

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada Ponente

SEP 00144-2021

Radicación N° 50643

Aprobado mediante Acta No. 104

Bogotá D.C., dos (02) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

En coherencia con el sentido del fallo, procede la Sala Especial a dictar la sentencia de carácter condenatorio en contra del doctor FERNANDO OSORIO CUENCA, en tanto que absolutorio en favor del doctor OSCAR BARRETO QUIROGA, otrora gobernadores del Departamento de Tolima, según la acusación que la Fiscalía General de la Nación les formuló por ilícitos atentatorios del bien jurídico de la administración pública.

1. SITUACIÓN FÁCTICA

i). El Gobernador de Tolima FERNANDO OSORIO CUENCA, el 7 de mayo de 2007, sin observar los requisitos legales, suscribió con la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello —SECAB— el Convenio 336 de Cooperación y Asistencia Técnica Internacional, cuyo objeto fue la adquisición de: i) mobiliario escolar para la dotación de instituciones y centros educativos del Tolima; y ii) adquisición de infraestructura tecnológica para la Gobernación, comprometiendo recursos de distintas secretarías departamentales y obviando la fase de planeación, sin un estudio de necesidad, desconociendo las normas de contratación que imponían el desarrollo de un proceso de licitación para la adquisición de los bienes y servicios, por demás, la entidad cooperante no tenía experiencia para cumplir las actividades y quien firmó el convenio por ésta carecía de la representación legal para ello, la póliza presentada no cobijó el porcentaje que debía respaldar, entregando la totalidad de los recursos como anticipo. El valor ascendió a \$1.271.861.000, de los cuales el departamento aportó \$1.143.861.000, correspondiéndole a la SECAB el saldo de \$128.000.000, representados en bienes y servicios, los cuales no satisfizo.

A su turno, desde mayo de 2007 OSORIO CUENCA tramitó también con la SECAB un convenio adicional al 336, firmado el 12 de junio siguiente por su Secretario de Educación, Alejandro Rozo Gaeth, cuyo objeto fue la "implementación de un sistema regional de evaluación para el departamento del Tolima", también sin acatar los requisitos legales, pues no

estaba contemplado dentro del cronograma de contratación, la planeación no fue antecedente sino posterior y no se expuso cuál era su relación con el convenio matriz, el valor de \$1.020.000.000, superó el cincuenta por ciento (50%) convenio original, de los cuales la Gobernación aportó \$900.000.000, mientras que la SECAB debía aportar en bienes y servicios \$120.000.000, lo que tampoco hizo, derivando así la apropiación de caudales públicos en favor del citado organismo.

ii). OSCAR BARRETO QUIROGA, conociendo del incumplimiento de las obligaciones de SECAB, omitió hacer efectiva la póliza número 983605 de la Compañía Liberty S.A., en cuantía de \$343.779.150, equivalente al 15% del valor total de lo pactado, pues la vigencia del seguro se extendía hasta el 30 de mayo de 2008, y a través de la Resolución 0227 de 6 de noviembre de 2009 liquidó el convenio y su adición sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, generando la apropiación de dineros públicos en favor de terceros.

2. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROCESADOS

i). FERNANDO OSORIO CUENCA se identifica con la cédula de ciudadanía número 17.152.511 de Bogotá, nació el 20 de agosto de 1946 en Chaparral-Tolima, es hijo de Raúl Osorio y María Inés Cuenca, casado con Bellanid Escobar y padre de Luis Fernando Osorio Escobar (*q.e.p.d.*), Carlos Andrés Osorio Escobar, Laura Constanza Osorio Escobar y Giovanny Osorio Escobar, de profesión economista. En elecciones atípicas resultó gobernador del departamento de

Tolima para el período comprendido entre el 24 de diciembre de 2005 y el 31 de diciembre de 2007.

ii). OSCAR BARRETO QUIROGA se identifica con la cédula de ciudadanía número 14.240.339 de Ibagué, nació el 7 de abril de 1961 en Ibagué-Tolima, es hijo de Justo Pastor Barreto y María del Carmen Quiroga, de profesión abogado, elegido gobernador del mismo departamento para el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2010.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

El 2 de marzo de 2017 ante un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la Fiscalía le imputó a FERNANDO OSORIO CUENCA la probable autoría en los delitos *de contrato sin cumplimiento de requisitos legales* en concurso homogéneo, concurriendo el ilícito de *peculado por apropiación* a favor de terceros agravado, y a OSCAR BARRETO QUIROGA el punible de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* en concurso con los de *peculado por apropiación* y *prevaricato por omisión*. Los imputados no aceptados los cargos.

El 7 de marzo siguiente, el Magistrado del citado Tribunal se abstuvo de imponer alguna medida de aseguramiento a BARRETO QUIROGA, en tanto que afectó con detención preventiva, de carácter domiciliario, a OSORIO CUENCA, decisión que, recurrida en reposición, se

mantuvo incólume, no obstante, el 30 de mayo de 2018 le fue sustituida por medidas no privativas de la libertad.

El 30 de junio de 2017 fue radicado escrito de acusación ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en contra de los citados por las conductas delictivas indicadas, predicándoles las circunstancias de mayor punibilidad previstas en los numerales 1° del artículo 58 del Código Penal ° (*ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad*) y 1° del artículo 55 del mismo ordenamiento sustantivo (*ausencia de antecedentes*), y para OSORIO CUENCA también la prevista en el numeral 10° del citado artículo 58 (*obrar en coparticipación criminal*).

En esa Corporación se surtieron las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y el 18 de junio de 2018 se dio inicio a la de juicio oral, pero ante la implementación del Acto Legislativo 01 de 2018, el diligenciamiento fue remitido a esta Sala Especial, cumpliéndose la fase probatoria en sesiones del 15 a 18, 23 a 25 de marzo y 21 de julio de 2021, culminando con la presentación de los alegatos los días 28 y 29 de julio del año que avanza.

4. TEORÍAS DEL CASO Y ALEGATOS FINALES

4.1. Fiscalía

i). Respecto de OSORIO CUENCA prometió demostrar que en el Convenio de Cooperación y Asistencia Técnica

Internacional 336 de 2007, se contravinieron las normas que impedían que los recursos departamentales fueran administrados por ese organismo multilateral, no se agotó una previa y responsable planeación y selección objetiva, al tiempo que se incumplieron las premisas jurídicas que se debían atender, desembocando en una forma de acuerdo distinta a la que debió acogerse, todo en procura de lograr que la SECAB accediera al mismo, que incluso, esa entidad se comprometió a unas tareas que no hacían parte de su objeto y a unas obligaciones económicas que jamás cumplió, además, la persona que lo suscribió carecía de la representación legal de tal organismo.

Tras señalar que se vulneraron los principios de la contratación estatal y los de la función pública, explicó ante la oferta de servicios presentada por la SECAB en marzo de 2007, denominada "*Plan de Desarrollo Tolima Solidario 2006-2007*", el gobernador optó por celebrar el convenio para eludir la selección del proveedor de los bienes, sin que la entidad multilateral cumpliera con sus aportes económicos, ni transmitiera los conocimientos tecnológicos a través de capacitación, adiestramiento o consejería como le correspondía.

Que del valor inicial de \$1.271.861.000, el departamento entregó \$1.143.861.000, en tanto la SECAB se comprometió al aporte de \$128.000.000 representados en bienes y servicios que no satisfizo, y sin haber mediado un estudio previo, el 12 de junio del mismo año, con la participación del Secretario de Educación Alejandro

Rozo Gaeth, se suscribió un convenio adicional que no se ajustó a los requisitos legales, aumentando el valor en proporción superior al 50%, y con un nuevo objeto consistente en la *“implementación de un sistema regional de evaluación para el departamento de Tolima”*, por el monto de \$1.020.000.000, de los cuales la Gobernación entregó \$900.000.000, mientras que la SECAB debía aportar bienes y servicios por \$120.000.000, compromiso que tampoco honró.

Con base en tal postura, surtida la audiencia de juicio oral en su alegación final pidió la emisión de sentencia condenatoria en contra de OSORIO CUENCA al estimar que se cobijó con el ropaje de un Convenio Interinstitucional de Cooperación y Asistencia Técnica Internacional algo que debía ser tramitado por licitación pública, infringiendo los principios de la función pública contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, los presupuestos de contratación estatal de la Ley 80 de 1993 y la sentencia C-249 de 2004 de la Corte Constitucional.

Expuso que desde el 11 de diciembre de 2006 el citado gobernador recibió de la SECAB la oferta de Servicios de Cooperación y Asistencia Técnica referente al Plan de Desarrollo de su gobierno en el componente de dotación escolar, y que si bien las misiones principales de ese organismo internacional están relacionadas con el fomento a la cultura y la educación, los requerimientos del gobernador apuntaron a la adquisición de mobiliario escolar, equipos de cómputo y tecnología con destino a centros

educativos, a la gobernación y a las secretarías de educación y de salud departamentales.

Que ante la propuesta de la SECAB, OSORIO CUENCA, a través de sus secretarios de despacho, formuló el estudio de conveniencia y oportunidad para la suscripción del convenio a fin de adquirir computadores, impresoras, cámaras fotográficas, licencias *office*, utilizando recursos departamentales que habían sido asignados a las secretarías de Gobierno, Educación, Salud e Infraestructura Física, sin que tales rubros tuvieran relación con los productos adquiridos.

Y que ya el 10 de marzo de 2007 el gobernador autorizó al Secretario de Educación, Alejandro Martín Rozo Gaeth para que, con cargo al presupuesto de la vigencia 2007, adelantara el proceso de adquisición de 250 computadores para las áreas administrativas de instituciones y centros educativos y, posteriormente, 123 equipos de cómputo y mobiliario escolar encaminado a dotar a los referidos colegios, resaltando que tales adquisiciones se cristalizarían a través de un convenio interadministrativo.

Explicó que las adquisiciones no se compaginaron con las funciones legales de la SECAB, pues ejerció como un intermediario contratado directamente sin el agotamiento de un proceso objetivo de selección, además, no brindó algún tipo de asistencia, ni transmitió conocimientos, correspondiendo a un "*contrato de administración de recursos y de suministro de bienes*" contemplado en la Ley 80 de 1993.

Para denotar las irregularidades y el compromiso del procesado por actuar dolosamente, resaltó que desdeñó el concepto escrito de la abogada Olga Lucía Liévano Rodríguez, Directora Jurídica de la Gobernación y dirigido a él como gobernador, en el cual concluía que el proyecto a firmar con la SECAB configuraba una administración de recursos y no correspondía a la cooperación y asistencia técnica.

Que tampoco atendió el llamado que hicieron las ingenieras Alix Herrera Urrea y Lyda Gicela Garzón Arévalo, designadas como supervisoras del convenio, cuando manifestaron su negativa a ejercer esa tarea apoyándose en el concepto de la abogada Olga Lucía Liévano Rodríguez, recalcando que allí no se acogía el principio de selección objetiva previsto en la Ley 80 de 1993, ni consideró el impedimento manifestado por William Peña Gaitán para fungir como interventor al dar cuenta de la ausencia de planeación, no mediar una propuesta técnica ni económica de la SECAB, existir errores y discordancias en las cifras; observar diferencias entre los requerimientos técnicos y las cantidades realizadas por las dependencias en los análisis de conveniencia y lo estipulado en el convenio; plasmar requerimientos ilógicos; no figurar el concepto del Grupo Asesor de Informática de la Gobernación de Tolima encargado de verificar que las compras de equipos, licencias o desarrollos de software se ajustaran al desarrollo informático previamente definido y aprobado; no haber un estudio de mercado para constatar los precios respecto de las características de los elementos; no mediar un análisis

de conveniencia de todas las dependencias intervinientes en el proceso.

Adujo que la intención de contravenir el ordenamiento por parte del enjuiciado se corrobora con la sesión del Consejo de Gobierno de 17 de mayo de 2007, cuando con su gabinete, al evaluar la suscripción del convenio, descontó las advertencias y llamados de alerta de la directora del departamento jurídico y los tres supervisores, designando entonces a los Secretarios de Salud, Educación, Desarrollo Físico y Gobierno como nuevos interventores.

Agregó que en el texto del convenio se fijó como garantía de cumplimiento de las obligaciones en cuantía distinta al 15% del valor total, no comprendió el correcto manejo e inversión del anticipo, cumplimiento y calidad, y en contravía de los términos de referencia que preveían la entrega como anticipo del cincuenta por ciento (50%) del valor del convenio, en la cláusula cuarta se acordó el pago de su totalidad, violando lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, sin que tampoco la garantía amparara la integridad de lo entregado.

Así mismo, resaltó que para el 7 de mayo de 2007, cuando Guillermo Diego Soler Rodríguez firmó a nombre de la SECAB el Convenio 336, carecía de la facultad de representarla legalmente, lo que derivaría la nulidad absoluta del mismo, pues el Secretario Ejecutivo de la SECAB, Francisco Norberto Huerta Montalvo, lo había facultado para firmar convenios de cooperación y asistencia

técnica con entidades públicas y privadas colombianas y extranjeras solo para el periodo del 20 al 25 de abril del citado año.

Para el fiscal, fueron unos distractores los aportes a los que se comprometió la SECAB, pues, de los \$128.000.000, representados en bienes y servicios: \$25.000.000 eran para capacitar a rectores de instituciones educativas, coordinadores y directores de núcleo, dejando en la Gobernación del Tolima la obligación de definir el grupo de docentes beneficiarios, lugar, cronograma y tema específico de capacitación, sin que jamás se hubiera cumplido con ello; en tanto que \$75.000.000 correspondían a unas salas de cómputo, cuya ubicación y servicios no se especificaron; adicionalmente, lo ofrecido fue la instalación, no el suministro u obsequio de los equipos, como sí se hizo con el ofrecimiento de dos portátiles para la Secretaría de Salud, dos para la de Gobierno y un portátil, un computador de escritorio, una impresora de alto rendimiento y un escáner de alta resolución para la Dirección de Contratación, rotulado como un "bonus" por el negocio, y los últimos \$28.000.000 representados en la conformación y administración de una red de trabajo conjunto, tampoco fueron descritos o detallados en el convenio.

Insistió en que las obligaciones de la SECAB se concentraron en la intermediación para la adquisición del mobiliario y equipos, tal como se desprende de las cláusulas referidas a la contratación del suministro de los elementos materia del convenio, la destinación exclusiva de los

recursos asignados por el departamento, la presentación de un informe a la supervisión sobre el avance financiero de las adquisiciones y el seguimiento a la entrega por parte de los contratistas que sí debían cumplir con las condiciones de idoneidad necesarias para ese suministro, condición de la cual carecía el referido órgano multilateral, toda vez que la Gobernación sí podía adelantar tales adquisiciones mediante licitación y no a través de un convenio.

Igualmente, expuso que el plazo para la ejecución del convenio fenecía el 12 de septiembre de 2007, pero ante la imposibilidad de cumplirlo, en esa fecha se suspendió su trámite hasta el 20 de septiembre, fijando un término adicional de 45 días.

En cuanto a la adición del convenio, indicó que surgió de la misiva de 22 de mayo de 2007 en la cual OSORIO CUENCA, sabiendo de las irregularidades ya existentes, solicitó a la SECAB que manifestara su interés, condiciones e información necesaria para brindar cooperación y asistencia técnica a fin de ejecutar el proyecto de *"implementación de un sistema regional de evaluación para el departamento de Tolima"*, indicándole que se requería una respuesta pronta para el respectivo giro del dinero.

Que por eso el gobernador, en asocio con Alejandro Martín Rozo Gaeth, el 23 de mayo de 2007 encargó a Enrique Váquiro Capera la planeación precontractual definiendo la necesidad de evaluar a los docentes y a los estudiantes frente a la presentación de las pruebas SABER e ICFES, así como

adquirir exámenes similares a los estatales y contratar el análisis e interpretación de los resultados.

Ya el 28 de mayo siguiente, la SECAB suscribió la Carta de Acuerdo fijando las condiciones específicas de la cooperación, aclarando que el origen de los recursos era exclusivamente público y que el 4,5% correspondiente a gastos administrativos y gerencia del proyecto se ejecutarían de manera directa por dicho organismo, y sin que estuviera previsto en el cronograma de contratación del Departamento de Tolima, el 12 de junio de 2007 se celebró el Convenio Interinstitucional de Cooperación por valor de \$900.000.000 y con un plazo de 30 días, sin tampoco haber efectuado algún estudio de mercado del valor promedio de los materiales, ni incluir el detalle técnico, la cantidad, ni la población objeto de lo requerido, fijando el precio arbitrariamente.

El aporte de cooperación y asistencia de la SECAB, se determinó en \$120.000.000, de los cuales, \$20.000.000 correspondían a logística por la gestión contractual, la que no era requerida por la Gobernación; \$50.000.000 por la transferencia de 20 colecciones de los módulos de Gestión Cultural desarrollados por el CAB y la UNIVALLE para la formación de gestores culturales locales, y otros \$50.000.000 por la transferencia de la metodología para la medición de fiestas populares y del impacto del patrimonio cultural en la economía de los países miembros del Convenio

Andrés Bello, así como la asistencia técnica para su aplicación y desarrollo.

Que de la cuantía de \$1.020.000.000 de la adición superó el 50% del monto inicial del convenio, infringiendo el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993; además, la garantía exigida no correspondió a los conceptos previstos en los términos de referencia ni a la planeación precontractual, pactándose incluso la totalidad del anticipo.

En cuanto al monto reconocido como gastos de gerencia para la SECAB, indicó que su labor también fue una mera intermediación entre el departamento y la compañía "Los Tres Editores", encargada de producir el material académico, respecto del cual el organismo internacional no era distribuidor ni era de su propiedad, y aunque se afirmó haber entregado un elevado número de materiales pedagógicos, jamás ingresaron al almacén de la Gobernación, tal como lo confirmó el almacenista Juan Carlos Rincón Ramírez, sin que tampoco hubiera reporte de los resultados obtenidos, ni las decisiones adoptadas con fundamento en los simulacros de los exámenes que se dijo fueron realizados.

Señaló que la SECAB tampoco entregó los recursos a los que se comprometió, siendo necesario que se ordenara su restitución al departamento, así como aquellos públicos entregados y no ejecutados, por eso, a partir del análisis contable aseguró que OSORIO CUENCA se apropió a favor de la SECAB de recursos públicos en cuantía superior a los

doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, así:
i) \$248.000.000 de la falta de ejecución de los aportes ofrecidos por ese organismo; *ii)* \$16.583.067 de rendimientos financieros que dejaron de cobrarse; *iii)* \$91.973.745 del 4,5% que tal organismo descontó como gastos de administración y gerencia, y *iv)* \$54.819.031 de saldos sin ejecutar, última cantidad que sí fue devuelta por la referida Secretaría, ascendiendo entonces a un total de \$411.375.843.

ii). En relación con BARRETO QUIROGA, se comprometió a demostrar que dolosamente dejó expirar la póliza que amparaba las obligaciones a cargo de la SECAB, en tanto que en la liquidación del convenio desdeñó los incumplimientos de dicho ente para generar así la apropiación de dineros públicos, los cuales originalmente estaban destinados a satisfacer las necesidades de la comunidad.

Propuso que los testigos revelarían que, a sabiendas del incumplimiento por parte de la SECAB, el 6 de noviembre de 2009, cuando la Contraloría General de la República advirtió la mora administrativa en que se estaba incurriendo, en forma inexplicable el acusado hizo la liquidación sin contar con los mínimos probatorios para establecer los débitos del órgano multilateral, derivando de allí el detrimento patrimonial del departamento.

Con base en lo anterior, en sus alegaciones solicitó condenarlo por los delitos objeto de acusación, destacando

que desde el 15 de enero de 2008 se sabía tanto de la existencia de la póliza que debía ampliarse, como de la necesidad de reintegrar dineros no ejecutados por la SECAB y, principalmente, del incumplimiento de las obligaciones a cargo de dicho ente.

Citó las comunicaciones de funcionarios de la Gobernación requiriendo a la SECAB la devolución de saldos para el cumplimiento de las obligaciones contraídas con el convenio y la recibida de Technistore Ltda., dando cuenta de la entrega de los equipos que le fueron comprados, todo ello para alertar la necesidad de liquidar el convenio, a la cual no se llegó aun habiéndose superado el término de vigencia de la póliza, pues fue luego de las indagaciones de los órganos de control que se procedió a ello.

Concluyó que con la liquidación, el procesado benefició al órgano multinacional para que se apropiara de: *i)* los rendimientos financieros del dinero entregado durante el tiempo que estuvo a su cargo, pues no lo invirtió ni retornó; *ii)* \$248.000.000 que se comprometió a ejecutar a favor del departamento; *iii)* \$900.000.000 que el ente territorial le entregó para la adquisición de bienes, los cuales no ingresaron al Almacén General de la Gobernación; y *iv)* \$306.580.350 al permitir que Seguros Liberty S.A. se los apropiara, cifra que le correspondía pagar de haber hecho efectiva la póliza que garantizaba el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la SECAB.

4.2. Defensa de FERNANDO OSORIO CUENCA

Pese a que no presentó teoría del caso, tras surtir la fase probatoria del juicio, solicitó en sus alegaciones sentencia absolutoria en favor de su defendido al estimar que la Fiscalía no acreditó los requerimientos probatorios contenidos en el artículo 381 del ordenamiento adjetivo penal.

Indicó que de forma genérica y sin asidero se señaló la omisión del criterio de planeación en la contratación, sin tener en cuenta el contenido del Plan de Desarrollo 2006-2007 presentado por la administración del acusado, donde se consignaron las necesidades a satisfacer contenidas en el Convenio 336 y su adición, documento construido a partir del estudio previo del cual hizo parte Orlando Iván Espinoza Jovel, quien afirmó en su declaración haber recorrido el Departamento de Tolima para conocer las necesidades de la población y plasmarlas en el aludido Plan de Desarrollo ejecutado en el corto tiempo de esa Gobernación.

