



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

1
2

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ

Magistrado Ponente

AEP00038

Radicación N° 51970

Aprobado mediante Acta No. 024

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

I. Asunto

La Sala decide la solicitud de preclusión incoada por la Fiscalía Tercera Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, en relación con los exgobernadores del departamento de Bolívar JOSÉ JULIÁN VÁSQUEZ BUELVAS y ALBERTO BERNAL JIMÉNEZ, investigados por los presuntos punibles



de peculado culposo y prevaricato por acción, de que tratan los artículos 400 y 413 del Código Penal *-Ley 599 de 2000-*.

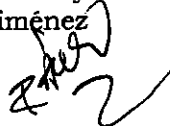
II. Situación fáctica

Luis Alberto García Chacón laboraba como tesorero para la clínica Rafael Calvo Calvo¹ de la ciudad de Cartagena² y, el 25 de abril de 1995, fue inscrito en el escalafón de carrera administrativa, según Resolución 3784 de esa fecha. Dos días después de esa inscripción, el gobernador de entonces declaró insubsistente su nombramiento, por medio de la Resolución 411 de 1995, la cual demandó en acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

En sentencia de 8 de abril de 1999, el Tribunal Administrativo de Bolívar anula el acto administrativo 411 de 1995, ordenó el reintegro de García Chacón y el pago de salarios y demás emolumentos. Ese fallo quedó ejecutoriado el 15 de septiembre de 1999, después de que el Consejo de Estado considerara que la decisión no era consultable por razón de la cuantía.

¹ Desde el 24 de noviembre de 1989. Ver fl. 104 carpeta de anexos.

² Por Decreto 664 de 5 de julio de 1995 se transformó en Empresa Social del Estado -ESE- del nivel departamental.

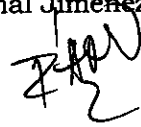


El gobernador de Bolívar, en los años 2001 y 2002, pagó al demandante la suma de \$128'741.385.92, conforme con las siguientes resoluciones y conceptos:

Resolución No.	Valor	Concepto	Observaciones
3406 11 diciembre 2001	\$91'614.522.41	Salarios emolumentos de abril/95 a agosto/01.	Pagar: Salud: \$2'000.952.88 Pensión: \$1'679.413.75.
1158 21 marzo 2001	\$6'799.324.41	Salarios emolumentos sept./01 a en./02.	Salud \$179.561.20 Pensión \$151.504.76
3856 Septiembre 2002	\$25'760.251.91	Salarios, cesantías y demás emolumentos entre feb. y sept. 2002.	En esta se tuvo en cuenta Res. 482 ³ de 2002. Declaró la IMPOSIBILIDAD JURÍDICA PARA REINTEGRAR AL DEMANDANTE. Además, concepto del C. de Estado: <u>"no es posible el pago de una indemnización, ya que esta está cubierta con el pago de salarios y demás emolumentos dejados de percibir"</u> .

No obstante, en los años 2005 y 2007, Luis Alberto García Chacón solicitó nuevamente a la gobernación el

³ Resolución 482 del 20 de agosto de 2002: Declaró la imposibilidad jurídica para reintegrar al servicio al señor Luis Alberto García Chacón, quien para el momento del retiro era el tesorero de la clínica Rafael Calvo Calvo, y posteriormente, en 1995, ésta cambió la naturaleza jurídica y quedó convertida en una Empresa Social del Estado, por tanto, el gobernador no tenía facultad de nominación.

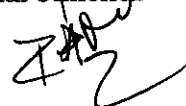


cumplimiento de la sentencia del Tribunal Administrativo de Bolívar. Como no obtuvo respuesta, interpuso acción de tutela, la cual fue decidida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena el 2 de diciembre de 2008, amparando el derecho de petición.

Posteriormente, tramitó un incidente de desacato, el cual fue resuelto el 8 de febrero de 2011 en favor del gobernador, toda vez que el fallo de tutela no *“ordenó el reintegro y menos el pago de salarios sino solo que se respondiera lo solicitado por el accionante”*⁴.

Ocurre, entonces, que el 19 de noviembre de 2009, el gobernador JOSÉ JULIÁN VÁSQUEZ BUELVAS -encargado entre el 17 de noviembre de 2009 a enero de 2010 y otros períodos-, con fundamento en el mismo fallo del Tribunal Administrativo de Bolívar, de nuevo, ordenó pagar a García Chacón la suma de \$563'921.004.00 por salarios y prestaciones sociales, según Resolución No. 835 de ese año, la cual tuvo como sustento, entre otras, las siguientes razones: que la condena *“fue reconocida de acuerdo al Acta Segunda Modificación al Acuerdo de Reestructuración de Pasivos celebrado entre el Departamento de Bolívar y sus Acreedores entre el 4 y el 13 de diciembre de 2008 dentro del contexto de la Ley 550 de 1999. Mediante reunión elevada a Acta el comité de*

⁴ Carpeta de anexos, fl. 96.



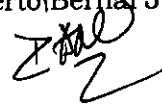
*restauración de Pasivos celebrado el martes 4 de noviembre de la presente anualidad, el comité autorizó pagar en cumplimiento al fallo antes referenciado en el cual ordena el reintegro del demandante, por concepto de indemnización equivalente a la suma liquidada*⁵. Estas justificaciones, al parecer, no son ciertas y, además, existía un concepto del Consejo de Estado acerca del no pago de indemnizaciones en esos casos.

