

Proceso No 25676

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrada Ponente:

MARINA PULIDO DE BARÓN

Aprobado Acta N°.09.

Bogotá, D. C., febrero primero (1°) de dos mil siete (2007).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por los defensores de los procesados MANUEL DE JESÚS NÚÑEZ VENGOECHEA, LUIS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO, y HERNÁN JAVIER PULIDO CARDOZO contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá de fecha mayo 7 de 2004, mediante el cual confirmó en lo esencial la sentencia dictada por el Juzgado 44 Penal del Circuito de la misma ciudad el 8 de noviembre de 2002, por cuyo medio condenó a los dos primeros como cómplices del delito de peculado por apropiación y al último en la misma calidad por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

En la sentencia de segunda instancia, se efectuó una compilación adecuada de los supuestos fácticos que dieron origen a la presente actuación, en el siguiente sentido:

“En razón de su cargo como Director de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones -

CAPRECOM- el señor Hernán José Mogollón Bacca, celebró una serie de contratos, los cuales presentaron distintas irregularidades en el desarrollo de la etapa precontractual que coadyuvaron al descalabro económico de esta entidad.

Dicha defraudación vinculó a funcionarios subalternos y a particulares, quienes incrementaron su patrimonio a costa del presupuesto estatal, evitando para tal fin el procedimiento de la licitación pública, donde la gerencia de esta entidad contrató directamente, desconociendo fehacientemente los principios fundamentales que rigen la contratación estatal, situación que llevó a iniciar investigación penal en contra de la gerencia, resultando de ésta, una acumulación de causas seguidas por el ente fiscalizador en contra de los mismos sujetos”.

A las diferentes instrucciones penales que se abrieron por los anteriores hechos, fueron vinculados Hernán José Mogollón Bacca, gerente de la entidad perjudicada, Aldemar Franco Montenegro, Orlando José Araque García, Miguel Antonio López Sánchez, Alfonso Gutiérrez Martínez, Jaime Losada Suárez y Orlay Quintero Mallungo, así como los particulares contratistas MANUEL DE JESÚS NÚÑEZ VENGOECHEA, LUIS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO y HERNÁN JAVIER PULIDO CARDOZO.

Clausuradas las investigaciones, se calificó su mérito con resolución de acusación, de la siguiente forma:

La Fiscalía 287 Seccional de esta ciudad el 26 de mayo de 1998, en contra de Hernán José Mogollón Bacca, como presunto autor del delito de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos formales y, como supuestos cómplices, a los procesados LUIS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO por la conducta de peculado por apropiación, Alfonso Gutiérrez Martínez por tentativa del mismo delito y HERNÁN JAVIER PULIDO CARDOZO por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en concurso homogéneo. Esta decisión cobró ejecutoria el 2 de julio

siguiente.

La Fiscalía Quinta Seccional de Popayán el 22 de octubre de 1999 adoptó la misma determinación en contra de Hernán José Mogollón Bacca, como presunto autor del concurso de delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público agravada por el uso y de Jaime Losada Suárez como supuesto cómplice de peculado por apropiación y determinador de falsedad ideológica en documento público agravada por el uso.

Por su parte, la Fiscalía Quinta adscrita a la Unidad Nacional Especializada en delitos contra la Administración Pública de Bogotá, el 26 de febrero de 2001 dictó igual determinación en contra de Hernán José Mogollón Bacca y Aldemar Franco Montenegro como posibles coautores de los delitos de peculado por apropiación, peculado por aplicación oficial diferente e interés ilícito en la celebración de contratos y de Orlando José Araque por los punibles de peculado por apropiación, interés ilícito en la celebración de contratos y falsedad ideológica en documento público agravada por el uso. Por su parte, acusó a Miguel Antonio López Sánchez como autor del reato de prevaricato por omisión y, en calidad de presuntos cómplices, a los procesados Orlay José Quintero por el delito de interés ilícito en celebración de contratos y MANUEL DE JESÚS NÚÑEZ VENGOECHEA, por peculado por apropiación. Esta decisión fue confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de la misma ciudad el 13 de junio de 2001.

La fase del juicio correspondió tramitarla al Juzgado 44 Penal del Circuito de Bogotá despacho que, un vez acumuló las causas que se adelantaron con fundamento en las investigaciones anteriores y surtió el trámite legal pertinente, dictó sentencia de primera instancia el 8 de noviembre de 2002, por cuyo medio condenó al procesado Hernán José Mogollón Bacca a las penas principales de treinta (30) años de prisión, multa por valor de \$ 880.166.691, correspondientes al valor de lo apropiado, y 660 salarios

mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de diez (10) años, tras encontrarlo autor penalmente responsable de los delitos de peculado por apropiación, peculado por aplicación oficial diferente, contrato sin cumplimiento de requisitos legales, falsedad ideológica en documento público agravada por el uso, en concurso homogéneo y heterogéneo.

También profirió sentencia de condena en relación con los siguientes procesados, según se expone a continuación:

-Aldemar Franco Montenegro como autor penalmente responsable de los delitos de peculado por apropiación, peculado por aplicación oficial diferente y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en concurso homogéneo y heterogéneo, a las penas principales de veinticinco (25) años y diez (10) meses de prisión, multa por valor de \$ 706.065.301, correspondientes al valor de lo apropiado, y 550 salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de diez (10) años.

-Orlando José Araque García como autor penalmente responsable de los delitos de peculado por apropiación, falsedad ideológica en documento público agravada por el uso y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en concurso homogéneo y heterogéneo, a las penas principales de veintiún (21) años y cuatro (4) meses de prisión, multa por valor de \$ 222.937.254, correspondientes al valor de lo apropiado, y 175 salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de diez (10) años.

-Miguel Antonio López Sánchez como autor penalmente responsable del ilícito de prevaricato por omisión en concurso homogéneo a las penas principales de seis (6) años y cuatro (4) meses de prisión, multa por valor de 140 salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo

lapso de la privativa de la libertad.

-HERNÁN JAVIER PULIDO CARDOZO como cómplice del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo, a las penas principales de siete (7) años y tres (3) meses de prisión, multa por valor de 160 salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de cincuenta (50) meses.

-LUIS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO como cómplice del delito de peculado por apropiación en concurso homogéneo, a las penas principales de siete (7) años y seis (6) meses de prisión, multa por valor de \$ 106.962.464, correspondientes al valor de lo apropiado, e interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal.

-Alfonso Gutiérrez Martínez como cómplice del delito de peculado por apropiación en la modalidad de tentativa a las penas principales de cinco (5) años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

-Jaime Losada Suárez como cómplice del delito de peculado por apropiación y determinador de falsedad ideológica en documento público agravada por el uso en concurso homogéneo y heterogéneo, a las penas principales de once (11) años de prisión, multa por valor de \$ 139.533.390, correspondientes al valor de lo apropiado, e interdicción de derechos y funciones públicas por un período de diez (10) años.

-Orlay José Quintero como cómplice del ilícito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo, a las penas principales de cinco (5) años y seis (6) meses de prisión, multa por valor de 48 salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por un período de treinta y un (31) meses.

-MANUEL DE JESÚS NÚÑEZ VENGOECHEA como cómplice del delito de peculado por apropiación, a las penas principales de seis (6) años y ocho (8) meses de prisión, multa por valor de \$ 34.442.400 (valor de lo apropiado) e interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal.

En la misma providencia, se absolvió a Hernán José Mogollón Bacca y Aldemar Franco Montenegro del delito de peculado por apropiación en favor de terceros “en relación con los contratos suscritos con Luis Fernando Pabón Hernández –contratos 056 y 078/94 y 098/95” y a Miguel Antonio López Sánchez por el delito de prevaricato por omisión, imputado “con relación al contrato No. 117/95”.

Así mismo, se condenó al pago de perjuicios materiales en la cantidades estipuladas a los procesados Hernán José Mogollón Bacca, gerente de la entidad perjudicada, Aldemar Franco Montenegro, Orlando José Araque García, Jaime Losada Suárez, MANUEL DE JESÚS NÚÑEZ VENGOECHEA y LUIS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO y se absolvió de dicho pago a los sindicatos HERNÁN JAVIER PULIDO CARDOZO, Orlay Quintero Mallungo y Miguel Antonio López Sánchez.

De igual forma, se negaron los beneficios de suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria a los inculcados Hernán José Mogollón Bacca y Orlando José Araque, mientras que se concedió el segundo a Aldemar Franco Montenegro.

Contra esta determinación, interpusieron recurso de apelación el apoderado de la parte civil en representación de CAPRECOM, los defensores de los procesados Hernán José Mogollón Bacca, Orlando José Araque, Aldemar Franco Montenegro, MANUEL DE JESÚS NÚÑEZ VENGOECHEA, LUIS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO y HERNÁN JAVIER PULIDO CARDOZO.

En razón de lo anterior, el Tribunal Superior de Bogotá el 7 de mayo de 2004 dictó

sentencia de segunda instancia, mediante la cual adoptó las siguientes determinaciones:

Revocó la condena en contra del procesado Miguel Antonio López Sánchez y, en su lugar, lo absolvió del cargo por el delito de prevaricato por omisión en concurso homogéneo.

Reformó la condena en contra de los procesados Mogollón Bacca, Franco Montenegro y Araque García “por la celebración del contrato 162 de 1996”, variando la calificación del delito de peculado doloso, que “se dedujo en la sentencia”, por culposo.

De esa forma, redujo las penas impuestas a los procesados referidos en los siguientes términos:

A doscientos dieciséis (216) meses de prisión y multa por valor de \$ 791.426.192, correspondientes al valor de lo apropiado, y a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes la de Hernán José Mogollón Bacca. Dejó incólume el término establecido para la interdicción de derechos y funciones públicas.

A ciento ochenta (180) meses de prisión y multa por \$ 617.324.802 (valor de lo apropiado) y 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes la de Aldemar Franco Montenegro, sin sufrir variación la pena de interdicción de derechos y funciones públicas.

A ciento treinta y dos (132) meses de prisión y multa por \$ 222.937.254 (valor de lo apropiado) y 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes la de Orlando José Araque García, sin que tomara determinación alguna en relación con la interdicción de derechos y funciones públicas.

A veinticuatro (24) meses de prisión y, en el mismo lapso, la interdicción de derechos y funciones públicas, la impuesta a Alfonso Gutiérrez Martínez.

A sesenta (60) meses de prisión y, por la misma duración, la interdicción de derechos y funciones públicas de LUIS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO. La pena de multa se dejó en la misma cantidad.

A cincuenta y cuatro (54) meses de prisión y, por el mismo lapso, la interdicción de derechos y funciones públicas, la de HERNÁN JAVIER PULIDO CARDOZO. La multa se tasó en 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A treinta y dos (32) meses de prisión la de Orlay Quintero Mallungo. No tomó determinación en relación con las demás sanciones.

A cuarenta y cuatro (44) meses de prisión y, por el mismo lapso, la interdicción de derechos y funciones públicas la de Jaime Losada Suárez. La multa se estableció en \$ 50.259.501.

Inconformes con la anterior decisión, los defensores de los procesados Jaime Losada Suárez, Orlando José Araque García, Aldemar Franco Montenegro, Orlay Quintero Mallungo, MANUEL DE JESÚS NÚÑEZ VENGOECHEA, LUIS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO y HERNÁN JAVIER PULIDO CARDOZO, interpusieron en su contra recurso extraordinario de casación.

Posteriormente, el Tribunal, admitió el desistimiento presentado por los dos primeros defensores y declaró desiertos los recursos interpuestos por Franco Montenegro y Quintero Mallungo.

Remitida la actuación a la Sala, mediante auto de fecha 28 de junio de 2006 admitió las demandas presentadas por los defensores de los sindicados MANUEL DE JESÚS NÚÑEZ VENGOECHEA, LUIS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO y HERNÁN JAVIER PULIDO CARDOZO, por lo que procede ahora a pronunciarse de fondo a través de este providencia.

## LAS DEMANDAS

Corresponde en este acápite realizar la compilación de las demandas allegadas por los defensores de MANUEL DE JESÚS NÚÑEZ VENGOECHEA, LUIS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO y HERNÁN JAVIER PULIDO CARDOZO; sin embargo, se prescindirá de ello en relación con la del último en mención habida cuenta que, como se expondrá más adelante, la acción penal que se sigue por el único delito seguido en su contra actualmente se encuentra prescrita, fenómeno que, bien está señalarlo, se consolidó desde mucho antes de que el expediente arribara a esta Corporación para el estudio sobre los presupuestos de lógica y debida argumentación de las demandas presentadas.

### 1. Demanda presentada por el defensor del procesado MANUEL DE JESÚS NÚÑEZ VENGOECHEA:

Bajo la égida de la causal primera prevista en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el casacionista formula tres cargos contra el fallo impugnado; el primero de ellos, con carácter principal, por violación directa y, los dos últimos, formulados subsidiariamente, por violación indirecta de la ley sustancial, todos los cuales, a su juicio, condujeron a la aplicación indebida de los artículos 30 del Código Penal vigente y 133 del estatuto punitivo anterior (modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995) y la correlativa falta de aplicación de los artículos 1° al 5° y 21 de la última codificación en cita. Los reparos se proponen en los siguientes términos:

#### 1.1. Primer cargo, violación directa de la ley sustancial:

Señala el censor que se incurrió en este quebranto porque lo que se tuvo como probado no se adecua típicamente a los elementos del delito de peculado por apropiación por el cual se condenó a su defendido en calidad de cómplice.

A partir de la reproducción literal de algunos fragmentos del fallo impugnado,

aduce que el Tribunal aceptó la celebración, ejecución y liquidación del contrato cuestionado y únicamente reprochó haber dado preferencia a la cotización del representante legal de la empresa “Nobel Impresores” y no a la presentada por la Imprenta Nacional “siendo que existía entre una y otra una diferencia económica ostensible”.

Al respecto, agrega que no se tuvo en consideración que en los procesos licitatorios no siempre se debe optar por la propuesta más económica, sino por aquella que, además de un buen precio, ofrezca mejores condiciones de calidad en materiales, trabajo y cumplimiento oportuno del contrato.

Señala que los juicios valorativos del juzgador al afirmar la existencia del delito contra el interés de la Administración Pública, no se compadecen con lo que se dio por probado, porque ellos de ningún modo constituyen demostración fehaciente de que hubo apropiación de bienes del Estado, motivo por el cual el comportamiento imputado deviene simplemente atípico, máxime si se tiene en cuenta que la providencia impugnada “pasó por alto aspectos, también probados por concurrentes medios aplicados en la actividad vericatoria o reconstructiva, que establecen que el valor o precio de lo cotizado por NOBEL IMPRESORES, fue apenas lo justo para la contratación propuesta y efectuada”.

Desde esa perspectiva, entonces, lo que se tuvo por probado en el proceso no se refleja en el mundo de lo real y, por lo tanto, no se corresponde con la hipótesis descrita en la norma que describe el punible de peculado por apropiación, a lo que se suma que como la complicidad es accesoria de la autoría y requiere que el punible en relación con el cual se pregona tenga existencia jurídica, mal se puede considerar responsable penalmente a su defendido.

Añade que también se dejó de aplicar la previsión dispuesta en el artículo 21 del

estatuto penal de 1980, regulador de la relación causal, a partir de la cual se deduce que su defendido no es responsable penalmente, por cuanto “él no tiene por qué asumir las reales o supuestas irregularidades internas que administrativamente pudieron ocurrir en CAPRECOM, pues, en relación con tal situación no tiene la condición de garante, ligado con el deber social de cuidado para evitar exceder el riesgo permitido, puesto que, como supuesto cómplice no podía ejercer, por no tenerlo, el dominio del hecho”.

En consideración a lo expuesto, solicita casar la sentencia recurrida y, en su lugar, dictar el fallo que en derecho corresponda “absolviendo a MANUEL DE JESÚS NÚÑEZ VENGOECHEA”.

1.2. Segundo cargo (subsidiario). Violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de existencia:

Para el defensor, las sentencias de primera y segunda instancia incurren en error de hecho por falso juicio de existencia en la apreciación probatoria, lo cual condujo a la violación de las disposiciones sustanciales atrás señaladas y, como normas medio, de los artículos 232, 233, 234 y 238, del estatuto procesal penal.

Lo anterior, debido a que los juzgadores omitieron la valoración de las siguientes probanzas:

1. Las cotizaciones que obran en la carpeta correspondiente al contrato 157 del 95, concurrentemente con la de la empresa “Nobel Impresores” por valor de \$70.300.000 y que presentaron las firmas “Consorcio Gráfico Ltda.” por monto de \$82.600.000, “Beyerg Ltda.” por \$82.000.000 y “Diseños y Promociones” por \$83.000.000, las cuales “reflejan objetivamente, como demostración, que lo cotizado y contratado por y con ‘Nobel Impresores’, estuvo por debajo de los otros cotizantes”; en consecuencia, que “los parámetros económicos se dieron apenas dentro de lo justo y racional”.

2. Las cotizaciones presentadas por “Artes Gráficas Industriales Ltda.”, “Industria Litográfica Boston y Cia. Ltda.”, “Impresora Litus Ltda.”, “Color Cuatro” y “A Todo Color” muy similares a la de “Nobel Impresores”.
3. Los testimonios de Juan Camilo Pulido Arce, Germán Méndez Tobón, Hernando Gutiérrez Patiño, Francisco Javier Salamanca Rosas y Orlando Rodríguez Medina, los cuales “versan sobre un trabajo y material no de las calidades en elementos y labor equivalentes a lo contratado con ‘Nobel Impresores’ y realizado por esta empresa”.
4. Las declaraciones de Rafael Humberto Salcedo y Nelson Enrique Castro, quienes en condición de representantes legales de las otras empresas cotizantes en forma clara y responsiva suministraron información seria y atendible en relación con la cotización presentada y el contrato que celebró “Nobel Impresores”.

En contraste, agrega, los sentenciadores basaron la declaración de responsabilidad de su prohijado únicamente en el oficio del 9 de octubre de 1995 dirigido a la Imprenta Nacional y la respuesta que dio esta empresa, en la solicitud de una cotización que también tenía como destino la misma firma, de fecha agosto 11 del mismo año, en el certificado de disponibilidad presupuestal, en el contrato firmado entre CAPRECOM y “Nobel Impresores”, en la póliza de seguro constituida por esta última y en las indagatorias de Hernán Mogollón Bacca y MANUEL DE JESÚS NÚÑEZ VENGOECHEA.

Si no se hubiera incurrido en este “trascendental error de hecho”, asegura que el fallo sin duda alguna hubiera sido absolutorio, pues lo que se desprende de las pruebas no valoradas es que el contrato celebrado entre MANUEL DE JESÚS NÚÑEZ VENGOECHEA, como representante de la firma “Nobel Impresores”, y CAPRECOM, cumplió parámetros económicamente razonables con la obtención de una utilidad

apenas justa, sin que haya existido apropiación ilícita de bienes del Estado a favor de servidores públicos o de particulares.

El yerro a que hace referencia determinó que el sentenciador “alejado de todo análisis y valoración racional, en forma por demás simplista”, concluyera “la existencia jurídica del delito de Peculado por Apropiación y la complicidad en el mismo del señor NÚÑEZ VENGOECHEA, cuando esta última figura, como dispositivo amplificador del tipo, es dependiente accesoriamente de la autoría, es decir, por la condición anotada, jurídica, ontológica y lógicamente la complicidad no tiene existencia autónoma e independiente”.

Acto seguido, señala que como el sentenciador desconoció pruebas legalmente producidas en el proceso incumplió el deber funcional que le asistía de decidir con fundamento en la oportunamente recaudada, así como de valorarla conforme a los principios de la sana crítica.

Solicita, en consecuencia, casar la sentencia impugnada y proferir, en su lugar, fallo absolutorio a favor de su prohijado.

1.3. Tercer cargo (subsidiario). Violación indirecta de la ley sustancial por falso raciocinio.

A juicio del demandante este yerro se evidenció por cuanto el sentenciador en la valoración de las pruebas “se divorcia de la lógica, la experiencia y el sentido común” al reducir a sólo tres aspectos la existencia del delito de peculado por apropiación, como también la participación a título de cómplice del procesado, esto es, a la solicitud y respuesta de la cotización por parte de la Imprenta Nacional, a la diferencia de precio entre los distintos oferentes y a la amistad existente entre el director de CAPRECOM y el procesado.

Con esa actitud, añade, el juzgador olvidó valorar otras pruebas obrantes en el proceso “tales como varios testimonios y otras cotizaciones”, análisis que resulta sesgado y, por ende, violatorio de las reglas de la sana crítica, lo cual determina el yerro propuesto, por desconocimiento del contenido del artículo 238 del estatuto procesal que exige su valoración conjunta y, en su lugar, dio paso a subjetividades y juicios caprichosos extraños a la persuasión racional.

Sobre el particular, aduce que “es falaz y paralogístico” el argumento del Juzgado, compartido por la segunda instancia, de dar por establecida la lesividad al patrimonio estatal, como expresión de la antijuridicidad material del delito contra la Administración Pública, en “la diferencia económica existente entre el precio o el valor de lo ofrecido en la cotización de ‘Nobel Impresores’, finalmente contratado y ejecutado, con lo cotizado por la Imprenta Nacional por el mismo trabajo de impresión”; ello, porque a semejante determinación se llegó luego de sustraerse a valorar un cúmulo de pruebas, como las otras cotizaciones presentadas por las empresas “Consortio Gráfico Ltda.”, “Beyerg Ltda.”, “Diseños y Promociones”, “Artes Gráficas Industriales Ltda.”, “Industrias Litográficas Boston y Cia. Ltda.”, “Impresiones Litus Ltda.”, “Color Cuatro” y “A todo Color”, a través de las cuales se demuestra objetivamente que el costo y precio de la oferta del procesado fue justo y razonable de acuerdo con la calidad de los materiales utilizados, el trabajo aplicado y la clase de impresión que se garantizaba.

Agrega que a partir de un análisis racional, lógico y basado en la experiencia y en el sentido común, no se podía limitar la valoración probatoria a la sola confrontación insular, parcial y simple de las dos cotizaciones en comento, sino que han debido considerarse las demás señaladas, con un criterio imparcial y objetivo, para evitar caer en el falso raciocinio que denuncia.

A la deficiencia anterior, prosigue, se suma otra “no menos palmaria”, consistente en

abstenerse de considerar que de acuerdo con la regulación del Estatuto de Contratación o Ley 80 de 1993 y otras disposiciones que lo complementan, la oferta más económica no siempre constituye una regla absoluta que deba acogerse en los procesos licitatorios, porque igualmente es necesario tener en cuenta la calidad y condiciones de las demás.

Añade que se incurrió en la misma modalidad de error en la apreciación de las probanzas al dejar de apreciar “otra serie de elementos probatorios”, refiriéndose específicamente a los testimonios de Juan Camilo Pulido Arce, Germán Méndez Tobón, Hernando Gutiérrez Patiño, Francisco Javier Salamanca Rosas, Orlando Rodríguez Medina, Rafael Humberto Salcedo y Nelson Enrique Castro, todos ellos alusivos al trabajo contratado con “Nobel Impresores”.

Así mismo, destaca, se incurrió en la misma incorrección por distorsión del “análisis probatorio” al tener como fundamento de la participación de su defendido la amistad que sostenía con el director de CAPRECOM, pues por ninguna parte del proceso se constata que dicha circunstancia hubiera influido para cometer el delito.

Sobre el particular, puntualiza que la experiencia de las relaciones humanas no permite colegir que el vínculo de afecto entre las personas indefectiblemente determine que estén de acuerdo para delinquir, lo cual tan sólo se acepta como una mera posibilidad o probabilidad, grados de conocimiento que no implican demostración y mucho menos certeza excluyente de duda razonable.

En ese mismo sentido califica de “desfasado” el análisis valorativo de la prueba concluyente cuando se señala, desde la misma instrucción, que “Nobel Impresores” era una empresa de fachada, lo que está fuera de todo contexto lógico porque las pruebas obrantes en el proceso objetiva y racionalmente demuestran todo lo contrario.

Para el censor, entonces, el error consistente en que el juzgador se abstuvo de

examinar la prueba en su totalidad condujo a que incurriera en el error de raciocinio que postula, porque no está acreditado que su defendido convino previa o concomitantemente con el director de CAPRECOM para auxiliar o ayudar a la ejecución del delito y menos aun cuando se da por establecido un supuesto de hecho que no guarda correspondencia con la hipótesis legal del peculado por apropiación.

En virtud de lo anterior, solicita casar el fallo impugnado y absolver al procesado.

2. Demanda presentada por el defensor del procesado LUÍS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO.

Formula tres cargos contra el fallo impugnado, con sustento en la causal primera de casación prevista en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000. Los dos primeros reparos por violación directa de la ley sustancial y, el tercero, por violación indirecta.

2.1. Primer cargo. Violación directa de la ley sustancial.

Comienza por indicar el censor que la causal de casación que invoca a través de esta censura condujo a la aplicación indebida del artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, que sanciona el tipo penal de peculado por apropiación, modificado por los artículos 18 y 19 de la Ley 190 de 1995, error en que se incurrió por aplicar “una norma sustantiva que no corresponde a lo que se tiene como probado dentro del proceso y constituye la situación fáctica objeto de análisis”.

Para sustentar su pretensión, señala que a partir de lo consignado en el fallo impugnado en cuanto a la responsabilidad de su defendido -fragmentos que transcribe literalmente- se quebranta de manera flagrante el principio de no contradicción “en tanto la conducta del encausado, la encuadra en un tipo penal, que para otros efectos, sabe que no la puede contener, precisamente por no reunir las condiciones necesarias para ello, como lo son, las especiales calidades del sujeto agente”

Dicho de otro modo, agrega, no obstante el fallador parte de aceptar que su defendido realizó materialmente la conducta típica, admite al mismo tiempo que no era posible encuadrarla en el tipo penal en comento por no reunir las condiciones especiales que se exigen del sujeto activo, por lo que opta por imputar responsabilidad a título de cómplice “como si existiera el injusto de complicidad en el peculado como figura autónoma en el Código Penal”.

Adicionalmente aduce que no es posible considerar como constitutivo del detrimento patrimonial del Estado y por tanto del delito de peculado, la conducta de obtener una ganancia por parte de su defendido, porque ello no la hace necesariamente ilícita.

Esto, en tanto no puede ser típica de peculado la conducta de quien adquiere un producto y lo oferta por un precio muy superior y menos si dicha oferta es aceptada, así el adquirente sea una persona de derecho público, pues ello sería tanto como considerar delictivos todos los eventos en que se actúa con ánimo de lucro.

Por consiguiente, una conducta ajustada a derecho, como aquella propia de la búsqueda de utilidad, a la postre desplegada por su defendido, no se corresponde ni naturalística ni jurídicamente al supuesto de hecho del delito imputado, basado en la indebida apropiación de bienes de propiedad del Estado y específicamente de los dineros del patrimonio de CAPRECOM, en virtud de un contrato que “no fue descalificado como para dar lugar a la imputación de un delito de aquellos relativos a la contratación”.

En síntesis, puntualiza que se incurre en el yerro alegado “bien por estar atribuyendo la realización material de la conducta a quien no la puede realizar por no reunir las condiciones requeridas, bien porque se pretenda encuadrar en el supuesto de hecho del tipo penal una conducta que es a todas luces lícita; o bien porque se pasen por alto los elementos de la conducta desplegada por el sujeto, para equipararla con la

contenida en el tipo penal que cuenta con unas características disímiles, lo cierto es que todo ello comporta de manera conjunta e incluso individualmente consideradas, una indebida aplicación del artículo 133 del Código Penal vigente para la época de los hechos, en tanto se tiene como típica una conducta que no corresponde a tal descripción”.

De acuerdo con lo expuesto, solicita casar el fallo impugnado, para en su lugar absolver a su defendido.

## 2.2. Segundo cargo. Violación directa de la ley sustancial.

A través de este reparo el casacionista sostiene que el sentenciador aplicó indebidamente el artículo 30 de la Ley 599 de 2000 referente a la complicidad.

Comienza por advertir que aun cuando esta censura está estrechamente relacionada con la anterior, opta por exponerla separadamente, pues aunque se plantea también por violación directa de la ley de carácter sustancial, difiere en cuanto a la norma que es objeto de indebida aplicación (complicidad), por cuanto no se compadece con lo que está demostrado en el proceso.

Indica que el yerro alegado a través de este reparo deviene del hecho de que la condena a título de cómplice apareja un juicio de valor a partir del cual se verifique que ha existido un aporte eficaz al injusto de otro quien, por reunir las calidades exigidas en el tipo legal, se yergue en el autor de la infracción penal; sin embargo, la sentencia recurrida tiene como base otra situación de hecho que no se ajusta a tal imputación, por cuanto atribuye al procesado la realización material de la conducta típica consistente en obtener una “superlativa y desbordada” ganancia con la venta de los equipos médicos a CAPRECOM, situación que fácticamente se adecua al injusto principal, pero que se pretende atribuir como una situación accesoria.

Desde ese punto de vista, añade, “erróneamente se tiene como típica la conducta sin serlo efectivamente”, siendo lo determinante “que se están confundiendo conceptos en torno a la participación que conllevan la indebida imputación a título de cómplice, cuando ello no era procedente en tanto debía realizarse un análisis diverso, seguramente ajeno a la posibilidad de comisión de un delito con un sujeto activo calificado”.

En síntesis, indica que el error que postula es de identidad dado que “no se trató de una benévola concesión en el juicio de valor”, pues se entiende de las conclusiones del juzgador que el procesado “recorre integralmente el tipo con su conducta” como si se tratara de un autor, pero a renglón seguido aplica la consecuencia de otra categoría dogmática, como lo es la del cómplice quien apenas presta una ayuda a la ejecución del delito.

Expresa que tal yerro fue determinante para la atribución de responsabilidad de su defendido, por cuanto no se demuestra la existencia de un hecho punible ajeno al que su defendido haya contribuido y si no existe nada principal a lo que acceda su conducta, resulta un imposible jurídico atribuir responsabilidad a su defendido a título de cómplice.

3.- Tercer cargo (subsidiario). Violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho por falso juicio de identidad.

Señala el casacionista que se incurrió en esta causal a consecuencia de un error de hecho por falso juicio de identidad en la valoración probatoria que determinó la indebida aplicación del artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980.

Dicho error, agrega, se produjo “en torno a la prueba del sobre-coste de los elementos y equipos vendidos por Touriño Abasolo a CAPRECOM”, lo que incidió para tener como típica la conducta de su defendido cuando en realidad no lo es.

En procura de su demostración, indica el casacionista que de acuerdo con lo expuesto

por el juzgador es típica la conducta consistente en que LUÍS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO obtuvo una ganancia desproporcionada en la venta de los equipos médicos que previamente había adquirido a un precio muy inferior, con lo cual dio por demostrado que existió un detrimento del patrimonio del Estado y, paralelamente, una indebida utilidad a favor del procesado cuando realizó su venta a CAPRECOM.

Agrega que el simple hecho de existir diferencia entre el precio de adquisición y el de reventa de un producto, no es demostrativo de que se haya ocasionado detrimento patrimonial al Estado o que esa diferencia corresponde a una indebida apropiación de dineros públicos, pues tal diferencia puede responder “a oscilaciones del precio propias de su fijación con base en precios del productor inicial determinados en monedas extranjeras, a un cambio en las condiciones del mercado que haya determinado un aumento desproporcionado de la demanda frente al mismo producto, o incluso a un actuar especulativo, pero en todo y de acuerdo con las reglas de la experiencia, no supone indefectiblemente, la causación de un detrimento al comprador”.

Contribuye a demostrar dicho aserto, la diferencia de precio que dio el mismo distribuidor directo respecto de un equipo que en los primeros meses del año tuvo un valor de sesenta millones de pesos incluido el impuesto de IVA y, a los pocos meses, se había incrementado su valor en cuarenta y cuatro millones de pesos, sin que esa simple comparación, similar a la que hizo el juzgador, signifique que dicha empresa, por la superlativa diferencia que se presentó en un corto periodo de tiempo, haya incurrido en tentativa de peculado.

Por lo expuesto, a juicio del demandante, se incurre en error de valoración de la prueba cuando el sentenciador concluye que en razón de la diferencia de precios de adquisición y de venta a CAPRECOM, se causó un detrimento indebido al patrimonio del Estado, porque lo primero no es condición de lo segundo ya que muchas otras razones podían confluir a su explicación.

Sostiene que la sentencia tuvo en cuenta para demostrar la producción del perjuicio que para un específico equipo la empresa MERCK en junio de 1996 lo cotizó a la Clínica Fray Bartolomé de las Casas por un valor infinitamente menor al de compra por parte de la entidad oficial a la “Comercializadora Touriño y Uribe y Cia Ltda.”. y si bien a primera vista tal valoración se muestra acorde con la lógica y las reglas de la sana crítica, ello finalmente se desvirtúa habida consideración de las condiciones reseñadas, también relevantes, que tornan diferente la contratación con una u otra empresa, como las modalidades de pago, las obligaciones adicionales a la entrega, los costos al negociar con entidades de carácter público (pólizas, publicaciones y demás) o las variaciones de las demandas del mercado.

Con fundamento en lo anterior, estima que es evidente que se incurrió en el error de apreciación probatoria referido por tergiversación absoluta de la prueba y que, de no haber incurrido en él, “inexistente sería la circunstancia que se tiene como determinante del perjuicio patrimonial para la entidad estatal y por tanto la conducta que se considera encuadra en el tipo penal de peculado, de tal manera que no habría sido imputada la comisión de tal ilícito a LUIS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO”.

Por consiguiente, solicita casar el fallo objeto de impugnación y, en su lugar, absolver al procesado de los cargos que le fueron imputados como cómplice del delito de peculado por apropiación.

#### CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Cuarto Delegado para la Casación Penal, comienza por realizar algunas disertaciones generales en punto del fenómeno de la complicidad, las que por ser válidas para la situación de todos los recurrentes se sintetizarán a continuación, no así se procederá en relación con sus reflexiones respecto del contenido de la demanda presentada por el defensor del procesado HERNÁN JAVIER PULIDO CARDOZO, puesto

que, como el mismo representante de la sociedad lo señala, a su favor opera el fenómeno de la prescripción de la acción penal seguida en su contra desde antes de que se profiriera el fallo impugnado.

Expone el Procurador Delegado que a partir de la definición legal de la complicidad su "comportamiento no es por si mismo adecuado al tipo penal determinado que realiza el autor". Ello, en tanto el cómplice simplemente colabora en un hecho típico ajeno y por eso su participación es accesoria y así funciona en el ámbito del injusto típico, de modo que "si el autor obra amparado por una causal de justificación que hace desaparecer la ilicitud en términos absolutos, la exención de responsabilidad también se hace extensiva al partícipe", lo que también se puede expresar en el sentido de que si bien el cómplice no realiza el acto punible descrito en el tipo penal que otro lleva a cabo, su responsabilidad presupone que se realice la conducta típica y antijurídica por parte del autor.

Aduce que los tres recurrentes fueron condenados en calidad de cómplices y todos en forma unánime rechazan esa imputación con fundamento en la misma causal primera de casación en sus dos sentidos de infracción de la ley de carácter sustancial.

Acto seguido, se ocupa de los planteamientos expuestos en la demanda de casación presentada por el defensor del procesado HERNÁN JAVIER PULIDO CARDOZO que, por lo consignado en el párrafo inicial de este acápite, no se abordarán en esta providencia.

Culminada la disertación del Procurador Delegado en punto de tales planteamientos, se ocupa, en forma conjunta, de las demandas de casación presentadas por los defensores de los procesados MANUEL DE JESÚS NÚÑEZ VENGOECHEA y LUÍS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO.

Así, comienza por referir al primer cargo de dichos libelos, cuyo fundamento radica en la

violación directa de la ley sustancial, orientados a cuestionar la adecuación típica del comportamiento realizado con base en los elementos configurativos del delito de Peculado por Apropiación que impiden imputación a título de complicidad.

Al respecto, sostiene inicialmente que en estas censuras se incurrió en algunas incorrecciones referentes a los presupuestos de lógica y debida argumentación, para luego precisar que en los fallos de instancia es indudable que la declaratoria de responsabilidad de los procesados recurrentes surge como cómplices del delito de peculado por apropiación a favor de terceros, cuya autoría imputa a Hernán José Mogollón Bacca porque si bien se encontró que no existe la prueba de la apropiación de dinero por parte suya, la hay en cuanto a que tuvo el propósito doloso de contratar en su condición de Director de CAPRECOM “y en ejercicio del cargo con personas a las que estaba unido por lazos de amistad para que estas obtuvieran desmesuradas ganancias en detrimento del patrimonio estatal”.

Puntualiza que los impugnantes se limitan a reproducir las consideraciones sobre la situación en particular de los procesados a nombre de quienes presentan las respectivas demandas y de ese modo el yerro que se atribuye al fallo “se manifiesta segmentado del contexto integral del fallo”.

Así ocurre, añade, en relación con la censura propuesta por el defensor de NÚÑEZ VENGOECHEA orientada a demostrar que no se estableció su responsabilidad en calidad de cómplice, pues se le imputa la realización material de la conducta descrita en el tipo penal de peculado, pero ello no se corresponde con la ayuda o colaboración a un delito ajeno producto del acuerdo previo o concomitante que caracteriza a la complicidad.

Sin embargo, expone el Delegado que para la teoría subjetiva no fue impedimento tener como partícipe al sujeto que realiza personalmente la acción delictiva que se describe en el tipo penal.

A continuación, se refiere a la teoría del dominio del hecho como criterio diferenciador o delimitador entre autoría y participación, al considerar que entre varios concurrentes en un hecho, responderá en calidad de autor aquél que tiene el dominio de la acción, de la funcionalidad del hecho, o de la voluntad de otro.

Expone que el legislador nacional eventualmente también requiere que esa figura central del suceso presente ciertas características particulares o tenga ciertos deberes a su cargo, como en el caso de los delitos especiales, para que sea considerado como autor, de modo que la violación del principio lógico de no contradicción que se predica del Tribunal porque a pesar de atribuir al procesado la realización material de la conducta típica de peculado se lo condena por complicidad, no se alcanza a entender “porque mediante la argumentación de mayor a menor si basta la simple ayuda o colaboración de la persona para que se lo declare responsable de la complicidad del delito de otro, a fortiori si el aporte es mayor porque realiza la conducta misma conjuntamente con el autor, y nada de extraño tiene que por razones de índole estrictamente dogmática, se considere al que tiene el dominio de la acción pero no cumple con los requisitos especiales que el legislador exige para la condición de autor de un delito, un simple partícipe, a título de determinador o de cómplice”.

Por lo mismo, agrega el Procurador Delegado, carece de sentido la opinión expuesta en el segundo cargo de la misma demanda por cuyo medio se censura la indebida aplicación del dispositivo amplificador del tipo a partir de que no se razonó o adelantó el juicio que se debió cifrar en la simple ayuda o colaboración para dar por establecido el supuesto de hecho de la norma.

En relación con la prédica contenida en las dos demandas en cuanto a que la adecuación del comportamiento de los procesados a la descripción típica del delito de peculado por apropiación obedeció a errores de hecho en la apreciación probatoria determinantes de infracción indirecta de la ley de carácter sustancial respecto de la

prueba del sobrecosto de los elementos y equipos vendidos a CAPRECOM, señala que es claro que desconocen los presupuestos de un tal tipo de error, pues es cuanto a la censura presentada por el defensor de TOURIÑO ABASOLO lo que en verdad subyace es “un sofisma de composición mediante el cual pretende que las deducciones del juzgador sean entendidas como un atributo intrínseco de la prueba, y en esa forma deja clara su intención de oponerse a los razonamientos conclusivos del Tribunal”.

Por su parte, añade que en relación con la censura presentada por el defensor de NÚÑEZ VENGOECHEA “basta leer los apartes pertinentes de la sentencia del Tribunal para poner de presente que al revés de lo que se sostiene, no se soslayó el cotejo del precio de los otros oferentes”, como también lo hizo el sentenciador de primer grado respecto de la calidad del trabajo de compilación de las normas jurídicas de CAPRECOM.

Además, para el Procurador Delegado, si bien es cierto que este profesional se ocupó de indicar los elementos de convicción que sirvieron de fundamento a las sentencias de primera y segunda instancia, en manera alguna los cuestiona o descalifica por deleznales, en su lugar, lo que hace es postular en cargo separado un falso raciocinio, por la argumentación “falaz y paralogística” que determinó el incumplimiento legal por parte del juzgador del análisis total y particular de las pruebas dentro de la órbita de la sana crítica.

Pero en ese propósito, agrega el Procurador Delegado, tampoco demuestra el carácter manifiesto y grave del falaz razonamiento que atribuye a los sentenciadores por haber llegado a la certeza de la existencia del ilícito con fundamento en el examen de las pruebas que estimó suficientes, prescindiendo de otras, sino que simplemente se conforma con la generalidad de anunciar el quebranto de la lógica, ciencia y experiencia o sentido común.

Así mismo, las afirmaciones del libelista sobre la necesidad conforme a la ley de

contratación administrativa de tener en cuenta otras condiciones distintas a la del precio menor de la oferta y la de no tener como regla común el acuerdo delictivo con base únicamente en la amistad, no alcanzan a desvirtuar por completo todos los fundamentos que sirvieron al fallo para llegar a la certeza de la comisión del delito y la responsabilidad penal de autor y cómplices, constituyendo apenas una opinión diferente frente a las pruebas.

Como son protuberantes los desaciertos de las demandas y a ello se aúna la falta de razón de la pretensión, ello obliga a la desestimación de la totalidad de los cargos.

En el capítulo siguiente del concepto, el Procurador Delegado refiere a “otras determinaciones”, a través del cual puntualiza que la acción penal seguida en contra de LUÍS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO por el delito de peculado por apropiación en su calidad de cómplice, referida a los contratos 205 y 245 de 1996, en los que el valor apropiado fue de \$16'510.000 y \$23'433.000, respectivamente, se encuentran prescritas.

Lo mismo sucede, según el Representante del Ministerio Público, con relación a otros procesados que no ostentan la calidad de recurrentes. En primer lugar, respecto de la acción penal seguida en contra de Alfonso Gutiérrez, a quien se le profirió resolución de acusación como cómplice del delito de peculado por apropiación en grado de tentativa, por el contrato No. 301 de 1996 y cuya cuantía no superó los \$31'900.000,

Igualmente se verificó el fenómeno extintivo de la acción penal en cuanto a la adelantada en contra del procesado Orlay Quintero Mallungo, a quien se le profirió resolución de acusación en calidad de cómplice del delito de interés ilícito en la celebración de contratos.

Con sustento en lo expuesto, solicita desestimar los cargos propuestos en cada una de

las demandas y de oficio casar el fallo respecto de los procesados HERNÁN JAVIER PULIDO CARDOZO y LUÍS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO, declarando la extinción de la acción penal por la delincuencia que se le imputo al primero, mientras al segundo en relación con el delito de peculado por apropiación por cuantía de \$16.510.000 y \$23.433.000 relacionado con los contratos 205 y 245 de 1996. Del mismo modo, sugiere disponer la cesación de procedimiento a favor de Alfonso Gutiérrez Martínez y Orlay Quintero Mallungo, por prescripción de la acción penal de los delitos de peculado por apropiación que se imputó al primero y de interés ilícito en la celebración de contratos al segundo.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cuestión previa:

Prescripción de la acción penal:

Previo a adoptar decisión de fondo en relación con las demandas presentadas por los defensores de los procesados LUIS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO y MANUEL DE JESÚS NÚÑEZ VENGOECHEA advierte la Sala que algunas de las acciones derivadas de los delitos por razón de los cuales se adelantaron procesos separados que, en la etapa de la causa fueron acumuladas, ya prescribieron, lo que torna indispensable su declaratoria, a los cual se procederá previas la siguientes consideraciones:

Para facilitar la labor de establecer el cómputo del término prescriptivo de cada uno de tales delitos, la Sala abordará su estudio en forma independiente, no obstante lo anterior, antes de proceder a efectuar dicho cálculo, oportuno se ofrece precisar las reglas legales que rigen la determinación del término de prescripción.

En ese orden de ideas, se tiene que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000 (en el mismo sentido, el artículo 80 del Decreto Ley 100 de 1980,

vigente para la fecha en que se cometieron la totalidad de las conductas), en la etapa de la causa el término de prescripción de la acción penal se interrumpe y comienza a correr a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación por un tiempo igual a la mitad del establecido para la fase de instrucción, sin que pueda ser inferior a cinco (5) años, como así lo indica el artículo 86 de la primera normatividad en cita y el 84 de la segunda.

Adicionalmente, cabe indicar que por virtud de que la totalidad de las conductas imputadas se cometieron en vigencia del Decreto Ley 100 de 1980, es necesario, en procura de establecer el máximo de la pena, efectuar cotejo con las disposiciones de la Ley 599 de 2000, a fin de determinar cuál resulta favorable para los efectos del cómputo que ocupa la atención.

Pues bien, de conformidad con la metodología anunciada, encuentra la Sala que en relación con la primera causa acumulada actualmente están prescritas las acciones penales seguidas en contra de los procesados recurrentes en casación HERNÁN JAVIER PULIDO CARDOZO por el concurso homogéneo de delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en calidad de cómplice y LUIS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO por el delito de peculado por apropiación que se le imputó también en esa calidad respecto de los contratos 205 y 245 de 1996.

Así mismo, están prescritas las acciones penales seguidas en contra de los procesados no recurrentes en casación Hernán Mogollón Bacca, como autor del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y la seguida en contra de Alfonso Gutiérrez Martínez a título de cómplice de tentativa de peculado por apropiación, respecto del contrato 301 de 1996.

Para los efectos indicados, es preciso tener en cuenta que la resolución de acusación

proferida por la Fiscalía 287 Seccional de Bogotá es de fecha 26 de mayo de 1998 y que cobró ejecutoria el 2 de julio de la misma anualidad, fecha en la cual el mismo ente acusador declaró desierto el único recurso de apelación interpuesto en su contra por el defensor de Alfonso Gutiérrez Martínez.

Las primeras acciones penales comprendidas en esta causa que se encuentran prescritas son las adelantadas contra el procesado recurrente en casación HERNÁN JAVIER PULIDO CARDOZO, en su calidad de cómplice del concurso homogéneo de delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Al respecto, impera señalar que dicho delito se sanciona en el artículo 146, modificado por el 1° del Decreto Ley 141 de 1980, 57 de la Ley 80 de 1993 y 18 y 32 de la Ley 190 de 1995, así como en el 410 de la Ley 599 de 2000, con una pena máxima de doce (12) años de prisión, guarismo que se tiene como término de prescripción para la fase instructiva.

A estos doce (12) años ha de descontarse una sexta parte (menor proporción), como quiera que la imputación en contra del procesado se atribuyó a título de cómplice, según lo disponen uniformemente los artículos 24 del Decreto Ley 100 de 1980 y 30 de la Ley 599 de 2000, para una sanción máxima de diez (10) años, quantum que al reducirse a la mitad para el cómputo de prescripción en la fase del juicio, permite inferir que el término definitivo de prescripción es de cinco (5) años.

Significa lo anterior que las acciones penales adelantadas en contra de PULIDO CARDOZO se encuentran prescritas habida cuenta que la resolución acusatoria proferida en esta causa, como ya se señaló, cobró ejecutoria el 2 de julio de 1998, habiendo transcurrido más de los cinco años a que se ha hecho referencia, los cuales se cumplieron el 2 de julio de 2003, fecha anterior a la del proferimiento

del fallo impugnado.

De la misma forma están prescritas las acciones penales comprendidas dentro de esta misma causa adelantadas en contra del procesado LUIS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO, también recurrente en casación, por el delito de peculado por apropiación, en calidad de cómplice, derivadas de los contratos 205 y 245 de 1996.

En ese sentido, oportuno se ofrece precisar que el valor apropiado respecto de estos contratos fue de \$ 16.510.00 y \$ 23.433.000, respectivamente, cuantía que resulta superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales de ese año (\$ 142.125) e inferior a doscientos (200), de tal suerte que la pena máxima tanto para el artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por los artículos 18 y 19 de la Ley 190 de 1995, como para el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, es de quince (15) años.

A este último monto punitivo se le reduce una sexta parte, dada la imputación en contra de TOURIÑO ABASOLO a título de cómplice, para un subtotal de doce (12) años, seis (6) meses, el que a su vez se disminuye en la mitad, por razón de la interrupción del término de prescripción en la fase del juicio, lo cual arroja un total de seis (6) años y tres (3) meses, lapso que se cumplió el 2 de octubre de 2004, mientras se surtían los traslados legales previstos para la sustentación del recurso extraordinario de casación.

Como se señaló en precedencia, también se encuentra prescrita la acción penal comprendida dentro de esta causa en contra del no recurrente en casación Hernán Mogollón Bacca por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en calidad de coautor.

Efectivamente, tal como se dejó dicho con antelación, este delito es sancionado con una pena máxima de doce (12) años tanto en el artículo 146 del Decreto Ley 100 de

1980, modificado por el 1° del Decreto Ley 141 de 1980, 57 de la Ley 80 de 1993 y 18 y 32 de la Ley 190 de 1995, como en el 410 de la Ley 599 de 2000.

Este quantum se reduce en la mitad por virtud de la interrupción del término de prescripción para la fase del juicio, lo cual arroja un monto de seis (6) años, guarismo que se incrementa en dos más, por virtud de su condición de servidor público, para un total de ocho (8) años de término de prescripción de esta acción en la fase del juicio.

Dicho lapso contado a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación se cumplió el 2 de julio de 2006, esto es, cuando el proceso se encontraba en la Procuraduría Delegada para la emisión del correspondiente concepto sobre las demandas de casación.

Así mismo, según se indicó, también se encuentra prescrita la única acción penal seguida en contra del procesado no recurrente Alfonso Gutiérrez Martínez, como cómplice del delito de peculado por apropiación en grado de tentativa en relación con el contrato 301 de 1996, por valor de \$ 136.000.000.

Como quiera que el valor de lo apropiado por razón de este contrato supera con creces el monto correspondiente a 200 salarios mínimos vigentes para el año de 1996 (\$ 28.425.000, teniendo en cuenta que el valor del salario mínimo para ese año era de \$ 142.125), la pena máxima correspondiente es de quince (15) años, tanto para el artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por los artículos 18 y 19 de la Ley 190 de 1995, como para el 397 de la Ley 599 de 2000.

Este monto se disminuye en una sexta parte por razón de que la responsabilidad se imputa al sindicado en calidad de cómplice y en una cuarta parte más en consideración a que la conducta se atribuye en grado de tentativa, para un subtotal de ciento doce (112) meses y quince (15) días, sobre el cual se descuenta la mitad por virtud de la interrupción del término de prescripción para la

fase del juicio, lo que arroja un término de cincuenta y seis (56) meses y siete (7) días.

Sin embargo, como este quantum es inferior al mínimo de cinco (5) años en que opera la prescripción de la acción penal durante la fase del juicio, este último es el que se tiene en cuenta para tal efecto, configurándose dicho fenómeno el 2 de julio de 2003, esto es, antes de que se profiriera el fallo de segundo grado.

En cuanto a la tercera causa acumulada se tiene que únicamente está prescrita la acción penal seguida en contra del no recurrente en casación Orlay Quintero Mallungo, a quien se condenó como cómplice del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

A efectos de establecer la prescripción de esta acción penal, impera señalar que la resolución de acusación dictada dentro de esta causa por la Fiscalía Quinta adscrita a la Unidad Nacional Especializada en delitos contra la Administración Pública de Bogotá se profirió el 26 de febrero de 2001, la cual alcanzó ejecutoria el 13 de junio de la misma anualidad, fecha en la cual fue confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de la misma ciudad.

Ahora, como se expuso previamente, las dos legislaciones sustanciales que han regido a partir de la fecha de comisión de esta conducta la sancionan con una pena máxima de diez (10) años de prisión, guarismo que se reduce en la mitad en la fase del juicio, para un total de tiempo de prescripción de cinco (5) años.

Por consiguiente, es claro que a la fecha ya ha operado el fenómeno extintivo de la acción penal por este delito, pues a partir del día en que cobró ejecutoria la resolución de acusación ya ha transcurrido dicho lapso, toda vez que ello ocurrió el 13 de junio de 2006, esto es, antes de que el expediente arribara a esta Corporación procedente del Tribunal de Bogotá para el estudio sobre la

admisibilidad del recurso extraordinario interpuesto.

Si ello es así, como en efecto lo es, resulta evidente que a la Sala no le queda camino jurídico diverso a seguir que declarar prescritas las acciones penales derivadas de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo por el cual se acusó y condenó a HERNÁN JAVIER PULIDO CARDOZO, en calidad de cómplice; peculado por apropiación respecto de los contratos 205 y 245 de 1996 imputado a LUIS IGNACIO TOURIÑO ABOSOLO, también como cómplice; contrato sin cumplimiento de requisitos legales deducido a Hernán Mogollón Bacca en calidad de autor; peculado por apropiación en grado de tentativa por el cual se acusó y condenó a Alfonso Gutiérrez Martínez en calidad de cómplice y; contrato sin cumplimiento de requisitos legales por el cual fue condenado como cómplice Orlay Quintero Mallungo.

En consecuencia, se ordena la cesación del procedimiento adelantado en su contra, amén de marginar de la dosificación punitiva establecida en el fallo la pena impuesta por los referidos delitos, tarea que se efectuará en acápite posterior.

Cuestión de fondo:

Impera precisar, en primer término, que la Sala se abstendrá de emitir pronunciamiento de fondo en relación con la demanda de casación presentada por el defensor del procesado HERNÁN JAVIER PULIDO CARDOZO toda vez que, como se señalara en el acápite precedente, la acción penal adelantada en su contra, como cómplice del concurso homogéneo del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, se encuentra prescrita.

Ahora, como sin dificultad alguna se advierte que el cargo primero de la demanda

presentada por el defensor del procesado MANUEL DE JESÚS NÚÑEZ VENGOECHEA y el propuesto también en forma prioritaria por quien actúa en representación de LUIS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO tienen sustento similar, habida cuenta coinciden en plantear que se incurrió en violación directa de la ley sustancial ante la imposibilidad de condenar como cómplice a los mencionados a partir de los supuestos de hecho demostrados y por la naturaleza accesoria de la complicidad atribuida, se asumirá su estudio de fondo a través del mismo acápite, con el fin de evitar incurrir en repeticiones innecesarias.

Igual proceder se acometerá en relación con las censuras segunda y tercera contenidas en la demanda allegada por el defensor de MANUEL DE JESÚS NÚÑEZ VENGOECHEA, pues si bien a través de ellas se formulan diversas modalidades de yerros en los que habría incurrido el sentenciador al apreciar la prueba, esto es, errores de hecho por falso juicio de existencia (cargo segundo) y por falso raciocinio (cargo tercero), no lo es menos que las dos censuras apuntan hacia idéntica comprobación atinente a que fueron omitidas las mismas probanzas.

De acuerdo con la metodología señalada, se procede a dar respuesta de fondo a las censuras propuestas, de la siguiente forma:

1. Cargo primero de las demandas presentadas por los defensores de los procesados MANUEL NÚÑEZ VENGOECHEA y LUIS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO. Violación directa de la ley sustancial:

El primer aspecto coincidente de estas censuras tiene que ver con que la conducta imputada a los procesados no se adecua a los elementos del tipo penal de peculado por apropiación por el que fueron condenados en condición de cómplices.

Para el caso particular de MANUEL NÚÑEZ VENGOECHEA, sostiene su

defensor, porque no se tuvo en consideración que si bien la oferta presentada por “Nobel Impresores” presentaba “una diferencia económica ostensible” con la de la Imprenta Nacional, no se puede tomar éste como el único factor que determina la selección. Y, en el de de LUIS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO, como a su turno lo señala su defensor, porque la reventa de bienes a un precio mayor por el que fueron adquiridos representa conducta atípica, en cuanto desconoce que el ánimo de lucro caracteriza a la actividad comercial.

En los dos casos, los reparos analizados enfocan su atención en uno de los múltiples aspectos, y ni siquiera el más importante, en que se basó el supuesto de hecho que dio lugar a los sentenciadores para edificar el juicio de responsabilidad en contra de los procesados como cómplices del delito de peculado por apropiación.

Así, en lo que refiere a la situación de MANUEL DE JESÚS NÚÑEZ VENGOECHEA, cuya responsabilidad penal se derivó a partir de la celebración del contrato 157/95 suscrito entre la EPS CAPRECOM y la firma contratista “Nobel Impresores”, representada por el primero, con el objeto de efectuar una compilación de normas jurídicas para la entidad oficial contratante, no es cierto, como lo sostiene el actor, y para lo cual basta consultar el fundamento de los fallos, que el supuesto de hecho para la imputación criminal “únicamente” haya radicado en la diferencia económica ostensible entre la propuesta presentada por la “Imprenta Nacional” y la sociedad que a la postre se seleccionó como contratista.

Realmente esa no fue sino una circunstancia más que se añadió a la larga lista de irregularidades que encontraron los juzgadores en las diversas fases de este trámite contractual y que condujeron a inferir que el objetivo fundamental de los distintos intervinientes de la conducta punible era marginar de la adjudicación de este contrato

a la empresa estatal "Imprenta Nacional", que para ese tipo de servicios, entiéndase, compilación y codificación normativa, por virtud de lo previsto en la Ley 109 de 1994, tenía prioridad, quedando así el camino libre para celebrar el contrato con la empresa "Nobel Impresores" representada por MANUEL DE JESÚS NÚÑEZ VENGOECHEA, quien tenía lazos de amistad con el director de CAPRECOM, Hernán Mogollón Bacca.

Con ese objetivo, según lo señalan unánimemente los juzgadores de instancia, todo empezó desde la fase precontractual al exigirse a "La Imprenta Nacional" un plazo excesivamente breve para la entrega del trabajo, el cual, como era esperarse, no se comprometió a cumplir, permitiendo de esa manera, conforme con las previsiones de la citada Ley 109, que se abriera la licitación al sector privado.

Pero, como lo enfatiza especialmente el a-quo, lo que resulta más cuestionable es que este lapso ya no se exigió para las firmas particulares participantes en la licitación. Otra anomalía tuvo que ver con que al proceso licitatorio no se invitó a ninguno de los proveedores normales de la EPS, todo lo cual permite colegir que el proceso se concibió con el único fin de escoger a "Nobel Impresores", empresa que a la postre ni siquiera cumplió los términos convenidos en el contrato 157/95, sin que la entidad ejerciera los correctivos previstos, lo cual también resulta altamente comprometedor.

Este cúmulo de irregularidades, como ya se dijo, debidamente explicadas por los falladores, evidencia la manifiesta intención de adjudicar el contrato a "Nobel Impresores", representada por el procesado NÚÑEZ VENGOECHEA, quien sostenía lazos de amistad con Hernán José Mogollón Bacca, director de CAPRECOM, de modo que, como atrás se anunció, el hecho de que esta firma hubiera sido seleccionada aun cuando presentó una oferta a un precio mayor al de la "Imprenta Nacional", no constituye el fundamento de la imputación, sino una más de las irregularidades que se presentaron en el trámite de adjudicación del contrato a dicha

empresa.

La verdadera imputación o reproche que surge precisamente de la sumatoria de las irregularidades denotadas, es que con el objetivo de apropiarse de recursos de la entidad estatal CAPRECOM, su director, Hernán José Mogollón Bacca, adjudicó este contrato de forma irregular a su amigo MANUEL DE JESÚS NÚÑEZ VENGOECHEA, quien se prestó para tal efecto, contribuyendo a la conducta de aquél, mediante colaboración que se calificó por los funcionarios a título de complicidad, por lo que para la Sala no tienen asidero los argumentos del libelista orientados a señalar que la conducta de su defendido no encaja en el tipo penal de peculado por apropiación en la calidad atribuida de cómplice.

Ahora, en cuanto a lo pretextado por el defensor del procesado LUIS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO frente a su compromiso penal derivado de la celebración de los contratos 205 y 245 de 1996, entre la firma "Tourino y Uribe y Cia. Ltda.", representada por el mencionado, y CAPRECOM, cuyo objeto consistió en el suministro de equipos de medicina para algunas ciudades del departamento del Valle del Cauca y para la clínica Fray Bartolomé de las Casas de la capital de la república, respectivamente, enderezados a indicar que tampoco su conducta encaja en el tipo penal de peculado por apropiación, porque los juzgadores edifican el detrimento patrimonial de CAPRECOM en la diferencia entre los precios de adquisición y venta de los equipos, sin tener en cuenta que ello obedeció a la actividad lícita desplegada por su defendido de obtener lucro, a lo que se suma que su valor para esa época prácticamente se duplicó en el mercado.

Como sucediera con la propuesta del defensor de NÚÑEZ VENGOECHEA, situación similar se advierte en este caso, dado que la imputación no se limitó a que TOURIÑO ABOSOLO por razón de los contratos obtuvo un sobrecosto o una significativa ganancia, sino que ésta fue simplemente una de las múltiples irregularidades que permitieron

arribar a la conclusión de que a través de estos contratos lo que en realidad se buscaba era la apropiación de los bienes de la entidad oficial.

En ese sentido, los sentenciadores precisaron que en estas contrataciones se vulneraron principios regentes de esta materia, contenidos en la Ley 80 de de 1993, como los de transparencia y selección objetiva del contratista, por desconocimiento de la ritualidad prevista en dicho estatuto.

Una tal situación se hizo manifiesta en relación con el contrato 205 de 1996, cuando pese a que se recibió de forma extemporánea la propuesta de la firma "Tourinho y Uribe y Cia. Ltda.", se le adjudicó el contrato.

Igualmente grave resultó que en este trámite contractual se hubiera establecido un precio de venta de los equipos sin siquiera consultar su valor comercial en el mercado y que se haya incumplido el plazo para su entrega. O, como lo puntualiza el ad-quem, que tampoco se acudió al listado de proveedores y que obren inconsistencias entre las fechas de presentación de las ofertas con la del certificado de disponibilidad presupuestal.

Y, ya en relación con los dos contratos, no puede dejar de llamar la atención que se hubiera elegido a un amigo del multimencionado director de CAPRECOM para esa época, personaje que, además, ninguna experiencia tenía en ese ámbito, cuando quiera que se le conocía como comerciante de prendas de vestir, máxime cuando éste mismo en indagatoria adujo que los requerimientos de la entidad oficial se los hacían llegar vía fax a la ciudad de Barranquilla, lo cual no se corresponde con el mecanismo legal previsto para este tipo de contratos, esto es, a través de avisos o convocatorias públicas.

Ello significa, contrario sensu a lo que expresa el actor, que no es ni mucho menos cierto que el supuesto de hecho en contra de TOURIÑO ABASOLO radicó

exclusivamente en el sobre costo que obtuvo por la venta de los equipos, el cual no se adecua a los elementos del tipo penal de peculado por apropiación por el cual se lo condena en los fallos, porque la imputación va mucho más allá.

En efecto, el verdadero supuesto de hecho, como lo denomina el libelista, o base de la imputación, como también lo fue la de NÚÑEZ VENGOECHEA, y que también surge sin dificultad alguna de los fallos, consiste en que dada la amistad que sostenía con el director de CAPRECOM, Hernán José Mogollón Bacca, colaboró para desfalcar los recursos de dicha entidad, a través de contratos que irregularmente se le adjudicaron, lo cual encuentra cabal adecuación al tipo penal por el que fue condenado en calidad de cómplice.

Un cuestionamiento adicional que por la misma senda de la violación directa se atribuye al fallo a través de la primera censura propuesta por el defensor de MANUEL NÚÑEZ VENGOECHEA tiene que ver con que no es posible deducir responsabilidad alguna en contra de su defendido en atención a que no tenía posición de garante frente a los recursos de la entidad pública afectada.

Este argumento carece de razón, puesto que si bien ha dicho la Sala que la "posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable"<sup>1</sup>, frente a la situación del mencionado ello no tiene incidencia porque dicho deber estaba en cabeza del director de CAPRECOM quien, junto con otros funcionarios de la misma entidad, defraudó la expectativa de defensa de tales recursos, y por ello asumen responsabilidad como coautores, en tanto que el reproche criminal que surge contra NÚÑEZ VENGOECHEA deviene de la ayuda que prodigó a la conducta de aquellos, prestándose como contratista para el desfalco de los bienes de dicha entidad.

Otra temática en la que indiscutiblemente se encuentran puntos de afinidad entre las propuestas de los defensores, tiene que ver con el hecho de que la conducta que se endilga a los procesados en sí misma considerada es principal y no accesoria, como se exige para atribuir responsabilidad a título de complicidad y que, por ende, se confunden las dos nociones dogmáticas.

Sin embargo, una tal conclusión se construye a partir del mismo error señalado en precedencia de no identificar debidamente la imputación que obra en contra de los procesados.

Ahora bien, la Sala también encuentra carente de razón el planteamiento del defensor de TOURIÑO ABASOLO según el cual se vulnera el principio lógico de no contradicción cuando se le atribuye responsabilidad a título de cómplice a pesar de que no ostenta la cualidad exigida para el sujeto activo de servidor público.

Al margen de cualquier discusión dogmática, lo cierto es que este reproche evidencia la misma inconsistencia de los anteriores, porque en los fallos, como ya se precisó, claramente se atribuye al aludido una conducta accesoria a la de los autores, en cuyo caso no se exige que tenga las mismas calidades del sujeto activo calificado.

Para zanjar cualquier duda al respecto, oportuno se ofrece recordar lo que el juzgador de primera instancia precisó en punto de la participación de TOURIÑO ABSOLO, pero que igual se hace extensivo a NÚÑEZ VENGOECHEA, al calificar su conducta de la siguiente forma:

“Y es que para lograr la defraudación del patrimonio estatal, era necesaria su colaboración, no respecto al trámite interno, sino para servir de medio -contratista previamente escogido- para lograr la exacción del dinero estatal, una vez adjudicado el contrato”.

Si ello es así, como en efecto lo es, no resulta razonable exigir que en el caso de los cómplices para que se configure la conducta se deba tener la misma calidad del sujeto activo o que se realice la conducta sancionada en el tipo, pues se trata simplemente de contribuir a la conducta de otro. En un tal caso, lo que impera demostrar es que realmente se está ante una conducta punible principal, que efectivamente hubo un aporte a su realización y que medió acuerdo previo o concomitante (expreso o tácito) para prestar la ayuda<sup>2</sup>.

Por lo expuesto, la conclusión a la que se llega en relación con las dos censuras que concitan la atención de la Sala es la de su improsperidad.

2. Cargos segundo y tercero de la demanda presentada por el defensor de MANUEL DE JESÚS NÚÑEZ VENGOECHA. Violación indirecta de la ley sustancial:

No obstante que estos reparos se presentan en forma individual, alegándose a través del primero de ellos un error de hecho por falso juicio de existencia y en el tercero (último de la demanda) un falso raciocinio, como se anunciara al momento de explicar la metodología a seguir para brindar respuesta a los cargos, se abordará su análisis de fondo de manera coetánea toda vez que sin dificultad alguna se advierte que su contenido es igual.

En efecto, a través de las dos censuras el casacionista pretende demostrar que el juzgador omitió la valoración de algunas pruebas con la entidad de derruir la declaratoria de responsabilidad del fallo impugnado, lo cual se tradujo en el desconocimiento de las reglas de la sana crítica relacionadas con los principios lógicos, las máximas de la experiencia y el sentido común.

Pues bien, la confrontación del contenido de los fallos en punto de la

responsabilidad de NÚÑEZ BENGOCHEA, permite arribar a las siguientes conclusiones:

En primer lugar, no es cierto que los sentenciadores hayan omitido valorar las cotizaciones presentadas por las firmas “Consortio Gráfico Ltda.” “Beyerg Ltda.”, “Diseños y Promociones”, a partir de las cuales el censor pretende demostrar “que lo cotizado y contratado por y con ‘Nobel Impresores’, estuvo por debajo de los otros cotizantes” y, de ese modo, que “los parámetros económicos se dieron apenas dentro de lo justo y racional”.

Sin dificultad alguna se advierte que el fallador de primera instancia analiza todas las fases de esta contratación, involucrando las cotizaciones presentadas por las firmas referidas, a pesar de lo cual concluye, como ya se señaló en cuanto a la propuesta contenida en la primera censura, que todo obedeció a un plan preconcebido con el objeto de excluir del proceso contractual a “la Imprenta Nacional” y permitir así adjudicar el contrato a NÚÑEZ VENGOCHEA, con quien el director de CAPRECOM mantenía lazos de amistad.

Tampoco el sentenciador se sustrajo a valorar las declaraciones de Rafael Humberto Salcedo y Nelson Enrique Castro, representantes legales de las otras empresas que presentaron cotizaciones, por cuyo medio aspira demostrar que el contrato con la empresa “Nobel Impresores” fue transparente.

Con respecto a estos testimonios, precisó el ad-quem, que aun cuando el defensor los presenta con el objeto de desvirtuar la acusación, ello “no resulta viable porque la comparación debe hacerse es con el trabajo de la Imprenta Nacional que eran las dos cotizaciones que se tuvieron en el momento de la adjudicación, y así fuese de mejor calidad la que ofreciera Nobel, en principio de la economía y de austeridad que debió regir la adjudicación, fue violado por Mogollón al optar por Nobel, que en últimas no respondió a

las expectativas fijadas en la oferta”.

De lo anterior emerge diáfano que carece de razón el libelista cuando afirma, a través de las dos censuras objeto de análisis, que se configuró error de apreciación probatoria derivado de la omisión de los antedichos medios de convicción.

En segundo lugar, conviene advertir que todas las pruebas referidas por el demandante, incluyendo también los testimonios de Juan Camilo Pulido Arce, Germán Méndez Tobón, Hernando Gutiérrez Patiño, Francisco Javier Salamanca Rosas, Orlando Rodríguez Medina, Rafael Humberto Salcedo y Nelson Enrique Castro, a través de las cuales el demandante persigue demostrar que el presente trámite contractual se desarrolló dentro de los parámetros de lo “justo y racional”, tampoco tienen la entidad de desvirtuar el carácter doloso de la conducta desplegada por el procesado tendiente a facilitar la exacción indebida de los recursos de la entidad estatal, pues para llegar a una tal conclusión los falladores elaboraron un estudio detallado y minucioso de este trámite, al cabo del cual objetivamente encontraron múltiples violaciones a la legislación que regula la materia contractual, cuya gran solidez no se ve menguada por lo que surge de estas probanzas.

Así las cosas, se concluye en la improsperidad de los reparos objeto de atención; por un lado, en tanto los errores de apreciación probatoria propuestos a través de los cargos referidos no se concretan y, por otro, porque tampoco tienen la entidad de desvirtuar los graves señalamientos del fallo.

3. Cargo segundo de la demanda presentada por el defensor de LUIS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO. Violación directa de la ley sustancial:

A través de este reparo propuesto bajo la égida de la causal primera de casación prevista en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, por violación directa de ley sustancial,

se sostiene fundamentalmente por el defensor de TOURIÑO ABASOLO que como el grado de participación de la complicidad exige un aporte a la conducta de un autor, en consideración a su naturaleza accesoria o secundaria, no se satisface en cuanto a la conducta de su prohijado porque el supuesto de hecho que se le atribuye consiste en haber obtenido una “superlativa y desbordada utilidad en la venta de unos elementos y equipos médicos a CAPRECOM”, situación que no reviste la naturaleza accesoria que caracteriza a la complicidad y que la hace confundir con la categoría dogmática de la autoría.

Como quiera que este reparo está sustentado sobre iguales argumentos a los de la primera censura contenida en la misma demanda, con la única divergencia consistente en que mientras en ésta el actor alude a la aplicación indebida de la figura de la complicidad (artículo 30 de la Ley 599 de 2000) al cabo que en el anterior lo hizo en relación con la disposición que sanciona la conducta punible de peculado por apropiación por la cual se condenó a su defendido, lo cual a su juicio era suficiente para justificar su presentación autónoma, es evidente su improsperidad, pues al igual que el anterior, parte de una premisa errada.

Ciertamente, en la respuesta dada a la primera censura se dejó suficientemente en claro que la imputación en contra de TOURIÑO ABASOLO no se contrajo a la obtención de un generoso sobrecosto frente al valor de adquisición de los equipos suministrados, aspecto en el que insiste el demandante en este reparo, sino por el hecho de que, unido por vínculo de amistad con el director de CAPRECOM, prestó su colaboración para figurar como contratista, y así facilitó la apropiación de cuantiosos recursos de la entidad a través de contratos irregularmente adjudicados.

Por recaer en la misma inconsistencia del cargo anterior, no es necesario agregar más a lo ya expuesto y, en consecuencia, se impone la

improsperidad de la censura.

4. Cargo tercero (subsidiario) de la demanda presentada por el defensor de LUIS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO. Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de identidad:

Estima el actor que en la sentencia impugnada se deformó el hecho de que por existir una diferencia entre el precio de adquisición de un producto y el de reventa se ocasionó un detrimento patrimonial o una apropiación de dineros del Estado, porque ello bien pudo responder a oscilaciones del precio propias de su fijación en moneda extranjera, a un cambio en las condiciones del mercado determinado por un aumento desproporcionado de la demanda frente al mismo producto o incluso a un actuar especulativo, “pero en todo caso y de acuerdo con las reglas de la experiencia, no supone indefectiblemente la causación de un detrimento al comprador”, de modo que la tergiversación que acusa se produjo porque el juzgador no tuvo en cuenta dichas razones que pudieron influir en la referida diferencia de precios.

Para la Sala el planteamiento del casacionista no demuestra que la prueba haya sido objeto de tergiversación, en tanto alude a circunstancias eventuales que no cuentan con ningún tipo de respaldo en el proceso, pues lo que objetivamente está demostrado es que en la adjudicación de los contratos 205 y 245 de 1996 a favor de la empresa “Tourinho y Uribe y Cia. Ltda.”, representada por el procesado TOURIÑO ABASOLO, se desconocieron disposiciones del estatuto de contratación con el único de propósito de facilitar la apropiación de dineros del Estado.

Las referencias que elabora el demandante para cuestionar la inferencia extraída por los juzgadores frente al sobre costo del precio de los equipos médicos no sólo se basa en aspectos meramente especulativos, sino que además, aun si en gracia de discusión se admitieran, están desprovistas de la fuerza necesaria para resquebrajar el contenido

del fallo, puesto que, como se ha señalado con persistencia en los acápites previos, éste tan sólo es uno de los aspectos en que se fundó la conclusión de que TOURIÑO ABASOLO concertó previamente con su amigo Mogollón Bacca la forma de vulnerar el patrimonio de CAPRECOM, interviniendo como contratista en un ramo en el que no tenía experiencia alguna.

Por consiguiente, la conclusión que razonablemente se impone en relación con el planteamiento expuesto por el defensor de LUIS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO a través de esta censura, también es la de su improsperidad.

De lo anterior se desprende que ninguno de los errores planteados por los defensores de los procesados MANUEL DE JESÚS NÚÑEZ VENGOECHEA y LUIS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO tiene concreción y que la decisión que se impone adoptar, en consecuencia, es la de no casar el fallo impugnado.

Cuestión final:

Consecuencias jurídicas de la prescripción de la acción derivada de algunas de las conductas punibles objeto de investigación:

Importa precisar que en la labor de redosificación de la pena, que en este caso opera única y exclusivamente por razón de la prescripción de algunas acciones penales, como lo tiene dicho la Sala, se respetarán los parámetros establecidos por los falladores cuando procedieron a su correspondiente individualización.

Oportuno igualmente resulta destacar que respecto de los procesados HERNÁN JAVIER PULIDO CARDOZO, Alfonso Gutiérrez y Orlay Quintero Mallungo, a cuyo favor opera la cesación de procedimiento a consecuencia de la prescripción de todas las acciones penales seguida en su contra, se prescindirá de la imposición de pena alguna y de las consecuencias que acarrea.

No sucede lo mismo en relación con los procesados LUIS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO y Hernán Mogollón Bacca, en tanto el fenómeno prescriptivo operó en forma parcial, por lo que se torna imperativo proceder a redosificar la pena en los siguientes términos:

En cuanto al procesado LUIS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO se tiene que en los fallos de instancia se declaró su responsabilidad a título de cómplice por la comisión de cuatro conductas de peculado por apropiación derivadas de los contratos 129 y 296 de 1996, cuya cuantía superaba los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes de esa época y, por los contratos 205 y 245 de la misma anualidad, cuya cuantía se encontraba entre los 50 y 200 salarios mínimos.

Como quiera que, según se plasmó en precedencia, procede la prescripción de la acción penal por las dos últimas conductas aludidas respecto de las cuales se dispuso la cesación de procedimiento a favor del procesado TOURIÑO ABASALO, del monto de la pena impuesta deberá excluirse la sanción correspondiente.

En ese orden de cosas, se tiene que el juzgador de primer grado al individualizar la sanción privativa de la libertad para este procesado y tras establecer que la conducta más grave era uno de los peculados por la mayor cuantía de apropiación por el que correspondían ochenta (80) meses de prisión, señaló que “se incrementarán cuatro (4) meses por el delito del inciso 3° concurrente, y, por los dos que se enmarcan en el inciso 1°, seis (6) meses, para imponer en definitiva siete (7) años y seis (6) meses de prisión, multa equivalente al valor de lo apropiado, \$ 106.962.464 -numeral 4° del artículo 39 del Código Penal - e interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal” (subrayas fuera de texto).

Con base en la pena impuesta, negó la suspensión condicional de la ejecución de la

pena a TOURIÑO ABASOLO, pero otorgó el sustituto de la prisión domiciliaria.

Por su parte, el Tribunal Superior de Bogotá estimó en punto de la dosificación punitiva que su inferior aplicó desfavorablemente el sistema de cuartos previsto en la Ley 599 de 2000, motivo por el cual redujo las penas de acuerdo con las directrices del Decreto Ley 100 de 1980.

Así, específicamente en cuanto a la pena impuesta a este sindicado, plasmó las siguientes consideraciones: “En lo que respecta a LUIS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO, por igual motivación, se rebaja la pena por el peculado más severamente sancionado a 36 meses y por concurso se sumarán veinticuatro meses más, para un total de sesenta (60) meses de prisión, la multa se mantiene igual y la inhabilitación se merma en la misma proporción de la privativa de la libertad”, sin que efectuara alguna modificación en punto del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y del sustituto de la prisión domiciliaria.

Sin dificultad alguna se observa que el iudex ad quem, a diferencia de su inferior, no expresó el quantum individual para cada una de las delincuencias concurrentes, lo que obliga entonces a acudir a los parámetros expuestos por el funcionario de primera instancia. En tal sentido se logra establecer que la proporción de incremento por estas conductas al momento de dosificar la sanción fue de un 6.66%, el cual deberá aplicarse sobre la pena redosificada por el fallador de segundo grado en procura de establecer la sanción definitiva a imponer a TOURIÑO ABASOLO.

Una tal operación arroja una disminución efectiva de 118 días de prisión, por lo que en definitiva la pena privativa de la libertad a imponer en relación con este procesado es de cincuenta y seis (56) meses de prisión como cómplice de la conducta punible de peculado por apropiación en concurso homogéneo. En

igual término se fijará la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, al paso que la pena de multa, impuesta exclusivamente por razón de lo apropiado, se reducirá a sesenta y siete millones diecinueve mil cuatrocientos sesenta y cuatro pesos (\$67.019.464), resultado de descontar el valor de lo apropiado por los contratos 205 y 245 de 1996 .

En cuanto a la condena en perjuicios en contra del procesado, también fijada por el valor de lo apropiado, se reducirá igualmente a \$ 67.019.464, para cuya actualización, como se precisó por el a-quo, se dividirá este valor por el del salario mínimo para el año de 1996 (\$ 142.125), lo cual arroja un monto de 471.55 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Resta señalar en relación con la pena a imponer a este procesado que las determinaciones aquí adoptadas no afectan lo resuelto por las instancias en relación con el subrogado penal de la condena de ejecución condicional y el sustituto de la prisión domiciliaria.

Situación similar ocurre en lo que concierne con la pena impuesta al procesado Hernán Mogollón Bacca, a cuyo favor se decreta cesación de procedimiento respecto del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales por prescripción de la acción penal.

A dicho procesado se lo condenó en primera instancia como autor del concurso de delitos conformado por 14 peculados por apropiación, peculado por apropiación oficial diferente, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y falsedad ideológica en documento público agravada por el uso.

El juzgador de primera instancia, al momento de fijar la pena impuesta a este sindicado, una vez estableció que el delito de mayor gravedad era el peculado por apropiación en cuantía superior a los doscientos salarios mínimos legales mensuales

vigentes por el que correspondía una pena de quince (15) años de prisión, consignó que en relación con la conducta concurrente de contrato sin cumplimiento de requisitos legales procedía un incremento de ciento diez (110) meses.

En cuanto a la sanción pecuniaria precisó que se fijaba en “\$ 880.166.691, que es el valor de lo apropiado, y 660 salarios mínimos legales mensuales - que corresponde a los 22 contratos de la conducta punible descrita en el artículo 146 del decreto 100/80 y por el peculado por aplicación oficial diferente, como lo dispone el artículo 39, numeral 4° del Nuevo Código Penal, que es igual en la anterior codificación-”.

El juzgador de segunda instancia, por su parte, redujo la pena impuesta a este sindicado por las razones expuestas y puntualizó que “Hernán José Mogollón Bacca, acusado por un concurso homogéneo de peculados por apropiación,... en la suscripción de 14 contratos, se parte de ciento diez (110) meses, atendiendo la cuantía de las distintas incursiones, para iniciar el conteo de la pena por el peculado más grave, esto es, el que supera la cuantía de 200 salarios mínimos legales mensuales... cifra a la cual se aumentará como consecuencia del concurso homogéneo con los peculados de igual e inferior cuantía, conforme a la lista que realiza el juez en el fallo 531 de la sentencia, uno de ellos en la modalidad de tentativa, además del peculado por aplicación oficial diferente referido a un contrato, como por el concurso con la conducta de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, cometida en concurso homogéneo y sucesivo, involucrando 22 contratos y por el concurso de falsedades de cuatro documentos en un contrato más, según se explicó en la anterior motivación, la suma global de ciento seis (106) meses, para un total de DOSCIENTOS DIECISÉIS (216) MESES (18 años) DE AÑOS”.

Así mismo, dejó invariable la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, tasada por el inferior en 10 años, y redujo la condena en perjuicios derivada de las conductas de peculado a \$ 791.426.192”.

Significa lo anterior que, al igual que lo ocurrido con la determinación de la penas por los delitos concurrentes en cuanto al procesado TOURIÑO ABASOLO, aquí tampoco el Tribunal estableció un monto específico para cada una de ellas, sino que procedió a efectuar un aumento global de 106 meses, lo que impone partir de las proporción aplicada por el a-quo.

En ese orden de cosas, se tiene que la proporción de incremento aplicada por el juez de primer grado en relación con la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales fue del 25.82%, la cual deberá aplicarse sobre el monto definitivo de pena impuesto por el Tribunal de doscientos dieciséis (216) meses de prisión, para un total de sanción privativa de la libertad a imponer respecto de este procesado de ciento sesenta (160) meses de prisión. Ninguna alteración sufre la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas fijada por aplicación favorable del Decreto Ley 100 de 1980 en diez (10) años.

La pena pecuniaria fijada por el ad quem en trescientos (300) salarios mínimos por razón de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por aplicación oficial diferente, se reduce en la mitad, esto es, a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales, en virtud de la extinción de la acción penal por el primer delito.

En lo que toca con la condena en perjuicios en contra del procesado Mogollón Bacca resulta preciso señalar que no sufre ninguna alteración, habida cuenta la misma se limitó a las conductas de peculado.

Y, como ocurrió respecto de la redosificación de la pena del procesado anterior, lo aquí decidido tampoco tiene incidencia frente a lo resuelto por los juzgadores en punto del subrogado penal de la condena de ejecución condicional y el sustituto de la prisión domiciliaria.

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,

## RESUELVE

1. DECLARAR prescritas las acciones penales derivadas de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales seguidas en contra de HERNÁN JAVIER PULIDO CARDOZO como cómplice, en concurso homogéneo (causa 1); tentativa de peculado por apropiación en contra de Alfonso Gutiérrez Martínez en calidad de cómplice (causa 1); interés ilícito en la celebración de contratos en contra de Orlay Quintero Mallungo, como cómplice (causa 3); peculado por apropiación (contratos 205 y 245 de 1996) en contra de LUIS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO en calidad de cómplice (causa 1) y, en contra de Hernán Mogollón Bacca por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales como autor (causa 1), de conformidad con las razones consignadas en la anterior motivación y, ordenar, en consecuencia, la cesación del procedimiento adelantado en razón de estos delitos.

2. NO CASAR la sentencia atacada en razón de los cargos propuestos por los demandantes.

3. CASAR oficiosa y parcialmente el fallo recurrido, exclusivamente en cuanto se refiere a la dosificación de la pena impuesta a los procesados referidos, por las razones expuestas en la anterior motivación.

4. SEÑALAR, en consecuencia, que LUIS IGNACIO TOURIÑO ABASOLO en su condición de cómplice penalmente responsable del concurso homogéneo de delitos de peculado por apropiación (contratos 129 y 296) queda condenado a purgar las penas principales de cincuenta y seis (56) meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo termino y multa por valor de sesenta y siete

millones diecinueve mil cuatrocientos sesenta y cuatro pesos (\$ 67.019.464), así mismo se lo condena al pago de perjuicios por valor equivalente a 471,55 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

5. INDICAR que Hernán Mogollón Bacca en su condición de autor penalmente responsable del concurso homogéneo de delitos de peculado por apropiación y heterogéneo con contrato sin cumplimiento de requisitos legales, falsedad ideológica en documento público agravada por el uso, peculado por aplicación oficial diferente y peculado culposo queda condenado a purgar las penas principales de ciento sesenta (160) meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de diez (10) años y multa por ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (valor de lo apropiado) y setecientos noventa y un millones cuatrocientos veintiséis mil ciento noventa y dos pesos (\$ 791.426.192).

6. PRECISAR que por razón de lo decidido los procesados HERNÁN JAVIER PULIDO CARDOZO, Alfonso Gutiérrez Martínez y Orlay Quintero Mallungo, quedan marginados de cumplir pena alguna o las consecuencias que acarrea.

7. En lo demás, el fallo impugnado se mantiene incólume.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANES

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

Excusa justificada

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Sentencia de fecha julio 27 de 2006, Rad. 25536.

2 Sentencia de fecha junio 22 de 2006, Rad. 23836.