

Proceso No 24833

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Aprobado acta N° 022

Bogotá, D. C., trece (13) de marzo de dos mil seis (2006).

V I S T O S

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de FERNANDO HELY MEJÍA ÁLVAREZ y ORLANDO GARZÓN BEJARANO contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, proferida el 7 de septiembre de 2004, mediante la cual confirmó, con varias modificaciones, la dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Garagoa (Boyacá), fechada el 31 de octubre de 2003, a través de la cual fueron condenados, entre otros, los citados procesados, así: MEJÍA ÁLVAREZ a las penas principales de 120 meses de prisión, multa de \$18.424.754,00 e interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de 7 años, como autor de los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público (causa N° 1, [1999-0019-00]), y GARZÓN BEJARANO a las penas principales de 82 meses de prisión, multa de \$9.000.000,00 e interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena privativa de la libertad, como coautor del delito de peculado por apropiación (causa N° 7, [1999-0089-00]).

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

Como se trata de un proceso que contiene siete (7) causas acumuladas, la Sala sólo se referirá a aquellas relacionadas con el recurso extraordinario de casación interpuesto por los citados procesados:

Causa N° 1

(1999-0019-00 - ACUEDUCTO BANCOS DE PÁRAMO)

Seguida contra FERNANDO HELY MEJÍA ÁLVAREZ y otros

1. Los hechos

Fueron sintetizados por el Tribunal, así:

“El alcalde del municipio de Garagoa (Boyacá), HERNANDO FRANCISCO GAMEZ MARRUGO, suscribió el contrato N° C-G-B-03-11-97 del 12 de noviembre de 1997, con la Cooperativa de Municipalidades de Caldas Ltda. ‘COOMUNICALDAS’ representada legalmente por el gerente FERNANDO HELY MEJÍA ÁLVAREZ, cuyo objeto era la ampliación del acueducto rural Bancos de Páramo de Garagoa, por valor de \$28.790.000. La cooperativa a la vez subcontrató con la arquitecta Clara Hoyos Robles la construcción de la citada obra el día 14 de noviembre de 1997, mediante contrato de obra GAR-BO 03-11-97. La Tesorería Municipal, a cargo de ABRAHAM MENDOZA ALFONSO, canceló a ‘COOMUNICALDAS’ \$14.398.260 correspondiente al 50% del valor del contrato como anticipo, en cuenta de cobro N° 1115 de fecha 14 de noviembre de 1997, cheque L.1608406 del Banco de Bogotá, sucursal Garagoa, cuenta N° 2214-0.

“Según acta del 26 de noviembre de 1997, suscrita por la administración municipal, el contratista inició la obra el 10 de diciembre del mismo año, levantando acta de obra parcial del contrato realizado por valor de \$22.069.716, un AIU de \$5.517.429, para un total de \$27.587.145, del cual se deduce el anticipo cancelado, quedando un saldo de

\$13.188.885; acta firmada por el arquitecto ALIRIO ANGARITA ROJAS, Secretario de Planeación del Municipio de Garagoa e interventor de la obra, y la arquitecta CLARA EUGENIA HOYOS, subcontratista de la Cooperativa. Por Resolución N° 1191 del 12 de diciembre de 1997 el Alcalde Municipal de Garagoa HERNANDO FRANCISCO GAMEZ MARRUGO reconoce y ordena el pago de \$13.188.885 a favor de COOMUNICALDAS LTDA., dinero girado el mismo día con cheque N° E9991427 del Banco de Bogotá.

“Gracias a la denuncia presentada, se descubrió que ni la cooperativa COMUNICALDAS Ltda. ni la subcontratista realizaron dicha obra”.

2. La actuación procesal

2.1. Con fundamento en la denuncia presentada por el entonces Alcalde de Garagoa, Jorge Ignacio Avendaño Segura, la Fiscalía 27 Seccional de dicho municipio, el 1° de abril de 1998, profirió resolución de apertura de instrucción.

2.2. Practicados plurales medios de convicción y oídos en indagatoria varias personas, entre ellos Fernando Hely Mejía Álvarez, el 1° de junio de 1998 se les resolvió la situación jurídica absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento.

2.3. Mediante resolución del 2 de septiembre del mencionado año se aceptó como parte civil al representante del municipio de Garagoa.

2.4. Practicados otros medios de prueba, el 30 de septiembre de 1998 se clausuró la investigación y el 24 de noviembre del mismo año se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra, entre otros, de Fernando Hely Mejía Álvarez como “autor” de los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público. Por lo mismo, se decretó en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva, sustituyéndola por la domiciliaria.

2.6. Inconformes con la anterior decisión, varios defensores, entre ellos el de Mejía Álvarez, interpusieron recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación. El 10 de diciembre de 1998, la Fiscalía Seccional negó la reposición y, en su lugar, concedió el de apelación, además de que adicionó el pliego acusatorio en el sentido de imputar en contra de los acusados las circunstancias genéricas de agravación contempladas en los numerales 7° y 11 del artículo 66 del Código Penal vigente para la época de los hechos.

2.7. Mediante resolución del 3 de febrero de 1999 (fecha de ejecutoria de la acusación), al desatar el recurso de alzada, la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de Tunja resolvió, entre otras determinaciones, modificar la acusación respecto de Fernando Hely Mejía Álvarez, en el sentido de que se trató de un concurso heterogéneo y sucesivo de delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, imputados a título de complicidad.

2.8. El juicio correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Garagoa, despacho judicial que el 24 de febrero de 1999 avocó el conocimiento de la actuación y, por ende, ordenó correr el traslado de que trataba el artículo 446 del entonces Código de Procedimiento Penal. Posteriormente, por auto del 23 de junio siguiente, ordenó la práctica de unas pruebas y fijó fecha para la realización de la audiencia pública, diligencia que se postergó por razón del trámite propio de la acumulación de seis (6) causas más.

Causa N° 7

(1999-0089-00 - ORDENES DE CAPACITACIÓN)

Seguida contra ORLANDO GARZÓN BEJARANO y otro

1. Los hechos

El acontecer fáctico fue sintetizado por el juzgador de primera instancia de la siguiente

manera:

“En el año de 1997, HERNANDO FRANCISCO GAMEZ MARRUGO, desempeñándose como alcalde de Garagoa (Boyacá), suscribió varios contratos, siendo el primero el 2 de enero donde se expidió orden de trabajo N° 002 a ORLANDO GARZÓN BEJARANO para dictar un ciclo de conferencias durante los días 14, 15, 16, 28, y 29 de ese mes y año a un grupo de funcionarios de la alcaldía, por valor de \$1.000.000. Luego el 30 de abril suscribió un contrato de capacitación con el antes mencionado para capacitación del personal de la administración, con una duración de quince días, por la suma de \$1.500.000. Después el 16 de junio igualmente suscribió contrato con el citado GARZÓN en representación de la firma ORLANDO GARZÓN & ASOCIADOS S.C.S. de capacitación presencial en puestos de trabajo a funcionarios de la alcaldía, con una intensidad de tres meses, por valor de \$5.400.000, y, finalmente, el 22 de septiembre expidió orden de trabajo al ya referido GARZÓN BEJARANO, para capacitación a funcionarios de la tesorería, con una duración de un mes, por la suma de \$1.100.000, habiéndole cancelado a ORLANDO GARZÓN BEJARANO el dinero de los contratos y ordenes de trabajo por una suma total de \$9.000.000, sin que dichos servicios se hubiesen prestado”.

2. La actuación procesal

2.1. Con base en el informe presentado por el Alcalde de Garagoa, en el cual se dieron a conocer las posibles irregularidades presentadas en el trámite de unos contratos de capacitación y órdenes de servicio suscritos por la administración municipal y Orlando Garzón Bejarano, y teniendo en cuenta los elementos de juicio allegados durante la investigación previa, la Fiscalía 27 Seccional de la citada localidad, el 29 de julio de 1998, profirió resolución de apertura de la instrucción.

2.2. Allegada plural prueba, fueron escuchados en indagatoria Hernando Francisco

Gómez Marrugo y Abraham Mendoza Alfonso, a quienes se les resolvió la situación jurídica imponiéndosele sólo al primero medida de aseguramiento de detención preventiva como autor de los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público.

2.3. A su vez, como Orlando Garzón Bejarano no compareció pese a haber sido citado en varias oportunidades, una vez librada la orden de captura y realizado el correspondiente emplazamiento, fue vinculado al diligenciamiento como persona ausente, para lo cual se le designó un defensor de oficio, habiéndosele resuelto la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, como autor de los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público.

2.4. Incorporados varios elementos de convicción, el 5 de abril de 1999 se clausuró la investigación y el 21 de mayo siguiente se calificó el mérito de sumario con resolución de acusación en contra de Hernando Francisco Gómez Marrugo y de Orlando Garzón Bejarano como coautores de los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público cometidos en concurso heterogéneo y sucesivo. Al mismo tiempo, precluyó la investigación a favor de Abraham Mendoza Alfonso.

2.5. Apelada la anterior decisión por los defensores de los acusados, la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de Tunja, mediante resolución del 19 de julio de 1999 (fecha de ejecutoria), adoptó las siguientes determinaciones:

* Se inhibió de conocer de la apelación interpuesta a nombre de Hernando Francisco Gómez Marrugo.

* Modificó la acusación de Orlando Garzón Bejarano, en el sentido de que los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público imputados, son como “cómplice”.

2.6. El juicio correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Garagoa, despacho judicial que el 13 de agosto de 1999 avocó el conocimiento de la actuación y, en consecuencia, dispuso correr el traslado que preveía el artículo 446 del Decreto 2700 de 1991.

Tramitadas e igualadas las siete (7) causas acumuladas, se fijó fecha para llevar a cabo la diligencia de audiencia pública, la cual se realizó en 14 sesiones, es decir, entre el 2 de abril de 2002 y el 23 de septiembre de 2003.

La sentencia de primera instancia

Agotado el juicio de las causas acumuladas, el Juzgado Penal del Circuito de Garagoa, mediante sentencia fechada el 31 de octubre de 2003, condenó, entre otros, a los procesados así:

1. A Fernando Hely Mejía Álvarez a las penas principales de 169 meses de prisión, multa de \$24.566.338,00, interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de 15 años y al pago solidario de los perjuicios, como “coautor” de los delitos de peculado por apropiación, falsedad ideológica en documento público, cometidos en concurso heterogéneo y sucesivo (causa N° 1), y otro originado en la causa N° 2.

2. A Orlando Garzón Bejarano a las penas principales de 132 meses de prisión, multa de \$9.000.000,00, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad y al pago de los perjuicios, como “coautor” de los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público

cometidos en concurso heterogéneo y sucesivo (causa N° 7), y otras conductas punibles imputadas en la causa N° 6.

Sentencia de segunda instancia

Apelado el fallo por los defensores de los procesados, el Tribunal Superior de Tunja, el 7 de septiembre de 2004, hizo las siguientes modificaciones:

1. Declaró la extinción penal por prescripción respecto de los delitos correspondientes a las causas acumuladas números 3 (1999-0056-00), 4 (1999-0087-00), 5 (1999-0057-00) y 6 (1999-005400). Así mismo, declaró la prescripción de unos delitos relacionados con las causas números 1 (respecto del acusado López Castro, así como el delito de uso de documento público falso imputado a Gámez Marrugo y Mendoza Alfonso) y 7 (referente a la falsedad ideológica en documento público imputado a Garzón Bejarano).

En consecuencia, cesó procedimiento a favor de Hernando Francisco Gámez Marrugo, Orlando Garzón Bejarano, María Helena Garzón Leguizamón, Antonio de la Cruz Pérez, Ernesto López Castro y Abraham Mendoza Alfonso por las acciones penales respectivas.

2. Absolvió a los acusados vinculados en la causa N° 2.

3. Finalmente, como consecuencia de las prescripciones declaradas, redosificó las sanciones impuestas, entre otros, a los siguientes procesados:

3.1. A Fernando Hely Mejía Álvarez lo condenó a las penas principales de 120 meses de prisión, multa de \$18.424.754,00 e interdicción de derechos y funciones públicas por 7 años, como "autor" de los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público cometidos en concurso heterogéneo y sucesivo (causa N° 1).

3. 2. A Orlando Garzón Bejarano lo condenó a las penas principales de 82 meses de prisión, multa de \$9.000.000,00 e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad, como “coautor” del delito de peculado por apropiación en concurso homogéneo y sucesivo (causa N° 7).

LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

Demanda presentada a nombre de FERNANDO HELY MEJÍA ÁLVAREZ

El defensor del procesado Mejía Álvarez, al amparo de las causales tercera, segunda y primera de casación, presenta cuatro cargos contra el fallo de segunda instancia, cuyos argumentos se sintetizan de la siguiente manera:

Causal tercera

Primer cargo (nulidad por vulneración del debido proceso)

Acusa al Tribunal de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, toda vez que para el momento en que se profirió el fallo de segundo grado, fechado el 7 de septiembre de 2004, la acción penal respecto del delito de falsedad ideológica en documento público se encontraba prescrita. Así mismo, sostiene que la acción penal por el delito de peculado por apropiación prescribió con posterioridad a proferirse el fallo del Tribunal, por lo que se impone la cesación del procedimiento.

Sostiene que el yerro denunciado conllevó a la falta de aplicación del artículo 286 de la ley 599 de 2000 y de los artículos 29 de la Carta y 6°, inciso segundo, del Código Penal. Dice que también se dejaron de aplicar los artículos 8°, 24, 83 y 86 de la ley 599 de 2000 y 38 y 39 de la ley 600 de 2000 y se aplicó indebidamente el artículo 219 del C. P. de 1980.

Refiere que el 23 de noviembre de 1998 la Fiscalía 27 Seccional de Garagoa profirió resolución de acusación en contra de Fernando Hely Mejía Álvarez por los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público en calidad de autor, decisión que la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal de Tunja, mediante resolución de 3 de febrero de 1999, modificó en el sentido de imputarle a Mejía Álvarez los delitos de falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación en calidad de cómplice.

Recuerda que, de conformidad con el artículo 197 del Decreto 2700 de 1991, la acusación quedó ejecutoriada el día 3 de febrero de 1999, fecha en que se suscribió la resolución de acusación de segunda instancia. Así mismo, indica que en la audiencia pública no hubo variación de la adecuación típica provisional, razón por la cual el juzgador de primera instancia al dictar la sentencia debió acoger la calificación efectuada por la fiscalía en segundo grado.

En cuanto a la prescripción de la acción penal por el delito de falsedad ideológica en documento público, recuerda que para el momento de los hechos estaba vigente el artículo 219 del Decreto 100 de 1980, el cual sancionaba dicha conducta con una pena de prisión tres (3) a diez (10) años de prisión. No obstante, agrega que dicha norma fue subrogada por el artículo 286 de la ley 599 de 2000, norma que modificó los extremos punitivos aumentando el mínimo en 4 años de prisión y disminuyendo el máximo en 8 años. Siendo ello así, estima que esta disposición debió aplicarse en forma retroactiva, en razón del principio de favorabilidad.

Con base en los artículos 83 y 86 de la Ley 599 de 2000, concluye que en la actualidad el término prescriptivo para el delito de falsedad ideológica en documento público es de 8 años (96 meses), el que al incrementarse en una tercera parte cuando el actor es un servidor público, el término aumenta en 10 años y 8 meses (128 meses). Pero en la etapa del juzgamiento se reduce a la mitad, es decir, a cuatro años, sin embargo como

en ningún caso el delito prescribe en menos de 5 años, el término de prescripción será éste, o si se está frente a un servidor público será de 6 años y 8 meses (80 meses).

Afirma que como el artículo 83 de la Ley 599 de 2000 prevé que para efectos de la prescripción se tendrán en cuenta las causales modificadoras de la punibilidad, frente al delito de falsedad ideológica, cuyo término prescriptivo es de ocho (8) años, se debe reducir en la mínima proporción señalada en el artículo 30 ibidem, es decir, en una sexta parte.

Por lo tanto, estima que en este caso el plazo prescriptivo en la instrucción es de 6 años y 8 meses (80 meses), y en la etapa de juzgamiento es de 3 años y 4 meses, pero como no opera el fenómeno en lapso inferior a los 5 años, éste sería el término de la prescripción.

En esas condiciones, concluye que como la acusación proferida en contra de su defendido Mejía Álvarez por el delito de falsedad ideológica en documento público quedó en firme el día 3 de febrero de 1999 y la acción penal por este hecho punible prescribe en 5 años, significa que el 3 de febrero de 2004 operó dicho fenómeno, lo que implica que cuando el 7 de septiembre de 2004 se dictó la sentencia de segunda instancia, ya había ocurrido la prescripción de la acción respecto de dicho ilícito, situación que no percibió el ad quem.

Refiere que con los falsos juicios sobre la existencia y selección de las normas sustanciales mencionadas, se violó directamente la ley sustancial y erróneamente se condenó a Fernando Hely Mejía Alvarez. Igualmente, luego de citar jurisprudencia de esta Corporación, recuerda que la causal de nulidad es la vía adecuada para atacar la sentencia de segundo grado por razón del fenómeno de la prescripción.

De otro lado, afirma que la prescripción de la acción penal del doble delito de peculado por apropiación también sobrevino después de dictado el fallo.

En efecto, explica que para cuando ocurrieron los hechos, es decir, 14 de noviembre y 12 de diciembre de 1997, estaba vigente el artículo 133 del Código Penal, el cual sancionaba el peculado por apropiación con pena de 6 a 15 años de prisión cuando el valor de lo apropiado superaba cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder los 200.

Dice que aquella norma fue subrogada por el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, que conservó los mismos extremos punitivos, por lo que el término prescriptivo para el delito de peculado por apropiación en la etapa instructiva es de 15 años (180 meses). Si se está frente a un servidor público dicho lapso se incrementa en una tercera parte, vale decir, en 20 años (240 meses). Como en la etapa de juzgamiento el término se reduce a la mitad, queda, en el primer caso, en 7 años y 6 meses y para los servidores públicos en 10 años.

Así, entonces, asevera que, de conformidad con el artículo 83 del actual Código Penal, para la prescripción se deben considerar las causales reales modificadoras de la punibilidad que, en este caso, es la complicidad imputada a su defendido, quedando el plazo prescriptivo en 6 años y 3 meses para la etapa del juicio.

Concluye que como la acusación proferida contra Mejía Álvarez por el delito de peculado por apropiación quedó en firme el 3 de febrero de 1999, lo lógico es que la acción penal por esa conducta punible prescribió el 3 de mayo de 2005.

Frente a esta hipótesis acude a la jurisprudencia de la Corte, según la cual, cuando ocurre la prescripción con posterioridad a la sentencia de segunda instancia, es decir, entre el día de su proferimiento y el de su ejecutoria, el fallo es legal por cuanto la acción estaba vigente en su momento, siendo la única decisión a tomar la declaración de extinción de la acción penal en el momento que se consolide dicho fenómeno.

Por lo expuesto, solicita a la Corte casar el fallo impugnado y, en su lugar, se cese el

procedimiento a favor de su defendido por razón de la prescripción de la acción penal de los delitos de falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación.

Segundo cargo subsidiario (Nulidad por vulneración de la defensa)

El defensor del Mejía Álvarez acusa al Tribunal de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, toda vez que, en su criterio, su procurado fue condenado como autor de un doble delito de peculado por apropiación en concurso homogéneo sucesivo y en concurso heterogéneo sucesivo con el delito de falsedad ideológica en documento público, pese a que en la resolución confirmatoria de la acusación se le dedujo la calidad de cómplice, sorprendiéndosele con una incriminación por coautoría frente a la cual no pudo ejercer el derecho de defensa. Por ello, considera que se configura la nulidad consagrada en el numeral 3° del artículo 306 del Código de Procedimiento Penal, yerro que quebrantó el artículo 29 de la Carta Política y los artículos 8° y 13, ibidem.

Asevera que la Fiscalía de primer grado profirió resolución de acusación en contra Fernando Hely Mejía Álvarez por los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, imputándole en la parte resolutive la condición de autor, decisión que, por razón de la apelación, la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal de Tunja modificó, toda vez que estimó que Mejía Álvarez tenía la calidad de cómplice en los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público en concurso heterogéneo.

Refiere que en “ninguno de esos pronunciamientos se dijo que se encausaba al procesado por dos delitos de peculado por apropiación o por un concurso homogéneo de peculado por apropiación, es decir, se descartó la existencia de un concurso homogéneo sucesivo de peculados por apropiación”.

Considera que la decisión confirmatoria de la acusación era vinculante, ya que delimitó los extremos de la calificación jurídica provisional y en la audiencia pública no hubo

variación de la calificación provisional, solicitando el Fiscal la condena por los delitos objeto de la acusación.

Por ello, afirma que los juzgadores debieron respetar la imputación de “cómplice” en los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, situación que no fue así, pues el Juzgado Penal del Circuito de Garagoa dictó sentencia contra Mejía Álvarez como “coautor” de un concurso homogéneo de peculado por apropiación en dos oportunidades, en concurso heterogéneo sucesivo con la falsedad ideológica en documento público, y bajo esos parámetros errados procedió a efectuar el proceso de dosificación punitiva.

A su vez, sostiene que nada dijo la sentencia de segunda instancia “frente a la agravación de cómplice a autor, ni se pronunció sobre la estructuración del concurso homogéneo sucesivo de peculados por apropiación, lo que es indicativo de que avaló la irregular variación de la adecuación típica y la pena impuesta a Mejía Álvarez como coautor de un doble peculado en concurso heterogéneo con el delito de falsedad ideológica en documento publico”, Agrega que no puede asimilarse el concurso heterogéneo que se dedujo en la acusación al homogéneo por el que erradamente se le condenó.

Asevera que la defensa siempre dirigió su estrategia a demostrar que ese único peculado no había sido cometido y jamás a desvirtuar la inexistencia de un doble peculado por apropiación, lo que conllevó a la violación del derecho de defensa, de la contradicción y del principio de lealtad procesal al condenar al procesado por un hecho punible por el cual no fue encausado, y como coautor y no como cómplice.

Dice que tales errores se ven reflejados en una pena superior a la que legalmente correspondería, por cuanto se excluyó la rebaja del cómplice prevista en el artículo 30 de la ley 599 de 2000.

Como demostración de su aserto, el actor realiza la siguiente dosificación: “si Mejía

Álvarez hubiese sido condenado como cómplice, concluyendo que esos 72 meses que en principio impuso el juez se reducirían a 36 por la complicidad y hasta en la mitad al efectuar la disminución por el reintegro, arrojando un guarismo de 18 meses de prisión, que aumentado en otros 18 por el restante peculado, ascendería a una pena máxima de 36 meses por los delitos contra la administración pública. Lo mismo procedería para el delito de falsedad ideológica en documento público si se hubiese deducido la rebaja por la complicidad, quedando la pena para ese delito en 18 meses, y una definitiva por el concurso homogéneo sucesivo de peculado y falsedad que no podría exceder de 36 meses de prisión, nunca el astronómico monto de 120 meses”.

Agrega que, si no se hubiera deducido el concurso homogéneo sucesivo de peculados, “sólo podía condenársele a 48 meses por el peculado y aumentar hasta en otro tanto la pena para un monto de 96 meses y no los 120 meses que finalmente le impusieron los juzgadores de instancia”, situación que conllevó a un doble sorprendimiento que condujo a que se le impusiera a su defendido una pena mucho mayor a la que en realidad le correspondía, y que impidió se le concediera la suspensión condicional de la ejecución de la pena, o la prisión domiciliaria.

Por consiguiente, solicita a la Corte la nulidad de la actuación a partir, incluso, de la resolución que clausuró la investigación, con el fin de que “se disponga que se amplíe la indagatoria de Fernando Hely Mejía Álvarez, se le formule cargos como autor del concurso heterogéneo sucesivo de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público y por el segundo peculado y se le resuelva su situación jurídica por este hecho punible, con el fin de permitirle el pleno ejercicio de su defensa”.

Causal segunda

Único cargo subsidiario (incongruencia)

Sostiene el libelista que la sentencia del Tribunal no guarda consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación, error que llevó a la violación del artículo 442.3 del Decreto 2700 de 1991, hoy artículo 398. 3 de la Ley 600 de 2000, toda vez que el juzgador desconoció la calificación jurídica provisional y el artículo 170.5 ibidem, el cual impone la obligación de dictar sentencia en concordancia con los cargos formulados en la resolución de acusación.

Acudiendo a los mismos argumentos plasmados en el anterior reproche, sostiene que en las sentencias de primera y segunda instancia Mejía Álvarez fue sorprendido con una incriminación por coautoría frente al concurso de los delitos imputados, situación que le impidió ejercer el derecho de defensa; además de que se contempló un delito adicional de peculado por apropiación no consagrado en la acusación.

Considera que tal yerro es trascendente, toda vez que su defendido se hizo acreedor a una pena mayor a la que en realidad le correspondía, como lo puso de presente en el anterior cargo. Además incidió en que se le excluyera de la suspensión condicional de la pena y de la prisión domiciliaria.

Luego de citar jurisprudencia de la Sala, reitera que la sentencia no puede modificar desfavorablemente el grado o las formas de participación, ni puede deducir un concurso cuando se ha acusado por una conducta unitaria, porque se genera una inconsonancia, como en este caso.

Estima que la declaración de inconsonancia conlleva a la prescripción de la acción penal, consolidada el 3 de febrero de 2004, para el caso de la complicidad en el delito de falsedad ideológica en documento público y, el 3 de mayo de 2005, respecto del delito de peculado por apropiación.

Por consiguiente, solicita a la Corte casar la sentencia para que, en su lugar, se dicte la de reemplazo y se redosifique la pena impuesta teniendo en cuenta las disminuciones del

cómplice y de la imputación adicional por un peculado por apropiación. De lo contrario, como ya lo solicitó, que se declare la prescripción de la acción penal.

Causal primera

Único cargo subsidiario (Violación directa de la ley sustancial)

Acusa al Tribunal de haber incurrido en violación directa de la ley sustancial, generado en un “falso juicio sobre el alcance del artículo 31 del C. P.”, toda vez que interpretó erróneamente dicha norma y, por ende, le impuso a su defendido una pena de 120 meses de prisión por el concurso de delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, desconociendo el principio de legalidad.

Después de mencionar los artículos 26 y 28 del Decreto 100 de 1980 y el 31 del Código Penal de 2000 y de citar algunas jurisprudencias que tratan el tema de la dosificación de la pena cuando existe concurso de conductas punibles, afirma que para tal efecto se debe seleccionar el delito que establezca la pena más grave, según su naturaleza, para lo cual se impone individualizar la sanción de cada uno de los delitos concurrentes y sobre la más grave partir hasta el otro tanto autorizado por el artículo 31 ibidem, sin exceder del doble de la individualizada para el delito mayor, ni la suma aritmética de las sanciones correspondientes a cada uno de los delitos individualizados, ni superar los 60 años de prisión.

Considera que los sentenciadores no respetaron esos parámetros, pues al examinar el proceso de dosificación encuentra que sobre los 48 meses de prisión a los que arribó el fallador por un delito de peculado por apropiación, sólo podía incrementar otros 48 meses más por el concurso. Sin embargo, dice que inicialmente llegó a 96 meses, luego a 120 meses y, finalmente, a obtuvo la cifra de 169 meses de prisión, arrasando así los límites punitivos que por razón del concurso le obligaban a no superar el doble de la pena más

grave, es decir, pese a que el máximo que podía imponer era de 96 meses, se excedió colocando 24 más por la falsedad y otros 49 por otra conducta punible.

Concluye que el juez incurrió en un desafuero al desbordar el límite punitivo del hasta el otro tanto y el Tribunal no lo enmendó, razón por la cual solicita a la Corte case la sentencia impugnada y, en consecuencia, realice una correcta redosificación de la pena.

Demanda presentada a nombre de ORLANDO GARZÓN BEJARANO

Al amparo de las causales tercera, segunda y primera de casación, el defensor de Garzón Bejarano presenta seis cargos contra la sentencia, cuyos argumentos se sintetizan de la siguiente manera, no sin antes precisar que el libelista desde ya anuncia como infringidos los artículos 6°, 31, 30, 83, 397 de la Ley 599 de 2000 y 10° 18, 201, 170 y 132 de la Ley 600 de 2000, razón por la cual solicita a la Corte casar el fallo y, de manera principal, decretar la nulidad del proceso seguido contra representado o, de manera subsidiaria, que se “dicte la sentencia de reemplazo que reconozca el fenómeno de la prescripción a su favor”:

Causal tercera

Primer cargo

Sostiene el actor que el derecho constitucional del acceso a la justicia se concreta, entre otras formas, a través de la posibilidad de apelar las sentencias y decisiones interlocutorias, imponiéndose así la obligación del funcionario judicial de resolver el recurso interpuesto, pues el no conocer ni dar respuesta a la impugnación es violatorio de aquel derecho y, además, de la doble instancia.

Afirma en este caso se transgredieron los mencionados derechos cuando el juzgado de

conocimiento, en auto de 28 de noviembre de 2003, concedió el recurso de apelación elevado por la defensa de Garzón Bejarano, impugnación que no fue atendida por la segunda instancia, toda vez que dictó sentencia absteniéndose de resolverlo, lo que no hizo respecto de los recursos propuestos por los defensores de los demás procesados, los cuales fueron atendidos.

Dice que también se violó el mismo derecho cuando el defensor de confianza del procurado interpuso el recurso de apelación y el juzgado no lo concedió, con el argumento de que no lo había incoado el defensor de oficio designado, el cual se entendía nombrado para todo el proceso, situación que no comparte, toda vez que, en su criterio, el nombramiento de defensor de oficio en reemplazo del de confianza supone la demostrada contumacia del abogado contractual, así como la comunicación al procesado para que ejerza el derecho de postulación, lo que no significa que la no concurrencia del defensor de confianza permita sin más al funcionario judicial designar un defensor de oficio a espaldas del procesado.

Segundo cargo

Acusa al ad quem de haber violado las garantías del debido proceso y de la defensa al abstenerse de tramitar el recurso de apelación interpuesto por el defensor de oficio de Garzón Bejarano.

Asegura que el debido proceso penal se justifica por la necesidad de “disciplinar y ordenar los actos del proceso en procura de su esencia, propósito que no se alcanzó en este caso cuando la segunda instancia dejó de responder el aludido recurso. Viola el derecho de defensa porque incurre en un error de procedimiento trascendente, en tanto la actividad de recurrir es una de las expresiones del derecho de defensa. Así, la sentencia proferida no está amparada por la presunción de acierto y legalidad”.

Tercer cargo

Asegura que el delito de peculado por apropiación prescribió 5 años después de la ejecutoria de la acusación, esto es, el 19 de julio de 2005, máxime cuando la cuantía de lo apropiado no superó los 50 salarios mínimos legales mensuales, además de que a Garzón Bejarano se le acusó en calidad de cómplice, situación que lleva ineludiblemente a una única conclusión: la prescripción de la acción penal, según el artículo 83 del Código Penal.

Causal segunda

Único cargo

Sostiene el actor que a su defendido se le acusó como cómplice y, no obstante, se le condenó como coautor, irregularidad que, sin discusión, viola el principio de congruencia entre la acusación y el fallo, toda vez que nadie puede ser juzgado sino conforme el acto que se le imputa (conducta como forma de participación), de modo que no le es lícito al sentenciador modificar de hecho la acusación en perjuicio del procesado.

Agrega que la trascendencia del yerro se evidencia, en tanto comporta una mayor punibilidad para el procesado y, además, porque reforma la acusación en su perjuicio, equivocación que persiste en la decisión del Tribunal, pues pese a advertir que la pena para Guzmán Bejarano debía dosificarse conforme a su condición de cómplice, de todos modos en la parte resolutive le dio tratamiento de coautor. En otros términos, no obstante tener claridad sobre la calidad de cómplice del procesado, finalmente erró al condenarlo como coautor.

Causal primera

Primer cargo

Acusa al sentenciador haber violado el principio de legalidad, toda vez que al

señalarle a su defendido la pena, dejó de aplicar el art. 397 de la Ley 599 de 2000, norma más favorable que el art. 133 del Decreto 100 de 1980.

Así mismo, dice que el Tribunal también omitió dar aplicación a las normas de la Ley 599 de 2000 que regulan el instituto de la prescripción de la acción penal, pues de haberlas considerado necesariamente habría declarado la extinción de la acción penal por el delito de peculado por apropiación.

Después de transcribir los artículos 23 al 26, 80, 84 y 133 del Código Penal de 1980 y 6°, 28 al 31, 83, 84 y 397 de la Ley 599 de 2000, sostiene el actor que de no haberse omitido la consideración de tales preceptivas, en especial el artículo 6° de la mencionada Ley 599 de 2000, se habría reconocido la prescripción de la acción penal de los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica de documento público.

Segundo cargo

De manera escueta, asegura el demandante que el fallo viola la sana crítica al transgredir las reglas de lógica, “ya que esgrime un contenido internamente contradictorio al apreciar la participación del procesado como la de un cómplice en su parte motiva pero dosificar la pena como coautor en la resolutive”.

Dice que es un error de juicio trascendente que vicia la sentencia de nulidad y rompe su estructura lógica, toda vez que desconoce el principio de no contradicción en “categorías de participación excluyentes; y porque la pena impuesta para el coautor es más gravosa que la señalada para el cómplice. Tal situación constituye un vicio de nulidad de la sentencia por vulnerar el principio lógico de la no contradicción”.

CONCEPTO DE LA PROCURADORA SEGUNDA

DELEGADA PARA LA CASACIÓN PENAL

Demanda presentada a nombre de Fernando Hely Mejía Alvarez.

Luego de precisar los cargos que formula el actor y de hacer un comentario sobre el principio de prioridad respecto de los reproches formulados con fundamento en la causal tercera, sostiene que en este caso, al examinar los dos cargos propuestos por nulidad, "se tiene que el de mayor cobertura para anular la actuación es el primer cargo subsidiario propuesto por nulidad por vulneración al derecho de defensa, pues en este el casacionista solicita que se invalide la actuación a partir inclusive de la resolución de 30 de septiembre de 1998 por medio de la cual la fiscalía clausuró el ciclo instructivo. No obstante la salvedad, la Procuraduría responderá en su orden la demanda propuesta".

Causal tercera

Primer cargo principal. Nulidad por vulneración al debido proceso.

Recuerda que el casacionista afirma que la sentencia del Tribunal se dictó en un juicio viciado de nulidad, por cuanto para el momento en que se profirió la decisión de segundo grado (7 de septiembre de 2004) la acción penal respecto del delito de falsedad ideológica en documento público se encontraba prescrita. De igual forma, denuncia que la acción penal por el delito de peculado por apropiación prescribió con posterioridad al fallo del ad quem, lo que impone cesar procedimiento por esos hechos punibles.

Respecto al problema planteado, dice que es importante "aclarar de un lado que en caso de que prosperase el fenómeno de la extinción de la acción penal por prescripción, la consecuencia jurídica sería la cesación de procedimiento, y de otra parte que el tema obliga a su interior el estudio previo de la inconsonancia por cuanto la argumentación tendiente a la declaratoria de prescripción se funda en una incongruencia entre la

resolución de acusación y la sentencia”.

Así, entonces, afirma que en este caso el fallo, por razón de su incongruencia, condujo al juzgador de segunda instancia a considerar que conservaba la competencia frente a los delitos de falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación, cuando sólo la mantenía para declarar la prescripción de la acción penal.

Asevera que los sentenciadores de primera y segunda instancia imputaron a título de autor a Fernando Hely Mejía Álvarez los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, siendo evidente que variaron el grado de participación de cómplice que específicamente le había sido deducido por el acusador de segunda instancia, lo que agravó su situación punitiva.

Sostiene que al revisar la acusación de segunda instancia, para lo cual transcribe uno de sus apartes, se deduce con claridad que el razonamiento de la fiscalía se dirigió a explicar el por qué Mejía Álvarez debía responder como cómplice, independientemente de que no lo hubiera aclarado en la parte resolutive, omisión que no tiene la entidad para dar al traste con toda la parte argumentativa que demuestra que el superior degradó a cómplice el título de autor imputado en la primera instancia.

Por ello, asevera que si el sentenciador no hubiera traspasado ese límite infranqueable que trazó la acusación respecto del grado de participación de Mejía Álvarez, la pena a imponer al citado hubiese sido menor que aquella por la que terminó condenado, “y lo más importante, hubiera conducido a declarar que para el momento ya la acción penal se encontraba prescrita”.

En consecuencia, dice que la prescripción que reclama el actor por el delito de falsedad ideológica en documento público, se presentó el 3 de febrero de 2004, es decir, antes de que se dictara la sentencia de segundo grado, la cual se emitió el 7 de septiembre de 2004, razón por la cual resulta correcto que el censor hubiese apoyado el cargo en la

causal tercera.

Ahora bien, refiere que es claro que los juzgadores de primera y segunda instancia le otorgaron a Mejía Álvarez la calidad de servidor público y, por lo mismo, coligieron su participación como autor y no como cómplice. Sin embargo, al respecto, dice el Ministerio Público que “La pretensión del legislador fue otorgarle al contratista el mismo tratamiento que al servidor público, pero solo en el evento de que la naturaleza de la función que cumpla sea pública”, evento que no se presenta en este caso, toda vez que la naturaleza del contrato no conllevaba tal connotación, pues el procesado “se comprometió a ejecutar una prestación de un servicio que no tenía el carácter de público, como acontece con las concesiones, la administración delegada o el manejo de bienes o recursos públicos, simplemente convino prestar un servicio a un ente del Estado”.

Luego de citar una jurisprudencia de la Corte Constitucional que sustenta su afirmación, concluye que el procesado Mejía Álvarez no tiene la calidad de servidor público.

Por lo tanto, frente al tema de la prescripción, asevera que no obstante haber ocurrido los hechos bajo la vigencia del Código Penal de 1980, que consagraba para el delito de falsedad ideológica una pena de prisión de 3 a 10 años, lo cierto es el artículo 286 de la ley 599 establece un quantum de 4 a 8 años de prisión para el mismo punible, norma que indiscutiblemente es más favorable para efectos de la prescripción y, por lo mismo, debe aplicarse.

En consecuencia, dice que “partiendo de ese máximo de 8 años y dada la calidad de cómplice de Mejía Alvarez, al tenor del artículo 30 la pena máxima debe disminuirse en una sexta parte quedando en 80 meses. Más la rebaja de una cuarta parte a la que tiene derecho cómo cómplice interviniente por no tener la calidad de servidor público, es decir, el máximo de pena sería de 60 meses equivalente a 5 años”. Agrega que como en la

etapa del juicio el término prescriptivo se reduce en la mitad, sin que pueda ser inferior a cinco años, los 60 meses quedan disminuidos a 2 años y 6 meses, debiendo acudirse al límite de los 5 años que como mínimo dispone la ley para que pueda consolidarse el fenómeno de la prescripción de la acción penal.

Por ello, afirma que si la resolución de acusación cobró ejecutoria el 3 de febrero de 1999, para el 3 de febrero de 2004 la acción penal por dicho delito prescribió antes de que fuese proferida la sentencia de segundo grado, es decir, el 7 de septiembre de 2004, motivo por el cual se impone el cese de procedimiento respecto de la de falsedad ideológica en documento público.

De otro lado, respecto al peculado, cuya acción penal prescribió, según el actor, con posterioridad al proferimiento del fallo de segunda instancia, dice que teniendo en cuenta que se trata de una apropiación cometida en el año de 1997, la cual se materializó en dos partes, es decir, una primera entrega por valor de \$14.398.260 y una segunda por \$13.188.885, y toda vez que el salario mínimo legal vigente para esa fecha era de \$172.005, al hacer los cálculos se concluye que la suma superaba los 50 salarios que correspondían a \$8.600.250, pero que no excedía de 200, situación que lleva a colegir la aplicación del artículo 133, modificado por el artículo 19 de la ley 190 de 1995, cuya pena de prisión oscilaba entre 6 y 15 años, quantum que no obtuvo variación en el artículo 397 de la ley 599.

“Retomando el conteo para la prescripción, la pena máxima ascendería a 15 años o 180 meses, pero como el grado de participación de Mejía Álvarez es de cómplice, de acuerdo con los parámetros de los artículos 30 y 60 del C.P. ley 599, la pena se rebajaría en una sexta parte, es decir, 30 meses, quedando el máximo de pena en 150 meses. Como se predicó del evento anterior, la calidad de interviniente conlleva otra rebaja de la cuarta parte, quedando el término prescriptivo en 9 años y 3 meses.

“Y como en el caso anterior, en la etapa del juicio el término se reduce a la mitad pero no puede ser inferior a 5 años, es este monto el límite para que opere el fenómeno. Si la resolución de acusación cobró ejecutoria el 3 de febrero de 1999, la acción penal por el delito de falsedad ideológica prescribió al igual que la falsedad ideológica en documento público el 3 de febrero de 2004, antes de que se profiriera la sentencia de segunda instancia, vale decir, el fenómeno no fue sobreviniente como lo sostuvo el casacionista”.

Por lo tanto, concluye la Procuradora Delegada que al estar prescrita la acción penal por el punible de peculado por apropiación respecto del citado procesado, se impone también la cesación de procedimiento en su favor.

Por lo expuesto, estima que el cargo prospera.

Segundo cargo subsidiario. Nulidad por violación al derecho de defensa.

Dice la Procuradora Delegada que el defensor carece de interés para recurrir, ya que si el objeto de interponer un recurso tiene como fin remediar el agravio producido por la decisión que se impugna, no puede el defensor, como sucede en este caso, solicitar que se retrotraiga la actuación para que a su defendido se le atribuya otra conducta más y, adicionalmente, se le impute la calidad de coautor, situación que a simple vista torna más gravosa la situación para el procesado.

Luego de hacer una referencia sobre la finalidad jurídica de los recursos que pueda interponer la defensa en pro de los intereses del procesado, pues con ellos se busca una mejor condición frente a decisiones que le son adversas, para lo cual cita jurisprudencia de esta Corporación, afirma que la petición del censor resulta contradictoria, toda vez que se queja de que a su defendido le están imputando no solo una forma de participación más grave como coautor, sino que además lo condenan por un peculado más, pero al mismo tiempo solicita que se invalide la actuación para que le pueda ser atribuido a su representado esa conducta de peculado y la calidad de coautor.

Advierte que lo que predica el censor es que no hay consonancia entre la resolución confirmatoria de la acusación y la sentencia de segundo grado, evento en el cual la causal específica para erigir dicho ataque sería la segunda consagrada en el artículo 207 del C. de P. P., aun cuando, como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte, también es viable acudir a la causal tercera de nulidad.

En consecuencia, concluye que por razón de la petición que eleva, lo que conduce a la falta de interés, el cargo no puede prosperar.

Causal segunda

Único cargo subsidiario. Incongruencia.

Recuerda que el libelista apoya su inconformidad en una doble incongruencia, así: la primera consistente en que el procesado Mejía Álvarez fue condenado por un delito adicional de peculado por apropiación, constitutivo de un concurso homogéneo de hechos punibles que no fue incluido en la resolución de acusación dictada el 24 de noviembre de 1998, ni en la resolución confirmatoria de la acusación proferida el 3 de febrero de 1999, y, la segunda, en que se le condenó como coautor de un concurso homogéneo de peculado por apropiación en concurso heterogéneo con el delito de falsedad ideológica en documento público, a pesar de que en la resolución de acusación se le imputó la calidad de cómplice.

Luego de referirse conceptualmente sobre la figura jurídica de la congruencia entre la resolución de acusación y la sentencia, afirma que, en este caso, resulta necesario hacer la respectiva confrontación entre el pliego de cargos y el fallo con el fin de determinar si se trastocó esa armonía que debía existir respecto de los asuntos relacionados.

Así, indica que la resolución de acusación proferida contra el procesado Mejía Álvarez fue dictada por la fiscalía el día 24 de noviembre de 1998, fecha para la cual estaba en

vigencia el Decreto 2700 de 1991, legislación en la cual si bien la calificación jurídica era provisional, no existía disposición que permitiera su variación, sin olvidar que el juicio también se cumplió de acuerdo con los presupuestos de dicha legislación, pues si bien la audiencia pública comenzó el 24 de noviembre de 1999 y culminó el 23 de septiembre de 2003 cuando ya estaba en vigencia el nuevo sistema, de conformidad con el artículo 40 de la ley 153 de 1887 las actuaciones y diligencias que ya estuvieran iniciadas, se regirán por la ley vigente a dicho tiempo, en este caso el decreto 2700 de 1991.

Por lo tanto, agrega que la adecuación típica realizada en la acusación, de conformidad con esa normatividad, exigía que la sentencia se fundara en los cargos formulados en la resolución de acusación, de tal forma que se originaba la inconsonancia si el juzgador no respetaba los presupuestos consignados en el enjuiciatorio, razón por la cual el sentenciador rigurosamente debía respetar la imputación tal cual había sido plasmada en la acusación, pudiéndose variar sólo cuando produjera efectos favorables al procesado, sin olvidar que, como lo indicó el casacionista, el fiscal que intervino en la audiencia pública no dio muestras de inconformidad con la acusación, manteniendo la tesis acusatoria en contra de Mejía Álvarez como responsable del peculado por apropiación y de la falsedad ideológica en documento público.

Después de recordar el acontecer fáctico por el cual fue juzgado el procesado y de transcribir y comentar brevemente unos apartes de la resolución de acusación de primera y segunda instancia, los cuales cotejó con los fallos de las instancias, concluyó:

“Plasmada en esos términos la pieza acusatoria y la sentencia, en criterio de la Delegada el sentenciador no podía pregonar el concurso homogéneo con relación al delito de peculado por apropiación, pues aunque en verdad la pieza acusatoria se refiere a dos actos a través de los cuales se llevaron a cabo dos apropiaciones, en parte alguna permite evidenciar que su apreciación frente al acontecer delictivo fue la de concluir que procedía un concurso material y homogéneo de delitos atentatorios de la administración

pública, más parece ser que su entendimiento fue el de un delito unitario y ese el tratamiento otorgado.

“Es que, no por el hecho de que los funcionarios que conocieron del caso reconocieron desde la situación fáctica que con ocasión del convenio interadministrativo celebrado el 12 de noviembre de 1997, el Estado se despojó de dos montos de dinero, uno cuando ordenó y pagó el anticipo del 50% mediante cheque No. L 1608406 del Banco de Bogotá, Sucursal Garagoa por la suma de \$14.398.260.00, y otro cuando celebrada el acta parcial de la obra No. 1 del 10 de diciembre de 1997 canceló \$13.188.885 también con un título valor del Banco de Bogotá, puede afirmarse el concurso homogéneo, menos cuando en ninguna de las partes resolutivas ni motivadas de las decisiones se dedujo expresamente.

“En realidad, la situación fáctica que constituyó el objeto procesal, en lo que a esta causa concierne, no arroja la claridad requerida para colegir que se está ante la comisión de dos delitos de peculado por apropiación, al contrario la posición es discutible al punto que para esta Delegada las circunstancias que rodearon los acontecimientos, en especial, el que la apropiación de las dos sumas de dinero fue producto del mismo designio criminal dirigido al aprovechamiento de dineros estatales con ocasión de la celebración de un único contrato, conllevan la prédica de un delito unitario, independientemente que la cancelación del susodicho convenio se realizara en dos oportunidades temporales diferentes”.

En consecuencia, estima el Ministerio Público que respecto del doble delito de peculado por apropiación se presenta la denunciada incongruencia.

De otro lado, en lo que se refiere con la otra incongruencia demandada, es decir, que los juzgadores de primera y segunda instancia imputaron al procesado Mejía Álvarez la calidad de autor en los delitos de peculado por apropiación en concurso con el de falsedad ideológica en documento público, considera que también el cargo prospera, ya que resulta

claro que se varió el grado de participación de cómplice que específicamente dedujo el acusador de segunda instancia, a la categoría mayor de autor, aspecto que indiscutiblemente agravó la situación del procesado, hecho que resulta evidente luego de confrontar el pliego acusatorio de segunda instancia con el fallo atacado en esta sede.

En conclusión, reitera que el cargo por inconsonancia debe prospera.

Causal primera

Único cargo subsidiario. Violación directa de la ley sustancial.

Recuerda que la inconformidad del actor se centra en que los juzgadores de instancia interpretaron erróneamente el artículo 31 del Código Penal al imponer a Fernando Hely Mejía Álvarez una pena de 120 meses de prisión por el concurso de delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica público, cuando la pena no podía exceder de 96 meses.

Considera la Procuradora Delegada que, efectivamente, el juzgador de primera instancia se equivocó al efectuar la dosificación punitiva debido a que erró en la interpretación del artículo 26 del C. Penal, hoy artículo 31 de la Ley 599 de 2000, pues frente al concurso, la punibilidad que se toma como base es la más grave, y para tal efecto, el sentenciador debe proceder a individualizar la sanción que corresponde a cada conducta.

En esas condiciones, luego de verificar las penas establecidas para los delitos imputados al aquí procesado, procede a efectuar la que considera debió ser la correcta dosificación de la pena, concluyendo, por lo mismo, que el cargo está llamado a prosperar y, por ende, solicita a la Corte el reajuste de la pena.

Demanda presentada a nombre de Orlando Garzón Bejarano

Después de precisar algunas deficiencias técnicas observadas en los cargos formulados, procede a contestarlos de la siguiente manera:

Causal tercera

Primer y segundo cargos. Nulidad por negar el acceso a la administración de justicia y a la doble instancia, y por pretermitir resolver la apelación.

Dice la Procuradora que la nulidad por pretermitir el Tribunal el trámite de la apelación (segundo cargo) y por negar el derecho a la doble instancia y el acceso a la justicia (primer cargo), no los encuentra demostrados, además de que los aborda en un solo acápite por estar naturalmente ligados.

Afirma que es cierto que la sentencia del Tribunal no mencionó en el acápite de los "Vistos" la apelación presentada por la defensa de Garzón Bejarano, ni resumió sus argumentos en el capítulo de "Sustentación de la Impugnación". Sin embargo, resulta claro que sí se ocupó de la situación del procesado conforme a lo argumentado en el escrito de apelación.

La prueba de ello está en cotejar el contenido del escrito de la defensa y las consideraciones del Tribunal, pudiéndose observar que cada uno de los puntos de discusión planteados por el defensor del procesado fueron todos prolijamente contestados. Y si hubo algo que no fue objeto de pronunciamiento por parte del ad quem, se debió a que declaró la prescripción de la acción penal frente a esos punibles, como así quedó expresamente consignado en la sentencia de segunda instancia.

Por consiguiente, concluye que no se vulneró el principio de las dos instancias, ni se pretermitió el trámite de la apelación porque los argumentos del recurso obtuvieron respuesta.

De otra parte, afirma que tampoco cometió ningún error el juez de la causa al sustituir al defensor de confianza de Garzón Bejarano por uno de oficio, ya que para proceder así se fundó en el artículo 408 de la ley 600 de 2000, el cual permite que ante el comportamiento recurrente de inasistencia del defensor a la vista pública, pueda ser reemplazado por un apoderado de oficio, como en efecto se hizo, pues para el juez de conocimiento la inasistencia del defensor era persistente y así lo explicó en el acta de la diligencia.

Así mismo, dice que si el procesado no compareció a la audiencia pública, pese a haber sido oportunamente enterado de la fecha de su realización, debe entenderse su notificación por estrado de las decisiones allí adoptadas, como lo prescribe el artículo 182 de la ley 600 de 2000, vigente para el momento.

“De lo anterior lo que se evidencia es que fue legítimo el desplazamiento del defensor de confianza por uno de oficio, y que a pesar de que fue el mismo procesado el que solicitó que fuera ratificado su defensor de confianza, ni éste ni aquél demostraron el menor interés por comparecer al proceso en el que mediante varias comunicaciones se indicó a los interesados que pese a la designación de un defensor de oficio que sustituyó al de confianza éste podría retomar su función en el proceso si mostraba interés en comparecer al mismo. Pero ello no se cumplió pese a las citaciones para audiencia pública, es decir, ni el procesado ni su abogado de confianza comparecieron a la audiencia pública, al punto que en el momento en que correspondió ejercer la defensa a Garzón Bejarano debió intervenir su defensor de oficio por razón de la inasistencia del abogado contratado. Ya para cuando el abogado de confianza decidió regresar al proceso para ejercer la defensa en audiencia pública la oportunidad había precluido, de modo que si no pudo participar no fue precisamente por motivos atribuibles al juzgado sino a su propia desidia y desinterés, en el mejor de los casos”.

En consecuencia, al no existir violación al derecho a la defensa técnica, concluye que los cargos no están llamados a prosperar.

Tercer cargo. Nulidad por prescripción de la acción penal.

Dice la Procuradora que no obstante la incipiente motivación del actor al plantear el fenómeno de la prescripción, resulta comprensible su inconformidad y por ello se aborda el estudio del cargo, anunciando desde ya que, en su criterio, la acción penal por el delito de peculado por apropiación se encuentra prescrita, por lo siguiente:

“El delito de peculado por apropiación (artículo 133 del decreto ley 100 de 1980) contempla una pena de 6 a 15 años que se debe disminuir de la mitad a las tres cuartas partes porque como quedó consignado en la acusación (fl. 11 del cuaderno de la Fiscalía 3ª Delegada ante el Tribunal) y lo reconoció el Tribunal en el fallo de segundo grado al dosificar la pena (pág. 109 de la decisión de 2º grado) lo apropiado no superó los 50 salarios mínimos legales mensuales. Con la diminuyente comentada, aplicando la mayor proporción de rebaja al límite inferior y la menor disminución al mayor el marco punitivo queda entre los 18 y los 90 meses. La calidad de cómplice, que invoca el actor, también reconocida por la fiscalía en segunda instancia al resolver sobre la apelación de la acusación, según consta a folios 10 y 11 del mismo cuaderno, permite la rebaja del ámbito anterior de una sexta parte a la mitad. Frente al punto hay lugar a anotar que la sentencia condenó a Garzón Bejarano como autor cuando en la acusación se le dedujo la condición de cómplice, es decir, el sentenciador excedió el marco jurídico delimitado en el procesatorio con claro perjuicio para el citado y violación al debido proceso. Por ello, se impone el remedio ajustando la imputación a los términos de la acusación.

“En suma, previas las deducciones anteriores el ámbito de movilidad punitivo se ubica entre los 9 y los 75 meses de prisión; esta última cifra se rebaja en una cuarta parte por tratarse el agente de un interviniente que no reúne las calidades especiales exigidas para el sujeto activo (artículo 30, inciso 4 de la ley 599 de 2000), con lo que se obtiene una pena máxima de 52 meses y 7 días; reducido a la mitad el límite máximo por virtud de los artículos 83 y 86 de la ley 599 de 2000 se obtiene un término prescriptivo de

26 meses y 3 días que debe ajustarse a 60 ya que en ningún caso la prescripción puede ser inferior a los 5 años”.

De otra parte, considera la Procuraduría que tampoco puede tenerse al contratista Garzón Bejarano como servidor público y de allí predicar el correspondiente incremento punitivo de una tercera parte, toda vez que, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte, la cual cita, “no todo contratista del Estado asume esa calidad para efectos penales, sino sólo cuando el objeto de lo contratado lo es la prestación de un servicio público porque no es lo mismo la utilidad pública del servicio contratado que el

ejercicio de una función pública”, máxime cuando en este caso lo contratado fue la capacitación mediante conferencias dirigidas a servidores del municipio, lo que dista mucho de asimilarse a un verdadero servicio público como lo sería una concesión o la recaudación de impuestos.

Así, entonces, asevera que en este evento se consolidó la prescripción de la acción penal del delito de peculado por apropiación, pues desde la ejecutoria de la resolución de acusación, es decir, el 19 de julio de 2004, transcurrió el lapso máximo de pena previsto por la ley, fenómeno que ocurrió antes del 7 de septiembre de 2004, fecha en que se dictó el fallo de segunda instancia. Razón por la cual se impone la cesación de procedimiento por dicho motivo.

Por ello, concluye que el cargo prospera.

Causal segunda

Único cargo. Incongruencia.

Dice que el censor reprocha que Orlando Garzón Bejarano fuera acusado como cómplice de los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento

público pero condenado y penado como coautor.

Frente al planteamiento, advierte la Procuraduría lo siguiente:

“El Tribunal no pasó desapercibida la calidad de cómplice del procesado Garzón Bejarano, así se evidencia cuando menciona que si bien fue acusado por el instructor como coautor de los delitos imputados, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal modificó el grado de participación para tenerlo como cómplice (pág. 30, 33 y 91 de la decisión del Tribunal). Tal calidad fue decisiva para que el ad-quem aclarara la prescripción de la acción penal por el delito contra la fe pública, y aún la tuvo en cuenta para establecer que, en su criterio, no había operado la prescripción de la acción en el delito contra la administración pública (pág. 31 fallo de segunda instancia). También reconoce el verdadero grado de participación de Garzón Bejarano al sostener que como cómplice se le debe reajustar la sanción en razón a que una de las acciones penales en su contra había prescrito (pág. 108 fallo de segunda instancia).

“Por lo tanto, para la Procuraduría no existe explicación para que en el acápite titulado Aspectos comunes de las causas 1 y 7, el Tribunal hubiera afirmado que Garzón Bejarano tenía la calidad de autor y que la pena impuesta por el a quo se ajustaba a la calificación jurídica

“Se equivoca el sentenciador de segunda instancia porque el grado de participación imputado en la calificación a Garzón Bejarano por la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal no fue la de autor sino la de cómplice del delito de peculado por apropiación y por lo tanto no podía tasar la pena con los parámetros del coautor”.

Por lo tanto, refiere que el perjuicio así ocasionado es trascendente porque de haber deducido la rebaja punitiva omitida, la condena hubiera sido significativamente menor en tanto hubiera podido reducirse hasta en la mitad.

En síntesis, dice que al ser condenado Orlando Garzón Bejarano como coautor, cuando es evidente que se le acusó como cómplice, surge evidente la denunciada incongruencia, razón por la cual se imponga la declaratoria de inconsonancia.

Finalmente, agrega la Procuraduría que no se puede pasar por alto otro aspecto que genera incongruencia del fallo con respecto a la acusación, como lo es la imputación de la causal de mayor punibilidad consistente en la coparticipación criminal descrita en el numeral 10 del artículo 58 de la Ley 599 de 2000, toda vez que no fue imputada en la resolución de acusación de primera y segunda instancia.

Dice que es verdad que se mencionó en las dos decisiones que conforman el pliego de cargos que Garzón Bejarano actuó en connivencia con Gámez Marrugo. Sin embargo, jamás se le puso de presente que por esa circunstancia se haría acreedor a una pena mayor en el evento de una sentencia condenatoria. “Es claro que el fallo de primer grado no imputó esa agravante ya que para efectos de incremento punitivo sólo tuvo en cuenta la figura del concurso y la gravedad y modalidad del hecho punible. En consecuencia, a Garzón Bejarano se le sorprendió con la imputación de la circunstancia de mayor punibilidad de que trata el artículo 58-10 el 7 de septiembre de 2004 con ocasión del fallo de segunda instancia”.

Luego de citar la jurisprudencia que estudia el tema, concluye que el cargo debe prosperar y, por lo mismo, se impone el ajuste de la pena teniendo en cuenta el grado de participación por el que fue acusado Garzón Bejarano y, de manera oficiosa, se debe excluir la mencionada circunstancia genérica de agravación.

Causal primera

Primer cargo. Violación directa de ley sustancial

Afirma la Delegada que el cargo falla en la sustentación y demostración, puesto que el

actor se limita a señalar que la sentencia violó el principio de legalidad al dejar de aplicar por favorabilidad el tipo penal consagrado en el artículo 397 de la ley 599 de 2000 de preferencia al 133 de la ley 100 de 1980, ya que aquél era más favorable. “No pasa de transcribir el contenido de los artículos que en ambos estatutos se refieren al tipo penal, a la prescripción y al concurso sin explicar por qué es relevante el principio de legalidad en el argumento formulado, cómo el fallo se abstuvo de dar aplicación a la figura de la prescripción, cómo hizo un juicio errado sobre favorabilidad, en qué sentido el Estatuto penal vigente resulta favorable al caso particular, ni mucho menos hace un ponderado ejercicio numérico para demostrar que la acción penal se encuentra efectivamente prescrita, o acreditar el real perjuicio que se generó para el procesado, y además omite desentrañar los elementos de la descripción típica del delito de peculado por apropiación en las legislaciones involucradas y establecer cuál de las dos, y por qué, resulta más favorable”.

Dice que el tribunal se pronunció sobre la prescripción de los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica de documento público, partiendo para ello del marco punitivo previsto en la ley 100 de 1980, artículo 133, para el delito de peculado, y del marco previsto en el artículo 289 de la ley 599 de 2000 para el delito de falsedad.

Ahora bien, para la Procuraduría el término de prescripción para el delito de peculado por apropiación debió determinarse con la ley 100 de 1980, como efectivamente se hizo, “pero descartando el incremento de una tercera parte, en tanto, el agente no podía asimilarse a servidor público por no desarrollar una función pública y no estar acusado de un delito de contratación ilegal; y a la vez debió tener en cuenta la rebaja por la cuantía ya que si cada delito prescribe de manera independiente -como lo reconoce el ad-quem (pág. 30 de la decisión de segundo grado)- la cuantía para efectos de la rebaja de que trata el inciso 2º del artículo 133 del C. Penal de 1980 no es la que arroje la sumatoria de lo apropiado por todos los delitos de peculado que se cometieron sino la de cada una de las apropiaciones. Y si el salario mínimo para 1997 era de \$172.002,

resulta claro que ninguna de las apropiaciones sobrepasó en 50 veces esa cifra. Así, la disminución por la cuantía permite una pena máxima de 90 meses (cifra que se obtiene de la mitad del máximo de 15 años) que es inferior a los 120 (equivalentes a 10 años) que fija el artículo 397 del C. Penal vigente cuando la cuantía o excede de los 50 salarios mínimos. Llama la atención que el ad-quem considerara la sumatoria de todo lo apropiado por los sucesivos actos constitutivos de peculado para concluir que la acción no había prescrito, y en cambio estimara cada uno de los montos de manera independiente para reconocer la rebaja punitiva por razón de la cuantía al tasar la pena de prisión”.

Ahora bien, dice que respecto del delito de falsedad ideológica en documento público, la determinación del término de prescripción resulta más favorable en la ley 599 de 2000, artículo 286, porque allí la pena máxima es de 8 años, frente a los 10 previstos en el código derogado, artículo 218. Fue así como el Tribunal reconoció y decretó la prescripción por ese punible y la consecuente cesación de procedimiento a favor de Garzón Bejarano.

Por lo tanto, colige que la norma que regía el término prescriptivo para el delito de peculado por apropiación lo era la ley 100 de 1980, artículo 133, y no la Ley 599 de 2000 como lo pide el casacionista, “al paso que de haber reconocido el fallador la ingerencia que en dicho término tenía la rebaja por la cuantía y la calidad de particular del agente, habría advertido el fenómeno de la prescripción de la acción penal por el delito de peculado”.

En consecuencia, dice el demandante no demuestra el yerro porque alega que al aplicar el artículo 397 de la ley 599 de 2000 el Tribunal habría advertido la prescripción de la acción, cuando lo que habría ocurrido es que el lapso para la prescripción se habría calculado en un término superior porque la rebaja por razón de la cuantía es claramente inferior. No obstante, advierte la Procuraduría que al no reconocer el Tribunal la reducción que en el término de prescripción representa la diminuyente por la

cuantía y la calidad de particular del agente, procedía el reconocimiento de ese fenómeno.

Por consiguiente, “es lo procedente solicitar a la Corte que de oficio case el fallo y reconozca el fenómeno de la prescripción de la acción por el delito de peculado como consecuencia de lo antes dicho”.

Segundo cargo. Violación indirecta de la ley sustancial.

Luego de resaltar las deficiencias técnicas en que incurrió el actor en la presentación de este reproche y de indicar que transgredió el principio de no contradicción al mezclar argumentos propios de otra causal, afirma que no observa que la prueba hubiera sido supuesta, imaginada, omitida, tergiversada, o que de ella se hubieran hecho inferencias ilógicas. Por lo contrario, estima el ad quem sólo se apartó de las pruebas de descargo y otorgó mayor mérito probatorio a las de cargo, de modo que la censura formulada no pasa de ser la enunciación de un reproche que no desarrolla los presupuestos de la vía de ataque escogida y que de manera genérica deja entrever una inconformidad con la apreciación probatoria del juzgador.

Por ello, concluye que el cargo no está llamado a prosperar.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Demanda presentada a nombre de FERNANDO HELY MEJÍA ÁLVAREZ

Es claro que al amparo de las causales tercera, segunda y primera de casación, el defensor del procesado Mejía Álvarez presenta cuatro cargos contra la sentencia del Tribunal.

Debe recordarse que la coherencia conceptual y el rigor metodológico de la casación imponen que dentro de la demanda y su correspondiente respuesta se debe dar aplicación

al principio de prioridad en la invocación de las causales y la proposición de los cargos, toda vez que es necesario tener en cuenta la incidencia procesal que genere la prosperidad de alguno de ellos respecto del efecto corrector o invalidante del recurso extraordinario.

Ahora bien, como el actor plantea a través de la causal segunda (único cargo) una posible incongruencia entre la sentencia y la resolución de acusación, cuya consecuencia jurídica conduce, en su criterio, a la posible prescripción de los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público imputados a su defendido en la causa N° 1, hipótesis ésta expuesta con base en la causal tercera y través de los cargos primero y segundo, la Sala abordará su estudio en primer lugar y de manera conjunta, pues de prosperar, haría inane el estudio de los demás reproches por razón de la citada extinción de la acción penal.

Causal segunda, único cargo (incongruencia) y causal tercera, primer y segundo cargos (nulidad).

1. En primer lugar, afirma el actor que la sentencia del Tribunal Superior de Tunja transgredió el principio de consonancia, toda vez que, en su criterio, Fernando Hely Mejía Álvarez fue condenado como “autor” del doble delito de peculado por apropiación en concurso heterogéneo con el ilícito de falsedad ideológica en documento público, pese a que en la resolución de acusación de segunda instancia se le dedujo la calidad de “cómplice” frente a un sólo punible de peculado en concurso con la falsedad, yerro que impidió el adecuado ejercicio de la defensa.

En otras palabras, refiere que su representado fue acusado en calidad de cómplice por un solo delito de peculado por apropiación en concurso con la falsedad ideológica, mientras que el sentenciador lo condenó como autor de dos peculados y la citada falsedad ideológica.

En segundo término, predica el actor que al aceptarse que a su procurado se le convocó a juicio en calidad de cómplice de los mencionados delitos, lo que debió respetar el sentenciador, inevitablemente conlleva a la prescripción de la acción penal, la que operó para la falsedad ideológica antes del proferimiento de la sentencia de segunda instancia, y después de ella respecto del peculado.

2. Planteadas así las censuras, procede la Corte a estudiar inicialmente la alegada incongruencia:

Para tal efecto, se hace necesario examinar y confrontar la resolución de acusación con la sentencia, pues del cotejo de dichas piezas procesales se establecerá si se transgredió o no la armonía que debe existir entre estas dos providencias y que ahora es objeto de cuestionamiento.

En efecto, la Fiscalía Veintisiete Seccional de Garagoa, en la resolución por medio de la cual calificó el mérito del sumario, fechada el 24 de noviembre de 1998, respecto del acontecer fáctico indicó que el entonces alcalde de Garagoa, Hernando Francisco Gámez Marrugo, suscribió convenio con Fernando Hely Mejía Álvarez, representante legal de COMUNICALDAS Ltda., con el fin de ampliar el acueducto rural de la vereda Bancos de Páramo, motivo por el cual la Tesorería de ese municipio le canceló, el 14 de noviembre de 1997, la suma \$14.398.260, la cual constituía el 50% anticipado.

Posteriormente, después de que el 10 de diciembre de ese año se presentara el acta No. 01 sobre la terminación de la obra, se le pagó el valor de \$13.188.885, pese a que la “obra ni siquiera se había iniciado”.

En las consideraciones de esta providencia, la Fiscalía expresamente señaló que se procedía por el delito de peculado por apropiación, toda vez que se demostró que dineros depositados en las arcas de ese municipio fueron sacados ilícitamente con destino a terceras personas, quienes irregularmente acrecentaron su

patrimonio económico.

A su vez, respecto de la responsabilidad de Mejía Álvarez frente a la obra contratada, la Fiscalía de primera instancia dijo:

“Este como CONTRATISTA de la obra, nos dice que el objeto es la ampliación del acueducto rural de la Vereda Bancos de Páramo de esta municipalidad y como tantas veces hemos dicho, cómo se va ampliar una obra que no existe, de donde podemos colegir que desde el inicio de este contrato No. CGB03-1197 contamos con un interés ilícito por parte de los CONTRATANTES y logran de esta manera conseguir un anticipo del 50% del total del contrato, siendo la suma de \$14.398.260 y más tarde este doctor MEJIA ALVAREZ procede también a apropiarse en forma indebida de parte de los \$13.188.885.00 ML sacados de las arcas de la tesorería mediante el documento público falso,” suma millonaria ésta que reintegró en la etapa investigativa a favor de esta fiscalía más hasta la fecha continúa disfrutando en forma irregular del anticipo arriba señalado, por lo que tenemos que cometió este procesado el punible de “PECULADO POR APROPIACION” y en concurso con el delito de “FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO que tipifica y sanciona el artículo 219 del C. P.”.

Con base en esas consideraciones la Fiscalía Veintiséis Seccional, en la parte resolutive de la providencia calificatoria, acusó a Mejía Álvarez como “autor” de los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público.

Por su parte, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Tunja, el 3 de febrero de 1999, al desatar el recurso de apelación que interpusieron los defensores de los procesados (entre ellos el de Mejía Álvarez) contra aquella decisión, sostuvo:

“Se logró establecer a plenitud que la obra no se ejecutó, ni siquiera se dio inicio a su construcción, empero, el catorce (14) de noviembre del mismo año se canceló el 50% al contratista y el diez de diciembre siguiente con base en un documento apócrifo como es

el acta de obra parcial en la cual figura la realización de varios, cuestión falaz, el burgomaestre mediante resolución No. 1191 de diciembre 12 de 1997, reconoció y ordenó el pago a favor de la Cooperativa de Municipalidades de Caldas Ltda., la suma de \$13.188.885 suma que efectivamente se giró mediante cuenta de cobro a nombre de CLARA EUGENIA HOYOS ROBLES y el cheque a favor de la mentada Cooperativa y/o ERNESTO LOPEZ CASTRO, siendo cobrado en ventanilla por éste.

“Así es fácil inferir, que nos hallamos frente a un concurso de delitos cometidos por varias personas en concurso, luego debemos determinar el grado de responsabilidad que radica en cabeza de cada una de ellas”.

Más adelante, explicó que sólo en los delitos especiales la infracción funcional la puede cometer el autor “intraneus”, llegando a la conclusión de que Mejía Álvarez no tenía la cualificación especial que exigía el tipo penal, motivo por el cual modificó la imputación de “autor” a la de “cómplice”, para, con base en esas consideraciones, concluir que Mejía Álvarez se hallaba incurso en el delito de falsedad ideológica de documento público en concurso con el de peculado por apropiación en grado de “cómplice” y, justamente, por ese grado de participación le otorgó la libertad provisional.

Sobre este puntual aspecto el acusador de segunda instancia afirmó:

“Así, podemos precisar que en el presente caso estamos frente a un acuerdo de voluntades tendientes a obtener el mismo resultado, cual era la defraudación del erario municipal de Garagoa, luego los empleados de tal ente territorial incurrieron en calidad de coautores en la comisión del punible de peculado por apropiación en su propio beneficio y de terceros. Así mismo, FERNANDO HELY MEJÍA ÁLVAREZ y ERNESTO LÓPEZ CASTRO por cuanto no tienen la cualificación que exige el tipo penal, se hallan incursos en el mismo delito en calidad de cómplices”.

En la parte resolutive la resolución de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal confirmó los

numerales primero, cuarto, quinto, séptimo y undécimo de la decisión impugnada, adicionándola en el sentido de que los delitos de peculado y falsedad imputados fueron cometidos en concurso “heterogéneo sucesivo”.

En síntesis, observa la Sala que el procesado Fernando Hely Mejía Álvarez fue acusado en calidad de cómplice de las mencionadas conductas punibles.

Ahora bien, ¿qué razonamientos hizo el Juzgado Penal del Circuito de Garagoa sobre el tema objeto de estudio?

En la sentencia de primera instancia se sostuvo que las conductas de los procesados Gámez Marrugo y Mejía Álvarez se enmarcaron en dos momentos: el primero, cuando se celebró el contrato y a los dos días, es decir, el 14 de noviembre de 1997, se canceló el valor de \$14.398.260 como anticipo, y, el segundo, cuando el 12 de diciembre de 1997 la administración hizo el segundo desembolso por \$13.188.885.

Igualmente, el juzgador de primer grado concluyó en la existencia de un plan previo acordado entre los funcionarios de la Alcaldía Municipal de Garagoa y los empleados de Coomunicaldas Ltda., plan concebido para defraudar el patrimonio municipal y lesionar la administración pública a través de documentos falaces que vulneraron la fe pública, razón por la cual, al momento de efectuar la correspondiente dosificación punitiva, precisó que como el procesado Mejía Álvarez había incurrido “dos veces” en la conducta de peculado por apropiación, necesariamente se estructuraba un concurso homogéneo sucesivo.

En consecuencia, en la parte resolutive del fallo condenó a Mejía Álvarez como “autor” de los dos delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público en concurso heterogéneo y sucesivo.

Por su parte, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Tunja, al resolver el

recurso de apelación que los defensores de los procesados interpusieron contra la sentencia de primera instancia, acogió la situación fáctica plasmada por el juzgador de primer grado y, por lo mismo, condenó a Fernando Hely Mejía Álvarez como “autor” de los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público en concurso heterogéneo sucesivo.

Plasmada en esos términos la pieza acusatoria y la sentencia, observa la Sala que efectivamente el sentenciador de primera instancia extralimitó el marco jurídico consignado en la resolución de acusación, extralimitación que involucró dos aspectos: primero, agravó el grado de participación del procesado Mejía Álvarez, esto es, lo consideró autor en lugar de cómplice y, segundo, lo condenó por dos delitos de peculado en concurso homogéneo, cuando había sido acusado por uno sólo.

Cabe agregar que el Fiscal que intervino en el debate público no manifestó ninguna inconformidad con el contenido de la resolución de acusación y, por lo mismo, procedió a sustentarla, manteniendo incólume la tesis de acusación respecto de Fernando Hely Mejía como responsable de las multicitadas conductas punibles, además de que para la época en que se adelantó el juicio no existía disposición que permitiera la variación o modificación de la imputación, en la medida en que se encontraba rigiendo el Decreto 2700 de 1991, y si bien la audiencia pública culminó, después de 14 sesiones, el 23 de septiembre de 2003, cuando ya se encontraba rigiendo la Ley 600 de 2000, lo cierto es que bajo esa normatividad no se sugirió ni se varió la calificación jurídica provisional de la conducta punible, sin olvidar que las actuaciones y las diligencias que se hubieren iniciado, las mismas se regirán por la ley vigente a dicho tiempo, como así lo dispone el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

De otro lado, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha sido “conteste por principio para afirmar que la concreción fáctico-jurídica de la acusación determina los límites del juzgamiento y del fallo. En esas condiciones, éste no puede, so pena

de generar inconsonancia, agregar nuevas conductas, adicionar circunstancias de agravación punitiva o desconocer las de atenuación reconocidas por la fiscalía, ni modificar desfavorablemente el grado o formas de participación o culpabilidad”.¹

Además, con base en los lineamientos normativos del Código de Procedimiento Penal de 1991, (Decreto 2700), la Corte indicó “cuáles son los fundamentos y el alcance del principio procesal de la congruencia. Ello a partir de que la resolución de acusación es acto fundamental del proceso dado que tiene por finalidad garantizar la unidad jurídica y conceptual del mismo, delimitar el ámbito en que va a desenvolverse el juicio y, en consecuencia, fijar las pautas del proceso como contradictorio. Por eso la ley regula los presupuestos procesales de la acusación (art. 438), sus requisitos sustanciales (art. 441) y su estructura formal (art. 442). Por eso también la ley, al regular la estructura de la sentencia recoge el concepto de acusación como punto de referencia obligado (art. 180 # 1,3,5,7) y señala como vicio de la misma, demandable en casación, su falta de correspondencia (art. 220 #2)”.²

Teniendo en cuenta las anteriores directrices jurisprudenciales, en primer término, resulta claro que, en este caso, el sentenciador no podía pregonar el concurso homogéneo con relación al delito de peculado por apropiación, pues aunque en verdad la pieza acusatoria se refiere a dos actos a través de los cuales se llevaron a cabo dos apropiaciones, en parte alguna permite evidenciar que su apreciación frente al acontecer delictivo fue la de concluir que procedía un concurso material y homogéneo de delitos. Más parece ser que su entendimiento fue el de un delito unitario.

En otras palabras, el hecho de que los funcionarios hubiesen afirmado respecto de la situación fáctica que con ocasión del contrato de obra, celebrado el 12 de noviembre de 1997, el municipio de Garagoa se despojó de dos montos de dinero, uno cuando pagó el anticipo del 50% por la suma de \$14.398.260.00, y, el otro, cuando canceló \$13.188.885

por razón de contar con el acta parcial de la obra N° 1 del 10 de diciembre de 1997, no puede afirmarse el concurso homogéneo de peculados, menos cuando en ninguna de las partes resolutivas ni motivadas de las decisiones que acusaron se dedujo expresamente.

En realidad, la situación fáctica que constituyó el objeto procesal, en lo que a esta causa concierne, no arroja la claridad requerida para colegir que se está ante la comisión de dos delitos de peculado por apropiación. Por el contrario, como atinadamente lo refirió el Ministerio Público, la “posición es discutible al punto que para esta Delegada las circunstancias que rodearon los acontecimientos, en especial, el que la apropiación de las dos sumas de dinero fue producto del mismo designio criminal dirigido al aprovechamiento de dineros estatales con ocasión de la celebración de un único contrato, conllevan la prédica de un delito unitario, independientemente que la cancelación del susodicho convenio se realizara en dos oportunidades temporales diferentes”, pero nada distantes.

Por consiguiente, se ajusta a la realidad procesal la afirmación del libelista cuando afirma que al procesado se le sorprendió en la sentencia con una nueva imputación jurídica, que conllevó un serio incremento punitivo, como se advierte en el proceso de dosificación realizado en las instancias.

En esas condiciones, surge evidente la incongruencia al imputarse dos delitos de peculado en concurso homogéneo, cuando la acusación sólo contempló uno.

En segundo lugar, como ha quedado visto, también es clara la violación del principio de consonancia frente al grado o forma de participación, pues no obstante que a Fernando Hely Mejía se le acusó como “cómplice”, los juzgadores le imputaron la categoría de “autor” en la comisión de las conocidas conductas punibles, yerro que conlleva necesariamente a la prosperidad de la pretensión del actor, toda vez que esa variación de hecho conllevó a agravar su situación punitiva.

En efecto, en la parte motiva de la resolución de acusación proferida por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Tunja, fechada el 3 de febrero de 199, sobre este específico aspecto se dijo:

“Así, podemos precisar que en el presente caso estamos frente a un acuerdo de voluntades tendientes a obtener el mismo resultado, cual era la defraudación del erario municipal de Garagoa, luego los empleados de tal ente territorial incurrieron en calidad de coautores en la comisión del punible de peculado por apropiación en su propio beneficio y de terceros. Así mismo, FERNANDO HELY MEJIA ÁLVAREZ y ERNESTO LOPEZ CASTRO por cuanto no tienen la cualificación que exige el tipo penal, se hallan incurso en el mismo delito en calidad de cómplices” (Se destacó).

“El señor FERNANDO HELY MEJIA ALVAREZ a sabiendas que para el retiro del dinero del erario municipal, se utilizó documento falso, por que él personalmente debió haber concurrido a recibir el cheque en cuestión, sin embargo comisionó a sus subalternos, para después recibir parte de ese dinero del que usufructuó por varios meses, es de resalto que el acta falsa, como se ha establecido a los autos, fue elaborada en las oficinas de COMUNICALDAS, de la cual es su representante, por consiguiente, todo indica que también es partícipe en la comisión del atentado contra la fé pública. Igualmente ERNESTO LOPEZ CASTRO quien llevó los documentos en mención a las oficinas municipales, tuvo conocimiento del irregular trámite y como si fuera poco recibió el cheque, tomando parte del dinero y distribuyendo las otras cantidades a ANTONIO DE LA CRUZ PEREZ y el citado MEJIA ALVAREZ, luego se hallan incurso en el delito de falsedad ideológica de documento público en concurso con el de peculado por apropiación en beneficio propio, en grado de cómplices” (Subraya ajena al texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, surge claro que las motivaciones expuestas por la Fiscalía de segundo grado se centraron en demostrar, entre otros asunto, el por qué Mejía Álvarez debía responder como cómplice, consideraciones que resultaban vinculantes pese a

que en la parte resolutive de la providencia simplemente se haya mencionado que confirmaba los numerales primero, cuarto, quinto, séptimo y undécimo, omisión que no tiene la entidad suficiente como para dar al traste con toda la parte argumentativa que demuestra que la apelación fue resuelta por el superior en el sentido de degradar la forma de participación de autor a cómplice, delineamiento que fue extralimitado por el sentenciador, arrojando como resultado cierto una mayor punibilidad para el procesado.

En consecuencia, el cargo por incongruencia prospera.

3. Ahora bien, dice el censor que teniendo a su defendido como cómplice de los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica, necesariamente concluye en la prescripción de la acción penal de esas conductas punibles, planteamiento que hace a través de la causal tercera de casación, cargo primero.

Para abordar el análisis de este puntual tema, se hace indispensable estudiar primero lo relacionado con la calidad que ostentaba el procesado Fernando Hely Mejía Álvarez cuando suscribió con el municipio de Garagoa el mencionado contrato de obra para la ampliación del acueducto rural "Bancos de Páramos", es decir, si por razón de ese acto jurídico público adquirió una función pública y, por ende, la condición de servidor público, o siguió siendo un particular, aspecto jurídico que determina, para efectos de los términos de la prescripción, si se aplica el incremento de la tercera parte que establece el inciso quinto del artículo 83 de la Ley 599 de 2000 (antes artículo 82 del Decreto 100 de 1980).

En efecto, tradicionalmente ha venido sosteniendo la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal que a partir de la entrada en vigencia de la ley 80 de 1993, para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor en un proceso de contratación estatal, cumplen funciones públicas en lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con entidades estatales, y

les atribuyó la responsabilidad que en esa materia le señala la ley a los servidores públicos.

No obstante, también la jurisprudencia ha comenzado a decantar el punto, es decir, si los contratistas, como sujetos particulares, pierden su calidad de tal por razón de su vinculación jurídica contractual con la entidad estatal.

Frente a ello es indispensable destacar que para llegar a dicha conclusión, se hace necesario establecer, en cada evento, si las funciones que debe prestar el particular por razón del acuerdo o de la contratación, consiste en desarrollar funciones públicas o simplemente se limita a realizar un acto material en el cual no se involucra la función pública propia del Estado, pues esa situación define su calidad de servidor público a partir del momento que suscriba el convenio.

Por ello, si el objeto del contrato administrativo no tiene como finalidad transferir funciones públicas al contratista, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, con el fin de realizar materialmente los cometidos propios del contrato, necesario es concluir que la investidura de servidor público no cobija al particular.

En otras palabras, en este evento, se repite, el contratista se constituye en un colaborador de la entidad estatal con la que celebra el contrato administrativo para la realización de actividades que propenden por la utilidad pública, pero no en calidad de delegatario o depositario de sus funciones. Contrario sería cuando por virtud del contrato, el particular adquiere el carácter de concesionario, administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, actividades éstas que necesariamente llevan al traslado de la función pública y, por lo mismo, el particular adquiere, transitoria o permanentemente, según el caso, la calidad de servidor público.

Ello tiene su razón de ser jurídica, en la medida en que la función pública radica en cabeza del Estado. Sin embargo, como la Constitución y la ley prevén que es posible delegar dicha función, lógico es concluir que el particular, adquirente de la función pública, se convierta en servidor público.

En síntesis, cuando el particular, con motivo de la contratación pública, asume funciones públicas propias del Estado, se encuentra cobijado con la investidura de servidor público. Por el contrario, cuando dicho particular presta sus servicios para ejecutar obras de utilidad pública u objetos similares, no pierde esa calidad, en la medida en que su labor constituye una utilidad pública por razón del servicio contratado y no una función pública.

Sobre este puntual tema, la Jurisprudencia de la Sala ha dicho “el particular que contrata con la administración pública se compromete a ejecutar una labor o una prestación conforme al objeto del contrato y, en virtud de ese convenio, de conformidad con los artículos 123, inciso 3°, y 210, inciso 2°, de la Carta Política, en armonía con el inciso 2° del artículo 20 del Código Penal de 2000, -63 del estatuto represor anterior- puede ejercer funciones públicas temporalmente o en forma permanente, siendo la naturaleza de esa función la que permite determinar si puede por extensión asimilarse a un servidor público para efectos penales; ejemplo de tales eventualidades son las concesiones, la administración delegada o el manejo de bienes o recursos” (se subrayó).³

En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas adquiridas a través del vínculo contractual público, éste adquiere automáticamente la investidura de servidor público y, por lo mismo, asume las consecuencias que ella conlleva en los aspectos civiles, penales y disciplinarios. Por su parte, cuando la naturaleza del contrato no conlleva el transferimiento de una función pública al contratista, el mismo continúa manteniendo la calidad de

particular .

A la anterior conclusión también llegó la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corporación que al estudiar la constitucionalidad del artículo 56 de la Ley 80 de 1993, adujo sobre este específico tema:

“Simplemente el legislador, como autoridad competente para definir la política criminal, ha considerado que la responsabilidad penal de las personas con las cuales el Estado ha celebrado contratos para desarrollar una obra o cometido determinados, debe ser igual a la de los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado, o la de funcionarios al servicio de entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Tal tratamiento que, se insiste, no implica convertir al particular en un servidor público, tiene una justificación objetiva y razonable, pues pretende garantizar que los fines que se persiguen con la contratación administrativa y los principios constitucionales que rigen todos los actos de la administración, se cumplan a cabalidad, sin que sean menguados o interferidos por alguien que, en principio, no está vinculado por ellos.

“En otras palabras, la responsabilidad que en este caso se predica de ciertos particulares, no se deriva de la calidad del actor, sino de la especial implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una finalidad de interés público”.

Igualmente, explicó:

“Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública.

“Lo anterior es evidente, si se observa que el propósito de la entidad estatal no es el de transferir funciones públicas a los contratistas, las cuales conserva, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, en aras de realizar materialmente los cometidos públicos a ella asignados. Por lo tanto, por ejemplo, en el contrato de obra pública el contratista no es receptor de una función pública, su labor que es estrictamente material y no jurídica, se reduce a construir o reparar la obra pública que requiere el ente estatal para el alcanzar los fines que le son propios. Lo mismo puede predicarse, por regla general, cuando se trata de la realización de otros objetos contractuales (suministro de bienes y servicios, compraventa de bienes muebles, etc.).

“En las circunstancias descritas, el contratista se constituye en un colaborador o instrumento de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no en un delegatario o depositario de sus funciones.

“Sin embargo, conviene advertir que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc..

“En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador.⁴

Por consiguiente, no cabe duda que la condición de particular no se pierde cuando la naturaleza y finalidad de la contratación no implica el transferimiento de funciones públicas propias de Estado, salvo cuando el objeto del contrato delega una específica función estatal, conclusión a la que también llegó la Procuraduría Delegada en su concepto.

4. En esas condiciones, resulta evidente que en el presente asunto, el procesado Fernando Hely Mejía Álvarez no tiene la calidad de servidor público sino la de particular, habida cuenta que el objeto del contrato consistió en llevar a cabo la ampliación del acueducto veredal "Bancos de Páramo" del municipio de Garagoa, actividad específica que no conllevó la delegación de una función pública. Por el contrario, se trató de un contrato de obra pública que representó un servicio de utilidad pública y no de función pública.

Así, entonces, para efectos de la prescripción, no se tendrá en cuenta el aumento de que trata el inciso 5° del artículo 83 de la Ley 599 de 2000 (artículo 82 del Código Penal de 1980).

Debe recordarse que Mejía Álvarez fue acusado como cómplice de los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, según resolución de acusación de segunda instancia, fechada el 3 de febrero de 1999, conductas punibles contempladas, para la época de los hechos, en los artículos 19, inciso 1°, de la Ley 190 de 1995 y 219 del Decreto 100 de 1980, respectivamente.

En cuanto al delito de peculado por apropiación, el artículo 19, inciso 1°, de la citada Ley 190 de 1995 consagraba una pena que oscilaba entre 6 y 15 años de prisión, siempre y cuando la cuantía no fuera inferior a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes ni superior de 200, (recuérdese que la cuantía en este caso ascendió a \$27.587.145,00 la cual se ubica dentro de los extremos señalados), punibilidad que se

mantienen igual en el artículo 397 del actual Código Penal (Ley 599 de 2000).

Siendo la pena máxima de 15 años (180 meses) y teniendo en cuenta que a Mejía Álvarez se le acusó como cómplice, de acuerdo con el artículo 30 de la Ley 599 de 2000, antes artículo 24 del Código Penal de 1980, a aquél quantum se le debe disminuir una sexta (1/6) parte, obteniendo un total parcial de 12 años y 6 meses (150 meses) como sanción máxima para efectos de la prescripción.

Ahora bien, como se produjo la interrupción del término prescriptivo de la acción penal con la ejecutoria de la resolución de acusación (3 de febrero de 1999), caso en el cual principia a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del máximo indicado, implica que el término de prescripción es de 6 años 3 meses (75 meses).

Significa lo anterior que la acción penal del delito de peculado por apropiación prescribió el 3 de mayo de 2005, es decir, después de haberse proferido la sentencia de segunda instancia (7 de septiembre de 2004), la cual aún no ha cobrado ejecutoria por razón del trámite de la casación, habiendo llegado el proceso a esta Corporación 15 de diciembre de 2005.

Respecto de la falsedad ideológica en documento público debe predicarse igual conclusión, pues el artículo 286 de la Ley 599 de 2000 contempla para este delito pena máxima de 8 años (96 meses) de prisión, norma aplicable por ser más favorable que el derogado artículo 219 del Decreto 100 de 1980 (consagraba sanción de 3 a 10 años de prisión), máximo aquél que al disminuirle la sexta parte por razón de la complicidad, se obtienen 6 años y 8 meses (80 meses), cifra que al reducirla a la mitad por razón de la interrupción del término prescriptivo, arroja un resultado inferior a 5 años. Pero como en ningún caso puede ser inferior a 5 años la prescripción en el juicio, se tendrá éste último como lapso para dicho efecto, según el artículo 86 del Código Penal de 2000.

Lo anterior lleva a la conclusión inequívoca de que la acción penal del delito de

falsedad ideológica en documento público prescribió el 3 de febrero de 2004, es decir, antes de haberse dictado sentencia de segunda instancia.

En consecuencia, el cargo por prescripción prospera, razón por la cual la Sala así lo declarará y, por ende, cesará procedimiento en favor de Fernando Hely Mejía Álvarez por los mencionados delitos.

Finalmente, por sustracción de materia no se estudiará el cargo restante formulado con base en la causal primera.

Demanda presentada a nombre de ORLANDO GRAZÓN BEJARANO

Al amparo de las causales tercera, segunda y primera de casación, el defensor del procesado Garzón Bejarano formula seis cargos contra la sentencia del Tribunal.

Al igual que con la anterior demanda, el libelista plantea a través de la causal segunda (único cargo) una probable incongruencia entre la sentencia y la resolución de acusación, cuya consecuencia jurídica conduce, en su opinión, a la posible prescripción de la acción penal del delito de peculado por apropiación imputado a su defendido en la causa 7, hipótesis ésta última que sustenta en la causal de nulidad y través del cargo tercero.

Por ello, la Sala abordará su estudio en primer lugar y de manera conjunta, pues de prosperar, haría inane el estudio de las demás censuras por razón de la mencionada extinción de la acción penal.

Causal segunda, único cargo (incongruencia) y causal tercera, cargo tercero.

1. Sostiene el actor que a su defendido se le acusó como cómplice del delito de peculado por apropiación y, no obstante, el sentenciador lo condenó como "coautor", irregularidad que viola el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia.

De igual manera, asegura que la acción penal del delito de peculado por apropiación prescribió, máxime si se tiene en cuenta su condición de cómplice, situación que, de manera inequívoca, a esa conclusión.

2. En cuanto al tema relacionado con la incongruencia, como acertadamente lo resaltó la Procuradora Delegada, resulta curioso observar que el Tribunal Superior de Tunja no pasó desapercibida la calidad de cómplice del procesado Garzón Bejarano, hecho que se evidencia cuando reconoció en el fallo que si bien el sindicado había sido acusado en primera instancia como coautor de los delitos imputados, de todos modos la Fiscalía Delegada ante el Tribunal modificó el grado de participación para tenerlo como cómplice.

Es más, esa calidad de cómplice fue determinante para que el Tribunal declarara la prescripción de la acción penal del delito contra la fe pública que se le había imputado y, además, la tuvo en cuenta para concluir que, en su criterio, no se encontraba prescrita la acción penal del delito de peculado.

Igualmente reconoció el ad quem dicho grado de participación de Garzón Bejarano cuando sostuvo que en su condición de cómplice se debía reajustar la sanción, toda vez que una de las acciones penales en su contra había prescrito. Así expresamente se refirió el Tribunal:

"Prescribiéndose la acción en alguna de las causas según consta en el acápite respectivo, se confirmará la condena en cuanto a las no prescritas, debiendo redosificar la pena donde no operó este fenómeno en algunas

conductas, que corresponden a la Causa N° 1999-089-00 (es la causa N° 7, atacada en casación): ORLANDO GARZÓN BEJARANO por PECULADO POR APROPIACIÓN en calidad de cómplice...” (Se destacó).

Siendo ello así, no hay explicación para que en el capítulo titulado “ASPECTOS COMUNES DE LAS CAUSAS 1 Y 7”, el Tribunal hubiese afirmado que Garzón Bejarano tenía la calidad de “coautor” y que, por ello, la pena impuesta por el a quo se ajustaba a la calificación jurídica. En los siguientes términos se expresó:

“Al dosificar la pena, el a-quo aplicó las normas penales vigentes para la ocurrencia de los hechos que les era más favorable a los encausados Hernando Francisco Gámez Marrugo, Alirio Antonio Angarita, Abrahan Mendoza, Fernando Hely Mejía Álvarez y Orlando Garzón Bejarano; y revisada la tasación de las mismas, se ajusta a la calificación jurídica, a la condición de autores, según las circunstancias y el marco punitivo para cada delito por los que fueron condenados ...” (Negrilla ajenas al texto).

Teniendo en cuenta los anteriores aspectos consignados en el fallo de segundo grado, resulta cierto que el Tribunal se equivocó, ya que el grado o la forma de participación que la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal atribuyó en la resolución de acusación a Garzón Bejarano fue el de cómplice y no el de coautor del delito de peculado por apropiación. Siendo ello así, es obvio que el juzgador de segundo grado no podía graduar la pena con los parámetros del coautor, como en efecto lo hizo, pues revisada la sentencia por ningún de los apartes pertinentes se observa que haya hecho la disminución que la ley establece para el cómplice.

Surge claro, entonces, que el Tribunal, al condenar a Orlando Garzón Bejarano como coautor, desconoció el marco jurídico consignado en la resolución de acusación, dentro de la cual se dispuso convocarlo a juicio como cómplice de un concurso de delitos de peculado por apropiación.

De ahí que, como también lo conceptúa el Ministerio Público, resulte evidente y trascendente la incongruencia entre la acusación y el fallo.

El cargo prospera.

3. En lo que se refiere a la prescripción, se hace necesario hacer las siguientes precisiones:

La Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de Tunja, mediante resolución de segunda instancia fechada el 19 de julio de 1999, acusó a Orlando Garzón Bejarano por un concurso homogéneo de peculados, “en calidad de cómplice”, toda vez que con el alcalde del Municipio de Garagoa, Hernando Francisco Gámez Marrugo, suscribió cuatro contratos, los cuales firmó el 2 de enero, el 30 de abril, el 16 de junio y el 22 de septiembre de 1997, por valor, cada uno, de \$1.000.000, \$.1.500.000, \$5.400.000 y \$1.100.000, respectivamente, con el fin de dictar unos cursos de capacitación a los empleado del municipio, “sin que dichos servicios se hubiesen prestado”,

Por ello, la Fiscalía imputó un concurso de peculados por apropiación, adecuando las conductas en el “inciso 2° del artículo 133 del Código Penal, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995”, toda vez que “la cuantía es inferior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales”.

En esas condiciones, teniendo en cuenta que cada delito prescribe de manera independiente, se tiene que la pena máxima para el peculado en este caso es de 90 meses, cifra que se obtiene de disminuir a 15 años (180 meses) la mitad que establece el inciso 2° del artículo 19 de la Ley 190 de 1995, modificadorio del artículo 133 del Decreto 100 de 1980, pues, en cada peculado, la cuantía no supera los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Pero como se trata de un cómplice, a los 90 meses se le debe disminuir una sexta

(1/6) parte, según lo dispuesto por el artículo 30 del Código Penal (artículo 24 del Decreto 100 de 1980), obteniéndose una pena máxima de 75 meses.

Ahora bien, como se produjo la interrupción del término prescriptivo de la acción penal con la ejecutoria de la resolución de acusación, caso en el cual principia a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del máximo indicado, pero en ningún caso puede ser inferior a cinco (5) años, se tendrá éste último como lapso para efectos de la prescripción, según el artículo 84 del Decreto 100 de 1980 (artículo 86 de la Ley 599 de 2000).

Significa lo anterior que dentro del presente asunto, la acción penal de los cuatro delitos de peculado por apropiación se ha extinguido por causa de la prescripción, fenómeno que se materializó el 19 de julio de 2004, fecha anterior al proferimiento del fallo de segunda instancia.

No está de más agregar que, como quedó expuesto en la contestación de la anterior demanda, no se tiene en cuenta el incremento de la tercera parte de que trata el artículo 83 del Código Penal, pues al contratista Garzón Bejarano no puede tenersele como servidor público en la medida en que el objeto de los contratos, los cuales se suscribieron para dictar unos cursos de capacitación, no conllevaron la delegación de una función pública.

En consecuencia, el cargo por prescripción prospera, razón por la cual la Sala así lo declarará y, por ende, cesará procedimiento en favor de Orlando Garzón Bejarano por los mencionados delitos, decisión que hace innecesario el estudio de los restantes cargos formulados por el libelista.

Ahora bien, como quiera que la acción civil se ejercitó al interior del presente diligenciamiento, al tenor de lo que disponía el artículo 108 del antiguo Código Penal, hoy artículo 98 de la Ley 599 de 2000, también se declarará su prescripción.

Por último, si bien es cierto que los acusados Garzón Bejarano y Mejía Álvarez carecían de la calidad de servidores públicos, también lo es que teniéndoseles como cómplices (según tesis vigente para la época en que se calificó el mérito del sumario) o como intervinientes (según calificación que siendo más favorable se utilizó en la sentencia de primer grado), lo evidentes es que en una u otra condición conlleva a la conclusión inequívoca que la acción penal por los delitos imputados se encuentra prescrita.

Acotación final

1. Ahora último, el defensor del procesado Abraham Mendoza Alfonso, quien fue condenado dentro de la causa N° 1 por el delito de peculado por apropiación, en escrito que presentó afirma que la acción penal se encuentra prescrita, por lo que solicita de la Sala el correspondiente pronunciamiento.
2. Frente a tal petición, debe la Corte afirmar que no le asiste razón, en la medida que la acción penal no se encuentra prescrita.

En efecto, la Fiscalía 27 Seccional de Garagoa, mediante resolución fechada el 24 de noviembre de 1998, acusó a Mendoza Alfonso, quien para la época de los hechos se desempeñaba como Tesorero Municipal de dicha localidad, como coautor del delito de peculado por apropiación en cuantía de \$27.587.145,00, decisión que fue confirmada, el 3 de febrero de 1999, por la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de Tunja.

Así, como anteriormente se indicó, teniendo en cuenta que la pena máxima para el mencionado delito es de 15 años y toda vez que se presentó la interrupción de la prescripción, dicha sanción quedaría en 7 años y 6 meses, lapso que a su vez se debe incrementar en la tercera parte (art. 83 del C. Penal), puesto que Mendoza Alfonso era un servidor público, lo que arroja un resultado de 10 años, término que contabilizado desde el 3 de febrero de 1999 a hoy, aún no se ha agotado.

En consecuencia, se negará la petición.

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 la Ley,

R E S U E L V E

1. CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada.
2. En consecuencia, DECLARAR la prescripción de la acción penal y civil de los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público imputados en la causa N° 1 (1999-0019-00) a FERNANDO HELY MEJÍA ÁLVAREZ, y los delitos de peculado por apropiación imputados en la causa N° 7 (1999-0089-00) a ORLANDO GARZÓN BEJARANO, de acuerdo con lo razones expuestas en esta sentencia. Por lo mismo, se ORDENA cesar todo procedimiento respecto de los citados procesados y por razón de los delitos mencionados.
3. En lo demás el fallo no sufre ninguna modificación.
4. Negar la solicitud de prescripción elevada por el defensor del procesado ABRAHAM MENDOZA ALFONSO.
5. Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el Tribunal de origen.

MAURO SOLARTE PORTILLA

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Aclaración de voto

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria

1 Casación 21900 del 20 de abril de 2004. Ver también casaciones 18457 del 14 de febrero de 2002, 15787 del 21 de enero de 2004 y 21287 del 4 de agosto de 2004, entre otras.

2 Casación 13588 del 3 de noviembre de 1999.

3 Ver casación 19695 del 13 de julio de 2005.

4 Sentencia C-563 del 7 de octubre de 1998.