



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

**GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ
Magistrado Ponente**

**SP16186-2015
Radicación N° 46012.**

Aprobado acta No. 424.

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil quince (2015).

V I S T O S

Se dicta fallo en el trámite del recurso extraordinario de casación promovido por el defensor de JOSÉ ANTONIO RAMÍREZ MATEUS en contra de la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2014 por el Tribunal Superior de Tunja que confirmó la decisión de condenar al procesado como autor de los delitos de Peculado culposo y Prevaricato por omisión.

A N T E C E D E N T E S

I. Fácticos

1. JOSÉ ANTONIO RAMÍREZ MATEUS ejerció el cargo de Alcalde del Municipio de Santana (Boyacá) en el período comprendido entre el 1 de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2003.

2. El 3 de enero de 2002, el mandatario municipal suscribió el “*Contrato No 001 de concesión del servicio del matadero público...*” con Carlos Noguera Bonilla, cuyas principales cláusulas fueron: a) Objeto: “... *el Municipio da en arrendamiento el servicio del matadero público Municipal al Arrendatario,...*”; b) Término: 12 meses; y c) Valor: \$7.200.000 pagaderos en cuotas mensuales de \$600.000.

3. El Municipio de Santana no recibió ningún valor por concepto de pago de las cuotas del valor del contrato y ese incumplimiento del contratista fue conocido por el entonces Alcalde municipal desde antes que finalizara el término de ejecución del convenio.

4. Mediante la Resolución No 015 del 10 de abril de 2003, el entonces Alcalde decidió “*Delegar el ejercicio de la jurisdicción coactiva a la Tesorería Municipal para hacer efectivo el cobro de las obligaciones a favor del Municipio,...*”.

5. En el año 2003, mediante oficios No 086 del 23 de mayo y 161 del 11 de noviembre, el Tesorero le solicitó al mandatario local, hoy procesado, que expidiera el acto

administrativo de liquidación del contrato del matadero municipal correspondiente a las vigencias 2002 y 2003.

6. El 20 de noviembre de 2003, el exAlcalde y su Secretario de Hacienda suscribieron un acta de liquidación bilateral del contrato No 001 del 3 de enero de 2002 que no contiene la firma del contratista.

7. El 26 de diciembre de 2003, el entonces Alcalde municipal expidió la Resolución No 068 por medio de la cual (i) liquidó unilateralmente el contrato de concesión del servicio de matadero público, (ii) declaró que el contratista y la compañía de seguros Condor S.A. adeudaban al Municipio \$7.200.000 más los intereses, (iii) declaró ocurrido el siniestro de incumplimiento, y (iv) dispuso hacer efectiva la cláusula décima en cuanto a la imposición de multas.

II. Procesales

El 3 de marzo de 2004, la Fiscalía 31 Seccional de Moniquirá inició una investigación preliminar por las irregularidades denunciadas por la Contraloría General de la República en relación al contrato No 001 de 2002. Luego, el 16 de junio de 2004 decretó la apertura de la instrucción disponiendo vincular a JOSÉ ANTONIO RAMÍREZ MATEUS. Esta última medida se cumplió mediante indagatoria rendida el 10 de abril de 2006 en la que fue imputado un Prevaricato por omisión, la cual fue ampliada el 26 de marzo de 2008 para adicionar el cargo de Peculado culposo.

A la investigación también se vinculó a Edgar Marín Cuervo mediante indagatoria recepcionada el 27 de julio de 2006 por el delito de Prevaricato por omisión. Luego, el 23 de mayo de 2007 se llevó a cabo la ampliación de la diligencia para imputarle también el de Peculado culposo.

El 3 de agosto de 2006, se declaró cerrada la investigación; sin embargo, esta decisión fue anulada el 4 de septiembre siguiente.

El 27 de marzo de 2009 se decreta nuevamente la clausura del ciclo instructivo y, una vez adquirió ejecutoria esa decisión, el 25 de agosto del mismo año se calificó el mérito del sumario por los delitos contra la administración pública (i) acusando a JOSÉ ANTONIO RAMÍREZ MATEUS y (ii) precluyendo la investigación a Edgar Antonio Marín Cuervo, resolución que fue confirmada el **19 de noviembre de 2009** por la Fiscalía Cuarta delegada ante el Tribunal al desatar el recurso de apelación interpuesto por el defensor.

El conocimiento de la etapa de juzgamiento correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Moniquirá, el cual, luego de surtido el traslado previsto en el artículo 400 del C.P.P./2000, realizó la audiencia preparatoria el 8 de abril de 2010 y, seguidamente, la pública de juzgamiento el 17 de noviembre de 2011.

El 19 de junio de 2013, se dictó sentencia mediante la cual se condenó al acusado como autor de los delitos de Prevaricato por omisión y Peculado culposo, a las siguientes

penas: prisión por un término de 30 meses, multa equivalente a 12 s.m.l.m.v. e inhabilitación de derechos y funciones públicas por 5 años. Esa decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de Tunja el 10 de diciembre de 2014 cuando resolvió la apelación propuesta por el titular de la defensa técnica.