En cuanto a la suscripción del convenio por un servidor de la SECAB que carecía de la competencia para hacerlo, estimó no ser un hecho atribuible a OSORIO CUENCA, sino el resultado de la mora en la administración pública para elaborar la minuta, pues, en primer lugar, Guillermo Soler Rodríguez sí era funcionario de esa entidad y había sido delegado para este efecto, pero tal atribución feneció sin que se hubiera cumplido por la Gobernación el protocolo que ello demandaba; en segundo término, esa situación fue

subsana cuando la entidad firmó documentos con los cuales ratificó el acuerdo, como el acta de inicio, las actas de suspensión y adición del convenio, por demás, la Fiscalía no demostró que quien firmó tal documento careciera de la capacidad de comprometer a dicha entidad y, finalmente, ello fue superado con el curso del tiempo, según lo normado en el artículo 46 de la Ley 80 de 1993.

Se opuso al alegato de la Fiscalía relacionado con que el convenio constituyó una administración de recursos públicos, porque a pesar de algunas subcontrataciones ello no apareja esa conclusión, máxime que la prohibición de administración de recursos surgió con la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, la cual no resulta aplicable a este asunto.

Afirmó que el cronograma de contratación era el Plan Anual de Adquisiciones de la Ley 1474 de 2011, desarrollado por el Decreto 1082 de 2015, normatividad que tampoco regía para la época de los hechos.

Concerniente a la adición al convenio señaló que no fue tramitada ni suscrita por su asistido sino por el Secretario de Educación Alejandro Martín Rozo Gaeth, luego de los estudios de planeación elaborados por Enrique Váquiro Capera, sin que el ente acusador hubiera precisado cuál fue el incumplimiento en que incurrió el gobernador respecto del deber de vigilancia, control y seguimiento de la función delegada, máxime cuando la exigencia del acatamiento a un cronograma de contratación no era atendible en ese

momento, porque surgió posteriormente con la Ley 1150 de 16 de julio de 2007.

Cuestionó que la Fiscalía afirmara que el objeto de la adición fue la implementación de un sistema regional de evaluación para el departamento de Tolima, porque el propósito fue la adquisición de material para las pruebas SABER e ICFES, tal como se deriva del documento de planeación elaborado por Enrique Váquiro Capera y Alejandro Martín Roza Gaeth, ratificado en la declaración del primero de los citados cuando indicó que la finalidad fue cumplir un componente del proyecto macro, jamás la realización de todo el contenido del Plan de Desarrollo, imprecisión con la cual la Fiscalía se apartó de la postulación de los hechos jurídicamente relevantes para partir de la errada premisa que con la adición se buscaba que la SECAB implementara el sistema regional de evaluación de la educación en el departamento de Tolima.

Que por las necesidades en educación, ante el bajo desempeño de los estudiantes en las pruebas de Estado, identificadas en el "*Plan de Desarrollo 2006-2007-Tolima Solidario*", desarrolladas en el eje estratégico 1, subprograma de Educación en Competencias, se cumplió con el presupuesto de planeación de la adición al Convenio 336 de 2007, distante de la afirmación del fiscal de que esta no fue antecedente sino posterior.

Arguyó que sí se ejecutaron los simulacros de las pruebas de Estado contratadas en la adición al convenio,

pues, según el oficio de 6 de septiembre de 2007, Marianella Figueroa Reyes remitió a Enrique Váquiro Capera los formularios diligenciados de las pruebas SABER, entregados por los directivos de las instituciones educativas del departamento, situación ratificada en el oficio suscrito por el Secretario de Educación a los alcaldes convocándolos a la socialización de los resultados del aludido simulacro.

Según el defensor, su asistido firmó el convenio bajo el convencimiento que actuaba en el marco de la legalidad, porque la SECAB era un ente aprobado legalmente que de tiempo atrás operaba en el Departamento de Tolima, además, en el año 2005 se había suscrito con tal ente el Convenio Marco de Cooperación y Asistencia Técnica para la gestión de programas y proyectos del Plan de Desarrollo y otros que propendieran al fortalecimiento institucional del departamento, tal como lo reveló en juicio el Gobernador que le antecedió, Carlos Guillermo Aragón Farkas, y que precisamente por esa confiabilidad, se configuraría un error de tipo.

Enfatizó en que la Dirección de Contratación de la Gobernación del Tolima exigía unos altos estándares de calidad para los abogados que allí laboraban, siendo su competencia *“verificar que los procesos contractuales se cumplan siguiendo los parámetros de la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios”* y *“evitar la celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales”*, por lo que, en su criterio, tal responsabilidad no se puede transmitir al Gobernador.

Para sustentar el convencimiento sobre la legalidad del convenio hizo énfasis en el testimonio de la ex Directora de Contratación, Nohora Esperanza Luna Perdomo, cuando manifestó que la postura jurídica de esa dependencia obedeció a que el convenio devenía del acuerdo marco, por lo que se acogieron los planteamientos y el aval jurídico que tenía el original.

Por último, reparó en que la abogada Olga Lucía Liévano en su testimonio se mostró ajena al desarrollo de la etapa precontractual, su concepto no fue entregado directamente a FERNANDO OSORIO CUENCA, a más de lo cual, precisó que no era vinculante y podía ser objeto de diversas interpretaciones.

Y en cuanto al delito de *peculado por apropiación*, adujo que la Fiscalía erró sobre la naturaleza jurídica de la SECAB al tenerla como un órgano público, pues claramente sus recursos tienen una connotación privada.

En la misma línea de pensamiento, desacreditó la manifestación de la perito contable, Merlys Rodríguez Carmona respecto de las técnicas que dijo empleó cuando ella misma inicialmente dijo que sus conclusiones arrojaban certeza, pero luego reconoció que su análisis fue de meras estimaciones, además, no tuvo en cuenta el cobro al gravamen a los movimientos financieros, ítem tributario de ineluctable revisión, lo cual mina la calidad de tal valoración.

Por su parte, el procesado en su alegación final en la audiencia de juicio oral señaló haber sufrido una grave afectación derivada del trámite de este proceso, indicando que por su ascendencia en el sector privado de la economía sus colegas se han desmotivado a incursionar en la vida pública, en la cual se desligan los matices de cumplimiento y responsabilidad propios de la empresa, a unos estrictamente políticos que no refrendan el ánimo de gestión y colaboración con el que se llega.

Aceptó que es probable la incursión en errores sin que los mismos puedan dar pie a su criminalización, máxime cuando existen miles de delitos impunes, destacando que por su entereza y carácter ha asumido diligentemente este proceso en aras de evitar su condena, la cual, de llegar a imponerse sería a morir por ser una persona de la tercera edad con graves antecedentes médicos.

4.3. Defensa de BARRETO QUIROGA

En su teoría del caso prometió probar que su asistido se apegó al contenido de los artículos 355 de la Constitución Política y 13 de la Ley 80 de 1993 al cubrir las necesidades de la población del Departamento, sin que se hubiera evidenciado algún menoscabo para el erario, pues no le era exigible hacer efectiva la póliza, ya que los secretarios de Educación, Salud y Desarrollo Físico, como supervisores, estaban encargados de vigilar el cumplimiento de los compromisos adquiridos, por demás, la etapa de liquidación fue acompañada por la directora de Control Interno.

Para el defensor, la Fiscalía confundió la naturaleza jurídica de los Convenios Interinstitucionales de Apoyo con los contratos de obra, de suministro o de tracto sucesivo, donde no se perciben ingresos o beneficios para el cooperante al carecer de ánimo lucrativo, pues busca un fin social común con el ente territorial, de ahí que la liquidación no se puede revisar al amparo de las disposiciones habituales de contratación contenidas en la Ley 80 de 1993.

Aseguró que con la Resolución 0227 de 2009, BARRETO QUIROGA cumplió con los requisitos legales y acató las recomendaciones formuladas por la Contraloría General de la República y, contrario a lo indicado por la Fiscalía, sí tuvo en cuenta los balances técnicos y jurídicos, lo que eliminaría algún detrimento patrimonial del departamento.

Puso de relieve que por el amparo diplomático a la SECAB no se pudieron establecer los intereses bancarios de sus cuentas, solo se captó la información consignada en internet de los rendimientos financieros sobre los recursos entregados en el marco del convenio, destacando la calidad privada de los recursos de ese organismo, por cuya omisión en la entrega no se le puede atribuir a su asistido el punible de *peculado por apropiación*.

En cuanto al ingrediente subjetivo del tipo de *prevaricato por omisión*, adujo que acreditaría que BARRETO QUIROGA desconocía las presuntas irregularidades atribuidas a la liquidación del convenio.

Con base en lo anterior, en sus alegaciones finales solicitó absolver a su asistido al no haberse acreditado su actuar doloso, pues contrariamente se mostró su constante intención de respetar la normatividad, acogerse a los procedimientos y soportar sus decisiones en los ponderados razonamientos del personal que lo asistió.

Que la Fiscalía confundió la naturaleza jurídica de los Convenios Interinstitucionales de Apoyo con los contratos de obra, de suministro o de tracto sucesivo, donde no se perciben ingresos o beneficios para el cooperante al carecer de ánimo lucrativo, pues busca un fin social común con el ente territorial, de ahí que la liquidación no se puede revisar al amparo de las disposiciones habituales de contratación contenidas en la Ley 80 de 1993.

Cuestionó que el ente investigador no hubiera presentado en juicio al representante legal o funcionarios de la SECAB a fin de precisar los términos en los que fueron convocados a la liquidación del convenio y cuál fue su participación en tal actividad, omisión que privó a la defensa de la posibilidad de conocer, desde esa perspectiva, los pormenores del trámite, surgiendo insalvables dudas que deben ser resueltas a favor de su asistido.

Explicó tras el silencio de ese organismo multinacional ante los varios oficios enviados por la gobernación, demostrativos del ánimo de lograr la devolución monetaria de los recursos no ejecutados, se arribó a la liquidación unilateral, ordenándole retornar al departamento la suma de

\$54.819.031,00 monto que efectivamente fue restituido el 26 de mayo de 2010, con lo cual se desvirtúa el delito de *peculado por apropiación*.

Puntualizó que la Fiscalía se basó en el incumplimiento de la SECAB, no así en lo ejecutado por la Gobernación a cargo de BARRETO QUIROGA en lo referente a la liquidación del convenio, pasando por alto la diligencia con la que actuó, de manera que el instructor tomó una parte de la historia, la que logró captar en las dependencias administrativas del ente territorial.

Aseveró que tampoco la Fiscalía probó el incumplimiento de la SECAB al Convenio 336 de 2007 ni a su adición, motivo por el que no le era exigible a OSCAR BARRETO QUIROGA declararlo, máxime cuando fue la práctica probatoria la que dio cuenta de su acatamiento, tal como lo declaró Alejandro Martín Rozo Gaeth, supervisor del convenio, cuando expresó que los propósitos de su suscripción se cristalizaron con la entrega de los bienes adquiridos, con equipos de altísima calidad y la mejora en la educación del departamento, agotando así los recursos entregados por la Gobernación.

Y que contrario a la declaratoria de incumplimiento, según el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, como lo ha desarrollado la jurisprudencia del Consejo de Estado, corresponde declarar la caducidad, la cual al haber expirado el plazo para la ejecución era jurídicamente inviable adelantar, por lo que surgía imperioso el trámite de la

liquidación, como efectivamente lo dispuso BARRETO QUIROGA.

Dijo que con el testimonio de Merlys Rodríguez Carmona, perito presentada por la Fiscalía, no se logró evidenciar algún detrimento patrimonial, pues no realizó inspección judicial a las dependencias de la SECAB, admitiendo que hizo estimaciones contables que no pueden arrojar certeza, por demás, apartó de su análisis la valoración sobre la naturaleza pública o privada de tal organismo, no tuvo en cuenta el gravamen a los movimientos financieros, los comprobantes de entrada de los devolutivos 694 y 695 de 2007, ni el informe técnico financiero de la Contraloría General de la República, desconociendo incluso la diferencia conceptual entre las tasas de captación y las de colocación.

Tras citar la declaración de Carlos Francisco Parra Sandoval, Secretario de Educación Departamental para la época de la gobernación de BARRETO QUIROGA, cuando informó que desde su ingreso estuvo al tanto de la culminación del Convenio 336 de 2007 y del trámite de la liquidación, reprochó la interpretación de la Fiscalía del proceder de su asistido, toda vez que para declarar el incumplimiento de un contrato estatal debe ajustarse al contenido del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, sin que baste un informe de supervisión o interventoría, pues debe estar acompañado de un análisis serio y profundo efectuado en vigencia del convenio y no con posterioridad al mismo, pues allí, entonces, lo único que procede es su liquidación.

Que de esa manera, el ente acusador omitió indagar eventuales trámites surtidos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para dirimir el incumplimiento del convenio, escenario natural para esta discusión, de ahí que al no estar declarado como nulo, tanto el convenio, su adición y los actos administrativos derivados del mismo están amparados por la presunción de legalidad.

En punto a la exigibilidad de hacer efectiva la póliza, sostuvo que la naturaleza del convenio no imponía la obligación de extender su vigencia hasta su liquidación y, en caso de ser así, tal responsabilidad no recaía en la Gobernación, sino en la SECAB, situación de la que además debían estar al tanto los supervisores del convenio, no el Gobernador.

Citó el testimonio de John Jairo Peña Ocampo, director del Departamento Administrativo de Asuntos Jurídicos de la Gobernación del Tolima para la época de los hechos, quien revisó el acta de liquidación y plasmó el visto bueno a la Resolución 0227 de 6 de noviembre de 2009, para resaltar que tal proceso surtió los pasos y fundamentos suficientes para su aprobación, añadiendo que Martha Patricia González fue la profesional designada por BARRETO QUIROGA para dirigir la liquidación del convenio, siendo Armando León Barros, funcionario de la Dirección de Asuntos Jurídicos quien proyectó el acta de liquidación, en un trabajo mancomunado que, luego de su aprobación, pasó para la firma del acusado.

Del mismo testimonio, resaltó la apreciación de la resolución de liquidación como un acto administrativo complejo, para cuya confección no era necesaria la valoración de un balance técnico ni jurídico, así como tampoco del análisis de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de bienes que ahora extraña la Fiscalía, pero en todo caso estuvo precedido de los estudios y aprobaciones de los supervisores y del personal jurídico del ente territorial, quienes jamás avizoraron alguna inconsistencia o irregularidad.

De otro lado, frente al delito de *peculado por apropiación* a favor de terceros, indicó que la Fiscalía lo soportó erradamente como consecuencia de los ilícitos de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* y *prevaricato por omisión*, por demás, no es la vía judicial la preferente para liquidar un convenio, pues luego de la forma bilateral, es la unilateral la que debe agotarse, como en efecto ocurrió en este caso.

Y que el 4,5% fijado en favor de la SECAB por administración en la adición al convenio fue fruto de la autonomía de la voluntad en la contratación estatal, principio establecido en la Ley 80 de 1993, avalado jurisprudencialmente por el Consejo de Estado cuyo acatamiento era exigible a la Gobernación en el proceso de liquidación.

Por último, puntualizó que los bienes de la SECAB no tienen naturaleza pública y por ello, su apropiación no constituye el delito enrostrado.

El procesado BARRETO QUIROGA se abstuvo de presentar alegato de clausura.

4.4. Representante de víctimas

La apoderada del Departamento de Tolima acogió en su integridad los planteamientos de la Fiscalía, mostrando su conformidad con la petición de sentencia condenatoria en contra de ambos enjuiciados.

4.5. La Delegada del Ministerio Público

i). En cuanto a la responsabilidad penal de OSORIO CUENCA en el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, sostuvo que el Convenio Marco de Cooperación y Asistencia Técnica, suscrito en noviembre de 2005 con la SECAB, fue utilizado en el año 2007 por la Gobernación como el mecanismo para contratar en forma directa, apartándose no sólo de los fines de aquél, sino de lo normado en la Ley 80 de 1993.

Tildó de contradictorio que se hubiera contratado a la SECAB con el fin de adquirir bienes que estaban en el mercado local, entregándole incluso el anticipo del 100% del convenio, a pesar de las advertencias que el área jurídica del ente territorial efectuó sobre la ilegalidad que tal acto

revestía, situación reiterada al suscribir el convenio adicional, al que no solamente concurren esas deficiencias, sino que versó sobre un objeto totalmente ajeno al original, adicionando el presupuesto público en cuantía superior al cincuenta por ciento (50%) del Convenio 336.

Respecto del delito de *peculado por apropiación*, adujo que de las pruebas practicadas es predicable que por el incumplimiento a las obligaciones derivadas del Convenio 336, la SECAB se hizo a recursos públicos derivados de los rendimientos financieros producidos por los dineros a ella entregados; los montos que recibió y se abstuvo de ejecutar; el 4,5% de los dineros reconocidos en la adición al convenio a título de administración, tarea que no ejerció, por los cuales deberá responder el acusado.

Y solo en relación con los \$248.000.000 que tal organismo se comprometió a entregar pero que tampoco cumplió, dijo que, al no tener naturaleza pública, su apropiación no puede constituir el delito de *peculado por apropiación*.

ii). En relación con OSCAR BARRETO QUIROGA, solicitó declarar su responsabilidad por el ilícito de *prevaricato por omisión*, al haber dejado de ejecutar la póliza presentada por la SECAB como garantía a las obligaciones contraídas en el Convenio 336 de 2007 y su adición, así como por el punible de *peculado por apropiación*, pues sin mediar consideración alguna con la liquidación libró a la SECAB de muchas de las obligaciones a su cargo, derivando

en un detrimento patrimonial ilícito a favor de dicho organismo, lo hace responsable del mismo.

Contrariamente, deprecó sentencia de carácter absolutorio respecto del punible de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, dado que como gobernador no concurrió a la celebración o ejecución del Convenio 336 de 2007, ni su adición.

5. AUDIENCIA DE INDIVIDUALIZACIÓN DE PENA Y SENTENCIA

Al haber anunciado en el sentido de fallo que se declaraba inocente de los cargos formulados a OSCAR BARRETO QUIROGA, pero culpable a FERNANDO OSORIO CUENCA del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, en delito continuado, y *peculado por apropiación a favor de terceros agravado*, pues se precisó que respecto del primer punible no era posible mantener la figura concursal de carácter homogéneo anunciada por la Fiscalía en la acusación por no haber delimitado con claridad de cada acto constitutivo del comportamiento plural, configurándose contrariamente un delito continuado, se realizó la audiencia de individualización de pena y sentencia con el fin de conocer sus condiciones personales, sociales, familiares y modo de vida de éste último, así como escuchar las solicitudes relacionadas con la fijación del quantum punitivo y la posible concesión de subrogados o sustitutos penales, en desarrollo

de la cual las partes e intervinientes manifestaron lo siguiente:

5.1. La Fiscalía, tras advertir que el procesado cuenta con 75 años de edad, carece de antecedentes penales y ha atendido todos los llamados que le ha hecho la justicia cuando ha sido requerido, adujo que para la viabilidad de sustituirle la prisión intramural por la del lugar de residencia basada en la edad, según lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, se debe atender el precedente de la Corte Constitucional en sentencia C-318 de 2008, según el cual, es necesario demostrar que la ubicación del condenado en el lugar de residencia satisface las finalidades de la pena, situación que aquí no ocurre.

Y que de concederle el mismo beneficio por las posibles enfermedades que lo aquejan se requiere un dictamen médico oficial, siendo insuficientes las historias clínicas aportadas relacionadas con los padecimientos físicos que pueda presentar.

Por último, destacó que por expresa prohibición legal para los delitos de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* y *peculado por apropiación* cuando la cuantía supera los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, no procede ningún tipo de beneficio.

5.2. El defensor de OSORIO CUENCA puso de presente que éste no cuenta con antecedentes penales, disciplinarios

ni fiscales y actualmente se dedica a programas radiales desarrollando temas de paz y convivencia, seguidamente hizo hincapié en la situación de la hija del procesado, Laura Constanza Osorio Escobar, al padecer trastorno afectivo bipolar, quien en declaración extra procesal manifestó que su padre ha motivado su desarrollo personal y profesional, siendo un referente de tranquilidad, acompañándola siempre en sus crisis maniaco depresivas, quien dio cuenta además de las diferentes complicaciones médicas que ha sorteado la familia, como la de su hermano Luis Fernando Osorio Escobar, fallecido el pasado 23 de septiembre de 2021 y a quien OSORIO CUENCA le había donado un riñón cuando aquél contaba con 18 años de edad.

Tras destacar las historias clínicas de somnología, nefrología, cardiología y neurología de las que se establece que OSORIO CUENCA: *i)* sufrió un infarto y presenta arritmia cardíaca; *ii)* padece de hipertensión crónica; *iii)* solo tiene un riñón; y *iv)* le fue diagnosticada apnea de sueño severa, que ante una saturación de oxígeno del 80%, debe iniciar tratamiento mediante el uso de CPAP¹, en criterio del defensor, ello sería incompatible con la vida en reclusión formal.

Finalmente, señaló que su asistido siempre ha estado presto a acudir a todas las audiencias, no representa un peligro para la sociedad, no tiene motivos para huir, pues toda su familia se encuentra en el país y es un apoyo

¹ CPAP por sus siglas en inglés, *continuous positive airway pressure* (presión positiva continua en la vía aérea).

incondicional para su hija, pidiendo se estudie la posibilidad de otorgarle la prisión domiciliaria en una interpretación *pro homine* del numeral 2° del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, teniendo en cuenta que para la fecha de ocurrencia de los hechos, no estaban vigentes las restricciones frente a la concesión de este instituto.

5.3. El acusado OSORIO CUENCA luego de avalar lo expuesto por su abogado y resaltar que en los últimos meses ha pasado por dos situaciones que lo afectaron fuertemente, como la muerte de su hijo y la decisión adoptada por esta Sala, afirmó que para afectarlo con medida de aseguramiento privativa de la libertad se tuvo en cuenta el monto del peculado atribuido por la Fiscalía, el cual según el sentido de fallo ha sido reducido por la Corte Suprema de Justicia, monto que también haría viable el cumplir la pena en su domicilio, acompañado de sus familiares.