Pasado un año, esto es, el 1º de diciembre de 2010, ALBERTO BERNAL JIMÉNEZ, gobernador elegido para el período atípico de 31 de octubre de 2010 a 31 de diciembre de 2011, hizo otro reconocimiento a Luis Alberto García Chacón y le canceló \$491'416.887.00, por concepto de indemnización laboral, costas y renuncia al derecho a ser reintegrado, según Resolución No. 1114 de esa fecha⁶, en la cual se consignaron las siguientes motivaciones:

(i) Que en el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Cartagena cursaba un incidente de desacato contra el gobernador por incumplimiento del fallo del 2 de diciembre de 2008, *“a través del cual ese despacho judicial le ordenó al jefe de gobierno seccional cumplir las Sentencias de fechas 8 de abril de 1999*

⁵ Idem, fl. 77.

⁶ Idem, fl. 80.

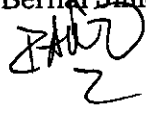


y 15 de septiembre de 1999 (...). Esta situación, presuntamente, no era verídica.

(ii) Que, revisados los archivos de la entidad, se estableció que no se había reintegrado al demandante al servicio activo, *“sin perjuicio de que mediante Resoluciones No 3406 de 2001, 1158 de 2001 y 3856 de 2002, la Gobernación de Bolívar le reconoció al señor García Chacón un total de \$128.741.386 por concepto de pago parcial de los sueldos y prestaciones sociales”*. Esta circunstancia, al parecer, también era contraria a la realidad, porque ya se había declarado la imposibilidad de reintegrarlo.

(iii) Que como no existía en la planta de la entidad un cargo igual o similar en sus funciones al de Tesorero de la clínica Rafael Calvo Calvo, se tornaba imposible materialmente cumplir con el reintegro de García Chacón, se hacía necesario indemnizarlo, descontándole los \$128.741.386 que se le pagaron en los años 2001 y 2002.

(iv) Y que la citada obligación se encontraba como un pasivo en el Grupo 1 -obligaciones laborales y pensionales a nombre de Luis Alberto García Chacón- del Acta Modificatoria del Acuerdo de



Reestructuración⁷ suscrito en diciembre de 2008 por la Gobernación de Bolívar y sus acreedores.

Con fundamento en los hechos descritos, los exgobernadores JOSÉ JULIÁN VÁSQUEZ BUELVAS y ALBERTO BERNAL JIMÉNEZ fueron investigados y sancionados disciplinariamente por la Procuraduría General de la Nación con destitución e inhabilidad general por 10 años, al primero, y, con suspensión de 11 meses, el segundo, después de considerarlos responsables, a título de culpa, de la falta gravísima consagrada en el inciso segundo⁸ del numeral 3° del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario). En ese fallo se consideró que la indemnización de Luis Alberto García Chacón no podía superar los \$10'000,000, por tanto, los sancionados pagaron un exceso de \$1'140.067.842.00.

Apoyada en los mismos supuestos fácticos, la Fiscalía General de la Nación inició su propia indagación y, ahora, pretende que esta Corporación decrete la preclusión.

⁷ El Departamento de Bolívar fue sometido a un acuerdo de reestructuración de pasivos, con fundamento en la Ley 550 de 1999, a partir de 10 de julio de 2000, según Resolución 1477 de la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Copia de la misma se encuentra en la carpeta de anexos, fl. 38

⁸ *"Incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, en favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga".*

[Handwritten signature]
2

III. Fundamentos de la petición de preclusión

El fiscal tercero delegado ante esta Corporación, en la audiencia de sustentación, celebrada el 1° de octubre de 2018⁹, solicitó la preclusión de la indagación, conforme con los artículos 331 y 332-4 (atipicidad del hecho investigado) de la Ley 906 de 2004, en favor de JOSÉ JULIÁN VÁSQUEZ BUELVAS y ALBERTO BERNAL JIMÉNEZ, soportado, esencialmente, en el fallo de la Procuraduría General de la Nación.

En efecto, el ente fiscal manifiesta que comparte en lo esencial los planteamientos de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría, verbigracia la ilegalidad de las resoluciones y, especialmente, el aspecto subjetivo de la conducta, en tanto advierte hechos que revelan la ausencia del dolo. En primer lugar, se refiere al tiempo transcurrido entre la sentencia que ordenó el reintegro de García Chacón (año 1999) y el momento en que se realizaron las liquidaciones objeto de investigación (2009 y 2010), es decir, después de casi diez años, tiempo en el cual se presentaron varias circunstancias que, en su sentir, develan la modalidad culposa de la conducta, entre ellas, que el demandante continuaba reclamando la indemnización, al considerar que su caso se trataba de una insubsistencia mas no de la supresión del cargo.

⁹ Previa solicitud presentada el 22 de enero de 2018.

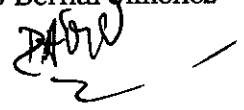


De igual manera, continúa, debe tenerse en cuenta que la Junta de Acreedores de la entidad incorporó dicha deuda entre las obligaciones pendientes de cancelar por el departamento y, además, un experto del Ministerio de Hacienda también conceptuó que las acreencias debían ser liquidadas.

Por otro lado, hace alusión a la existencia del fallo emitido al interior de la acción de tutela que, si bien sólo se concedió el amparo en relación con el derecho de petición, en la parte considerativa deja “*entrever*” que el sentido de la respuesta debía ser ordenando cumplir lo decidido por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

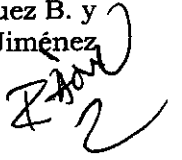
Dichos factores, en sentir del fiscal, son determinantes de una responsabilidad culposa y, como el prevaricato por acción solo admite la modalidad dolosa, no puede imputarse el mismo. Además, en este tipo de obligaciones laborales, en situación de normalidad, el mandatario las aprueba y paga con base en el criterio de los funcionarios expertos en la materia, es decir, proceden amparados en los principios de confianza y el de prohibición de regreso. En esa medida, tampoco sería atribuible objetivamente el resultado.

