signado, en calidad de alcalde municipal de Macaravita, el contrato de compraventa de la motoniveladora y posterior orden de pago del anticipo por la suma de sesenta millones de pesos.

Tampoco la resolución de acusación ofreció un panorama claro sobre ese particular.

Para efectos de verificar en concreto por qué ha de absolverse al acusado por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros, la Corte estima necesario transcribir lo que de motivación sobre esta específica conducta se incluye en la acusación y los dos fallos de las instancias ordinarias.

En el proveído de primera instancia que calificó el mérito del sumario, fechado el 28 de agosto de 2008, solo esto se anotó¹ respecto del delito de peculado por

¹ Folio 405 del cuaderno original 2

apropiación y la responsabilidad que cabe en el mismo a GERMÁN ORLANDO BÁEZ GUTIÉRREZ:

“Y en cuanto al comportamiento punible de PECULADO POR APROPIACIÓN, a favor de terceros. Ciertamente es, como lo advierte esta Delegada, el contrato no se llegó a ejecutar y en consecuencia causó detrimento del patrimonio público del municipio de Macaravita, en la suma que se ha anotado precedentemente y que se ha demostrado en la investigación, razones suficientes para que en contra de los procesados BAEZ GUTIERREZ y NAVARRO NIÑO, se les convoque a juicio dado a que su obrar encuadran (sic) ajustado al precepto del artículo 397 del Código Penal”.

En la resolución de segunda instancia del 29 de abril de 2011, que confirma lo decidido por el A quo, nada se añadió a lo formulado antes, pues, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal estimó que la apelación referida al delito de peculado por apropiación *“no permite desdibujarlo en lo más mínimo, ya que no construyó una argumentación tendiente a resquebrajar lo esbozado por la fiscal de instancia”.*

Ahora bien, el fallo de primer grado, proferido el 15 de marzo de 2017, luego de disertar ampliamente acerca del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, asumió el examen del punible de peculado por apropiación

y una vez consignado el tenor literal del artículo 397 del C.P., que lo tipifica, señaló²:

“De conformidad con esa descripción típica, son supuestos de hecho para la realización de la conducta: i) ostentar la calidad de servidor público ii) tener la potestad en la administración, tenencia o custodia de los bienes en razón o con ocasión de las funciones desempeñadas y iii) el acto de apropiación bien sea en favor propio o de un tercero, con el propósito de no reintegrar los bienes sobre los cuales incurre (sic) el ilícito, ocasionando un menoscabo patrimonial del Estado.

En el probatorio está acreditado que para la fecha de suscripción del contrato de compraventa No. 019-02, GREMAN (sic) ORLANDO BAEZ GUTIERREZ se desempeñaba como Alcalde Encargado del municipio de Macaravita, relación jurídica que lo facultaba para la administración y disposición de los bienes y recursos del organismo oficial referido.

Por manera que la cualificación en el agente exigido por el delito imputado para su descripción típica se encuentra reunido, restando por establecer entonces si el acusado GERMAN ORLANDO BAEZ GUTIERREZ, en su condición de servidor público a la sazón permitió la defraudación al patrimonio del municipio de Macaravita, en el entendido que

² Folios 1099 y 1100, del cuaderno N° 3

existió la apropiación a favor de un tercero de dineros del erario cuya administración se le había confiado, y fungió como la única persona legitimada para que ese tercero con incidencia funcional sobre los recursos tomara para sí los recursos estatales, activando de esa manera el ingrediente normativo contenido en el tipo básico del delito por el que se procede bajo el marco de la relación funcional con el objeto material de la ilicitud.

Es la disposición directa que tiene sobre los bienes, lo que permite al legislador hacer uso de la partícula “se”, para simbolizar que la apropiación debe hacerla el servidor público y para ello no requiere que los recursos ingresen materialmente a sus arcas, sino que, con clara lesión al bien jurídico de la administración pública se destinen sin más inconvenientes a las de terceros.

Por ello, la acusación de BAEZ GUTIERREZ, se erige en la probanza de que era éste quien fungía como Alcalde encargado del municipio para la época de ocurrencia de los hechos, y en virtud de las funciones de ordenador del gasto, aprovechó la disponibilidad presupuestal para determinar la celebración de la negociación contractual, concluyendo este despacho que efectivamente el procesado incurrió en el delito endilgado por el ente fiscal”.