5.4. El delegado del Ministerio Público avaló la solicitud de la defensa y deprecó a la Sala estudiar la posibilidad de aplicar lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, teniendo en cuenta el estado de salud y la situación personal y familiar de OSORIO CUENCA.

5.5. La representante de víctimas afirmó unirse a lo expuesto por la Fiscalía, el Ministerio Público y la defensa.

5.6. El apoderado de OSCAR BARRETO QUIROGA mostró su conformidad con la solicitud de conceder a OSORIO CUENCA el derecho a purgar la pena en el lugar de

su residencia por las patologías que padece y el sufrimiento moral que afronta.

5.7. OSCAR BARRETO QUIROGA acogió lo dictado por su apoderado y la defensa del coprocesado.

5.8. Finalmente, la Sala ordenó al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses valorar la situación clínica del condenado para determinar la compatibilidad de su tratamiento con la vida en reclusión, el cual, una vez practicado, fue allegado el pasado 3 de noviembre del año en curso.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2018, el cual modificó los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política, la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer sobre el presente asunto, en la medida que el numeral 5° de la última norma citada, asigna a esta Corporación el juzgamiento de los Gobernadores.

La acusación se surtió en la Fiscalía Delegada ante la Corte, órgano competente para investigar y acusar a los Gobernadores y conforme con las estipulaciones probatorias, además del sustento documental aportado con las mismas, surge diáfano que FERNANDO OSORIO CUENCA y OSCAR

BARRETO QUIROGA ostentaron el cargo de Gobernadores del departamento de Tolima, el primero para el periodo del 24 de diciembre de 2005 al 31 de diciembre de 2007 y el segundo, del 1° de enero de 2008 al 31 de diciembre 2011, constando que los cargos contenidos en la acusación versan por conductas punibles acaecidas en tales períodos, lo que verifica su condición foral y, en consecuencia, la competencia de esta Sala para emitir sentencia de primer grado.

6.2. Requisitos para condenar

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 372 y 381 de la Ley 906 de 2004, para proferir sentencia condenatoria se requiere que la prueba practicada en el juicio oral conduzca a un grado de conocimiento que supere la duda razonable acerca de la existencia del delito contenido en la acusación y la responsabilidad del procesado en el mismo, sin que se pueda fundamentar de manera exclusiva en pruebas de referencia.

En armonía con lo anterior, se requiere dar pleno cumplimiento a las previsiones de los artículos 379 y 380 del mismo ordenamiento adjetivo, según los cuales, se debe hacer una valoración conjunta y concatenada de las pruebas, tanto las de cargo como las de descargo confrontándolas y comparándolas entre sí, dando cumplimiento a los postulados que integran la sana crítica —principios lógicos, leyes de la ciencia y reglas de experiencia—, sin desconocer que opera el principio de la libertad probatoria, consagrado en el artículo 373 *idem*.

No obstante, siempre habrá de primar la garantía fundamental de la presunción de inocencia, contemplada en el artículo 29 de la Constitución Política y reconocida en Instrumentos Internacionales (Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 11; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.2), de ahí que la Fiscalía corra con la carga de probatoriamente llevar a las autoridades judiciales en materia penal al nivel de conocimiento con el que se puedan entender cumplidos los requisitos para emitir sentencia de condena.

6.3. Del caso en estudio

Tal y como se postuló al momento de anunciar el sentido del fallo, dado que los hechos están relacionados con el Convenio Interinstitucional de Cooperación y Asistencia Técnica Internacional y de Cooperación para la Adquisición de Infraestructura Tecnológica celebrado entre la gobernación de Tolima y la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello – SECAB—, y su posterior adición, la Sala analizará en primer lugar la naturaleza jurídica de este organismo y su funcionamiento en Colombia, baremo que servirá para auscultar las incidencias del trámite, celebración y liquidación, así como determinar el alcance de la actividad probatoria por las prerrogativas que tiene al ser un organismo internacional.

Cumplido lo anterior, para establecer la eventual participación y responsabilidad atribuible a los procesados, al estar acusados por hechos sucedidos en momentos distintos, siguiendo el orden cronológico, se revisará en primer lugar el actuar de FERNANDO OSORIO CUENCA para luego abordar la situación de OSCAR BARRETO QUIROGA.

6.3.1. De la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello -SECAB- y el Convenio 336 de 2007

En la primera reunión de Ministros de Educación de la Región Andina, celebrada en Bogotá en enero de 1970, se suscribió el Convenio Andrés Bello, con la participación, en ese entonces, de los Ministros de Educación de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela. Años después se adhirieron Panamá (1980) y España (1982). Dicho convenio fue aprobado en Colombia a través de la Ley 20 del 29 de noviembre de 1973.

Mediante la Ley 122 de 1985 se aprobó el Acuerdo celebrado entre el Gobierno de Colombia y la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello (SECAB), suscrito el 4 de septiembre de 1972, en el cual, además de fijar como sede de ese organismo la ciudad de Bogotá, se estableció la inmunidad de sus directivos de nacionalidad distinta a la colombiana en la forma reconocida a los funcionarios diplomáticos acreditados ante el Gobierno Nacional (art. 1°); la inmunidad de jurisdicción de sus bienes (art. 6°); la exención de registro, requisición, confiscación, expropiación y de cualquiera otra forma de injerencia, sea por acción legislativa, administrativa,

judicial o ejecutiva de sus bienes y haberes (art. 7°); así como la inviolabilidad de sus archivos y documentos (art. 8°). Se precisó que la inmunidad y las prerrogativas diplomáticas para el Secretario Ejecutivo de la SECAB, cuando no fuera colombiano, corresponderían a las previstas en la *Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados de las Naciones Unidas* (art. 16), destacando que se conferirían “*en exclusivo interés de la SECAB y no para ventaja personal de los beneficiados*” y que “*La SECAB y sus funcionarios cooperarán en todo momento con las autoridades colombianas para facilitar la recta administración de la justicia, asegurar la observancia de los reglamentos de policía y evitar cualquier abuso en el ejercicio de las prerrogativas e inmunidades reconocidas en el presente Acuerdo*” (art. 17). El posterior Decreto 1952 de 1986 declaró la vigencia de tal acuerdo para Colombia.

Para su fortalecimiento, en Madrid en noviembre de 1990, se suscribió el Convenio Andrés Bello de Integración Educativa, Científica, Tecnológica y Cultural, y como consecuencia de ello en el ordenamiento patrio fue expedida la Ley 20 de 1992, en cuyo articulado se señaló que la Organización tendría personalidad jurídica internacional (art. 9°) con las facultades de: *a) Celebrar acuerdos con Estados y Organizaciones Internacionales; b) Adquirir, arrendar y disponer de bienes y servicios y en general celebrar todo tipo de actos y contratos; y c) Ser parte en procesos legales e iniciar procedimientos jurídicos.*

Los órganos que la integran son: *i)* La Reunión de Ministros; *ii)* La **Secretaría Ejecutiva**; y *iii)* Las Comisiones Técnicas de Educación, de Ciencia y Tecnología y de Cultura.

De la **Secretaría Ejecutiva** se indicó que su titular sería el representante legal de la Organización, órgano al que le atribuyeron las siguientes funciones:

- a) Ejecutar las políticas de la Organización;*
- b) Preparar la Reunión de Ministros;*
- c) Cumplir y hacer cumplir las resoluciones y demás acuerdos de la Reunión de Ministros;*
- d) Administrar el Fondo de Financiamiento de la Organización;*
- e) Preparar la propuesta de Programa-Presupuesto de la Organización;*
- f) Coordinar las actividades de los órganos y entidades especializadas;*
- g) Mantener las relaciones de la Organización con terceros países y organismos nacionales e internacionales;*
- h) Las demás funciones que determine la Reunión de Ministros².*

En el artículo 25 se consagró que la Organización gozaría en el territorio de cada uno de los Estados miembros, de los privilegios e inmunidades necesarios para el ejercicio de sus funciones y para el logro de sus objetivos. Así mismo, que los representantes de los Estados miembros, **el Secretario Ejecutivo y el personal de la Secretaría Ejecutiva** y de los demás órganos, gozarían de los privilegios e inmunidades necesarios para desempeñar con independencia las funciones relacionadas con la Organización consagradas en la "Convención sobre prerrogativas

² Artículo 15.

e inmunidades de los Organismos Especializados de las Naciones Unidas”.

Precisamente, la Ley 62 de 1973 aprobó, entre otras, la *Convención sobre Privilegios e Inmunidades de los Organismos Especializados de las Naciones Unidas*, en la cual se consagra que tales entidades disfrutarían de inmunidad de toda jurisdicción (Sección 4); sus locales serán inviolables (Sección 5); sus bienes y haberes estarán exentos de registro, requisición, confiscación, expropiación y de cualquier otra forma de injerencia, sea por acción ejecutiva, administrativa, judicial o legislativa. En tanto que los archivos y documentos que les pertenezcan o se hallen en su posesión serán inviolables (sección 6).

Se destacó que los privilegios e inmunidades se otorgarían a los funcionarios únicamente en interés de los organismos especializados y no en su beneficio personal (sección 22); y que cada organismo cooperará en todo momento con las autoridades competentes de los Estados miembros para facilitar la adecuada administración de la justicia, asegurar el cumplimiento de los reglamentos de Policía y evitar todo abuso en relación con los privilegios, inmunidades y facilidades (sección 22).

La anterior reseña normativa permite precisar que la SECAB, órgano ejecutivo del Convenio Andrés Bello, como sujeto de Derecho Internacional, creado mediante la acción conjunta de varios Estados, con funciones específicas en interés común, tiene prerrogativas en las aristas personal,

real y funcional, estableciendo limitaciones a Tribunales y jueces para conocer determinados asuntos.

Para delimitar esos privilegios, el tópico de la inmunidad de jurisdicción fue abordado por la Corte Constitucional en sentencia C-137 de 1996, cuando señaló: ***“las prerrogativas e inmunidades otorgadas no son, ni pueden ser, totales o absolutas. Ningún Estado constitucional estaría en capacidad jurídica de otorgar plena inmunidad a todo agente de un gobierno extranjero o representante de un organismo de derecho internacional, respecto de cualquier actividad que cumpla en su territorio, pues ello implicaría sacrificar las atribuciones que le competen como estado libre y soberano para asegurar la defensa de los derechos de las personas sometidas a su jurisdicción. De la misma manera, a la luz del artículo 13 de la Carta, tampoco sería posible afirmar que toda prerrogativa es legítima. Para que la concesión de estos derechos y beneficios especiales resulte constitucional, se requiere que concurra la defensa de los principios de independencia, soberanía e igualdad - reciprocidad - entre los Estados. Son estos principios y no una mera liberalidad o una imposición del derecho internacional, los que tornan legítimas e incluso necesarias las garantías y privilegios que se conceden a funcionarios de Estados extranjeros o de organismos internacionales en el territorio de cada Estado”*** (destacado ajeno al texto).

Con tal perspectiva, se ha de entender que los privilegios y prerrogativas son para la organización de derecho público internacional y su representante, y sólo respecto de lo que sea necesario para el cumplimiento de su misión; a contra cara, cuando se trata de actos que no guardan nexo para los fines que fue creada, no opera la veda para Tribunales y jueces de conocer de tales asuntos, siendo por lo mismo pasible de la acción judicial patria.

En esa arista de delimitación de la inmunidad de jurisdicción, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en proveído de 26 de marzo de 2009, radicación 25000-23-26-000-2006-02062-01(34460), acogió el criterio objetivo – finalista adoptado por la Corte Constitucional para interpretar las cláusulas de inmunidad jurisdiccional de los órganos internacionales: *“de manera que la simple inclusión de la prerrogativa en el instrumento de derecho internacional no implica que se encuentre excluida absolutamente de la jurisdicción interna del Estado, por cuanto la inmunidad debe entenderse concedida en el contexto de la finalidad para la cual fue creada, que no es otro distinto que permitir al organismo desarrollar las funciones que le son inherentes, con autonomía e independencia, para evitar que agentes externos entorpezcan su objeto, de suerte que cuando la cláusula se torne ambigua, abstracta o abarque supuestos indeterminados, el juez deberá interpretarla atendiendo los criterios expuestos y la lógica de lo razonable para establecer el alcance de la misma y evitar así la mengua indirecta e innecesaria de derechos fundamentales de los habitantes del territorio colombiano, como el acceso a la administración de justicia y de atributos inherentes al Estado como la soberanía e independencia ya que, de hecho, la simple concesión de las inmunidades implica la cesión de éstos en alguna proporción”*.

En igual sentido, la Sección Tercera, Subsección B, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esa misma Corporación, en providencia de 29 de mayo de 2014, radicación 25000-23-25-000-1999-01854-01(27146), señaló que la prerrogativa de inmunidad jurisdiccional que cobija a la SECAB como organismo intergubernamental, reconocida a través de la Ley 122 de 1985, no es absoluta: *“La Sala hace suyas las consideraciones expuestas en providencia de 26 de marzo de 2009, en cuanto si bien esta Sala encontró que, de conformidad con el Acuerdo suscrito el 4 de septiembre de 1972 y la Ley 122 de 1985, el Convenio Andrés Bello es un organismo internacional de derecho público,*

para la integración educativa, científica, tecnológica y cultural, que integra a Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, España, Canadá, Perú y Venezuela, con personería jurídica reconocida por el gobierno nacional, al tiempo que goza de inmunidad jurisdiccional, esta no opera en todos los casos y bajo cualquier circunstancia. (...) En este panorama, al margen de la finalidad del organismo internacional, es claro que la inmunidad de la que goza el Convenio Andrés Bello habrá de valorarse en cada caso, conforme al alcance de las previsiones contenidas en las Leyes 20 de 1992 y 122 de 1985, teniendo presente que como privilegio, se aplican con restricciones, pues lo general es la sujeción de todas las personas naturales y jurídicas a la jurisdicción nacional, pues lo contrario implicaría poner en riesgo el principio de acceso a la administración de justicia e igualdad de los asociados ante las cargas públicas" (subrayas no integradas).

Y la misma Sección Tercera, Subsección A, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en decisión de 28 de agosto de 2019, radicación 50001-23-31-000-2011-00366-01(62692), al conocer de una controversia de carácter contractual con ocasión del Convenio Marco de Cooperación y Asistencia Técnica, suscrito el 12 de octubre de 2005 entre la SECAB y la Empresa de Desarrollo Urbano de Villavicencio, así como del contrato de 31 de octubre de 2005, celebrado "mediante la carta de acuerdo del proyecto no. 001/05 cuyo objeto es el 'Diseño y construcción del acuparque en la ciudad de Villavicencio'", enfatizó su criterio hermenéutico relacionado con que no opera la inmunidad de jurisdicción que ampara a la SECAB cuando se advierte que el objeto de la controversia es ajeno a la finalidad intrínseca de ese órgano, contextos bajo los cuales no puede predicarse la eventual afectación de su autonomía e independencia funcional como entidad internacional, pues "Se ha entendido así que la actuación

desprovista de la connotación finalista para la que fue creada la organización internacional, equivale a la de un particular, 'por ausencia de objeto del principio de no injerencia'".

Concluyó esa corporación que si el contrato no guarda relación directa con los fines de la SECAB, ni tiene correspondencia con actividades en el ámbito de la integración educativa, científica, tecnológica y cultural entre los Estados miembros, no es aplicable la cláusula de inmunidad de jurisdicción.

Entonces, para esta Sala Especial será el contexto teleológico de buscar la integración de los Estados miembros en los ámbitos de la educación, cultura, ciencia y tecnología propendiendo por el desarrollo equilibrado y sostenible de los mismos, de cara a obtener beneficios mutuos y el progreso igualitario, el que permitirá establecer o excluir la inmunidad de jurisdicción de la SECAB como dependencia del Convenio Andrés Bello, encargada de ejecutar sus políticas.

6.3.2. Del Convenio y su adición

El 7 de mayo de 2007, entre la SECAB y la Gobernación del Tolima representada por FERNANDO OSORIO CUENCA se firmó el "CONVENIO INTERINSTITUCIONAL DE COOPERACIÓN Y ASISTENCIA TÉCNICA INTERNACIONAL PARA LA ADQUISICIÓN DE MOBILIARIO ESCOLAR (SILLAS UNIVERSITARIAS), PARA LA DOTACIÓN DE INSTITUCIONES Y CENTROS EDUCATIVOS DEL TOLIMA Y EL CONVENIO DE COOPERACIÓN PARA LA ADQUISICIÓN DE INFRAESTRUCTURA TECNOLÓGICA (EQUIPOS DE CÓMPUTO, DE IMPRESIÓN, PROYECCIÓN, VIDEO CÁMARAS, ESCANER, UPS Y

SOFTWARE) PARA LA GOBERNACIÓN DEL TOLIMA DENTRO DE LOS
PROYECTOS:

SECRETARÍA DE EDUCACIÓN:

- Dotación de elementos y materiales pedagógicos que apoyen los procesos educativos en las instituciones y centros educativos del Tolima.
- Apoyo a la organización y administración de recursos para la prestación del servicio educativo en el departamento de Tolima.

SECRETARÍA DE SALUD:

- Readecuación plataforma tecnológica y de sistemas de información para la Secretaría de Salud del Tolima.
- Garantía de la calidad en prestación de servicios de salud en las IPS del Departamento de Tolima.
- Asesoría y asistencia técnica, monitoreo y evaluación PAB y POS gestión de la salud pública.
- Proyecto reducción del impacto de los factores de riesgo del medio ambiente sobre la salud de la población tolimense —inspec. Vig y control de medicamentos, sustancias potencialmente tóxicas— eventos de interés en salud pública.
- Proyecto de fortalecimiento del sistema de vigilancia en salud pública del Departamento de Tolima.
- Proyecto maternidad segura en el Departamento de Tolima.
- Proyecto programa ampliado de inmunización PAI en el Departamento de Tolima.
- Prevención y control de las enfermedades crónicas y de las enfermedades prioritarias en salud pública.

SECRETARÍA DE GOBIERNO:

- Apoyo logístico a los Programas de Convivencia, Seguridad y Justicia de la Fiscalía General de la Nación, Seccional Tolima.
- Prevención y Atención de la violencia intrafamiliar en el departamento de Tolima.

SECRETARÍA DE DESARROLLO FÍSICO:

- Apoyo Institucional para el Diseño, Ejecución y Seguimiento de los Proyectos Viales del Departamento”.

El valor ascendió a \$1.271.861.000, “incluidos todos los costos, los cuales serán aportados por la gobernación, y la SECAB aporta \$128.000.000 representados en Bienes y Servicios”, en un plazo de tres meses “contados a partir de la suscripción del acta de iniciación previo trámite de perfeccionamiento y legalización”, acordando que el Departamento de Tolima desembolsaba el 100% del valor del convenio una vez suscrito, perfeccionado y legalizado.

Por ser un contrato con un organismo multilateral para el cual la gobernación comprometió recursos públicos y la SECAB también prometió aportes, se debe tener en cuenta que la Corte Constitucional en la sentencia C-249/04 al confrontar el contenido del inciso 4° del artículo 13 de la Ley 80 de 1993³, relacionado con los contratos estatales celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, al prever que pueden someterse a los

³ ARTÍCULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera.

Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.

reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes, precisó que ello tiene lugar única y exclusivamente cuando se trata de recursos percibidos por el Tesoro Público de parte de entes u organismos internacionales, destacando que tal inciso *“es enteramente inaplicable en relación con aquellos contratos relativos a recursos del presupuesto general de la Nación o de los presupuestos territoriales, cuando tales recursos no correspondan a donaciones o empréstitos. Así por ejemplo, esté inciso resulta inaplicable en relación con los contratos de administración de recursos estatales que las autoridades competentes no hayan aforado legalmente a título de donación o empréstito. Por lo tanto, al decir la norma que los respectivos contratos, (...) podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y ejecución y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes’, tal discrecionalidad sólo puede asumirse, y por ende, ejercerse válidamente, dentro de los precisos linderos de los contratos relativos a recursos percibidos de entes u organismos internacionales, lo cual usualmente ocurre a título de empréstito o de donación. Por ello mismo, toda interpretación en contrario del inciso en comento, únicamente podría propiciar una ejecución presupuestal extraña a la realización de los fines del Estado”*.

En el mismo cuerpo de la decisión se destacó el concepto previo emitido por el Procurador General de la Nación cuando puntualizó: *“Este Despacho no puede pasar por alto y reprochar la recurrente práctica de ciertas entidades estatales que pretendiendo darle alcance al inciso cuarto del artículo 13 de la Ley 80, canalizan la contratación a través de organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional, pero no con recursos de estos entes sino de la respectiva entidad pública, con el exclusivo fin de eludir soterradamente los procesos de licitación pública, y en general del estatuto contractual”*. (subrayas no integradas).

Así, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del inciso 4° *“en el entendido de que la discrecionalidad allí prevista sólo puede ejercerse válidamente, en relación con los contratos relativos a recursos percibidos de entes u organismos internacionales, esto es, en relación con contratos de empréstito, donación, asistencia técnica o cooperación celebrados por las respectivas entidades estatales con entes u organismos internacionales.*

Las anteriores precisiones normativas y jurisprudenciales le permiten a la Sala sentar como premisa que en este caso no es posible excluir o limitar el poder jurisdiccional interno, representado por el *ius puniendi*, para investigar y juzgar el presente asunto, pues no aplica la inmunidad de jurisdicción que ampararía a la SECAB, y son dos las aristas que la sustentan: *i)* por estar comprometidos dineros públicos; y *ii)* porque no se advierte nexo causal de objeto del convenio firmado respecto de las finalidades de la SECAB en Colombia, en cuanto no está enrutado a incentivar el desarrollo y equilibrio de los Estados miembros en relación con la educación, la cultura, la ciencia y la tecnología.