El mismo sujeto procesal interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia sustentándolo mediante la presentación de la respectiva demanda el 24 de marzo de 2015, sin que al respecto se pronunciaran los sujetos procesales no recurrentes. Aquélla fue admitida en auto del 21 de mayo siguiente y, luego, el delegado de la Procuraduría rindió el concepto respectivo.

EL RECURSO

I. Demanda de casación

Luego de identificar los sujetos procesales, la sentencia impugnada, los hechos juzgados y la actuación relevante, invoca la causal de “*violación directa de la ley sustancial*” y formula dos cargos, con el propósito de que se case el fallo condenatorio y, en su lugar, se dicte uno absolutorio.

Cargo No 1: Aplicación indebida del artículo 400 del Código Penal

La violación directa que se denuncia habría ocurrido por las siguientes razones:

a) El menoscabo al patrimonio estatal no se produjo o, por lo menos, no se estableció con certeza, pues si bien es cierto el contratista Carlos Noguera Bonilla incumplió el pago de los cánones del arriendo del matadero municipal, también lo es que realizó al inmueble mejoras, por lo que no puede afirmarse que hubo apropiación de recursos públicos. En tal sentido, resalta que, de una parte, no se apreciaron las versiones libres rendidas por Edgar Marín Cuervo y por el mismo procesado que dieron cuenta de las adecuaciones realizadas por el contratista y, de la otra, que la ausencia de prueba sobre el valor de esas inversiones sólo redundaba en la imperativa aplicación del principio de la duda a favor del reo.

b) Si el resultado dañoso se concretó no lo fue por la conducta culposa de JOSÉ ANTONIO RAMÍREZ MATEUS, sino por la de un tercero. Recuerda el censor que el 26 de diciembre de 2003 su representado liquidó unilateralmente el contrato No 01 suscrito con Carlos Noguera Bonilla, declaró su incumplimiento, ordenó hacer efectiva la póliza de los seguros y, por último, dispuso que se adelantara el respectivo cobro coactivo. Esas decisiones, continúa, se adoptaron mediante la resolución No 068 que, en tal virtud, contenía una obligación expresa, clara y exigible que era recuperable por la vía ejecutiva dentro de los 2 años siguientes, por lo que los dineros del contrato no se habían perdido hasta ese momento. Sin embargo, aclara, ello

correspondía a quien sucedió en la alcaldía al procesado porque éste terminó su mandato 5 días después de la expedición de la resolución de liquidación¹.

Cargo No 2: Aplicación indebida del artículo 414 del Código Penal

Se señala que la sentencia estimó configurado el Prevaricato por la omisión del entonces alcalde municipal en liquidar el contrato No 001 del 3 de enero de 2002. Sin embargo, se olvidó que dicho funcionario profirió la resolución No 015 del 10 de abril de 2003 mediante la cual delegó las facultades de jurisdicción coactiva en el tesorero, por lo que a éste competía adelantar el cobro ejecutivo de lo adeudado por el contratista. Ello demuestra, estima el censor, que la conducta del procesado fue diligente y que su voluntad fue la de asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Es más, a pesar de existir la delegación y ante la insistencia del tesorero, el exmandatario procedió a la liquidación del contrato, con lo cual demostró, una vez más, actitud diligente, por lo que fue su subalterno el que incurrió en omisión.

II. Concepto del Ministerio Público

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal rindió concepto sobre la demanda presentada por el defensor, en el cual, en principio, hizo un recuento de los hechos juzgados, de la actuación procesal relevante y de los

¹ Al efecto, citó la sentencia de segunda instancia del 19 de enero de 2006, rad. 19746, de esta Corporación.

argumentos que sustentan cada uno de los cargos. Así mismo, expuso unas consideraciones doctrinales y jurisprudenciales en relación a los delitos de Peculado culposo y Prevaricato por omisión, luego de lo cual analizó cada uno de los cargos formulados en los términos que a continuación se exponen para, finalmente, solicitar que no se case la sentencia condenatoria.

- En cuanto al primer cargo, señala que el exalcalde no declaró la caducidad y posterior liquidación del contrato dentro de los 4 meses siguientes al incumplimiento, tal y como lo ordenaban los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993. Además, advierte que la delegación que hiciera aquél en el tesorero para adelantar el cobro coactivo se dio cuando ya habían transcurrido 12 meses desde que se produjo el detrimento, pues el contratista no pagó un solo peso. Ahora, en cuanto a las mejoras realizadas por el contratista, señala que éstas nunca fueron pactadas y que aun cuando hubiese lugar a alguna compensación, este hecho no excluye la inactividad del alcalde en su obligación de impedir la continuidad del incumplimiento contractual. Por último, advierte que el valor de la única cuenta de cobro remitida por el contratista (\$1.735.000) dista mucho del que éste adeudaba a la administración.

- Y, en lo que respecta al segundo cargo, reitera algunos de los argumentos antes expuestos para sostener que el procesado retardó su deber de liquidar en forma unilateral el contrato y por esa vía omitió el deber de cuidar los bienes públicos que le fueron confiados. Advierte que la

voluntad de apoderamiento de estos últimos sólo se exige frente al Peculado doloso, puesto que en la modalidad culposa aquélla se dirige, precisamente, a un resultado lícito. Por las razones anotadas, concluye, se configuró el delito contra la administración pública por el cual se profirió decisión condenatoria.