Por último, en lo que concierne al delito de peculado por apropiación en favor de terceros, su consagración típica

y la consecuente responsabilidad penal despejada en contra del acusado, esto señaló el ad quem³:

“Frente a lo anterior, podemos encontrar a lo largo del proceso y a través del extenso caudal probatorio practicado y analizado, que si algo fue repetitivo dentro de la ejecución del contrato de suministros No. 019-02, suscrito entre el Alcalde (e) del municipio de Macaravita y la cooperativa “cooprogresemos ltda”, existió el incumplimiento de las exigencias legales para su materialización, con lo cual se configuró el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Son las pruebas justamente, quienes a partir de los sujetos que intervinieron en la celebración del contrato, le han permitido tener a esta Sala el conocimiento suficiente de cómo el anticipo otorgado por la Alcaldía del municipio de Macaravita representada legalmente por Germán Orlando Báez Gutiérrez a la cooperativa “cooprogresemos ltda”, con las irregularidades advertidas en líneas precedentes.

Así, se tiene certeza que Jaime Navarro Niño recibió el 50% del valor del contrato N° 019-02, firmado el 12 de agosto de 2002, es decir la suma de \$ 60.000.000, así como la firma por parte de Germán Orlando Báez Gutiérrez en calidad de alcalde de la orden de pago N°. 412, pagada el 30 de agosto de 2002 mediante cheque 601360 del Banco de Colombia

³ Folio 10 del cuaderno de apelación del fallo

cuenta 3128593557-82, sin que se obtuviera el objeto relacionado con la relación contractual, esto es la máquina motoniveladora, documentales que demuestran que el acusado quería la realización de la conducta punible.

Recuérdese que el peculado, resulta ser, la violación de un deber funcional, expresión que indica que el bien ha entrado previamente en el ámbito de la administración pública por conducto de uno de sus representantes y que éste ha dispuesto de él contrariando los intereses y facultades, pues para el caso bajo estudio véase como el procesado Germán Orlando Báez Gutiérrez en calidad de alcalde (e) del municipio, giró y se cobró el título valor que ascendía a la suma de \$ 56.400.000.00, previa las deducciones de ley, sin que a la fecha se tenga una entrega del bien objeto del contrato, lo que ciertamente ocasionó un detrimento patrimonial a las arcas del ente territorial, sin que sean de recibo las excusas esgrimidas por el defensor en su recurso...”.

La Corte verifica cómo el denominador común de todas las decisiones citadas estriba en derivar automáticamente, a partir de comprobar que el contrato adoleció de amplias irregularidades, no discutidas aquí, la existencia del delito de peculado en favor de terceros y el tipo de responsabilidad dolosa que allí cabe al acusado, en cuanto alcalde municipal para el momento de firmarlo y ordenar el correspondiente desembolso.

No se discute, eso sí, que los dos primeros elementos reseñados por el A quo como propios del delito de peculado por apropiación se satisfacen adecuadamente, porque es claro que GERMÁN ORLANDO BÁEZ GUTIÉRREZ, efectivamente poseía la condición de servidor público y, a la par, contaba con disponibilidad respecto de los recursos del presupuesto municipal, al punto que dio la correspondiente orden de pago del anticipo del contrato.

Sin embargo, ni la fiscalía, ni las dos instancias ordinarias señalaron los elementos objetivo y subjetivo trascendentes de la ilicitud, esto es, el acto de apropiación ilícita y el conocimiento y voluntad del acusado para materializarlo.

Para dicho efecto, se debe precisar, no basta con que se haya desembolsado el anticipo del dinero, pues ello precisamente hace parte del clausulado del contrato y jamás ha sido sustentado que el otorgar un anticipo se constituya en medio ilegal que por sí mismo torna objetiva la apropiación.

Se reitera, no se discute que efectivamente el contrato fue ilegal, pues, a fin de otorgarlo a determinada persona jurídica, se pasaron por alto mínimos presupuestos, entre ellos, para relacionar el más descollante, la necesidad de adelantar una licitación pública.

Allí, también se destaca, fue perfeccionado el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en particular, porque toda la estructura de convocatoria y otorgamiento del mismo se dirigió a que como único postulante se presentara la cooperativa finalmente favorecida con el mismo.