Evidentemente, en el convenio mediaron recursos públicos del orden departamental, de ahí que dando por descontado que no se está discutiendo en este caso el compromiso del director de la SECAB, sino de los Gobernadores del Tolima, se concluye que la cláusula de inmunidad de jurisdicción al no ser absoluta, no puede extenderse para este trámite penal, conclusión que viabiliza analizar las aristas documental y de bienes de esa entidad frente a los hechos investigados.

Ahora, no se advierte cómo la adquisición de mobiliario escolar y dotación de instituciones y centros educativos del Tolima, así como la adquisición de infraestructura tecnológica, tenga algún nexo con el carácter teleológico del Convenio Andrés Bello de aunar esfuerzos entre los Estados tendientes a fomentar el conocimiento recíproco y la fraternidad o lograr el equilibrio en el desarrollo educativo, científico, tecnológico y cultural para lograr el desarrollo integral de las naciones que lo integran.

Por lo tanto, esta Sala Especial concluye que la inmunidad de jurisdicción que ampara a la SECAB no puede ser aplicable en este caso, de ahí que manteniendo el Estado su ejercicio jurisdiccional, se abordará el estudio de los hechos estipulados y las pruebas practicadas:

6.3.3. De la materialidad en las conductas y la responsabilidad de FERNANDO OSORIO CUENCA

i) Contrato sin cumplimiento de requisitos legales

La Fiscalía General de la Nación cumplió su promesa de demostrar que en la tramitación y suscripción del Convenio 336 de 2007 y su adición se desconocieron las normas de contratación que imponían el desarrollo de un proceso de licitación para la adquisición de los bienes y servicios, no medió un estudio de necesidad, no coincidieron las finalidades aprobadas con los rubros asignados, la entidad cooperante no tenía la experiencia para cumplir las actividades contratadas y

quien firmó en nombre de ella no tenía la facultad de representarla, incluso la póliza presentada no cobijó el porcentaje que debía respaldar, y se hizo luego una adición totalmente desligada del convenio inicial, por cuantía superior a la permitida, entregando la totalidad de los recursos como anticipo.

Para el ente acusador, este trámite disfrazó un contrato de administración de recursos, proscrito en el sector público, llevándose a cabo caprichosamente a instancia del Gobernador, quien, actuando en asocio de otros servidores públicos, obvió las alertas de ilegalidad efectuadas no solo por la profesional Olga Lucía Liévano, adscrita a la Dirección Jurídica del departamento, sino por los tres funcionarios inicialmente designados como supervisores del convenio Alix Herrera Urrea por la Secretaría de Salud y Lyda Gicela Garzón Arévalo por la Secretaría de Educación y William Peña Gaitán por la Secretaría de Gobierno:

Inicialmente, la conducta atentatoria del bien jurídico de la administración pública de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* busca preservar los postulados que de raigambre constitucional la rigen (artículo 209), en cuanto además de estar al servicio de los intereses generales, debe cumplirse con apego a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, por eso la descripción típica del artículo 410 del Código Penal busca que los ámbitos de tramitación, celebración y liquidación de los contratos estatales se cumplan de acuerdo

con las normas que los rigen, sancionando al servidor público que se aparta de tales cauces legales.

Es sabido que para la estructuración de este ilícito es menester, 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, derivando estas como formas de comisión.

Es un injusto *de mera conducta*, en tanto para su materialidad no requiere un perjuicio concreto al bien jurídico tutelado y se trata de un tipo penal en blanco toda vez que es necesario integrar el supuesto fáctico con las normas que rigen la actividad contractual estatal.

Aquí, de la práctica probatoria resulta diáfano para esta Corporación que en el trámite y suscripción del Convenio 336 de 2007 y en su adición, se incurrió en un flagrante desconocimiento de los presupuestos legales que imperaban para el objeto de los mismos, como se explicará:

Aunque el defensor de OSORIO CUENCA pone de relieve que el aludido convenio fue fruto del Convenio Marco suscrito el 4 de noviembre de 2005 entre la Gobernación del Tolima y la SECAB, cuyo objeto era la "*Cooperación y asistencia técnica para coadyuvar a la gestión de programas y proyectos viables tanto del Plan de Desarrollo Departamental, como otros que propendan por el fortalecimiento institucional de la Gobernación del TOLIMA*", con una duración de cinco años, imponiendo a las partes obligaciones y cierto margen de discrecionalidad para su

empleo, sin que se definieran ámbitos específicos de atención o población beneficiada, es claro que tal amplitud no constituía una *patente de curso* para que con posterioridad se acudiera a la SECAB en aras de satisfacer todo tipo de necesidades, menos aún, para obviar los criterios y principios de la contratación estatal y de esta manera pretermitir procedimientos que habilitarían una contratación auténtica.

De acuerdo con lo sostenido y demostrado por la Fiscalía, no era necesaria una intermediación, ni presuponia el sometimiento al referido Convenio Marco para adquirir mobiliario escolar con destino a las instituciones educativas del departamento, así como infraestructura tecnológica como equipos de cómputo, de impresión, proyección, videocámaras, escáner, UPS y software para la Gobernación del Tolima.

Según lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, vigente para la época de los hechos, imperaba la selección objetiva, descrita como aquella que se hace *“sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”* imponiendo al servidor público el deber de efectuar *“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”*.

Así, en aras de obviar el proceso de licitación y selección objetiva, se acudió a la figura del Convenio de Cooperación y

Asistencia Técnica Internacional por el privilegio que el mismo suponía hacia el órgano cooperante para que ejerciera las tareas que requería la administración, descartando cualquier otro oferente que en un escenario de igualdad pudiera competir para hacerse contratista.

Y es que los convenios de cooperación implican que sus partes, y en especial el cooperante, participen con un ánimo estrictamente altruista y sin ningún interés de obtener ganancias, solamente el de atender las necesidades contenidas en el objeto del acuerdo, situación que en este asunto se ve desvanecida cuando son varios los precedentes que desdican de tal finalidad, como se pasa a exponer:

En primer lugar, la Gobernación solicitó a la SECAB allegar la *“oferta específica para la adquisición del mobiliario escolar”*, por ello, el 11 de diciembre de 2006 se recibió la oferta de servicios de cooperación y asistencia técnica en el componente de dotación escolar, dando pie para que el 21 de febrero de 2007 el ente territorial solicitara la expedición de una propuesta para la adquisición del mobiliario e infraestructura tecnológica con un ámbito de indeterminación en punto a la naturaleza, calidad y cantidad de lo que se requería.

Lo anterior se acredita en el oficio incorporado como prueba número 9 de la Fiscalía, respecto de la oferta de *“servicios de cooperación y asistencia técnica”* en el componente de dotación escolar: *“La SECAB ofrece a la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE TOLIMA la prestación de servicios de cooperación*

y asistencia técnica especializada y administrativa que apoyan el cumplimiento de los objetivos, y que, en su conjunto y desde una visión integral, coadyuvan al éxito de los objetivos relacionados con el Plan de Desarrollo "TOLIMA SOLIDARIO - 2006 - 2007" - EJE TEMÁTICO CRECIMIENTO DEL ÁMBITO ECONÓMICO."

Contrario a lo pregonado por la defensa de OSORIO CUENCA que la necesidad y estudios para la suscripción del Convenio 336 de 2007 se originaron desde la campaña a la gobernación, lo que propició la celebración del convenio fue la solicitud que el gobernador hizo a la SECAB para que allegara una oferta específica para la adquisición de mobiliario escolar.

De la lectura al documento denominado "*análisis de conveniencia para suscribir el convenio con la SECAB*", se extrae que su objeto consistió en: "*1.1. Adquirir computadores, impresoras, licencias office XP profesional y cámaras fotográficas digitales con el fin de apoyar programas de convivencia, seguridad y justicia de la Fiscalía General de la Nación en el departamento del Huila. 1.2. Adquisición de computadores, impresoras y UPS orientados al fortalecimiento de las comisarias de familia de los municipios del Espinal, Chaparral, Prado, Melgar, Purificación, Coello y Saldaña*".

Allí, se precisaron las características de los bienes a adquirir y se estimó su valor en \$119.500.000,00, a pesar de ello, en el Convenio 336 de 2007 se pactó la compra de mobiliario y elementos tecnológicos como computadores, impresoras, escáneres, cámaras fotográficas, entre otros, en volúmenes mucho mayores a los advertidos en el estudio de conveniencia, fijando su costo en la primera oportunidad en

\$1.336.900.000,00, siendo reducido en el acta modificatoria a \$1.271.861.000, además, se amplió el espectro de las adquisiciones para la compra de mobiliario escolar, consistente en 4.500 sillas unipersonales para la Secretaría de Educación.

Por otro lado, en el estudio de conveniencia se estableció que los proyectos se originaban en la Secretaría de Gobierno, tanto para el fortalecimiento de la Fiscalía como de las Comisariías de Familia. No obstante, en el Convenio 336 se evidencia otro contenido, pues los proyectos que se presentaron devenían de otras secretarías, por lo que su conveniencia nunca fue analizada.

Asimismo, se advierte la ligereza con que se tramitó este asunto al no verificar que Guillermo Diego Soler Rodríguez al suscribir el Convenio 336 de 2007 en representación de la SECAB, carecía de facultad para ello, porque si bien el entonces Secretario Ejecutivo Secretario, Francisco Norberto Huerta Montalvo, lo había delegado para la firma de convenios de cooperación y asistencia técnica con entidades públicas y privadas colombianas y extranjeras, esas atribuciones solo abarcaban el lapso de 20 a 25 de abril de 2007, por tanto, para el 7 de mayo del mismo año, cuando se suscribió el convenio, no estaba en posibilidad jurídica de comprometer o representar a tal organismo, y si bien, como lo refiere la defensa, tal situación pudo ser el resultado de la demora en el diligenciamiento documental y que, en todo caso, el ente internacional refrendó el compromiso con los

actos posteriores que realizó, no sucede lo mismo con otras irregularidades de mayor calado.

Efectivamente, el principio de planeación en la contratación, el cual apunta al uso razonable y eficiente de los recursos estatales, la adopción de decisiones que prioricen los intereses comunes y salvaguarden el patrimonio público, tal y como lo postuló, demostró y alegó el fiscal, fue desdeñado aquí, a pesar de que Orlando Iván Espinoza Jovel, director de Planeación Departamental del Tolima declaró en juicio que recorrió buena parte del departamento escuchando a la gente, a los alcaldes y concejales para satisfacer las necesidades básicas de la población, lo que se plasmó en el referido documento es genérico y etéreo en cuanto a la enunciación de la primacía del interés común en la actividad estatal, estableciéndose que no medió un efectivo estudio de necesidad en la adquisición de los equipos objeto del convenio, haberse apercido de insumos estadísticos, valoraciones soportadas, conceptos técnicos, o cualquier base demostrativa de lo imperioso que resultaban tales elementos.

La fuente de los recursos que aportó el Departamento del Tolima provino de las distintas Secretarías de Despacho (Salud, Educación, Gobierno y Desarrollo Físico), para lo cual se sacrificaron rubros contenidos en Certificados de Disponibilidad Presupuestal para otros fines, tal y como se desprende de las finalidades consignadas en las fichas de estadística básica de inversión - EBI, donde se preveía la satisfacción de propósitos tales como:

- *“Para nuestros niños y niñas, resta violencia, suma buen trato y multiplica amor”⁴.*
- *“Garantía de la calidad en prestación de servicios de salud en las IPS del departamento del Tolima”⁵.*
- *“Cumplir con el proceso de garantía de la calidad de los prestadores de servicio de salud”⁶.*
- *“Asesoría y asistencia técnica, monitoreo y evaluación PAB y POS gestión de la salud pública”⁷.*
- *“Implementar mecanismo de seguimiento tanto de la ejecución técnica como financiera que permitan la optimización de recursos asignados para la salud pública tanto del orden nacional como departamental”⁸.*
- *“Proyecto reducción del impacto de los factores de riesgo del medio ambiente sobre la salud de la población tolimense – inspec. Vig y control de medicamentos, sustancias potencialmente tóxicas -eventos de interés en salud pública”⁹.*
- *“se pretende realizar diversas acciones tendientes a disminuir los eventos producidos por malas condiciones de los factores de riesgo del medio ambiente, saneamiento básico, medicamentos, zoonosis, alimentos, sustancias potencialmente tóxicas, para los cuales se realizan campañas educativas y promoción de hábitos protectores”¹⁰.*
- *“Proyecto fortalecimiento del sistema de vigilancia en salud pública Departamento del Tolima”¹¹.*

⁴ Folio 3 de Estudio de conveniencia y oportunidad del convenio.

⁵ Folio 2 del convenio.

⁶ Ficha EBI con radicado N° 04-0003 y registro con código SSEPI N° 2004-73000-0005.

⁷ Folio 2 del convenio.

⁸ Ficha EBI con radicado N° 06-0136 y registro con código SSEPI N° 2006-73000-0136.

⁹ Folio 2 del convenio.

¹⁰ Ficha EBI con radicado N° 06-0135 y registro con código SSEPI N° 2006-73000-0135.

¹¹ Folio 2 del convenio.

- *“Realizar un proceso sistemático y continuo de obtención de datos, análisis, interpretación y divulgación de la información de los eventos de interés en salud pública”¹².*
- *“Proyecto maternidad segura en el Departamento del Tolima”¹³.*
- *“Realizar actividades de seguimiento, monitoreo, promoción y prevención para disminuir las muertes maternas y perinatales en el departamento del Tolima”¹⁴.*
- *“Proyecto programa ampliado de inmunización PAI en el Departamento del Tolima”¹⁵.*
- *“En el plan se contempla el logro de coberturas del 95% en los menores de cinco años, infraestructura de red de frío con suficiente cobertura y cumplimiento estándar de calidad y continuar implementando el sistema único de información PAF”¹⁶.*
- *“Prevención y control de las enfermedades crónicas y de las enfermedades prioritarias en salud pública en el Departamento del Tolima”¹⁷.*
- *“Asesoría, asistencia técnica, monitoreo y evaluación de enfermedades crónicas, TBC, y lepra, enfermedades zoonóticas dirigida los 47 municipios del departamento”¹⁸.*
- *“Prevención y atención de la violencia intrafamiliar en el Departamento del Tolima”¹⁹.*
- *“Apoyo Institucional para el diseño, ejecución y seguimiento de los proyectos viales del departamento”²⁰.*

¹² Ficha EBI con radicado N° 06-0145 y registro con código SSEPI N° 2006-73000-0145.

¹³ Folio 2 del convenio.

¹⁴ Ficha EBI con radicado N° 06-0142 y registro con código SSEPI N° 2006-73000-0142.

¹⁵ Folio 2 del convenio.

¹⁶ Ficha EBI con radicado N° 06-0113 y registro con código SSEPI N° 2006-73000-0113.

¹⁷ Folio 2 del convenio.

¹⁸ Ficha EBI con radicado N° 06-0114 y registro con código SSEPI N° 2006-73000-0114.

¹⁹ Folio 2 del convenio y ficha EBI con radicado N° 06-0041 y registro con código SSEPI N° 2006-73000-0041.

²⁰ Folio 2 del convenio y ficha EBI con radicado N° 05-0020 y registro con código SSEPI N° 2005-73000-0020.

La disimilitud refulge al comparar las finalidades propuestas en tales documentos con lo que se convino y ejecutó entre la Gobernación del Tolima y la SECAB, mostrando una vez más que la planeación y selección objetiva, propias de la contratación en el marco de la Ley 80 de 1993, fueron burdamente soslayadas, pues se nota que para el mes de abril de 2007 la SECAB abrió la invitación pública, cuyo objeto describió así: "*En ejecución del Convenio de Cooperación y Asistencia Técnica suscrito con el departamento de Tolima, la SECAB invita a presentar propuestas*", momento para el cual el Convenio 336 aun no se había suscrito, lo que permite inferir que ya se tenía definido que así se haría, estableciéndose que sería ejecutado con dineros de la Gobernación.

Por demás, es palpable tal inobservancia de los principios de planeación y selección objetiva en la prisa por concretar el acuerdo y desembolsar los dineros públicos para la SECAB, al no haber consignado en el Convenio 336 con exactitud cuáles eran los bienes a adquirir, su cantidad, condiciones técnicas y demás aspectos que permitieran individualizar la forma en que se invertirían los recursos del departamentales.

La Fiscalía demostró documentalmente que desde el 16 de abril de 2007 fueron designados como supervisores del convenio los profesionales universitarios William Peña Gaitán en representación de la Secretaría de Gobierno; Alix Herrera Urrea por la Secretaría de Salud y Lyda Gicela Garzón Arévalo por la Secretaría de Educación; la

Almacenista General, Lina María del Rosario Betancourt; y el asesor Guillermo Ignacio Alvira por parte de la Secretaría de Desarrollo Físico.

Y el 17 de abril de 2007, Olga Lucía Liévano, Directora del Departamento Administrativo de Asuntos Jurídicos de la Gobernación emitió el concepto jurídico en el que advirtió las posibles consecuencias que traería ejecutar el contrato de la manera que se pretendía hacer, cuando concluyó que: *"visto el contenido del proyecto del Convenio Interinstitucional de Cooperación a celebrar con la SECAB, que tiene por objeto 'Convenio interinstitucional para la cooperación y asistencia técnica internacional para la adquisición de mobiliario escolar (sillas universitarias), para la dotación de instituciones y centros educativos del Tolima y el convenio de cooperación para la adquisición de infraestructura tecnológica (equipos de cómputo, de impresión, proyección, video cámaras, escáner, UPS y software) para la Gobernación del Tolima' y en especial teniendo en cuenta las obligaciones a cumplir por parte del organismo internacional estipuladas en el referido proyecto, en criterio de este Departamento Administrativo de Asuntos Jurídicos, no consulta el principio de selección objetiva de que trata la Ley 80 de 1993, habida cuenta que el objeto del mismo se circunscribe a la compra o suministro de bienes muebles, los que se encuentran en el libre mercado y pueden ser ofertados por cualquier persona que se encuentre en condiciones y en capacidad de contratar con la Administración, sin que se evidencia una justificación técnica y/o legal que haya determinado que este Organismo es el único que puede cumplir el objeto del convenio, por lo que, insisto, se violarían los principios de selección objetiva que trata el artículo 29 del Estatuto Contractual y de igualdad contenido en el art. 13 Superior"* (subrayas no integradas).

Tal mensaje que buscaba disuadir a la Gobernación de su propósito de celebrar el convenio con la SECAB, fue

desatendido por el gobernador, pues pocos días después lo suscribió y aunque no se desconoce que tal concepto no era vinculante para el ente territorial, sí ameritaba una revisión en la fase precontractual, o al menos, una justificación del motivo por el cual se actuaba contrariando lo allí advertido, de ahí que se infiere que fue deliberadamente desdeñado.

De otro lado, se corrobora que la intención primaria era enrutar en el menor tiempo posible el dinero a la SECAB cuando en el convenio se ordenó la entrega de la totalidad de los recursos comprometidos por la Gobernación, acción que no se compadece con la responsabilidad propia de quienes tienen a su cargo la custodia e inversión del presupuesto de todo un departamento cuando de tan millonarias sumas se trata, pues aún bajo la óptica jurídica en contratación para el año 2007, era de esperar que se proyectara un pago paulatino, periódico y conforme a los avances en el cumplimiento de lo acordado.

Lo anterior al margen de la previsión contenida en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, que proscribe a las entidades estatales entregar como anticipo montos que excedan el cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato, normativa que también resultó infringida, sin que pudiera ampararse en la regulación del cooperante conforme al artículo 13 de la misma norma de contratación estatal (vigente para la fecha del convenio), porque tal como lo condicionó la Corte Constitucional en la sentencia C-249-04 de 16 de marzo de 2004, ello sólo se permitía cuando se comprometieran mayoritariamente los recursos del ente

internacional, situación que aquí no se presentó, por cuanto los recursos públicos superaron en demasía los aportes a los que se obligó la SECAB.

Ahora, en la medida que el Convenio 336 se tramitó bajo los parámetros del artículo 355 de la Constitución Política de Colombia y el Decreto 777 de 1992²¹, de cara a establecer si medió contraprestación directa para las partes —toda vez que la referida norma proscribe la celebración de convenios para adelantar negocios jurídicos en que haya una relación conmutativa entre ellas, es decir, en la que se presente una contraprestación directa para la entidad que suscribe el convenio o para el Estado—, es claro que se fijó a favor de la SECAB un rubro que constituye una contraprestación directa, no solo porque el organismo internacional se comprometió a mediar para la adquisición de mobiliario y productos tecnológicos, sino porque se pactó una cuota de administración que descontó.

Además, buena porción de los bienes adquiridos no fueron destinados a favorecer una población específica, sino a la propia Gobernación del Tolima, ámbito en el que a todas luces no resulta admisible la celebración de un convenio por la potísima razón que no se satisface una necesidad social concreta, sino una actividad administrativa inherente al ejercicio mismo de su objeto, en una contraprestación cierta para el ente territorial, descartándose las labores conjuntas en procura de la satisfacción de las necesidades de la

21 Por el cual se reglamentan la celebración de los contratos a que refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política.

colectividad que impondría la asunción de la participación pública como una acción benéfica.

La Fiscalía con acierto reprochó que se hubiera escogido un órgano multinacional como la SECAB para adelantar la adquisición del mobiliario escolar y los equipos de cómputo, en principio, porque dentro del ámbito de experiencia de esa entidad no estaba el suministro de este tipo de bienes y, luego, porque su participación e inversión se sintetizó en aspectos ajenos a la necesidad que se atendía.

Y se ratifica ese desligamiento de la SECAB con este tipo de artículos, que debió acudir a terceros para su suministro, y principalmente, porque nunca se dio cuenta de la satisfacción del débito adquirido con el Departamento de Tolima.

No hay evidencia demostrativa que el cooperante ejecutara cualquiera de las siguientes obligaciones: (i) *Actividad 2. Capacitación a rectores de instituciones educativas, coordinadores, directores de núcleo, en la siguiente temática: Administración educativa, Planeación Educativa, Evaluación educativa, procesos enseñanza aprendizaje y Resolución pacífica de conflictos, valorada en \$25.000.000,00* (ii) *Actividad 3. Instalación de cuatro (4) salas de cómputo que la Secretaria de Educación determinará en que espacio quedaran y que servicios prestaran, compuestas por un (1) PC Servidor, cinco (5) terminales brutas, cinco (5) monitores CRT de 17, teclado, Mouse, cableado estructurado, una (1) impresora láser y mobiliario. Capacitación al usuario administrador de cada centro. De igual manera entregara dos (2) portátiles para la Secretaria de Salud y dos (2) portátiles para la Secretaria de Gobierno un (1) portátil, un (1) P.*

C., una (1) impresora de Alto Rendimiento y un (1) scanner de alta resolución para la Dirección de Contratación avaluada en \$75.000.000,00, ni (iii) actividad 4. Conformación y administración de una red de trabajo conjunto cuyo monto se fijó en \$28.000.000,00.

Pero no solo la Fiscalía acreditó probatoriamente el tipo objetivo, ya que se detuvo en el compromiso directo de OSORIO CUENCA, como pasa a explicarse.

El delito en estudio admite exclusivamente la forma conductual dolosa, por lo tanto, es necesario que medie el conocimiento o conciencia de los elementos descriptivos y normativos del tipo penal, que se refieren a la exterioridad de la conducta, así como el volitivo, entendido como el querer realizarlos y aquí se tiene tal y como lo declaró Olga Lucía Liévano, Directora Jurídica de la Gobernación, en la audiencia de juicio oral, el concepto o estudio del convenio que le pidió el Secretario de Educación, conclusivo de varias irregularidades contractuales y sus posibles consecuencias, fue remitido al despacho del gobernador, y si bien no hay constancia que haya llegado directamente al poder de éste, sí obra el acta del Consejo de Gobierno de 17 de mayo de 2017, en la cual el Secretario General de la Gobernación dejó constancia de la designación de los Secretarios de despacho como supervisores del Convenio suscrito con la SECAB, comprendiendo que esta designación obedeció a los lineamientos jurídicos propuestos y a las advertencias de los primigenios supervisores cuando se declararon impedidos para ello a fin de no avalar con su actuar las irregularidades

que ya se avizoraban, de ahí que no puede admitirse como válida la extrañeza que sobre las inconsistencias del trámite exhibe la defensa, sino que, contrario a ello, se infiere que el gobernador OSORIO CUENCA era conocedor de lo que se estaba gestando y aun así decidió hacerlo.

Al respecto, véase como Alix Herrera Urrea y Lyda Gicela Garzón Arévalo, profesionales universitarias designadas para ejercer la supervisión del convenio, declinaron en la aceptación de ese rol al amparo del concepto de la directora del Departamento Jurídico, Olga Lucía Liévano cuando estimó inviable la celebración del convenio. Allí las referidas servidoras expresaron:

En atención a la designación como supervisoras del convenio interinstitucional de cooperación 0336 del 7 de mayo de 2007, muy respetuosamente manifestamos la no aceptación de dicha designación por las siguientes razones:

1). *De conformidad con el concepto emitido por el departamento administrativo de asuntos jurídicos, mediante oficio número 0993 del 17 de abril de 2007 firmado doctora OLGA LUCÍA LIÉVANO RODRÍGUEZ, directora de dicho departamento (fotocopia adjunta), mediante el cual se realizan precisiones respecto a la suscripción de convenios con organismos internacionales, que lleven implícitos la ejecución de los recursos se exponen las razones por las cuales dicho proceso NO CONSULTA los principios de selección objetiva de que trata la ley 80 de 1993.*

2). *Igualmente se expone en el mismo oficio 'es evidente que se configura una administración de recursos, lo que al tenor de la*

normas y directrices citadas constituirá claramente una violación a los mismos'.

De la misma forma, William Peña Gaitán en representación de la Secretaría de Gobierno también se rehusó a supervisar el aludido convenio al advertir que en el trámite se presentaban las siguientes inconsistencias: *i)* ausencia de planeación; *ii)* no había una propuesta técnica por parte de la SECAB; *iii)* no existía propuesta económica detallada de esa entidad con indicación de los elementos a suministrar; *iv)* había diferencias entre los requerimientos técnicos; *v)* se presentaron requerimientos ilógicos; y *vi)* no estaba la aprobación del Comité Técnico.

Como varias voces daban cuenta de las irregularidades concurrentes en tal contratación y había renuencia a su supervisión, en la sesión del Consejo de Gobierno del 17 de mayo de 2007 se aceptó la propuesta que los representantes de las diferentes Secretarías involucradas en el Convenio 336 de 2007 fueran quienes ejercieran desde entonces el rol de supervisores.

El 24 de mayo siguiente fueron presentados los requerimientos técnicos y específicos en los que el grupo de profesionales resaltó en el capítulo 1.4, que la SECAB no ostentaba calidad para distribuir equipos de tecnología, aduciendo que quien fuera a suministrarlos debía contar con línea directa con el fabricante o proveedor. Al ser este documento posterior a la suscripción del convenio —7 de mayo—, respalda el contenido de las advertencias

presentadas por el Secretario de Gobierno y supervisor del convenio, William Peña, lo cual ratifica que se manipuló la herramienta jurídica empleada para contratar con ese organismo multilateral, obviando así la selección a través de licitación.

Con mayor asiento, se mostró la irregularidad en el trámite de la adición al Convenio 336 de 2007, para el cual ya se habían cristalizado todos estos desconocimientos y frente a la que tampoco medió algún tipo de estudio previo, sino más bien la acomodación de una vía que cobijara con cierta legitimidad lo que se proyectaba.

En efecto, el 22 de mayo el gobernador le solicitó a la SECAB que indicara en carta de acuerdo su interés, condiciones e información técnica necesaria para recibir su propuesta de cara a la implementación del Sistema Regional de Evaluación, manifestación que se muestra insular, porque como lo acreditó la Fiscalía, la adición no se encontraba contemplada en el cronograma de planeación contractual y fue tan burda que careció de mínimos detalles técnicos y población escolar específica a beneficiar, situación que también afectó al convenio inicial, al punto que fue hasta el 28 de mayo de tal anualidad cuando se precisaron las condiciones técnicas de los equipos de cómputo a adquirir.

En esa misma fecha fue presentada la Carta de Acuerdo con las condiciones de cooperación para el Sistema Regional de Evaluación del departamento de Tolima, fijando el aporte del ente territorial en \$900.000.000,00, y de la SECAB en

\$120.000.000,00, con el 4,5% a ésta última como rubro por concepto de gastos de administración.

Pero según el Acta de Inicio de la liquidación, fue el 4 de junio de 2007 cuando se discutió la modificación o adición del Convenio 336, ya que se había obviado establecer la cuantía de los aportes, registrando entonces que la SECAB aportaría \$128.000.000,00, y la Gobernación \$1.143.861.000,00, así mismo se pactó: *i)* la forma como se ejecutarían los proyectos; *ii)* las imputaciones presupuestales; *iii)* las justificaciones de la prestación de los proyectos; *iv)* la atribución de obligaciones específicas del cooperante; *v)* el anexo con las especificaciones técnicas de los equipos; *vi)* la supervisión a cargo de los Secretarios de Despacho; y *vii)* la contratación de una interventoría externa para la recibir los bienes de la Secretaria de Educación, aspectos todos demostrativos que se intentaron remediar las graves inconsistencias del convenio original, lo que en nada repara la ilicitud con que se actuó, porque en todo caso la justificación de una inversión pública debe ser sustentada con antelación.

§ Al comparar el monto del convenio inicial con el de su adición se dibuja otra infracción a la normativa en contratación que proscribe la fijación de compromisos económicos que superen el 50% del valor inicial - inciso segundo del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 -, situación que no tuvo miramiento en la adición, respecto de la cual tampoco hay una relación de identidad o equivalencia

que hubiera habilitado su articulación y no el sometimiento a un proceso autónomo de contratación.

A su turno, se cuenta con el Acta de Inicio de 13 de junio de 2007, por cuyo conducto se imponía a la SECAB cumplir con sus obligaciones hasta el 13 de septiembre del mismo año, no obstante, la incapacidad logística y técnica de la entidad propició que un día antes de su vencimiento se provocara su suspensión hasta el 20 de septiembre a fin de lograr su modificación, como en efecto ocurrió, otorgándole otros 45 días, plazo contabilizado a partir del 21 de diciembre.

Lo hasta aquí evidenciado contradice los argumentos del defensor cuando aduce que la justificación y estudio de las inversiones vertidas en el Convenio 336 de 2007 y su adición estaban en el Plan de Desarrollo bajo el rótulo "*Tolima Solidario 2006-2007*", pues en contravía a la precisión que debe mediar para la destinación de los recursos, en ningún acto previo a la firma del acuerdo y su adición consta una revisión de indicadores de necesidades o estudios técnicos para ello.

Questionó también la defensa la postulación de la Fiscalía del incumplimiento al cronograma de contratación, así como el disimulo de lo que en realidad fue una administración de recursos, bajo el argumento que la exigencia inicialmente citada y la prohibición de la segunda figura surgieron con la Ley 1150 de 2007, norma que no estaba vigente al momento de la suscripción del contrato ni de su adición, de la misma manera, indicó que aquello que se

refirió como cronograma de contratación, corresponde a lo que la Ley 1474 de 2011 denominó "*Plan de Acción de las Entidades Públicas*", definido y desarrollado por el Decreto 1082 de 2015, cuyo cumplimiento tampoco puede ser enrostrado, porque las prevenciones y requisitos allí contenidos no eran exigibles al momento de los hechos.

Y si bien evidentemente son correctas tales acotaciones, ya que no es dable exigir el acatamiento a exigencias plasmadas en normas emitidas con posterioridad a la suscripción del Convenio 336 de 2007 y su adición, porque siendo un tipo en blanco, el *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* solamente se configura cuando se desatienden los presupuestos vigentes para el momento de su suscripción, aquí el desconocimiento de los requisitos legalmente establecidos no se predica respecto de las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, así como tampoco del Decreto 1082 de 2015, sino frente a los principios de planeación y selección objetiva, al imperativo de tramitar procesos licitatorios para la celebración de contratos en las entidades públicas, la elusión de las cláusulas limitativas del pago en los anticipos y la fijación de montos en las adiciones, figuras y requisitos tratados en la Ley 80 de 1993, vigente para la fecha en que se suscribió el Convenio 336 de 2007 y su adición.

Por eso, razón le asiste a la Fiscalía cuando afirma que se disfrazó como convenio lo que en realidad correspondía a un contrato, tramitado sin verificar los estudios de necesidad, con la única finalidad de habilitar la intermediación de la SECAB en la adquisición de unos bienes y servicios que no

correspondían a los propios de su objeto social, gracias a lo cual se pretermitieron procedimientos y se sustrajo la posibilidad de intervención directa de los proveedores calificados, actuación con la que se afectó la administración pública.

De otro lado, en punto a la exoneración de responsabilidad penal que anhela el defensor a partir de la delegación que OSORIO CUENCA efectuó en los subalternos de su gobierno y en la ignorancia de las irregularidades e inconsistencias que a su juicio le fueron vedadas por la naturaleza administrativa y burocrática de la entidad, de las pruebas practicadas en el juicio oral surge nítido el conocimiento y dirección que él tuvo sobre la ya demostrada secuencia de ilegalidades en el proceso contractual.

La anterior conclusión se extrae del hecho que fue OSORIO CUENCA quien propició en las dos oportunidades que la SECAB ofreciera su participación para la celebración del convenio de cooperación y su adición frente a temas que como se indicó previamente, no requerían una intermediación y que no hacían parte del objeto y experiencia que dicho órgano regentaba.

Si bien es cierto la delegación en materia administrativa se surte como una práctica habitual, especialmente en entidades de tamaño, recursos y proyectos amplios y múltiples, como lo es una Gobernación, la misma no soporta el desapego a la función y obligación de vigilancia en los delegatarios y mucho menos, releva el compromiso que el

representante legal del ente territorial tiene frente a la asignación de recursos, como ordenador del gasto que es.

Precisamente la Sala evidencia que en su condición de Gobernador le era inexcusable descargar la responsabilidad en la verificación de legalidad en terceros, cuando se trata de un mecanismo tan especial de contratación y un elevado compromiso de recursos estatales, tornándose su alegada ajenidad a la ilegalidad en una postura defensiva carente de sustento.

La defensa enarbola el argumento que la SECAB era un órgano confiable, que había tenido múltiples contratos con distintas entidades del orden territorial y nacional como la Fiscalía, la Procuraduría y la Contraloría, lo que brindaba respaldo a los procedimientos internos y que OSORIO CUENCA acogió ciegamente el criterio de la Dirección de Contratación del departamento de Tolima debido a que era la encargada de llevar a cabo todos los procesos contractuales, pero ello no deja de ser más que una afirmación contraevidente porque sí se puede concluir que él estuvo al tanto de las manifestaciones sobre el desconocimiento normativo que la suscripción del convenio entrañaba, presentadas no solo por la abogada Olga Lucía Liévano, sino por los tres interventores Alix Herrera Urrea, Lyda Gicela Garzón Arévalo y William Peña Gaitán, máxime que personalmente fue quien buscó que fuera la SECAB el ente encargado de la gestión económica para la adquisición de bienes, equipos, textos y pruebas materia tanto del Convenio 336, como de su adición.

Y es que para adicionar un contrato se debe motivar su necesidad, existir disponibilidad presupuestal, constar por escrito, pudiendo solo adicionar hasta el 50% del valor inicial, bajo acatamiento también los principios de planeación y economía y ha de tratarse de una ampliación al objeto contractual y no su cambio.

Sobra tal tópico la Sala de Casación Penal en CSJ SP, 8 nov. 2017, rad. 43263 ha precisado la diferencia entre la adición de un contrato público y un contrato adicional de la misma especie.

“Si bien es cierto que el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 omite definir la adición de los contratos estatales si los autorizó hasta el 50% del valor inicial, siempre y cuando, obviamente, respete los principios de planeación y economía. Es decir, procede cuando en desarrollo de la ejecución del contrato surjan circunstancias excepcionales imposibles de prever en el proyecto y en los estudios técnicos iniciales, sin que con ello se autorice hacer nugatorio el proceso licitatorio establecido por la ley.”²²

La adición del contrato representa una verdadera ampliación del objeto contractual. Ocurre cuando al alcance físico del contrato se agrega algo nuevo sin variar su esencia, y la ampliación se produce debido a la deficiente estimación de las cantidades de obra requeridas para la ejecución del objeto contractual²³.

Su diferencia con el contrato adicional se fundamenta en el principio de autonomía o independencia de cara al contrato principal, ya que mientras las modificaciones simples o de forma

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, Rad. 20001602 52001-23-31-000-2002-01023-02-0506-08. (cita integrada al texto).

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. No. 2081733 25000-23-26-000-2002-000372-01 29201, de 29-IV-015. (cita integrada al texto).

son meras adiciones accesorias de éste, el contrato adicional encierra una modificación de fondo, es decir, un cambio sustancial del objeto convenido.²⁴

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia C-300 de 25 de abril de 2012, al confrontar con el texto superior el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 que introdujo medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, señaló que:

“...la modificación del contrato no puede ser de tal entidad que altere su esencia y lo convierta en otro tipo de negocio jurídico, puesto que ya no estaríamos en el escenario de la modificación sino ante la celebración de un nuevo contrato”.

Así las cosas, no será ajustada a derecho la adición de un convenio o contrato en el que se desdibuja el objeto del inicial, porque será una nueva contratación que debe seguir desde el comienzo todos los pasos que aquél demanda, por eso, al confrontar el Convenio 336 y su adición, se tiene que:

1. Enrique Váquiro Capera, coordinador del Grupo de Planeación, presentó el documento denominado “*Planeación Precontractual No. 1104*” del 23 de mayo de 2007, en el que indicó que urgía la adquisición de elementos educativos ante *“...la baja formación que existe en la base del personal directivo y docente. (...) Para atender esta situación la entidad territorial debe dirigir acciones que apoyen la labor de los docentes. Estos apoyos, no solo deben estar representados en procesos de formación continuos y sistemáticos sino también en el suministro de materiales educativos que, al ser utilizados de manera oportuna, permitan lecturas reales del*

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Rad. No. 2027402, de 30-X-03. (cita integrada al texto).

estado de la educación en las instituciones y centros educativos. Como se trata de responder a un requerimiento externo representado en un nuevo estilo de evaluación, los materiales deben guardar estrecha relación con los elementos, procedimientos, recursos y análisis utilizados por el ICFES para evaluar a los estudiantes. De ahí la importancia de adquirir exámenes similares a los utilizados por el ICFES, contratar el análisis de los resultados e interpretar los productos de manera acertada, para tomar decisiones”.

2. Existen dos certificados de disponibilidad presupuestal: el número 2143 de 22 de mayo de 2007, con identificación 03-3-1272-8020 por concepto de *“implementación de un sistema regional de evaluación de la educación para el departamento”* y con objeto *“suscribir convenio interadministrativo para adquirir materiales para las pruebas Saber e ICFES”* por valor de \$500.000.000, expedido por el Director Financiero de Presupuesto el cual se afecta en su totalidad, y el número 2144 de 22 de mayo de 2007, con identificación No. 03-3-1272-8020 por concepto de *“Implementación de un sistema regional de evaluación de la educación para el departamento del Tolima”* y el objeto: *“suscribir Convenio Interadministrativo para adquirir materiales para las pruebas saber e ICFES”* por valor de \$400.000.000.00 expedido por el Director Financiero de Presupuesto.

3. Consta por escrito tanto la justificación de la necesidad, como la propuesta realizada por la Gobernación al organismo internacional, la oferta presentada por la SECAB a la entidad territorial y la adición al Convenio 336.

4. El Convenio 336 de 7 de mayo de 2007 tuvo un valor de \$1.271.861.000,00 y su adición ascendió a \$1.020.000.000,00, monto equivalente al 80,19% del inicial, superando ampliamente el límite legalmente establecido para la adición.

5. Además, de lo anterior, no se respetaron los principios de planeación y economía, por cuanto el objeto contractual fue sustancialmente distinto al inicial, en la medida que el primero se suscribió para *“adquirir mobiliario escolar (sillas universitarias), para la dotación de instituciones y centros educativos del Tolima y la adquisición de infraestructura tecnológica (equipos de cómputo, de impresión, proyección, videocámaras, escáner, UPS y software) para la Gobernación del Tolima”*, mientras que el segundo, lo fue para la adquisición de 2000 textos para grado 5°, 1850 para grado 9°, la realización de simulacros de pruebas saber y la elaboración de un informe sobre los resultados de los simulacros por estudiante, institución, municipio y departamento.

Deviene así claro que no se compadeció en nada el objeto de la adición, con el del convenio inicial, al punto que los estudios del segundo ni siquiera tuvieron un mínimo miramiento al primero, pero principalmente, no se observa que para la ejecución del Convenio 336 se hubieren presentado circunstancias excepcionales imposibles de prever que pudieran dar al traste con una ampliación de los términos iniciales, por lo cual se concluye que la adición no tenía la vocación de ser tramitada por tal conducto, sino que

demandaba la celebración de un auténtico proceso contractual independiente y con apego a la Ley 80 de 1993.

Sostuvo también la defensa que OSORIO CUENCA fue ajeno a cualquier acto derivado de la firma a la adición del convenio, pues en representación de la Gobernación del Tolima compareció el Secretario de Educación Alejandro Rozo Gaeth, sin embargo, no ofrece dificultad alguna establecer que allí también militó la participación del acusado comoquiera que desde el 22 de mayo de 2007 fue el propio gobernador quien conminó a la SECAB para que indicara mediante acta de acuerdo el interés, condiciones e información necesaria para la implementación del Sistema Regional de Evaluación.

Nuevamente se pone de relieve que tanto para la suscripción del Convenio 336 de 2007 como para su adición, fue manifiesta la intención del enjuiciado de enrutar la gestión de los recursos públicos a través de la SECAB, sin desligarse su participación por la delegación de funciones para concretar los actos jurídicos que viabilizaron dicho propósito, contrariamente, muestran con mayor asiento la existencia de una concentración de hechos y personas que condujeron mancomunadamente una secuencia de actos ilegales que confluyen a la realización del tipo penal descrito en el artículo 410 de la norma sustantiva.

No encuentra la Sala que las irregularidades contractuales concurrentes, como la ausencia de representación que tenía quien firmó el convenio por la

SECAB, las omisiones técnicas de los mínimos preparativos para sustentar la inversión y los sobrepasos a las alertas generadas en los momentos previos de la suscripción fueran imperceptibles para FERNANDO OSORIO CUENCA, pues del contexto se extrae que los acuerdos se tramitaron a ultranza realizando las inversiones en la forma que a bien tuvo, con un órgano que fue complaciente a sus intereses, bajo una figura jurídica absolutamente adversa a la que legalmente correspondía, todo ello en clara pretermisión de procesos serios de selección.

Bajo estas condiciones, se tiene satisfecha la demostración del tipo subjetivo al extraer de la valoración de los actos de OSORIO CUENCA que tuvo el conocimiento de la infracción penal y quiso su realización, motivo por el que puso en marcha la actuación administrativa cristalizada en el Convenio 336 de 2007 y su adición, a más de lo cual, facilitó la intervención de otros servidores públicos para cobijar tal contratación con un manto de aparente legalidad.

Con esta óptica, no tiene eco el argumento defensivo que la conducta del procesado estuvo desprovista de dolo basado en que la SECAB era una entidad que gozaba de reconocimiento público y trayectoria en la celebración de este tipo de convenios con distintas entidades y regiones en el país, mucho menos que por el contenido del Convenio Marco hubiera actuado convencido que su legalidad se derivaba del referido documento, porque su intención para el trámite y suscripción del Convenio 336 de 2007 y su adición no se justificó en esas

premisas, sino en deliberadamente encomendar a la SECAB la adquisición de los equipos, insumos y material académico.

En efecto, no se pueden soslayar las protuberantes indeterminaciones y omisiones del convenio puestas de manifiesto por la directora del Departamento Administrativo de Asuntos Jurídicos de la Gobernación del Tolima Olga Lucía Liévano, lo que comunicó a sus superiores y sirvió de insumo para que tres de los supervisores inicialmente designados se apartaran de dicha función al no cohonestar tales desafueros contractuales, los cuales no significaron nada para el enjuiciado, quien, contrariamente, imprimió celeridad y liderazgo, como se advierte en el intercambio directo de comunicaciones entre éste y la dirección de dicho órgano internacional para comprar bienes y servicios que no se correlacionaban con aquellos que requería el ente territorial; adquisición que se apartaba de las destinaciones consignadas en las fichas EBI de cada una de las secretarías que participaron del mismo.

Entonces, la buena fe bajo la cual, según el defensor, actuó el procesado, no pasa de ser una construcción argumentativa que se desvanece ante la contundencia de las pruebas de cargo, con las cuales se verifica lo doloso de su comportamiento.

En la misma arista el defensor anhela la exoneración de responsabilidad de su asistido al enfatizar en que era la Dirección de Contratación de la Gobernación del Tolima la encargada de verificar que los procesos contractuales se

ajustaran a las previsiones legales, cuyos abogados integrantes de la misma tenían altos estándares de calidad, sin embargo, de considerar el criterio normativo del principio de confianza para no imputar objetivamente el resultado — en sentido normativo, no ontológico visto separado de la acción—²⁵, el actuar desplegado por el gobernador impide su aplicación, ya que como se ha señalado fue él directamente quien motivó y convocó a la SECAB para la contratación y desoyó las voces de sus funcionarios que alertaban de las irregularidades contractuales y consecuencias que se darían de llegar a suscribir el convenio.

A este respecto recuérdese también el criterio hermenéutico de la Sala de Casación Penal según el cual la aplicación del principio de confianza, como criterio excluyente de la imputación objetiva, no tiene lugar cuando el director de la entidad ha faltado de manera dolosa a su deber de evitación²⁶, además de tener su límite en el principio de responsabilidad propio de los gobernantes como ordenadores del gasto, y en la vigilancia sobre sus subordinados.

De otra parte, tal y como se precisó en la audiencia de sentido de fallo, en la acusación se le atribuyó la figura

²⁵ Aunque el principio de confianza, como límite de los criterios de imputación objetiva, tiene mayor nitidez tratándose de delitos de resultado, y no de mera actividad como el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues en aquellos opera como límite a la atribución de resultados meramente causales, jurisprudencialmente se ha dado cabida a la imputación objetiva también para los delitos de conducta (cfr. CSJ SEP 00136-2021 9 nov. 2021, rad. 49053; CSJ SEP SP00017 24 feb. 2021, rad. 49.599; CSJ SP, 24 feb. 2016, rad. 40627; CSJ SP, 25 may. 2016, rad. 40605; entre muchas otras).

²⁶ Cfr. CSJ SP 22 jun 2016, rad. 42930; CSJ SP 21 mar 2021, rad. 14124.

concurral homogénea del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, no obstante, en ese acto no se precisó el motivo de tal concurrencia; de los alegatos de clausura se extrae que obedeció a la suscripción tanto del Convenio 336 como de su adición, y si bien con las pruebas practicadas en el juicio se logró establecer las irregularidades en ambos actos, dos aristas impiden configurar el concurso atribuido como pasa a explicarse:

De un lado, la dialéctica del sistema procesal acusatorio colombiano demanda a la Fiscalía ser precisa en los hechos jurídicamente relevantes contenidos en la acusación y en la indicación de los elementos objetivos de cada una de las conductas delictivas en concreto, lo que se traduce en que, para los casos en que se atribuye concurso homogéneo no basta con el señalamiento abstracto de esa figura, sino que se requiere la delimitación de cada acto constitutivo del comportamiento plural, situación que no se vislumbra en este asunto, pues, se itera, la acusación fue somera a este respecto, lo que deriva en que, en aplicación al principio de congruencia, resulte imposible un pronunciamiento sobre dicho concurso homogéneo.

Desde otra perspectiva, con una postura más amplia se entiende que la Fiscalía propuso la realización de dos actos que individualmente vistos constituyen objetivamente el tipo de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, pero se trata una

situación en la que medió unidad de conducta integrada por dos hechos que confluyeron en un único comportamiento²⁷.

Dogmáticamente en el delito continuado, en su componente subjetivo se advierte el plan concebido por el autor e identificable por su finalidad frente a la pluralidad de comportamientos, por ello, el desvalor de acción radica en esa finalidad, en tanto que el desvalor de resultado en la lesión o puesta en peligro de un mismo bien jurídico.

Es el elemento subjetivo, del propósito definido por el autor el que aglutina la pluralidad de comportamientos similares a tener la unidad de acción —en sentido normativo—, como una acción continuada.

Ese dolo unitario o la unidad de designio criminal que dibuja la finalidad que determinó la comisión de los comportamientos de OSORIO CUENCA tanto en la tramitación y suscripción del convenio y su adición se constata cuando personalmente buscó que fuera la SECAB el ente encargado de la gestión económica para la adquisición de bienes, equipos, textos y pruebas materia para el Convenio 336, solicitándole que allegara la *“oferta específica para la adquisición del mobiliario escolar”*, así mismo cuando el 22 de mayo de 2007 —una vez ya se había sido firmado el aquél el 7 de mayo—, le solicitó al mismo

²⁷ Sobre este particular, llama la atención que la Fiscalía a pesar que respecto de OSORIO CUENCA predicó la figura concursal homogénea del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en relación con BARRETO QUIROGA solo lo hizo por un ilícito de esa especie, cuando versaba en relación con la liquidación tanto del Convenio 336 de 2007, como de su adición.

organismo que enviara una carta de acuerdo manifestando su interés, condiciones e información técnica necesaria para recibir su propuesta de cara a la implementación del Sistema Regional de Evaluación.

De esa manera el enjuiciado fue quien propició en las dos oportunidades que la SECAB ofreciera su participación para la celebración del convenio de cooperación y su adición.

Entonces, si bien tanto en el convenio como en su adición se pueden evidenciar los ingredientes del tipo descrito en el artículo 410 del Código Penal, es diáfano que en el segundo acto se hizo uso del camino allanado desde la suscripción del Convenio 336, perfeccionando la realización del propósito previamente diseñado, el cual era eludir la licitación para la adquisición de bienes y hacerlo sin ningún tipo de control.

No se puede pasar por alto la verificación probatoria que aquí se logró sobre la unidad de designio, donde los actos reputados insularmente como delictivos corresponden a una sola acción y comparten idéntica finalidad, por lo cual, se insiste, como se precisó en el sentido de fallo, no se está ante un concurso sino ante un delito continuado “...*ficción jurídica que busca delimitar en un solo objeto de persecución penal lo que ontológicamente corresponde a varias y separables ejecuciones punibles que se ligan, en calidad de factor común aglutinante, por el propósito que desde el inicio animó al autor*”²⁸.

²⁸ CSJ. SP 19 feb. 2020, rad. 55368.

En punto a los presupuestos determinantes de esta figura, la Sala de Casación Penal de la Corporación ha señalado:

“...el delito continuado es aquel en el que se produce una pluralidad de acciones u omisiones de hechos típicos diferenciados que no precisan ser singularizados en su exacta dimensión, las cuales se desarrollan con un dolo unitario, no renovado, con un planteamiento único que implica la unidad de resolución y de propósito criminal, es decir, un dolo global o de conjunto como consecuencia de la unidad de intención, y que fácticamente se caracteriza por la homogeneidad del modus operandi en las diversas acciones, lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a la contribución del fin ilícito, siendo preciso una homogeneidad normativa, lo que impone que la continuidad delictiva requiera que el autor conculque preceptos penales iguales o semejantes, que tengan como substrato la misma norma y que ésta tutele el mismo bien jurídico; y se exige la identidad de sujeto activo en tanto que el dolo unitario requiere un mismo portador.

(...)

Para que exista delito continuado no basta con la pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, sino que es imprescindible el dolo unitario, ya que éste es el que permite reconducir la pluralidad a la unidad²⁹.

La verificación de los anteriores presupuestos se cristaliza con la tramitación y suscripción del Convenio 336 de 2007 y su adición, en los cuales OSORIO CUENCA como gobernador direccionó un único propósito aglutinando los

²⁹ CSJ. AP, 20 feb. 2008, rad. 28880

dos episodios en que se definen los elementos estructurales del *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, al evadir la normativa en contratación inherente a la adquisición de bienes por parte de los entes territoriales para hacerla por conducto de la SECAB, entregándole desde el primero momento la totalidad de los recursos para su ejecución.

En suma, el dolo que predominó en FERNANDO OSORIO CUENCA desde las propuestas para la celebración del convenio, así como la orientación para la suscripción de su adición fue uno solo, pues al margen de la distinción fáctica y temporal que reviste cada acto, lo cierto es que se partió de un mismo planteamiento y fue el primer acto el que abrió camino a la ejecución del segundo, de lo que se puede colegir la unidad de resolución y propósito criminal que estructura, como ya se ha dicho, el delito continuado.

Debe señalarse que, a pesar de no haber sido calificado en la forma antes precisada desde la acusación, tal variación no constituye una afrenta al principio de congruencia contenido en el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto en manera alguna se está modificando el aspecto fáctico sentado en la acusación, ni en el ámbito punitivo tiene algún cariz desfavorable frente a la figura concursal homogénea inicialmente predicada, ni menos se erosiona su derecho de defensa ya que a lo largo del diligenciamiento ha planteado su estrategia frente tanto al convenio como a su adición.

Así lo ha señalado la Sala de Casación Penal de esta Corte:

“... justamente los juzgadores entendieron que en virtud de que los distintos abusos de confianza cometidos por el acusado se desarrollaron bajo un plan preconcebido, con la misma proyección final de la conducta, se configuraba la modalidad de delito continuado y no la concursal de hechos punibles. Pero es igualmente cierto que tal lucubración se hizo sin mutar la realidad fáctica consignada en el pliego de cargos, además de otorgarle un trato más beneficioso al encausado en torno a la punibilidad que la que le representaría una condena por concurso homogéneo sucesivo de esa especie delictiva.

Y es que, además, la Corte ha sostenido que no existe quebranto del principio de congruencia, cuando, por ejemplo, «jurídicamente la sentencia estima como unidad (por subsunción o delito unitario) los varios hechos deducidos en la acusación siempre que en el fallo no se incorporen a la unidad nuevos hechos o conductas» (CSJ SP- 15 dic. 2000, rad. 15735 cita integrada en el texto)”³⁰.

ii) Peculado por apropiación

Este ilícito descrito en el artículo 397 de la norma sustantiva penal, exige que el sujeto activo sea un servidor público que en ejercicio de sus funciones tome para sí o para un tercero, bienes públicos o que le hayan sido confiados con ocasión de esas funciones, y para la Fiscalía, consistió en que OSORIO CUENCA se apropió en favor de la SECAB de recursos departamentales discriminados así: i) \$248.000.000,00 cuya entrega o representación en actividades y bienes se

³⁰ CSJ AP 28 feb 2018, rad. 51508.

comprometió a entregar y no cumplió; *ii*) \$16.583.067 de los rendimientos financieros que las sumas entregadas por la Gobernación, debieron generar durante el tiempo en que estuvieron depositadas en sus cuentas bancarias; *iii*) \$91.973.745 del 4,5% que la SECAB descontó como gastos de administración y gerencia de la adición al convenio de cooperación, y *iv*) \$54.818.56 de saldos sin ejecutar, que sumaron un total de \$411.375.843.

Se fundó esta conclusión en el dictamen contable presentado por Merlys Rodríguez Carmona, quien acudió al juicio y a través de su testimonio incorporó su estudio en el cual calculó la producción de ese detrimento al erario a cargo del departamento de Tolima de las cifras antes enunciadas.

Pero para esta Sala Especial, acogiendo parcialmente los planteamientos de los defensores, las conclusiones de la Fiscalía derivadas del análisis de dicha prueba carecen de la correcta fundamentación que tal medio de convicción reclama, como se pasa a exponer:

El primer rubro revelado por la Fiscalía corresponde al incumplimiento de la SECAB a los compromisos de entregar activos o ejercer actividades valoradas económicamente para el cumplimiento del objeto del Convenio 336 de 2007 y su adición, pero debe precisarse que tales dineros jamás ingresaron al haber del ente territorial, por lo mismo, no consulta los mínimos de tipicidad objetiva el señalamiento que se hace de la apropiación de un bien que nunca constituyó parte del patrimonio público.

La SECAB no es un ente público, sus recursos no tienen dicha calidad y mientras estén bajo su dominio, por más que se hubieren comprometido al servicio de la Gobernación del Tolima, no podrían mutar a la condición jurídica de bienes públicos que exige el *peculado por apropiación*. En tal medida, frente al primer ítem, la conducta reprochada no pasa de ser un mero incumplimiento del cooperante a las obligaciones inherentes al convenio.

Resulta jurídicamente insostenible que la Fiscalía edifique el peculado a partir de la idea que el incumplimiento en la entrega de un recurso comprometido a favor del Estado constituye su apropiación cuando no se ha efectuado ningún traslado en el dominio.

Ahora, en el dictamen contable se precisa que de cara a los informes presentados por cada una de las dependencias involucradas en el desarrollo del Convenio 336 de 2007, la SECAB recibió y dejó de ejecutar \$54.818.561,00, mientras que, de la adición concluye que *“los valores girados por la Gobernación del Tolima para el desarrollo del adicional al convenio No. 336/07 fueron ejecutados al 100%, razón por la cual no se encontraron saldos a favor del Departamento de Tolima”*.

A la anterior deducción concurre una deficiencia investigativa que quedó en evidencia durante el juicio oral, cuando declaró el investigador del CTI Arley Alvarado Villa, quien dio cuenta de los resultados a las inspecciones judiciales realizadas en las Instituciones Educativas Técnica

Jorge Eliecer Gaitán en Líbano, *Nicolás Ramírez* en Ortega y *Pérez Aldana* en Purificación, refiriendo que por el paso del tiempo y la ausencia de trazabilidad en el almacenamiento y conservación del material educativo adquirido con ocasión a la adición del Convenio 336 de 2007, pudo observar algunos textos y constancias de simulacros de las pruebas de Estado, sin que pudiera definir con nitidez si en efecto se entregaron tales bienes a las instituciones educativas del departamento, máxime que se hizo apenas un muestreo dadas las condiciones geográficas y el tamaño de los municipios del departamento, desconociéndose a esta altura procesal el número de establecimientos y población destinataria de los insumos.

En cuanto a los rendimientos financieros, tal como lo indicó el defensor de BARRETO QUIROGA, el dictamen partió de unos cálculos que en términos contables debió originar la tenencia de los recursos públicos en cuentas de ahorro de la SECAB, no obstante, era menester al amparo de la cláusula de mejor evidencia que se pudiera constatar desde los registros bancarios que en efecto se obtuvieron dichos incrementos por la estadia de los dineros en los productos de esa Secretaría Ejecutiva, o al menos conocer las condiciones de mercado aplicables a tal organismo.

Para afianzar tal punto, resulta imperante recordar que como se dijo inicialmente, la inmunidad que ampara a la SECAB, que también cobija sus bienes, recursos y datos financieros – *entre ellos los contenidos en las bases de datos del sistema bancario* –, no es una prerrogativa absoluta y que

tratándose de investigaciones judiciales, particularmente una en la que se cuestiona la legitimidad de sus actos, puede ser materia de levantamiento, ante la consabida infracción o desbordamiento de los parámetros propios de su objeto social, por lo tanto, era posible y por ende exigible a la Fiscalía procurar la documentación de los movimientos bancarios desde su fuente, omisión que no puede ser subsanada con una proyección financiera presentada por la perito contable adscrita a su cuerpo de policía judicial, quien apenas formuló un cálculo en perspectiva de los dividendos que podría haber generado el dinero depositado en las cuentas del órgano multilateral.

Así, la proyección de rendimientos financieros contenida en el dictamen contable no es un ítem sobre el cual la judicatura pueda concluir con acierto que existió apropiación alguna por parte del procesado en favor de la SECAB, pues contrario a lo manifestado por la perito en el juicio oral, sus procedimientos no arrojan un grado de certeza en la medida que, si bien los cálculos atendieron la precisión inherente a la matemática, no así a los presupuestos fácticos que debieron rodear el análisis, afianzados en la evidencia de que los dineros estuvieron depositados durante un tiempo determinado en una cuenta bancaria que para la misma existían condiciones de identidad a las demás y que por lo tanto se pudiera producir este rédito.

Tampoco se concibe la estructuración del delito de peculado respecto a los \$54.818.561 que se liquidaron como

saldos sin cumplimiento desde los informes de las secretarías y divisiones a cargo de la verificación del acato a las obligaciones referidas al Convenio 336, porque la inejecución es una contingencia propia de las relaciones económicas, más aún en las contractuales con el Estado referidas a la adquisición de bienes y su consecuencia deriva en la devolución final, además fue documentado en el juicio que el 26 de mayo de 2010 la SECAB transfirió a la Gobernación del Tolima la suma de \$54.819.031,00, como resultante del proceso unilateral de liquidación; según consta en el comunicado de 31 de octubre de 2017 suscrito por el Director Financiero de Tesorería de la Gobernación del Tolima, Armando León Barros Fragozo. Tal devolución sucedió varios años antes del inicio de este proceso penal y a instancia de las partes interactuantes del convenio.

Finalmente, y en lo que sí cumplió la Fiscalía su promesa probatoria fue en lo referido a la apropiación de los \$91.973.745 que la SECAB cobró como cuota de administración y gerencia en el Convenio de Cooperación, resultantes de los \$40.500.000 que retuvo a la firma "Los Tres Editores" por los textos y material pedagógico inherente a la adición al convenio; \$37.973.745,00 a Technistore por los equipos de cómputo y tecnología; y \$13.500.000,00 a Industrias Metal Madera INEMA del mobiliario escolar.

Cuando se proveyó porque la SECAB ejecutara las adquisiciones propias del Convenio 336 de 2007 y su adición, era evidente que no tenía la capacidad de obtener autónomamente estas dotaciones y que debía efectuar compras

a terceros. Asimismo, la Gobernación del Tolima podía adquirir tales bienes en forma directa, sin intermediación y a través de un proceso contractual propio de la Ley 80 de 1993, pero contrariando tales premisas no solo se eligió a este organismo para realizar las transacciones, sino que se le autorizó un descuento dinerario, calculado en el 4,5% del total contratado, como la remuneración por una administración y gerencia que no tenía razón de ser.

Así pues, a pesar de la desacreditación del informe contable y la perito que lo produjo en los términos ya vistos, es diáfano para esta Corporación que la fijación de la cuota de administración y gerencia en el convenio fue la maniobra con la cual se contravino el ánimo altruista que se postuló en la SECAB para la celebración de este acuerdo cristalizando la apropiación de los recursos del erario.

Como el monto del salario mínimo legal mensual vigente del año 2007 era de \$433.700, el peculado resultó agravado por superar la cuantía de doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, prevista en el inciso segundo del artículo 397 del Código Penal, que para ese entonces ascendía a \$86.740.000, pues en este caso se constató que el detrimento patrimonial público ascendió a \$91.973.745.

Fue FERNANDO OSORIO CUENCA quien propició el descalabro económico del ente territorial que se comprometió a cuidar, pues gracias a su dirección y en virtud de su ejercicio como Gobernador del Departamento de

Tolima se apropió en favor de la SECAB de los referidos recursos, sin que las argumentaciones defensivas relacionadas con la delegación de funciones y confianza en sus subalternos tengan la entidad suficiente para exonerarlo de responsabilidad, porque al igual que en el primer caso, era patente a cualquier observador desprevenido que se estaba gestando un comportamiento irregular y que el mismo produciría un detrimento al patrimonio público.

La anterior conclusión no escapa de la consideración planteada en el estudio del tipo de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, referida a que fue la creación de un riesgo desaprobado por parte del procesado, consistente en la celebración del Convenio 336 de 2007 y su adición en la forma ya descrita la que determinó ahora la apropiación de recursos públicos por parte de la SECAB.

Así, encuentra la Sala reunidos los presupuestos probatorios que comprometen de manera directa la responsabilidad de OSORIO CUENCA en el delito *de contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, como delito continuado, en concurso con el punible de *peculado por apropiación* en favor de terceros agravado, y sobre los mismos se pasará a analizar su antijuridicidad y culpabilidad.

iii) Antijuridicidad

La antijuridicidad es todo comportamiento humano contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico y que,

como elemento estructurante del delito, debe ser entendida en sentido material y no solo desde la perspectiva formal, es decir, no solo como la mera disconformidad de la acción humana con la norma, sino con la aptitud suficiente para sancionar cuando de manera efectiva se lesiona o se pone en peligro un bien jurídicamente tutelado por la ley, sin justificación jurídicamente atendible.

Los delitos en estudio pertenecen al bien jurídico de la administración pública, tutela que tiene una doble connotación: de un lado, protege el correcto ejercicio de la función pública, entendida ésta como la actividad funcional del Estado, de los entes territoriales y demás entidades públicas de todo orden, que actúan conjunta y coordinadamente en el cumplimiento de los fines constitucionales, en garantía de que la prestación del servicio público responda siempre al interés general y conforme a los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política; y de otro, propende por la protección de los bienes patrimoniales públicos, esto es, aquellos destinados para el acatamiento de esos mismos fines.

En este caso se constata lesividad de los comportamientos atribuidos a FERNANDO OSORIO CUENCA, toda vez que afectaron sin justa causa el bien jurídico de la administración pública en tanto por sí mismas suponen el desvío del interés general que debe regir todas las actuaciones de las autoridades en los ámbitos territoriales. Teniendo el deber de actuar en procura de la satisfacción a los intereses comunales, aquellos a cuyo resguardo se

comprometió cuando tomó posesión en el cargo de gobernador de Tolima, decidió en su lugar amparar las ambiciones de una entidad internacional pretermitiendo para ello los trámites contractuales de la Ley 80 de 1993, y destinando recursos reservados a programas sociales para adquirir equipos de cómputo, mobiliario escolar y material académico, con claro detrimento de los principios de la contratación, comportamientos que sin duda socavaron la confianza de los asociados en las actuaciones de la administración.

iv) Culpabilidad

La culpabilidad se entiende como la capacidad del individuo para conocer y entender bajo parámetros de razonabilidad, que su conducta lesiona los intereses de sus semejantes y de acuerdo a esa comprensión, adecúa su actuación con discernimiento, intención y libertad, o lo que es lo mismo, la idoneidad o aptitud jurídica de un sujeto para la realización de un hecho típico y antijurídico en cuanto reprochable, que genera la imposición de una pena.

Para la Sala, FERNANDO OSORIO CUENCA tenía plena capacidad para comprender la ilicitud de sus actos y para autodeterminarse conforme dicha comprensión, pues así lo revela su sanidad mental y la plena conciencia sobre su antijuridicidad, siéndole exigible una conducta adecuada a las exigencias normativas.

En efecto, no se tiene noticia que hubiera ejecutado las conductas típicas y antijurídicas condicionado por algún tipo de perturbación psíquica o inmadurez psicológica que le impidiera comprender y acatar los mandatos legales. Por el contrario, su formación profesional y recorrido laboral, permiten afirmar que para el momento de la comisión de los punibles no padecía alguna patología transitoria o permanente que le impidiera comprender la naturaleza de las conductas a él atribuidas, por manera que el injusto le es plenamente atribuible pues, pese a estar en posición de ajustar su comportamiento al mandato legal, no lo hizo.

Los referentes fácticos y documentales analizados muestran que OSORIO CUENCA conocía la ilegalidad de sus actos y le era exigible otra conducta, pese a ello, optó por prestar su voluntad al propósito delictivo del que da cuenta la actuación, a sabiendas de que con ello lesionaba la administración pública de la que hacía parte.

v) Responsabilidad

Acreditada la materialidad de las conductas punibles de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* en la modalidad de delito continuado, en concurso con *peculado por apropiación* a favor de terceros agravado, una vez superado el estudio sobre su consagración como comportamientos prohibidos por el ordenamiento jurídico, su contrariedad formal y material con este último y el juicio de culpabilidad que pesa en contra de FERNANDO OSORIO CUENCA, no queda camino distinto que concluir que el

acusado es penalmente responsable por ellas y así deberá ser condenado, fijación punitiva que se precisará más adelante.

6.3.4. De la materialidad en las conductas y la responsabilidad de OSCAR BARRETO QUIROGA

Conforme se anunció en el sentido de fallo, la Fiscalía falló en su compromiso de acreditar la responsabilidad del citado gobernador, en tanto que, en el juego adversarial del sistema acusatorio, la defensa sacó avante su postura de la inocencia de su asistido respecto de los tres delitos que le fueron endilgados: *contrato sin cumplimiento de requisitos legales, peculado por apropiación y prevaricato por omisión*.

El ente acusador reprochó el trámite que culminó con la expedición de la Resolución 0227 de 6 de noviembre de 2009, en la cual se liquidó unilateralmente el Convenio 336 y su adicional, así como la omisión en pedir la extensión o ampliación de la póliza que amparaba las obligaciones pendientes a cargo de la SECAB, pero debe destacarse respecto de esto último que para el momento en que BARRETO QUIROGA asumió como Gobernador —1° de enero de 2008—, el término de vigencia del Convenio 336 de 2007 y su adición habían fenecido, pues la adición de 45 días, acordada el 20 de septiembre de 2007, venció el 5 de noviembre del mismo año.

Por coincidir en los presupuestos valorativos, se acoplarán en este punto los demás cuestionamientos presentados por la Fiscalía referentes a la ausencia en el acto administrativo de los balances técnico y jurídico del convenio y

su adición, la omisión en ordenar el reintegro de los rendimientos financieros producidos por los saldos sin ejecutar, la exclusión de todas las sumas que los informes de supervisión refirieron como aportes incumplidos por la SECAB, la omisión en demandar el cumplimiento de los aportes físicos y logísticos valorados en \$248.000.000,00 a cargo de la SECAB, y la ausencia de revisión a la administración y gerencia por la cual se cobró el 4,5% de remuneración, denotando así que la Fiscalía en el escenario de la liquidación del convenio y su adición evidenció el tipo objetivo de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

Si bien para tal liquidación no era imperante la inclusión de los informes técnico y jurídico conforme a la normativa vigente para entonces, era de menesterosa obtención y estudio, habida cuenta que por virtud de la misma se podía concluir en los incumplimientos en que incurrió la SECAB, no solo frente a los recursos y actividades cuya ejecución fue valorada pecuniariamente y se abstuvo de entregar, o a los pendientes de adquisición que finalmente restableció, sino a la verificación concreta sobre la administración y gerencia que se comprometió a adelantar y por la que se asignó la suma equivalente al 4,5% de los valores del Convenio 336 y su adición.

Asimismo, habiendo fijado específicamente la retribución por los rendimientos financieros que originaran los recursos entregados por el Departamento de Tolima, al margen de su establecimiento o no dentro del presente proceso, resultaba indispensable que al no haber sido referenciados en los reportes

o informes en los que se postuló el incumplimiento, sí se demandara de la SECAB su pago.

También se obvió exigir el cumplimiento de los aportes ofrecidos por la SECAB y la verificación en las labores de administración y gerencia, en las que, de haber surtido un trámite profuso, se habría logrado evidenciar la falencia que detectó esta Sala.

Frente a esta situación, no encuentra la judicatura admisibles los argumentos de la defensa referidos a que se trató de un acto complejo y que como consecuencia de ello los informes preparados con antelación hicieron parte de esta resolución, pues se aparta de la garantía y deber de motivación que se obvian estos presupuestos en la definición concreta de liquidación del convenio, so pretexto de estar incluidos en el expediente o carpeta que los antecede, sin siquiera hacer mínima mención de ellos en el citado acto administrativo.

Si bien el ente investigador acreditó que en la liquidación se incurrió en las omisiones determinadas como generadoras del punible en estudio, no sucede lo mismo en torno a la autoría que predica en contra de BARRETO QUIROGA, porque tal como lo refirió su abogado defensor, aquí se presentó prueba testimonial demostrativa de la manera en que lideró los comités y oficinas a cargo de la liquidación del Convenio 336 de 2007 y su adición, proveyendo en forma permanente por el acatamiento a las normas y la satisfacción de los intereses del Departamento, manifestaciones que ante esta Sala vertieron funcionarios de

la Gobernación que participaron en ese proceso, y que mostraron, sin lugar a duda, que en su actuar no medió intervención alguna en procura de defraudar la administración.

Ciertamente no se observaron cabalmente los lineamientos que demandaba la liquidación del convenio u su adición, pero a diferencia del caso de OSORIO CUENCA, en el que se demostró su coordinación directa y facilitación en procura de beneficiar a la SECAB, para BARRETO QUIROGA ello no es patente al no mediar alguna prueba que sustente con suficiencia que con la proyección de ese acto administrativo haya querido beneficiar a esa entidad, y extraña esta Sala Especial en la actuación investigativa de la Fiscalía evidencia cierta y directa de la que se pueda deducir inequívocamente aquello que le achacó en la acusación acerca de que tenía conocimiento de las irregularidades y dirigió su conducta y el devenir de la administración para favorecerla.

El dolo se desvanece, porque en el actuar de BARRETO QUIROGA se evidencia la delegación como un modelo de gestión apropiado, la confianza depositada en el equipo jurídico de la Gobernación y el personal encargado de la verificación como el fundamento para asentir y suscribir el proyecto que le fue presentado, y la consideración de validez y legalidad que hasta ese momento prevalecía sobre la ejecución del Convenio 336 de 2007 y su adición.

En efecto, el siguiente recuento denota las actividades hechas por el citado enjuiciado desde que asumió la gobernación frente al reporte del incumplimiento por parte de la SECAB:

- El 15 de enero de 2008 el secretario de Salud del Departamento requirió a la SECAB para que diera cumplimiento a sus obligaciones.

- El 22 de enero, la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello allegó a la Gobernación la póliza y la ampliación de esta.

- El 8 de febrero, se allegó un informe sobre el incumplimiento parcial con la Secretaria de Salud.

- El 21 de febrero, cuando se produjo la entrega del cargo de almacenista, se dejó constancia del estado de entrega de los bienes contratados por el ente multilateral pues había pendientes de reintegro sobre los dineros no ejecutados.

- El 25 de febrero se presentó informe en el que se advirtió al secretario de gobierno lo que estaba pendiente de liquidación y que no se había cumplido con la contrapartida por parte de la entidad cooperante.

- El 4 de abril, se celebró reunión con los supervisores para debatir los términos de la liquidación.

- El 8 de abril, la Secretaria de Desarrollo Físico advirtió a la Secretaría de Salud que el balance económico había producido un saldo a su favor en cuantía de \$ 1.986.767.

- El 17 de abril la Secretaría de Gobierno advirtió que la SECAB adeudaba \$21.191.520, y que no había hecho entrega de los computadores portátiles y USB que se habían prometido en calidad de obsequio. Para esa misma oportunidad, la Secretaría de Salud manifestó

la intención de requerir a la SECAB toda vez que la póliza iba a vencer, instando a los demás secretarios y a la Dirección Jurídica para que dieran los informes del convenio especificando cuáles eran los faltantes a tal momento.

- El 2 de mayo, el Almacén General reportó un pendiente de reintegro de los dineros no ejecutados.

- El 8 de mayo, la Secretaria de Educación indicó donde deberían quedar las salas de cómputo, así como la temática, localización y cantidad de personal que recibiría las capacitaciones del capítulo 2 de la propuesta de la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello -SECAB-.

- El 9 de mayo se presentaron los informes de supervisión señalando las sumas no ejecutadas y pendientes por reintegrar.

De otro lado, no tiene asidero el planteamiento de la Fiscalía que imperaba la realización de una liquidación judicial del convenio, porque en orden de sucesión se prefiere la *consensuada* o *bilateral*, con posterioridad a ella la *unilateral*, y como lo refirió John Jairo Peña Ocampo, otrora director del Departamento Administrativo de Asuntos Jurídicos de la Gobernación del Tolima, atiende el principio de autotutela en la actuación administrativa, y solo en caso de discusión sobre la misma se llega a la *judicial*, caso que aquí no se cristalizó porque de parte del ente territorial ni de la SECAB se discutió el contenido del acto administrativo, situación que impidió llegar al ámbito jurisdiccional.

Nótese que la Resolución Número 0227 del 6 de noviembre de 2009 sigue en firme, pues no ha sido materia de cuestionamiento y sus efectos se mantienen incólumes. Es

más, la Fiscalía no documentó si quiera la existencia de una acción judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo tendiente a declarar la nulidad de ese acto administrativo, que en últimas sería el camino idóneo para cuestionar los reparos que hasta ahora se develaron.

Entonces, no se estructuran los elementos para atribuir a OSCAR BARRETO QUIROGA la conducta de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* por la que fue acusado, consecuencia de lo cual será absuelto.

Previo a analizar el delito de *peculado por apropiación* en favor de terceros agravado, como está ligado al ilícito de *prevaricato por omisión*, que lo hizo consistir la Fiscalía en no haber ampliado el término de vigencia a la póliza de cumplimiento, se analizará éste en primer lugar.

Tal punible está contemplado en artículo 414 del Código Penal que sanciona al servidor público cuando omite, retarda, rehúsa o deniega un acto propio de sus funciones, cuya estructura dogmática ha sido perfilada por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia³¹ al señalar: *i)* el sujeto activo es calificado por ser de los denominados *delitos especiales*; *ii)* es delito de mera conducta o actividad, actualizándose el comportamiento típico con la sola acción omisiva o la simple infracción del deber de actuar, sin requerir la causación de un determinado resultado; *iii)* es delito de *omisión propia* u *omisión pura*, dado que regula una

³¹ Cfr. CSJ SP 16 sep. 2020 rad. 56169; SP 10 abr. 2019 rad. 54973; SP 10 ago. 2016, rad. 42007, entre otras.

conducta inactiva o negativa, en la cual precisamente se reprocha el incumplimiento del deber definido por el legislador, independientemente del resultado; *iv)* es de conducta alternativa, según los verbos rectores definidos “*omita, retarde, rehúse o deniegue*”; *v)* corresponde a un tipo penal en blanco, toda vez que es necesario integrar el supuesto fáctico con la norma que impone el deber funcional, sea de orden constitucional o legal, para completar y concretar el sentido de la conducta; y *vi)* la conducta es esencialmente dolosa, por tanto, se exige que el servidor en quien recae el deber legal de ejecutar el acto, además de ser consciente del imperativo que le asiste en forma voluntaria omita, retarde, rehúse o deniegue su cumplimiento.

El reproche de la Fiscalía es porque BARRETO QUIROGA no amplió el término de vigencia a la póliza de cumplimiento, no obstante, como lo destaca su defensor, ese era un acto exigible a la SECAB, por lo que la Gobernación del Tolima no estaba llamada a modificar el contrato suscrito entre el ente asegurador y su cliente, sólo podía instar a que tal organismo internacional lo hiciera, además, no podía imponerse la extensión cuando los convenios no exigen este tipo de garantía, aunque fuera una práctica habitual.

Al momento en que sumió como Gobernador del Departamento de Tolima, el Convenio 336 de 2007 y su adición ya se habían suscrito, el término de ejecución había vencido y lo único que restaba era concluir jurídicamente su celebración, que de conformidad con el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, no

era viable por vía de la caducidad ante la expiración del plazo de ejecución.

La reseña de las actividades hechas por la administración desde que BARRETO QUIROGA asumió como gobernador, todas relacionadas con requerimientos a la SECAB mientras estuvo vigente la póliza de seguro, evidencian que sí se alertó del cumplimiento parcial de ese organismo internacional a las obligaciones contenidas en el convenio y su adición, pero también que no podía pretenderse indefectiblemente la afectación de la póliza, menos aún en la cuantía que la misma cubría, pues a hoy se sabe que el incumplimiento al objeto por parte de la SECAB ascendió a \$54.818.561, mientras que la póliza número 983605 de la Compañía Liberty S.A., que amparaba el cumplimiento y garantizaba las obligaciones del Convenio 336 de 2007 y su adición, tenía la cuantía de \$343.779.150.

Los informes y oficios detallados atrás apuntaron a la posibilidad de cumplimiento o la respectiva devolución a las secretarías de los dineros entregados para la adquisición de los bienes, siendo entonces una variable susceptible de valoración que así sucediera, situación por la que no resulta válido atribuir algún compromiso al Gobernador BARRETO QUIROGA.

Aquí es necesario precisar, como se hizo al analizar el delito de *peculado por apropiación* respecto de OSORIO CUENCA, que tal ilícito sólo se configuró respecto de los dineros cobrados por la SECAB como cuota de administración y gerencia, especialmente, porque los demás

ítems no se demostraron y en particular, porque de cara al incumplimiento de las obligaciones surgidas del Convenio 336 de 2007, existió un proceso que finalizó con la devolución de \$54.818.561 por parte de ese organismo.

Con tal premisa, no puede esta Sala Especial afirmar que el delito de *prevaricato por omisión* se configuró al no ejecutar una póliza de cumplimiento en cuantía superior a lo que fue el incumplimiento de la SECAB y que fue restituida por la vía de la ejecución a la liquidación unilateral llevada a cabo, o por recursos intangibles que fueron valorados pecuniariamente y no tenían la condición de públicos, o por rendimientos financieros que hasta aquél entonces no se tenían valorados, mucho menos, definida su causación.

Bajo tales consideraciones a pesar de que BARRETO QUIROGA se abstuvo de ordenar la afectación de la póliza de cumplimiento, no lo hizo guiado por una decisión pueril o intransigente de su parte, sino por el fundado convencimiento que su equipo tuvo acerca de la necesidad de agotar otros procedimientos, que en efecto llevaron a cabo. Por demás, las mínimas cantidades que se encontraban pendientes de ejecución, de cara al monto contractual y cuantía de la póliza, y la posibilidad de lograr la satisfacción del acuerdo a través de mecanismos consensuados, desdibuja el dolo que le fue enrostrado por la Fiscalía en la acusación.

Llama la atención de esta Corporación que la Fiscalía en sus alegatos afirme que la negativa en afectar la póliza de

seguro constituyó una apropiación de recursos públicos por cuenta de Liberty Seguros, porque en primer lugar en la acusación ello no se postuló, pues el peculado atribuido a los procesados se situó en la SECAB, en segundo término, porque redunda esta aseveración con aquella que hizo referida a que los dineros y bienes comprometidos por ese organismo internacional como parte convenio y su adición tienen naturaleza pública y por lo mismo, su impago determina un punible, mostrándolo ahora en cabeza de una entidad aseguradora que hasta este momento no ha visto comprometido su nombre por la gestión que desplegó para los hechos materia de sentencia.

Así, al no encontrar acreditado un comportamiento omisivo cierto, en el cual tampoco se verificó la concurrencia del ingrediente subjetivo del tipo, deriva en la absolución a favor de OSCAR BARRETO QUIROGA por el cargo de *prevaricato por omisión* que le fue atribuido y así se procederá.

Ahora, respecto del ilícito de *peculado por apropiación* que como se dijo líneas atrás, la Fiscalía lo predicó también a favor de la compañía aseguradora Liberty S.A., por no haber ejecutado la póliza número 983605 mientras tuvo vigencia su amparo, tal acto no es reprochable objetiva ni subjetivamente, máxime cuando el incumplimiento de las obligaciones de la SECAB frente a los recursos públicos, ascendieron a \$54.818.561, que fueron restituidos por esa entidad al ente territorial en marzo de 2010.

En cuanto a los demás aspectos que fundaron la atribución de esta conducta y que coinciden con los que se achacaron a FERNANDO OSORIO CUENCA, frente al tipo objetivo seguirán idéntica consecuencia a lo allí planteado, por lo que se estudiará la responsabilidad de OSCAR BARRETO QUIROGA en esta conducta, específicamente de cara a la apropiación de los \$91.973.745 del 4,5% que la SECAB descontó como gastos de administración y gerencia del convenio a sus proveedores.

Evidenciada esta conducta, su realización tuvo ocurrencia tiempo atrás a su arribo como Gobernador del Tolima y sería contradictorio sostener que el peculado ejecutado y agotado en 2007 también se ejecutó y agotó en 2008.

Además de lo anterior, si en gracia de discusión se admitiera que la omisión en el acto administrativo de liquidación unilateral del cobro o requerimiento de devolución de ese 4,5% apropiados por la SECAB y por esa vía predicar la apropiación, aquí no se verifica que haya mediado la participación de BARRETO QUIROGA en tal propósito, mucho menos que hubiere aprobado el proyecto con la intención de favorecer ese desmedro económico público.

Ni aun en el ámbito de la modalidad culposa es admisible comprender que el enjuiciado permitió la apropiación de los recursos públicos a manos de la SECAB, pues para ello se requería demostrar la infracción al deber

objetivo de cuidado, condición que en contravía, fue evidenciada a través de los testimonios que se escucharon en el juicio dando cuenta de las actividades de supervisión, control y manejo que él lideró y cómo fue vehemente en la celebración de reuniones para acordar los términos de gestión, acudiendo a los servidores jurídicos a fin de reclamar su concepto y participación, así como en la disposición de actos controlados en distintas dependencias, para garantizar la indemnidad de la información y una correcta sustanciación de sus decisiones.

En ese orden, no es viable atribuir una tal infracción al deber objetivo de cuidado, cuando lo que se demostró fue el acato propio de gobernador a las condiciones estructurales de su administración, obrando prohijado por la confianza que en él inspiraron los controles y servidores a su cargo.

Es por lo anterior y de conformidad con lo plasmado en el sentido de fallo que OSCAR BARRETO QUIROGA también será absuelto del punible de *peculado por apropiación* a favor de terceros, formulado en su contra por parte de la Fiscalía.

6.3.5. Dosificación punitiva para FERNANDO OSORIO CUENCA

Nuestro querido país, definido desde la Constitución Política de 1991 como Estado social de derecho, privilegia los valores supremos de la vida en comunidad en procura de una

convivencia pacífica y el progreso conjunto de las comunidades.

A partir de la descentralización y la división del territorio se erigen los gobiernos locales, dotados de autonomía en el ámbito legal y reglamentario. En los departamentos *-entidades territoriales que le suceden al propio Estado-*, son los gobernadores quienes regentan la representación legal y tienen bajo su competencia la importantísima carga de ser ordenadores del gasto, por ello fundadamente se espera que quien accede a dicha dignidad cuente con las más altas credenciales de honorabilidad y liderazgo para que a través de su programa de gobierno guíe óptimamente los cursos de su región, siempre con el carácter teleológico de dar prevalencia al interés general.

En el marco de unas elecciones atípicas, FERNANDO OSORIO CUENCA fue elegido popularmente como gobernador del Tolima para el período comprendido entre el 24 de diciembre de 2005 y el 31 de diciembre de 2007, los ciudadanos del departamento depositaron en él la confianza que en correlato imponía su responsabilidad de ejecutar con transparencia no solo las promesas ofrecidas durante su tiempo de campaña, sino propender a satisfacer las necesidades apremiantes de la comunidad, expectativas ciudadanas que se vieron defraudadas cuando obviando los

parámetros de la contratación estatal, optó por violar la ley y beneficiar a un organismo multilateral.

Esa misma ley fundamental que guía nuestros caminos desde 1991 es la que conmina no solo a los servidores públicos, sino principalmente para quienes fungen como gobernantes, para que observen un comportamiento ético, ya que la meta de la acción pública siempre ha de estar demarcada por las obligaciones hacia los demás, ajena a actos pancistas y egoístas, por eso, cualquier acto corrupto se constituye en un claro obstáculo para el desarrollo de la comunidad, en cuanto los derechos, tanto individuales como colectivos, se tornan vacuos al limitar claramente la oportunidad de materializarlos.