En relación con el delito de peculado, sostiene, que se encuentra prescrito, toda vez que el caso, según las



circunstancias en que se desarrollaron los hechos, se adecua a la modalidad culposa, la cual comporta una sanción máxima de 6 años y 8 meses de prisión, término que se encuentra superado.

Para finalizar, y como tercera opción de preclusión, deja expuesta la posibilidad, sin desarrollo a fondo, de que se decrete por atipicidad objetiva, al considerar que coexisten dos tesis diferentes sobre la ilegalidad objetiva de las resoluciones emitidas por los exgobernadores. Por un lado, está la posición de la Procuraduría, que a pesar de considerar que es la más acertada, tiene que reconocer la otra, con respaldo en expertos del Ministerio de Hacienda y en los funcionarios que soportaron los pagos de la administración. En su sentir, hay una confrontación entre dos principios constitucionales básicos: el *in dubio pro-operario*, que en derecho laboral aplica, enfrentado al *in dubio pro erario*. Las dos opciones, señala, tienen algún soporte hermenéutico probable con base en métodos de interpretación generalmente aceptados. De modo que, concluye, si esa fuera la situación, la causal sería atipicidad objetiva para los dos delitos, solo que, por tratarse de un tema altamente controversial, no lo habilitaba para archivar el asunto y, por eso, lo somete a esta Corporación.

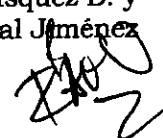


IV. Razones del Ministerio Público

La procuradora tercera delegada para la Investigación y Juzgamiento Penal, en desacuerdo con la petición del Fiscal, solicita que se niegue y, en su lugar, se continúe con la indagación, al considerar que no están dadas las condiciones para decretar la preclusión, la cual precisa de la demostración de la causal más allá de toda duda razonable. Además, porque cuando existen falencias en la demostración que ofrezcan algún resquicio de duda sobre la efectiva ocurrencia, se hace necesario continuar con la indagación.

Advierte, que si bien la Procuraduría General de la Nación, al interior del proceso disciplinario, dedujo a los implicados la responsabilidad en las faltas disciplinarias a título de culpa grave, para uno, y gravísima para el otro, eso *per se* no establece que en el derecho penal la responsabilidad también sea a título de culpa. En ese orden, le correspondía al fiscal demostrar por qué concurrirían los presupuestos de un peculado culposo para efectos de la prescripción que invoca.

En relación con JOSÉ JULIÁN VÁSQUEZ BUELVAS, señala que la Resolución 835 de 19 de noviembre de 2009, al parecer, es manifiestamente contraria a la ley, porque desconoció que la gobernación de Bolívar ya había cumplido



con la sentencia del Tribunal Administrativo de esa ciudad, al reconocer y pagar a Luis Alberto García Chacón la suma de \$128'741.386 y porque se motivó en hechos no verídicos, por ejemplo, se dijo que el Comité de Vigilancia del Acuerdo de Reestructuración de Pasivos, al que se encontraba sometida la gobernación, *"autorizó el pago de la presente acreencia"*, sin embargo, la Procuraduría General de la Nación constató que la Secretaría de Hacienda informó que no se halló la mencionada autorización. Además, posiblemente permitió que un tercero se apropiara de los bienes de la administración.

Similar análisis realiza respecto del exgobernador ALBERTO BERNAL JIMÉNEZ, quien el 1º de diciembre de 2010 expidió la Resolución 1114, al parecer, manifiestamente contraria a la ley, en la medida que declaró la imposibilidad de reintegrar a Luis Alberto García Chacón a su cargo, ordenó reconocerle y pagarle \$491'416.887 por concepto de indemnización laboral, costas del proceso y por renunciar al derecho a ser reintegrado, cuando ya se había cancelado en dos oportunidades y, además, se sustentó en la existencia del incidente por incumplir el fallo de tutela de 2 de diciembre de 2008, que ordenó obedecer la sentencia del Tribunal Administrativo, cuando en ella no se dispuso el reintegro y menos el pago de salarios, sino que se respondieran los derechos de petición.

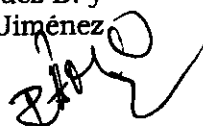
[Handwritten signature]

En suma, considera que presumiblemente VÁSQUEZ BUELVAS y BERNAL JIMÉNEZ, incurrieron en los delitos de prevaricato por acción, en concurso, con el de peculado por apropiación en favor de terceros, los cuales fueron consumados a título de dolo y, como tienen una pena de 12 y 22 años, respectivamente, de plano debe descartarse la prescripción de la acción penal y la atipicidad subjetiva.

V. Propuestas de los defensores

Tanto el defensor de JOSÉ JULIÁN VÁSQUEZ BUELVAS, como el de ALBERTO BERNAL JIMÉNEZ, coincidieron en coadyuvar la solicitud de la Fiscalía General de la Nación. Anotan, que los elementos materiales probatorios arrimados por aquella confluyen a demostrar que no hubo dolo en el comportamiento de sus representados. Reiteraron que no podía desconocerse que el Acuerdo de Reestructuración del Departamento de Bolívar estaba vigilado por el Ministerio de Hacienda y dentro de los pasivos se hallaba la obligación del señor Luis Alberto García Chacón; además, que debía aplicarse el principio de confianza.

Por otro lado, aluden al fallo fiscal datado el 24 de febrero de 2017, emitido por el Área de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Departamental de Bolívar en favor de VÁSQUEZ



BUELVAS y BERNAL JIMÉNEZ, en tanto no se les halló responsables del detrimento patrimonial.

