

Proceso n.º 34633

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta N° 60

Bogotá D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil once (2011).

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación presentado en nombre de WALTER ENRIQUE GÓMEZ GÓMEZ contra el fallo del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander) que confirmó el emitido en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barrancabermeja, mediante el cual, junto con Omar Miranda Tocora y Miguel Becerra Montoya, fueron condenados como determinador, autor y cómplice, respectivamente, de los delitos de celebración de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales y peculado por apropiación.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Con base en denuncia del Sindicato de la Empresa de Acueducto y Saneamiento Básico de Barrancabermeja (EDASABA E.S.P.), se estableció que Omar Miranda Tocora, gerente de esa entidad municipal, suscribió el 12 de julio de 1999 con Miguel Becerra

Montoya el contrato N° 0022 para adquirir cuatro (4) rodamientos marca “FAG”, referencia “7230”, cada uno por valor de tres millones doscientos ochenta y cuatro mil pesos (\$ 3'284.000), para un total de doce millones novecientos noventa y dos mil pesos (\$12'992.000), sin contar con autorización de la Junta Directiva para celebrar esa clase de actos dado que la cuantía excedía de veinticinco (25) salarios mínimos mensuales, y sin atender otras exigencias impuestas en la Ley 80 de 1993.

Además, se constató que el precio de la mercancía superaba en un noventa por ciento el ofrecido en el mercado y que el negocio fue fraguado en alianza con WALTER ENRIQUE GÓMEZ GÓMEZ, utilizando como intermediario a Becerra Montoya, quien para esa época trabajaba en E. S. E. de COLOMBIA, compañía de propiedad del progenitor de aquél, en la que igualmente laboraba el mismo, y debido a la queja de la organización sindical el aludido contrato fue terminado de común acuerdo el 19 de noviembre, empero, el contratista recibió, a título de anticipo, un pago equivalente al cincuenta por ciento por el que entregó a EDASABA E.S.P., sólo dos de los bienes acordados¹.

2. Luego de una ingente indagación previa², el 20 de marzo de 2001 se dispuso formal apertura de la investigación a la que fueron vinculados mediante indagatoria WALTER ENRIQUE GÓMEZ GÓMEZ, Omar Miranda Tocora³ y Miguel Becerra Montoya, contra quienes, resuelta su situación jurídica, el 19 de julio de 2004 la Fiscalía General de la Nación profirió resolución de acusación en calidad de determinador, autor y cómplice, respectivamente, de los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y peculado por apropiación⁴, pliego de cargos impugnado por los defensores y confirmado el 16 de marzo de 2005, excepto en cuanto a la adecuación jurídica del primer comportamiento, el cual fue ubicado en la hipótesis descriptiva de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (Decreto Ley 100 de 1980, artículos 133-2 y 146)⁵.

3. La causa se adelantó en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barrancabermeja,

cuyo titular el 25 de febrero de 2009 dictó fallo condenatorio por las conductas delictivas endilgadas, y en tal virtud, atendida la modalidad de intervención atribuida a los citados, le impuso a GÓMEZ GÓMEZ y Miranda Tocora, las penas principales de cinco (5) años y seis (6) meses de prisión y multa de veinticuatro (24) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en tanto que a Becerra Montoya le infligió dos (2) años y nueve (9) meses de prisión y multa de quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes, y como sanción accesoria les fijó a todos la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso de la privativa de la libertad señalada a cada uno.

Además, sólo condenó a los dos primeros a pagar solidariamente por concepto de perjuicios materiales cuatro millones ochocientos noventa y cuatro mil seiscientos veinte pesos (\$ 4.894.620), y les concedió la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena intramural, mientras que al último le otorgó la suspensión condicional de la ejecución de la condena⁶.

4. De la expresada decisión apelaron los defensores de GÓMEZ GÓMEZ y Miranda Tocora, y el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante la suya de 4 de noviembre de 2009 la confirmó en su integridad, sentencia de segunda instancia contra la cual los mismos sujetos procesales interpusieron el recurso de casación que únicamente fue sustentado por el abogado del primero, respecto de cuya demanda emitió concepto el Delegado de la Procuraduría General de la Nación⁷.

LA DEMANDA

5. El recurrente propone dos cargos que se resumen así:

5.1. Con carácter principal y al abrigo de la causal primera, cuerpo segundo (Ley 600 de 2000, artículo 207-1), denuncia la violación indirecta de la ley sustancial a consecuencia de un error de hecho consistente en falso juicio de identidad al apreciar el

juzgador de segundo grado la indagatoria de Miguel Becerra Montoya.

Luego de transcribir en lo pertinente el elemento de persuasión acerca del cual predica el vicio y de hacer igual ejercicio con las consideraciones del Tribunal relacionadas con ese medio demostrativo, explica que la versión del citado carece de mérito porque siguiendo los postulados de la sana crítica, la hipótesis delictiva consignada en el fallo acerca de la condición de determinador de su defendido en los delitos endilgados no cumple con la regla llamada “requisito de confirmación”, es decir, que no está corroborada con otras pruebas, ni siquiera con la injurada de aquél, pues ésta se contradice con lo acreditado por otros medios de conocimiento.

En los acápites subsiguientes el censor se dedica a hacer su particular ejercicio valorativo, con base en el cual concluye que como Becerra Montoya siempre apareció figurando de manera personal en las etapas precontractual, contractual y post contractual, obrando de manera libre y voluntaria, no es cierto que hubiese sido determinado por su defendido a desplegar esas acciones, además que como para la época de los hechos el vínculo laboral de aquél con la empresa de propiedad del progenitor de su representado fue por períodos que no coinciden con las fechas exactas de la contratación, no puede aceptarse que esa haya sido una circunstancia que propició la determinación.

Asegura, en conclusión, que como su prohijado negó cualquier intervención en la celebración del contrato de marras con la empresa municipal EDASABA E.S.P., y lo narrado por Becerra Montoya lo controvierte la prueba testimonial y documental con la que se acredita que fue éste quien intervino en forma directa y espontánea en el aludido trámite, la sentencia de segunda instancia debe casarse por incurrir en aplicación indebida de los artículos 133 y 146 del Código Penal (Decreto Ley 100 de 1980), y falta de aplicación del 2 y 5 del mismo Estatuto, así como del 29 de la Constitución, 7 y 238 de la Ley 600 de 2000.

5.2. De manera subsidiaria, con base en la causal primera de casación, cuerpo primero (Ley 600 de 2000, artículo 207-1), alega la violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 30, inciso cuarto, de la Ley 599 de 2000, ya que como su representado carece de la condición de servidor público y el grado de participación en los delitos fue el de determinador, tiene derecho a la rebaja de pena prevista allí para el interviniente, motivo por el que solicita casar la sentencia y en la de reemplazo proceder la Corte a la respectiva dosificación de la sanción.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

6. El Procurador Segundo para la Casación Penal sólo emitió concepto en relación con el primer reproche, aduciendo al respecto que el actor no llevó a cabo la comparación objetiva entre lo que dice la prueba supuestamente alterada y lo que le hizo decir el ad-quem, para luego puntualizar el Delegado que de acuerdo con los elementos de conocimiento, sin incurrir en distorsión alguna, el fallador de segunda instancia, con acierto, dedujo que GÓMEZ GÓMEZ fue determinador de los delitos atribuidos, motivo por el que solicita no casar el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

7. En el cargo principal el recurrente acudió a la violación indirecta de la ley sustancial, vía de ataque que obliga a la acreditación objetiva y trascendente de dos diferentes modalidades de desatinos. Por una parte, los llamados yerros de derecho, relacionados con el proceso de solicitud, ordenación y práctica de los medios de prueba contemplados en el ordenamiento penal adjetivo (falso juicio de legalidad), o con el desconocimiento del valor o poder suasorio fijado expresamente en la ley a aquéllos (falso juicio de convicción), vicio de excepcional ocurrencia dado que en materia penal la regla general es su apreciación en conjunto y racional de acuerdo con los postulados de la sana crítica (lógica, ciencia y experiencia).

Y por la otra, los errores de hecho, en los cuales no se discute el debido proceso probatorio ni el valor legal de algún medio de conocimiento en particular, sino que se materializan por:

Falso juicio de identidad, que ocurre cuando el juzgador, al aprehender el contenido de un determinado medio de prueba, recorta apartes trascendentes de su literalidad (falso juicio de identidad por cercenamiento), o adiciona circunstancias fácticas ajenas a su texto (falso juicio de identidad por adición), o transforma o cambia el sentido fidedigno de su expresión material (falso juicio de identidad por tergiversación), dislates con los que le hace decir a la prueba lo que en verdad no revela.

Falso juicio de existencia, vicio consistente en que el fallador deja de apreciar un medio de prueba legal y oportunamente adosado a la actuación (falso juicio de existencia por omisión), o cuando hace precisiones fácticas que no corresponden a los elementos de prueba obrantes, o que atribuye a un elemento de persuasión que en verdad no reposa en el expediente (falso juicio de existencia por suposición).

Y falso raciocinio, el cual se diferencia de los dos anteriores en que es forzoso aceptar que la prueba está adosada al proceso y que el texto o contenido fáctico de la misma fue extractado de manera fidedigna por el fallador, toda vez que el yerro recae en las deducciones hechas a partir de su literalidad, cuando con éstas se incurre en desconocimiento de los postulados de la sana crítica como método de valoración probatoria, correspondiendo entonces al censor desarrollar una dialéctica orientada a enseñar cuál fue la ley de la ciencia, la regla de la lógica o la máxima de la experiencia o el sentido común equivocadamente empleado, y cuál es el que acertadamente corresponde utilizar, con el fin de arribar a una conclusión jurídica correcta y favorable a los intereses representados.

Es importante recordar que en tratándose de falsos juicios de existencia o de identidad,

por ser éstos de naturaleza objetivo-contemplativa, para su acreditación, en el primer evento, debe indicarse el lugar del proceso en el que se encuentra aportada la prueba omitida y su contenido, o destacar la concreción fáctica plasmada en el fallo y que carece de acreditación con las allegadas, o cuya demostración se atribuyó a una que es ajena a la actuación; y en el segundo, basta con hacer un ejercicio de confrontación veraz e imparcial entre el texto o tenor del medio de prueba y la síntesis que de su contenido postuló el juzgador, en aras de evidenciar alguno de los dislates atrás singularizados (adición, supresión, o distorsión).

Ahora bien, en cualquiera de las tres especies de error de hecho atrás reseñadas, así como en las dos modalidades de yerros de derecho, es forzoso ilustrar cómo el respectivo desacierto fue determinante de una conclusión jurídica equivocada, y que la corrección de tales desatinos efectuada en la nueva valoración de las respectivas pruebas, en conjunto y con sujeción a los postulados de la sana crítica, obliga a una solución favorable a la parte que alega los vicios en cuestión.

En la correspondiente censura el actor propuso un solo error de hecho consistente en falso juicio de identidad en la contemplación de la indagatoria de Miguel Becerra Montoya, empero, el ejercicio de demostración de ese reproche resulta fallido a pesar de su formal presentación, dado que, como se desprende del cotejo de las propias transcripciones del recurrente, los juzgadores de primero y segundo grado fueron fieles al tenor de la narración del citado implicado, sin incurrir en adición, supresión o tergiversación de los aspectos fácticos comunicados por el precitado.

Lo sostenido con ahínco por el demandante es que el Tribunal no tuvo en cuenta las pruebas que acreditan que quien intervino en el contrato 0022 de 12 de julio de 1991 con EDASABA E.S.P., fue directamente Becerra Montoya, así como aquella que enseña que éste para esa época no tenía un vínculo laboral permanente con la compañía "E.S.E. de COLOMBIA", de propiedad del progenitor de GÓMEZ GÓMEZ

en la que a la vez laboraba el mismo, afirmaciones que miradas con extrema laxitud y conforme al principio de caridad, indicarían la configuración de un posible falso juicio de existencia.

Sin embargo, tales aseveraciones resultan opuestas a la objetividad que revelan los fallos integrados en virtud el principio de unidad jurídica inescindible, y en razón del cual, cuando ambos coinciden en el mismo sentido, los razonamientos y valoración probatoria plasmada en la sentencia de primera instancia se integra al de segunda, así en ésta no se haga expresa mención de las respectivas consideraciones.

Y es que contrario a lo sostenido por el actor, los juzgadores si tuvieron en cuenta la participación directa de Becerra Montoya en el contrato de marras, empero, distinto es que conforme al dicho de éste, avalado por otros elementos de persuasión, concluyeron como verídico que, tal y como lo narró aquél, quien estaba detrás de su participación en esa actividad contractual fue el acusado GÓMEZ GÓMEZ., quien aprovechando el vínculo laboral del primero con la empresa de su padre lo determinó a obrar de acuerdo con sus designios.

Hizo el a-quo expresa mención de la constancia allegada a la actuación⁸ en la que se certifica que, entre otras fechas, Becerra Montoya laboró para “E.S.E. de COLOMBIA”, entre el 15 de noviembre 1998 y el 15 de febrero de 2000, en varios períodos que coinciden con el trámite contractual; además se refirió a la injurada de GÓMEZ GÓMEZ en la que reconoce no sólo que su padre es el gerente de esa compañía, sino que él y el otro implicado laboraban para la misma; e igualmente se refirió el juzgador a las declaraciones de Wiston Alberto Cristancho Wilches y Oscar Martínez, quienes corroboraron que el primero de los nombrados efectivamente laboraba para la citada empresa en la fecha de la contratación, haciendo énfasis en que el segundo declarante precisó que en esa entidad Becerra Montoya recibía órdenes tanto de GÓMEZ GÓMEZ como de su progenitor.

Además, puso el a-quo de presente que según la prueba documental estaba acreditado que los dos rodamientos finalmente entregados por el contratista a EDASABA E.S.P., fueron en verdad adquiridos por “E.S.E. de COLOMBIA” por un valor de dos millones cuatrocientos veintidós mil ochocientos trece pesos (\$ 2’422.813), tal y como se desprendía de la factura de venta N° 22-01747 de 17 de septiembre de 1999.

De ahí que los juzgadores hubiesen dado crédito a lo expuesto por Becerra Montoya, en el sentido de que a solicitud de GÓMEZ GÓMEZ, en razón del vínculo laboral con la empresa del padre de éste, prestó su nombre para efectos de celebrar el aludido contrato, y que fue aquél quien se encargó de hacer las diligencias correspondientes, limitándose su actividad a firmar toda la documentación que él le presentaba para llevar a término la empresa ilícita concertada con el gerente de EDASABA E.S.P.

En últimas, todo el planteamiento del demandante se reduce al mérito suasorio conferido por los falladores a la versión del procesado Becerra Montoya, pero aún mirado desde esa perspectiva tampoco logra articular una propuesta que enseñe un eventual agravio a los postulados de la sana crítica como método de valoración probatoria, ya que carece de acierto lo afirmado por el actor en el sentido de que la hipótesis de imputación como determinante de las conductas punibles atribuidas no cumple con la regla del raciocinio lógico llamada “requisito de confirmación”, dado que, por el contrario, como lo ilustran las sentencias atacadas, tal atribución de responsabilidad está firmemente sustentada en prueba documental y testimonial cuya valoración el recurrente no consigue demoler con la acreditación real de vicios típicos de la vía de cuestionamiento invocada.

Las anteriores reflexiones conducen a la desestimación de la censura ante su manifiesta ausencia de fundamento.

8. En el cargo subsidiario el demandante, sin entrar a discutir los hechos y las pruebas, alega la violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de la disminución de pena prevista en el artículo 30, inciso cuarto, de la Ley 599, ya que como GÓMEZ GÓMEZ fue partícipe de los delitos atribuidos en calidad de determinador, sin tener la condición de servidor público exigida como condición en ambas descripciones típicas, se le debe hacer el descuento de una cuarta parte señalado en la aludida norma, el cual no fue reconocido por los juzgadores de primera y segunda instancia.

A pesar del acierto formal de la censura, sustancialmente la misma no suministra ningún argumento que lleve a la Corte a conceder la razón al impugnante, dado que el problema jurídico planteado se encuentra solucionado en antigua y reiterada jurisprudencia en la que se ha precisado que al determinador y al cómplice que cumplen sus roles en la ejecución de un comportamiento típico con sujeto activo calificado no tienen derecho a la rebaja de pena solicitada por el actor.

Así lo explicó la Sala al recoger un criterio anterior¹⁰, con las siguientes reflexiones que por su inmovilidad y contundencia se traen a colación:

“...[E]l a quo interpretó [que] le correspondía una disminución punitiva de una cuarta parte, de conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 30 del Código Penal, o le comportaría una rebaja de una sexta parte a la mitad, de acuerdo con el inciso 3º de la misma norma, más otra equivalente a la cuarta parte por tratarse, según criterio de la Corte expuesto en providencia de abril 25 de 2.002, de interviniente que no tiene la calidad especial exigida en el tipo penal, resulta, sin embargo, procedente hacer un reexamen de tales posiciones en aras de definir qué se entiende por interviniente en ese contexto y cuál es ciertamente la pena que corresponde a quien, actuando como determinador o cómplice, no reúne las calidades requeridas en la descripción típica y cuál la que debe imponerse a quien ejecutando como suya la acción contenida en el verbo rector carece también de dichas calidades.

"En efecto, definiendo el artículo 29 de la Ley 599 de 2.000 como autor a 'quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento', también a 'quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado' y como coautores a 'los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte', e incluyendo, el artículo 30 del Código Penal vigente, por su parte, bajo el título de partícipes al determinador y al cómplice, para, en el inciso segundo, señalar que a aquél corresponde la pena prevista para la infracción y en el tercero que éste (el cómplice) incurrirá en la pena prevista para el punible disminuida de una sexta parte a la mitad, al tiempo que en el inciso final dispone que 'al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurre en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte', podría, todo lo anterior, significar, en principio, que el término interviniente por hallarse en ese contexto, sólo se refiere a determinadores y cómplices o que, por su acepción gramatical, como lo señalara la Sala en aquella decisión, 'no es, entonces, un concepto que corresponde a una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible sino un concepto de referencia para aludir a personas que, sin reunir las calidades especiales previstas en el respectivo tipo especial, toman parte en la realización de la conducta, compartiendo roles con el sujeto calificado o accediendo a ellos'.

"Sin embargo, bajo el necesario supuesto de que en el delito propio los extraños, valga decir el determinador y el cómplice, no requieren calidad alguna, pues aquél no ejecuta de manera directa la conducta punible y el cómplice tiene apenas una participación accesoria, surge evidente la exclusión que a tales partícipes hace el inciso final del precitado artículo 30, ya que si a éstos no se les exige calidad alguna, valga decir que su

condición o no de servidor público no tiene incidencia alguna en la participación que respecto a la conducta punible despliegan, ningún sentido lógico tiene el que se les dispense un adicional tratamiento punitivo definitivamente más favorable precisamente por una calidad que resulta intrascendente en sus respectivos roles, en cuanto al determinador que no siendo servidor público, condición que para nada importa en el despliegue de la instigación, se le estaría rebajando la pena en una cuarta parte y al cómplice, cuya condición o no de servidor público tampoco comporta ninguna trascendencia en la ejecución del papel accesorio, se le estaría favoreciendo igualmente con una rebaja de esa proporción pero sumada a la que correspondería por su participación, prevista entre una sexta parte a la mitad.

"Es que, siendo absolutamente claro el artículo 30 en señalar que al determinador le corresponde la pena prevista en la infracción y al cómplice esta misma rebajada en una sexta parte a la mitad, si ellos carecen de la cualificación especial que el tipo penal no exige para que su participación se entienda consumada, en nada desnaturaliza los propósitos del legislador, pues aún se mantiene la unidad de imputación, se conserva la distinción entre formas de intervención principales y accesorias y se guarda la correspondencia punitiva frente a los diversos grados de compromiso penal.

"Por eso, cuando dicha norma utiliza el término intervinientes no lo hace como un símil de partícipes ni como un concepto que congloba a todo aquél que de una u otra forma concurre en la realización de la conducta punible, valga decir determinadores, autores, coautores y cómplices, sino lo hace en un sentido restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación, pues el supuesto necesario es que el punible propio sólo lo puede ejecutar el sujeto que reúna la condición prevista en el tipo penal, pero como puede suceder que sujetos que no reúnan dicha condición, también concurren a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir como autor, es allí dónde opera la acepción legal de intervinientes para que así se entiendan realizados los propósitos del legislador en la medida en que, principalmente, se conserva la unidad

de imputación, pero además se hace práctica la distinción punitiva que frente a ciertos deberes jurídicos estableció el legislador relacionándolos al interior de una misma figura y no respecto de otras en que esa condición no comporta trascendencia de ninguna clase.

"Pero además, tal entendimiento, ya dinamizado en relación con hechos punibles de sujeto activo que no requiera calidades y frente a un criterio de política criminal, tiende a hacer real el principio de igualdad pues, de iterarse el criterio ya expresado de la Sala en la decisión antes citada, no se entendería porqué razón a un determinador de peculado, por ejemplo, se le beneficiaría con una rebaja de la cuarta parte de la pena, mas no así a un instigador de un delito de hurto, o porqué a un cómplice de concusión se le rebajaría en principio la pena de una sexta parte a la mitad, y luego en una cuarta más por no ser servidor público. Más aún, tampoco se entendería porqué a un particular, cómplice de peculado se le harían tales rebajas mientras que a un servidor público cómplice del mismo delito no se le haría sino la primera, cuando ciertamente su condición nada tendría que ver con su participación, pues ella, en tal caso, la ley la encuentra carente de trascendencia.

"Por tanto, al determinador de un delito, con o sin la condición exigida para el sujeto activo, le corresponde la pena prevista para la infracción; al cómplice de un delito propio, que obviamente no necesita condición alguna y en definitiva careciendo o no de ella, le corresponde la pena prevista para la infracción disminuida de una sexta parte a la mitad."11.

Suficientes resultan las anteriores consideraciones para afirmar la improsperidad del reproche subsidiario.

9. Por último, la Sala observa que con posterioridad a la sentencia de segunda instancia, antes de arribar a ésta sede el expediente (lo cual ocurrió el 23 de julio de

2010)¹², respecto de la conducta punible de peculado por apropiación se configuró a favor de GÓMEZ GÓMEZ y Becerra Montoya el fenómeno de la extinción de la acción penal por prescripción, como igualmente aconteció frente al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en relación con el último de los citados, lo cual obliga a adoptar las decisiones correlativas, con repercusión en la dosificación punitiva en el caso del aquí demandante.

En efecto, según quedó expresado en la síntesis de la actuación contra los citados se profirió acusación como determinador y cómplice, respectivamente, los delitos de peculado por apropiación en cuantía inferior a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes y contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El primero de esos comportamientos, según el artículo 133, incisos primero y segundo, del Decreto Ley 100 de 1980 (norma vigente para la época de los hechos), se encuentra reprimido con una pena máxima de prisión de siete (7) años y seis (6) meses, en tanto con el segundo, al tenor del artículo 146 ejusdem (modificado por la Ley 80 de 1993, artículo 57 y la Ley 190 de 1995, artículo 32) con doce (12) años.

Ahora bien, los artículos 80, 83 y 84 del citado Código Penal señalan que la acción penal prescribe: durante la fase instructiva, transcurrido un tiempo igual al límite mayor de la respectiva pena privativa de la libertad, sin que ese plazo pueda ser menor a cinco (5) años ni superior a veinte (20)¹³; y durante el juicio, esto es, a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, el señalado término se reduce a la mitad, empero, en ningún caso puede ser inferior a cinco años¹⁴.

Como ya se advirtió, dado que la pena máxima para el delito de peculado endilgado a los procesados es de apenas siete (7) años y seis (6) meses, resulta palmario que en la etapa de la causa el término de prescripción respecto del mismo era de cinco (5) años, plazo que se cumplió, atendida la fecha de ejecutoria del pliego de cargos (ocurrida el 16 de marzo de 2005), el 15 de marzo de 2010, mientras se surtían los traslados

inherentes a la sustentación del recurso extraordinario en el Tribunal.

Y en cuanto a la conducta punible de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales atribuida a Becerra Montoya como cómplice, el máximo de la sanción (12 años) debe reducirse en una sexta parte atendida esa forma de participación (Ley 599 de 2000, artículo 30, inciso tercero y Decreto Ley 100 de 1980, artículo 24), lo cual significa que para operar durante el juicio la aludida figura enervante de la acción penal respecto de aquél, también era necesario el transcurso de cinco años, plazo cumplido de manera efectiva el 15 de marzo de 2010.

Por lo anterior, la Corte declarará prescrita la acción penal respecto de los delitos de peculado por apropiación en cuantía inferior a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes y contrato sin cumplimiento de requisitos legales imputados a Becerra Montoya como cómplice, debiendo cesar, en consecuencia, todo procedimiento en favor de éste, mientras que en relación con GÓMEZ GÓMEZ sólo fenecerá la actuación por el primero de los indicados comportamientos, y retirará el incremento de doce (12) meses de prisión y multa de dos (2) salarios mínimos mensuales legales que por tal injusto le infligió el fallador de primer grado, avalado por el de segunda instancia¹⁵.

En conclusión, las penas principales de WALTER ENRIQUE GÓMEZ GÓMEZ, como determinador de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, quedan en cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión y multa en cuantía de veintidós (22) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Impera aclarar que respecto de Omar Miranda Tocora, no se configura el fenómeno extintivo de la acción penal en atención a que incurrió como autor de las conductas objeto de este proceso con ocasión de sus funciones como servidor público (gerente de EDASABA E.S.P), motivo por el que el término de prescripción para cada una, según lo

dispuesto en el artículo 83, inciso quinto, de la Ley 599 de 2000, se incrementa únicamente respecto de éste¹⁶ en una tercera parte, implicando ello que en el juicio el decaimiento de la potestad punitiva del Estado se manifestaría después de un plazo, para el peculado por apropiación, de seis (6) años y ocho (8) meses, y para el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, de ocho (8) años.

10. Por último, la Corte advierte la necesidad de recurrir a la facultad oficiosa que le confiere la ley en materia de casación, toda vez que el juez de primer grado, avalado tácitamente por el de segunda instancia, impuso a todos los procesados como sanción accesoria, por el mismo lapso de la privativa de la libertad, la de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas —antes denominada interdicción de derechos y funciones públicas (Decreto Ley 100 de 1980, artículos 42-3° y 52)— sin percatarse que tanto en la legislación en vigor al tiempo de los sucesos (Decreto Ley 100 de 1980, artículos 133 y 146, modificados por la Ley 80 de 1993, artículo 57 y la Ley 190 de 1995, artículo 19 y 32), como en la actual (Ley 599 de 2000, artículos 397 y 410), aquélla está prevista para las conductas punibles objeto de juzgamiento como principal.

El equívoco en cuanto a la naturaleza de esa específica forma de punición no resulta, en este caso, intrascendente, ya que como en los respectivos preceptos esa sanción tiene su propio ámbito punitivo, independiente y diferente del que corresponde a los otros castigos principales allí consagrados, al fijar su duración los sentenciadores automáticamente por el mismo tiempo de la de prisión impuesta a cada uno, vulneraron el principio de estricta legalidad inherente a esta materia.

En efecto, en tratándose del peculado por apropiación, la interdicción de derechos y funciones públicas contemplada como pena principal en aquél entonces oscilaba en un rango de seis (6) a quince (15) años, extremos que en atención a la cuantía de la

exacción, inferior a cincuenta salarios mensuales legales, deben reducirse en tres cuartas partes, el mínimo, y en la mitad, el máximo, lo cual arroja un nuevo y definitivo marco fluctuante entre un (1) año y seis (6) meses hasta siete (7) años y seis (6) meses.

A su turno, el punible de celebración de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, para la misma sanción principal, preveía un lapso de uno (1) a cinco (5) años.

En la situación del acusado Omar Miranda Tocora, para dosificar esa pena deben seguirse las reglas del concurso de conductas delictivas, luego obligatorio es acudir a la que apareja una represión mas severa, es decir, la del peculado por apropiación, y teniendo en cuenta que el a-quo en la pena de prisión seleccionada (la correspondiente a la de contratación indebida) partió del mínimo (4 años), el cual incrementó en una octava parte (6 meses) por la gravedad y modalidad de la conducta, siguiendo esos mismos criterios, en principio se obtiene un guarismo de veinte (20) meses y siete (7) días que debe aumentarse proporcionalmente, como también lo hizo el fallador de primera instancia, en un veintidós por ciento (22%) por la conducta punible concurrente, esto es, en cuatro (4) meses y (10) diez días, para un total definitivo de veinticuatro (24) meses y diecisiete (17) días —en lugar de los cinco años y seis meses inicialmente impuestos—.

Respecto de GÓMEZ GÓMEZ, con la prescripción de la acción frente al delito de peculado por apropiación, debe acogerse el ámbito de movilidad de la interdicción de derechos y funciones públicas señalada para el delito que queda vigente, es decir, de uno (1) a cinco (5) años, e incrementado el límite mínimo en una octava parte por la gravedad y modalidad de la conducta, se obtiene un cómputo final de trece (13) meses y quince (15) días.

En conclusión, la Sala de oficio casará parcialmente la sentencia para restablecer la garantía vulnerada (principio de legalidad de la sanción), ajustando a los señalados guarismos la pena en cuestión, aclarando que ésta procede como principal y no como accesoria.

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

RESUELVE:

1. NO CASAR la sentencia atacada en razón de la improsperidad de los reproches formulados en la demanda presentada en nombre de WALTER ENRIQUE GÓMEZ GÓMEZ, según lo aquí puntualizado.
2. DECLARAR prescrita la acción penal en relación con Miguel Becerra Montoya, respecto de los delitos de peculado por apropiación en cuantía inferior a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales y contrato sin cumplimiento de requisitos legales. En consecuencia CESAR TODO PROCEDIMIENTO en favor del precitado.
3. DECLARAR prescrita la acción penal por el delito peculado por apropiación en cuantía inferior a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales respecto de WALTER ENRIQUE GÓMEZ GÓMEZ, y en virtud de ello CESAR PROCEDIMIENTO en favor del mismo por la referida conducta punible.
4. En razón de lo anterior WALTER ENRIQUE GÓMEZ GÓMEZ, como determinador de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, queda condenado a las penas principales de cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión y multa en cuantía de veintidós (22) salarios mínimos mensuales legales

5. CASAR DE OFICIO Y PARCIALMENTE la sentencia recurrida, en el sentido de fijar en veinticuatro (24) meses y diecisiete (17) días la pena principal de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas respecto Omar Miranda Tocora, y en trece (13) meses y quince (15) días en relación con WALTER ENRIQUE GÓMEZ GÓMEZ.

En los demás aspectos queda vigente la sentencia atacada.

6. COMPULSAR las copias señaladas en la parte considerativa.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y devuélvase al Despacho de origen.

JAVIER ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ
CABALLERO

FERNANDO CASTRO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
GÓMEZ QUINTERO

ALFREDO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
GUZMÁN

AUGUSTO J. IBÁÑEZ

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

- 1 Cuaderno original # 1, folios 1-61.
- 2 Ídem, folios 62-217.
- 3 Ídem, folios 218, 231-234.
- 4 Cuaderno original # 2, folios 54-56, 90-93, 102-116 y 145-158.
- 5 Cuaderno original # 2, 115-118.
- 6 Cuaderno original # 4, folios 175-210.
- 7 Cuaderno del Tribunal, folios 6-41, 86-47 y 153-154.
- 8 Cuaderno original #3, folio 101. Cuaderno original # 4, folio 187.
- 9 Cuaderno original # 1, folio 174.
- 10 Cfr. Sentencia de casación de 25 de abril de 2002, radicación N° 12191.
- 11 Cfr. Sentencia de segunda instancia de 8 de julio de 2003, radicación N° 20704 y, entre otros, fallos de casación de 26 de abril y 7 de septiembre de 2006, 7 de marzo de 2007, y 10 de marzo 2010, radicaciones N° 22146, 22447, 23979 y 31890, respectivamente.
- 12 Cuaderno de la Corte, folio 2.
- 13 En la ley 599 de 2000, de acuerdo con su artículo 83, atendidas las modificaciones hechas por las Leyes 1309 de 2009 y 1426 de 2010, este límite se aumenta a treinta (30) años cuando se trate de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado u homicidio de miembro de una organización sindical legalmente reconocida, defensor de derechos humanos o periodista.

14 De acuerdo con el artículo 86 de la Ley 599 de 2000, en el juicio el término de prescripción oscila entre cinco (5) y diez (10) años contados a partir de la ejecutoria del pliego de cargos, y en proceso adelantados con sujeción a la Ley 906 de 2004, el referente para ese computo es la formulación de la imputación (Ley 890 de 2004, artículo 6).

15 Cuaderno original # 7, folios 200-204.

16 Cfr. Autos de 6 de marzo de 2002 y 16 de febrero de 2005, radicaciones 16329 y 21853, respectivamente, y sentencias de 25 de abril de 2002 y 15 de junio de 2005, radicaciones 12191 y 20528, respectivamente, entre otras decisiones.