Tanto la materialidad objetiva del delito en cuestión, como el dolo inserto en el mismo, informan de las maniobras que condujeron al otorgamiento del contrato, con conocimiento y voluntad del acusado.

Esa voluntad, empero, parece haberse agotado en la intención de que por la vía del incumplimiento de las exigencias legales fuese favorecido determinado contratista, sin que probatoriamente se hayan relacionado por la fiscalía o las instancias, los elementos de juicio que permitan verificar que el fin último iba dirigido a afectar el patrimonio del ente municipal.

Vale decir, si el espectro doloso se quería extender al punible de peculado por apropiación en favor de terceros, era indispensable señalar cómo se materializó el mismo y cuál era el conocimiento y voluntad insertos en la actuación del procesado.

Esto es, debió demostrarse que, en efecto, la suscripción del contrato ilegal apenas fungió como medio

efectivo en el cometido de hacerse ilegalmente a los dineros de la administración.

Ello, debe relevarse, no puede apenas basarse en la suscripción ilegal del contrato, como quiera que no existe entre ambos delitos una relación de necesidad absoluta que permita utilizar el silogismo del que se valieron las instancias ordinarias, construido bajo la forma: siempre que se presenta un delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, consecuencial se alza el punible de peculado por apropiación.

En el cometido de hallar dicho ligamen, los falladores apenas anotaron que el contrato no se cumplió dentro del lapso estipulado, o mejor, que dentro de los 15 días hábiles siguientes a su firma, con la entrega del anticipo de 60 millones de pesos, no se entregó la motoniveladora.

Huelga anotar que el solo incumplimiento de lo pactado, o de otra manera, el retraso en la entrega de lo comprado, no implica por sí mismo la existencia del delito de peculado por apropiación en favor de terceros, en lo que a sus ámbitos objetivo y subjetivo comporta.

Cuando más, el incumplimiento en cita podría representar un indicio de que lo buscado era obtener defraudar al municipio en la suma de sesenta millones de pesos.

No obstante, si las instancias hubiesen examinado, como lo pide ahora en el primer cargo de la demanda el casacionista, todos los elementos de juicio allegados al plenario, podría haber advertido que, cuando menos, al respecto se alza una duda bastante grande, como quiera que esas pruebas reportan la real adquisición de la máquina por parte del contratista, desde antes de celebrar el contrato, y su existencia material así como el ofrecimiento de entrega del aparato.

Además, los medios de conocimiento advierten que el acusado no estuvo en disponibilidad jurídica para hacer efectivo el cumplimiento, como quiera que tan pronto autorizó el desembolso del dinero fue nombrado su reemplazo en la alcaldía.

Respecto de lo primero, en la foliatura se reporta el contrato⁴ suscrito entre Dora Cruz Suárez y Jaime Navarro Niño -este último quien fungió como contratista con el municipio, en representación de la cooperativa Cooprogresemos ltda-, por virtud del cual la primera vendió al segundo, el 3 de mayo de 2002, una motoniveladora cuyas características se especifican allí.

El citado documento no ha sido controvertido y determina que efectivamente el contratista, independientemente de si la cooperativa tenía o no dentro

⁴ Folio 96, del cuaderno N° 1

de su razón social la venta de estos aparatos, argumento consignado para hacer ver la ilegalidad del contrato, efectivamente contaba con el elemento ofrecido en venta y, entonces, se hallaba en plena disponibilidad para honrar lo pactado.

En este mismo sentido, fue aportado el informe del investigador del CTI, comisionado para el efecto por la Fiscalía, en el cual se advierte que, en efecto, en el aparcadero público Precoltur, halló la motoniveladora, sobre la cual se realizó inspección judicial y fueron tomadas fotografías.

A su vez, en el expediente reposa el “*ACTA DE VISITA ESPECIAL*”, realizada por el personero municipal de Macaravita, con fecha del 6 de marzo de 2003, donde se hace constar que en un aparcadero de Bucaramanga, desde el 1 de agosto de 2002, se encuentra inmovilizada la motoniveladora Komatsu, modelo GD375H, a órdenes del municipio de Macaravita.

De igual manera, en inspección judicial realizada el 25 de marzo de 2004 por el fiscal del caso, se verificó que en el aparcadero Precoltur de la ciudad de Bucaramanga, se encontraba inmovilizada una motoniveladora Komatsu, modelo GD375H, que según el administrador del lugar fue ingresada allí el 6 de octubre de 2002, aunque no conoce quién lo hizo o la persona a la que pertenece la máquina;

sabe, sí, que en noviembre de 2003 le fue hecho mantenimiento por algunas personas que dijeron pertenecer a una cooperativa cuyo nombre tampoco recuerda.

En la revisión de los libros del aparcadero se verificó que se trata de la cooperativa Cooprogresamos Ltda, representada por Jaime Navarro.

El amplio lapso que discurrió entre los hechos y la celebración de la audiencia pública de juzgamiento, impidió recaudar pruebas trascendentes referidas al contrato y quiénes finalmente pudieron beneficiarse de él –se ha advertido que al parecer el personero municipal de Macaravita para la época, junto con políticos del mismo partido pudieron tener ese interés-, razón por la cual no fueron dilucidados los muchos aspectos confusos que se registran en la tramitación, y las declaraciones allegadas en último momento bien poco arrojan sobre el particular.

Lo oportunamente practicado, sin embargo, permite establecer la cronología de lo sucedido a partir del otorgamiento del contrato, sin que se discuta que el acusado intervino en el desarrollo del mismo hasta el momento de autorizar el pago del anticipo de sesenta millones de pesos.

Ocurrido ello, fue desvinculado del cargo de alcalde municipal de Macaravita, para el cual se posesionó desde el 26 de agosto de 2002 Luz Marina Basto Villamizar.

Afirmó esta en declaración jurada que tan pronto supo de la existencia del contrato y de las irregularidades que al parecer contenía, en cuyo sustento incluso obtuvo concepto de la gobernación de Santander, dio la orden al pagador para que no entregara el valor del anticipo de sesenta millones de pesos al contratista, pese a lo cual esa suma fue efectivamente pagada. Advirtió, así mismo, que prefirió mejor declarar el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la póliza de seguros.

El pagador, Arely Barón, a su vez, aseveró que la orden de la alcaldesa, consistente en no adelantar ningún trámite con relación al contrato cuestionado, se produjo con posterioridad al pago del anticipo, como así lo demuestra el documento que reposa en el expediente sobre el particular.

Independientemente de si la intervención de la nueva alcaldesa ocurrió o no antes del pago del anticipo, lo cierto es que la prueba testimonial y documental allegada verifica que desde un comienzo, por considerar la presunta ilegalidad del contrato, el interés de la alcaldesa que reemplazó al acusado, fue frenar cualquier tipo de procedimiento dirigido a su cumplimiento, motivo por el cual no solo pidió estudios jurídicos, sino que ordenó al

pagador cesar cualquier actividad al respecto, acorde con el documento que para ese efecto suscribió el 18 de septiembre de 2002.

A través de la Resolución 136 del 29 de noviembre de 2002, la alcaldesa declaró el incumplimiento del contrato por haber transcurrido 15 días hábiles sin que se entregase efectivamente la motoniveladora.

Pese a ello, el 9 de diciembre siguiente, la misma funcionaria envió oficio solicitando al contratista Jaime Navarro Niño, explicar por qué no había cubierto su obligación.

En respuesta, Jaime Navarro niño, con fecha del 16 de diciembre de 2002, hizo llegar memorial solicitando a la alcaldesa llegar a un acuerdo conciliatorio al respecto.

Así mismo, en su declaración jurada la funcionaria sostiene que, en efecto, recibió varias llamadas telefónicas en las cuales se le pedía que recibiera el equipo.

Por último, ya en curso la investigación, se puso a órdenes de la Fiscalía el citado aparato, pero el ente instructor se negó a recibirlo señalando que dicha entrega carece de trascendencia respecto de la materialidad del delito.

El recuento que realiza la Corte permite verificar cómo, de un lado, sí poseía el vendedor, previamente, el bien objeto de compraventa, e incluso estuvo siempre disponible para cubrir la obligación; y del otro, que no se tienen demostradas las razones por las cuales no fue entregado oportunamente, pues, de lo recogido probatoriamente cuando menos se colige que aún antes del pago del anticipo era del interés de la alcaldesa municipal –reemplazo del acusado-, abstenerse de ejecutarlo hasta tanto se verificase su legalidad, para después declararlo incumplido, pese a los llamados del contratista a fin de que recibiera el bien o conciliase las diferencias.