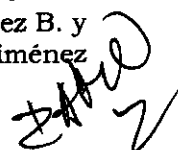
Acorde con lo anterior, invocan la preclusión en favor de sus poderdantes, conforme con las consideraciones realizadas por la Fiscalía General de la Nación, la cual es el ente titular de la acción penal y con competencia para solicitar la preclusión.

VI. Consideraciones

Antes de abordar el estudio de los elementos probatorios, debe advertirse que, conforme con el Acto Legislativo 01 de 2018 que modificó los artículos 186, 234 y 235¹⁰ de la Constitución Política, así como el artículo 250-5 *idem*, en armonía con el artículo 32, numeral 6°, de la Ley 906 de 2004, esta Sala Especial de Primera Instancia es competente para conocer de la solicitud de preclusión incoada por la Fiscalía General de la Nación en favor de los exgobernadores

¹⁰ Art. 235. "Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: (...)

5. Juzgar, a través de la Sala Especial de Primera Instancia, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, previa acusación del Fiscal General de la Nación, del Vicefiscal General de la Nación, o de sus delegados de la Unidad de Fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, al Vicepresidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales, Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y Jefe de Misión Diplomática o Consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen".



del departamento de Bolívar, JOSÉ JULIÁN VÁSQUEZ
BUELVAS y ALBERTO BERNAL JIMÉNEZ.

1. De la preclusión

El artículo 250 de la Constitución Política impone a la Fiscalía General de la Nación la función de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito. En consecuencia, no puede suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, excepto cuando se trate de aplicar el principio de oportunidad y, en el evento en que encuentre que no hay *“mérito para acusar”*.

Esa misma facultad se encuentra desarrollada en el artículo 331 de la Ley 906 de 2004. En ese sentido, el fiscal solicitará la preclusión de la investigación, como igualmente en la etapa de indagación, según la Corte Constitucional¹¹, siempre que se acredite alguna de las causales establecidas en el canon 332¹² *idem*.

¹¹ Sentencia C-591 de 2005. En ella, la Corte declaró inexecutable la expresión *“a partir de la formulación de la imputación”*.

¹² *“El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:*

1. *Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.*
2. *Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.*
3. *Inexistencia del hecho investigado.*
4. *Atipicidad del hecho investigado.*
5. *Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.*
6. *Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.*

[Handwritten signature]

Una de las consecuencias de la preclusión es que cesa la persecución penal en contra del imputado, con efectos de cosa juzgada, según los términos del artículo 334 de la Ley 906 de 2004. Esa circunstancia ha determinado que la jurisprudencia de esta Corporación exija que la causal alegada se encuentre debidamente probada, más allá de toda duda razonable:

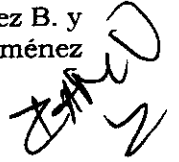
“El efecto que produce el auto mediante el cual se declara la preclusión de la investigación, es la cesación de la persecución penal, con efectos de cosa juzgada, razón por la cual, se exige que la causal que la funda se encuentre demostrada con un grado de conocimiento que supere cualquier duda razonable. A contrario sensu, corresponde a la fiscalía continuar con el trámite como lo impone el artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo No. 003 de 2002”¹³.

La excepción a la anterior regla se relaciona con los casos en los cuales la preclusión sobreviene por el vencimiento del plazo razonable para investigar (Ley 906 de 2004, art. 332-7) o se produce un decaimiento del potencial probatorio para desvirtuar la presunción de inocencia (*idem*, art. 332-6). En

7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del este código. Numeral declarado Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-806 de 2008.

Parágrafo. Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión”.

¹³ AP3939 del 22 de junio de 2016, radicado 44960.

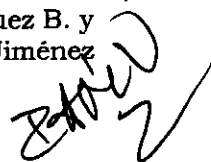


esos eventos, el requisito de estar probada la causal más allá de toda duda razonable, no se hace exigible.

2. Del delito de peculado por apropiación

Esta conducta se encuentra establecida en el artículo 397 del Código Penal y sanciona con prisión de 96 a 270 meses al servidor público que *“se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones”*.

Conforme con el texto en cita, para la configuración del punible se precisa que concurran los siguientes requisitos: (i) que el sujeto agente sea un servidor público; (ii) que se apropie en provecho propio o de un tercero de bienes del Estado o empresas o instituciones en que este tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya entregado por razón o con ocasión de sus funciones; y (iii) que tenga competencia funcional o material para disponer de los mencionados bienes. Se trata de un delito doloso, que implica el conocimiento y la voluntad de querer realizar la conducta punible.



El dolo¹⁴ ha sido definido *“como la simbiosis de un conocer y un querer, que se ubica en la vertiente interna del sujeto, en su universo mental. En materia penal se dice que actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización”*¹⁵. Ello significa que el dolo está compuesto por dos elementos, uno de carácter cognoscitivo, que precisa del conocimiento desde los factores objetivos integrantes de la conducta punible; y otro volitivo, que implica el querer realizarla¹⁶.

La jurisprudencia penal ha considerado que para determinar el dolo se debe recurrir a las *“inferencias derivadas de las circunstancias propias de la conducta punible”*¹⁷, es decir, al contexto en que se desarrolló la conducta y las explicaciones que en relación con el asunto entregue el indiciado, en vista de que no es usual que respecto de éste concorra prueba directa.

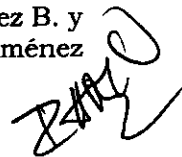
En sentido contrario, el delito culposo se estructura, según el artículo 23 del Código Penal, cuando *“el resultado típico es producto de la infracción al deber de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”*. Son factores determinantes

¹⁴ Art. 22 C. Penal: *“La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización”*.

¹⁵ CSJ SP, 25 agosto 2010, Rad. 32964.

¹⁶ CSJ SP, 26 enero 2009, Rad. 30847.