En forma dolosa y desconociendo las alertas que le fueron presentadas, FERNANDO OSORIO CUENCA dispuso los procedimientos administrativos para suscribir un convenio que no era jurídicamente viable, asimismo, proveyó por una adición contractual soslayando los mínimos legales que habilitarían su firma, lo que a la postre permitió que se apropiara, en favor de la SECAB, de recursos públicos es desmedro del ente territorial en cuanto se sacrificó la financiación de proyectos de alto valor social.

A pesar del paso del tiempo, la naturaleza de las conductas ejecutadas por FERNANDO OSORIO CUENCA mantiene incólume el daño propiciado, no solo al erario sino al tejido social, derivado de la burla al ordenamiento jurídico y a quienes en su tiempo fueron sus gobernados, de ahí que

se torna necesaria la imposición de una pena que satisfaga los principios de retribución justa, prevención general y especial, así como la protección al condenado, tratados en el artículo 4° del Código Penal.

Con la imposición de la sanción la Sala propende a restablecer el orden alterado y sentar un precedente que alerte a quienes ejercen cargos populares y ostentan responsabilidades de compromiso al patrimonio público, para que actúen conforme al ordenamiento y se proscriba del quehacer cotidiano cualquier tipo de trampa con la que se pretermita el estricto acato al ordenamiento.

Respecto del acusado, proveerá para que en su reflexión proyecte a sus congéneres y adeptos las directrices de rectitud que demanda el ejercicio de un cargo tan distinguido como aquél que aprovechó para violar la ley.

Por lo anterior, establecida la existencia de las conductas punibles de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* en la modalidad de delito continuado y de *peculado por apropiación* a favor de terceros agravado, así como la responsabilidad que en ellas tiene el acusado, siguiendo los parámetros establecidos en los artículos 54 a 61 del Código Penal, se impondrá la pena de la siguiente forma.

En virtud de lo normado en el artículo 31 del Código Penal, la tesis jurisprudencial relacionada la dosimetría penal tratándose de pluralidad de conductas punibles, señala la necesidad de identificar la pena individualizada para cada

una de ellas a fin de determinar cuál es la más grave, por lo mismo, no se atiende a la fijada por el legislador, sino la cuantificada por el operador judicial una vez superado el ámbito de movilidad que arrojan los cuartos punitivos.

Y establecida la sanción más grave, ella será la base para aumentarla hasta en otro tanto, para lo cual se ha de sopesar para el incremento el número de ilícitos concurrentes, su naturaleza, gravedad, modalidad de la conducta, intensidad del elemento subjetivo, entre otros.

Para ambos delitos, la Fiscalía atribuyó al procesado las circunstancias de mayor punibilidad previstas en los numerales 1° y 10° del artículo 58 del Código Penal, por cuanto las conductas se ejecutaron *“sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad”* y porque FERNANDO OSORIO CUENCA obró *“en coparticipación criminal”*, preceptos que en efecto advierte esta Sala tuvieron ocurrencia, comoquiera que tanto en el *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* como en el *peculado por apropiación* se afectó el patrimonio público y se canalizaron los recursos asignados a la satisfacción de necesidades sociales diversas a las postuladas en el Convenio 336 de 2007 y su adición, y porque para llevar a cabo dichas conductas participó un número plural de personas.

Asimismo, se evidencia que OSORIO CUENCA carece de antecedentes penales, entendidos como sentencias condenatorias ejecutoriadas y vigentes, a voces de lo descrito en el artículo 248 de la Constitución Política de Colombia,

razón por la cual, se reconocerá la circunstancia de menor punibilidad contenida en el numeral 1° del artículo 55 del Código Penal que le fue predicada.

El ilícito *de contrato sin cumplimiento de requisitos legales* prevé pena de prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses, al aumentarse dichas sanciones en una 1/3 parte por tratarse de un delito continuado, según las previsiones del parágrafo del artículo 31 del Código Penal, se ubican así: la pena privativa de la libertad entre ochenta y cinco (85) meses y diez (10) días a doscientos ochenta y ocho (288) meses; la pecuniaria entre ochenta y ocho punto ochenta y ocho (88.88) a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ciento seis (106) meses y veinte (20) días a doscientos ochenta y ocho (288) meses.

Por lo tanto, los cuartos de movilidad son los siguientes:

PENA	1er cuarto	2° cuarto	3er. cuarto	4° cuarto
Prisión	85 meses y 10 días - 136 meses	136 meses, 1 día a 186 meses 20 días	186 meses, 20 días a 237 meses y 10 días	237 meses 11 días a 288 meses
Multa S.M.L.M.V.	88,88- 166,66	166,67 - 244,44	244,45 - 322,22	322,23 - 400
Inhabilitación ciudadana	106 meses 20 días - 152 meses	152 meses, 1 día a 197 meses y 10 días	197 meses y 11 días a 242 meses y 20 días	242 meses y 21 días a 288 meses

Atendiendo la concurrencia de las circunstancias de mayor y menor punibilidad antes descritas, se fijarán las sanciones entre los cuartos medios.

A pesar de la superioridad numérica de las circunstancias de mayor respecto de las de menor punibilidad, su naturaleza no fuerza indefectiblemente la imposición de la sanción en el segundo cuarto medio, porque si bien, la disposición legal que determina el perímetro de movilidad intermedio en dos cuartos, dentro de los cuales el fallador debe atender las referidas circunstancias, mengua la discrecionalidad judicial en su fijación³², ello deriva en principio de un ejercicio de ponderación que se sobrepone al aritmético.

Para esto se sigue el criterio hermenéutico que de manera propedéutica sentó la Sala de Casación Penal en el sentido sentencia de 13 de febrero de 2019, radicación 47675 (SP338-2019) que cuando de concurrir simultáneamente circunstancias genéricas de punibilidad del artículo 55 y 58 del C.P. ubicados en los cuartos medios (segundo cuarto de punibilidad o tercer cuarto de punibilidad, será ***“el número, la naturaleza y gravedad de las mismas determinará si se aplica el segundo -SCP- o el tercer cuarto de punibilidad -TCP”***. (se destaca)

Para este asunto, la circunstancia contenida en el numeral 1° del artículo 58 del Código Penal se ve parcialmente cobijada por la conducta de peculado por

³² Cfr. CSJ SP 6699 28 may. 2014 rad. 43524; SEP-0064-2021 24 jun. 2021 rad. 00300.

apropiación, mientras que la del numeral 10° alude a un presupuesto necesario para la ejecución de las conductas por las que se emite condena y, al sopesarlas con la de menor punibilidad, hace que campee la contenida en el numeral 1° del artículo 55, cuya autonomía y evidencia de comportamiento anterior ajustado a la ley, sumada a la gravedad del daño causado, la intensidad del dolo y las funciones que la pena habrá de cumplir, definidos con antelación, hacen plenamente imponer el mínimo del segundo cuarto punitivo, o primer cuarto medio, por lo cual, FERNANDO OSORIO CUENCA será sancionado por esta conducta con 136 meses y 1 día de prisión, multa de 166,67 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 152 meses y 1 día.

Para el delito de *peculado por apropiación*, el artículo 397 del Código Penal establece pena de prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. Cuando el monto de lo apropiado supera los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, como sucedió en este caso, las penas se aumentan hasta en la mitad.

Así, el ámbito de movilidad punitiva se define entre noventa y seis (96) y cuatrocientos cinco (405) meses, tanto

en la pena de prisión como en la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

El monto de lo apropiado por la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello -SECAB-, ascendió a \$91.973.745,00, cantidad que para el año 2007 equivalía a 212,06 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Como la sanción pecuniaria es única, a dicho monto se aplicará el incremento equivalente a la mitad, derivado de la verificación a la circunstancia de agravación punitiva tratada en el artículo 397 del Código Penal, por lo que la multa será de 318,09 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Ahora bien, tanto para la pena de prisión como de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, los cuartos de movilidad son los siguientes:

PENA	1er cuarto	2° cuarto	3er. cuarto	4° cuarto
Prisión e inhabilitación ciudadana	96 - 173 meses y 7 días	173 meses y 8 días a 250 meses y 15 días	250 meses y 16 días a 327 meses y 22 días	327 meses y 22 días a 405 meses

Ante las circunstancias de mayor y menor punibilidad concurrente, siguiendo los mismos parámetros definidos en precedencia, se impondrá la pena en el mínimo del primer cuarto medio, razón por la que FERNANDO OSORIO CUENCA será condenado por la autoría en el delito de *peculado por apropiación* a favor de terceros agravado, a 173 meses y 8 días de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, así como multa equivalente a 318,09 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Dosificadas las sanciones, emerge diáfano que las penas para el delito de *peculado por apropiación a favor de terceros agravado* son más altas, motivo por el que a las mismas se les hará el incremento por razón del ilícito concurrente de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, como delito continuado, se incrementará el equivalente al cinco por ciento (5%) de las penas fijadas para el punible equivalente a 6 meses y 24 días de prisión e inhabilitación ciudadana por 7 meses y 18 días, arrojando como penas definitivas a 180 meses y 2 días de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 180 meses y 26 días.

En cuanto a la sanción pecuniaria, según lo normado en el numeral 4° del artículo 39 de la Ley 599 de 2000, tratándose de concurso las multas, las correspondientes a cada una de las infracciones se sumarán, sin que el total pueda exceder del tope legal de 50.000 salarios mínimos legales mensuales, por tanto, se fijará en su sumatoria, que arroja cuatrocientos ochenta y cuatro coma setenta y seis (484,76) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

De conformidad con lo establecido en el artículo 122 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el Acto Legislativo 1 de 2004, al ser condenado por delitos que afectan el patrimonio del Estado, FERNANDO OSORIO CUENCA tampoco podrá ser inscrito como candidato a cargo de elección popular, ni elegido, ni designado como servidor

público, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado.

6.3.6. Mecanismos sustitutivos de la pena de prisión

i) Suspensión condicional de la ejecución de la pena

Conforme con la prueba recaudada se tiene que los hechos tuvieron ocurrencia en el año 2007, por manera que la norma vigente para la época de los hechos es el artículo 63 original del Código Penal, el cual establecía como requisito objetivo para conceder el subrogado que la pena a imponer no fuera superior a tres (3) años, por lo mismo, no tiene cabida aquí al no cumplirse tal requisito, lo que releva a la Sala de analizar las restantes exigencias normativas.

Es de anotar que si bien la modificación introducida al citado artículo por la Ley 1709 de 2014 amplió su concesión para las penas privativas de la libertad que no excedan de cuatro (4) años, en este evento también se supera dicho quantum punitivo, además, los delitos por los que se procede se encuentran enlistados en el artículo 68A del Código Penal, que proscribía la suspensión condicional de la pena para los delitos que atentan contra el bien jurídico de la administración pública³³.

³³ El listado de delitos excluidos de beneficios y subrogados se introdujo inicialmente por la Ley 1453 de 2011, que modificó la Ley 1142 de 2007, a través de la cual se adicionó el artículo 68A al Código Penal. Conforme con aquél, quedaba proscrita la concesión de subrogados -entre otros- para los delitos de peculado y contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Esa prohibición se amplió a todas las conductas punibles contra la administración pública con la posterior expedición de la Ley 1474 de 2011, y se ha mantenido incólume incluso con la expedición de las

Prisión domiciliaria

En virtud del principio de favorabilidad, el análisis de este instituto sucedáneo se hará de cara a los presupuestos exigidos en el original artículo 38 del Código Penal, —el cual fue luego modificado por la Ley 1709 de 2014—³⁴, que aumentó la exigencia objetiva de 5 a 8 años de prisión, norma que no obstante le resulta menos favorable al procesado, en tanto, a su vez, requiere que los delitos por los que se condena no estén incluidos en el inciso 2° del artículo 68A, supuesto que no se cumple en cuanto se trata de delitos que por contemplar la lesión al bien jurídico de la administración pública, están excluidos de cualquier beneficio o subrogado.

Bajo tal panorama, el requisito objetivo dispuesto en aquella norma tampoco se cumple, comoquiera que los comportamientos por los que se declara penalmente responsable a OSORIO CUENCA comportan una pena privativa de la libertad mínima superior a cinco años.

El defensor solicitó tener en consideración la inexistencia de la prohibición contenida en el artículo 68 A del Código Penal para la fecha de los hechos, pero como se acaba de mencionar, la norma vigente para entonces contemplaba como requisito objetivo que el delito por el que

Leyes 1773 de 2016 y 1944 de 2018, todas modificadoras del inciso 2° del artículo 68A.

³⁴ Si bien el artículo 38 del Código Penal fue modificado por las Leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011, las mismas no afectaron las exigencias de carácter objetivo y subjetivo contenidas en la redacción original.

se procede tenga pena mínima igual o inferior a los cinco (5) años, situación que para el presente asunto no se presenta.

Y si lo que pretende es que se estudie la viabilidad en conceder la prisión domiciliaria con el ámbito punitivo actual sin la prohibición contenida en el artículo 68 A del Código Penal, tal escenario resulta abiertamente inviable, por cuanto ello constituye una "lex tertia", que para estos efectos está proscrita, tal como lo dijo la Sala de Casación Penal:

"... existe una línea jurisprudencial definida en el sentido de que no es posible acudir a la elaboración de una lex tertia, como quiera que la verificación de preceptos que rigen situaciones idénticas durante el tránsito de legislaciones acarrea, para efectos de cotejar el axioma invocado, su aplicación integral, estando vedado tomar de cada una de las normas en comparación lo que favorece y desechar lo que perjudica, pues, de este modo el operador jurídico confeccionaría una norma especial para el caso y, de contera, se atribuiría el rol de legislador (CSJ AP 293-2015, AP 1201-2015, AP 2218-2015, AP 2774-2015, AP 4733-2015, SP 16558-2015, AP 2141-2016, SP 2168-2016, AP 1771-2016).

Ahora bien, con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 1709 de 2014, la Corte ha decantado un criterio pacífico respecto de la posible aplicación del principio de favorabilidad tratándose de la concesión de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad; se ha indicado que las modificaciones incorporadas por esa normatividad, entre otros, a los artículos 38 y 63 del Código Penal, incluye necesariamente para su interpretación la realizada al artículo 68A de la misma codificación, pues, «tomar factores favorables de una y otra normatividades, para así construir el beneficio o subrogado, no solo implica una suplantación ilegal del legislador, sino que

finalmente la combinación normativa desnaturaliza por completo la figura del beneficio, desdice de su finalidad y, no por último menos importante, termina por violentar el principio de igualdad» (CSJ SP, 12 mar. 2014, rad. 42623).

De otra parte, en punto a la concesión de la prisión domiciliaria al amparo de lo dispuesto en el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, fueron dos las vías por las que se solicitó: a) por el numeral 2º: *“Cuando el imputado o acusado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia”* y b) bajo el numeral 4º: *“Cuando el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales”*.

En la sesión de audiencia de individualización de pena y sentencia el defensor aportó copia de los registros clínicos de su asistido, indicando que sus padecimientos cardíaco, renal, neuronal y respiratorio hacen inviable un tratamiento médico mientras purga la pena en privación de la libertad intramuros, no obstante, en cumplimiento a la orden impartida por esta Sala, el 3 de noviembre de 2021 el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses emitió el informe de la valoración médica practicada al acusado, en la que concluyó que en la actuales condiciones de OSORIO CUENCA no cursa con estado grave por enfermedad, por lo que tal requisito no se cumple.

Ahora, frente a la otra vertiente, se tiene que FERNANDO OSORIO CUENCA cuenta con setenta y cinco (75) años de edad, se ha mostrado atento y respetuoso a las decisiones judiciales, se afirma que ejerce actividades sociales y, principalmente, su núcleo familiar demanda su cuidado, protección y compañía, máxime los padecimientos de su hija por crisis maniaco depresivas, a más de lo cual, las conductas por las que es declarado penalmente responsable, tuvieron como escenario de principal impacto el orden administrativo, del que actualmente se encuentra absolutamente desligado, por lo que se advertiría la viabilidad de conceder tal sustituto.

Y si bien como lo advierte el Fiscal, debe considerarse la prohibición prevista en el parágrafo del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, incorporado con la Ley 1142 de 2007, vigente para la fecha de los hechos (28 de junio) cuando se trata del delito de *peculado por apropiación* en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, escenario en el que se encuentra el acusado, la Corte Constitucional en sentencia C-318 de 9 de abril de 2008, al estudiar dicha prohibición, declaró el precepto condicionalmente exequible *“en el entendido que el juez podrá conceder la sustitución de la medida, siempre y cuando el peticionario fundamente, en concreto, que la detención domiciliaria no impide el cumplimiento de los fines de la detención preventiva, en especial respecto de las víctimas del delito, y en relación exclusiva con las hipótesis previstas en los numerales 2, 3, 4, y 5 del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007”*.

El estudio de esta causal al acompasarse con la condición precisada por la citada sentencia, y frente a las finalidades que se persiguen con la imposición de la pena de obtener una retribución justa, prevención general y especial, así como la protección al condenado, de cara a las condiciones particulares OSORIO CUENCA, su postura ante la administración de justicia y ante la ley, muestran viable otorgarle el mecanismo sustitutivo de la prisión intramural, fijándola en su lugar de domicilio.

Para garantizar el cumplimiento a las obligaciones que este sustituto representa, el condenado deberá suscribir diligencia de compromiso y prestar caución bancaria o mediante póliza de seguro, en cuantía equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En consideración a que FERNANDO OSORIO CUENCA ha mostrado su intención de someterse a las decisiones de la administración de justicia y que si bien, se dispuso la purga efectiva de la pena, se sustituyó su cumplimiento intramural por el de su lugar de domicilio, lo que ciertamente es menos invasivo, en procura de minimizar la afectación a garantía contenida en el artículo 13 constitucional, tal determinación debe ser armonizada y actualizada a lo decidido al momento de anunciar el sentido del fallo, panorama que da lugar a que en amparo al principio pro libertatis sea viable que el declarado penalmente responsable se mantenga en libertad mientras la sentencia adquiere firmeza.

En ese orden, se ordenará que FERNANDO OSORIO CUENCA sea puesto a disposición del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, para los fines de su competencia, hasta tanto este fallo esté en firme.

Así mismo, se reconocerá como parte de la pena cumplida, el lapso que permaneció en detención preventiva por cuenta de este diligenciamiento.

En los términos fijados por el artículo 102 y siguientes de la Ley 906 de 2004 es viable, respecto del declarado culpable, adelantar a solicitud de la víctima del Fiscal o del Ministerio Público el incidente de reparación integral.

En firme la decisión, por secretaría se enviarán las comunicaciones correspondientes para efectos de publicidad de la sentencia (artículo 166 y 462 del citado estatuto adjetivo) y se remitirá la actuación seguida en contra de FERNANDO OSORIO CUENCA al reparto de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad para la vigilancia de esta condena.

De otra parte, ejecutoriada esta decisión, por Secretaría se solicitará la cancelación de todas las anotaciones que pueda registrar OSCAR BARRETO QUIROGA, con ocasión de este proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema

de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Primero. Condenar a FERNANDO OSORIO CUENCA como autor responsable del concurso heterogéneo de las conductas punibles de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* en delito continuado y *peculado por apropiación* a favor de terceros agravado.

Segundo. Imponer a FERNANDO OSORIO CUENCA ciento ochenta (180) meses y dos (2) días de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ciento ochenta (180) meses y dos (2) días y multa equivalente a cuatrocientos ochenta y cuatro (484,76) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Tercero. Condenar a FERNANDO OSORIO CUENCA a la inhabilitación intemporal de que trata el artículo 122 de la Constitución Política de Colombia.

Cuarto. Negar a FERNANDO OSORIO CUENCA la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Quinto. Conceder a FERNANDO OSORIO CUENCA la sustitución de la pena privativa de la libertad en

establecimiento carcelario por la de su lugar de domicilio, en las condiciones previstas en la parte motiva de este fallo.

Sexto. Señalar que la privación de la libertad que surge de esta sentencia, se haga efectiva hasta tanto la misma cobre legal ejecutoria.

Se reconoce como parte de la pena cumplida, el lapso que permaneció en detención preventiva por cuenta de este diligenciamiento.

Séptimo. Precisar que respecto del declarado culpable, la víctima, el Fiscal o del Ministerio Público pueden promover el incidente de reparación integral.

Octavo. Absolver a OSCAR BARRETO QUIROGA de la acusación que como autor de los delitos *de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, peculado por apropiación en favor de terceros agravado y prevaricato por omisión* presentó la Fiscalía General de la Nación en su contra.

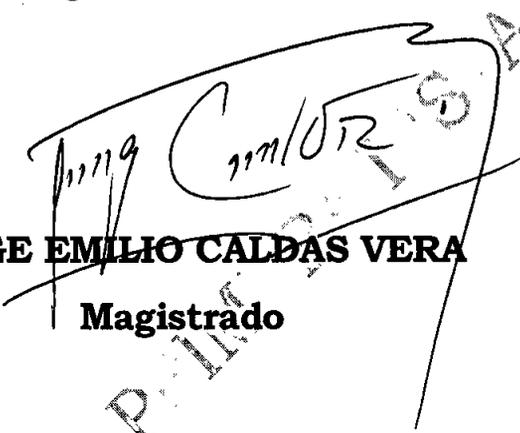
Noveno. En firme, remitir copias del presente fallo a las autoridades a las que alude el artículo 472 de la Ley 600 de 2000 y de las piezas procesales pertinentes al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad – reparto, para lo de su cargo.

Décimo. Ejecutoriada esta decisión, por Secretaría se solicitará la cancelación de todas las anotaciones que pueda registrar OSCAR BARRETO QUIROGA, como consecuencia

de estos hechos y proceso únicamente y se procederá con el archivo definitivo de las diligencias.

Undécimo. Contra esta decisión procede el recurso de apelación para ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado


BLANCA NELIDA BARRETO ARDILA
Magistrada


ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado


RODRIGO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario