

“1. De acuerdo con la preceptiva del artículo 232 de la Ley 600 de 2000, para dictar fallo condenatorio se requiere de prueba que conduzca a la certeza de la realización de la conducta definida en la ley como delito y de la responsabilidad del acusado.

Como ya se mencionó, el (acusado) fue llamado a juicio como presunto autor del delito de peculado culposo, en concurso homogéneo sucesivo, sancionado por el artículo 137 del Decreto 100 de 1980 con las modificaciones que le fueron introducidas por la Ley 190 de 1995, artículos 18 y 32, norma vigente al momento de ocurrencia de los hechos y más favorable que la consagrada en la Ley 599 de 2000, en cuanto señalaba pena principal de arresto de 6 meses a 2 años, a diferencia de la vigente donde se consagra prisión de 1 a 3 años.

En consecuencia, corresponde establecer si se conjuga el elemento de la certeza con respecto a las conductas que se imputan al (procesado), frente a los supuestos estructurantes del delito de peculado culposo, el cual se configura cuando:

“El servidor público que respecto de bienes del Estado... cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen...”

2. En esa dirección, se tiene en primer término que para la fecha en la cual se celebraron los contratos 819 del 8 de junio de 1999 y 951 del 14 de julio del mismo año, (el sindicado) se desempeñaba como Representante a la Cámara y había sido designado como Presidente de esa Corporación.

En virtud de esta última calidad, ostentaba la representación legal de la Cámara de Representantes y era su ordenador del gasto, es decir, el funcionario facultado para comprometer patrimonialmente a la entidad con cargo a su presupuesto como así se establece en los artículos 41 numeral 3° y 43 numerales 1° y 7° de la Ley 5ª de 1992, en concordancia con el artículo 110 del Decreto 111 de 1996. Igualmente, le competía **dirigir** licitaciones o concursos y **celebrar** contratos en nombre de esa Corporación legislativa, conforme al artículo 11, numeral 3° literal b) de la Ley 80 de 1993.

De esa manera, sin vacilaciones puede concluirse que el (encartado) además de ostentar la calidad de servidor público, tenía asignada en razón de la especial posición ocupada en la Cámara de Representantes, la cara misión de administrar sus recursos, para lo cual, tratándose de actuaciones contractuales, estaba obligado a aplicar “las reglas sobre administración de bienes ajenos” y “los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia”, como así lo ordena el artículo 26, numeral 4°, de la Ley General de Contratación Pública.

De cara a ese marco normativo, era su deber funcional vigilar y controlar la correcta utilización del presupuesto de la entidad, debiendo para ello, en materia de la actividad contractual, adoptar las previsiones necesarias llamadas a garantizar su correcto destino en virtud de los contratos que con su firma avaló, como también, ocuparse de establecer la necesidad de estos y el equilibrio de las prestaciones pactadas.

En este último sentido, la investigación arroja certeros elementos de juicio, indicativos de los sobrecostos en los cuales se incurrió para la adquisición de papel de formas continuas con y sin membrete con destino a la Cámara de Representantes, lo cual condujo a la pérdida de recursos de la entidad.

Para el caso del contrato 819 celebrado entre el procesado en representación de la Cámara de Representantes y la firma ..., la entidad canceló al contratista la suma de \$59'629.800 por el suministro de 745 cajas de formas continuas sin membrete, a razón de \$69.000 por cada caja, suma adicionada en el 16% por razón del IVA, para un valor unitario de \$80.040.

No obstante, al consultarse los precios del mercado mediante solicitud del mismo producto a dos proveedores de papel, con base en el precio histórico reportado por la mercancía para la época de su negociación por parte de la Cámara de Representantes, se obtuvo la siguiente información, la cual contrasta con la oferta aprobada por el procesado, proveniente de ..., así:

Proveedor	Valor unitario por caja	Valor por 745 cajas sin IVA
...	\$25.593,00	\$19'066.785,00
...	\$26.900,00	\$20'040.500,00
...	\$69.000,00	\$51'405.000,00

Igual situación refleja el contrato 951 de 1999, donde cada caja de formas continuas con membrete se adquirió al mismo proveedor, ..., por \$71.000 sin el incremento correspondiente al IVA, precio abismalmente alto frente al reportado por los proveedores consultados:

Proveedor	Valor unitario por caja	Valor final por 607 cajas (sin IVA)
...	\$26.940,00	\$16'352.580,00
...	\$31.800,00	\$19'302.600,00
...	\$71.000,00	\$43'097.000,00

Significa lo anterior que los valores cancelados con cargo a los recursos de la Cámara de Representantes por cada caja de formas continuas con y sin membrete, hubieran sido suficientes para adquirir algo más del doble de la mercancía negociada con

No cabe duda, entonces, de los evidentes sobrecostos reportados en estos contratos, los cuales no se desvanecen bajo la tesis esgrimida por la defensa, acerca de los mayores valores asumidos por los contratistas del Estado, quienes sufragan gastos adicionales.

En esa dirección, baste considerar que las diferencias entre los precios por los cuales el contratista vendió el papel a la Cámara de Representantes, fueron superiores al doble de su valor comercial para la época, situación injustificable aun teniendo en consideración que debió sufragar la póliza de calidad y cumplimiento o cancelar el impuesto de timbre y la publicación del contrato, pues tales erogaciones difícilmente alcanzan el 10% del valor final de la transacción.

Incluso, fruto de la investigación adelantada por la Procuraduría General de la Nación, se estableció que las formas continuas fueron suministradas a la Cámara de Representantes directamente por la empresa ..., firma que vendió al contratista las 745 cajas de formas continuas por un valor de \$22'117.471 y las 607 cajas membreteadas a razón de \$18'968.993, incluido en ambos casos el IVA.

Por manera que la ganancia neta reportada al contratista por la negociación fue del orden de \$37'512.329 en el caso del primer contrato y de \$31'023.527 en el segundo, sumas

indudablemente reveladoras de los valores excesivos cancelados por la Cámara de Representantes con ocasión de estos contratos y que constituyen prueba incontrovertible del detrimento del erario.

3. Demostrada la pérdida de dineros públicos con ocasión de los contratos que el procesado celebró, es menester establecer si dicha conducta le es imputable a título de culpa, modalidad comportamental que bien está recordar, se materializa cuando fruto de la violación de un deber objetivo de cuidado exigible del autor, se produce el resultado típico y antijurídico, bien porque el agente no previó su realización cuando era previsible, o porque confió en poder evitarlo sin disponer los medios necesarios para ello.

Precisamente, a partir de las pruebas recaudadas en la actuación, se tiene probado en grado de certeza que el procesado desatendió los deberes de dirección, supervisión y control que le competían, generando con tal conducta el menoscabo patrimonial de la entidad.

En efecto, se puntualizó en la acusación que la norma de cuidado que debía observar el (acusado), es la contenida en el artículo 26, numeral 4°, de la Ley General de Contratación de la Administración Pública, atinente al principio de responsabilidad, según el cual:

“[...] Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia”.

Asimismo, el numeral 5° de la disposición en cita, contempla otro imperativo de conducta para los representantes legales de las entidades de derecho público, en punto a la actividad contractual, del siguiente tenor:

“[...] **La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad, quien no podrá trasladarla** a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, **a los comités asesores**, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.”

A este respecto, la defensa es del parecer que la norma no contiene un deber específico a cargo del procesado, sino que fija directrices generales que guían la contratación, motivo por el cual pregon a la inexistencia de una específica obligación por él desatendida.

Pues bien, la cita del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, como aquélla contentiva del deber objetivo de cuidado a cargo del procesado, tiene fundamento en que a través suyo se fijan imperativos de conducta para quienes, en su calidad de servidores públicos, les compete intervenir en la gestión contractual a nombre del Estado, como son los correspondientes a la aplicación de las reglas sobre manejo de bienes ajenos, relativas al sumo cuidado por emplearse en su uso a fin de evitar que se pierda o deteriore, como también la aplicación de los mandatos y postulados básicos para ajustar la conducta propia a los mínimos éticos.

Como es natural entender, esta norma supone su necesaria integración con los principios y procedimientos previstos por el legislador para satisfacer el interés público a través de la materia contractual, garantizando la publicidad, economía y transparencia de sus procesos, resultando omnicomprensiva de las reglas básicas establecidas para la satisfacción del interés general al que ha de servir la contratación estatal.

Por lo demás, esta postura expresada por la Sala no resulta novedosa si se tiene en cuenta que ha sido expuesta en otros precedentes, como sucedió en la sentencia del 16 de septiembre de 2003, donde alrededor del parámetro legal desatendido por un ordenador del gasto a quien se reprochó la pérdida de recursos públicos a raíz de su descuido en las funciones de dirección y vigilancia en materia contractual, señaló:

“[...] Tal dispositivo regulador de ese deber de atención está contenido en el artículo 26-4 del Estatuto General de Contratación de la administración Pública, que desarrolla el principio de responsabilidad, cuando señala que ‘las actuaciones de los servidores públicos

estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia’.

De acuerdo con ese entorno, si el Estado tiene como fines esenciales servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y si además las autoridades de la República están instituidas para asegurar, además de otros fines, el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, **constituye un imperativo ético de los servidores públicos al momento de celebrar contratos, observar la ‘esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes’**, cuya falta de atención da lugar a la culpa o descuido levísimo según el artículo 63 del Código Civil, la cual se opone a la suma diligencia o cuidado, normativa aplicable según la cláusula de remisión prevista en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993.”¹

Incluso, la misma norma citada por la Corte como contentiva del deber objetivo de cuidado exigible al (sindicado), en su condición de ordenador del gasto público, es reconocida como tal por la doctrina nacional:

“[...] La utilización de bienes del Estado tiene múltiples manifestaciones, especialmente cuando de inversión social se trata, siendo la más importante de ellas la contratación estatal, mecanismo que hoy día se constituye en una arteria rota a través de la cual se despilfarra el patrimonio estatal en razón de las inadecuadas inversiones.

La Ley 80 de 1993 **consagra disposiciones muy importantes en materia del manejo de los bienes del Estado por parte de los servidores públicos, señalando los deberes de cuidado mínimos a los cuales se debe someter todo aquél que lleve a cabo la administración de aquellos, puesto que debe cumplir con lo normado por los artículos 4, 14, a 18 y 24 a 26 de la Ley 80 de 1993.**”²

Como viene de verse, no se remite a duda la existencia de la norma de cuidado a cargo del procesado, como tampoco su desatención en la celebración de los contratos 819 y 951 de 1999, en virtud de la excesiva confianza depositada en sus subalternos, a cuyo criterio se sometió sin fórmula de juicio atendible.

Al respecto, basta un repaso de las actuaciones precontractuales adelantadas por la Directora Administrativa de la Cámara de Representantes en los contratos 819 y 951 de 1999, para advertir cómo ellas, lejos de dirigirse a realizar los postulados de imparcialidad, publicidad, planeación, selección objetiva o economía que rigen la contratación estatal, constituían un simple rito llamado a brindar apariencia de apego a la legalidad, circunstancia última que pese a resultar evidente pasó desapercibida para el procesado, e incluso, como se verá, fue su conducta de total desentendimiento respecto de sus funciones la que allanó el camino para que se materializara la desviación de poder protagonizada por aquella funcionaria.

Para el caso del contrato 819 del 8 de junio de 1999, su trámite se inició el 27 de mayo de 1999 con la solicitud elevada por (el acusado) a la división financiera para la expedición de certificado de disponibilidad presupuestal en cuantía de \$60’000.000 con cargo al rubro “gastos generales-materiales y suministros”.

Una vez obtenido tal documento, ese mismo día -27 de mayo-, la Directora Administrativa de la Cámara fijó invitación pública para la contratación de 745 cajas de formas continuas sin membrete de 9*11 hasta por valor de \$60’000.000 para ser entregadas en el término de treinta días, estableciendo como requisitos para la presentación de las ofertas la aportación

¹ Sentencia de única instancia, radicado 17765, 16 de septiembre de 2003.

² Delitos contra la Administración Pública, Alfonso Gómez Méndez, p.108.

del certificado de existencia y representación legal, la inscripción en el registro único de proponentes y el último balance de la empresa, como también los criterios de calificación, a saber: precio, capacidad económica y calidad de los bienes ofrecidos.

El 2 de junio siguiente la Directora Administrativa dejó constancia de la desfijación del aviso de invitación y levantó acta de la apertura de la urna donde habían sido depositadas tres ofertas, así:

- presentó cotización por \$59'629.800, a razón de \$69.000 cada caja, para ser entregadas en el término de treinta días. Igualmente adjuntó certificado de cámara de comercio, balance general de la empresa y certificado de inscripción en el registro único de proponentes.

- ..., ofreció el mismo producto por valor final de \$61'790.300, a razón de \$71.500 cada caja de papel, sin indicación del plazo de entrega de la mercancía y omitiendo la presentación de balance general y certificado de inscripción en el registro único de proponentes.

- ..., ofertó las 745 cajas de formas continuas por \$61'358.200, a razón de \$71.000 caja, a suministrar en un plazo de sesenta días y adjuntó a la propuesta económica únicamente certificado de existencia y representación legal.

Así las cosas, pese a la evidente desatención de los términos de la convocatoria por dos de los tres oferentes, el 4 de junio siguiente las ofertas fueron sometidas a evaluación por el comité integrado por los asesores de la Dirección Administrativa, quienes dirigieron comunicación a su jefe haciéndole saber que la propuesta calificada con mayor puntaje era la de ..., adjuntando un cuadro comparativo de los puntajes obtenidos por cada participante en el concurso.

El mismo día, la Directora Administrativa cursó memorando al Presidente de la Cámara de Representantes, informándole acerca de la evaluación de las propuestas, donde le expresó:

“De conformidad con lo establecido en el numeral primero del artículo 11, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 26 numeral 5 de la Ley 80 de 1993, y en su carácter de Representante Legal de la entidad, me permito informarle que se presentaron tres propuestas a esta dirección en el término fijado para su presentación.

Esta dirección una vez evaluadas por parte del comité evaluador las propuestas, considera que la presentada por ..., es la que más se ajusta a lo requerido por la Corporación y la más conveniente para ella”.

Por su parte, el Presidente de la Cámara de Representantes, dio respuesta a la anterior comunicación a través del oficio del mismo 4 de junio, por cuyo medio adjudicó el contrato a ... “de conformidad con la evaluación de las propuestas remitidas, así como también con fundamento en la recomendación emitida por el comité evaluador”.

En la misma fecha -4 de junio de 1999-, la Directora Administrativa libró oficios para comunicar a los oferentes acerca de la decisión adoptada, solicitándole al ganador concurrir a la Dirección Administrativa “a fin de perfeccionar el contrato”.

La anterior secuencia de actos, concentrados en su mayoría en una misma fecha, revela la forma mecánica en que estos se realizaban, situación que se replica para el contrato 951 del 14 de julio de 1999.

En él, luego de solicitado y obtenido el certificado de disponibilidad presupuestal por (el encartado) en cuantía de \$50'000.000 para la adquisición del papel membreteado, el mismo día -5 de abril-, la Directora Administrativa de la Cámara fijó invitación pública para presentar propuestas para el suministro de 607 cajas de formas continuas membreteadas, documento en el cual fijó como presupuesto oficial para la adquisición la suma de

\$50'000.000 y estableció las mismas condiciones ya referidas a fin de participar en la convocatoria, como los criterios de selección que se aplicarían³.

Y como en el contrato anterior, el 9 de abril siguiente se surtieron de manera consecutiva la desfijación del aviso y la apertura de la urna donde se habían depositado igualmente tres ofertas, dos de las cuales superaban nuevamente el presupuesto fijado por la administración y no aportaban los documentos exigidos para participar en la convocatoria, así:

- ..., cotizó las 607 cajas de formas continuas membreteadas en \$49'992.520, a razón de \$71.000 cada caja, para ser entregadas en el término de treinta días y fue el único proponente que hizo llegar los documentos exigidos por la administración para participar en el concurso.
- ..., ofreció el mismo producto por valor final de \$51'400.760, a razón de \$73.000 cada caja de papel, para ser suministradas en sesenta días. Y,
- ..., presentó oferta por \$53'513.120, a razón de \$76.000 caja, sin especificación del término de entrega de los suministros.

El mismo día, las ofertas fueron sometidas a estudio del comité evaluador, nuevamente para los asesores de la Dirección Administrativa, quienes calificaron con el mayor puntaje la presentada por ...; la Directora Administrativa curso memorando al Presidente de la Cámara de Representantes informándole acerca de la evaluación de las propuestas obtenidas para la compra de 670 cajas de formas continuas membreteadas y recomendándole su adquisición con la empresa El Presidente de esa Corporación adjudicó el contrato a la firma sugerida “[...] de conformidad con la evaluación de las propuestas remitidas, así como también con fundamento en la recomendación emitida por el comité evaluador”.

Finalmente, el mismo 9 de abril, la Directora Administrativa remitió oficio al Presidente de la Cámara adjuntándole “el contrato correspondiente para su firma, una vez revisado y aprobado por la División Jurídica”

Ahora bien, de cara a los necesarios controles que el procesado debió ejercer para constatar que en los trámites precontractuales atrás ilustrados, la dependencia encargada de su adelantamiento obraba con rectitud y probidad, resulta inaudito que no se percatara de las escasas ofertas presentadas, máxime cuando los bienes demandados por la administración eran artículos comunes, respecto de los cuales existe amplia gama de proveedores.

En tal sentido, no hay duda que la función del procesado no era la de repetir las actuaciones a cargo de la Directora Administrativa, como tampoco recepcionar por sus propios medios las ofertas o constatar directamente su seriedad. Pero sí era de esperarse de él, que como garante del buen manejo de los recursos de la entidad, indagara, por ejemplo, acerca de las razones que llevaban a la escasa concurrencia de oferentes, para lo cual habría bastado con informarse sobre cómo se hacían las convocatorias, con el ánimo de impartir directrices y correctivos llamados a garantizar la publicidad real de las mismas y evitar con ello el monopolio de oferentes efectivamente verificado.

Igualmente, resulta indicativo de la conducta descuidada del procesado, pasar inadvertido que en los dos contratos relativos a la compra de formas continuas con y sin membrete, sólo una oferta, curiosamente del mismo proveedor, se ajustaba a los términos de referencia con un valor cercano al del presupuesto oficial, falencia que podía advertir sin necesidad de profundos análisis, ni gran dedicación de tiempo.

Bastaba que leyera los antecedentes de la fase precontractual sometidos a su consideración, para haber notado la evidente falta de seriedad de las propuestas que

³ Los primeros relativos a contar con certificado de existencia y representación legal con vigencia mínima de 3 meses y certificado de inscripción en el registro único de proponentes; los segundos referidos a experiencia, calidad del producto y precio, cada uno con 33 puntos.

acompañaron a la calificada con el mayor puntaje, pues resulta alejado de las reglas de experiencia mercantil que quien tiene interés en vender un producto a una entidad de derecho público, lo ofrezca en suma superior a la señalada en el presupuesto oficial, que no ajusten su ofrecimiento a los plazos estipulados en la convocatoria, ni aporten elementales documentos cuya omisión les resta puntaje.

Sin duda, tales circunstancias debieron alertar al presidente de la Cámara de Representantes sobre la forma amañada en la cual se llevaba a cabo la convocatoria, forzando a unas calificaciones de las ofertas igualmente artificiosas ante la ausencia real de verdaderos competidores, como así se demostró en el proceso seguido contra la Directora Administrativa de la Cámara de Representantes, donde tanto ella como el representante legal de la empresa ..., fueron condenados por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos.

Además, la investigación determinó cómo las anteriores inconsistencias fueron una constante de la fase precontractual de diversos contratos⁴, donde se observaron mecánicas comunes a las atrás referidas, representadas en la escasa participación de comerciantes, por cuanto las invitaciones eran publicadas en el edificio del Congreso donde se encuentra restringido el acceso del público; o, mediante la presentación de dos o tres ofertas por convocatoria, de las cuales sólo una se ajustaba a los términos de referencia, circunstancia que permitió concluir que ellas “no estaban destinadas a ofrecer una posibilidad de escogencia de la mejor, o la más conveniente, sino que se presentaron para dar apariencia de que se surtió un trámite transparente, pero en realidad el oferente estaba seleccionado de antemano”. Aun más, se llegó a establecer que las dos o tres propuestas presentadas por contrato tenían en realidad origen en un solo comerciante, quien obtenía cotizaciones de respaldo de personas no interesadas en contratar, o incluso se acudía a falsear las mismas.

De las anteriores falencias dio cuenta el Jefe de la Oficina Jurídica de la Cámara de Representantes, quien informó que los avisos de invitación pública a contratar se constituían en instrumentos meramente formales pues no cumplían el principio de publicidad que rige la contratación estatal, como también lo eran los comités evaluadores de las propuestas, designados por la Dirección Administrativa. Igualmente, sobre la función asignada a dicha dependencia, sin cuyo aval el procesado dice no aprobaba ningún acto o firmaba algún contrato, el mismo funcionario puso de presente que:

“[...] la función básica -de la oficina jurídica- ... era la de revisar minutas. La revisión de esos cuadros era meramente formal como dije ya sin tener uno la capacidad de desvirtuar lo ya hecho, pues la jurídica no elaboraba los avisos de invitación, no recibía propuestas, no verificaba propuestas, evaluaba los formatos ya adelantados por la Dirección Administrativa, sin corroborar a fondo la información, confiaba en la buena fe de mis superiores”

Y también eran evidentes las falencias verificadas en el procedimiento implementado por la Directora Administrativa para establecer los precios de mercado de los bienes o servicios por contratar, mediante el cotejo de su precio histórico en contratos anteriormente suscritos por la misma o por otras entidades oficiales, para lo cual, según lo expresó ésta funcionaria,

“[...] se recopilaron diarios oficiales ... para tener una base de los precios manejados históricamente tanto por la Corporación como por otras entidades del estado con el mismo objeto. Es decir, se recurrió en varias oportunidades al anexo del diario oficial, anexo único de contratación que contenía la publicación de contratos realizados por otras entidades del Estado y que nos podían dar base de los precios de mercado y en igual forma se recurrió a contratos que la misma Corporación había realizado en administraciones anteriores con el mismo objeto para tener una referencia de los precios del mercado”

⁴ Así se estableció en sentencias de primero y segundo grado proferidas contra ... respecto de los trámites previos a los contratos 627, 649, 628, 650, 397, 465, 830, 963, 964 y 761.

No obstante, ese procedimiento resulta palmariamente distante de los lineamientos que sobre la materia brinda el artículo 29-3 de la Ley 80 de 1993, en el cual se prevé expresamente el procedimiento a seguir para adelantar esos estudios en los siguientes términos:

“[...] las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello”.

Ante la variada gama de irregularidades y falencias en el cumplimiento de las labores a cargo de la Directora Administrativa de la Cámara de Representantes en los trámites precontractuales, encuentra la Corte que la completa ausencia de mínimos controles de parte de su Presidente, allanó el camino para la desviación de la función contractual y, en ese mismo escenario, para que en el caso de la compra de papel de formas continuas, los contratos se efectuaran con un comerciante que ofreció esos bienes de consumo a precios exorbitantemente distantes de los registrados en el mercado de la época.

Precisamente, el abandono de las funciones de dirección y control a cargo del Presidente de la Cámara le impidió advertir, estando en posibilidad de hacerlo, la falta de publicidad de los trámites previos, los precios aproximados en que podían adquirirse los artículos y la ausencia de competidores con verdadera vocación de ofrecerlos en venta a la entidad, circunstancias que conjugadas entre sí, razonablemente le habrían permitido abstenerse de autorizar la adquisición de las mercancías con evidentes y graves sobrecostos.

En esa dirección, el ex Presidente de la Cámara de Representantes, desatendió las reglas de cuidado que le eran exigibles observar en la administración del presupuesto oficial de dicha Corporación, conducta a partir de la cual no solo rebasó la barrera del riesgo permitido sino que lo elevó.

En efecto, es un hecho probado que el (acusado), pese a haber desarrollado personal y directamente los actos de ordenación del gasto respecto de los contratos que presentaron sobrecostos, desde el inicio de su administración notificó a la Directora Administrativa que los controles que ejercería respecto de sus actuaciones serían simplemente formales, como así se deduce de los términos de la comunicación que le remitió a escasos días de posesionarla en ese cargo, en la cual le manifestó:

“...es responsabilidad funcional de la dependencia a su cargo todo lo relacionado con los trámites, actos y preparaciones de los documentos contractuales que deba suscribir ésta Presidencia en desarrollo de la actividad contractual que compete a la Honorable Cámara de Representantes.

En consecuencia, deberá organizar las labores contractuales y asignarlas a los servidores de su dependencia de tal forma que se cumpla en todo con la normatividad que regula esta materia.

En aplicación del principio constitucional de la Buena Fe y dada la multiplicidad de actividades que debe desarrollar esta Presidencia, en cumplimiento con las funciones que le competen, en adelante se entiende que todos los documentos contractuales que me sean remitidos para la firma han sido elaborados dando cumplimiento a la normatividad en materia de contratación Administrativa.

Así mismo será de competencia de su dependencia y de todas las demás que tengan injerencia en el asunto, la evaluación de las ofertas para la toma de la decisión de escogencia del contratista por parte de esta dependencia, debiendo remitirme el oficio correspondiente donde conste de acuerdo al resultado de la evaluación cuál es la oferta más favorable para que sea asignado el respectivo contrato.

Consecuentes con todo lo anterior entiéndese que por este medio se ha producido delegación y desconcentración de funciones en materia de contratación, que no constituye

cosa distinta a reafirmar, las funciones que competen a su dependencia y citadas al inicio de este documento, acto administrativo éste que le facilita el cumplimiento a cabalidad de los deberes funcionales que corresponde a la Dirección Administrativa y las que debe coordinar en esta materia con las demás dependencias”

La lectura de la anterior comunicación, permite advertir la forma irresponsable en la cual el (sindicado) hizo saber a la Directora Administrativa que, en virtud de sus múltiples ocupaciones, no revisaría ninguna de las actuaciones por ella adelantadas, dando por satisfecha su legalidad a expensas de formales informes, actitud demostrativa del abandono de las funciones a su cargo.

En tal sentido, el propio sindicato expresó en ampliación de indagatoria cómo después de la revisión de las piezas procesales obrantes en esta actuación, podía advertir la necesidad de producir una legislación mucho más seria y puntual en materia de contratación estatal “... porque indiscutiblemente se percibe en algunos contratistas, no muchos, que generan como una red entre ellos mismos para a través de diferentes triquiñuelas (utilizar amigos, terceros que laboran finalmente para el contratista, elaboración conjunta de propuestas, entre otros aspectos), pretender engañar las administraciones de turno y lograr la posterior adjudicación de los contratos”.

No obstante, a renglón seguido afirmó que tales irregularidades escapaban a su control porque delegó expresamente en la Directora Administrativa todo lo concerniente a la etapa precontractual y poscontractual en razón a que le resultaba físicamente imposible adelantarlas personalmente debido a las múltiples funciones que debía cumplir, no solo como Presidente de la Cámara de Representantes, sino como miembro de la Comisión de Investigación y Acusación en el segundo semestre de 1998 y luego de la Comisión Primera Constitucional en el primero de 1999, de suerte que, cuando suscribía el respectivo contrato exigía los vistos buenos tanto de la Directora Administrativa como del Jefe de la Oficina Jurídica, así como el oficio en el cual de manera específica la Directora Administrativa indicaba cuál era la propuesta que debía acogerse para celebrar el contrato y justificaba su afirmación al allegarle las respectivas evaluaciones.

De cara a estas explicaciones brindadas por el procesado, bien está precisar que las falencias aludidas en su ampliación de indagatoria, no pueden explicarse en la ausencia de una adecuada legislación, sino en la actitud despreocupada como él asumió las responsabilidades contractuales a su cargo.

Una comunicación como la que remitió a la Directora Administrativa, no bastaba para descargar en dicha subalterna funciones de ordenar el gasto público y celebrar contratos, las cuales, como fácil se advierte, no quedaron asignadas a ella a través de dicha misiva.

La delegación se verifica mediante el traslado de una competencia privativa de un servidor público, normalmente de nivel directivo, en un inferior jerárquico suyo quien en tal virtud queda investido de las facultades que sólo corresponderían al primero, pudiendo ejercerlas personalmente, pero en todo caso bajo la coordinación del delegante.

Y como sin dificultad se advierte, (el procesado) no delegó en la Directora Administrativa las funciones de ordenación del gasto y dirección de la función contractual que eran las que le competían privativamente, simplemente, se limitó a recordarle a esa funcionaria aquéllas que ya le venían asignadas a través de los estatutos de la entidad.

Ciertamente, antes que el procesado ocupara la Presidencia de la Cámara de Representantes, la Dirección Administrativa de esa Corporación tenía fijada la función de llevar a cabo la fase precontractual, conforme a lo establecido en la Resolución 0975 de 1995 que contiene el Estatuto de Administración de Personal para los servidores públicos de esa Corporación, de modo que, no era menester cursarle alguna comunicación para que

desarrollara aquellos actos de su competencia, como los relativos a determinar las necesidades que debían ser cubiertas con cargo a los recursos de la entidad, seleccionar el procedimiento contractual debido, elaborar los términos de referencia y pliegos de condiciones, recibir y calificar las ofertas, entre otras, no así la de adjudicar los contratos o celebrarlos, competencias últimas conservadas por el procesado durante el año que permaneció como Presidente de la Cámara de Representantes.

Por lo demás, bien está precisar que la forma desconcentrada en la cual se verificaba el trámite precontractual, es la de normal y común ocurrencia en todas las entidades estatales, por cuanto la celebración de un contrato y su posterior ejecución comporta la realización de un sinnúmero de actos que por su volumen y especialidad, no pueden ser realizados directamente por el representante legal de la persona de derecho público que pretende adquirir el bien o contratar el servicio sobre el cual versará el contrato, ni en la práctica ello sucede así.

Las labores de preparación del contrato se cumplen a través de distintos órganos desconcentrados de la administración, normalmente de rango medio, quienes por reglamentos tienen asignadas funciones específicas en estas materias, indispensables para que el ordenador del gasto pueda tomar la decisión final de comprometer o no los recursos de la entidad a través del contrato administrativo.

Acerca de esta materia y en punto a las responsabilidades que corresponden a los representantes legales de las entidades estatales en materia contractual, ha precisado la Sala⁵ que la desconcentración de funciones en orden a facilitar al ordenador del gasto la toma de las decisiones finales en materia contractual, por manera alguna los convierte en simples “tramitadores” o “avaladores” de las labores desarrolladas por sus subalternos; ni significa, tampoco, que al representante legal de la entidad le competa solamente “firmar” los contratos en un acto mecánico, pues, en cualquier caso, es su responsabilidad que todo el trámite se haya adelantado conforme a la ley y de allí que se le exija ejercer los controles debidos.

Asimismo, el artículo 7° del Decreto 679 de 1994, reglamentario del art. 12 de la Ley 80 de 1993, establece:

“Los jefes o representantes legales de las entidades estatales podrán desconcentrar la realización de todos los actos y trámites inherentes a la realización de licitaciones o concursos para la celebración de contratos, sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, en los funcionarios de los niveles directivo, ejecutivo o sus equivalentes, teniendo en cuenta para el efecto las normas que rigen la distribución de funciones en sus respectivos organismos. Para los efectos aquí expresados la desconcentración implica la atribución de competencia para efectos de la expedición de los distintos actos en los procedimientos contractuales de licitación o concurso por parte de los funcionarios antes enunciados, y no incluye la adjudicación o la celebración del contrato”.

Y recientemente, con el fin de precisar los efectos de la delegación y de la desconcentración, a través del artículo 21 de la Ley 1150 de 2007, se introdujo un inciso segundo y un párrafo al artículo 12 de la Ley 80 de 1993, del siguiente tenor:

“En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

Parágrafo. Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello

⁵ Sentencia de única instancia, 21547, 9 de febrero de 2005.

implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso”.

Lo anterior permite replicar la tesis de la defensa, quien sostiene que pese a haberse verificado el resultado típico representado en la pérdida de dineros públicos en virtud del sobreprecio cancelado a través de los contratos 819 y 951 de 1999, esa conducta no le es jurídicamente imputable al procesado por cuanto considera que él “delegó” en una subalterna de altas calidades profesionales el desarrollo de la actividad contractual, siendo la mencionada funcionaria quien desatendió sus deberes e incurrió en conductas punibles con ocasión de las cuales fue declarada penalmente responsable.

Sin embargo, ya se ha visto no existió acto de delegación, situación que se corrobora cuando quiera que fue el procesado, en su calidad de Presidente de la Cámara de Representantes, quien autorizó la compra de papel de formas continuas con y sin membrete con cargo al presupuesto correspondiente a la vigencia fiscal de 1999, como también quien para viabilizar esa autorización, cursó de manera personal sendas comunicaciones internas a la Jefe de la División Financiera y de Presupuesto, con el fin de obtener los certificados de disponibilidad presupuestal que permitieron dar inicio a la fase precontractual de los contratos 819 y 951. Asimismo, agotadas las etapas desconcentradas de convocatoria, recepción y evaluación de ofertas, a cargo de la Dirección Administrativa de la Cámara de Representantes, el procesado **seleccionó a los oferentes y ordenó la elaboración de las minutas**. Y también, fue el procesado quien **celebró los contratos** en representación de la Cámara de Representantes y posteriormente ordenó los pagos a favor del contratista, con cargo a los recursos de la entidad.

En suma, el procesado no solo ostentaba la disponibilidad jurídica de los bienes objeto de extravío, sino que además, de manera personal llevó a cabo actuaciones administrativas y adoptó decisiones del mismo orden, en el marco de su competencia funcional, escenario en el cual obró con total abandono de las responsabilidades compatibles a ella, en cuanto la única exigencia efectuada a sus subalternos fue la de contar con un informe de la Directora Administrativa sobre la realización de sus tareas y el visto bueno del Jefe Jurídico, es decir, se limitó a efectuar una revisión simplemente formal de los trámites previos, convirtiéndose en verdadero avalador de sus labores, cuando a él correspondía verificar la corrección de las tareas realizadas por esos funcionarios, antes de optar por comprometer los dineros de la entidad.

No cabe duda, entonces, que (el acusado), pese a no delegar ni la ordenación del gasto, ni la celebración de los contratos, se marginó por completo de los trámites contractuales y se limitó a firmar lo que era sometido a su consideración, como él mismo lo admite, es decir, obró con culpa grave, pues con esa actitud pasiva sin duda facilitó la realización de actos corruptos y la pérdida de recursos públicos.

Pero aún, si en gracia de discusión se conviniera con la defensa en cuanto a la existencia del acto de delegación respecto de funciones privativas a cargo del Presidente de la Cámara de Representantes, ello tampoco comporta los efectos que se plantean en cuanto, como ya se ha dicho, la delegación no exonera de responsabilidad al representante legal de la entidad en cuanto a los deberes de control y vigilancia de los actos delegados, tópico acerca del cual se pronunció recientemente la Corte Constitucional, para reiterar precedentes anteriores, así:

“[...] la interpretación armónica del artículo 211 de la Carta, junto con otros principios constitucionales recogidos en los artículos 1, 2, 6, 123, 124 y 209 superiores, **especialmente con el principio de coordinación de la actividad administrativa contenido en el artículo 209 de la Constitución y la regla de responsabilidad subjetiva consagrada en el 124 ibídem**, lleva a concluir que el delegante siempre responde por el dolo o culpa grave en

el ejercicio de las funciones de vigilancia, control y orientación del delegatario en lo que concierne al ejercicio de la función delegada...”⁶.

Por manera que, no puede admitirse que en razón de la comunicación a través de la cual el procesado notificó a su subalterna sobre el abandono de las funciones que a él competían, so pretexto de sus múltiples ocupaciones, quede exonerado de responsabilidad penal por las desviaciones de poder sucedidas a raíz de las decisiones que directamente adoptó, basado en una irracional y excesiva confianza en su subalterna.

A este respecto, la defensa también es del parecer que operó el principio de confianza, desarrollado desde la teoría de la imputación objetiva como pauta límite para establecer en cada caso concreto si el riesgo generado es el tolerado, o cuando éste rebasa esa barrera, criterio según el cual en el desarrollo de actividades realizadas en el marco de una cooperación con división del trabajo, cada interviniente que cumple a cabalidad su rol, puede esperar de los restantes una actuación similar, respetuosa de los mandatos legales en el marco de sus competencias.

No obstante, ha de recordarse que la aplicación del principio de confianza que deriva de la realización de actividades que involucran un número plural de personas y que presupone que cada responsable de una parte de la tarea puede confiar en que los restantes han llevado a cabo su labor correctamente, encuentra como uno de sus límites, precisamente, aquellos eventos en que **se deba objetar y, en su caso, corregir los errores manifiestos de otros**, así como, **cede ante las hipótesis en que el interviniente en la labor que se surte mediante división de tareas tiene asignado como rol el de vigilancia de la correcta realización de los demás roles**⁷.

Particularmente, las excepciones mencionadas al citado principio de confianza invocado por el defensor operan en el caso que se examina, bien porque los documentos que debió tener el procesado a su disposición, ilustrativos de los trámites precontractuales adelantados por la Directora Administrativa de la Cámara de Representantes se revelaban a tal punto deficientes que lo forzaban, en términos del citado postulado de confianza, a imprimir los correctivos por los errores manifiestos de “otros”, ora porque su tarea era el de “vigilar” la correcta realización de los restantes roles.

Itérese en este tema, que aunque la defensa sostiene que el procesado no tenía motivos para desconfiar de la forma en la cual la Directora Administrativa adelantaba las labores a su cargo, las pruebas obrantes en la actuación demuestran todo lo contrario.

En efecto, el descuido con el cual obró el procesado, le impidió advertir la forma en la cual se fortaleció en la entidad un monopolio de oferentes, del cual hizo parte precisamente el gerente de ..., quien como otros más, consiguió algunas de las ofertas de “respaldo” que acompañaron a las suyas, tanto en la invitación a contratar el suministro de formas continuas con membrete, como en la relativa a la venta de formas continuas sin membrete valiéndose para ello de subterfugios.

Así fue informado por el propietario de ..., quien hizo saber cómo ... “[...] me pidió una cotización para llevar a la Cámara de Representantes para ver si nos salía el negocio a los dos, porque como él es el vendedor”; o por la señora ..., quien en su declaración jurada manifestó que ella, como propietaria de Manufacturas Plásticas Preciado, no estuvo interesada en realizar negocios con la Cámara de Representantes, sucediendo que “[...]... fue a la fábrica a comentar que se le presentó un trabajo con la Cámara y que necesitaba

⁶ Sentencia C-693, julio 9 de 2008.

⁷ Claux Roxin, Derecho penal, Parte General, Tomo I, Editorial Civitas, 1997, pág. 1006.

tres cotizaciones, que porque eso era prerequisite y de la papelería mía se hizo una cotización...”

Y la misma incuria en el desempeño de su cargo de Director de la Cámara, lo llevó a no imprimir oportunos correctivos acerca de la forma como la Directora Administrativa fijaba los criterios de evaluación de las ofertas, particularmente en lo relacionado con los estudios de costos de los productos por adquirir, máxime cuando el rol del procesado era el de supervisar la correcta realización del trabajo de sus subalternos.

Y es que, ya se ha dicho, para advertir las falencias respecto de la publicidad de las convocatorias, la ausencia de estudios de mercado y la seriedad de las ofertas recaudadas para la tramitación de los contratos, habría bastado con que el procesado examinara los soportes documentales que daban cuenta de los procedimientos precontractuales realizados respecto de estos dos contratos, que se itera se limitaban a la obtención de tres ofertas en cada caso, dos de ellas artificiosamente mal elaboradas y carentes de los soportes básicos para participar en los concursos, para abstenerse de seleccionar la cotización de ... para el suministro de formas continuas con y sin membrete y firmar los contratos.

Lo anterior, da lugar a considerar que cualquier servidor público con igual responsabilidad contractual como la ostentada por el procesado, hubiera estado en posibilidad cierta de advertir las falencias y, en consecuencia, se hubiera abstenido de celebrar los contratos, pues se trataba de irregularidades aprehensibles sin tener que llevar a cabo elaborados procesos intelectuales.

4. En torno a la efectiva vulneración del bien jurídico tutelado a través del tipo penal de peculado culposos, que como se ha visto actualizó el procesado a través de su conducta, empiécese por señalar que el ámbito de protección de la norma “[...] no se restringe, como suele entenderse, a los intereses económicos o a la salvaguarda del erario; tampoco se orienta hacia la protección de la integridad de los órganos administrativos ni de la relación jerarquizada de poder entre ellos; lo que se protege es la correcta función pública de administrar, como medio para avanzar hacia el logro de los fines especiales del Estado... Correlativamente, se sanciona la falta de celo y de cuidado que exhibe el funcionario en el ejercicio de un cargo público, cuando dicho empleo lleva incita una relación jurídica con los bienes del Estado o de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, y precisamente, por causa de su negligencia se extravían, pierden o dañan”⁸.

En este sentido, la falta de cuidado observada por el procesado en torno a la realización de los principios que inspiran la contratación administrativa, dicho sea el caso, transparencia, selección objetiva del contratista y planeación, en una palabra su legalidad misma, según viene de verse, constituye un atentado concreto a la administración pública.

En efecto, si la labor contractual a desarrollar por la entidades del Estado constituye una especie de la función administrativa misma, la cual conforme al artículo 209 del la Constitución Política debe desarrollarse bajo los postulados de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad e imparcialidad, dispuestos en orden a realizar los fines del Estado mismo, esto es, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, ha de concluirse que cuando se realiza sin apego a los procedimientos que materializan en la práctica los principios ya mencionados, no solo se defrauda la expectativa razonable de los gobernados sobre la recta labor de sus gobernantes, sino que se lesiona efectivamente ese valor superior.

⁸ Auto de única instancia, 18 de julio de 2001, radicado 17089.

En casos como el presente en donde el administrador del riesgo, omite la efectiva realización de controles para garantizar la objetiva selección de contratistas y celebra contratos con grave detrimento del erario, menoscaba en grado sumo la imagen de la administración, pues el ciudadano se forja la convicción de que no existen condiciones equitativas y transparentes para contratar con el Estado.

Adicionalmente, el comportamiento del procesado no se vio justificado por ninguna de las causales previstas para tal efecto, inmersas en el artículo 32 del Estatuto Penal sustantivo vigente. Por consiguiente, existe certeza en este asunto, de que con el señalado comportamiento irregular se vulneró de manera cierta y efectiva, sin razón jurídicamente atendible, la administración pública como bien jurídico cuya protección pretende el legislador al sancionar el delito de peculado culposos.

5. Igualmente, se encuentra demostrada en grado de certeza la culpabilidad del (sindicado) en la realización de las conductas punibles por las que se procede, en cuanto de él resulta predicable la conciencia de la antijuridicidad de las actuaciones llevadas a cabo y porque le era exigible que obrara conforme a derecho.

Repárese cómo desde su indagatoria, el procesado señaló que sus múltiples ocupaciones lo imposibilitaron para llevar a cabo las funciones a su cargo, motivo por el cual optó libremente por confiar en que la Directora Administrativa las realizaría con apego a la Ley.

Ya se ha dicho también que bajo el anterior panorama de cosas, su intervención en la materia contractual resultó vacía, pues se limitó a firmar lo hecho por sus subalternos, verificando únicamente la existencia de actos formal y no materialmente ajustados a la legalidad.

En tal medida, el palmario abandono de sus deberes fue realizado a ciencia y conciencia, no obstante haber advertido también en sus explicaciones, cómo a su llegada a la Presidencia de la Cámara encontró un caos administrativo que lo determinó a crear los comités evaluadores de las propuestas y a efectuar otras políticas como la de actualización de los inventarios de la entidad a fin de garantizar que los contratos por celebrar se dirigieran a satisfacer las necesidades corporativas.

De esta explicación brindada por el sindicado, claramente se advierte de qué manera conocía los principios que gobiernan la contratación estatal; particularmente se evidencia que eran de su dominio los procedimientos indispensables para satisfacer los principios de planeación del gasto y de transparencia y selección objetiva de contratistas.

No obstante, lo probado en autos demuestra en grado de certeza que el procesado obró en contravía de ese conocimiento cierto, pues adjudicó los contratos sin siquiera haber efectuado un somero examen de las ofertas, las evaluaciones y los estudios en los cuales ellas se soportaban.

Y frente a la exigibilidad de otra conducta, empieza por señalarse que el procesado contaba con la formación académica y la experiencia laboral que le permitía tener conocimiento de cómo debía adelantar la gestión contractual, que, a fin de cuentas, era una de las responsabilidades que sobre él pesaba cuando optó por asumir la Presidencia de la Cámara de Representantes.

El argumentar del procesado acerca del exceso de ocupaciones tanto protocolarias como legislativas, o la poca disponibilidad de tiempo que estas últimas le dejaban, para excusar la ausencia de vigilancia respecto de las labores de orden administrativo a su cargo, no dejan de ser unas desatinadas razones.

En tal sentido, asumir la Presidencia de cualquier entidad de derecho público comporta el ejercicio de una responsabilidad, no de un honor como parece malinterpretar el aquí

procesado, comportando por razones obvias mayor compromiso personal por parte de quien aspira a ella.

La presidencia de la Cámara de Representantes, como la de cualquier otra entidad pública, implica asumir desde el momento mismo de la postulación o aceptación, que ella lleva incita la obligación de comprometer en mayor medida su tiempo y sus esfuerzos, en aras de adelantar, precisamente, en forma eficiente y responsable, las labores administrativas que le son anejas.

En otras palabras, podría afirmarse que, justamente, las instituciones requieren de presidentes comprometidos con los roles propios de direccionamiento y coordinación de actividades, como de control y vigilancia cuando involucran la administración de recursos públicos, como en el presente evento, para que sean los directivos de primer nivel de las organizaciones y no funcionarios medios, quienes asuman las políticas de planeación, manejo y disposición patrimonial para garantizar la eficacia y eficiencia del gasto público y que, trazadas éstas, controlen mediante actos positivos su verdadera ejecución, a fin de garantizar una prestación de servicio también eficaz y eficiente.

Por manera que, si bien no era de esperarse que el procesado realizara los estudios de costos o que fuera un experto en el valor de las diferentes mercaderías que ordenaba adquirir, entre ellas la referida a compra de papel de formas continuas, sí le era exigible que dispusiera lo pertinente a través de instrucciones a sus subalternos, para garantizar que ellos realizaran su rol en debida forma, controles que al no ser ejercidos condujeron a la pérdida de recursos públicos.

6. Como corolario de todo lo expuesto, estima la Sala que se encuentra acreditada suficientemente, en grado de certeza, tanto la realización de la conducta por la cual se acusó al (procesado), como su responsabilidad en calidad de autor del referido comportamiento, lo cual impone proferir en su contra sentencia condenatoria.

Las consecuencias jurídicas de la conducta punible

Reunidos los presupuestos sustanciales que el artículo 232 del Estatuto Procesal exige para proferir sentencia condenatoria, procede la Sala a señalar las consecuencias jurídicas que a dicha conducta corresponden.

1. Determinación de la punibilidad

Como se dejó sentado en el capítulo precedente, la norma sustancial que resulta de aplicación preferente es la contenida en el artículo 137 del Decreto 100 de 1980, modificado por los artículos 18 y 32 de la Ley 190 de 1995, vigente al momento de los hechos, por prever una sanción más benigna a la contemplada en la Ley 599 de 2000.

En ella, se sancionaba al infractor con arresto de 6 meses a 2 años, multa de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas de 6 meses a 2 años, variando en el dispositivo vigente la sanción principal, tanto en su naturaleza, por cuanto pasó a ser de prisión, como en su graduación, elevada de 1 a 3 años.

A este respecto, anota el Procurador que como la Corte se ha pronunciado sobre la imposibilidad de aplicar la pena de arresto, por cuanto ésta desapareció de la actual legislación, el procesado sólo podría ser condenado a la sanción pecuniaria y la de interdicción de derechos y funciones públicas.

No obstante, un repaso de los precedentes de esta Corporación en torno a la materia, permite llegar a conclusiones diversas.

En efecto, la posición aludida por el señor Procurador fue expuesta por esta Sala en sentencia del 13 de agosto de 2003⁹, en la cual se expresó:

“[...] el legislador sí introdujo un notorio cambio, no solo en la cantidad sino en la calidad de la sanción privativa de la libertad, pues, desde luego, no puede ser asimilable una pena de arresto a una de prisión. En estas circunstancias, la ley nueva es desfavorable y por tanto, no aplicable a la conducta objeto de juzgamiento.

Más, debe considerarse, que el legislador del año 2000, eliminó la pena de arresto para los delitos descritos en la parte especial del Código Penal. Esto, llanamente implica, que para aquellos delitos sancionados con pena de arresto, la pena ya no es privativa de la libertad...

Que el arresto existe en otros estatutos y para otros eventos, puede ser, empero, bajo el principio de estricta legalidad, cada conducta tiene señalada su condigna sanción, es el sentido y concepto por excelencia de la norma penal.

Pero, simultáneamente, a la vez que se eliminó del código la pena de arresto ... se señaló pena de prisión, por lo cual, es este sentido, ya se había dicho, la norma es restrictiva o desfavorable. El camino, por consiguiente ... es acudir a una interpretación sistemática, conforme a la cual, tanto la pena de arresto como la de prisión resultan inaplicables, la primera, porque desapareció como tal del listado punitivo, y en este sentido es favorable su retroactividad para todos aquellos delitos sancionados con arresto, la segunda, porque por desfavorable, sólo tiene aplicación para hechos cometidos bajo su vigencia, que por tanto, no cobija la conducta aquí juzgada”.

No obstante, la anterior tesis fue recogida por la Sala en sentencia del 19 de julio de 2006¹⁰, con los siguientes fundamentos:

“[...] Un nuevo examen del punto, sin embargo, lleva a la Sala a reconsiderar esa tesis, para sostener ahora que como en todo caso, tanto en el anterior Código Penal como en el actual, la ley previó pena privativa de libertad para el peculado culposo, debe mantenerse la de arresto [...].

En efecto, si en aquella legislación el hecho estaba sancionado con arresto y en la de hoy con prisión, se debe partir de que el legislador quiso hacer más severas las consecuencias punitivas incrementando cualitativamente la medida corporal.

En este evento, sin embargo, entran en pugna la normatividad pretérita y la actual, conflicto de leyes que impulsa hacia la pasada para utilizarla ultractivamente pues es más benéfica que aquélla que ahora rige el tema.

Como es claro, en los dos articulados se ha previsto pena privativa de la libertad, que, por tanto, se debe sostener pues en estricto sentido no hubo despenalización radical. Y como la anterior es menos gravosa que la vigente, a ella se debe acudir”.

Como se observa, esta última postura que aboga por la procedencia de imponer la pena de arresto en casos como el presente, es la prohijada por la Sala en la actualidad, motivo por el cual no se accederá a la petición elevada por el Procurador judicial quien solicitó a la Corte abstenerse de imponer al procesado pena privativa de la libertad.

Agréguese que la posición hoy sostenida por la Sala, se aviene a una interpretación sistemática acerca de la respuesta punitiva otorgada al delito de peculado, el cual históricamente ha sido objeto de tutela penal e incluso de progresivas modificaciones en su punibilidad a fin de someter a sus infractores a sanciones más severas, como sucedió a través de la Ley 190 de 1995 cuando se elevó la multa y, luego, en la Ley 599 de 2000, donde se cambió el arresto por la prisión, aumentándose también su quantum, todo lo cual indica cómo

⁹ Radicación 20946.

¹⁰ Radicado 22263.

el legislador ha encontrado este tipo de conducta merecedora de respuesta penal y, además, se ha ocupado de reconsiderar su gravedad.

Por manera que, la tesis según la cual se dejaba sin pena principal privativa de la libertad al responsable del delito de peculado culposo cometido en vigencia del Código Penal de 1980 y juzgado luego del tránsito legislativo producido en 2001, se ofrecía inconsecuente con las razones de política criminal que lejos de buscar su despenalización, se dirigieron a procurar una mayor sanción para este tipo de delincuencia.

Asimismo, no puede perderse de vista que si bien cuando la Sala prohibió la tesis de la imposibilidad de aplicar la pena de arresto, basándose en lo fundamental a que dicho tipo de sanción había desaparecido del ordenamiento jurídico penal en la Ley 599 de 2000, no se tuvo en cuenta que ese mismo ordenamiento sí la contempló, si bien no en la disposición donde se señalan las especies punitivas aplicables a las conductas punibles, sí como consecuencia del incumplimiento de otras penas, conforme se prevé en su artículo 40, en el cual se establece que frente a la omisión del condenado en el pago de la pena de multa, podrá ser sometido a **arrestos progresivos**, lo cual también pone de manifiesto que no fue voluntad del legislador eliminar este tipo de sanción.

Se procederá entonces, por razones de favorabilidad, a tomar como parámetro para la dosificación punitiva la pena privativa de la libertad de arresto, la pena pecuniaria y la de interdicción de derechos y funciones públicas, consagradas en el artículo 137 del Código Penal derogado, con las modificaciones introducidas a ese dispositivo mediante la Ley 190 de 1995, vigente al momento de ocurrencia de los hechos que se juzgan.

Para ello serán tenidos en cuenta los criterios de dosimetría penal consagrados en la Ley 599 de 2000, en cuanto resultan más favorables, como quiera que con el procedimiento de cuartos allí implementado limita la discrecionalidad del sentenciador, obligándolo a efectuar su tasación conforme a los factores objetivos externos que en cada caso concreto concurren.

2. La pena de arresto

Como y se precisó, el delito por cual se procede, tiene señalada pena de arresto de seis (6) meses a dos (2) años.

De suerte que, conforme a las previsiones del artículo 60 del Código Penal, en orden a efectuar el proceso de individualización de la pena, han de establecerse en primer término los límites mínimos y máximos de punibilidad, los cuales en el presente caso resultan afectados en virtud de la concurrencia de una circunstancia modificadora de ellos, como lo es el concurso de conductas punibles imputado al procesado en la resolución de acusación.

En consecuencia, como de acuerdo con el artículo 31 ejusdem, en caso de concurso de conductas punibles el infractor quedará sometido al dispositivo que señale la pena más grave, aumentado **hasta en otro tanto**, tal circunstancia modificadora ha de ser considerada para fijar el límite mínimo y máximo que servirá de fundamento a la imposición de la sanción, el cual será de seis (6) meses un (1) día y cuatro (4) años de arresto.

Partiendo de dicho ámbito de punibilidad, los cuartos para la tasación de la sanción están conformados de la siguiente manera: **(i)** El cuarto mínimo oscila entre seis (6) meses un (1) día y dieciséis (16) meses quince (15) días. **(ii)** El primer cuarto medio irá de dieciséis (16) meses dieciséis (16) días a veintisiete (27) meses. **(iii)** El segundo cuarto medios de veintisiete (27) meses 1 día a treinta y siete (37) meses quince (15) días. **(iv)** Y el cuarto máximo de treinta y siete (37) meses dieciséis (16) días a cuarenta y ocho (48) meses.

Así las cosas, como en la acusación no fueron deducidas circunstancias de mayor punibilidad, no hay lugar a su valoración en este momento en aras de garantizar el principio

de consonancia entre acusación y fallo¹¹ y, como en cambio, concurre una de menor punibilidad consistente en la carencia de antecedentes penales -artículo 55-1, Código Penal-, indiscutible se ofrece que la tasación de la pena debe realizarse dentro del cuarto mínimo de punibilidad, esto es, de seis (6) meses un (1) día a dieciséis (16) meses.

Partiendo de dicho margen de movilidad para la tasación de la pena principal, corresponde entonces evaluar los criterios para su determinación final, referidos a la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales de agravación o atenuación, la intensidad del dolo, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

En este sentido, si bien debe tomarse en consideración que se imputa al procesado la realización de un tipo penal imprudente, no lo es menos que de cara a los intereses tutelados en la norma penal a la que se adecua la conducta del procesado, indudable resulta su gravedad, pues en virtud del abandono de las responsabilidades a cargo del procesado, causó grave lesión no solo al patrimonio estatal sino, principalmente, a la imagen de la administración pública que encarnaba.

En efecto, las especiales circunstancias de desentendimiento del manejo de lo público por parte de quien tenía la responsabilidad especial de velar por su más celoso ejercicio, determinan no solo la necesidad de una condigna sanción, sino además la de realizar las funciones de prevención general de la pena, notificando mediante la sanción a los administradores y a los administrados, que conductas de desdén en su ejercicio merecen el mayor reproche, a fin de prevenir la realización de iguales comportamientos.

En conclusión, se impondrá al (acusado) la pena de diez y seis (16) meses de arresto, como autor responsable del concurso homogéneo de delitos de peculado culposo.

3. La pena de multa

El delito por el cual se procede tiene señalada multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, no obstante, por razón del concurso homogéneo de conductas punibles de peculado culposo corresponde proceder a su sumatoria, conforme a los lineamientos del artículo 39 numeral 4° del Código Penal, disposición de igual tenor a la prevista en el artículo 40 del derogado Código Penal.

Con lo anterior, los límites para la imposición de la multa oscilan entre veinte (20) y cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En consecuencia, como en el caso de la pena privativa de la libertad, corresponde proceder a determinar los cuartos de movilidad para la pena de multa, que quedarían así: **(i)** El cuarto mínimo oscila entre veinte (20) y cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes. **(ii)** El primer cuarto medio irá de cuarenta y uno (41) a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes. **(iii)** El segundo cuarto medios de sesenta y uno (61) a ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales vigentes. **(iv)** Y el cuarto máximo de ochenta y uno (81) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Ante la ausencia de causales de mayor punibilidad y la concurrencia de una de menor punibilidad, la multa ha de tasarse dentro de los márgenes del cuarto de mínimo, es decir, entre veinte (20) y cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para lo cual debe tomarse en consideración “[...] el daño causado con la infracción, la intensidad de la culpabilidad, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo, la situación económica del condenado deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares, y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar.” -artículo 39, numeral 3°, Código Penal-.

¹¹ Providencia del 23 de septiembre de 2003. M.P. Dr. Herman Galán Castellanos.

A este respecto, la Corte estima que concurren varias circunstancias a ser tenidas en cuenta en la determinación de esta sanción, a saber:

(i) Las conductas punibles reprochadas al procesado causaron grave daño a la administración pública, representado en los elevados sobre costos cancelados con cargo a recursos del Estado, en virtud de su desdén en el cumplimiento de los deberes que le eran propios.

(ii) Según las constancias procesales, el condenado deriva sus ingresos de su actividad profesional de abogado y como bienes de fortuna, según mencionó en su indagatoria, sólo posee un inmueble ubicado en Espinal (Tolima) donde tiene su domicilio profesional.

(iii) Sus cargas familiares no resultan elevadas, pues se trata de una persona soltera y sin hijos, sin que obre anotación acerca de tener personas a cargo que dependan de sus ingresos para subsistir.

Por lo anterior, conjugados todos los anteriores factores, se le impondrá multa en cuantía de cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de comisión de los hechos -1999-, la cual deberá cancelar a favor del Consejo Superior de la Judicatura, dentro de los tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de este fallo.

4. La pena de interdicción de derechos y funciones públicas

Finalmente, al procesado se le condenará a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, mediante la cual se le privará de los derechos de elegir y ser elegido, como del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública u otorgamiento de dignidades u honores, por el término de dieciséis (16) meses.

Adicionalmente, teniendo en cuenta que los delitos por los cuales se declara penalmente responsable al procesado comprometieron el patrimonio del Estado, se impondrá la inhabilitación perpetua para el ejercicio de funciones públicas, de conformidad con el artículo 122 inciso 5° de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 59 de la Ley 190 de 1995.

La responsabilidad civil

Como quiera que toda conducta punible origina la obligación de reparar los daños materiales y morales causados, paralela a la declaratoria de responsabilidad penal que a través de este fallo se impone al (procesado), corresponde determinar el monto de los perjuicios a su cargo.

Con este propósito, en desarrollo de la etapa del juicio se practicó dictamen pericial para tasar los daños y perjuicios ocasionados con el concurso delictual objeto de este proceso, en el cual, con fundamento en el monto de los sobre costos reportados en los dos contratos para la compra de papelería de formas continuas con destino a la Cámara de Representantes en la vigencia fiscal de 1999, se establecieron perjuicios de orden material, así:

Respecto del contrato 819 de 1999, en el cual los sobre costos fueron de \$31'364.500, el perito actualizó esa suma de dinero calculando el daño emergente en \$50'052.639 y tasó el lucro cesante en \$ 14'472.353,67 para un total de \$64'524.993,09. Y frente al contrato 951 del mismo año, con sobre costos de \$24'128.250, los mismos conceptos fueron estimados en \$38'259.732,46 y \$10'990.583,14 para un total de \$49'250.315,60.

Lo anterior arroja que los perjuicios de orden material con ocasión de las conductas imprudentes por las cuales se condena al procesado, fueron tasados en \$113'775.308,69.

No obstante, como en el estudio de costos emprendido en desarrollo de la investigación de carácter disciplinario adelantada por estos hechos, que sirvió de base a los anteriores cálculos, no se informó a las empresas consultadas sobre las condiciones específicas de la venta de papelería, en particular sobre los precios a los cuales habrían ofrecido dicho producto en caso de participar en un concurso promovido por una entidad de derecho público,

resulta pertinente deducir del valor antes mencionado un porcentaje igual al 10%, proporcionalmente equivalente a los gastos directos e indirectos referidos a pago de pólizas, impuestos de timbre y publicación del negocio jurídico, asumidos normalmente por los comerciantes en la celebración de contratos estatales.

Deducido así ese porcentaje, se condenará al procesado al pago de perjuicios de orden material en cuantía de \$102'397.778, suma que deberá cancelar al Tesoro Nacional, en un plazo de diez (10) meses.

En cuanto a los perjuicios morales, ha de tenerse en cuenta que estos pueden ser de dos especies: (i) los de carácter subjetivo, relativos a la tristeza, dolor o aflicción sufridas por las víctimas del delito los cuales, por su naturaleza, no son valorables pecuniariamente. Y (ii) los objetivados, referidos a aquellos que repercuten en la capacidad productiva o laboral de la persona agraviada y, como tal, sujetos de cuantificación.

Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corporación pacíficamente ha reconocido que tratándose de personas jurídicas sólo es posible predicar la existencia de perjuicios morales objetivados, siempre que, como consecuencia de la conducta punible, pueda predicarse una sensible disminución de su capacidad productiva o cuando se ponga en peligro su existencia. En esa misma dirección, ha dicho la Sala que

“[...] es lógico que las personas jurídicas públicas no sufrirán este tipo de daños, por cuanto siendo su creación constitucional o legal, la comisión de un delito en su contra no tiene la posibilidad de reducir la prestación del servicio público que le es propia, y menos de poner en riesgo su supervivencia”¹²

Consecuente con la línea jurisprudencial mencionada, la Sala no condenará al procesado al pago de perjuicios morales.

Mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad

El artículo 68 del Código Penal anterior, similar en su redacción al 63 del estatuto hoy vigente, facultaba al juzgador para suspender condicionalmente la ejecución de la pena de arresto a favor del condenado, por un período a prueba de entre dos (2) y cinco (5) años, cuando “[...] su personalidad, la naturaleza y modalidad del hecho punible, permitan suponer que el condenado no requiere tratamiento penitenciario”.

En el presente caso, resulta procedente la aplicación de este mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por cuanto se tiene acreditado que, excepción hecha de los comportamientos por los cuales se le juzga, el procesado en el desempeño de los cargos públicos que ocupó observó un comportamiento ajustado a los mínimos éticos y no se tiene noticia de comportamientos familiares o sociales reprochables. Además, en desarrollo de la actuación (del acusado) estuvo atento a los llamados que se le hicieron y a las results del proceso. Asimismo, concurre en su favor la modalidad de la conducta punible, la cual si bien resulta grave dentro de su categoría, corresponde a un tipo penal imprudente.

En esa dirección, bien está traer a colación lo referido por la Sala en decisión del 25 de junio de 2002, precedente en el cual, a propósito del pronóstico que debe efectuar el juzgador con miras a establecer la procedencia de este mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, se explicó cómo no es dable pretextar anticipadamente la prevención general, la especial o la retribución, en forma absoluta, sino siempre guiado por las especiales características que la actuación reporta, optando por conciliar las distintas funciones de la pena para lograr que a través de ella se realice integralmente la función punitiva.

¹² Sentencia del 18 de junio de 2002, radicado 19464.

“Ello implica, entonces, que cuando las particulares condiciones de un condenado lo hagan aconsejable, atendiendo a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, propios de las sanciones penales en el nuevo ordenamiento según su artículo 3º, se deba priorizar alguna de las funciones de la pena, sin desdeñar las demás, haciendo no solo coherente el sistema, sino permitiendo que el mismo descienda desde una teórica abstracta para adquirir la dinámica que lo haga práctico, funcional y confiable para los asociados y el juez, en la medida en que dichos principios deben operar como delimitadores, pudiendo ser entendido que el principio de necesidad se desarrolla en el marco de la prevención, comprendiéndose ésta tanto la general como la especial.”

En tal virtud, como se estima que la personalidad y antecedentes del procesado hacen aconsejable la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad, exclusivamente, se accederá a ella por un período de prueba de dos (2) años, debiendo para el efecto comprometerse a cumplir las obligaciones previstas en el artículo 65 del Código Penal y a prestar caución prendaria por valor equivalente a cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes”.