¹⁷ SP1483 de 8 feb. 2017, Rad. 46893.

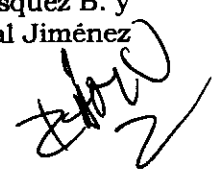


de la culpa: la negligencia, la imprudencia, la impericia y la violación de reglamentos.

A propósito de la conducta culposa, la jurisprudencia penal ha indicado que el juez *“debe valorar si la persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva ex ante, es decir, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor, a lo que habrá de sumársele los conocimientos especiales de este último, el hecho sería o no adecuado para producir el resultado típico. (...) En segundo lugar, el funcionario tiene que valorar si ese peligro se realizó en el resultado, teniendo en cuenta todas las circunstancias conocidas ex post”*¹⁸.

El peculado culposo se encuentra regulado en el artículo 400 del Código Penal y sanciona a los responsables con prisión de 16 a 54 meses, multa de 13.33 a 75 smmv e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término.

¹⁸ CSJ sentencia de 8 de noviembre de 2007, radicado 27338.



3. Del delito de prevaricato por acción

El artículo 413 de la Ley 599 de 2000 consagra el precepto contentivo del prevaricato por acción, el cual sanciona al servidor público que *“profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley”*, con prisión de 48 a 144 meses.

Según ese precepto, el supuesto fáctico se estructura a partir de tres aspectos: *“(i) un sujeto agente calificado en la medida que se requiere la calidad de servidor público; (ii) que emita un acto y, (iii) que este infrinja, de manera evidente, el orden jurídico. Es decir, que la decisión no está conforme con el estatuto, reglamento o ley aplicable al asunto, sino que procede del capricho o arbitrariedad de aquél”*¹⁹.

Se trata de una conducta esencialmente dolosa, en la medida que la culpa y la preterintención, conforme con el artículo 21 de la Ley 599 de 2000, solo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley. En ese orden, el prevaricato por acción precisa de la demostración de que el sujeto agente ejecutó el hecho con conocimiento y voluntad.

¹⁹ AEP del 22 de octubre de 2018, Rad. 50600.

El bien jurídico tutelado es la administración pública, cuyo titular es el Estado. Su finalidad es salvaguardar el buen nombre de aquella, por esa razón se exige que las funciones desarrolladas por los servidores públicos se cumplan conforme con los principios de transparencia, moralidad y probidad.

Sobre el punto, esta Sala Especial, en anterior ocasión, aludió a la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal en los siguientes términos:

“(...) el objeto genérico de la tutela penal es el deber de fidelidad de los funcionarios con la administración pública y el respeto que a ella y a quienes la representan deben los particulares²⁰.

*En ese sentido se ha considerado un delito de mera conducta o simple actividad. En efecto, en sentencia del 6 de abril de 2005, la Corte señaló que el punible de prevaricato por acción “no exige como elemento estructural que la decisión, concepto o resolución que contiene la contrariedad con la ley se cumpla o no, **basta y sobra con que se produzca y entre al mundo jurídico** tan pronto se notifique, comunique o publique, pues a partir de ese momento la administración sufre un detrimento en su imagen y en los esenciales fines que siempre deben acompañarla (la consecución de un orden justo)²¹.*

²⁰ CSJ, 15 mayo de 2008, rad. 29206.

²¹ Sentencia del 6 de abril de 2005, radicado 22830.

[Handwritten signature]

Posición que se ha mantenido, verbigracia en sentencia del 1º de abril de 2009 se reiteró que "el delito de prevaricato es de aquellos que la doctrina **denomina de mera conducta**, razón por la cual no resulta propio del tipo objetivo que la resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley se materialice o produzca resultados específicos; **basta con que el funcionario la suscriba para que la decisión adquiera vida jurídica y tenga la potencialidad de lesionar, por ese sólo hecho, el bien jurídico tutelado**²².

Y en esa misma línea la sentencia SP7625 de 2015, rad. 43390, sostuvo nuevamente que "el tipo consagrado en el artículo 413 del Código Penal uno de los denominados de mera conducta, **es suficiente para su materialización** 'que se profiera una resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley, **sin que se exija la ejecutoria de aquella**, pues con el solo proferimiento se realiza el tipo y se vulnera la norma"²³.

4. Similitudes y diferencias entre el derecho disciplinario y el derecho penal

La potestad sancionadora del Estado se concibe desde varios ángulos, entre ellos: el derecho penal y el disciplinario, los cuales presentan algunas similitudes, pero también diferencias que los forja como derechos autónomos e

²² Sentencia del 1º de abril de 2009, radicado 31386. Resalto fuera de texto.

²³ Cfr. CSJ SP, 15 Nov 2001, Rad. 14040. AEP del 22 de octubre de 2018, rad. 50600.

independientes. La Corte Constitucional, de vieja data, ha enseñado que:

“Si bien es cierto que entre la acción penal y la disciplinaria existen ciertas similitudes puesto que las dos emanan de la potestad punitiva del Estado, se originan en la violación de normas que consagran conductas ilegales, buscan determinar la responsabilidad del imputado y demostrada ésta imponer la sanción respectiva, siguiendo los procedimientos previamente establecidos por el legislador, no es menos cierto que ellas no se identifican, ya que la acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo. Dichas sanciones son impuestas por la autoridad administrativa competente o por la Procuraduría General de la Nación, ente que tiene a su cargo la vigilancia de la conducta oficial de los servidores estatales”²⁴.

La acción disciplinaria como la acción penal guardan ciertas similitudes en su procedencia, origen y finalidad, dado que, ambos provienen de la potestad punitiva del Estado; se activan por la violación de normas y buscan

²⁴ Sentencia C-244 de 1996, reiterada en C-124 de 2003.

[Handwritten signature]

establecer la responsabilidad y sanción del imputado. No obstante, presentan marcadas diferencias.

De acuerdo con lo señalado anteriormente, el derecho disciplinario está orientado a que los servidores públicos ejecuten adecuadamente las actividades a ellos confiadas. Entre tanto, en el derecho penal, se protegen bienes jurídicos relevantes cuya vulneración pone en serio riesgo la convivencia pacífica.

Las sanciones, en el derecho disciplinario, están relacionadas con el servicio, en tanto corresponden a llamados de atención, multa, suspensión en el ejercicio del cargo y destitución; mientras que, en el penal, la sanción generalmente se orienta a la restricción de un derecho fundamental como es la libertad de las personas²⁵.

Para tipificar las conductas, en el derecho disciplinario, impera el sistema *numerus apertus* (cláusula abierta) y normalmente se integran con otros estatutos; entre tanto, en el derecho penal sólo se pueden describir por el método *numerus clausus* (cláusula cerrada) y están debidamente

²⁵ Sentencia C-708 de 1999: "Las sanciones penales se dirigen, de manera general, a la privación de la libertad física y a la reinserción del delincuente a la vida social, al paso que las sanciones disciplinarias tienen que ver con el servicio, con llamados de atención, suspensiones o separación del servicio; lo que impone al acto sancionatorio un carácter independiente, de donde surge el aceptado principio, de que la sanción disciplinaria se impone sin perjuicio de los efectos penales que puedan deducirse de los hechos que la originaron".

[Handwritten signature]

establecidos en el tipo penal²⁶. Sobre esta materia, la Corte Constitucional ha señalado:

"(...) es de anotar como peculiaridad propia del derecho disciplinario, la posibilidad de que las conductas constitutivas de faltas disciplinarias se encuadren en la forma de tipos abiertos. A diferencia de la materia penal, en donde la descripción de los hechos punibles es detallada, en la disciplinaria el fallador cuenta con un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de comportamientos que pugnan contra los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario, por las razones que a continuación se señalan¹:

"La prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una precisión tipológica en la que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que, sujeto activo, conducta, intención, sujeto pasivo y circunstancias llevan en el procedimiento penal a una exhaustiva delimitación legal de las conductas; mientras que en la definición de las faltas disciplinarias, entran en juego, elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos político-institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio margen de apreciación, tal como lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano competente para interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos"²⁷.

²⁶ Sentencia C-427 de 1994.

²⁷ Sentencia C-708 de 1999.

[Handwritten signature]

Este sistema de sanción, según la jurisprudencia especializada, de *numerus apertus*, reconoce que el castigo de las conductas disciplinarias, por regla general, se ejecuta a título de culpa. La consecuencia mayor de esta característica es que *“generalmente la determinación de si una conducta puede ser sancionada a título de dolo o culpa corresponde a la autoridad encargada de imponer la sanción, no a la ley, y viene impuesta, fundamentalmente, por ese elemento, referido anteriormente: la naturaleza de la conducta sancionable”*²⁸.

En suma, en el sistema jurídico colombiano existe un derecho disciplinario²⁹ que, si bien comparte algunas similitudes con el penal y se sustenta en algunos principios de éste, no es menos cierto que es autónomo e independiente. De sus diferencias, señala la Corte Constitucional, lo más importante es *“la conclusión según la cual en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios”*³⁰.

Dentro de ese marco jurídico, la Sala procederá a examinar el asunto.

²⁸ Sentencia C-181 de 2002.

²⁹ Dispuesto esencialmente en la Ley 734 de 2002 que contiene el “conjunto de normas sustanciales y procesales, con las que el legislador pretende asegurar la obediencia, la disciplina, la eficiencia y el adecuado comportamiento de los servidores públicos en el ejercicio de sus cargos, definiendo las conductas que se consideran faltas disciplinarias, las sanciones que se pueden imponer y el proceso que debe seguirse para establecer la responsabilidad disciplinaria”. Sentencia C-712 de 2001.

³⁰ Sentencia C-124 de 2003.

[Handwritten signature]

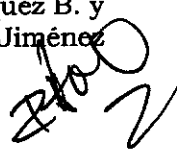
5. Caso concreto

La Fiscalía solicita la preclusión con fundamento en la causal establecida en el numeral 4º *-atipicidad del hecho investigado-* del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, al considerar que las conductas presuntamente punibles se consumaron en la modalidad culposa y, por tanto, se presenta atipicidad subjetiva respecto del prevaricato por acción y, prescripción de la acción, en el caso del peculado culposo.

5.1. Ausencia de tipicidad subjetiva

La Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública, en decisión del 17 de octubre de 2014, sancionó a JOSÉ JULIÁN VÁSQUEZ BUELVAS y a ALBERTO BERNAL JIMÉNEZ, con destitución e inhabilidad por 10 años, y con suspensión de 11 meses, respectivamente, como responsables de la falta disciplinaria gravísima, contenida en el artículo 48, numeral 3º, inciso segundo del Código Único Disciplinario, conforme con los hechos que ahora son objeto de esta decisión.

La falta se imputó a título de culpa gravísima por *“una clara desatención elemental, es decir, una violación del deber*



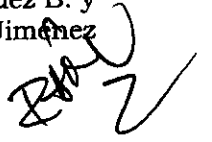
*objetivo de cuidado*³¹ para VÁSQUEZ BUELVAS y culpa grave por *“inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones”*³², respecto de BERNAL JIMÉNEZ. Dicha decisión fue confirmada por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación el 8 de octubre de 2015.

El fiscal delegado, en la audiencia de sustentación de la solicitud de preclusión, admite la ilegalidad *“objetiva clara”* de las resoluciones expedidas por los exmandatarios departamentales, con fundamento en el *“estudio que muy juiciosamente hizo la Procuraduría General de la Nación en las dos instancias”*; igualmente, aduce que comparte la modalidad culposa deducida por la mencionada entidad, en tanto existen circunstancias que en su sentir así lo determinan, verbigracia, se refiere al tiempo transcurrido entre el momento en que se ordenó el reintegro del empleado y la fecha en que se liquidó por segunda y tercera vez la indemnización a García Chacón.

En segundo lugar, refiere que debe tenerse en cuenta que el presunto acreedor seguía reclamando el resarcimiento de perjuicios con el argumento que su despido ocurrió por una

³¹ Fallo de la Procuraduría General de la Nación, pág. 67.

³² Idem, pág. 76.



declaratoria de insubsistencia y no por otra situación como la reestructuración o supresión del cargo.

Tercero, que la Junta de Acreedores³³ incorporó la obligación al pasivo de la entidad; y, por último, al hecho que existía un incidente de desacato, que, en su parte motiva daba a entender que debía pagarse los valores correspondientes a la indemnización, factores entonces determinantes de una modalidad de conducta culposa, máxime cuando los mandatarios normalmente suscriben los actos que sus asesores proyectan.

Es decir, la Fiscalía General de la Nación asume que la modalidad culposa adoptada en el fallo disciplinario es suficiente para determinar la decisión en el campo penal y, sin realizar todo el ejercicio investigativo, pretende que esta Sala Especial decrete la preclusión al considerar que el comportamiento de los indiciados adolece del dolo.

Efectivamente, revisados los escasos elementos materiales probatorios allegados a esta indagación³⁴, se

³³ La gobernación de Bolívar se hallaba en Acuerdo de Reestructuración desde el año 2001.

³⁴ Como las copias de las actas de nombramiento, elección y posesión de los exmandatarios departamentales; de las resoluciones que reconocieron los salarios y demás emolumentos en los años 2001, 2002, 2009 y 2010; de la Resolución 664 de 1995 que convirtió la clínica Rafael Calvo Calvo en ESE; el fallo del Tribunal Administrativo de Bolívar datado del 8 de abril de 1999 y la segunda instancia del Consejo de Estado y los dos fallos de la Procuraduría.

[Handwritten signature]

observa que, para este momento, no es posible acceder a la petición de preclusión invocada por el ente acusador, toda vez que la causal aducida -ausencia del aspecto subjetivo de la conducta-, no se encuentra probada más allá de toda duda razonable.

Si la jurisprudencia ha señalado que el dolo es un elemento sobre el cual no siempre se aglutina prueba directa, es deber del operador judicial recurrir a datos, elementos indirectos e inferencias que se derivan del contexto en que se consumó el posible delito. En este caso, ni lo uno ni lo otro ha ejecutado la Fiscalía, en la medida en que ni siquiera ha emitido órdenes a la Policía Judicial, al menos no se observan en la carpeta, para que intente recoger las evidencias y elementos probatorios que contribuyan a establecer esas circunstancias.

Aunado a lo anterior, en torno al delito de peculado, subsisten numerosas dudas que podrían ser determinantes a la hora de establecer la modalidad de la conducta punible (art. 21 C. Penal), por ejemplo, (i) no se sabe cuál era el *modus operandi* utilizado por la gobernación para hacer pagos como los aquí investigados y si en esa época se realizaron otros desembolsos; (ii) no se encuentra establecido por qué aparecen personas diferentes al demandante recibiendo los dineros pagados y cómo fue el movimiento de sus cuentas;

R. V. 0
7

(iii) cuál es la relación de García Chacón con los exservidores públicos ahora indiciados; y (iv) tampoco se conoce, en toda su dimensión y por investigación propia de la fiscalía, las explicaciones de los empleados de la entidad territorial encargados de proyectar las posibles resoluciones manifiestamente contrarias a la ley y de revisar las cuentas. Por eso entonces, no puede acogerse la tesis planteada, pero no desarrollada, en torno a los principios de confianza y de prohibición de regreso.

En esta indagación, tampoco se halla establecido cuál era el monto que realmente debía pagar la gobernación de Bolívar por la presunta indemnización laboral, la que, a propósito, según concepto del Consejo de Estado de 12 de octubre de 2000, *no era posible pagar “ya que esta está cubierta con el pago de salarios y demás emolumentos dejados de percibir”*³⁵; ni quienes conformaban el Comité de Vigilancia encargado de incluir las obligaciones en los pasivos de la entidad. Estos hechos tienen incidencia no solo en la determinación de un eventual delito de peculado por apropiación, sino también en la legalidad de las resoluciones que ordenaron los pagos diferente a los de los años 2001 y 2002.

³⁵ Al respecto ver la Resolución 482 de 20 de agosto de 2002, por medio de la cual el gobernador de la época declaró la imposibilidad jurídica para reintegrar al servicio a García Chacón.

0
2

Es decir, la ausencia del elemento subjetivo de los delitos en controversia, por ahora, no se encuentra establecida en la medida que subsisten una cantidad de cuestiones por definir que en los fallos de la Procuraduría no se advierten y, así se observaran, no puede soslayarse que, conforme con la jurisprudencia constitucional colombiana, la acción penal y la disciplinaria, a pesar de tener algunas similitudes, son independientes y cada una debe soportarse en sus propios elementos probatorios y evidencias físicas de cara a una valoración en conjunto, máxime en la actualidad cuando el modelo penal acusatorio así lo exige.

Lo anterior significa, que cada operador jurídico, desde su privativa óptica y siguiendo los lineamientos procesales, tiene la obligación constitucional y legal de realizar su propia actividad probatoria, pues, se insiste, aunque ambos surgen de la potestad sancionadora del Estado, sus objetivos y mecanismos para definir el tipo de conducta son diferentes, por tanto, la acción disciplinaria no vincula a la acción penal, ni viceversa, como se ha dejado visto.

En suma, como en este caso, las posibles líneas de investigación no se han agotado, lo pertinente es continuar con la indagación, allegando de manera ágil todos los elementos probatorios que permitan efectuar una valoración

[Handwritten signature]
2

conjunta, bajo el tamiz de la sana crítica, y, ahí sí, decidir el asunto conforme a derecho.

Por esas mismas razones, tampoco puede aceptarse el fallo “*Sin Responsabilidad Fiscal*” de 24 de febrero de 2017, emitido por el área de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Departamental de Bolívar en favor de los ahora indiciados, pues, se reitera, la investigación penal precisa de sus propios elementos probatorios y un análisis de conjunto que permita determinar la decisión correspondiente en cada caso.

5.2. De la prescripción de la acción penal del delito de peculado culposo

Con fundamento en lo expuesto anteriormente, por obvias razones, no se puede afirmar que nos hallamos en presencia de la causal de preclusión por imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal (art. 332-1 Ley 906 de 2004) por prescripción de la acción penal del delito de peculado culposo.

En efecto, si bien el mencionado punible aparece una pena máxima de 6 años 8 meses y, por lo mismo, hipotéticamente estaría prescrito, no es menos cierto que hasta el presente no

[Handwritten signature]

se ha acreditado realmente que se trate de un delito culposo y no doloso, como se advirtió líneas atrás.

6. Otra consideración

En relación con la participación de las víctimas en el proceso penal, la Sala ha reflexionado a propósito de la ausencia de algunas entidades públicas, en este caso la Gobernación de Bolívar, en las indagaciones penales para insistir, como así lo ha señalado la jurisprudencia de la Corporación, que la intervención de aquéllas es de carácter obligatorio. Así, se ha destacado:

“En efecto, los artículos 36³⁶ de la Ley 190 de 1995 y 137-2³⁷ de la Ley 600 de 2000, establecen el deber del representante legal de la entidad de derecho público que resulte perjudicada con ocasión de un delito contra la administración pública de constituirse en parte civil dentro del proceso penal, sin que sea procedente sostener que por tratarse de estatutos anteriores a la Ley 906 de 2004 no puedan

³⁶ “En todo proceso por delito contra la administración pública, **será obligatoria la constitución de parte civil a cargo de la persona jurídica de derecho público perjudicada.**

De la apertura de instrucción deberá siempre comunicarse en los términos de ley al representante legal de la entidad de que se trate.

El incumplimiento de estas obligaciones es causal de mala conducta para el funcionario correspondiente”.

³⁷ “En todo proceso por delito contra la administración pública, **será obligatoria la constitución de parte civil a cargo de la persona jurídica de derecho público perjudicada.** Si el representante legal de esta última fuera el mismo sindicado, la Contraloría General de la República o las Contralorías Territoriales, según el caso, deberán asumir la constitución de parte civil; en todo caso, cuando los organismos de control fiscal lo estimen necesario en orden a la transparencia de la pretensión podrán intervenir como parte civil”.

[Handwritten signature]

aplicarse a los procesos regidos por esta última, así lo sostuvo esta Corte:

“No puede prosperar el razonamiento según el cual el mencionado artículo de la Ley 190 se refiere únicamente a los procesos que cursan bajo las reglas del Código Procesal Penal de 2000, por el hecho de hallarse la frase “constitución de parte civil”, dado que se estaría confundiendo el mecanismo a través del cual las personas naturales o jurídicas son reconocidas (en ese procedimiento) como afectadas a consecuencia de la comisión de un delito, con los conceptos de víctima y perjudicado, plenamente vigentes en la Ley 906 de 2004”³⁸.

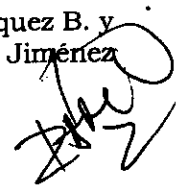
En suma, es una exigencia para la institución de derecho público acudir al proceso penal a defender los intereses de esta en calidad de víctima, so pena de ser investigado disciplinariamente por incumplimiento a dicha obligación”³⁹.

Para el efecto, la Fiscalía debe cumplir la obligación de informar, conforme con lo previsto en los artículos 11 y 136 de la ley 906 de 2004, en armonía con las decisiones y normas de la ley 600 de 2000 antes citadas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia,

³⁸ CSJ. AP1157-2015, 4 mar., 2015, Rad. 44629.

³⁹ AEP 22 octubre de 2018, rad. 50600.



Resuelve

1. NEGAR LA SOLICITUD DE PRECLUSIÓN incoada por la Fiscalía General de la Nación en favor de JOSÉ JULIÁN VÁSQUEZ BUELVAS y ALBERTO BERNAL JIMÉNEZ, conforme con las razones expuestas en la parte considerativa.

2. Contra esta providencia proceden los recursos ordinarios.

3. Ejecutoriada esta decisión, devuélvase el expediente con sus anexos a la Fiscalía General de la Nación, conforme con el artículo 335 de la Ley 906 de 2004.

La decisión queda notificada en estrados.

Notifíquese y cúmplase.


JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado

Primera instancia No. 51970
José Julián Vásquez B. y
Alberto Bernal Jiménez

Handwritten signature/initials

Handwritten signature of Ramiro Alonso Marín Vásquez
RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ
Magistrado

Handwritten signature of Ariel Augusto Torres Rojas
ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado

Handwritten signature of Adriana Hernández Aguilar
ADRIANA HERNÁNDEZ AGUILAR
Secretaria

