

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado ponente

SP2146-2016

Radicado N° 40627.

Aprobado acta No. 46.

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

V I S T O S

Concluida la audiencia pública de juzgamiento, procede la Sala a proferir sentencia en el juicio de única instancia seguido en contra de ÁLVARO LONDOÑO ARISTIZABAL, acusado en su condición de exgobernador del departamento de Vichada, como posible autor de los delitos de peculado por apropiación a favor de terceros y contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

IDENTIDAD DEL PROCESADO

El aquí procesado responde al nombre de ÁLVARO LONDOÑO ARISTIZÁBAL identificado con la cédula de ciudadanía No. 7.524.293 expedida en Armenia (Quindío), nacido el 24 de febrero de 1956, en ese mismo municipio; convive en unión Libre con Graciela Capera Luna; hijo de Benjamín Londoño Londoño y Cenelia Aristizábal Giraldo; tiene cuatro hijos llamados Álvaro Mauricio Londoño Lugo, Luz Ángela Londoño Lugo,

Shirley Alejandra Londoño Capera y Sebastián Londoño Capera. Grado de instrucción licenciado en educación, con especialización en tecnología educativa; ocupación al momento de rendir indagatoria comercializador de peces. Fue condenado por esta Corporación a siete (7) años de cárcel por el delito de peculado por apropiación a favor de terceros. Actualmente recluso en el Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano De Bogotá – COMEB.

HECHOS

Al procesado se le atribuyen los ilícitos de peculado por apropiación a favor de terceros y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, definidos y sancionados en los artículos 133 y 146 del Decreto Ley 100 de 1980, bajo los siguientes supuestos fácticos:

1. El 13 de junio de 1997, ÁLVARO LONDOÑO ARISTIZÁBAL, en su condición de Gobernador del Departamento de Vichada, suscribió con William Javier Díaz Alvarado, el contrato de obra No.113, cuyo objeto consistía en la «construcción de una cancha múltiple y graderías en el corregimiento de Guérrima, Departamento del Vichada», por valor de veintisiete millones cuatrocientos dieciséis mil quinientos treinta pesos (\$27.416.530).
2. A juicio de la Fiscalía, el entonces gobernador desconoció los principios propios de la contratación estatal y los rectores de la función pública, al adjudicar el mentado contrato a pesar que el proponente elegido no demostró su capacidad financiera, ni experiencia para ejecutar la obra; así como tampoco existía un estudio de pre-factibilidad, factibilidad y viabilidad del proyecto.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. Este proceso tuvo su génesis en la compulsa de copias ordenada, a través de resolución fechada cuatro (04) de septiembre de dos mil seis (2006)¹, por la

Fiscalía Seccional 31 de Puerto Carreño, departamento de Vichada, dentro de la actuación adelantada a los señores William Javier Díaz Alvarado, Guillermo Gustavo Díaz Alvarado y José Manuel Rivera Parra, con el fin de que la Unidad de Fiscalías delegadas ante esta Corporación, si así lo estimaba procedente, aperturara investigación en contra del entonces Gobernador de Vichada, doctor ÁLVARO LONDOÑO ARISTIZÁBAL, por presuntas irregularidades en la adjudicación y ejecución del contrato de obra No. 113 del 13 de junio de 1997, cuyo objeto era la «Construcción de una cancha múltiple y graderías en el corregimiento de Guérrima, departamento del Vichada». Dicha orden se concretó mediante oficio No. 131 del 25 de septiembre de ese mismo mes y año, librado por la Dirección Seccional de Fiscalías de Villavicencio- Meta².

2. Con fundamento en lo anterior, el señor Fiscal General de la Nación, a través de resolución de fecha 17 de enero de 2007³, abrió indagación previa en contra del señor ÁLVARO LONDOÑO ARISTIZÁBAL, así como el recaudo de material de prueba correspondiente. Cumplido lo anterior, el ente instructor, en resolución calendada 14 de febrero de 2008⁴, aperturó instrucción formal en contra del antes mencionado, ordenándose su vinculación procesal mediante injurada, bajo las hipótesis delictivas de interés ilícito en la celebración de contratos y peculado por apropiación, en situación concursal heterogénea y sucesiva; indagatoria que rindió el sindicado el 29 de mayo de esa misma anualidad⁵.

3. El 9 de marzo de 2012, a través de resolución de esa misma fecha⁶, se resolvió la situación jurídica del investigado, imponiéndose medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva sin beneficio de excarcelación, a título de presunto autor de la conducta punible de peculado por apropiación, razón por la cual se impartió orden de captura en contra del sindicado; de igual manera, fue afectado con medida de aseguramiento de caución prendaria, en cuantía equivalente a un (01) S.M.L.M.V., como presunto autor del delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

4. Atacada horizontalmente la anotada providencia, con impugnaciones sustentadas por la Procuraduría General de la Nación y la defensa, la Fiscalía cognoscente, mediante resolución del 28 de junio de 20127, resolvió no reponerla.

5. Perfeccionada la instrucción, se calificó su mérito, en resolución de acusación del 31 de diciembre de 20128. En dicho proveído, el ente investigador adoptó las siguientes decisiones:

i. Acusar al exgobernador del departamento del Vichada, doctor ÁLVARO LONDOÑO ARISTIZÁBAL, como presunto autor responsable de la comisión de los delitos de peculado por apropiación a favor de terceros y celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, previstos en los artículos 133 y 146, respectivamente, del Decreto Ley 100 de 1980 (Código Penal).

i. Remitir el expediente a la Sala Penal de la Corte suprema de Justicia, una vez en firme tal decisión.

6. Fundamentos de la Acusación

Los argumentos de la Fiscalía para acusar al procesado se resumen así:

Para el representante del órgano persecutor del Estado, la materialidad del hecho se encuentra plenamente demostrada al llegar al grado de convencimiento propio de ese estadio procesal de que el señor ÁLVARO LONDOÑO ARISTIZABAL suscribió contrato de obra No. 113 de 1997, por valor de veintisiete millones cuatrocientos dieciséis mil,

quinientos treinta pesos (\$27.416.530.00), y su respectivo comprobante de egreso por concepto de anticipo, soslayando el cumplimiento de los requisitos legales que esa actuación imponía respetar.

Puntualmente, la fiscalía, hizo recaer el peso de su argumento en el hecho que el exgobernador adjudicó el plurimentado contrato al señor William Javier Díaz, sin que éste hubiera probado su condición de constructor, experiencia en obras y, mucho menos, su capacidad financiera. A su vez, para quien acusa, el no hallarse prueba física de anexos de presupuesto, planos de construcción y cronograma oficial dentro de los términos de referencia, denota que la contratación objeto de investigación siempre estuvo a espaldas de principios como la economía, responsabilidad, selección objetiva y planeación.

En lo que atañe con el tipo penal de peculado por apropiación, el instructor destaca la relación funcional del gobernador con los recursos departamentales que administraba, para así, concluir que la irregular contratación que protagonizó en calidad de otorgante permitió que terceros se apoderaran de bienes del Estado.

En esa misma providencia, y ante solicitud de nulidad elevada por la defensa, bajo el argumento de haberse vulnerado el derecho de defensa de su asistido en la «variación en la calificación jurídica» realizada por la Fiscalía entre el momento de escucharlo en indagatoria y el de definir su situación jurídica, se resolvió no acceder a su decreto, al considerar, en síntesis, que en ambos eventos se cuestionaron y analizaron los mismos hechos objeto de investigación frente a los cuales, por demás, se ejercieron reales actos defensivos, desvirtuando así la existencia de los alegados quebrantamientos.

Contra la providencia anterior no se interpuso el recurso procedente.

ETAPA DE JUICIO

1. Ejecutoriada la resolución acusatoria, se remitió la anotada actuación a esta Corporación, a efectos de surtirse el trámite de ley. Es así como, en el término de traslado

del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, el defensor formuló solicitudes de nulidad y probatorias que fueron objeto de pronunciamiento por parte de la Sala.

2. En proveído de calendas ocho (8) de julio de dos mil trece (2013)⁹, esta Sala resolvió, en primer lugar, negar la petición anulatoria del proceso incoada por el defensor, dado que los argumentos de soporte correspondían, en absoluta identidad, a los planteados en la etapa instructiva, los cuales, precisamente, fueron objeto de pronunciamiento mediante resolución de acusación fechada 31 de diciembre de 2012¹⁰ en la que no se accedió a la invalidación pretendida. A su vez, fueron negadas las aspiraciones probatorias de la defensa en su totalidad y se decretaron, de manera oficiosa, varias pruebas, dentro de las que se destaca el testimonio de algunos funcionarios que se desempeñaban en la gobernación de Vichada para la época de los hechos.

3. Los días 14 y 15 de enero de 2014; se llevó a cabo la audiencia pública de juzgamiento¹¹, dentro de la cual se recibieron las declaraciones de Víctor Hugo Martínez Herrera, Carlos Alberto Heredia Lamus, Yaneth Ramírez, Alejandro Pernet Salinas y Luis Froilán Salazar Piñeros. Igualmente, se escucharon los alegatos de conclusión de la Fiscal Delegada ante esta Corporación, el Procurador Delegado para la Instrucción y Juzgamiento Penal, y la defensa técnica del procesado, exposiciones de las cuales se extractan los aspectos más importantes:

3.1 Intervención de la Fiscalía:

En primer lugar, destaca el oficio DGE013 del 23 de febrero de 2013, que certifica la calidad de servidor público como Gobernador del departamento de Vichada, del señor ÁLVARO LONDOÑO ARISTIZÁBAL. Enseguida, explica que cuando se habla de los punibles, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros, la finalidad es proteger la administración pública y los postulados

que la orientan; por ello, encumbra los principios cardinales que rigen la contratación pública, y su desarrollo bajo el prisma de la ley y jurisprudencia.

Esgrime la Fiscal, que de conformidad con la Ley 80 de 1993, artículos 24 y s.s. las personas que ejercen funciones públicas deben atenerse a los postulados de ese estatuto, sobre todo, a principios como el de transparencia, economía y celeridad, a los cuales se les suma, con igual grado de obligatoriedad, los principios generales del derecho, como reglas de estricto cumplimiento por parte del funcionario público.

Todo lo antes dicho, en palabras de la instructora, para denotar que el contrato sin cumplimiento de requisitos legales es un tipo penal en blanco que debe orientarse a partir de los dogmas generales de la administración pública; de ahí que, quien funja como ordenador del gasto está obligado a ceñirse a esas prerrogativas de inaceptable quebrantamiento. De lo que viene, le resulta notorio que el Gobernador de Vichada debía ceñirse a la Ley 80 de 1993, y los principios generales de la administración contenidos en el artículo 209 de la [Constitución Política](#), así como en Ley 489 de 1998.

Teniendo eso claro, para la fiscal, se logró demostrar que el procesado suscribió el contrato de obra No. 113 del 13 de junio de 1997; firmó el comprobante de egreso en el que entregó doce millones cuatrocientos setenta y cuatro mil setecientos sesenta y cinco pesos (\$12.474.765) a William Javier Díaz Alvarado, como también se probó, la ausencia de los documentos que componía la etapa precontractual: propuesta de los participantes, estudios de necesidad conveniencia, y capacidad del contratista. Todo ello, sumado al agravante de que la obra no fue ejecutada y tampoco se reintegró el dinero.

De igual forma, se duele la Fiscal no haberse hallado estudios de conveniencia ni planos de construcción, de donde se pregunta, ¿cómo fue informado el contratista de las especificaciones técnicas de la obra?.

En lo anterior se resumen las falencias que antecedían suscripción del contrato y que,

en cumplimiento de la ley, debieron impedir la adjudicación del mismo.

Subraya además la investigadora, el hecho que en una indagatoria rendida por el señor William Javier Díaz Alvarado, se supo que el hermano de éste le hacía trabajos al diputado José Manuel Rivera, quien era el verdadero interesado en el contrato y que, por aparecer firmándolo (William Díaz), recibió sesenta mil pesos M/cte. (\$60.000.00), denotando que todo fue un plan delictivo para defraudar al departamento.

De otro lado, se destaca en la alegación de cierre, que cuando rindió la respectiva indagatoria el exgobernador, señaló que había un comité que estudiaba las propuestas y que -tal como él dijo- «yo escogía», lo cual revela su grado de responsabilidad al ser el encargado de la decisión final. Aunado a ello, propone recordar lo dicho por la jefe de licitaciones cuando manifestó que el exgobernador sí tenía experiencia en la contratación y conocía plenamente lo que hacía, por lo actuado en contratos anteriores.

Por lo anterior, considera la fiscal que en este caso, el procesado no se puede escudar en el principio de confianza, pues se ha entendido que éste tiene sus límites en el principio de legalidad, en tanto que al ordenador del gasto es a quien le corresponde cumplir, por sobre todos los funcionarios, los preceptos legales.

De otra parte, la instructora reconoce que el origen del dinero para ejecutar el contrato está en duda, ya que tal aspecto depende de unos trámites que no se pudieron esclarecer, pero que lo verdaderamente probado, obliga concluir el incumplimiento del gobernador con su deber, sin que sea admisible escudarse en la labor de un comité, del que poco y nada se sabe.

De esa manera, el exgobernador es llamado a responder penalmente, por haber adjudicado un contrato de obra sin estudios previos que permitieran determinar el objeto del contrato, violando así el principio de economía; como también, por el hecho de

firmar un contrato de obra con quien nunca estuvo en condiciones de ejecutarla, afrentando con ello, los preceptos de imparcialidad y selección objetiva.

En cuanto al delito de peculado por apropiación a favor de terceros, la fiscal inicia su argumento con una exposición breve de dicho reato, para así apuntalar que, en este caso, ya se sabe quién era el ordenador del gasto, y quién tenía relación funcional con el dinero. Por lo anterior, el contrato No. 113 fue el soporte para expedir el comprobante de egreso por el valor de doce millones cuatrocientos setenta y cuatro mil setecientos sesenta y cinco pesos (\$12.474.765), para una obra no ejecutada, y que, además, no fue reintegrado el dinero; todo lo cual, devela el menoscabo patrimonial del departamento, a favor de terceros.

Se duele la fiscal del hecho que, cuando se enteró el acusado del incumplimiento del contrato, no hizo nada para procurar su ejecución o resarcimiento del anticipo. De lo anterior, concluye forzosamente la traición de la confianza en él depositaba, a la cual le suma la condena por delito de peculado que ya le figura, demostrativo de que no se trata, para este caso, de un episodio ocasional.

Por esa suma de razones que vienen agolpándose, la fiscal depreca la condena al procesado por los delitos de peculado por apropiación a favor de terceros y contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

3.2. Intervención del Ministerio Público

Por su parte, el delegado de la Procuraduría para este asunto, solicitó absolver al acusado en aplicación del principio *in dubio pro reo*.

De entrada, sostiene que en este caso particular los controles en relación con el contrato de obra No. 113 entre la gobernación de Vichada y William Javier Díaz Alvarado, operaron, un poco tarde, pero fueron valiosos. Desglosa su afirmación en

el hecho que el jefe de interventoría informó sobre el incumplimiento del contrato e irregularidades en el pago del anticipo, tanto así que ya en la nueva administración departamental se declaró el incumplimiento del mismo.

Añade el Procurador, que en cuanto a las razones por las cuales el hoy procesado no actuó en razón de ese incumplimiento del contratista es que, tal como él lo expresó en diligencia de indagatoria, para octubre estaba suspendido y en diciembre ya estaba entregando la administración departamental.

De otro lado, se ocupa el delegado de la supuesta «trampa» entre el contratista Díaz Alvarado, José Manuel Rivera Parra y Gustavo Díaz, para aparecer el primero de ellos firmando, siendo el telonero el diputado Rivera; para el Procurador, tal maraña no compromete al procesado en tanto que el Diputado era enemigo político del gobernador, de donde se pregunta: ¿cómo voy a defraudar mi gobernación en beneficio de un enemigo político? En ese orden de ideas, se duele y reprocha el que no se hubiera investigado sobre el anterior punto, en aplicación del artículo 234 del código adjetivo penal, vigente para este proceso.

En continuación de su alegato, afirma que no es verdad que se haya procedido a ciegas a firmar el plurimentado contrato, por cuanto los recursos provenían del convenio F.I.S., tal como obra en certificación suscrita por el jefe de presupuesto, quien da cuenta de la real disponibilidad presupuestal con que se contaba.

Así mismo, a juicio y consideración del delegado, reposa en los infolios la totalidad de documentos que conforman la etapa precontractual, entre ellos, la invitación a contratar que, al tratarse de un contrato de mínima cuantía, no requería de licitación pública.

De otro lado, trae al presente el procurador la respuesta obtenida en el decurso de la etapa probatoria, cuando preguntó si era necesario que el contratista fuera arquitecto, a lo cual, le contestaron que ello no era necesario para acceder al contrato, como en efecto

sucedió, pues un ciudadano ofertó para ejecutar la obra, sin que le sea exigible una calidad especial.

En medio de su alegato, aduce que diecisiete (17) años más tarde, no se cumplen en este caso las funciones de la pena. Como también destaca, de ese paso superlativo de tiempo, que el no haberse encontrado documentos que acreditaran la capacidad financiera y experiencia del contratista, solo indica que no fueron hallados y que, cabe entonces, la probabilidad de haberse perdido dado lo añejo del caso.

Añade el delegado que, en cuanto al comité invocado, de quien se dice recaía la evaluación de los proyectos y el visto bueno para su ejecución, sí es posible la aplicación del principio de confianza, al existir desconcentración de funciones; a su vez, sugiere cierta benevolencia hacia quien declara que es licenciado en educación y se apoyó en todo un equipo de abogados y expertos en contratación, por lo que se pregunta dónde queda esa demostración de dolo y culpa en la contratación.

Se refiere también, a la otrora condena por el delito de peculado por apropiaron, en el sentido que no puede sacarse mayor provecho por parte de la fiscalía de tal anotación, al no guardar relación con este hecho que hoy se investiga.

Por todos estos argumentos, e invocando el in dubio pro reo, y previo análisis de las pruebas recaudadas en una investigación que considera insuficiente, el delegado del Ministerio Público pide a esta Sala la absolución del acusado respecto de los delitos contra la administración pública que le vienen enrostrados.

3.3. Intervención del defensor

Estructuró la defensa técnica del procesado su alegato en varias premisas con las que

descalifica las razones que, por su parte, promueve la fiscalía. En su parecer, en este asunto existe una pobreza probatoria, abundancia de conjeturas, y el lleno de vacíos con doctrina y jurisprudencia.

En lo que toca puntualmente al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, el defensor propone evaluar las exigencias de la ley para el año en que se suscribió el contrato de obra No. 113 del 13 de junio de 1997, habida cuenta que la fiscalía, le exige a su asistido el acatamiento de preceptos legales posteriores a su celebración, en tanto que se menciona la Ley 454 de 1998 y 789 de 2002, entre otras.

En esa medida, para el vocero de la defensa, al procesado se le tilda de responsable por obligaciones que solo nacieron a la vida jurídica dos (2) años después del hecho presuntamente delictuoso. Para la época, continúa el alegato, conforme al artículo 22 del Estatuto General de la Contratación, no se exigía registro calificación cuando se trataba de contratación de mínima cuantía, y solo se adelantaba por contratación directa; además, no era necesario calidad de constructor, ingeniero o arquitecto para ejecutar esa obra específica.

Por otra parte, está de acuerdo con la necesidad de estudios previos, no obstante, considera que el no haberse hallado documento que los acredite, no significa que en el plano real haya pruebas de su inexistencia. Ahora bien, de su estudio particular concluye que en este caso sí hubo estudios preliminares, los cuales estuvieron a cargo del F.I.S., tanto así, que se suscribió convenio de cofinanciación el cual supone su existencia, tal como se indica en el contrato; y que, con una labor más acuciosa de la fiscalía se hubiera despejado la duda en relación con esa circunstancia.

Ante la pregunta ¿qué estudios de mercadeo se realizaron? contestó el apoderado que basta mirar el contrato para percatarse que contiene precios, cantidades y demás datos para que cualquier ciudadano pudiese presentar las propuestas, y que, no debe

soslayarse que el coordinador de la U.D.E.C.O., en consuno con planeación, pasaban el proyecto al alcalde para su revisión, lo cual suponía el cumplimiento de los requisitos legales. Unido a esto, subrayó que en este caso particular toma vigor el principio de confianza, aplicable cada vez que haya pluralidad de personas.

Hace hincapié el vocero en mientes, en que la fiscal se aleja del material probatorio al afirmar que no se hallaron las propuestas de los ofertantes, siendo que en la foliatura aparece un cronograma de actividades, planos, detalles de graderías, incluidos por el señor Díaz Alvarado, con lo cual se evidencia la real incorporación de los mismos.

Adujo también, que al detener la mirada en el oficio de 1998, suscrito por un asesor de la U.D.E.C.O., en él se dice que el convenio para la ejecución del proyecto no se legalizó; empero, al seguir leyendo la misiva, se deja ver que el 31 de diciembre de 1996, se legalizó otro convenio para respaldar la obra, de lo cual concluye inmediatamente que el contrato No. 113 fue firmado con convenio legalizado; y que, en el ítem de disponibilidad presupuestal, se pudo incurrir en un error al citar un convenio diferente, pero lo cierto que sí había legalización en el plano material.

Agrega el defensor, en una ráfaga de argumentos, que el incumplimiento del contrato es un asunto de otros, porque el gobernador ya había terminado su periodo y no podía hacerse cargo de esa eventualidad. Y que, en cuanto al delito de peculado por apropiación a favor de terceros, le resulta sumamente preocupante la demostración del dolo, el cual, considera diluido en este caso al tener en cuenta que la resolución de incumplimiento se profirió en el año 1998, después de terminar el periodo de su defendido y, en tal virtud, no era imponible una carga superior a la que estaba en posibilidad de asumir, dado que el señor ÁLVARO LONDOÑO fue suspendido por sesenta (60) días, y reintegrado en octubre de 1997.

A su vez, al referirse al tema de la indagatoria de William Javier Díaz

Alvarado, rechaza la propuesta de la fiscal al pretender valorar esa pieza, habida consideración que no se cumplieron los requisitos legales para ello, en tanto que dicho medio de convicción no está relacionado en la foliatura y la indagatoria que se encuentra es de otro proceso en el que se estudiaba un contrato con objeto diferente. Así, si se tiene en cuenta que el contrato que interesa es diferente, la citada indagatoria nada tiene que ver con actual proceso, por lo cual, es irregular la apreciación de esa indagatoria, sobre todo cuando con fundamento en ella se vienen tomando decisiones. En gracia de discusión, propone el defensor, se debió cumplir con lo establecido en el artículo 239 de ley 600 de 2000, que consagra los lineamientos de la prueba trasladada.

En suma de lo adverbado, las piezas procesales y los vacíos encontrados, le permiten al encargado de la defensa técnica solicitar la absolución del procesado, por inexistencia de delito contrato sin cumplimiento de requisitos legales, ora porque no hay responsabilidad en la apropiación de dineros provenientes del contrato, en lo concerniente al reato de peculado por apropiación a favor de terceros.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

i) Competencia

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 235-4 de la [Constitución Política](#) y 75-6 de la Ley 600 de 2000, la Corte es competente para emitir el pronunciamiento de fondo pertinente, toda vez que el procesado ÁLVARO LONDOÑO ARISTIZABAL, fue acusado por la Fiscalía General de la Nación como presunto responsable de los delitos de peculado por apropiación a favor de terceros y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en situación concursal, cuando desempeñaba el cargo de Gobernador del departamento de Vichada.

ii) Problema Jurídico.

Es menester tener en cuenta que en términos del artículo 232 del estatuto procesal penal (Ley 600 de 2000), toda providencia debe sustentarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación y, concretamente, para dictar sentencia condenatoria, a la luz del inciso 2 Ibídem, es necesario llegar tanto a la certeza sobre la existencia o materialidad de la conducta punible objeto de investigación, así como de la responsabilidad del acusado en su comisión; exigencias que comportan, desde luego, la sustracción de toda duda racional. Para tal efecto, se impone apreciar los medios de prueba en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, según lo establece el artículo 238 del citado ordenamiento.

En este contexto, corresponde a la Sala de Casación Penal de esta Corporación determinar si de la facticidad objeto de la presente investigación, de cara a las acreditaciones del plenario y a las exigencias típicas de las conductas que le vienen endilgadas al procesado en pliego de cargos, se acredita o no su existencia; y si el exgobernador de Vichada, ÁLVARO LONDOÑO ARISTIZABAL, debe ser declarado penalmente responsable por los mismos. Los resultados de tal examen, posibilitarán adoptar la decisión correspondiente en cuanto a su condena o absolución.

iii) Los Cargos y su prueba

La fiscalía le atribuyó a ÁLVARO LONDOÑO ARISTIZABAL la autoría de dos conductas delictivas, cuya estructura y demostración se procede a analizar.

a. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales

El punible en comento está descrito en el artículo 146 del Decreto Ley 100 de

1980, en los siguientes términos:

“Artículo 146. Contrato sin cumplimiento de los requisitos legales. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones y con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y en multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años.”

Huelga precisar, que no obstante la redacción del citado artículo 146, se destaca por contener sutiles diferencias de cara al canon 410 (contrato sin cumplimiento de requisitos legales) del novel cuerpo normativo penal del año 2000, en lo medular se trata del mismo tipo penal, y sus diferencias son más aparentes que reales. Así, el propósito contenido en el artículo 146 del Decreto-Ley 100 de 1980, «y con el propósito un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero», el cual se presenta como el texto diferenciador entre ambas codificaciones; si bien se ha entendido que es de carácter patrimonial, bien podría ser también de cualquier otra índole, derivada de la transgresión de los principios que rigen la contratación estatal, como cuando se incumplen los requisitos legales que deben observarse en ese tipo de negociaciones (CSJ AP, 20 agosto 2002, Rad. 18911).

De manera más exhaustiva, en la CSJ SP, 13 oct. 2004, Rad. 18911, se hizo el siguiente análisis:

El delito de celebración indebida de contratos sin cumplimiento de requisitos legales se define en los artículos 146 del decreto 100 de 1980 (modificado por las leyes 83 de 1993 y 190 de 1995) y 410 de la ley 599 de 2000, como aquella conducta en que incurre el servidor público que por razón el ejercicio de sus funciones tramite contrato sin

observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o lo liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos.

La diferencia entre una y otra descripción radica en que en la disposición de la legislación derogada, la conducta debía obedecer a la finalidad de obtener provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, mientras que en la nueva tipicidad se eliminó expresamente esa ultrafinalidad. Desde ese punto de vista se podría pensar que la descripción anterior es mucho más exigente que la nueva y que esa fórmula, a la cual algunos le confieren alcances patrimoniales, es mucho más restrictiva que la del código de ahora.

No obstante, la Sala ha interpretado que las diferencias que se pretenden encontrar son más aparentes que reales. En efecto, sobre esta temática se ha entendido que “el propósito allí referido (haciendo alusión al artículo 146) no solo puede ser patrimonial sino de cualquier otra índole derivada de la transgresión de los principios que rigen la contratación estatal, lo cual resulta claro cuando se elude el procedimiento establecido, se privilegian unos contratistas en detrimento de otros, se contrata en condiciones técnicas que no corresponden al objeto del contrato, o se viola el principio de selección objetiva, entre otras eventualidades, pues es claro que un contratista resulta beneficiado con la adjudicación de un contrato tramitado irregular e ilícitamente” (Corte Suprema de Justicia, auto del 20 de agosto de 2002, Radicación 18029.).

Pues bien, tomando como perspectiva el tipo penal, nótese que el bien jurídico de la administración pública es polivalente y protege diversos valores propios de la actividad estatal; en realidad, tiene una significación estrecha con el funcionamiento del sistema, con la forma cómo se actúa y cómo se ejecutan las decisiones públicas. No por otra razón, los tipos penales vinculados con el bien jurídico de la administración pública protegen el interés general, la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad,

imparcialidad y publicidad, que son entre otros, valores esenciales de la administración pública, a más de sus bienes materiales.

De acuerdo con lo anterior, existe identidad de requisitos entre los tipos penales consagrados en los dos últimos códigos penales, de tal manera que constituyen supuestos para la adecuación típica, en primer lugar, ostentar la calidad de servidor público y ser el titular de la competencia funcional para intervenir en la tramitación, celebración o liquidación del contrato; en segundo término, desarrollar la conducta prohibida, consistente en la intervención en una de las mencionadas fases del contrato estatal, sin acatar los requisitos legales esenciales para su validez.

Analizando con más detenimiento, el comportamiento señalado en la norma transcrita consiste en el que “tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos”. Tal descripción corresponde a un tipo penal de conducta alternativa, que contempla tres hipótesis en las cuales el servidor público a cargo de la función contractual o de parte de ella, puede objetivamente vulnerar el bien jurídico de la administración pública.

La primera, consiste en dar trámite al contrato sin la observancia de requisitos legales esenciales para concretarlo, gestión que esta Sala ha precisado comprende «los pasos que la administración debe seguir hasta la fase de ‘celebración’ del compromiso contractual» (CSJ SP, 20 mayo de 2003. rad.14699); la segunda consiste en celebrar el contrato sin verificar el cumplimiento de sus requisitos legales esenciales, incluidos aquellos que de acuerdo con la Ley 80 de 1993 constituyen solemnidades ineludibles en la fase precontractual y, finalmente, liquidar el contrato cuando concurren similares falencias.

Como ha precisado la Sala, las formas de comisión de éste delito se refieren a comportamientos distintos; así, una es la conducta aludida en la primera modalidad,

donde se reprocha el hecho de tramitar el contrato sin observar sus requisitos legales esenciales y, otra, la de quien lo celebra o liquida, pues en estos casos la prohibición se hace consistir en no verificar el cumplimiento de los requisitos legales inherentes a cada fase.

En relación con los principios esenciales que gobiernan la contratación estatal, tiene dicho la Sala que se encuentran plasmados desde el preámbulo del ordenamiento Superior, así como en varios de sus artículos, entre otros, el 2°, que señala los fines esenciales del Estado; 6°, donde se determina la responsabilidad de los funcionarios públicos; 13°, que protege la igualdad real; 95-2, en el cual se impone la obligación de cumplir la Constitución y las leyes; y, especialmente, el artículo 209, según el cual «la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...» (CSJ SP, 19 Dic 2000, Rad. 17088 y 14 Dic 2011, Rad. 36613, entre otras).

Así mismo, en relación con los principios que orientan la actividad contractual, el artículo 23 del Estatuto General de la Contratación Administrativa¹², dispone:

De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales: Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

En sentencia C - 1144 de 2000, la Corte Constitucional, en posición que la Sala comparte, destacó la trascendencia del principio de legalidad en el ejercicio de la actividad estatal, al señalar necesario que «...los actos de las autoridades, las decisiones

que profieran y las gestiones que realicen, estén en todo momento subordinadas a lo preceptuado y regulado previamente en la Constitución y las leyes».

Los artículos 24, 25, 26 y 29 del mismo Estatuto desarrollan estos principios, cuyo contenido y alcance han sido definidos por la jurisprudencia de la Sala, en la forma que se sintetiza a continuación: (CSJ, SP 20 Mayo 2003, Rad. 18754; 10 Ag 2005, Rad. 21546; 15 Mayo 2008, Rad. 29206; 16 Mar 2009, Rad. 29089 y 09 Sept 2009, Rad. 21200, entre otras).

El principio de economía, implica la optimización de recursos y tiempo en procura del mayor beneficio para la entidad contratante, lo cual obliga a la elaboración de estudios, diseños, proyectos, así como el análisis de conveniencia del objeto a contratar. Este fundamento apareja el deber de planeación, que impone a los servidores públicos "...actuar con alto grado de eficacia y eficiencia para que se protejan los recursos públicos, fiscales, con sujeción estricta al orden jurídico. De tal manera que es cuestionable todo acto de negligencia, desidia o falta de planeación u organización estatal en la toma de decisiones públicas que generan situaciones contrarias a la Ley." (C. de E, S 19 Jun 1998, Rad. 10439 y 03 Dic 2007, Rad. 24715).

Conforme al principio de transparencia, constituye obligación del servidor público actuar de manera clara, imparcial y pública, sin anteponer sus intereses personales a los intereses de la entidad estatal, evitando omitir los procedimientos previstos para la selección objetiva y los demás requisitos de orden legal y absteniéndose de incurrir en abusos que conlleven a desviación de poder.

Ligado a este principio existe el deber de selección objetiva que propende por la escogencia de las propuestas que generen el mayor beneficio para la entidad contratante, omitiendo cualquier motivación personal o subjetiva.

El principio de responsabilidad, exige al funcionario buscar el cumplimiento de los

finés de la contratación, vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y proteger los derechos de la entidad, del contratista y de terceros que puedan resultar afectados con la ejecución del contrato. La razón de ser de este principio radica en que los servidores públicos responden por el comportamiento «antijurídico» asumido en el ejercicio de sus funciones, al punto de indemnizar los daños que de él se deriven.

El acatamiento de los principios constitucionales y legales aludidos, resulta ineludible para quien ejerce la función administrativa y a su tutela se orienta el artículo 146 de estatuto punitivo anterior, al cual están materialmente incorporados, en tanto determinan las exigencias esenciales del contrato.

De tales principios, si bien en la actualidad existe amplia conceptualización sobre ellos, vienen definidos desde la expedición del mentado Estatuto del año 1993, en tanto que el objeto de ese cuerpo normativo era justamente «disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales»; por ello, la vigencia de tales preceptos se remonta a esa data, significando que, toda contratación celebrada después de 1993, debe, necesariamente, aferrarse no solo a tales axiomas, sino también a las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

En nuestro caso de estudio, se cuestiona por parte de la fiscalía, haberse vulnerado los principios generales de la contratación con la suscripción del contrato de obra No. 113 de junio de 1997 entre la Gobernación de Vichada y el señor Díaz Alvarado.

A partir de ese marco, se apresta la Sala al estudio de las pruebas allegadas al dossier, en cuyo cometido, resaltamos inicialmente la certificación expedida por el Director de Gestión Electoral de la Registraduría Nacional del Estado Civil¹³, en la que se indica que el doctor ÁLVARO LONDOÑO ARISTIZABAL fungió como Gobernador del

departamento de Vichada, durante el periodo constitucional comprendido entre 1994 – 1997.

Así, de conformidad con el artículo 11, numeral 3, literal b) de la Ley 80 de 1993, la competencia para celebrar contratos estatales, recae a nivel departamental en los gobernadores; y, por ello, era función del doctor ÁLVARO LONDOÑO, quien ostentaba esa calidad, celebrar contratos estatales con cargo a los recursos del departamento bajo su mando, con lo cual se cumple el primer presupuesto de la conducta punible objeto de análisis, cuya estructuración demanda de sujeto activo calificado.

En esa medida, lo cierto hasta el momento es que como máximo responsable de la contratación en el departamento, el hoy procesado estaba en la obligación de velar con el cumplimiento de los requisitos legales que gobernaban el ejercicio de la contratación para esa data.

En continuidad de nuestra labor analítica, contamos con la inspección judicial de calendas cinco (05) de septiembre de dos mil siete (2007)¹⁴, ordenada en etapa de instrucción, al contrato de obra No. 113 de 1997 antes mencionado. En dicha diligencia, se acopió, como primer documento, la invitación a cotizar para la «construcción de una cancha múltiple y graderías en el corregimiento de Guérrima. Departamento del Vichada», fijada el 28 de mayo de 1997; seguidamente, un folio contentivo de unos planos de arquerías de microfútbol y cesta de basquetbol y otro en el que se deja constancia de la apertura del arca triclave, a efectos de revisar las propuestas presentadas.

En lo que respecta a los oferentes, se encontró dos propuestas; una, presentada por Juan Antonio Flórez, con un presupuesto total del proyecto de veintiocho millones ciento noventa y cinco mil setecientos cincuenta pesos moneda corriente (\$28.195.750), y, la

segunda, en orden de foliatura, presentada por el señor William Javier Díaz¹⁵ por veintisiete millones cuatrocientos dieciséis mil quinientos treinta pesos moneda corriente (\$27.416.530,00) a la cual le sigue un cronograma de actividades y unos planos generales de la obra. Enseguida, aparece una cuenta de cobro del señor William Javier Díaz, por la suma de veintisiete millones cuatrocientos dieciséis mil quinientos pesos moneda corriente (\$27.416.500); a la vez que se encuentra un plan de inversión del anticipo y unos términos de referencia de la obra en cuestión.

Ergo, de la documentación en cita, desde ya se pueden hilvanar varias conclusiones que emergen de manera cristalina: al lanzar la oferta, si bien se contaba con los términos de referencia, en el que se relacionaron el objeto, descripción del área de estudio, alcance de los trabajos, recursos, etc., se destacan por su ausencia estudios previos al proyecto, en los que se dejara ver la conveniencia y oportunidad del contrato, su adecuación a los planes de inversión, y estudios de pre- factibilidad, factibilidad y viabilidad. La obligación de tales documentos viene contenida en el canon 30 de la ley 80 de 1.993, - vigente y por contera exigible para la época de los hechos- , cuando estipula que:

La resolución de apertura debe estar precedida de tales estudios realizados por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad.

Al examen de los folios, nótese que por mucho que se allegaron documentos en sucesdaneas oportunidades con el objeto de acopiarse la documentación que componía el proceso de contratación de la obra en el municipio de Guérrima, lo allegado converge y

otra vez en que no existe registro de evaluaciones previas que nos permita dar por sentada su realización. En este caso, la existencia de folios que contuvieran la elaboración de tales estudios se constituía en prueba fehaciente de su hechura en el plano material, por ello, entiéndase bien, ninguna referencia indirecta sobre la existencia de tales estudios puede suplir en este caso, la presencia de los mismos, siendo ya un lugar común la no inclusión de tales pre evaluaciones al proyecto de obra en el municipio de Guérrika.

Ahora, se reconoce, pues la prueba documental habla por sí sola, que existió una pieza denominada términos de referencia, en la cual se dejaron sentada las bases de la obra, su objeto, fundamentos legales, y demás particularidades; empero con la misma notoriedad en esa misiva no se incluye el resultado de un estudio de conveniencia, de pre factibilidad, factibilidad y viabilidad de la obra, en los que se hubieran sopesado las distintas variables que inciden en el éxito o no de un proyecto en particular.

A su vez, de la compilación documental allegada, tampoco se divisa la propuesta del señor William Javier Díaz, una facción relacionada con su experiencia como contratista, constructor y, mucho menos, su capacidad financiera. En otras palabras, del proponente solo se sabía el nombre y la cotización de gastos. Con ello en mente, refulge apenas de la sana lógica el reproche al proceder del exgobernador, en tanto que le adjudicó un contrato de obra a quien, conforme la prueba documental, no ostentaba ningún tipo de condiciones para ejecutarla.

No se trata, en este caso, de requerir del particular un certificado de profesión en el que constara la calidad de arquitecto o ingeniero civil. No, el reproche que da pábulo a la tipicidad del delito, radica en haber suscrito un contrato de ejecución de una obra con quien no se tenía ningún tipo de conocimiento sobre sus competencias para ejecutarlo.

Recuérdese, que el ejercicio de administrar el presupuesto departamental exige compromisos que se traducen en responsabilidades. En este asunto, velar porque la ejecución de una obra quede en manos de quien pueda plasmarla salta apenas de la obvia lógica, refrendada en la Ley 80 de 1993, conforme la cual, la función de quien toma la decisión final es, precisamente, administrar de mejor manera los recursos; de lo que se sigue que, suscribir contrato con persona desconocida es lo mismo que aperturar irresponsablemente las arcas departamentales a cualquier tercero oferente.

En este punto, oportuno se ofrece decir que en la administración pública se debe registrar copia de todas las actuaciones realizadas para que formen parte integral del archivo, como lo dispone la Ley 594 de 2000, buscando, precisamente, la transparencia en la memoria documental de las entidades públicas. En consecuencia, si uno o varios documentos no se encontraban incorporados en la carpeta del contrato, no se puede presumir que sí existieron y que posiblemente fueron extraviados, como sugieren en consuno el ministerio público y defensa, en tanto que la presunción opera en contra de quien pretende alegar su existencia dada la confiabilidad que prima facie debe depositarse en la documentación exhibida por la oficina de archivo del ente departamental.

Añádase a lo dicho que al practicar la inspección judicial sobre el archivo de la Gobernación de Vichada, quien atendió la diligencia fue claro en manifestar que de su conocimiento no había más soportes del contrato, distinto a los allegados en copia a la Fiscalía¹⁶, y a pesar que en diligencias posteriores se dejó entreabierto la posibilidad de que por el paso del tiempo hubieran folios extraviados, nunca se logró consolidar esa hipótesis, mantenida siempre en un estado gaseoso y, por lo mismo, indeterminable.

En esa misma idea, no es posible sostener indefinidamente la posibilidad de un

extravío, cuando en reiteradas ocasiones se allegaron piezas documentales, sin que en ninguna de ellas apareciera registro de las exigencias que aquí se extrañan. Llama poderosamente la atención el hecho de que en los documentos que dieron origen a la investigación contra William Javier Díaz¹⁷ por estos hechos, lo primero que aparece relacionado adjunto al oficio donde se da noticia criminal son varios documentos que componían el trámite del contrato No. 113 del 13 de junio de 1997, recopilados un año después de los hechos que hoy se estudian (1998), en los cuales tampoco se divisa registro de documento alguno que contuviera los pliegos que se extrañan, detalle para nada menor que desdibuja cualquier responsabilidad que mal atribuida se ha querido endilgar al trasegar prolongado del tiempo.

Ahora, de cara a las falencias enlistadas por la fiscalía a favor del procesado lo único que debe reconocer la Sala es que no se muestra con igual nitidez, la acusación relativa a la no legalización del convenio de financiación, como ingrediente de ilegalidad en la contratación, en tanto que el oficio del 3 de diciembre de 1998¹⁸ suscrito por Jaime Ríos Rodríguez -asesor de la U.D.E.C.O.- y el ingeniero Ferney Bernal H., asesor de proyectos de educación, si bien alerta sobre la no legalización del convenio 4223/96, que respaldaba el proyecto No. 1772 (contrato No. 113), en ese mismo memorial se explica que «...ante el fondo FIS, en diciembre de 1996, el departamento de Vichada legalizó un nuevo convenio (4767/96) en cual incluye los mismos proyectos 1771 y 1772 del convenio 4223/97 no legalizado. A este nuevo convenio, con fecha 1 de octubre de 1997 se le hace el adicional 02/97 con el fin de ceder la ejecución del proyecto 1772 al municipio de Cumarimo...». Significa lo anterior que, para la fecha en que se celebró el contrato que interesa a este proceso, 13 de junio de 1997, a pesar que se indicaba un convenio no legalizado, en el plano material se contaba con el respaldo del numerado 4767/96, con lo cual, la falta de respaldo económico queda como una proposición indemostrada por parte de la fiscalía.

Hasta este punto, se oteó que la prueba documental es autónoma en revelar las

falencias que antecederon al contrato de obra No. 113 y que se resumen en la no existencia de estudios previos, ni antecedentes del proponente. Conviene ahora, revisar lo dicho por los deponentes respecto a esa notoriedad, hasta el momento evidenciada.

Sobre el particular, el procesado en indagatoria¹⁹ explicó que siempre se ciñó a la Ley 80 de 1993, y en cuanto al trámite pre contractual: «...a mí el comité de la secretaria de Hacienda me pasaba la lista de las personas que habían participado en la convocatoria, previa revisión de todos los requisitos»; en otro apartado dijo:

Como era un contrato de mínima cuantía se hacía la convocatoria por parte de la secretaria de Hacienda, de acuerdo a los términos de referencia que se elaboraban en la UDECO, Unidad de cofinanciación del Departamento, y de ahí la secretaría hacía el procedimiento de la ley 80, de recibir las tres propuestas y seleccionar la más favorable. La propuesta más favorable en este caso fue la de WILLIAM DIAZ.

Y finalmente, en relación con la toma de decisiones se expresó así: “yo era el que decidía, con base en la que me pasaban de la Secretaría de Hacienda donde había un comité.”

Del relato en precedencia, se pueden extraer varios focos de responsabilidad que quiere dejar sentado el procesado, con lo cual pretende establecer, en su lógica, que la revisión de requisitos estaba delegada en varias personas, entre ellas, en un comité, integrado por la Secretaria de Hacienda y por una entidad denominada U.D.E.C.O.

Al contrastar las pruebas testimoniales entre sí, nota esta Corporación que en audiencia pública, cuando fue interrogado el señor VÍCTOR HUGO MARTÍNEZ HERRERA, coordinador de la U.D.E.C.O. (Unidad departamental de cofinanciación), explicó que su papel en el contrato objeto de juzgamiento fue nulo, porque no tuvo tiempo para tener conocimiento de él. Al indagarse por la U.D.E.C.O., respondió: «es la unidad departamental de cofinanciación, funcionaba como ente auxiliar de la oficina de

planeación departamental. Se tenía como propósito tener conocimiento directo de recursos convertidos en proyectos. Era un ente planificador.» Luego, ante la pregunta ¿cuál fue su intervención en el contrato?, dijo: “No tuve injerencia, porque lo que se realizó estuvo en manos de la oficina jurídica.”

En la misma declaración anterior, a pesar que se dijo no haber tenido conocimiento del contrato, el testigo, cuando se le exhibió el convenio de cofinanciación 4323 de 1996 entre el F.I.S. y el Departamento del Vichada en el que se dice se realizaron estudios de viabilidad y elegibilidad, y se le preguntó por qué se había dicho eso, respondió: «porque iban a satisfacer una necesidad y era elegible porque estaba dentro de una política de asignación de recursos en ese caso para construir una cancha múltiple. Entonces los ingenieros hacían los estudios, y cumplían con los requisitos en su momento.».

De otra parte, en testimonio de la señora Yaneth Ramírez, quien trabajaba en la secretaria de planeación, fue muy concreta en decir que su intervención en el contrato fue hacer la publicación, encargarse de la urna y hacer la reunión con obras públicas, dejando claro que se llamaba a un ingeniero para que evaluara y diera el visto bueno a las propuestas.

Se opone a la anterior versión, lo dicho por el señor Alejandro Pernet Salinas, a la sazón asesor jurídico de la gobernación, el cual explicó que quien verificaba el cumplimiento de los requisitos leales era la señora Yaneth Ramírez. Del presente testigo, se debe decir que manifestó problemas de recordación, por lo que fue poco su aporte en la diligencia.

Así entonces, las explicaciones que los funcionarios de la época se resumen en un vaivén de responsabilidades aunado a una falta de recordación de los testigos. En lo que sí se halla convergencia, es en que por mucho que se diera visto bueno a un proyecto, la persona encargada de tomar la decisión final era el gobernador de la época, señor ÁLVARO LONDOÑO ARISTIZÁBAL.

En esas circunstancias, la alegación que sobre el principio de confianza se hizo en pro del acusado, cae al vacío, al recordar el entendimiento que dicho instituto ha tenido en las actuaciones administrativas. Itérese, la contratación estatal demanda del servidor público ordenador del gasto y representante legal del ente oficial, una tutela estricta, un control en todas las fases de la contratación-tramitación, celebración y liquidación-, lo cual implica la verificación del cumplimiento de las exigencias legales esenciales en cada una de esas etapas. De ahí se desprende que lo antijurídico:

(...) no desaparece por el hecho de que las etapas previas a la firma del contrato, hubiesen sido tramitadas por el Jefe de Planeación e Infraestructura, puesto que el principio de confianza al cual se ha hecho alusión a lo largo del proceso y con mayor énfasis por la defensa en la audiencia pública, tiene sus límites en el principio de responsabilidad que tienen los gobernantes en su calidad de ordenadores del gasto, y en la vigilancia que debe ejecutar de los roles de sus subordinados, por corresponderle a éste la indelegable función de la celebración o formalización del contrato, previa la verificación de los requisitos legales. (CSJ SP, 21 jun. 2010, Rad 30677)

Si ello es así, como en efecto lo es, la excusada actuación del defensor, sustentada en el principio de confianza no trasciende del mero alegato, toda vez que dentro de las obligaciones legales y constitucionales del ordenador del gasto y representante legal del departamento, está el deber de vigilar y supervisar el rol de los subalternos, sin que pueda eximirse de responsabilidad en aquellos casos que por delegación o descentralización de funciones, corresponda a aquéllos llevar a cabo trámites previos a la adjudicación de los contratos.

No desconoce la Sala que la administración pública es por esencia compleja y que requiere de la intervención de funcionarios de distintos niveles con competencias específicas, pero así mismo comprende que no por ello es posible desprenderse de ciertas responsabilidades, pues si así fuera quien es el supremo director de la

administración siempre encontraría en ello una buena excusa para evadir los deberes que la Constitución y la ley le imponen.

Precisamente por lo anterior, la Corte ha considerado que:

Cuando la función de celebrar contratos normativamente radica en un específico servidor público (en este caso el Gobernador) y no ha sido expresamente delegada en otro, sino que, como en este caso, solo ha delegado en funcionario de menor rango (la junta de licitaciones) el deber de adelantar los trámites previos a la celebración del contrato, se exige por el ordenamiento que despliegue la máxima diligencia y cuidado al momento de adoptar la decisión final que le corresponde, pues en ese instante asume la administración del riesgo y por ende se hace responsable de realizar una conducta prohibida, ya que la normatividad exige que sus actuaciones estén presididas por el cumplimiento de los principios y valores constitucionales, los fines de la contratación y la protección de los derechos de la entidad que representa, las reglas sobre administración de bienes ajenos y los postulados de la ética y de la justicia. (CJS AP, 28 Ag. 2002)

Tras la misma línea de pensamiento, no se debe olvidar que el tipo de celebración indebida de contratos sin cumplimiento de requisitos legales, sanciona al servidor público que trámite contrato sin observancia de requisitos legales esenciales, o lo celebre o liquide sin observar el cumplimiento de los mismos, de manera tal que abarca la distribución funcional que en este tipo de decisiones se presentan.

En ese contexto, es claro que el Gobernador ÁLVARO LONDOÑO ARISTIZABAL intervino en la decisión de contratar al revisar, y tomar la decisión final, tal como él mismo lo mencionó, hasta el punto que sin su aquiescencia, cualquier visto bueno, recomendación o sugerencia de contratista quedaba en el plano intrascendente, al ser él, el encargado de sopesar mancomunadamente todos los factores y procurar, por encima de todos, el cumplimiento de las exigencias legales.

Aparte de lo anterior, la bandada testimonial antes citada deja al descubierto aquello que la prueba documental había develado, y es, la falta de claridad en relación con un estudio previo al contrato, sus términos, contenido y alcance. En ese punto, lo que se halló, en la declaración del representante de la U.D.E.C.O., cuando reconoce que existieron estudios de elegibilidad y viabilidad, es solo una referencia textual a la realización de tales pre evaluaciones que en poco y nada es útil para dar por sentado la real existencia de las mismas. El testigo en mientes, oscila entre no tener nada que ver en el contrato, a reconocer la realización de unos estudios de elegibilidad y viabilidad que, por su estéril demostración, denotan más bien una referencia general y ambigua de qué se entiende por ellos, sin que logre el estatus de hecho demostrado. Suerte con la que igual se corre en punto a la acreditación de las calidades del proponente, de lo que no se tiene el más mínimo asomo de prueba.

En fuerza de lo dicho, queda claro que para el contrato de obra No. 113 del 13 de junio de 1997, no se realizaron estudios previos de conveniencia, oportunidad, de mercado, prefactibilidad, factibilidad, viabilidad, así como tampoco documentación que permitiera conocer la experiencia del contratista, su capacidad financiera. De esta manera, el *factum* demostrado, en contraste con los principios generales de la contratación pública, arroja un saldo negativo a los intereses del procesado, en tanto que, del contenido de aquéllos principios y su campo de protección, refulge incuestionable que se desconoció, directamente, la planeación al contratar sin estudios previos suficientes; la selección objetiva, por adjudicar un contrato a quien no demostraba condiciones para ejecutarlo; recuérdese que:

La existencia de invitación a ofertar, la evaluación técnica imparcial, la acreditación de experiencia y la concesión de un puntaje justo a los concursantes son factores integrantes del principio de selección objetiva. Cuando se promueve la ausencia o la manipulación de tales exigencias, con conocimiento y voluntad inteligentemente dirigidos al desconocimiento del principio de selección objetiva, entonces se está ante un evento

típico de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales esenciales. CSJ SP, 23 sep. 2003. rad. 17.089)

Y que, conforme al deber de planeación, se reprocha todo acto de negligencia, desidia o falta de planeación u organización estatal en la toma de decisiones públicas que generan situaciones contrarias a la Ley. (C. de E, S 19 Jun 1998, Rad. 10439 y 03 Dic 2007, Rad. 24715).

En continuidad del recorrido de responsabilidad, y conforme se dijo ab initio, el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales impone evaluar la satisfacción del ingrediente subjetivo con el propósito de obtener provecho ilícito para sí u otro, si bien se ha entendido que es de carácter patrimonial, bien podría ser también de cualquier otra índole, derivada de la transgresión de los principios que rigen la contratación estatal, como cuando se incumplen los requisitos legales que deben observarse en ese tipo de negociaciones.

En tal sentido, en el sub examine es claro que la sola trasgresión de los principios de la contratación estatal se erige como insumo factico suficiente para actualizar el ingrediente subjetivo antes visto; pero a su vez, el interés económico subyacente en esta contratación a favor de un tercero, abona también en la tipicidad del presente reato al satisfacer, de otro modo, la prevalencia subjetiva que lo caracteriza.

En otras palabras, en este caso el fin en obtener provecho ilícito para sí u otro, el cual encuentra eco no solo en la trasgresión de los principios basilares de la contratación, sino, también, en el tinte económico que rodea toda esta secuencia delictiva, como se verá con suficiencia en el acápite relativo al delito de peculado.

Satisfecho -como en efecto quedó-, lo anterior, en este estado del análisis, se abre

paso a considerar que el comportamiento atribuido al señor ÁLVARO LONDOÑO ARISTIZABAL es antijurídico, por cuanto implicó el ejercicio indebido de la función pública al desconocer de manera flagrante los principios constitucionales, omitir garantizar el interés general y el respeto de los principios de planeación y selección objetiva que deben orientar la contratación estatal.

Lo que viene en fuerza argumental, da paso al estudio de la culpabilidad, bajo el entendimiento del código sustantivo anterior, en cuya exigencia, las condiciones del procesado le ofrecían elementos para conocer la ilegalidad del comportamiento que se le reprocha, de tal suerte que podía obrar acatando el ordenamiento jurídico y, sin embargo, no lo hizo. Dadas las condiciones anotadas, podía exigírsele un comportamiento distinto, respetuoso del ordenamiento jurídico constitucional y legal.

A su vez, se hace necesario demostrar la acción dirigida a la consumación de un hecho de características delictivas con la plena intención de su realización.

Asumiendo esa labor, el dolo del procesado ÁLVARO LONDOÑO ARISTIZABAL se advierte nítido en la evaluación de los factores personales, antecedentes comportamentales y ex post contractuales de este caso particular. Así, al desglose de tan comprometedora afirmación, tenemos que se trata de un funcionario público que ejercía como gobernador del departamento de Vichada desde el año mil novecientos noventa y cuatro (1994), es decir, que para el año mil novecientos noventa y siete (1997), contaba con tres años de experiencia en las lides de la contratación pública, lo que denota que no estamos ante un bisoño y desapercibido funcionario público, sino, por el contrario, con un gobernador en la cúspide de su mandato, con abarotes de tiempo a su favor.

Por ser lo anterior así, el desconocimiento de los principios medulares de la contratación pública en un funcionario de tal recorrido, no puede encontrar eco en una acción involuntaria y desprevenida, sino, en superlativa coherencia, con un sujeto que sabe lo

que hace y quiere su realización. Ahora, no desconoce la Corte que el más avezado de los funcionarios pueda equivocarse, por ello, resulta preciso destacar el comportamiento del procesado una vez se firmó el contrato dado que en él se encuentra indicios de su intención.

Así, tenemos que el procesado estuvo suspendido en el periodo del 24 de septiembre al 24 de octubre de 1997, y que, una vez regresó a la gobernación, faltaban no pocos días para terminar su mandato. En punto a esa etapa post contractual, quedó inconcluso determinar, si el ex gobernador sabía o no del incumplimiento del contrato en una fecha determinada; no embargante, una vez suscrito el contrato encontramos un detalle significativo de cara a la acreditación del dolo, que impone una observación detenida, como se propone a renglón seguido:

En la vista pública, se escuchó al señor Carlos Alberto Heredia Lamos, quien fue el interventor de la obra, jefe de la división de interventoría de obras públicas, quien expresó a esta Corte que, en lo atinente al referido contrato, observó varias irregularidades como la ausencia de visto bueno de interventoría para la entrega del anticipo del contrato. Más adelante explicó: «En la visita no había material ni inicio de ejecución de obra. Había muchas irregularidades, no se habían hecho planos correspondientes a ese contrato». En lo que nos interesa, al indagarse por el visto bueno del anticipo recalcó: «Cuando la parte que iba a contratar, el contratista debió haber pasado para el visto bueno para darle el anticipo, en ningún momento se dio esa información.»

Quiere decir lo anterior, en seguimiento del hilo conductor relativo al dolo, que era conveniente y, por lo mismo, necesario, el visto bueno para la entrega del anticipo por parte de la interventoría, y que, tal como fue acreditado, dicho anticipo se entregó sin mediar esa autorización. La circunstancia anterior, compone un ingrediente post-contractual que en nada incide en la tipicidad objetiva del delito de contrato sin

cumplimiento de requisitos legales, pero que, de cara a la demostración del dolo -componente de la culpabilidad subjetiva para el código penal de 1980- sí redunda en la acreditación de esos factores que develan el fuero interno del sujeto activo. En esa medida, el ordenador del gasto suscribió un comprobante de egreso sin que mediara el aludido visto bueno, con lo cual, en suma de lo ya advertido, supone un cumulo de realidades externas reveladoras de una intención por arrebatarse, por encima de cualquier «talanquera legal», dineros del departamento.

Las anteriores consideraciones permiten colegir que, tal como lo afirmó la fiscalía, el doctor ÁLVARO LONDOÑO ARISTIZABAL, en su calidad de Gobernador, responsable de la contratación del departamento de Vichada, pretermiñó requisitos esenciales para el trámite del contrato de obra No. 113 del 13 de junio de 1997 y con ello actualizó el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

b) Peculado por apropiación a favor de terceros.

La Sala se ocupará a continuación de analizar si, conforme se indica en la acusación, se ha concretado un concurso de delitos con el peculado por apropiación a favor de terceros, y si tal hecho puede atribuirse al procesado.

El delito de peculado por apropiación a favor de terceros está definido en el artículo 113 del antiguo estatuto penal, así:

ARTICULO 133. PECULADO POR APROPIACION: El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya

administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a quince (15) años.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se disminuirá de la mitad (1/2) a las tres cuartas (3/4) partes.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salario mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad (1/2).

Atendiendo esta descripción, para la configuración del aludido tipo penal es necesario que concurren la calidad de servidor público y la potestad de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de las funciones que éste desempeña y, además, el acto de apropiación, bien sea a favor propio o de un tercero, lesivo del bien jurídico de la administración pública, en tanto representa un detrimento injustificado del patrimonio estatal.

Consecuente con dicho marco conceptual, en este caso se reúnen los supuestos para la realización del tipo consistente en ostentar la calidad de servidor público y tener, en razón de las funciones asignadas, la potestad de administración, tenencia o custodia de bienes del Estado.

La ya vista certificación emitida por el Director de Gestión electoral de la Registraduría Nacional del Estado Civil acredita que el doctor ÁLVARO LONDOÑO ARISTIZÁBAL fungió como Gobernador del Departamento de Vichada, durante el lapso comprendido entre los años 1994 - 1997. En esa condición, conforme disponen los artículos 303 Superior, 11 numeral 3 literal b de la Ley 80 de 1993, fungía como Gobernador y tenía, entonces, la función de administrar y ordenar el presupuesto departamental, el cual

podía comprometer mediante la celebración de contratos.

Como se señaló al analizar el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en este juicio se demostró que durante su gestión, el doctor LONDOÑO ARISTIZABAL, como representante legal del Departamento de Vichada, celebró con el señor William Javier Díaz, el contrato de obra No. 113 datado 13 de junio de 1997, cuyo objeto era la construcción de cancha múltiple y graderías en el corregimiento de Guérriba.

Hasta este punto, deviene incuestionable que el procesado era servidor público para la data en que se suscribió el plurimentado contrato de obra No. 113; a su vez, en su calidad de gobernador era ordenador del gasto, administrador de recursos y, en tal virtud, ostentaba la disponibilidad de las arcas departamentales.

Además de lo dicho, se cuenta en los infolios con el comprobante de egreso firmado por el ordenador ÁLVARO LONDOÑO ARISTIZABAL a favor de William Javier Díaz, en calidad de beneficiario, por el valor de doce millones cuatrocientos setenta y cuatro mil, setecientos sesenta y cinco pesos (\$12.474.765), lo cual demuestra la efectiva erogación dineraria que, a consecuencia del contrato de obra aludido, soportó el departamento de Vichada.

Así, entonces, el detrimento patrimonial ilícito se produjo en virtud de la contratación ilegal que protagonizó el hoy procesado en su calidad de servidor público, materialmente consumada a partir del pago a favor del particular William Javier Díaz, con la entrega del anticipo para la ejecución de un contrato soportado con bases ilegales, el cual, como viene demostrado, nunca se ejecutó.

Y es que, el contrato de obra No. 113, visto en su ilegalidad con suficiencia en el acápite relativo al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, significó el medio propicio y protervo para lograr la apropiación de recursos del erario a favor de terceros; en tanto que, al desconocer los principios que gobiernan la contratación pública, resultó el escenario propicio para que particulares, en este caso el contratista Díaz

Alvarado, se adueñaran de dineros que no le correspondían en estricta legalidad; actualizándose en grado superlativo los requisitos del tipo penal que se estudia.

A su vez, oportuno se ofrece señalar, que el comportamiento atribuido al señor ÁLVARO LONDOÑO ARISTIZABAL es antijurídico, por cuanto implicó el ejercicio indebido de la función pública, al desconocer de manera flagrante la guarda que sobre el patrimonio departamental se le confió por razón de su cargo, asaltando con ello, por demás, el interés general y la integridad de la administración pública.

Aunado a ello, el doctor LONDOÑO ARISTIZABAL, como ya se dijo en el estudio de culpabilidad del delito anterior, tenía elementos para conocer la ilegalidad del comportamiento que se le reprocha, de tal suerte que podía obrar acatando el ordenamiento jurídico y, sin embargo, no lo hizo. Dadas las condiciones anotadas, podía exigírsele un comportamiento distinto, respetuoso del ordenamiento jurídico constitucional y legal.

De igual forma, la intención dirigida a consumir un hecho de rasgos delictivos, deviene palmar de la acometida del reato de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en tanto que una maquinación delictiva de ese tenor se explica desde la consecuente apropiación dineraria a favor de terceros, como expresión de ese ingrediente subjetivo extra tipo penal, que en este caso se traduce en la defraudación de dineros del departamento a favor de un tercero.

En otras palabras, la secuencia delictiva que viene probándose, encuentra su punto de llegada en la firme intención de cometer el delito de peculado por apropiación a favor de terceros, a lo cual deben sumarse los factores personales y comportamentales exteriorizados por el procesado, analizados con suficiencia en el delito que precede.

En suma de lo adverbado, a juicio de la Sala se ha demostrado en este caso, por parte de la Fiscalía, la materialidad de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y

peculado por apropiación a favor de terceros, como también la responsabilidad del señor LONDOÑO ARISTIZABAL en la comisión de cada uno de ellos.

La masa argumentativa que se instala, infirma los alegatos de descargos esgrimidos tanto por la procuraduría como por el abogado defensor, en cuanto a los delitos por los cuales se declara responsable al enjuiciado. Sin embargo, para contestar puntualmente a los embates de mayor insistencia, debe decirse que el paso de tiempo y la pérdida de memoria documental invocados, en nada desvirtúan lo que se ha precisado, pues ha quedado demostrado hasta la saciedad que por mucho que se acopiaron documentos ya sea con inmediación al hecho o, aún, quince (15) años después, nunca fue posible encontrar estudios preliminares requeridos y, mucho menos, una referencia concreta a la experiencia y/o condiciones del contratista William Díaz.

De igual forma, la alusión que sobre el principio de confianza se quiso sembrar resulta efímera, al haberse establecido desde antes de este fallo, en incontables sentencias de esta Corporación, que en el ejercicio de la administración tal excusa es incompatible con el principio de responsabilidad, acentuado, en grado sumo, en quien opera como representante mayor del departamento.

Además de lo dicho, aquélla crítica al proceso de aducción de piezas documentales e indagatorias de otros procesos queda sin sustento de recibo, al haberse llegado al convencimiento pleno del dolo con las características comportamentales antes de y postrar a la celebración del contrato por parte del procesado, sin que aquélla maraña entre sujetos procesales de otro radicado mediara para la acreditación de la culpabilidad subjetiva. Ahora, no resulta excesivo señalar, que tales piezas documentales fueron incorporadas a este dossier a través de sendas inspecciones judiciales ordenadas en etapa de instrucción, en las que se dispuso la aducción de los documentos en copia de procesos relacionados con este radicado. Luego, entonces, tales reproches carecen de la pretendida potencialidad infirmatoria.

iv) La Pena

Reunidos los presupuestos sustanciales que el artículo 232 del estatuto procesal exige para afectar al doctor ÁLVARO LONDOÑO ARISTIZABAL con fallo condenatorio por su responsabilidad penal en el concurso de delitos objeto de acusación, procede la Sala a señalar las consecuencias jurídicas que a dichas conductas corresponden.

Lo primero que debe advertirse es que el método de dosificación punitiva varió del Decreto Ley 100 de 1980 a la Ley 599 de 2000, sin que por ello se haya desmejorado un sistema en relación con otro; sobre el particular, esta Colegiatura ha sostenido que:

“Ciertamente se tiene que si bien el artículo 67 del Decreto 100 de 1980 establecía la imposición del máximo de la pena previsto en el tipo penal cuando concurrieran solamente circunstancias de agravación punitiva y bajo la misma lógica, la atribución del mínimo de la pena cuando confluyeran exclusivamente circunstancias de atenuación, dicho precepto también predicaba la posibilidad de tasar una sanción distinta en presencia de los criterios consagrados en el artículo 61 del mismo Estatuto Penal, es decir: “la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente”.

Con similar filosofía, pero esta vez, con la firme intención de reducir el grado de discrecionalidad de que gozaba el juzgador en vigencia del Código Penal de 1980, la Ley 599 de 2000 –artículo 61- construyó el sistema de cuartos como método racional y proporcional para tasar las penas, de tal suerte que ahora el fallador está sometido a respetar el ámbito de movilidad que cada cuadrante le otorga según se trate de la inexistencia de agravantes o atenuantes o la presencia exclusiva de circunstancias de atenuación –primer cuarto-, la concurrencia de atenuantes y agravantes –cuartos medios- y la deducción de solamente agravantes –último cuarto- y a fijar el guarismo correspondiente dentro del cuadrante escogido, haciendo la ponderación de “la

mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto”.

(...)

La diferencia es que con el sistema regido por el Decreto 100 de 1980 al aumento punitivo puede trasegar desde el mínimo hasta el máximo sin limitación alguna, mientras que en la Ley 599 de 2000, el juzgador está sometido a los límites impuestos por el extremo máximo de cada cuarto, según confluyan o no circunstancias de agravación específicas, en los términos precisados en el artículo 61 del Código Penal”

(...)

Así pues, cualquiera fuera el sistema punitivo aplicado, el juzgador bien podía acudir a los parámetros de graduación de la pena, sin que ello incidiera en términos de favorabilidad en la sanción penal definitiva a imponer...” (CSJ AP, 6 jun. 2011. Rad. 33751).

Con ese entendimiento, se apresta la Sala a dosificar, en este caso, los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales del artículo 146 del Código Penal de 1980 y peculado por apropiación a favor de terceros, canon 133 ibídem, los cuales tienen prevista pena de prisión de 4 a 12 y de 6 a 15 años respectivamente, así como pena de multa que oscila entre 10 y 50 salarios mínimos legales mensuales; y el valor de lo apropiado.

Así las cosas, los artículos medulares de la dosificación punitiva en el Decreto Ley 100 de 1980 son el 67 y 61, éste último establece que:

Dentro de los límites señalados por la ley, el juez aplicará la pena según la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente. Además de los criterios señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo; en la complicidad, la mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda; y en el concurso, el número de hechos punibles.

Y el canon 67 ejusdem: «podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurren únicamente circunstancias de agravación punitiva y el mínimo, cuando concurren exclusivamente de atenuación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61».

Luego entonces, en lo que respecta al delito de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, dado que no fueron imputadas circunstancias de agravación y atenuación, teniendo en cuenta la gravedad y modalidades del hecho punible, pues se trata de un delito en el que se desprecia el ordenamiento jurídico y legalidad de la contratación pública; el grado de culpabilidad, en el que se destaca la intensidad del dolo acentuado por el capricho y la sinrazón prevalente en el accionar del ex funcionario, a quien no le importaron los mandatos constitucionales y legales que debía observar; las circunstancias de atenuación o agravación, en cuyo caso no fueron imputadas, y la personalidad del agente, quien siempre se excusó en terceros para evadir su responsabilidad como máximo representante del departamento, se hace obligatorio imponer una pena de seis (6) años de prisión por éste delito.

En cuanto a la pena de multa, igual consideración habrá de hacerse, ponderando los distintos factores antes mencionados, el sentenciado se hace acreedor de una pena

de veinte (20) S.M.L.M.V.

De otro lado, en lo relativo al delito de peculado por apropiación a favor de terceros, debe evaluarse igualmente que no fueron imputadas circunstancias de agravación y atenuación, que la gravedad y modalidades del hecho punible son superlativas, pues se trata de un delito en el que un funcionario público, en quien se depositó toda confianza, propició que terceros se apoderaran del patrimonio departamental; el grado de culpabilidad, en el que se destaca la intensidad del dolo acentuado en el proceder contra ley en favor de otro distinto al conglomerado al que estaba llamado a representar, y la personalidad del agente, quien siempre se mostró ajeno a una situación que de suyo lo vinculaba, se hace obligatorio imponer una pena de ocho (8) años y tres (3) meses de prisión por éste delito.

Ahora, como se procede por un concurso de delitos, debe darse aplicación al artículo 26 del desusado Código Penal, según el cual:

Art. 26. Concurso de hechos punibles: El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto.

La pena más grave, como quedó visto, corresponde al punible de peculado por apropiación a favor de terceros. Dadas las pautas del canon 26 transcrito, esta pena se puede aumentar hasta en otro tanto, y en el evento examinado se considera suficiente, razonable y sobre todo adecuado incrementar la sanción por el concurso en 6 años, quedando la pena definitiva en catorce (14) años y tres (3) meses de prisión y multa de veinte (20) SMLMV, más el valor de lo apropiado, correspondiente a doce millones cuatrocientos setenta y cuatro mil setecientos sesenta y cinco pesos (\$12.474.765),

indexado a la fecha.

Así, aplicando la formula $VR = VH \times (IPC \text{ actual} / IPC \text{ inicial})$, el valor total a reintegrar es de treinta siete millones, doscientos diecisiete mil setecientos cincuenta y nueve (37.217.759), -tomando como IPC actual, diciembre del año 2015-.

Finalmente, la Sala condenará al doctor LONDOÑO ARISTIZÁBAL a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad impuesta.

v) La condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria.

Como quiera que la pena privativa de la libertad no cumple el requisito objetivo que contemplaba el artículo 68 del Código Penal de 1980 (igual al 63 de la Ley 599 de 2000) no se concederá el sustituto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

También se incumple el requisito objetivo para sustituir la prisión intramuros por la domiciliaria, ya que la pena por el delito de peculado por apropiación a favor de terceros parte de un mínimo de 6 años, es decir, supera los cinco (5) años de prisión, contemplados en el artículo 38 del actual C.P.

En estas condiciones, al no cumplirse la totalidad de los factores que el legislador contempló para tales institutos, habrá de continuar el procesado purgando pena en el establecimiento carcelario en el que se encuentra recluso o el que a bien determinen las autoridades penitenciarias.

vi) Indemnización de perjuicios.

Como no se presentó demanda de parte civil en este asunto, y atendiendo que por estos hechos fue presentada la respectiva demanda de parte civil en proceso que se adelantó

contra los señores José Manuel Rivera Parra y otros, a fin de evitar un doble resarcimiento, se abstiene la Sala de pronunciarse al respecto.

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:

PRIMERO: DECLARAR penalmente responsable al doctor ÁLVARO LONDOÑO ARISTIZÁBAL, de condiciones personales y civiles consignadas en esta providencia, como autor de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación (artículos 146 y 133 del Código Penal de 1980), cometidos en las circunstancias de tiempo, modo y lugar precisadas en esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR al doctor ÁLVARO LONDOÑO ARISTIZABAL a las penas principales en catorce (14) años y tres (3) meses de prisión, multa de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como el valor de lo apropiado, debidamente indexado, que corresponde a treinta siete millones doscientos diecisiete mil setecientos cincuenta y nueve pesos M/cte. (\$37.217.759). Así mismo, a la sanción accesorio de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad.

TERCERO: NEGAR a ÁLVARO LONDOÑO ARISTIZABAL la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y la prisión domiciliaria por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia. Téngasele como pena el tiempo que viene en detención.

QUINTO: ABSTENERSE de imponer condena en perjuicios, conforme lo expuesto ut supra.

SEXTO: En firme esta sentencia, remítase la actuación al Juzgado de Ejecución de Penas

y Medidas de Seguridad que corresponda, para lo de su cargo.

Contra este fallo no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Folio 124, cuaderno original anexo No. 2.

2 Folio 1, Cuaderno original No. 1 Fiscalía.

3 Folios 3-5 ibídem.

4 Folio 98-102, cuaderno original No.1.

5 Folio 126-134, cuaderno original No. 1.

6 Folio 102-123, cuaderno original No. 2.

7 Folio 175-178, cuaderno original No. 2.

8 Folio 231-270, cuaderno original No. 2.

9 Folio 71-92, cuaderno original de la causa.

10 Folio 231-270, cuaderno original No. 2.

11 Actas obrantes a folios 149 y 150; y 160 y 164 del cuaderno original de juzgamiento.

12 Ley 80 de 1993

13 Folio 12, cuaderno de fiscalía original 1.

14 Folio 1 y ss, cuaderno de anexo original 3.

15 Folio 9 y 10, cuaderno de anexo original 3.

16 Folio 3, cuaderno de anexo original 3

17 Folio 1 y s.s, cuaderno de anexo original 1.

18 Ver folio 1 del Anexo Original 2.

19 Folio 136, cuaderno original fiscalía 1.