

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

AP3629-2018

Radicación n.º 50981

Acta 286

Bogotá D. C., veintiocho (28) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Examina la Corte la petición de prescripción de la acción penal invocada por el defensor de Gabriel Fernando Hurtado Orozco, en relación con el delito de peculado por apropiación, en grado de cómplice.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. La cuestión fáctica fue sintetizada por el ad quem en los siguientes términos:

1. El 6 de septiembre de 2005 la Cooperativa de caficultores de Calarcá (COOCAFÉ LTDA.) representada por José Guillermo Jaramillo Cárdenas y la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA (entonces FIDUVALLE)¹ representada por Martha Car Zárate, constituyeron una FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN, cuyo objeto era servir de fuente o medio de pago de las obligaciones que el fideicomitente contrajera con el inversionista beneficiario por la recompra de derechos de beneficio.

2. Dentro de dicha transacción, se creó un “patrimonio autónomo” con los bienes

fideicomitidos (unas facturas cambiarias) y con los demás bienes que con ocasión del contrato, llegare a recibir la fiduciaria. Para los anteriores efectos, COOCAFÉ transfirió a la Fiduciaria, facturas cambiarias de compraventa (endosadas en propiedad) originadas en el contrato de compra y exportación de café suscritas con ECOCAFÉ S.A., las cuales servirían como fuente de pago de las obligaciones. En dicho proceso intervino la banca de inversión VISEMSA S.A., representada por Ernesto Ávila Bello que actuaba como intermediaria y organismo compensador garante de las obligaciones que el patrimonio autónomo llegara a contraer en cumplimiento del objeto del contrato. Esta contactaba inversionistas (personas naturales o jurídicas) con el fin de que estos entregaran recursos al patrimonio autónomo constituido mediante la fiducia.

3. Con el fin de obtener recursos para el financiamiento de sus actividades productivas, y de conformidad con lo advertido en la consideración dos del contrato, el fideicomitente (COOCAFÉ LTDA) realizó ofertas de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición, de los derechos de beneficio que tenía a su favor (Patrimonio autónomo conformado por las facturas cambiarias de compra-venta) a la Alcaldía de Villavicencio. En dichas ofertas, COOCAFÉ² cede en favor de la Alcaldía de Villavicencio, los derechos de beneficio que tiene en el fideicomiso, en procura del cumplimiento del objeto del patrimonio autónomo.

4. Las ofertas fueron aceptadas por los tesoreros del ente territorial, y efectuadas las colocaciones provenientes de los excedentes de liquidez de regalías y del sistema general de participaciones el municipio de Villavicencio se constituyó como inversionista beneficiario en la referida fiducia. De esta manera, durante las vigencias fiscales de los años 2005 y 2006 los señores Miguel González Roncancio y Agustín Hortúa [R]odríguez en su calidad de tesoreros de la Alcaldía de Villavicencio (Meta), desconociendo lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 819 de 2003, dispusieron la colocación de excedentes de liquidez de recursos de regalías en cuantía de treinta mil millones de pesos (\$30.000.000.000.00), en el patrimonio autónomo, constituidos entre empresas particulares y sociedades fiduciarias

(COOCAFÉ-UISEMISA), las que a su vez ofertaron la “cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición”, en favor del municipio. Por dicha colocación dineraria, estos servidores públicos recibieron dinero de parte de los agentes comerciales de estas sociedades.

Finalmente el municipio de Villavicencio resultó afectado patrimonialmente en cuantía de seis mil millones de pesos (\$6.000.000.000.00), que no fueron devueltos por el fideicomitente.³

2. Con ocasión de unos informes rendidos por la Superintendencia Financiera de Colombia⁴, la Procuraduría General de la Nación⁵ y la Contraloría General de la República⁶, el 16 de mayo de 2008 una Fiscal adscrita a la Unidad Nacional contra el Lavado de Activos profirió resolución de apertura de investigación preliminar⁷.

3. Previa práctica de algunas pruebas, el 13 de marzo de 2009 se declaró formalmente abierta la instrucción y se dispuso la vinculación mediante indagatoria de Miguel González Roncancio, Agustín Hortúa Rodríguez, Gabriel Fernando Hurtado Orozco y Jairo Hernando Arias Puerta⁸.

4. Lo mismo se dispuso frente a Ernesto Ávila Bello y José Guillermo Jaramillo Cárdenas el 21 de mayo del mismo año⁹ y respecto de Edgar Antonio Ahumada Sabogal el 11 de agosto siguiente¹⁰.

5. La situación jurídica de los procesados se definió el 3 de diciembre de dicha calenda, con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de peculado por apropiación a favor de terceros, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y cohecho propio en relación con González Roncancio y Hortúa Rodríguez como autores y en torno a los demás, solo por el primero de los reatos mencionados, a título de intervinientes¹¹.

6. El 20 de abril de 2010 se clausuró parcialmente el ciclo instructivo frente a Miguel

González Roncancio, Agustín Hortúa Rodríguez, Ernesto Ávila Bello, Edgar Antonio Ahumada Sabogal y José Guillermo Jaramillo Cárdenas¹². Lo propio se hizo el 29 del referido mes en cuanto a Gabriel Fernando Hurtado Orozco, declarándose la ruptura de la actuación procesal respecto de Jairo Hernando Arias Puerta¹³.

7. Al día siguiente se llevó a cabo audiencia de formulación y aceptación de cargos por parte de Ernesto Ávila Bello.¹⁴

8. El mérito del sumario se calificó con resolución de acusación del 1º de junio de 2010 contra los restantes procesados en los mismos términos de la definición de situación jurídica, salvo porque a Gabriel Fernando Hurtado Orozco también se le imputó el injusto de cohecho por dar u ofrecer, a Miguel González Roncancio el de cohecho propio y a todos se les atribuyeron las circunstancias de menor punibilidad del numeral 1 del artículo 55 del Código Penal y de mayor punibilidad, descritas en los numerales 1, 9 y 10 del canon 58 ejusdem, menos a José Guillermo Jaramillo Cárdenas a quien sólo se le endilgaron las dos primeras¹⁵.

9. Contra dicha decisión, el apoderado de José Guillermo Jaramillo Cárdenas interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación. Los demás defensores sólo promovieron éste último. El primero se decidió de manera desfavorable el 15 de julio siguiente¹⁶ y el de carácter vertical se desató el 29 de septiembre ulterior por el Fiscal Tercero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de confirmar la decisión impugnada¹⁷.

10. El 23 de noviembre del mismo año el Juzgado Primero Penal del Circuito de Villavicencio corrió el traslado de que trata el artículo 400 de la Ley 600 de 2000¹⁸.

11. La audiencia preparatoria se celebró el 15 de febrero de 2011¹⁹.

12. El 15 de abril posterior se surtió diligencia de formulación y aceptación de cargos en relación con Agustín Hortúa Rodríguez²⁰.

13. La vista pública de juzgamiento inició el 28 de igual mes²¹ y culminó el 24 de mayo siguiente²².

14. Mediante sentencia del 3 de agosto de 2011, el juzgador absolvió a Edgar Antonio Ahumada Sabogal y Gabriel Fernando Hurtado Orozco por el delito de peculado por apropiación, en grado de intervinientes, y a Miguel González Roncancio por el de cohecho propio.

Igualmente emitió condena de la manera que enseguida se reseña:

14.1 Miguel González Roncancio: doscientos once (211) meses y un (1) día de prisión, cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y la sanción intemporal para ejercer funciones y cargos públicos, por los punibles de peculado y contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

14.2. José Guillermo Jaramillo Cárdenas: ciento treinta y cuatro (134) meses de prisión, diez (10) s.m.l.m.v. de multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por igual término que la privativa de la libertad, por el reato de peculado por apropiación.

14.3. Gabriel Fernando Hurtado Orozco: 55 meses de prisión, 5 s.m.l.m.v. de multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de la aflictiva de la libertad, por el injusto de cohecho por dar u ofrecer.

Finalmente, condenó al pago solidario de seis mil cuatrocientos ochenta y ocho millones, trescientos cinco mil, setecientos cuarenta y cinco pesos (\$6.488.305.745) a cargo de González Roncancio y Jaramillo Cárdenas por concepto de perjuicios materiales²³.

15. Inconformes con el fallo, los defensores de José Guillermo Jaramillo Cárdenas, Miguel González Roncancio, Gabriel Fernando Hurtado Orozco y los representantes de la Fiscalía, la parte civil –municipio de Villavicencio- y la Procuraduría lo apelaron, por lo que el 20 de

febrero de 2017 fue confirmado parcialmente por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, en cuanto a las condenas proferidas en primera instancia contra González Roncancio y Jaramillo Cárdenas, con las modificaciones consistentes en condenar al primero por el delito de peculado por apropiación a favor de terceros a título de coautor, e imponerle la multa de \$6.035.740.244 y al segundo \$6.000.000.000 por idéntico concepto.

Igualmente, revocó la sentencia impugnada frente a las absoluciones que habían cobijado a Ahumada Sabogal y Hurtado Orozco, para condenarlos a título de cómplices del reato de peculado por apropiación a favor de terceros a las penas de 120 meses de prisión y \$3.000.000.000 de multa.

Del mismo modo, adicionó el proveído en el sentido de imponer a todos los sentenciados la inhabilitación intemporal de que trata el inciso 5º del artículo 122 de la Constitución Política²⁴ y negar la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria a Edgar Antonio Ahumada Sabogal, así como aclaró que la negativa de los referidos subrogado y sustituto respecto de Gabriel Fernando Hurtado Orozco lo es por delito de peculado por apropiación.

Finalmente, declaró la prescripción de la acción penal del delito de cohecho por dar u ofrecer en favor de Hurtado Orozco, y en consecuencia, decretó la cesación de procedimiento por ese comportamiento delictivo.²⁵

16. Contra este proveído Edgar Antonio Ahumada Sabogal²⁶ y los defensores de Miguel González Roncancio²⁷, Gabriel Fernando Hurtado Orozco²⁸ y José Guillermo Jaramillo Cárdenas²⁹ interpusieron oportunamente el recurso extraordinario de casación y todos los apoderados presentaron, en tiempo, los correspondientes libelos³⁰.

17. Mediante auto AP3310-2018, el pasado 1º de agosto la Corte inadmitió las demandas formuladas en favor de Miguel González Roncancio y José Guillermo Jaramillo Cárdenas y admitió las concernientes a Gabriel Fernando Hurtado Orozco y Edgar Antonio Ahumada

Sabogal, esencialmente, a efecto de garantizar el principio de doble conformidad judicial³¹.

18. Estando a la espera del respectivo concepto del Ministerio Público, el abogado de Hurtado Orozco allegó solicitud de prescripción de la acción penal³², frente a la cual la Corte ahora se pronuncia.

LA PETICIÓN

Reclama la «preclusión»³³ del «presente proceso por haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción»³⁴.

Para el efecto, previa precisión en el sentido que la resolución de acusación cobró ejecutoria el 29 de septiembre de 2010 y que a la fecha han transcurrido 7 años y 10 meses, se refiere al contenido normativo del artículo 86 del Código Penal, para asegurar que, en este caso, la pena máxima para el delito de peculado por apropiación es de 180 meses, «lo que señala que al haberse ejecutoriado la resolución de acusación, dicho término se interrumpió comenzando a correr uno nuevo igual a la mitad del inicial es decir 90 meses»³⁵, que ya transcurrieron porque actualmente han pasado 94 meses.

CONSIDERACIONES

Según lo prevén los artículos 83 y 86 del Código Penal, la acción penal prescribe en el mismo término que el máximo punitivo establecido para cada delito, eso sí, mínimo en cinco (5) años durante la instrucción, salvo que se haya calificado el mérito del sumario con resolución de acusación, pues a partir del momento en que esta cobra ejecutoria, se interrumpe el término prescriptivo y corre otro, por la mitad del inicial, el cual, en todo caso, tampoco puede ser inferior a cinco (5) años.

La acusación en contra de Gabriel Fernando Hurtado Orozco se produjo a título de

interviniente por el delito de peculado por apropiación en los términos del numeral 2º del artículo 367 ejusdem -toda vez que, el monto de lo apropiado supera los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes-. No obstante, en la sentencia de segunda instancia, el Tribunal degradó el grado de participación atribuido al procesado de interviniente a cómplice.

A fin de determinar si el Estado perdió la potestad para ejercer el poder punitivo respecto de la conducta punible endilgada al procesado, se impone verificar el quantum de pena previsto por el legislador para dicho ilícito.

Así tenemos que, el delito de peculado por apropiación, agravado por la cuantía, está sancionado para el autor con pena que va de 6 a 22.5 años de prisión³⁶, pero para el interviniente la misma se reduce para delimitarse entre 4.5 y 16.875 años -dada la rebaja de una cuarta parte, señalada en el inciso 4º del canon 30 ibidem-.

Sin embargo, con la modificación introducida por el juez plural, en el sentido de variar el título de imputación de interviniente a cómplice, dicho comportamiento delictivo se encuentra penado con 3 a 18.75 años de prisión, producto de aplicar el descuento de la sexta parte a la mitad, estipulado en el inciso 3º del mencionado precepto 30 del Estatuto Sustantivo Penal, bajo la regla enunciada en el numeral 5º del artículo 60 ibidem.

Lo anterior, significa que el término prescriptivo para dicho reato, durante la fase de juzgamiento, es de 9.375 años -o lo que es igual 9 años, cuatro meses y 15 días-, que equivale a la mitad de 18.75 años.

En este asunto, objetivamente, se observa que el pliego de cargos cobró ejecutoria el 29 de septiembre de 2010 -fecha de la resolución de acusación de segunda instancia-, lo que implica que el lapso con que cuenta el Estado para juzgar al acusado, todavía no ha vencido.

De igual modo, se impone precisar que, aún, bajo el grado de participación deducido en la calificación del sumario: interviniente, tampoco ha operado el fenómeno jurídico reclamado, por cuanto no ha transcurrido el término prescriptivo de 8.43 años -8 años, 5 meses y 5 días-37.

Acorde con lo anterior, es claro que la pretensión de la defensa, encaminada a obtener la declaración de la extinción de la acción penal por prescripción del delito atribuido a su cliente, carece de todo fundamento, razón suficiente para denegar la solicitud de cesación de procedimiento -que no de preclusión como inapropiadamente lo pregona el letrado-.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

Primero. Negar la solicitud de prescripción de la acción penal, formulada por la defensa de Gabriel Fernando Hurtado Orozco.

Segundo. Contra esta decisión procede el recurso de reposición.

Notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Visible a folio 209 y s.s. del c.o. 5. [Cita consignada en el texto transcrito].

2 Visibles en cuaderno de anexo original 1. [Cita consignada en el texto transcrito].

3 Cfr. folios 118-120 del cuaderno original del Tribunal 1.

4 Cfr. folios 2-19 del cuaderno original 1.

5 Cfr. folios 21-45 ibidem.

6 Cfr. folios 46-120 ibidem.

7 Cfr. folios 125-127 ibidem.

8 Cfr. folios 286-291 del cuaderno original 3.

9 Cfr. folio 83 del cuaderno original 5.

10 Cfr. folio 22 del cuaderno original 6.

11 Cfr. folios 200-268 del cuaderno original 7.

- 12 Cfr. folio 274 del cuaderno original 13.
- 13 Cfr. folio 48 del cuaderno original 14.
- 14 Cfr. folios 168-184 ibidem.
- 15 Cfr. folios 107-221 del cuaderno original 15. Se precisa que en esa determinación las circunstancias de menor y mayor punibilidad y la circunstancia de agravación específica por la cuantía del peculado por apropiación no constan en la parte resolutive de la providencia sino solo en la motiva. En la misma decisión se le confirió la libertad provisional a Gabriel Fernando Hurtado Orozco.
- 16 Cfr. folio 146 del cuaderno original 16.
- 17 Cfr. folios 32-66 del cuaderno de segunda instancia 6.
- 18 Cfr. folio 9 del cuaderno original 17.
- 19 Cfr. folios 198-228 ibidem.
- 20 Cfr. folios 35-41 del cuaderno original 19.
- 21 Cfr. folios 65-77 y 80-98 ibidem.
- 22 Cfr. folios 146-362 ibidem.
- 23 Cfr. folios 25-273 del cuaderno original 20. Del mismo modo, compulsó copias penales a efecto de que se investiguen las conductas penales en que pudieran haber incurrido los funcionarios de Corficolombiana S.A.
- 24 Se precisa que en la parte motiva de la providencia se indicó: «(...) Asimismo habrá de entenderse que la inhabilitación para el ejercicio de los demás

derechos políticos en cabeza de los sentenciados, lo es por un lapso igual al de la pena de prisión. En este sentido se adicionará el fallo apelado.» Cfr. folio 205 del cuaderno original del Tribunal 1.

25 Cfr. folios 118-209 del cuaderno original del Tribunal 1. También dispuso compulsar copias penales respecto de los delitos que pudieran haber cometido el Alcalde Municipal de Villavicencio para la época de los hechos y los funcionarios públicos, representantes legales de las entidades que conformaron los patrimonios autónomos y de las fiduciarias y comisionistas involucrados en tales actos.

26 Cfr. folio 232 ibidem.

27 Cfr. folio 251 ibidem.

28 Cfr. folio 252 ibidem.

29 Cfr. folio 261 ibidem.

30 Cfr. folios 9-38; 39-77; 80-114 y 115-173 del cuaderno original del Tribunal 2.

31 Cfr. folios 12-80 del cuaderno de la Corte.

32 Cfr. folios 92-93 ibidem.

33 Cfr. folio 92 ibidem.

34 Ibidem.

35 Ibidem.

36 Producto de incrementar en una tercera parte el máximo de la infracción básica de 15 años, consagrado en el canon 397 de la Ley 599 de 2000 (regla 2ª del precepto ejusdem).

37 Que corresponde a la mitad del término máximo previsto para el delito de peculado por apropiación, agravado por la cuantía, a título de interviniente de 16.875 años.