Eso es lo que, objetivamente, demuestran los muchos medios de prueba desatendidos en sus efectos probatorios por ambas instancias, en tanto, se reitera, la definición penal en torno del delito de peculado por apropiación derivó casi automática -sin mayor análisis argumental o soporte probatorio conjunto- de la previa demostración de que se había materializado el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

La motivación efectuada por ambas instancias ordinarias supone no solo la incursión en el yerro propuesto por el demandante, esto es, un falso juicio de existencia por omisión, sino la afectación de los mínimos de sindéresis discursiva que en materia de motivación exige la ley, incurriendo así en el falso raciocinio que deriva de la

violación de presupuestos lógicos atinentes al principio de razón suficiente por la vía de la petición de principio, como quiera que dio por probado lo que precisamente debió ser objeto de demostración, a partir de concluir, como se anotó antes, que en todos los casos en que se demuestra responsabilidad penal por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, fatal deriva la ilicitud de peculado por apropiación.

En el caso concreto, añade la Sala, los yerros examinados se determinan trascendentes, dado que dentro de la actuación no existen elementos de juicio sólidos para concluir en términos de certeza que, en efecto, el pago de los sesenta millones de pesos del anticipo por la compra de la motoniveladora iba encaminado, en lo objetivo, a despojar de esta suma, sin contraprestación ninguna, a las arcas municipales y, además, que ello era conocido y querido por el acusado.

No es apenas que en los fallos de instancia se eche de menos alguna argumentación referida a tan necesarios tópicos del delito, sino que las pruebas recogidas conducen a inferir algo diferente, suficiente para derrumbar la definición de responsabilidad penal.

En otras palabras, el que se determine completamente ilegal la forma como se otorgó el contrato, junto con el consecuente desembolso ordenado por el acusado, se erige

en hecho indiciario muy precario para fundar en él la definición de existencia del delito de peculado por apropiación y consecuente intervención dolosa de GERMÁN ORLANDO BÁEZ GUTIÉRREZ.

Mucho menos, se acota, si en contrario se alzan pruebas que conducen a inferir pasible de efectivo cumplimiento la obligación, por parte del contratista, de entregar el bien comprado por la administración, con lo cual se disminuye la posibilidad de considerar probado el interés, previo a la contratación, de defraudar al municipio de Macaravita.

De otra parte, en los fallos examinados se ha dejado entrever que pudo haber algún exceso en el precio que se pactó por la venta de la motoniveladora, en tanto un dictamen presentado en el proceso estableció en la suma de noventa millones de pesos el valor último del bien.

Al respecto, cabe señalar, en primer término, que el tópico nunca fue examinado con detenimiento por la Fiscalía o las instancias, para así conocer las razones que pudieran advertir del exceso en cuestión, en examen de la justeza de lo arrojado por el técnico que presentó su concepto, entre otras razones, porque a más de este se alzan otros, uno de ellos allegado previo a la suscripción del contrato, en los cuales se tasa valor diferente, precisamente

el de ciento veinte millones de pesos que registra como precio la negociación de compraventa.

En segundo lugar, no es posible ahora derivar el delito de peculado de un supuesto exceso en el precio, dado que este hecho nunca fue postulado como el propio que gobierna el delito en cuestión. Se recuerda, el acusado fue vinculado porque autorizó el pago del anticipo de sesenta millones de pesos, suma en la que se fijó la cuantía del supuesto detrimento patrimonial.

Dígase, por último, que la argumentación presentada por la Procuradora judicial delegada ante la Corte en su concepto, se aparta bastante de lo discutido aquí, pues, registra una disertación dogmática ajena a lo debatido, como quiera que, en efecto, el delito de peculado por apropiación puede estimarse ejecutado cuando el procesado autorizó, en calidad de alcalde, el pago del anticipo.

Sin embargo, con ello no se superan las exigencias que reclaman, además de delimitar el hecho objetivo, verificar que este desembolso iba encaminado a afectar patrimonialmente al municipio –se supone, porque nunca se iba a entregar la máquina ofrecida en venta-, y que de ello tenía plena conciencia el acusado.

No es cierto tampoco, tal cual se anota en el concepto de la Procuradora, que la existencia previa de la

motoniveladora o el propósito de entregarla desde un principio sean hechos indiferentes a la verificación del delito, pues, como se anotó, estas circunstancias sí permiten verificar la ausencia de dolo, o mejor, la intención de cumplir con lo pactado, tópicos que por sí mismos desnaturalizan la condena proferida en contra del acusado en lo que respecta al delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

Como, precisamente, los elementos consustanciales a la conducta punible de peculado por apropiación, no fueron demostrados, se impone la absolución del acusado, para lo cual habrá de casarse parcialmente la sentencia atacada.

No se hace necesario, acorde con lo anotado, examinar el segundo cargo planteado en la demanda, por simple sustracción de materia.

Atinente al tercer cargo, allí parece indicarse que en la dosificación punitiva las instancias incurrieron en yerro al momento de tasar la pena imponible, dado que dedujeron circunstancias de mayor punibilidad no contempladas en la formulación de acusación.

En este sentido, importa recordar que ello fue advertido por el Ad quem, solo que no tomó ninguna decisión dado que a pesar de despejar dichas circunstancias de mayor punibilidad, ello no aparejó consecuencias nocivas para el

procesado, en tanto, se partió del mínimo imponible para ambos delitos.

Pues bien, como la decisión de casar parcialmente obliga absolver por el delito de peculado por apropiación al acusado, ello implica consecuentemente la redosificación de la sanción, con respeto, en lo que cubra la legalidad, de lo decidido por las instancias ordinarias.

A este efecto, se tiene que el fallador de primer grado discriminó la pena imponible para cada delito y en torno de la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales decidió imponer el mínimo consagrado en la ley para la pena de prisión, vale decir, 4 años, e igual resolvió con la multa, fijada en 50 salarios mínimos legales mensuales.

No obstante, respecto de la sanción principal de interdicción en derechos y funciones públicas, no se impuso el mínimo de 5 años, sino 6 años, sin que se explicara por qué.

Se impone, entonces, adecuar esta última pena a los criterios que gobernaron las dos anteriores, por virtud de lo cual, la interdicción en derechos y funciones públicas ha de reducirse a 5 años.

En suma, la pena que habrá de descontar el procesado, una vez hechos los ajustes por la absolución que gobierna el delito de peculado por apropiación y la falta de motivación de una de las sanciones, se determina en 4 años de prisión, multa en cuantía de 50 salarios mínimos legales mensuales e interdicción en derechos y funciones públicas por un lapso de 5 años.

Dado que persiste la condena por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, que se entiende cometido contra la administración pública, no es posible aplicar por favorabilidad la normatividad más reciente al procesado, en punto del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en vista de la prohibición expresa que para este tipo de ilicitudes contempla el inciso segundo del artículo 68A del C.P.

Como quiera que el procesado se encuentra en libertad, habrá de expedirse la correspondiente boleta de captura en su contra, a fin de que cumpla la pena impuesta.

Eliminada la condena por el delito de peculado por apropiación, también se impone revocar la indemnización que por perjuicios civiles se impuso en el fallo de segundo grado, visto que se trata de una decisión accesoria que depende de la definición de responsabilidad penal por la ilicitud que le sirve de base.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1- CASAR parcialmente la sentencia impugnada, proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga.

2. REVOCAR, la condena que por el delito de peculado por apropiación se emitió en contra de GERMÁN ORLANDO BÁEZ GUTIÉRREZ. En consecuencia absolver al acusado por este delito.

3. Por consiguiente, la pena que habrá de cumplir BÁEZ GUTIÉRREZ, en calidad de autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, asciende a cuatro (4) años de prisión, multa en cuantía de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales e interdicción de derechos y funciones públicas por cinco (5) años.

4. REVOCAR el numeral tercero del fallo de segundo grado, en cuanto, condenó a GERMÁN ORLANDO BÁEZ GUTIÉRREZ, al pago de perjuicios civiles.

En lo demás, rige sin limitaciones lo dispuesto por las instancias.

Expídase la correspondiente orden de captura en contra de GERMÁN ORLANDO BÁEZ GUTIÉRREZ.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria