

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Aprobado Acta No. 131

Bogotá, D. C., abril treinta (30) de dos mil trece (2013).

VISTOS:

La Sala resuelve el recurso de casación interpuesto por los defensores de los procesados Mario Enrique Burgos Luna y Carlos Julio Gómez Sánchez contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto, confirmatoria en parte de la dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad, que los condenó, al inicialmente citado, como autor y, al último, en calidad de cómplice, de los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público.

HECHOS:

Fueron reseñados al desatar la impugnación contra la resolución acusatoria, en los siguientes términos:

“Por medio de las órdenes de trabajo 050 y 051 fechadas el 2 de julio de 1996, las directivas del Hospital Departamental de Nariño, Empresa Social del Estado, con sede en la ciudad de Pasto, previa verificación de la correspondiente disponibilidad presupuestal y

de las ofertas del caso, decidieron contratar a... Carlos Julio Gómez y Alfredo Viteri Lozano, con el fin de que instalaran un equipo completo de gases medicinales en el área de quirófanos, cuidados intensivos y urgencias, que el mencionado establecimiento requería dado el nivel de la atención médica prestada. Éste representaba un costo global de \$29.282.056.

En las órdenes de trabajo aparecían las especificaciones de los equipos y componentes que hacían parte del objeto contractual, así: bombas de vacío marca «Chemetron» tipo múltiple, referencia 62-00-100 y manifols para aire referencia 3228, oxígeno referencia 3226 y óxido nitroso referencia 3227. La contratación incluía el suministro de materiales, accesorios, planos, instalación y anclaje de los equipos.

La cotización ofrecida por los contratistas Viteri Lozano y Gómez reflejaba coherentemente el objeto del contrato contenido en las órdenes 050 y 051, denotando el costo más favorable para el hospital, con los siguientes valores de acuerdo a la cotización presentada...: Alfredo Viteri: bomba de vacío marca «Chemetron» referencia 62-00-100, \$12.555.000; manifols para oxígeno referencia 3226 tipo mixto, \$1.902.400; manifold para óxido nitroso referencia 3227, \$1.134.828. Carlos Gómez: bomba de vacío marca «Chemetron» referencia 62-00-100, \$12.555.000; manifold para [aire tipo mixto, referencia 3228, \$1.134.828]. Por tal razón fueron escogidos, pues el otro proponente, Intelmedic, estimó tales productos sobre un costo aproximado de \$37.083.000.

El 23 de diciembre de 1996, el señor Mario Enrique Burgos Luna, quien para ese entonces se desempeñaba como jefe de mantenimiento encargado del hospital, suscribió el acta de recibo de las obras, denotando que luego de efectuar una «estricta confrontación con lo estipulado contractualmente», éstas se recibían a entera satisfacción, documento que también fue suscrito por el señor Iván Bastidas Beltrán, subdirector científico, y Mauricio Vladimir Enríquez Velásquez, jefe de suministros. Posteriormente, a través de las resoluciones 003131 y 003132 del 23 de diciembre de

1996, se realizó el pago del excedente correspondiente al 50% del valor global de las órdenes de pago a favor de los contratistas.

A mediados de 1998, por medio de escrito anónimo allegado a la Fiscalía General de la Nación, se puso de presente de manera sucinta una serie de hechos irregulares ocurridos al interior de la administración del Hospital Departamental de Nariño. De acuerdo a la información, uno de tales eventos era la contratación del sistema de gases medicinales o de succión central, pues no obstante que se había cancelado el monto total de la obra a los contratistas, el objeto contractual no se había cumplido cabalmente, ya que las especificaciones técnicas de los equipos instalados distaban desfavorablemente de aquellas previstas en las correspondientes órdenes de trabajo.”

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE:

El 30 de marzo de 1999, en la Fiscalía Dieciocho Seccional de Pasto de la Unidad de Delitos Contra la Administración Pública, se dispuso la apertura de la investigación y fueron vinculados mediante indagatoria Mario Enrique Burgos Luna, Gerardo Iván Bastidas Beltrán, Mauricio Vladimir Enríquez Velásquez y Carlos Julio Gómez Sánchez, mientras que Alfredo Viteri Lozano fue declarado persona ausente, así que admitida la demanda de constitución de parte civil, el 8 de septiembre de 1999 se les resolvió su situación jurídica provisional de la siguiente manera:

A Burgos Luna, con medida de aseguramiento de conminación por su autoría en el ilícito de peculado culposo.

A Bastidas Beltrán y Enríquez Velásquez, con medida de detención preventiva, la cual les fue sustituida por detención domiciliaria, por su coautoría en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

A Gómez Sánchez y Viteri Lozano, con detención preventiva con beneficio de excarcelación, por su complicidad en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

El 13 de octubre de 1999, al resolverse el recurso de reposición contra esa determinación, se decidió no imponer medida de aseguramiento a Mario Enrique Burgos Luna.

El 7 de diciembre de 1999, al desatar la apelación interpuesta contra la citada situación jurídica, se revocó la medida de detención preventiva que pesaba sobre los restantes vinculados (Gerardo Iván Bastidas Beltrán, Mauricio Vladimir Enríquez Velásquez, Carlos Julio Gómez Sánchez y Alfredo Viteri Lozano).

Clausurada la instrucción, en la Fiscalía 005 002 Seccional de Popayán¹ de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública, el 6 de septiembre de 2002, se profirió resolución acusatoria contra Mario Enrique Burgos Luna, Gerardo Iván Bastidas Beltrán, Mauricio Vladimir Enríquez Velásquez, Carlos Julio Gómez Sánchez y Alfredo Viteri Lozano, a los tres primeros, por su presunta coautoría en los delitos de peculado por apropiación, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y falsedad ideológica en documento público, todos cometidos en concurso homogéneo y, a los dos últimos, como intervinientes de las citadas infracciones.

Además, Gómez Sánchez y Viteri Lozano también fueron convocados a juicio como presuntos coautores del delito de uso de documento público falso.

Impugnada la resolución acusatoria, la Fiscalía Cuarta Delegada ante el Tribunal Superior de Popayán, el 7 de junio de 2004, la confirmó en relación con Mario Enrique Burgos Luna, Gerardo Iván Bastidas Beltrán y Mauricio Vladimir Enríquez Velásquez, pero la modificó respecto de Carlos Julio Gómez Sánchez y Alfredo Viteri Lozano, a quienes residenció en juicio en calidad de cómplices por los delitos que les fueran imputados originalmente como intervinientes.

Así mismo, a Burgos Luna, Bastidas Beltrán, Enríquez Velásquez, Gómez Sánchez y Viteri Lozano, les precluyó la instrucción por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y también se pronunció en igual sentido frente a los dos últimos en punto del ilícito de uso de documento público falso.

La etapa de la causa correspondió adelantarla al Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, donde se celebró la audiencia preparatoria y se llevó a cabo la vista pública, tras lo cual, el 28 de enero de 2008, se absolvió a los procesados Gerardo Iván Bastidas Beltrán y Mauricio Vladimir Enríquez Velásquez por su coautoría en los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público.

De otra parte, se condenó al acusado Mario Enrique Burgos Luna como autor de los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, a quien se le impusieron las penas principales de 120 meses de prisión y multa de \$18.289.056, al igual que las “accesorias” de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la privación de la libertad y la de participar en licitaciones y celebrar contratos con entidades estatales por 10 años.

A su vez, se condenó a Carlos Julio Gómez Sánchez y Alfredo Viteri Lozano en calidad de cómplices de dichas conductas punibles, a los que se sancionó con las penas principales de 47 meses de prisión y multa de \$9.144.528, así como a las “accesorias” de inhabilitación, tanto para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de privación de la libertad, como para participar en licitaciones y celebrar contratos con entidades estatales por 10 años.

Además, a todos los condenados se les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria. De otra parte, no fueron obligados a pagar perjuicios.

Apelado el fallo por la Fiscalía, el apoderado de la parte civil y la defensa, el 4 de

octubre de 2011, el Tribunal Superior de Pasto, respecto de los procesados Gerardo Iván Bastidas Beltrán y Mauricio Vladimir Enríquez Velásquez, consideró que su comportamiento se adecuaba al delito de peculado culposo, razón por la cual prescribió la acción penal a su favor.

A su vez, condenó a los procesados Mario Enrique Burgos Luna, Carlos Julio Gómez Sánchez y Alfredo Viteri Lozano, al pago de \$18.289.056 por concepto de perjuicios y confirmó el fallo impugnado en todo lo demás.

Esta Corporación resolvió admitir las demandas de casación formuladas por los defensores de los procesados Mario Enrique Burgos Luna y Carlos Julio Gómez Sánchez, al encontrarlas ajustadas a las exigencias previstas en el artículo 212 de la Ley 600 de 2000.

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal emitió el concepto respectivo, por lo que ahora se procede a adoptar la decisión de fondo que en derecho corresponda.

LAS DEMANDAS:

Libelo allegado en representación de Mario Enrique Burgos Luna:

Plantea una sola censura en los términos que a continuación se sintetizan.

Cargo único:

Sostiene el impugnante que la sentencia de segundo grado se dictó en un juicio viciado de nulidad, específicamente en relación con el delito de falsedad ideológica en documento público por el que fue condenado el inculcado, toda vez que al momento en que aquella fue proferida, ya se había extinguido la acción penal en razón del fenómeno jurídico de la prescripción.

Afirma que el delito contra la fe pública en cita, es sancionado en el artículo 219 Decreto

Ley 100 de 1980 con una pena de 3 a 10 años de prisión, de manera que en el caso particular se debe tener en cuenta que el término de prescripción, el cual se cuenta a partir de la ejecutoria de la resolución acusatoria, es de 6 años y 8 meses, de conformidad con lo establecido en los artículos 80, 82 y 84 ibídem.

Añade que la convocatoria a juicio quedó en firme el “18 de junio de 2004”, fecha en la que se produjo la última notificación de la decisión de segunda instancia que calificó el sumario, por tanto, el “18 de febrero de 2011”, es decir, antes de ser dictada la sentencia de segundo grado, ya se había extinguido la acción penal por prescripción, de donde se sigue que se violó el debido proceso.

En esa medida, solicita casar parcialmente la sentencia impugnada, anular lo actuado desde el 18 de febrero de 2011 respecto del delito de falsedad ideológica en documento público y cesar el procedimiento frente a esta conducta punible, reduciendo la pena impuesta al inculpado en la proporción correspondiente.

Demanda presentada a nombre de Carlos Julio Gómez Sánchez:

Está compuesta por dos cargos, cuyo contenido se resume de la siguiente manera:

Primer cargo:

Alega el censor que en el sub judice se evidencia la extinción de la acción penal por prescripción en relación con los delitos de falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación, por los que en calidad de cómplice se acusó y juzgó al procesado, por tanto, estima que se debe anular la sentencia.

Una vez señala (i) que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, la acción penal se extingue por prescripción en un tiempo igual al máximo de la pena prevista en la ley para el delito, sin que sea inferior a 5 años; (ii) que de acuerdo

con lo consagrado en el artículo 84 ídem, el lapso de prescripción para los delitos instantáneos comienza a correr desde el día de su consumación; y (iii) que según lo dispuesto en el artículo 86 ibídem, el cómputo de la prescripción en la instrucción se interrumpe con la ejecutoria de la resolución acusatoria, iniciándose un término igual al señalado en la norma inicialmente citada, sin que tampoco sea inferior a 5 años; expone que en el caso particular el fenómeno jurídico anotado se consolidó en la etapa de la investigación.

Indica al respecto que los hechos por los que se procedió en este asunto ocurrieron el “2 de julio de 1996” y la resolución acusatoria quedó ejecutoriada el 7 de junio de 2004, es decir que entre una y otra fecha pasaron más de cinco años.

Además, añade que incluso desde esta última fecha hasta la presentación de la demanda de casación, también transcurrieron más de cinco años, de donde se sigue que en la fase del juzgamiento por igual se produjo la extinción de la acción penal por prescripción.

Así las cosas, pide casar la sentencia y que se decrete la prescripción de la acción penal.

Segundo cargo:

Afirma el demandante que en la sentencia impugnada se incurrió en la aplicación indebida de los artículos 63 y 133 del Decreto Ley 100 de 1980, por cuanto se cometió un error al condenar al procesado en calidad de “cómplice” del delito de peculado por apropiación con fundamento en que al obligarse con la orden de trabajo No. 051 el 2 de julio de 1996 con el Hospital Departamental de Nariño, cuyo objeto era el montaje e instalación de equipos para gases medicinales, era posible predicarle la condición de servidor público.

Aduce que de conformidad con la jurisprudencia vigente de esta Sala, solamente

es posible pregonar el status de servidor público previsto en el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 en punto de los contratistas, en los casos en donde a éstos se les transfieren funciones públicas, lo cual no sucedió en el presente asunto, toda vez que el acusado simplemente realizó una labor material de montaje e instalación de unos equipos de gases medicinales, “de manera... no debió condenársele en calidad de cómplice de un delito que no podía cometer”.

Añade que al estarse ante un típico contrato de obra, “la “apropiación del anticipo no daba lugar a la atribución de [la calidad] de cómplice del delito de peculado por apropiación, por no reunir el contratista la cualificación exigida por la norma para la estructuración de dicha conducta punible”, de manera que ha debido intentarse una “acción por incumplimiento de contrato”, mas no una de carácter penal.

En esa medida, solicita casar la sentencia y dictar la de reemplazo que en derecho corresponda.

Alegato del apoderado de la parte civil como no recurrente:

Inicialmente manifiesta que no se opone a la pretensión señalada en la demanda formulada a nombre del procesado Mario Enrique Burgos Luna, así que sostiene que en este caso solamente debe mantenerse la condena por el delito de peculado por apropiación.

Frente al libelo allegado en representación de Carlos Julio Gómez Sánchez, expresa que el primer cargo no fue postulado correctamente, por cuanto se omitió precisar la causal de casación. Además, no tiene vocación de éxito, pues si la pena máxima para el delito de peculado por apropiación es de 180 meses de prisión y el citado fue acusado en calidad de cómplice, de conformidad con lo estipulado en el artículo 30 del Código Penal, la pena se reduce de una sexta parte a la mitad, así que siguiendo la regla incluida en el

numeral 5º del artículo 60 ibídem, en este caso la pena extrema asciende a 150 meses, lo que permite concluir que para la fecha de la sentencia de segunda instancia no había prescrito la acción penal.

En cuanto hace referencia al segundo cargo, asegura que por igual está llamado al fracaso, pues en atención al instituto de la participación consagrado en el artículo 30 del Código Penal, en relación con el delito de peculado por apropiación es posible predicar la complicidad, en tanto esa calidad se pregona de quien mediando concierto previo o concomitante contribuye a la comisión de la realización de la conducta punible, como en efecto ocurrió en el caso de la especie.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Sobre el libelo allegado en representación de Mario Enrique Burgos Luna

Cargo único:

Aduce que en el Decreto Ley 100 de 1980 se regula el instituto de la prescripción, así:

(i) en el artículo 80 se establece que la acción penal se extingue en el máximo de la pena privativa de la libertad fijada en la ley para el delito sin que sea inferior a 5 años; (ii) en el artículo 82 se indica que los lapsos en cita se incrementan en una tercera parte cuando la infracción es cometida por servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos; (iii) en el artículo 83 se estipula que en relación con los ilícitos instantáneos la prescripción se cuenta desde el día de su consumación; y (iv) en el artículo 84 se subraya que la prescripción se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación, comenzando a correr un nuevo término igual a la mitad del mencionado en el artículo 80 sin que pueda ser inferior a 5 años.

Acto seguido, recuerda que en el caso de la especie al acusado se le dedujo el delito de falsedad ideológica en documento público porque, en su condición de jefe de

mantenimiento del Hospital Departamental de Nariño, consignó en el acta de recibo de los equipos de gases medicinales mencionados en la orden de trabajo No. 051, que éstos correspondían a los allí relacionados, cuando en realidad no era así.

Ahora, una vez subraya que de conformidad con el artículo 209 del Código Penal de 1980, el delito antes citado tiene una pena de 3 a 10 años y recuerda que en este caso la resolución acusatoria quedó en firme el “18 de junio de 2004”, a partir de la cual se cuenta un término equivalente a la mitad del máximo de la pena, en este caso 5 años, aduce que como el procesado en su condición de servidor público cometió el delito en ejercicio de sus funciones, en esa medida tal lapso debe aumentarse a 6 años y 8 meses, los cuales se cumplieron el “18 de febrero de 2011”, de donde se sigue que en el sub judice la prescripción de la acción operó después de la sentencia de primera instancia del 28 de enero de 2008 y antes del fallo de segundo grado del 4 de octubre de 2011.

Así las cosas, la representante del Ministerio Público conceptúa que es preciso estimar el cargo analizado y por ende se debe casar la sentencia parcialmente, así como anular lo actuado a partir del “18 de febrero de 2011” en relación con el delito de falsedad ideológica en documento público, procediendo a redosificar la pena de acuerdo con el criterio fijado por el juez a quo.

Sobre la demanda presentada a nombre de Carlos Julio Gómez Sánchez:

Primer cargo:

De entrada conceptúa que esta censura debe prosperar y para el efecto pone de manifiesto que al inculpado se le imputó su complicidad en el delito de peculado por apropiación, el cual se fundó en que en su condición de particular, el 2 de julio de 1996, suscribió un contrato con el Hospital Departamental de Nariño cuyo objeto era el montaje e instalación de unos equipos de gases medicinales por valor de \$13.689.828, los que no fueron entregados conforme se pactó, pues se suministraron otros de inferior

calidad y capacidad, pero sí se recibió la cifra anotada.

Agrega que en la misma fecha se firmó otro contrato con Alfredo Viteri Lozano, quien igualmente obró como particular, el cual también tenía por objeto el montaje e instalación de equipos de gases medicinales pero por una cuantía de \$15.592.228, ocurriendo que este caso tampoco se recibieron los mismos con las calidades y capacidades acordados, pero sí se pagó la suma referida.

Manifiesta entonces la Procuradora Delegada, que visto lo consignado en la resolución acusatoria de segunda instancia del 7 de junio de 2004, la cual quedó en firme el “18 de junio” siguiente, es claro que a los antes citados se los convocó a juicio en la condición de particulares cómplices de los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, imputación que se mantuvo en las sentencias de primer y segundo grado.

En esa medida, sostiene que como el delito de peculado por apropiación previsto en el artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980 tiene una pena máxima de 15 años, y de acuerdo con el inciso 3º del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, frente a los cómplices se reduce la pena de una sexta parte a la mitad, siguiendo la regla prevista en el numeral 5º del artículo 60 ídem, se tiene que la conducta punible en cita en este caso tendría una pena máxima de 12 años y 6 meses, de donde se sigue que la acción penal no prescribió en la fase de la investigación, pues el artículo 83 ibídem consagra que esto ocurre transcurrido el máximo de la sanción privativa de la libertad fijada en la ley para la infracción y en el sub lite los hechos ocurrieron el “2 de julio de 1996” y la acusación quedó ejecutoriada el “18 de junio de 2004”.

No obstante, pone de presente que lo mismo no ocurre en punto de la etapa del juzgamiento, por cuanto de conformidad con el artículo 86 de la Ley 599 de 2000, en firme la resolución acusatoria el término prescriptivo de la acción penal se reduce a la

mitad del máximo de la pena señalada en la ley para el delito, lo que en el sub lite equivale a 6 años y 3 meses, los cuales se cumplieron el “18 de septiembre de 2010”, por lo que las actuaciones subsiguientes a esa fecha son nulas.

En esa medida, conceptúa que ha de estimarse la censura estudiada y por tanto se debe casar la sentencia en relación con el delito de peculado por apropiación que le fuera imputado al acusado Carlos Julio Gómez Sánchez, en calidad de cómplice, determinación que debe hacerse extensiva al procesado Alfredo Viteri Lozano, pues frente a él concurren las mismas circunstancias.

Adicionalmente, conceptúa que por igual se debe casar de oficio la sentencia en relación con los citados en punto de la imputación que se les realizara por su complicidad en el delito de falsedad ideológica en documento público, por cuanto se evidencia que también operó la prescripción de la acción penal durante la fase de la causa.

Al respecto precisa que la conducta punible aludida, de acuerdo con el artículo 286 de la Ley 599 de 2000, al cual acude por favorabilidad, tiene una pena máxima de 8 años, así que como de acuerdo con el inciso 3º del artículo 30 ídem, frente a los cómplices se reduce la pena de una sexta parte a la mitad y, en atención a la regla prevista en el numeral 5º del artículo 60 íbidem, tal conducta punible tendría una pena máxima de 6 años y 8 meses, por tanto, durante la etapa del juzgamiento tiene una sanción extrema de 3 años y 4 meses; entonces, siguiendo lo establecido en el artículo 86 ejusdem ha de estimarse que el término mínimo para la extinción de la acción penal por prescripción en esa fase es de 5 años, los cuales en este asunto se agotaron el “18 de junio de 2009”, pues la acusación quedó en firme el “18 de junio de 2004”.

Segundo cargo:

Considera que contrario a lo sostenido por el demandante, en la sentencia no se le dedujo al procesado la calidad de servidor público, pues claramente se indicó que se

trataba de un particular que celebró un contrato de obra con el Hospital Departamental de Nariño para el montaje e instalación de unos equipos de gases medicinales.

Añade que el Fiscal ad quem, al desatar la impugnación contra la resolución acusatoria, igualmente dejó en claro la calidad de particular del inculpado al contratar, trayendo a colación el criterio que en ese sentido ha señalado esta Sala de Casación Penal, situación que se repitió en el fallo de primer grado, el cual fue confirmado por el Tribunal.

Por tanto, la representante del Ministerio Público subraya que no hay discusión acerca de la calidad de particular del procesado, a quien correctamente se le dedujo su complicidad en los delitos que se le imputaron, motivo por el cual conceptúa que el cargo no tiene vocación de éxito.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Demanda allegada en representación de Mario Enrique Burgos Luna

Cargo único:

Como plantea que la sentencia de segunda instancia se dictó en un juicio viciado de nulidad en relación con la conducta punible de falsedad ideológica en documento público, pues cuando ese fallo se emitió la acción penal se había extinguido por prescripción frente a dicho delito, se procede a analizar si tal situación se presenta en este asunto.

Inicialmente, resulta necesario señalar que una censura planteada en esos términos impone tener en cuenta la imputación jurídica consignada en la resolución acusatoria, máxime que la misma se mantuvo en el fallo impugnado, siendo del caso precisar que frente al procesado Mario Enrique Burgos Luna vino a concretarse al ser desatado el recurso de apelación contra la convocatoria a juicio.

En efecto, el inculcado Mario Enrique Burgos Luna fue acusado en primera instancia como coautor de los delitos de peculado por apropiación consagrado en el inciso 1º del artículo 133 del Código Penal de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, contrato sin cumplimiento de requisitos legales previsto en el artículo 146 ídem, reformado por los artículos 1º del Decreto 141 de 1980 y 57 de la Ley 80 de 1993, y falsedad ideológica en documento público estipulado en el artículo 219 ídem, todos cometidos en concurso homogéneo.

Posteriormente, al resolverse la impugnación contra la convocatoria a juicio, el Fiscal ad quem decidió excluir de tal llamamiento el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, manteniendo incólume el resto de la imputación.

En esa medida, es claro que la imputación jurídica relativa al atentado contra la fe pública lo fue por el delito de falsedad ideológica en documento público previsto en el artículo 219 del Decreto Ley 100 de 1980.

Ahora, es necesario preciar que la resolución acusatoria de segunda instancia quedó ejecutoriada el día en que se profirió, es decir, el 7 de junio de 2004, mas no cuando fue “comunicada”, como equivocadamente lo entienden el demandante y la Procuradora Delegada.

En efecto, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 187 de la Ley 600 de 2000, las determinaciones “que deciden los recursos de apelación... contra las providencias interlocutorias... quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente”, norma respecto de la cual esta Corporación ha señalado:

“8. El caso examinado se centra en determinar si, conforme los mandatos del inciso segundo del artículo 187 de la Ley 600... era menester, según lo pregonaba el demandante en revisión, que la decisión fuese debidamente notificada para que interrumpiese la prescripción.

9. Destáquese que la Corte Constitucional en sentencia C-641 de 2002, al revisar la exequibilidad del inciso segundo del artículo 187 de la Ley 600, declaró la norma ajustada a la Carta, es decir, exequible, siempre y cuando se entienda que los efectos jurídicos se surten a partir de la notificación de las providencias.

(...)

11. No obstante, tal como fuera destacado por la Sala... si la sentencia de constitucionalidad no retiró del ordenamiento el inciso segundo del artículo 187, el entendimiento que debe seguir dándosele a la disposición es el de que las decisiones allí mencionadas de segundo grado y de casación, quedan ejecutoriadas una vez sean suscritas por el [fiscal, se agrega] juez o magistrado.

Ahora bien, una cosa es el fenómeno de la ejecutoria, y otra los actos de notificación o de comunicación y de publicidad de la decisión. Sobre este punto conviene no perder de vista que, las decisiones de segundo grado son, por regla general, inimpugnables, lo cual conlleva a entender que las notificaciones de las mismas surten apenas el efecto de publicidad y comunicación.

Si bien la ejecutoria es de ordinario un efecto que sucede a la notificación, ello no siempre debe ocurrir así, como en el caso que nos ocupa, en donde la ejecutoria se produce sin perjuicio de la notificación, comunicación o publicidad de la decisión. En la decisión de constitucionalidad que se comenta, el juicio de reproche que se le hace a la norma de cara a la Carta Política y al principio del debido proceso y otras garantías, es el de que no garantiza el principio de publicidad, de allí la orientación que se da para que las decisiones no obstante quedar ejecutoriadas, deban ser comunicadas o publicitadas.

Frente a decisiones que no admiten recursos, la notificación no tiene, como lo pretende el demandante, efecto alguno relacionado con la ejecutoria de la decisión, ni con el derecho de contradicción hacia la misma, sino que se encamina únicamente, a

hacer conocer la decisión por parte de los sujetos procesales²³

Así mismo, en nada cambia lo anterior el hecho de que en el sub judice, en la decisión que desató el recurso de apelación contra la resolución acusatoria, a su vez se haya precluido la instrucción a favor de los procesados Mario Enrique Burgos Luna, Gerardo Iván Bastidas Beltrán, Mauricio Vladimir Enríquez Velásquez, Carlos Julio Gómez Sánchez y Alfredo Viteri Lozano por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y, frente a los dos últimos, en relación con el ilícito de uso de documento público falso.

En efecto, la presencia de una decisión mixta en segunda instancia confirmando la acusación parcialmente, así como precluyendo en parte la investigación, no cambia el hecho de que tal providencia simplemente sea “comunicada”, de tal forma que queda ejecutoriada el día en que es proferida, pues frente a ella la ley no prevé ningún trámite especial, como sí lo hace en los casos en donde la convocatoria a juicio se realiza en segunda instancia.

Desde luego, en esos eventos, según lo preceptúa el artículo 176 de la Ley 600 de 2000, dentro de las “providencias que deben notificarse” en segunda instancia está “la que profiera resolución de acusación”, de manera que solamente quedará en firme una vez se cumpla dicho trámite⁴

.

Así las cosas, es claro que en este asunto la resolución acusatoria quedó ejecutoriada el 7 de junio de 2004, fecha en la cual se desató su impugnación.

Entonces, precisada la imputación jurídica en punto del delito contra la fe pública por el que, junto con otro atentatorio de la administración pública, en definitiva se procedió en relación con el inculpado Mario Enrique Burgos Luna, así como puntualizado el

día exacto de la ejecutoria de la convocatoria a juicio; a partir de estos datos corresponde examinar si respecto del delito de falsedad ideológica en documento público operó el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal proferido el fallo de primera instancia y antes del ser emitido el de segundo grado, conforme lo asegura el demandante y lo replican la representante del Ministerio Público y el apoderado de la parte civil.

Con ese propósito, inicialmente es necesario señalar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 80 del Código Penal de 1980 (hoy artículo 83 de la Ley 599 de 2000), vigente para la época de los hechos, en la etapa instructiva la acción penal prescribe en un término igual al máximo de la pena establecida en la ley, sin que sea inferior a 5 años.

A su turno, el mencionado término debe ser incrementado en una tercera parte cuando el comportamiento delictivo sea cometido por servidor público “en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 del Decreto Ley 100 de 1980 (ahora artículo 83 del Estatuto Punitivo de 2000).

Igualmente, al tenor de lo consagrado en el artículo 83 del decreto ley en cita (actual artículo 84 de la Ley 599 de 2000), el cómputo de ese término extintivo de la acción penal se inicia desde el día en que se consuma la conducta punible, si es de ejecución instantánea o desde la perpetración del último acto, si es de ejecución permanente.

Sin embargo, acorde con el artículo 84 del Código Penal de 1980 (ahora artículo 86 de la Ley 599 de 2000), el término se interrumpe con “el auto de proceder, o su equivalente, debidamente ejecutoriado” —que en casos como el presente debe entenderse que se trata de la resolución acusatoria en firme—, tras lo cual comienza a correr de nuevo por la mitad del lapso inicial, sin que pueda ser inferior a 5 ni superior a 10 años, conforme se desprende de lo preceptuado en los artículos 80 y 84 del Código Penal de 1980.

Así las cosas, se tiene que el delito de falsedad ideológica en documento público, acorde con el artículo 219 del Decreto Ley 100 de 1980, tiene una pena que va de 3 a 10 años de prisión, mientras que a la misma conducta punible en el artículo 286 del actual Estatuto Punitivo se le asigna una sanción privativa de la libertad de 4 a 8 años, por lo que, en principio, esta última norma sería la llamada a ser aplicada por fijar una pena extrema menor que en el precepto vigente para la época de los hechos, conforme lo indica la representante del Ministerio Público, no obstante, debido a que la disposición citada en último término carece de un efecto práctico en el asunto de la especie frente al procesado Mario Enrique Burgos Luna, resulta innecesario acudir a ella.

Desde luego, del recuento normativo que regula el instituto de la prescripción de la acción penal, se extrae que tanto en los términos del Decreto Ley 100 de 1980 como en la Ley 599 de 2000, la extinción por el motivo aludido, en la etapa de la causa, se produce en 6 años y 8 meses.

Al respecto baste observar que el artículo 84 del Código Penal de 1980 señala que interrumpida la prescripción con el auto de proceder o su equivalente debidamente ejecutoriado, en este caso la resolución acusatoria, comienza un nuevo término igual a la mitad del señalado en el artículo 80 ídem, sin que pueda ser inferior a 5 años y, a su vez, el artículo 82 ibídem dispone que el lapso previsto en el referido artículo 80 se aumentará en un tercera parte cuando el delito fuere cometido por servidor público en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos, siendo del caso señalar que tal calidad y circunstancia (en concreto en ejercicio de sus funciones) concurren en el enjuiciado Mario Enrique Burgos Luna.

Entonces, como el delito de falsedad ideológica en documento público, según el artículo 219 del Decreto Ley 100 de 1980, tiene una pena máxima de 10 años de prisión, la

mitad es equivalente a 5 años, pero debido a que el procesado cometió el delito en ejercicio de sus funciones como servidor público, de allí se sigue que se incrementa ese mínimo en una tercera parte, por lo que en su caso la prescripción de la acción penal frente a dicha infracción solamente opera en 6 años y 8 meses en la etapa de la causa.

Ahora, tomando la pena prevista para la misma infracción en el artículo 286 de la Ley 599 de 2000, se tiene que el máximo allí previsto es de 8 años de prisión, por lo que la mitad es equivalente a 4 años, no obstante, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 84 del Código Penal de 1980, el término de la prescripción de la acción penal en la fase del juzgamiento no puede ser inferior a 5 años, los cuales, según el artículo 82 ibídem, se deben aumentar en una tercera por la calidad de servidor público del inculcado, por lo que la extinción de la acción por el paso del tiempo frente al delito contra la fe pública en cuestión, únicamente se da transcurridos 6 años y 8 meses.

En esa medida, es claro que resulta innecesario acudir al contenido del artículo 286 del Código Penal de 2000 en este concreto asunto, pues no reporta ninguna favorabilidad frente al término de la prescripción de la acción penal.

Descendiendo al caso particular, se evidencia que la resolución acusatoria cobró ejecutoria el 7 de junio de 2004 y como quiera que según quedó explicado, frente al procesado Mario Enrique Burgos Luna el término prescriptivo de la acción penal por el delito de falsedad ideológica en documento público es de 6 años y 8 meses en la etapa del juzgamiento, el mismo se cumplió el 7 de febrero de 2011, es decir, luego de la sentencia de primera instancia, la cual fue dictada el 28 de enero de 2008, pero antes del fallo de segundo grado, proferido el 4 de octubre de 2011.

Lo anterior trae como consecuencia que lo actuado a partir del 7 de febrero de 2011 en relación con el delito de falsedad ideológica en documento público imputado al procesado Mario Enrique Burgos Luna carezca de validez, pues el tiempo para la

persecución penal se extinguió en la fecha anotada, por tanto, se decretará la cesación del procedimiento a favor del citado en relación con la infracción en comento.

Por tal motivo, el cargo planteado por el libelista prospera.

De otra parte, debido a que permanece vigente la acción penal frente al delito de peculado por apropiación que también le fue imputado al acusado, sería del caso proceder a redosificar la pena, no obstante, como se hace necesario examinar de oficio si se vulneran los principios de congruencia, non bis in ídem y legalidad en su caso, lo cual se abordará al final de esta decisión, en esa oportunidad se entrará a determinar la sanción pertinente.

Demanda presentada a nombre de Carlos Julio Gómez Sánchez:

Primer cargo:

Debido a que se sustenta en que la acción penal en relación con el procesado, quien fue acusado por los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público en calidad de cómplice, prescribió tanto en la etapa de la investigación como en la del juzgamiento, se entra a examinar si tal situación se constata en el sub judice, vista la actuación surtida y la normatividad que corresponde aplicar.

Al igual que se indicó en la censura que se viene de examinar, este reproche, en los términos en que es postulado, obliga a tener en cuenta la imputación jurídica señalada en la resolución acusatoria, más aun si la misma se reiteró en el fallo impugnado, siendo del caso precisar que frente al procesado Carlos Julio Gómez Sánchez se vino a consolidar al ser desatado el recurso de apelación contra la convocatoria a juicio.

En efecto, el inculpado Gómez Sánchez fue acusado en primera instancia en calidad de interviniente por los delitos de peculado por apropiación consagrado en el inciso 1º del

artículo 133 del Código Penal de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, contrato sin cumplimiento de requisitos legales previsto en el artículo 146 ídem, reformado por los artículos 1º del Decreto 141 de 1980 y 57 de la Ley 80 de 1993, y falsedad ideológica en documento público estipulado en el artículo 219 ibídem; pero también, por su coautoría en la conducta punible de uso de documento público falso previsto en el artículo 222 ejusdem.

Ahora, al resolverse la impugnación contra la convocatoria a juicio, el Fiscal ad quem decidió excluir de tal llamamiento los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y uso de documento público falso, manteniendo el resto de la imputación jurídica, pero aclarando que el procesado debía responder en la condición de cómplice y no de interviniente.

En esa medida, es claro que la imputación jurídica deducida al inculcado se redujo a los delitos de peculado por apropiación consagrado en el inciso 1º del artículo 133 del Código Penal de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, y falsedad ideológica en documento público previsto en el artículo 219 ídem, en calidad de cómplice.

De otro lado, tal como se precisó al estudiar la censura planteada por el defensor del procesado Mario Enrique Burgos Luna, la resolución acusatoria de segunda instancia quedó ejecutoriada el día en que se profirió, esto es, el 7 de junio de 2004, por lo cual sobra reiterar lo allí lo analizado.

Entonces, precisada la imputación jurídica deducida al procesado y la fecha en que quedó en firme la convocatoria a juicio; a partir de estos datos se procede a dilucidar si operó el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal en la etapa de la investigación, conforme lo asegura el defensor de Carlos Julio Gómez Sánchez.

Con tal fin, se tendrá en cuenta la regulación del instituto de la prescripción contenida

en el Estatuto Punitivo de 1980, la cual fue explicada suficientemente al abordar la demanda presentada por el procesado Burgos Luna, razón por la que ahora no se hace necesario volver sobre tal aspecto, pues simplemente se deben aplicar los conceptos allí esbozados en orden a determinar si, como lo asegura el apoderado de Gómez Sánchez, la acción penal se extinguió en relación con éste por el paso del tiempo señalado en la ley, en concreto antes de cobrar firmeza la convocatoria a juicio.

Así las cosas, como al encartado Carlos Julio Gómez Sánchez definitivamente solo se le dedujeron en la resolución acusatoria dos delitos, la prescripción de la acción penal en relación con éstos se analizará por separado, en atención a lo preceptuado en el artículo 85 del Decreto Ley 100 de 1980 (hoy artículo 84 de la Ley 599 de 2000), conforme al cual “Cuando fueren varios los hechos punibles juzgados en un solo proceso, la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada uno de ellos”

En esa medida, frente a la conducta punible de peculado por apropiación se observa que, según lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 133 del Código Penal de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, tiene una pena máxima de 15 años de prisión, de manera que en los términos del artículo 80 ibídem, este dato es el que ha de tomarse como punto de partida en orden a calcular la prescripción de la acción penal para tal delito.

Así mismo, conforme quedó puntualizado en líneas anteriores, el procesado fue convocado a juicio en calidad de cómplice, así que la pena máxima de 15 años que se viene de indicar, debe decrecer en aplicación de lo estipulado en el artículo 24 del Código Penal de 1980 (actual artículo 30 del Estatuto Punitivo de 2000), donde se señala que la pena ha de menguarse de una sexta parte a la mitad, siendo la rebaja más pequeña en cita la que corresponde aplicar, de acuerdo con la regla contenida en el numeral 5º del artículo 60 de la Ley 599 de 2000, según la cual “Si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción

básica”.

Por tanto, la pena a tener en cuenta para calcular la prescripción de la acción penal en punto del delito de peculado por apropiación durante la etapa de la investigación, es de 12 años y 6 meses.

Ahora, no obstante que el demandante expresa que los hechos ocurrieron el 2 de julio de 1996, fecha que toma de la elaboración de la orden de trabajo No. 051 con la cual se contrató al procesado para que realizara el montaje e instalación de unos equipos de gases medicinales en el Hospital Departamental de Nariño, olvida que el peculado en realidad se consumó cuando se canceló el precio pactado, es decir, el 23 de diciembre de dicho año, sin que se hubiera cumplido a cabalidad el objeto contractual.

Precisado lo anterior, se tiene que si los hechos ocurrieron el 23 de diciembre de 1996 y la pena máxima para el delito de peculado por apropiación frente al cómplice, según se imputó en este caso al inculpado, es de 12 años y 6 meses, entonces la prescripción solamente vendría a operar el 23 de junio de 2009, por tanto, como la resolución acusatoria quedó ejecutoriada el 7 de junio de 2004, de esto se sigue que, contrario a lo sostenido por el impugnante, el fenómeno extintivo de la acción penal no se consolidó en la etapa de la investigación.

No obstante, a la misma conclusión no es posible arribar frente a la fase del juzgamiento, por cuando siguiendo lo preceptuado en el artículo 84 del Decreto Ley 100 de 1980, de allí se desprende que interrumpida la prescripción con la resolución acusatoria debidamente ejecutoria, comienza a correr un término igual a la mitad del señalado en el artículo 80 ibídem, es decir, al máximo de la pena privativa de la libertad prevista en la ley para el delito, y si en este asunto la sanción extrema es de 12 años y 6 meses, por tanto la mitad asciende a 6 años y 3 meses.

Entonces, como la convocatoria a juicio en el sub lite quedó ejecutoriada el 7 de

junio de 2004, los 6 años y 3 meses que se vienen de señalar se cumplieron el 7 de septiembre de 2010, valga decir, después de proferida la sentencia de primera instancia de fecha 28 de enero de 2008 y antes de ser dictada la de segundo grado, la cual se emitió el 4 de octubre de 2011, como finalmente lo concluye la Procuradora Delegada, mas no el apoderado de la parte civil, quien olvida que la pena privativa de la libertad para calcular la prescripción de la acción penal en la etapa de la causa, como quedó precisado, se reduce a la mitad.

De otra parte, respecto de la conducta punible de falsedad ideológica en documento público la situación no es la misma, como pasa a exponerse.

En primer término, debido a que el artículo 219 del Decreto Ley 100 de 1980 contempla una pena máxima para el delito anotado de 10 años de prisión, mientras que en el artículo 286 de la Ley 599 de 2000 se le asigna una sanción extrema de 8 años de privación de la libertad, por favorabilidad se debe tener en cuenta esta última.

Ahora, como se ha señalado en varias oportunidades en esta decisión, el procesado Carlos Julio Gómez Sánchez fue llamado a juicio en calidad de cómplice, de donde se sigue que de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 24 del Código Penal de 1980 (hoy artículo 30 del Estatuto Punitivo de 2000), se le debe reducir la pena en una proporción de la sexta parte, según quedó explicado al tratar lo relativo a la prescripción de la acción penal en punto del delito de peculado por apropiación.

Por tanto, al disminuir en una sexta parte la pena máxima de 8 años prevista en el artículo 286 de la Ley 599 de 2000, se tiene que queda en 6 años y 8 meses.

Igualmente, cabe recordar que los hechos que sirvieron para deducirle al acusado el delito de falsedad ideológica en documento público ocurrieron el 23 de diciembre de 1996, fecha en la cual se suscribió el acta en donde se consignó una situación ajena a la

realidad, es decir, que la obra contratada a través de la orden de trabajo No. 051 del 2 de julio del mismo año se recibía a entera satisfacción, a pesar de que ello no era cierto, por lo que se equivocó el demandante al tomar esta última fecha.

Así las cosas, si los hechos respecto del atentado contra la fe pública ocurrieron el 23 de diciembre de 1996 y la pena máxima para tal infracción en relación con el procesado Carlos Julio Gómez Sánchez es de 6 años y 8 meses, esto quiere decir que la prescripción de la acción penal operó el 23 agosto de 2003, por tanto, cuando se dictó la acusación en segunda instancia el 7 de junio de 2004 imputándole el delito de falsedad ideológica en documento público cometido en la condición de cómplice, se le ha debido extinguir la acción penal por prescripción, lo que obviamente no se hizo.

Lo anterior trae como consecuencia que lo actuado a partir del 23 agosto de 2003 en relación con el procesado Carlos Julio Gómez Sánchez por el delito de falsedad ideológica en documento público que le fue imputado en calidad de cómplice, no tenga validez en razón de haber perdido el Estado la posibilidad de adelantar su persecución penal, pues sin duda operó el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal.

En resumen, se tiene que frente al delito de peculado por apropiación imputado al inculcado Gómez Sánchez en calidad de cómplice, operó el fenómeno jurídico anotado antes de dictarse la sentencia de segunda instancia y, en relación con el delito contra la fe pública que se viene de señalar, se verificó el mismo antes de quedar en firme la resolución acusatoria. Por tanto, se decretará la cesación del procedimiento a favor del citado.

En esa medida, el cargo prospera.

Ahora, como la situación procesal del acusado Alfredo Viteri Lozano es idéntica a la del enjuiciado Carlos Julio Gómez Sánchez, pues fue acusado por los mismos delitos que éste y a su vez se lo hizo en calidad de cómplice, de conformidad con lo dispuesto en el

artículo 229 de la Ley 600 de 2000, la decisión que se adopte en relación con el primero se extenderá al último, conforme lo solicita la representante del Ministerio Público, con la salvedad de que, contrario a lo entendido por ésta, el cargo planteado por el defensor de Gómez Sánchez sí se refirió a los dos delitos que se le imputaron a éste, conforme se extrae del análisis que antecede.

Cabe anotar que por sustracción de materia, al prosperar el primer cargo, no se abordará el estudio del segundo, planteado por el apoderado del encartado Carlos Julio Gómez Sánchez.

Casación oficiosa:

En ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 216 de la Ley 600 de 2000, vislumbra la Sala la eventual vulneración de los principios de congruencia, non bis in ídem y legalidad de la pena.

Sobre el principio de congruencia:

Observa la Sala que en la sentencia de primer grado, al momento de tasar la pena en relación con el procesado Mario Enrique Burgos Luna, se incluyó la circunstancia de mayor punibilidad consagrada en el numeral 10º del artículo 58 de la Ley 599 de 2000, relativa a “obrar en coparticipación criminal” (antes descrita en el numeral 7º del artículo 66 del Decreto Ley 100 de 19805), a pesar de que no le fue imputada en la resolución acusatoria, con fundamento en lo cual, se partió de los cuartos medios para fijarle la sanción, lo que constituye un desconocimiento trascendente de la consonancia que debe existir entre la convocatoria a juicio y el fallo.

En relación con tal situación, la Corte ha manifestado:

“La resolución de acusación constituye el presupuesto y el límite del juzgamiento, porque

así como con ella se da inicio al juicio penal, también es la pieza procesal mediante la cual se concreta la imputación al procesado de la conducta en sus aspectos fáctico y jurídico; lo cual obliga al juez a proferir el fallo en consonancia con los cargos allí formulados, sin que pueda entonces condenar o absolver por hechos distintos a los previstos en ella.

Por esa razón, el principio de congruencia, en su carácter de regla estructural del proceso y de garantía, demanda entre la sentencia y la resolución de acusación la existencia de una adecuada relación de conformidad en los aspectos personal, fáctico y jurídico.

De ahí que el proceso tenga una estructura formal y una estructura conceptual. La formal relacionada con el conjunto de actos que lo integran como unidad dentro del marco de una secuencia lógico jurídica, y la conceptual con la definición progresiva y vinculante de todos los extremos objeto del debate, de lo cual se concluye que el principio de congruencia es la expresión de esa estructura conceptual, en donde el acto por excelencia definidor del mismo en sus ámbitos personal, material y jurídico, es la resolución de acusación.

Este acto procesal —se ha sostenido reiteradamente por esta Corporación— fija las reglas de juego para el juicio y delimita el terreno dentro del cual debe desarrollarse el debate pues: «...concreta las personas contra las cuales se dirigen los cargos, precisa los hechos y circunstancias constitutivas de la imputación fáctica, y señala los delitos y normas que integran la imputación jurídica. Las precisiones e imputaciones que aquí se hagan constituyen ley del proceso y se erigen en frontera inquebrantable para todos los sujetos procesales, y también para el juez. Esa es la regla. Cualquier variación o modificación requiere del cumplimiento de un procedimiento especial, en los términos señalados en la ley y la jurisprudencia...»⁶.

«O lo que es lo mismo, las imputaciones fáctica y jurídica que allí se eleven constituyen ley del proceso, la que solo y salvo que en la audiencia pública se invoque una variación o modificación de la calificación jurídica en los términos del artículo 404, puede ser removida...»⁷8

Adicionalmente, la Sala ha precisado en relación con el principio de congruencia frente a las circunstancias genéricas de mayor punibilidad y en particular en punto de la contenida en el numeral 10º del artículo 58 de la Ley 599 de 2000, lo siguiente:

1. En aras de salvaguardar el principio de congruencia entre acusación y sentencia dentro del proceso de dosificación punitiva, la Sala ha establecido una línea jurisprudencial a partir de la sentencia de 23 de septiembre de 2003, según la cual el funcionario no podrá reconocer circunstancia genérica de agravación alguna si no ha sido imputada clara e inequívocamente desde un punto de vista jurídico en la resolución de acusación o su equivalente (acta de formulación de cargos o diligencia de variación de la calificación jurídica de la conducta), en la medida en que tales agravantes son las que inciden de manera directa en la determinación del ámbito de movilidad en que habrá de individualizarse la sanción, según el sistema previsto en la ley 599 de 2000:

«...el solo enunciado en la resolución de acusación del supuesto fáctico que la configura no es suficiente para que pueda ser deducida en la sentencia, ya que, como se ha dicho, se requiere la inequívoca imputación jurídica, sin que ello implique que figure en la parte resolutive de la acusación, ni que se le identifique por su denominación jurídica o por la norma que la consagre. Implica, pues, valorada atribución, de tal suerte consignada en cualquiera de las fases de la acusación que no se abrigue duda acerca de su imputación»⁹.

Así mismo, la Corte ha precisado que el señalamiento en la acusación de

determinada forma de participación plural de personas para la realización de la conducta punible (coautoría, complicidad, determinación, etc.) no constituye por sí mismo una inequívoca imputación jurídica de la circunstancia genérica de agravación consagrada en el numeral 10 del artículo 58 de la ley 599 de 2000, que se refiere al “obrar en coparticipación criminal”:

«... en la resolución de acusación o su equivalente, una clara atribución fáctica de la circunstancia relativa al obrar en coparticipación criminal, en cualquiera de sus modalidades, sólo implica una inequívoca imputación jurídica si el organismo instructor la trató expresamente como una causal de agravación punitiva y no de otra manera, o bien sustentó de cualquier otra forma a lo largo de la decisión que, debido a la pluralidad de autores o partícipes, hubo una mayor afectación al bien jurídico, y por lo tanto un mayor grado de reproche desde el punto de vista de la punición, de acuerdo con los concretos aspectos de cada situación en particular.

(...)

En efecto, con acusar a una persona de haber realizado la conducta punible a título de, por ejemplo, coautor, cómplice, autor mediato o determinador, no es posible asegurar que se está atribuyendo para efectos de la punibilidad circunstancia de agravación alguna, ni mucho menos que se está salvaguardando el principio de congruencia en el evento de que una causal en tal sentido sea reconocida en el fallo, sino tan solo se está sustentando jurídicamente una forma de participación que sirve como base para argüir que, en atención del respeto al derecho penal de acto o principio del hecho, el implicado debe responder por el injusto, a pesar de que sólo lo perpetró de manera parcial, o determinó a otro a hacerlo, o no fue su ejecutor material, o se valió de otro individuo como instrumento (o como parte de una cadena de mando), o su aporte no fue esencial para la consumación del delito, o no reunía las

calidades especiales requeridas para el sujeto activo, etcétera.

En otras palabras, dado que equívoco significa “que puede entenderse o interpretarse en varios sentidos, o dar ocasión a juicios diversos”¹⁰, cualquier valoración de unos hechos en la providencia acusatoria, de la que se desprenda que en la realización del injusto participaron varios sujetos activos, de ninguna manera constituye desde el punto de vista jurídico una imputación atinente a la circunstancia prevista en el numeral 10º del artículo 58 de la Ley 599, antes numeral 7º del artículo 66 del anterior Código Penal, pues ésta bien puede ser vista como un señalamiento a título de coautor, autor mediato, cómplice o determinador, según sea el caso, sin que necesariamente implique la atribución de una circunstancia merecedora de un mayor reproche punitivo.

Situación distinta ocurre cuando en la resolución de acusación o su equivalente, la Fiscalía imputa de manera expresa la causal de mayor punibilidad concerniente al obrar en coparticipación criminal, ya sea mediante su denominación jurídica o la indicación de la norma que la consagra, o bien cuando de cualquier otra forma distinta a las anteriores la motiva de manera valorada en cualquier parte de la decisión, de tal suerte que se entienda inequívocamente que lo que está atribuyendo con tal circunstancia es una mayor gravedad del injusto en razón del grado de afectación al bien jurídico que se pretende proteger». ¹¹¹²

Señalado lo anterior, se tiene que en el caso que ocupa la atención no se observa que en la resolución de acusación (de primera o segunda instancia) se haya mencionado el numeral 10º del artículo 58 de la Ley 599 de 2000 (antes artículo 7º del artículo 66 de Decreto Ley 100 de 1980), ni se haya hecho alusión a su contenido, y menos que se hubiera realizado análisis alguno orientado a permitir precaver que se imputó por esta vía, de donde se sigue que no era posible deducir en la sentencia dicha agravante al procesado Mario Enrique Burgos Luna y, el Tribunal, tampoco entró a corregir tal

desacuerdo, razón por la cual se casará de oficio la misma para efectos de restablecer el principio de congruencia, lo que a su vez obliga a realizar la correspondiente redosificación de la pena, lo cual se hará al final en capítulo separado.

Sobre el principio de non bis in ídem:

En relación con este postulado, vislumbra la Corte que en el trabajo de dosificación de la pena privativa de la libertad respecto del delito de peculado por apropiación imputado al procesado Mario Enrique Burgos Luna, se verificó una doble valoración en punto de la cuantía de lo apropiado.

Con el ánimo de evidenciar tal aserto, se considera necesario recordar lo que esta Sala ha sostenido sobre las situaciones por medio de las cuales se puede ver afectado el principio de non bis in ídem, haciéndolo en los siguientes términos:

“De tiempo atrás la Sala¹³ ha venido sosteniendo que el axioma del non bis in ídem comprende varias hipótesis:

«Una. Nadie puede ser investigado o perseguido dos o más veces por el mismo hecho, por un mismo o por diferentes funcionarios. Se le suele decir principio de prohibición de doble o múltiple incriminación.

Dos. De una misma circunstancia no se pueden extractar dos o más consecuencias en contra del procesado o condenado. Se le conoce como prohibición de la doble o múltiple valoración.

Tres. Ejecutoriada una sentencia dictada respecto de una persona, ésta no puede ser juzgada de nuevo por el mismo hecho que dio lugar al primer fallo. Es, en estricto sentido, el principio de cosa juzgada.

Cuatro. Impuesta a una persona la sanción que le corresponda por la comisión de una conducta delictiva, después no se le puede someter a pena por ese mismo comportamiento. Es el principio de prohibición de doble o múltiple punición.

Cinco. Nadie puede ser perseguido, investigado, juzgado ni sancionado pluralmente por un hecho que en estricto sentido es único. Se le denomina *non bis in ídem material*.»¹⁴

Así las cosas, conforme se dejó esbozado inicialmente, en el caso particular concurre la segunda de las hipótesis señaladas.

En efecto, nótese que al momento de realizar la individualización de la pena respecto del delito de peculado por apropiación al procesado Mario Enrique Burgos Luna, una vez el juez a quo (el Tribunal guardó silencio al respecto) se ubicó en el “primer cuarto medio”, determinó que éste iba de 99 a 126 meses de prisión, tras lo cual, por “la gravedad de la infracción” y “el daño significativo” causado con la misma en razón de haberse afectado recursos de la salud, indicó que no impondría la pena mínima sino 105 meses, “incrementados en diez (10) meses por el monto defraudado que supera cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dando ciento quince (115) meses”.

Entonces, importa señalar que el delito de peculado por apropiación descrito en el artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, en aras de conciliar el principio de antijuridicidad de la conducta con el de proporcionalidad de la pena, describe tres situaciones en relación con la cuantía de la defraudación, valga decir, cuando ésta es menor a 50 salarios mínimos legales mensuales vigente (inciso 2º), otro evento en el que el monto es mayor a tal cantidad pero inferior a 200 salarios de la misma estirpe (inciso 1º) y una final en donde el valor es superior a esta última cuantía (inciso 3º).

En esa medida, si como ocurrió en este caso, al implicado Burgos Luna se lo condenó por el delito de peculado por apropiación con base en el inciso 1º del artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, por cuanto el valor de la defraudación fue mayor a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes pero inferior a 200 salarios de igual naturaleza, de esto se sigue que no era posible aumentarle la pena en 10 meses de prisión con fundamento en que “el monto defraudado... supera cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes”, pues su conducta ya se había adecuado al inciso en cita, que de suyo tiene en cuenta tal monto de lo apropiado.

Esta doble valoración respecto de la cuantía del delito contra la administración pública en mención, obliga entonces a la Corte a realizar la corrección pertinente, en aras de salvaguardar el principio de non bis in ídem, lo que en concreto se hará al final de esta decisión en capítulo separado, en donde se consolidará esta situación con la tocada en el acápite precedente.

Sobre el principio de legalidad de la pena:

La Sala evidencia que al determinar la pena en relación con el acusado Mario Enrique Burgos Luna, se incluyó la de inhabilitación para participar en licitaciones y celebrar contratos con entidades estatales consagrada en el literal d) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993 (Estatuto de la Contratación Administrativa), en el cual se prevé:

“Artículo 8º. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar. 1º Son inhábiles para participar en licitaciones (o concursos)¹⁵ y celebrar contratos con entidades estatales:

(...)

d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de

interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.

(...)

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o la sentencia que impuso la pena, o el acto que dispuso la destitución...”

Ahora, sobre tal inhabilidad para contratar con el Estado, la Corte Constitucional¹⁶ precisó su naturaleza en los siguientes términos:

“Estima la Corte, que la inhabilidad señalada en el literal d) del ordinal 1º del artículo 8º, de la Ley 80, aunque tiene como fuente u origen o fundamento la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, no constituye una nueva pena. En efecto:

Las penas principales y accesorias, por infracción de las normas penales hacen parte de un sistema normativo contenido en el Código Penal. Tal ha sido la tradición jurídica. Pero, además, las inhabilidades e incompatibilidades que, como se ha visto, obedecen a finalidades diferentes de interés público, asociadas al logro de la imparcialidad, la eficacia, la eficiencia y la moralidad en las operaciones contractuales, no pueden identificarse ni asimilarse a las penas que se imponen por la comisión de un ilícito, con los fines, entre otros, de retribuir a la sociedad el perjuicio causado por la conducta que afecta un bien jurídico superior o fundamental para ésta.

Las inhabilidades e incompatibilidades, según los criterios antes expuestos, constituyen prohibiciones que restringen la capacidad y la libertad de un contratista para acceder a la contratación, pero no consagran una modalidad adicional de sanción penal a las previstas

en el Código de la materia.

Cuando se juzga un ilícito no se tienen en cuenta las condiciones o calidades del sujeto imputado para acceder a la contratación pública, sino la antijuricidad del hecho imputado su culpabilidad y la consiguiente responsabilidad, condiciones y calidades que necesariamente se valoran en las operaciones contractuales que realiza el Estado. Por consiguiente, resultan perfectamente diferenciables las sanciones penales de las inhabilidades e incompatibilidades y, en tal virtud, no puede considerarse que la inhabilidad establecida en la ley de contratación implique la existencia de un juzgamiento y de una doble sanción por un mismo hecho. Es más, cuando en un contratista concurre una causal de inhabilidad o incompatibilidad, simplemente se le priva o se le prohíbe el acceso a la contratación, pero no se le juzga penalmente por un hecho ilícito, ni mucho menos se lo sanciona”.

De lo anterior se concluye, que como la inhabilidad que se viene de comentar no se deriva del juicio de valor que hace la jurisdicción penal en punto del delito, no es posible que se imponga a modo de pena como lo hizo el juzgador a quo (respecto de lo cual guardó silencio el Tribunal), razón por la cual debe eliminarse la misma, pues está concebida para que surta efectos en el ámbito administrativo en el marco de la contratación estatal.

Determinación de la pena:

En esta decisión se ha señalado en relación con el procesado Mario Enrique Burgos Luna, (i) que la acción penal por el delito de falsedad ideológica en documento público a él imputado prescribió después de dictada la sentencia de primera instancia; (ii) que no era posible deducirle la circunstancia de mayor punibilidad consagrada en el numeral 10º del artículo 58 de la Ley 599, en tanto no fue atribuida en la resolución acusatoria, (iii) que tampoco era factible incrementarle la pena de prisión en 10 meses por razón de la

cuantía, pues con ello se desconoció la garantía de non bis in ídem y; (iv) que no era procedente imponerle como pena accesoria la inhabilitación para participar en licitaciones y celebrar contratos con entidades estatales.

Entonces, bajo esos derroteros corresponde determinar la pena.

Al respecto es preciso recordar que al acusado Burgos Luna se le imputaron los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, último que como ha quedado anotado, ya no es posible tener en cuenta para efectos de la dosificación de la pena en razón de haber operado frente a éste el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal.

Estándose por tanto, solamente ante la conducta punible de peculado por apropiación y siguiendo los criterios fijados por el juez a quo al individualizar la pena, pues el Tribunal guardó silencio sobre el particular, se tiene que por esta infracción se le impuso al procesado una pena de 105 meses, en tanto se partió del “primer cuarto medio” de que trata el inciso 1º del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, al concluirse que procedía la aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad consagrada en el numeral 10 del artículo 58 ibídem, esto es, “obrar en coparticipación criminal”, lo cual envolvió dos errores.

De una parte, como se dejó expuesto inicialmente, que no era posible imputar la circunstancia de mayor punibilidad anotada al no ser atribuida en la resolución acusatoria y, en segundo término, que en realidad no hay “un primer cuarto medio”, pues el inciso 1º del artículo 61 de la Ley 599 de 2000 únicamente hace referencia a “tres” cuartos de movilidad, valga decir, “uno mínimo, dos medios y uno máximo”, mas no a “cuatro” cuartos como lo supone el juzgador de primera instancia en la sentencia.

En efecto, sobre el particular la Corte ha puntualizado:

“...a pesar de que el método para obtener el ámbito punitivo de movilidad ordena dividir el marco punitivo en cuatro cuartos, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 61 sólo existen tres (3) ámbitos de movilidad: el primero, conformado con el cuarto mínimo, «cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva», el segundo, con los dos cuartos medios «cuando concurran circunstancias de atenuación y agravación punitiva» y, el tercero, con el cuarto máximo «cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitiva».”¹⁷

Precisado lo anterior, por ahora se tiene que lo correcto era y es ubicarse en el “cuarto mínimo” de que trata el inciso 1º del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, en razón de no existir circunstancias de mayor punibilidad.

Ahora, cabe recordar que por igual no era posible realizar un incremento en la pena privativa de la libertad de 10 meses con fundamento en que la cuantía de lo apropiado era superior a 50 salarios mínimos legales vigentes, pues con ello se desconoció el principio de non bis in ídem y como resultado de la prescripción de la acción penal del delito de falsedad ideológica en documento público que concursaba heterogéneamente, solamente es posible aumentar la pena en tres meses por el concurso homogéneo de peculados por apropiación, siguiendo lo indicado por el juez a quo.

Entonces, como únicamente queda el delito de peculado por apropiación, cuyo cuarto inicial va de 72 a 99 meses de prisión y a su vez se observa que el fallador de primer grado incrementó la pena mínima en 6 meses de prisión por razón de “la gravedad de la infracción” y “el daño significativo” (inc. 3º del art. 61 de la L. 599/00), ello equivale al 11.11% de lo que era posible incrementar dentro de los “cuartos medios” —a los que como se dijo atrás, equívocamente se acudió—, por lo que la pena de prisión en definitiva es de 7818 meses.

De otra parte, la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones tendrá el mismo término, pero con la aclaración de que no es accesoria como lo concluyó el fallador de primer grado sino principal¹⁹, conforme lo prevé el artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995.

Resta señalar que será del resorte del juzgador de primera instancia el proceder a la cancelación de los compromisos adquiridos por los inculpadas respecto de los cuales se extingue totalmente la acción penal en razón de este diligenciamiento, así como realizar los avisos de ley conforme la nueva situación del restante procesado condenado.

Sobre los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad.

Como quiera que la sanción que se fija en contra del procesado Mario Enrique Burgos Luna es superior a 3 años de prisión, la Corte se encuentra relevada de examinar la procedencia del sustituto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena e igualmente el de la prisión domiciliaria, al estarse frente a un delito cuya pena mínima es superior a 5 años de privación de la libertad.

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. CASAR PARCIALMENTE el fallo impugnado con fundamento en el cargo único formulado en la demanda presentada a nombre de Mario Enrique Burgos Luna y en el primero de la allegada en representación de Carlos Julio Gómez Sánchez, por tanto, declarar la extinción de la acción penal por prescripción en relación con el delito de falsedad ideológica en documento público en punto del inicialmente referido, y por la

misma conducta punible y peculado por apropiación respecto del último en cita, decisión ésta que se hace extensiva a Alfredo Viteri Lozano, en consecuencia, decretar la cesación del procedimiento a favor de los mencionados por las infracciones anotadas.

2. CASAR DE OFICIO Y PARCIALMENTE la sentencia en orden a restablecer los principios de congruencia, non bis in ídem y legalidad en relación con el procesado Mario Enrique Burgos Luna, en consecuencia, señalar que el mencionado debe cumplir las penas principales de 78 meses de prisión, multa de \$18.289.056 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, por su autoría en el delito de peculado por apropiación cometido en concurso homogéneo. Así mismo, sustraer de las sanciones impuestas al citado la pena accesoria de participar en licitaciones y celebrar contratos con entidades estatales.

3. ORDENAR que por conducto del juez de primera instancia se expidan las comunicaciones correlativas a la determinación de cesación del procedimiento aquí dispuesta.

4. PRECISAR que las restantes determinaciones que se adoptaron en el fallo impugnado se mantienen incólumes.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JAVIER ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 A donde se remitieron las diligencias en razón de lo dispuesto en la Resolución No. 0207 del 2 de marzo de 2000 de la Dirección Nacional Fiscalías, por cuyo medio se dispuso variar la asignación de la investigación y se fijó en la Dirección Seccional de Popayán, a la cual se facultó para que designara un fiscal delegado.

2 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia del 27 de julio de 2011, radicación No. 30823.

3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión del 7 de noviembre de 2012, radicación No. 40188.

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 8 de noviembre de 2005, radicación No. 21958.

5 En este sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 4 de agosto de 2004, radicación 20229.

6 “Sala de Casación Penal, sentencia del 29 de mayo de 2005, radicación No. 23914”.

7 “Sentencia de segunda instancia del 28 de mayo de 2008, radicación No. 29384. En el mismo sentido, fallo del 19 de febrero de 2009, radicación No. 29371”.

8 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 16 de enero de 2012, radicación No. 37569.

9 “Sentencia de 23 de septiembre de 2003, radicación No. 16320.”

10 “Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, Espasa, Madrid, 2001, tomo a/g, p. 945.”

11 “Sentencia de 20 de febrero de 2008, radicación No. 21731”.

12 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 2 de septiembre de 2008, radicación No. 25749.

13 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 26 de marzo de 2007, radicación No. 25629.

14 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de julio de 2007, radicación No. 27383.

15 La expresión entre paréntesis fue derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

16 Sentencia C-489 de 1996.

17 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de noviembre de 2006, radicación No. 26227.

18 Lo que resulta de tener en cuenta la pena mínima de 72 meses, incrementarle 3 meses, lo cual corresponde al 11.11% de 27 meses, que es el margen de movilidad del cuarto mínimo y, además, adicionar 3 meses por el concurso homogéneo de peculados por apropiación.

19 En este sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones del 11 de marzo de 2009 y del 2 de septiembre de 2011, radicaciones números 31071 y 37125, respectivamente.