

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

Radicación # 53727

Acta 87

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veinte (2020)

Vistos:

Decide la Sala la demanda de casación presentada por los defensores de Alicia Tuñón Marrugo, Margarita Martínez Zapata, Víctor Serrano Rubio y Ana Mercedes Pérez Correa.

HECHOS:

La Gobernación de Bolívar suscribió el 5 de marzo de 2003 los contratos números 013 y 014 con Ana Mercedes Pérez Correa y Alicia Tuñón Marrugo, que tenían como objeto realizar talleres del Plan Básico de Salud. Los dos contratos eran idénticos en cuanto a su objeto: “Talleres saneamiento básico, manejo de residuos sólidos y Talleres sobre ambiente y desarrollo en salud”, dirigidos a la “Población escolar y comunidad.”

En el trámite de la contratación intervinieron Margarita Martínez Zapata, coordinadora de la Unidad de Salud Pública y del Plan de Atención Básica, quien le solicitó al Secretario de Salud, Víctor Serrano Rubio, la inclusión de los recursos necesarios con ese propósito. Hecho lo anterior, y con el fin de continuar el proceso, intervinieron, nuevamente, Margarita Martínez, Víctor Serrano Rubio, y el asesor de la Unidad de Salud Pública y PAB, Carlos Arturo Castillo Santana, quienes elaboraron en forma idéntica los estudios de oportunidad y conveniencia para cada uno de los contratos. De esta manera se suscribieron dos contratos similares con Alicia Tuñón Marrugo y Ana Mercedes Pérez Correa, quienes los ejecutaron mancomunadamente, como si fueran uno solo.

El 2 de mayo de 2003, Carlos Arturo Castillo Santana y Víctor Julio Serrano Rubio suscribieron el acta de finalización de los contratos, sin haberse cumplido en su totalidad, con el fin de pagar el saldo de los mismos.

Actuación Procesal:

1.- Para investigar irregularidades en la suscripción de los contratos 013 y 014 de 2003, la Fiscalía Segunda de la Unidad Especializada en Delitos contra la Administración Pública, dispuso el 5 de febrero de 2004 la apertura de investigación previa.

2.- Al abrir investigación penal, ordenó vincular mediante indagatoria a Margarita Martínez Zapata, Idelfonso Baldiris Silva, Carlos Arturo Castillo Santana, Víctor Julio Serrano Rubio, Alicia Tuñón Marrugo y Ana Mercedes Pérez Correa, a quienes el 2 de febrero de 2006, al definirles su situación jurídica, se abstuvo de imponerles medida de aseguramiento.

3.- El 9 de febrero de 2008, la fiscalía acusó a los procesados por el delito de falsedad ideológica en documento público, y precluyó la investigación por los de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación.

5.- El 26 de mayo de 2010, la fiscalía delegada ante el Tribunal de Bogotá, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la anterior decisión, la revocó. En su lugar, acusó a Víctor Julio Serrano Rubio, Margarita Martínez Zapata, Carlos Arturo Castillo Santana Alicia Tuñón Marrugo y Ana Mercedes Pérez, por la posible comisión de los delitos de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación. Mantuvo la acusación por el delito de falsedad ideológica.

6.-El 22 de febrero de 2016, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena, condenó a Víctor Julio Serrano Rubio, Margarita Martínez Zapata, Carlos Arturo Castillo Santana, Alicia Tuñón Marrugo y Ana Mercedes

Pérez, a 8 años y 8 meses de prisión, multa de 752.89 s.m.l.m.v., e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autores del concurso de las conductas punibles de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación (artículos 410 y 397 de la Ley 599 de 2000).

A su vez, declaró prescrita la acción penal por el delito de falsedad ideológica en documento público, y finalmente sustituyó la prisión intramural por la domiciliaria.

7.- El Tribunal Superior de Cartagena, en providencia del 13 de septiembre de 2017, al resolver el recurso de apelación interpuesto únicamente por los defensores de los

procesados, confirmó la sentencia de primera instancia, pero la modificó la en el siguiente sentido:

(i).- Mantuvo la condena y el quantum de la pena impuesta a Víctor Julio Serrano Rubio, Margarita Martínez Zapata y Carlos Arturo Castillo Santana, como autores del concurso de las conductas punibles de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación (artículos 410 y 397 de la Ley 599 de 2000),

(ii).- Modificó la condena de Alicia Tuñón Marrugo y Ana Mercedes Pérez Correa, al atribuirles el delito de peculado como intervinientes y la autoría del de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales. Les

impuso, por lo tanto, 81 meses y quince días de prisión, y multa de 572.17 s.m.l.m.v.

8.- Contra esta decisión los defensores de Víctor Julio Serrano Rubio, Margarita Martínez Zapata, Ana Mercedes Pérez y Alicia Tuñón Marrugo, interpusieron el recurso extraordinario de casación y sustentaron la demanda correspondiente.

9.- Mediante providencia del 10 de abril de 2019, la Sala resolvió:

(i).- Admitir los cargos segundo y tercero de la demanda presentada a nombre de Ana Mercedes Correa, y el primero de la propuesta en favor de Alicia Tuñón Marrugo.

(ii).- Inadmitir la presentada a nombre de Margarita Martínez Zapata y Víctor Julio Serrano Rubio.

(iii).- Decretar la cesación de procedimiento por el delito de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales en favor de Ana Mercedes Correa, Alicia Tuñón Marrugo, Margarita Martínez Zapata, Víctor Julio Serrano Rubio y el no recurrente Carlos Arturo Castillo Santana, al haber prescrito la acción penal durante el trámite del recurso.

10.- Le corresponde a la Sala resolver lo pertinente.

Cargos admitidos de las demandas de casación:

1.- Demanda a nombre de Ana Mercedes Pérez

Segundo cargo. Denuncia la nulidad del proceso por afectación sustancial de garantías procesales.

Señala que Mercedes Pérez Correa fue condenada en primera instancia como autora del concurso de conductas de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, decisión que el Tribunal Superior de Cartagena modificó parcialmente al considerar que actuó como interviniente del delito de peculado, y por lo tanto como particular.

Aduce que esta forma de intervención incide en los extremos punitivos del tipo penal y en los términos de prescripción de la acción penal. Pide, en consecuencia, que se decrete la nulidad del proceso a partir de la sentencia de primera instancia, respecto de la celebración indebida de contratos, por cuanto la nueva modalidad de intervención implica que la acción penal prescribió, incluso antes de emitirse el fallo de primera instancia.

Tercer cargo. Demanda la nulidad del proceso porque la acción penal por el delito de peculado por apropiación no podía proseguirse.

Aduce que, según el artículo 397 del Código Penal, el delito de peculado se sanciona con una pena máxima de 15 años de prisión, pero como a su defendida se le condenó como interviniente, el término de prescripción de la acción penal se reduce en una cuarta parte. Por lo mismo, desde el 26 de mayo de 2010, que se dictó la acusación, hasta el 13 de septiembre de 2017, fecha de la sentencia de primera instancia, transcurrió un término mayor al requerido para prescribir la acción penal.

Solicita, en consecuencia, anular el proceso desde la sentencia de primera instancia y decretar la cesación de procedimiento.

2.- Demanda a nombre de Alicia Tuñón Marrugo

En el primer cargo demanda la nulidad del proceso por haberse proferido la sentencia “habiendo tenido ocurrencia la prescripción de la acción penal.”

Considera que el delito de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales, tenía asignada, para la fecha de comisión de la conducta, una pena máxima de 12 años de prisión y el de peculado por apropiación una pena máxima de 15. Eso implica que los términos de prescripción

son de 6 años, en el primer caso, y de 7 años y 6 meses en el segundo.

En consecuencia, desde la fecha de la resolución de acusación, hasta la de la sentencia de segunda instancia, el 13 de septiembre de 2017, transcurrió un término superior al requerido para continuar la acción penal, con mayor razón si el Tribunal definió que actuó como interviniente del delito de peculado, y no como autora de la conducta; como particular y no como servidora pública.

De igual modo ha debido resolverse su participación en la celebración indebida de contratos, pues la condición de servidor público en esta materia, como lo ha precisado la Corte, se predica del contratista que desempeña funciones públicas y ella no lo hizo. Solicita, en consecuencia, se case la sentencia y se dicte la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal.

CONCEPTO DE LA PROCURADORA DELEGADA

Considera que le asiste razón respecto del segundo y tercer cargo de la demanda

presentada a nombre de Ana Mercedes Pérez Correa, y al primero de la formulada a nombre de Alicia Tuñón Marrugo.

Observa que el delito de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales, para la época en que se

cometió el delito, tenía una pena máxima de 12 años de prisión (artículo 410 del Código Penal). Ese monto, para establecer el término de prescripción de la acción penal, se reduce a seis años, que se cuentan a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación. Luego, el plazo máximo para dictar la sentencia de segunda instancia vencía el 25 de mayo de 2016, lapso que se cumplió antes del 13 de septiembre de 2017, cuando se dictó la sentencia de segunda instancia.

Similar situación acontece respecto del delito de peculado por apropiación, el cual para la fecha de comisión de la conducta tenía asignada una pena máxima de 15 años (artículo 397 del Código Penal).

Al reducirse en la mitad, éste término queda en 7 años y 6 meses, por lo cual, el término máximo para dictar la sentencia se habría cumplido el 25 de noviembre de 2017. Pero como en la sentencia se les atribuyó la calidad de intervinientes, eso significa que ese plazo se debe reducir en una cuarta parte, lo que implica que el plazo para dictar la sentencia de segunda instancia vencía el 16 de enero de 2016, tiempo antes de haberse proferido la decisión de segundo grado.

Por lo tanto, solicita estimar los cargos, decretar la nulidad de la sentencia de segunda instancia en lo que concierne al delito de celebración de contratos sin

cumplimiento de requisitos legales y decretar la cesación de procedimiento.

Consideraciones de la Corte:

Primero. La Sala, en la providencia por medio del cual admitió el recurso, decretó la prescripción penal, para todos los procesados, por el delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, descrito en el artículo 410 del Código de Procedimiento penal, en razón a que dicho fenómeno se consolidó en el curso del trámite del recurso extraordinario, y en todo caso, antes de llegar el proceso a la Corte. Por lo mismo, no se pronunciará de fondo sobre esa temática objeto del recurso.

Segundo. En los cargos que se admitieron se pide anular la sentencia por no haber decretado la prescripción de la acción penal por el delito de peculado por apropiación. Esta situación, en sentir de las recurrentes, se presenta al variar la imputación de autores a intervinientes, que se plasmó en la sentencia de segundo grado, de manera que el Tribunal, para ser consecuente, ha debido considerar que esta situación afecta los extremos punitivos del tipo penal e incide en los términos de prescripción de la acción penal.

Tercero. Conforme a la jurisprudencia de la Sala, desde la perspectiva del proceso casacional, la prescripción de la acción penal se puede presentar:

“a) antes de la sentencia de segunda instancia;

b. como consecuencia de alguna decisión adoptada en ella con repercusión en la punibilidad; o,

b. con posterioridad a la misma, vale decir, entre el día de su proferimiento y el de su ejecutoria.

Si en las dos primeras hipótesis se dicta el fallo, su ilegalidad es demandable a través del

recurso de casación, porque el mismo no se podía dictar en consideración a la pérdida de la potestad punitiva del Estado originada en el transcurso del tiempo.

Frente a la tercera hipótesis la situación es diferente. En tal evento la acción penal estaba vigente al momento de producirse el fallo y su legalidad en esa medida resulta indiscutible a través de la casación, porque la misma se encuentra instituida para juzgar la corrección de la sentencia y eso no incluye eventualidades posteriores, como la prescripción de la acción penal dentro del término de ejecutoria.” 1

Cuarto. Según los cargos formulados y aceptados, se debe determinar si con ocasión del cambio de imputación de autores o partícipes, la acción penal por el delito de peculado por apropiación prescribió y sí, por lo tanto, de acuerdo con esa atribución, no era posible proseguir el trámite judicial.

Al respecto, como lo advierte la Procuradora, el artículo 30 del Código Penal afecta los extremos punitivos, e incide en la determinación del término de prescripción para la acción penal, cuando la conducta se imputa a título de

1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 30 de junio 2004, radicación No. 18368. En igual sentido, providencias del 4 de mayo de 2006, 7 y 29

de julio y 9 de noviembre de 2009, radicados 25422, 31585, 31980, 32643, respectivamente, entre otras.

interviniente. En este último caso, el aparte final del artículo 30 mencionado dispone:

“Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.”

Desde esta perspectiva, el término de prescripción para el interviniente del delito de peculado por apropiación, contado a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, es inferior al del autor. En efecto, la pena máxima para el delito de peculado por apropiación, para la época de comisión de la conducta era de 15 años (artículo 397 del Código Penal), monto que, para establecer el término de prescripción de la acción penal, después de la ejecutoria de la resolución de acusación, se reduce a la mitad (artículo 86 del Código penal vigente para el momento de ejecución de la conducta).

Como el Tribunal consideró que en la acusación se les imputó a las contratistas la comisión del delito de peculado a título de intervinientes, corrigió la sentencia de primera instancia que las condenó como autoras de ese ilícito. Eso implicaba que se afectaban los extremos punitivos del tipo penal, por lo cual, el término máximo de prescripción de la acción penal para el interviniente no era de 15 años, sino de 11 años y 4 meses, y después de ejecutoriada la resolución de acusación, de 5 años y 8 meses.

No obstante, el Tribunal consideró que la prescripción de la acción penal no se configuraba con los siguientes argumentos:

“Ahora bien, la obra sustantiva penal contempla que el delito de peculado por apropiación tiene una pena máxima de 15 años, en tanto que el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales ostenta una de 12, sanciones estas a las que deben sumársele una tercera parte de las penas, por haber estado involucrados servidores públicos, lo que conduce a concluir que para el primero de los punibles, la pena máxima será de 20 años y para el segundo de 16.”

Es decir, no tuvo en cuenta que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, los términos de prescripción debían contabilizarse de acuerdo con “la decisión adoptada en ella con repercusión en la punibilidad”; en este caso, con la variación de autor a interviniente.

Establecida dicha situación y como la resolución de acusación quedó en firme el 27 de mayo

de 2010, la acción penal para los intervinientes del delito de peculado por apropiación, en los términos de la decisión del Tribunal, prescribió el 27 de noviembre de 2015, lo que implica que ha debido cesar el procedimiento por este comportamiento.

La Corte, por lo tanto, casará la sentencia y dispondrá la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal para las intervinientes Ana Mercedes Pérez Correa y Alicia Tuñón Marrugo por el delito de peculado por apropiación. No así para los autores para quienes no opera esa disminución, debido a que los extremos punitivos del tipo penal se mantienen, incrementados en una tercera parte por su condición de servidores públicos.

Quinto. Mediante providencia del 10 de abril del presente año, la Sala decretó la cesación de procedimiento por el delito de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales para todos los procesados.

En consecuencia, como Víctor Julio Serrano Rubio, Margarita Martínez Zapata y Carlos Arturo Castillo Santana, fueron condenados en calidad de autores a 104 meses de prisión, multa equivalente a 752,89 s.m.l.m.v., y a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena principal, como autores del concurso de delitos de peculado e interés indebido en la celebración de contratos, se restará de esa cifra la calculada para el primero de esos delitos, cifra que el juzgador estimó en 14 meses y multa de 30 s.l.m.m.v.

Por lo tanto, la pena quedará respecto de los anteriormente mencionados, en 90 meses de prisión, multa de 722.89 s.m.l.m.v, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal.

Por lo expuesto, La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Casar la sentencia y en su lugar cesar procedimiento por la conducta de peculado por apropiación a favor de Ana Mercedes Pérez Correa y Alicia Tuñón Marrugo.

Segundo. Fijar la pena en 90 meses de prisión, multa de 722.89 s.m.lm.v, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción principal, para Víctor Julio Serrano Rubio, Margarita Martínez Zapata y Carlos Arturo Castillo Santana, por las razones anotadas en eta decisión.

NOTIFIQUESE y CUMPLASE

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

GERSON CHAVERRA CASTRO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