C O N S I D E R A C I O N E S

I. De conformidad con lo previsto en el artículo 217 del C.P.P./2000, la Corte profiere fallo de casación en el proceso seguido contra JOSÉ ANTONIO RAMÍREZ MATEUS por los delitos de Peculado culposo y Prevaricato por omisión, en virtud de la demanda instaurada por el defensor que fuera admitida discrecionalmente con el objeto de verificar la eventual vulneración de las garantías fundamentales, tal y como lo permite el inciso 3º del artículo 205 ibídem. No sobra advertir que con la admisión de la demanda de casación se entienden subsanados sus defectos formales o técnicos, por lo que no se volverá sobre ellos.

II. El demandante acudió a la senda de la violación directa de la ley sustancial, lo cual presupone que los vicios de la sentencia que se denuncian habrían ocurrido en el proceso de selección, de subsunción o de interpretación de las normas legales, en razón de lo cual se excluye cualquier debate sobre la verdad de los hechos establecida en el proceso o sobre las pruebas que permitieron su

reconstrucción. En ese contexto, se formularon dos cargos por aplicación indebida de las disposiciones jurídico-penales que tipifican las conductas de Peculado culposo y de Prevaricato por omisión, es decir, los artículos 400 y 414 del Código Penal, respectivamente. Así, la decisión judicial censurada habría infringido la ley porque erró al subsumir los supuestos fácticos establecidos procesalmente en esas normas.

III. Sin embargo, la Corte observa la presencia de una irregularidad sustancial que afectó el debido proceso y el derecho de defensa, por lo que habrá de declararse de oficio la nulidad del proceso haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 216 del C.P.P./2000. Ahora bien, como quiera que se trata de un vicio de la resolución de acusación que impedía el desarrollo de la etapa de juzgamiento y, finalmente, la construcción de una sentencia; al decaer ésta, carecen de objeto las censuras propuestas y, en general, la controversia propuesta mediante el recurso extraordinario, por lo que deviene innecesario su estudio. Ese vicio *in procedendo* existente es la motivación anfibológica de la acusación, el cual, inclusive, se reprodujo en la sentencia, tanto de primera como de segunda instancia, como se verá.

IV. La Fiscalía acusó a JOSÉ ANTONIO RAMÍREZ MATEUS por los delitos de Prevaricato por omisión y Peculado culposo, citando en la resolución que así lo hizo los supuestos fácticos que se transliteran a continuación:

En el acápite de “HECHOS” se manifestó:

Los hechos que dieron origen a la presente investigación, fueron puestos en conocimiento por el Gerente Departamental de la Contraloría General de la República, mediante oficio 0279 del 17 de febrero del año 2004, donde da a conocer unas presuntas irregularidades en varios contratos celebrados por el señor Alcalde municipal de Santana, Boyacá, durante los años 2002 y 2003. En el mencionado oficio viene relacionado el contrato No 01 del 2002, de fecha 3 de enero de 2002 celebrado entre el señor Alcalde Municipal con el señor CARLOS NOGUERA BONILLA y que corresponde a la concesión del servicio del matadero público municipal, contrato suscrito por el valor de \$7.200.000, dineros que no fueron cancelados por el contratista.²

Luego, en el acápite de “CONSIDERACIONES DE LA FISCALÍA”, se anotaron las siguientes conclusiones fácticas:

- a) De otro lado contamos con que tanto tesorero de la época señor EDGAR MARIN CUERVO como el alcalde municipal JOSE ANTONIO RAMIREZ MATEUS, tenían pleno conocimiento acerca del incumplimiento dado por parte del señor CARLOS NOGUERA BONILLA, al no haber cancelado éste, valor alguno por concepto de dicho contrato..., es más es el propio señor alcalde quien en sus medios de defensa reconoce que desde agosto del año 2002 es conecedor de esta situación, pero pese a ello nada hace con el fin de solucionar el incumplimiento, bien sea conciliando con el contratista las presuntas mejoras que este le hizo a las instalaciones del matadero público, ora decretando la caducidad del contrato, o liquidándolo a tiempo tal como lo ordena el estatuto de contratación estatal,...³
- b) Con todo lo anterior, se evidencia que el señor alcalde de la época JOSE ANTONIO RAMIREZ MATEUS, **conocía del incumplimiento de parte del contratista** señor CARLOS NOGUERA BONILLA, frente al contrato N. 001 del 3 de enero de 2002, desde mucho antes de que el mismo venciera, **y medio (sic) su voluntad en faltar a la lealtad debida** en el ejercicio de su función, pues en su calidad de servidor público, tenía pleno conocimiento que de no cumplirse con lo pactado, tenía que hacer efectiva la cláusula penal, declarar la caducidad del contrato, o liquidar el mismo a tiempo todo con el fin de no generarle perjuicios al municipio que en el momento representaba, pues al haber omitido y retardado hacer las gestiones pertinentes actualizo (sic) con su actuar el tipo penal de prevaricato por emisión (sic) y de peculado culposo, como quiera que frente a este ultimo (sic) **por su falta al deber objetivo de cuidado**, hizo que el municipio perdiera la suma de

² Folio 206 Cuaderno principal

³ Folio 217 ibidem

siete millones doscientos mil pesos moneda corriente. Si a tiempo hubiera procedido tal como lo demandan las normas de la contratación pública, muy seguramente el dinero objeto del contrato estaría en las arcas del municipio.⁴

(Negritas y subrayas fuera del texto original)

En la segunda instancia promovida por el defensor, la Fiscalía transcribió el acápite de “HECHOS” aunque reemplazando ese título por el de “EPISODIO FACTICO” y, luego, realizó las siguientes consideraciones sobre aquéllos:

Es un hecho cierto e irremediable que el implicado JOSE ANTONIO RAMIREZ MATEUS, tuvo la posibilidad de enderezar su comportamiento de tal manera que pudiera recuperar los dineros del municipio que se encontraban representados en el contrato de arrendamiento suscrito con el señor CARLOS ARTURO NOGUERA BONILLA, no obstante solo hasta casi un año después de cumplido el término del contrato emprendió las acciones legales, sin que obre en el paginario ninguna prueba que justifique su negligente actuación.

Finalmente debe indicarse en lo que tiene que ver con el término de prescripción de la acción penal, es preciso resaltar que el Artículo 84 del Código Penal señala con absoluta claridad que en las conductas punibles omisivas el término comenzará a correr cuando haya cesado el deber de actuar, y de conformidad con la descripción normativa que para los delitos que se persiguen en este caso particular el PECULADO CULPOSO y el PREVARICATO POR OMISIÓN éstos son punibles de omisión, **el término no podía empezar a contarse en modo alguno sino hasta que cesó el deber de actuar, es decir el 3 de mayo de 2003 fecha en la que vencía el término para que el señor Alcalde RAMIREZ MATEUS liquidara el contrato** de arrendamiento suscrito con el señor NOGUERA BONILLA.⁵

(Negritas fuera del texto original)

V. Si se repara en la imputación fáctica, se observará que tanto el Prevaricato (por omisión) como el Peculado (culposos), se fundan en una serie de conductas omisivas en

⁴ Folio 220 ibidem

⁵ Folios 7 y 8 del Cuaderno de Segunda Instancia de la Fiscalía.

que incurrió el entonces Alcalde de Santana (Boyacá) durante las fases de ejecución y de liquidación del contrato No 01 del 3 de enero de 2002. En efecto, se le atribuyó al exmandatario el haberse abstenido de ejecutar las acciones que prevé el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) para hacer frente al incumplimiento de los contratos estatales, como son: conciliar con la otra parte las compensaciones a que hubiese lugar, declarar la caducidad del contrato y proceder a liquidarlo dentro del término legal (4 meses después de su terminación, según la legislación vigente en la época del contrato⁶).

Además, es evidente que las mismas conductas negativas constituyeron, simultáneamente, la omisión propia del Prevaricato (doloso) y la infracción al deber objetivo de cuidado en el Peculado culposo, muestra inequívoca de ello es que el análisis de los hechos fue realizado de manera conjunta a lo largo de toda la resolución acusatoria, sin hacer las distinciones que se desprendían de la identidad de cada uno de aquéllos. Esa conclusión fue refrendada por la Fiscalía cuando, en segunda instancia, determinó que ambos delitos se habrían consumado el 3 de mayo de 2003 porque ese día cesaba el deber de liquidar el contrato estatal, de manera que asimiló sucesos que a pesar de guardar algunas similitudes en su caracterización típica, son independientes en cuanto a la conducta y al resultado que demandan. De esa manera, el vencimiento del término legal que ni siquiera consumó el Prevaricato por omisión porque es falso que ese hecho extinga para la Administración la obligación

⁶ Artículo 60 original de la Ley 80 de 1993

antedicha, mucho menos, entonces, podía configurar un resultado tan diverso como la pérdida de dineros estatales.

En las circunstancias expuestas, bien pudo haberse concretado una violación al principio del *Non bis in ídem* porque las mismas conductas omisivas se califican como el verbo rector del tipo de Prevaricato y, al tiempo, como la infracción al deber de cuidado propio de la modalidad culposa de un Peculado, emergiendo como única diferencia en ese nivel del análisis el que uno de tales delitos, obviamente el último, abarca también la consecuencia de la pérdida de bienes municipales. Sin embargo, más grave que la eventualidad de una prohibida doble imputación que ni siquiera puede establecerse con certidumbre porque el vicio no lo permite, es que se haya irrespetado la sustancia del supuesto fáctico y eso haya impedido su estructuración como una entidad única e inconfundible, al tenerse como doloso frente a una hipótesis delictiva y como culposo frente a la concurrente, desconociéndose así el principio lógico de identidad.

Ahora bien, podría argüirse como antítesis a la antes planteada que fueron dolosas las conductas omisivas del exAlcalde frente al incumplimiento del contrato No 001 del 3 de enero de 2002 y que la culpa se pregona es en relación al efecto patrimonial adverso finalmente producido, es decir; que unas omisiones dolosas ocasionaron un resultado culposo, de manera semejante a lo que ocurre en los tipos preterintencionales que se configuran a partir de un resultado que, siendo previsible, excede la intención del

agente⁷. Esa hipótesis de un “Peculado preterintencional” es inviable en el ordenamiento penal colombiano que consagra un sistema de número cerrado frente a esa modalidad de conducta punible⁸. Otra posible justificación de la acusación sería la existencia de una conexión teleológica entre el Prevaricato y el Peculado, la cual es inadmisibles de entrada porque entraña la contradicción interna de un dolo que abarca el delito medio y no el fin último.

VI. Así las cosas, es evidente la anfibología de la acusación; es más, esa falta de univocidad en la imputación ya se vislumbraba desde el acto de vinculación al proceso de JOSÉ ANTONIO RAMÍREZ MATEUS, en el que se advertía la identidad de los hechos jurídicamente relevantes que se comunicaron al procesado y la bifurcación que del aspecto subjetivo de los mismos se hizo para atribuir dos delitos diferentes contra el bien jurídico de la Administración Pública. Obsérvese:

En la diligencia de indagatoria realizada el 10 de abril de 2006, la Fiscalía formuló la siguiente imputación:

... se le sindicaba de ser responsable del delito de PREVARICATO POR OMISIÓN art. 414 del C.P... contratos que no fueron cumplidos... y que usted no realizó ninguna gestión administrativa para hacerlos cumplir, motivo por el cual hubo un detrimento patrimonial para dicho municipio,...⁹

⁷ Artículo 24 Código Penal: “La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente.”

⁸ Artículo 21 ibídem: “La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa **y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley.**” (Negritas por fuera del texto original)

⁹ Folio 69 del Cuaderno Principal

Luego, en la ampliación de la indagatoria surtida el 26 de marzo de 2008 con el objeto de adicionar el cargo de Peculado culposo, manifestó la Fiscalía:

Además del delito de PREVARICATO POR OMISIÓN se le sindicaba de ser presunto responsable del delito de PECULADO CULPOSO Art. 400 del Código Penal Ley 599 de 2000, que tiene pena de 1 a 3 años, incrementada hasta en una tercera parte por el Art. 415 de la misma obra, ya que Usted como Alcalde Municipal de Santana, y con su actuar se permitió que el señor CARLOS ARTURO NOGUERA BONILLA con quien usted suscribiera el contrato 001 del 3 de enero de 2002 y cuyo objeto era el arrendamiento del matadero municipal de Santana, incumpliera con el arrendamiento del matadero municipal de Santana, incumpliera con el contrato y por su administración no adelantaran las gestiones necesarias y efectivas para lograr el cumplimiento del contrato o la aplicación de las cláusulas de incumplimiento, produciéndose un detrimento patrimonial para tal municipio de Santana, en cuantía del contrato es decir \$7.200.000, que sumado a la cláusula penal pecuniaria de \$720.000 y del 30% por concepto de multa \$2.160.000, sumaría \$8.800.000,...¹⁰

Véase que la abstención en la ejecución de las acciones que reclama la ley ante el incumplimiento de un contrato estatal y hasta el consecuente perjuicio patrimonial causado al Municipio de Santana por los dineros dejados de percibir, fueron los hechos a partir de los cuales se le atribuyó a JOSÉ ANTONIO RAMÍREZ MATEUS tanto un Prevaricato por omisión como un Peculado culposo. La indistinción de los supuestos fácticos omisivos y la contradicción en su aspecto subjetivo ocasionó, por ejemplo, que el procesado se defendiera de una culpa aun cuando se le estuviese imputando un dolo, como ocurrió al vincularsele por la prevaricación cuando hizo las siguientes manifestaciones defensivas:

¹⁰ Folio 174 ibidem

... considero que en cuanto a mi conducta **no es negligente**, porque yo como alcalde me entero de estas situaciones después de ocurridos los hechos,...

..., entonces mi conducta **no** da lugar a que **por culpa mía** se haya dejado de pagar una obligación de un contratista a la tesorería municipal,...

..., quiero manifestar que mi conducta **no es negligente no es descuidado...**¹¹

(Negritas fuera del texto original)

VII. Por si lo anterior fuera poco, en la etapa de juicio la anfibología en la imputación subjetiva se mantuvo y, finalmente, se reprodujo en la sentencia tanto en la primera como en la segunda instancia. Así, previo a esta última, el alegato de conclusión de la Fiscalía en la audiencia pública de juzgamiento revela con suma claridad que la única distinción fáctica que se estableció entre el Prevaricato y el Peculado es que este último incluye la concreción de un detrimento económico para el municipio boyacense. Basta con traer a colación una parte del alegato del órgano acusador para corroborarlo:

... existe la certeza que el legislador requiere para que se profiera sentencia de carácter condenatoria en contra de JOSE ANTONIO RAMIREZ MATEUS por los delitos de PREVARICATO POR OMISIÓN Y PECULADO CULPOSO respecto del primero se tiene establecido que el hoy acusado en su calidad de alcalde municipal de Santana luego de haber suscrito contrato con el señor CARLOS ARTURO NOGUERA BONILLA tenia (sic) pleno conocimiento que el contratista no había cumplido desde un comienzo con las condiciones del contrato mas (sic) exactamente en lo que tiene que ver con la cancelación de los canon de arrendamiento, ..., sin que el aquí acusado hubiera hecho gestión alguna con el fin de obtener el pago de los canon de arrendamiento debidos por parte de NOGUERA BONILLA, se evidencia claramente que el hoy acusado falto (sic) a la lealtad

¹¹ Páginas 71 y 72 del Cuaderno Principal

debida en el ejercicio de su función y con ello genero (sic) el que el municipio fuera víctima de un detrimento patrimonial en cuantía de 7.200.000 con lo cual actualizo (sic) otro de los delitos contemplados por el legislador como es el peculado culposo;...¹²

En la sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Moniquirá se manifestó, sin reparar en la eventual vulneración del *Non bis in ídem* y menos en la naturaleza contradictoria de la calificación jurídica de los hechos, que el retardo del entonces primer mandatario municipal en la liquidación del contrato No 01 del 3 de enero de 2002, constituía tanto una omisión (dolosa) prevaricadora como la infracción al deber objetivo de cuidado del tipo de Peculado culposo que dio lugar a la pérdida de unos recursos estatales. Al efecto se citan los párrafos conclusivos de cada especie delictiva cuya confrontación permite atisbar las afirmaciones antes realizadas:

Podemos señalar que se estructuran los elementos normativos del tipo penal de **Prevaricato por Omisión** que refiere el art. 414 del C.P., y que perfectamente se adecua la conducta del procesado en este ilícito atendiendo que se ha demostrado que este en su calidad de servidor público Alcalde Municipal de Santana en el año Dos Mil Dos (2002) en cumplimiento de sus funciones como fue la de dar cumplimiento a la ley 1150 de 2007 y ante el incumplimiento del contrato no 001 por parte del contratista, **omitió dar cumplimiento a la liquidación unilateral del contrato en el término que fija la citada ley..., acto que fue realizado de manera deliberada** al margen de la ley violando manifiestamente la norma antes citada,...¹³
(...).

Por otro lado, dado lugar a que ante el incumplimiento del contratista en el pago del canon pactado en dicho contrato y de acuerdo al plazo del mismo de doce meses el Municipio de Santana dejó (sic) de percibir la suma de \$7.200.000 más lo correspondiente a la cláusula penal y multa que se había fijado en dicho contrato generándose un detrimento patrimonial del

¹² Folios 391 y 392 del Cuaderno Principal

¹³ Folios 412 y 413 íbidem

erario público por conducta culposa del procesado que **al retardar el cumplimiento del deber normativo de liquidar unilateralmente el contrato se puede afirmar que actuó de manera negligente** omitiendo su deber de cuidado que le era exigible en su condición de Alcalde Municipal lo cual también determinó en su actuar que se vulnerara también el bien jurídico tutelado por el Legislador Penal de la Administración Pública frente al ilícito de **PECULADO CULPOSO**.¹⁴
(Negritas y subrayas fuera del texto original)

Finalmente, en la sentencia de segunda instancia aunque se intentó un análisis individual de cada uno de los cargos, el retardo en la liquidación del contrato estatal, la omisión de la declaratoria de caducidad y de cualquier otra actividad dirigida a solucionar el incumplimiento del particular contratista, fueron los hechos que siguieron cumpliendo la doble función de omisión dolosa para el Prevaricato y culposa para el Peculado. De esa manera, en vez de advertir y corregir el yerro de la primera instancia, el Tribunal Superior de Tunja lo prolongó hasta el final del proceso. Esa aseveración encuentra respaldo en las consideraciones pertinentes de la decisión judicial:

6.1 Del prevaricato por omisión.

La Fiscalía le formuló cargos al señor RAMIREZ MATEUS en su calidad de alcalde municipal de Santana como autor del punible de prevaricato por omisión, por el hecho de que a pesar de tener conocimiento del incumplimiento por parte del contratista del contrato No 001 del 3 de enero de 2002, **nada hizo con el fin de solucionar el incumplimiento, bien fuera conciliando con el contratista las presuntas mejoras que este hizo a las instalaciones del matadero, o decretando la caducidad del mismo, o liquidándolo a tiempo** conforme al Estatuto de contratación estatal.¹⁵

(...).

¹⁴ Folio 414 ibídem

¹⁵ Folio 47 del Cuaderno del Tribunal.

6.2. Del peculado culposo.

(...).

... en realidad el acusado, faltando al deber objetivo de cuidado, **no adelantó las gestiones pertinentes para hacer efectivo el cobro de las obligaciones derivadas del contrato** y por no hacerlo, el municipio perdió la posibilidad de percibir esos dineros.¹⁶

En concreto, si bien es cierto se podían llevar a cabo otro tipo de acciones de manera posterior a que finalizara el mandato del procesado, en aras de recaudar los rubros adeudados por concepto del contrato objeto de análisis, lo cierto es que durante su mandato pudo dar por terminado el contrato que se incumplió desde su inicio en el año 2002, sin embargo, **se mantuvo pasivo sin proferir el acto de liquidación unilateral** que era menester para adelantar la ejecución coactiva de lo adeudado bien ante el contratista o ante la aseguradora.¹⁷

(...)

Si el acusado hubiese obrado con el debido cuidado **habría procedido** desde el mismo año 2002, cuando se inició el incumplimiento contractual, **a dar aplicación a la caducidad del contrato** y desde esa época se habrían podido ejercer las acciones de jurisdicción coactiva para recuperar los dineros, pero su omisión contribuyó definitivamente para que estos se perdieran.¹⁸

(Negritas fuera del texto original)

VIII. Conforme a lo anterior, la utilización de un supuesto objetivo común con un componente dual contradictorio para configurar dos delitos que si bien son autónomos afectan el mismo bien jurídico, la Administración Pública; comportó una violación al principio lógico de identidad que, a su vez, desencadenó una anfibología irresoluble de la acusación que no permite comprender los cimientos fácticos de la imputación ni siquiera a los juzgadores que prolongaron la ambivalencia. De igual forma,

¹⁶ Folio 56 ibídem

¹⁷ Folio 58 ibídem

¹⁸ Folio 59 ibídem

se reitera, pudo haberse vulnerado el *Non bis in ídem* porque unas mismas conductas omisivas se adecuaron simultáneamente al tipo de Prevaricato y al de Peculado; sin embargo, ello no puede establecerse con certeza porque la doble imputación se predica de un comportamiento único e inconfundible y, como ya se vio, ni la Fiscalía ni los Jueces pudieron determinar con univocidad si el mismo era doloso o culposo.

IX. Ahora, se examina la incidencia que la imputación anfibológica de la Fiscalía ocasionó en el derecho a la defensa de JOSÉ ANTONIO RAMÍREZ MATEUS, no sin antes recordar que un impacto negativo de esa indeterminación ya se vislumbraba desde la indagatoria cuando aquél, como antes se dijo, controvertía una atribución dolosa aduciendo diligencia y/o cuidado en su conducta como servidor público. Luego, al sustentar el defensor el recurso de apelación contra la resolución de acusación denunció que la misma contenía “*dos imputaciones por un mismo hecho*”¹⁹, con lo cual advertía el vicio aunque no en toda su dimensión porque ese hecho (omisivo) doblemente calificado era contradictorio en sí mismo, por lo que una corrección en virtud del principio del *Non bis in ídem* no permitía establecer cuál de los delitos formalmente concurrentes era el parámetro válido de tipicidad. En todo caso, esa denuncia desvirtúa la convalidación de la irregularidad y revela la magnitud de la dificultad de comprensión del sentido de la acusación.

¹⁹ Folio 231 del Cuaderno Principal

En memorial radicado el 27 de septiembre de 2010, el defensor solicitó la declaratoria de prescripción de la acción penal²⁰. La misma se justificó en que la aplicación del artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 implicaba que el término extintivo había iniciado el 3 de marzo de 2003, por lo que cuando adquirió ejecutoria la resolución acusatoria la acción se encontraba prescrita. Dicha solicitud es un fiel reflejo de la ambigüedad de la imputación formulada por la Fiscalía porque, desconociendo la identidad y la autonomía de los dos delitos enjuiciados, realizó el defensor un cálculo común de la prescripción, es decir, sin atender a las particularidades de las conductas concursales, falencia ésta que se ratificó al determinar como supuesto común de la consecuencia que pretendía el vencimiento del plazo legal para liquidar el contrato estatal y, por ende, resultar una misma fecha de extinción de la acción penal. Por su parte, el juzgado concedió la petición incurriendo en iguales desaciertos, es decir, partiendo de un único sustrato “doloso-culposo”²¹.

Por último, en el alegato de conclusión que presentó el defensor en la audiencia pública de juzgamiento, aunque bajo el ropaje de una eventual infracción al principio del *Non bis in ídem*, se evidencian los problemas para controvertir una imputación fáctica y jurídica viciada porque no permite comprender cómo una misma conducta se encuadró en dos tipos penales que son diferentes no solo en su configuración objetiva sino subjetiva (uno doloso y el otro culposo). En

²⁰ Folios 321-323 del Cuaderno Principal

²¹ Folios 326-332 ibidem

efecto, consta en acta de la respectiva audiencia que la intervención defensiva inició así:

(...). Se investiga a mi poderdante por incriminaciones generadas en una acción donde hay un concurso de hechos punibles a lo cual nuestra insistencia desde un comienzo ha sido que no es y no se da la posibilidad del delito complejo en este caso puesto que una de las infracciones debe estar subsumida dentro de los elementos de la otra, luego la conducta no puede ser concurrente para ambos delitos, como consecuencia a que no hay conexión para que estoa (sic) se hubieran realizado de manera dolosa o por culpa, y la convención del uno necesariamente no conlleva a que se tipifique el otro delito, es decir que del prevaricato jamás puede llegar también a la conclusión que pueda darse peculado en este caso,...

²²

X. En conclusión, la motivación y la decisión del proveído acusatorio son anfibológicas en grado tal que no permiten comprender un único sentido de la imputación. De esa manera, se violó el derecho a la defensa del procesado porque nunca se le comunicó con precisión la conducta íntegra que se le imputaba y, por ende, jamás pudo controvertirla de manera adecuada. Esa irregularidad sustancial no permitió cumplir la finalidad de una acusación motivada, cuál es la de delimitar el objeto de la controversia en el juicio y de la decisión final, por lo que también se afectó el debido proceso. Además, la misma nunca fue convalidada por los titulares de la defensa, es más el abogado que ejerció la de carácter técnico denunció el vicio hasta donde pudo comprenderlo. Entonces, habiéndose incurrido en las causales previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 306 del C.P.P./2004 y no existiendo en esta parte final del proceso otro mecanismo para restaurar su legalidad, se decretará la

²² Folio 394 ibidem

nulidad del mismo a partir de la calificación del mérito del sumario.

XI. Ahora, la desaparición de la causal de suspensión de la prescripción de la acción penal prevista en el artículo 86 original del Código Penal (ejecutoria de la resolución de acusación), conlleva la necesidad de examinar la ocurrencia del fenómeno extintivo.

Las conductas de Prevaricato por omisión y de Peculado por apropiación, al constituir ambas delitos de funcionario²³ y tener previstas penas máximas inferiores a 5 años²⁴, según lo dispuesto en los artículos 83 y 89 del Código Penal, prescriben en un término de 6 años y 8 meses.

En lo que respecta a la consumación de cada uno de tales delitos, debe advertirse que la anfibología de la imputación fáctica dificulta en gran medida la determinación del momento en que se ejecutó cada uno de aquéllos, más aun cuando casi en su totalidad fue idéntica en sus fundamentos, como ya se demostró. Por ello, la Corte procederá en tal labor asumiendo la postura que estima más razonable ante esa ambivalencia insuperable, en lo que respecta al tiempo de comisión de las conductas punibles, así:

²³ El artículo 83 original del Código Penal disponía que: *“Al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte”*.

²⁴ El artículo 400 del C.P. prevé una pena máxima para el Peculado culposo de 3 años, mientras que el artículo 414 ibídem la fija en 5 años para el Prevaricato por omisión.

a) La omisión fundamental que se endilgó como prevaricadora al procesado fue la del retardo en la liquidación del contrato No 001 del 3 de enero de 2002, acto que, finalmente, aquél llevó a cabo el 26 de diciembre de 2003. Entonces, según lo indica el artículo 84 del C.P., el término de prescripción se contabilizará a partir de ese día porque allí cesó el deber de actuar del exalcalde. En consecuencia, el 23 de agosto de 2010 prescribió la acción penal por el delito de Prevaricato por omisión.

b) En lo que respecta al Peculado culposo, la pérdida de los recursos que debía percibir el Municipio de Santana en razón del incumplimiento del contrato No 001 del 3 de enero de 2002, se habría producido desde el momento en que tales obligaciones se hicieron todas exigibles y ello se corresponde con la fecha de terminación del convenio, es decir, el 2 de enero de 2003, entendimiento bajo el cual la acción penal prescribió el 2 de septiembre de 2009. Es más, aun cuando se acogiera la tesis plasmada por el Tribunal Superior de Tunja en auto del 7 de diciembre de 2010, según la cual el Peculado se habría consumado con la caducidad de la acción administrativa contractual, es decir, 2 años después de la ejecutoria de la liquidación unilateral efectuada por la Administración²⁵; el delito se entendería realizado el 26 de diciembre de 2005 y la prescripción habría acaecido el 26 de agosto de 2012.

²⁵ Así lo disponía el artículo 136, numeral 10, literal d), del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984).

En conclusión, se decretará la cesación del procedimiento adelantado contra JOSÉ ANTONIO RAMÍREZ MATEUS por los delitos de Prevaricato por omisión y Peculado culposo, en razón a que se encuentra prescrita la acción penal en relación a ambos. Como consecuencia de esa decisión, se cancelarán las medidas restrictivas personales o sobre bienes que se hubiesen impuesto al procesado.

D E C I S I Ó N

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

R E S U E L V E

Primero: **Casar** de oficio la sentencia condenatoria proferida en contra de JOSÉ ANTONIO RAMÍREZ MATEUS por los delitos de Prevaricato por omisión y Peculado culposo. En consecuencia, se **anula** el proceso a partir de la resolución de acusación.

Segundo: **Decretar** la cesación del procedimiento seguido contra JOSÉ ANTONIO RAMÍREZ MATEUS por prescripción de la acción penal en relación a los delitos de Prevaricato por omisión y Peculado culposo.

Tercero: **Ordenar** la cancelación de las medidas restrictivas personales y reales que se hayan impuesto a JOSÉ ANTONIO RAMÍREZ MATEUS, por razón de este proceso.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria