

Proceso Nº 12397

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Aprobado Acta No. 210

Santafé de Bogotá, D.C., quince de diciembre del año dos mil.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación en la modalidad de discrecional interpuesto contra la sentencia de 28 de febrero de 1996, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, condenó al procesado JULIO CESAR MONTAÑEZ ROA a la pena principal de un (1) año de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, y multa de cincuenta mil pesos, como autor responsable del delito de celebración indebida de contratos, absolviéndolo de los cargos que le habían sido formulados en la resolución de acusación por el de prevaricato.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Mediante acuerdo 045 de 5 de julio de 1991, el Concejo Municipal de Ibagué autorizó al Alcalde Francisco José Peñaloza Castro para que por licitación pública y/o privada suscribiera un contrato con el objeto de instalar en el Municipio un sistema de televisión vía satélite, que permitiera la recepción y retransmisión de 4 canales de televisión internacional, por el sistema VHF, con el lleno de los requisitos legales, entre ellos los establecidos en el estatuto de contratación de Ibagué, en concordancia con el Decreto

1900 de 1990 y la Ley 14 de 1991, y sujeto a autorización previa del Ministerio de Comunicaciones. Las facultades conferidas en este acuerdo -disponía su artículo sexto- “se entenderán sin ningún efecto, y no podrá hacerse ninguna erogación si el Ministerio de Comunicaciones no otorga al Municipio las correspondientes autorizaciones para el funcionamiento del sistema de televisión vía satélite”. Para la celebración de este contrato dispuso apropiar una partida de hasta sesenta millones de pesos (fls.53-1).

Con fecha 17 de septiembre del mismo año, el Ministerio de Comunicaciones dirigió al Alcalde el oficio No. 582, donde le hacía saber que el servicio que pretendía prestar resultaba “abiertamente ilegal”, puesto que de conformidad con la Ley 14 de 1991, solo podía ser suministrado por Inravisión, los canales regionales, y las personas que hubieran celebrado con el Ministerio contrato de televisión por suscripción (fls.35-1).

A esta comunicación acompañó copia de la circular de 16 de agosto de 1991, dirigida por el Ministro de Comunicaciones (E) y el Procurador General de la Nación a las autoridades del orden departamental, distrital y municipal, y a la ciudadanía en general, donde advertían sobre la ilegalidad de la prestación del servicio de televisión por personas distintas de las señaladas en el artículo 1º de la Ley 14 de 1991: Instituto Nacional de Radio y Televisión (Inravisión), organizaciones regionales de televisión, y concesionarios del servicio de televisión por suscripción (fls.36-1).

Con el argumento que el sistema de licitaciones señalado por el Concejo Municipal para la implantación del servicio incrementaba los costos del contrato, amen de resultar dispendioso y prolongado en el tiempo, el Alcalde presentó a consideración del cabildo, en el mes de noviembre del mismo año, un nuevo proyecto de Acuerdo, derogatorio del 045, donde lo autorizaba para contratar de manera directa el establecimiento de un sistema de televisión para la recepción de 4 canales internacionales, hasta por la suma de \$50.000.000,00, con eliminación de las previsiones relativas a la obtención de la autorización previa del Ministerio de Comunicaciones, y el cumplimiento de los requisitos

legales, incluidas en el texto del Acuerdo anterior (fls. 50,51,52-1).

En el proceso de discusión del referido proyecto de Acuerdo, el Concejo realizó una sesión informal de la Comisión del Plan con la presencia de representantes de la administración Municipal, el Ministerio de Comunicaciones, la empresa oferente del sistema de televisión propuesto por el Alcalde (COSMOTEC LTDA.), y el concesionario para la prestación del servicio de televisión por suscripción en la ciudad de Ibagué (S.A.S. TELEVISION LTDA.), con el propósito de analizar la legalidad de la implantación del sistema (fl.69 y 89-1).

A esta reunión asistieron, entre otras personas, Henry Tapiero Jiménez y Carlos Quintero, delegados del Ministerio de Comunicaciones, quienes insistieron en la legalidad de la implantación del sistema en razón al uso que pretendía hacerse del espectro electromagnético, cuya gestión y control estaba a cargo del Estado; y, Francisco José Peñaloza Castro (Alcalde) y Julio Cesar Montañez Roa (Jefe de la Oficina Jurídica de la Alcaldía), quienes expusieron la tesis de que las entidades territoriales podían utilizar el espectro radioeléctrico, acorde con lo establecido en el artículo 18 del Decreto 1900 de 1990 (fls. 208-1, 380-2).

Al terminar su intervención, Montañez Roa precisó: “Yo quiero concluir finalmente, que como abogado nosotros aprendimos en la universidad que interés (sic) público está por encima del interés particular, que el Estado, que el Gobierno no puede sustraer a la ciudadanía, al pueblo de los avances tecnológicos, y no podemos por interpretaciones meramente jurídicas sustraer de un derecho casi que natural de información que tienen los habitantes de Ibagué, por el solo hecho de unos requisitos de orden formal, si tenemos las condiciones técnicas porque no es legal, con fundamento además en la propiedad pública del espectro porque (sic) no es legal que un Municipio instale unas antenas parabólicas? yo no veo porque (sic) se puede utilizar por cable y porque (sic) no por otro sistema, si es lo mismo, son medios de comunicación de las

señales, vuelvo y repito, por eso es precisamente que no está absolutamente prohibido” (fls.221-1, 380-2).

El Alcalde, por su parte, afirmó que muchas ciudades en Colombia, entre ellas Girardot y El Espinal, poseían este sistema, no existiendo razón para que Ibagué no lo tuviera, planteamiento que mereció el inmediato respaldo de uno de los concejales, quien textualmente expresó “Mi posición es la siguiente, de respaldar al señor Alcalde acompañarlo allá en la cárcel, si es que nos van a meter a la cárcel por montar esta película, lo acompaño y respaldo” (fls. 213 y 214-1, 380-2).

Dos días antes de este debate, el doctor Montañéz Roa, en su condición de Director de la Oficina Jurídica de la Alcaldía de Ibagué, solicitó a la Oficina de Presupuesto de la Secretaría de Hacienda Municipal, ordenar “disponibilidad y reserva presupuestal por la suma de \$43.500.000,00, con el fin de garantizar el pago del contrato a suscribir con la doctora ALBA CECILIA CAMELO SUAREZ, representante legal de CAMELO A B C E HIJOS S.en C. DOTACIONES COMUNICACIONES Y TECNOLOGIA, para la compraventa e instalación del sistema de televisión vía satélite y su transmisión” (fls. 133-1), reserva cuya constitución aparece certificada el 22 de noviembre (fls.134-1).

El 26 de noviembre siguiente, el Concejo expidió el acuerdo No. 073, autorizando al Alcalde para que a través de contratación directa, sin sujeción a las normas de licitación privada o pública, y previo el lleno de los requisitos legales, procediera a la adquisición de los equipos necesarios para la “recepción de señales de televisión internacionales incidentales”, hasta por la suma de cincuenta millones de pesos (fls.49-1).

El 28 del mismo mes, Francisco José Castro, en representación del Municipio de Ibagué, y Alba Cecilia Camelo Suárez, en representación de CAMELO A.B.C. E HIJOS S. EN C. DOTACIONES COMUNICACIONES Y TECNOLOGIA”, firmaron el contrato No. 094, mediante el cual el Municipio adquiriría en compraventa de la sociedad contratista, un sistema

de “recepción y transmisión” de la señal de cuatro (4) canales de televisión internacional incidental vía satélite, por el sistema UHF, por la suma de \$43.500.000,00 exigiéndose, para su validez, entre otros requisitos “el visto bueno previo del Director de la Oficina Jurídica Municipal”, quien en tal condición, aparece también suscribiéndolo (fls. 136-1).

Mediante oficio No. 01557 de 9 de diciembre, el Secretario general del Ministerio de Comunicaciones le recordó al Alcalde Peñaloza Castro que la normatividad atinente a la implementación de estaciones terrenas de televisión continuaba vigente, y de acuerdo con ella, la retransmisión de las señales recibidas no podía hacerse con utilización del espacio radioeléctrico (fls.311-1).

El 12 de diciembre, el Alcalde dirigió al Ministerio de Comunicaciones el oficio No. 0517, solicitando autorización para el uso de frecuencias radioeléctricas, con el fin de poner en marcha el servicio de televisión por satélite contratado por su administración (fls. 143-1).

El sistema fue finalmente instalado y puesto en funcionamiento a través de los canales 17, 20, 24 y 28, en la banda UHF, con utilización del espectro radioeléctrico, y sin autorización previa del Ministerio de Comunicaciones, en las siguientes frecuencias: canal 17, de 488 a 494 Mhz, canal 20, de 506 a 512 Mhz, canal 24, de 530 a 536 Mhz, y, canal 28, de 554 a 560 Mhz (fls. 302-1, 560, 564-2).

Mediante Resolución No. 1886 de 6 de mayo de 1993, el Ministerio de Comunicaciones inició de oficio actuación administrativa en contra del Municipio de Ibagué, por posible violación del régimen de telecomunicaciones (art. 75 de la Constitución Nacional, 8º de la Ley 72 de 1989; y 20, 50 y 52, numeral 2º del Decreto Ley 1900 de 1990), y ordenó suspender en forma inmediata las transmisiones que venían cumpliéndose con utilización del espectro electromagnético (fls.595-2).

En virtud de la denuncia penal instaurada por Salim Antonio Sefair López, en representación de S.A.S TELEVISION LIMITADA”, concesionaria de la prestación del servicio de televisión por suscripción en la ciudad de Ibagué, el Juzgado Treinta y Seis de Instrucción Criminal del Lugar abrió investigación y ordenó la vinculación del Alcalde Francisco José Peñaloza Castro (fls. 176, 265-1 y 252, 461-2). Con posterioridad, la Fiscalía General de la Nación dispuso la radicación del proceso en la ciudad de Bogotá, donde fueron vinculados los doctores Julio Cesar Montañez Roa, Jefe de la Oficina Jurídica de la Alcaldía de Ibagué (fls. 477, 542-2), y Jaime Orlando Santofimio (fls. 495-2) abogado externo, respecto de quien se dispuso días después la preclusión de la investigación (fls.582-2).

La vinculación del doctor Montañez Roa al proceso estuvo determinada por su participación en la tramitación del referido contrato No. 094 de 28 de diciembre de 1991, y las afirmaciones del Alcalde Peñaloza Castro en el sentido de haber actuado bajo su asesoría, en razón de no ser él abogado (fls. 494-2). Preguntado sobre intervención en el trámite de la contratación, Montañez Roa manifestó que la Oficina a su cargo ha sido la encargada de la revisión del contrato y la elaboración de la correspondiente minuta, y haber definido la tesis de que no era necesario obtener permiso previo del Ministerio de Comunicaciones para la utilización del espectro radioeléctrico (fls.477, 542-2).

Resuelta la situación jurídica de los procesados (fl.82-3) y cerrada la investigación, la Fiscalía, mediante decisión de 30 de septiembre de 1993, profirió resolución acusatoria contra Francisco José Peñaloza Castro y Julio Cesar Montañez Roa, por los delitos de prevaricato por acción y celebración indebida de contratos, en calidad de autor y determinador, respectivamente (fls. 95-4). Apelada esta decisión, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, mediante proveído de 29 de abril de 1994, la confirmó en todas sus partes, con la aclaración de que el procesado doctor Montañez Roa, debía responder en calidad de autor (fls.259-5).

Promovido incidente de cambio de radicación del proceso, con el fin de que el juzgamiento continuará en la ciudad de Bogotá, la Corte, por auto de 18 de agosto de 1994, accedió a la pretensión del incidente, por estimar que en la ciudad de Ibagué, donde debía continuar el trámite del proceso, no ofrecía las condiciones requeridas para el adelantamiento de un juicio imparcial e independiente (fls. 3 del cuaderno No. 1 de la Corte).

Por auto de 21 de abril de 1995, el Juzgado de conocimiento (31 Penal del Circuito de Bogotá,) se declaró incompetente para seguir conociendo del proceso respecto del acusado Francisco José Peñaloza Castro, por virtud de su designación como Gobernador del Departamento del Tolima, y ordenó remitir el original de la actuación a la Corte para la continuación del juicio, conforme a lo establecido en el artículo 68 del estatuto procesal, y proseguir sobre el cuaderno de copias el juzgamiento respecto de Montañez Roa (fls. 157-6).

Celebrada la audiencia pública (188,189,22,256, 261-6), el Juzgado, mediante sentencia de 10 de octubre de 1995, absolvió al procesado de los cargos imputados en la resolución acusatoria (fls. 322-6). Apelado este fallo, el Tribunal Superior, mediante el suyo de 25 de febrero de 1996, revocó la absolución en relación con los cargos por el delito de celebración indebida de contratos, para en su lugar condenarlo como autor de este hecho punible, a la pena principal de doce meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa de cincuenta mil pesos (fls. 55 y 177-7).

CASACION EXCEPCIONAL INTERPUESTA Y CONCESION DEL RECURSO

Con fundamento en lo establecido en el artículo 218 del estatuto procesal, inciso tercero (modificado por el 35 de la Ley 81 de 1993), el defensor del procesado, teniendo en cuenta que la pena máxima prevista para el delito de celebración indebida de contratos no

es ni excede de seis años de prisión, solicitó la aceptación del recurso de casación en su modalidad de excepcional, por afectación de los derechos y garantías fundamentales.

Como fundamento central de su alegación adujo que a partir de la vigencia de la nueva Constitución (artículo 75) y de la Ley 182 de 1995 (art.25 parágrafo), dejó de exigirse “permiso previo” para la redistribución de señales incidentales, habiendo sido dictados los fallos de primera y segunda instancia cuando esta exigencia ya no constituía requisito para contratar, con violación de los artículos 29-3 de la Constitución Nacional y 6º del Código Penal, que prevén que en materia penal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Por auto de 21 de junio de 1996, la Corte admitió la impugnación propuesta, tras considerar que el hecho de haber sido expedida la Ley 182 de 1995 antes de haber sido dictados los fallos de instancia, despejaba el camino para pensar que la nueva normatividad sobre la materia había modificado o enervado la tipicidad penal de la conducta objeto de reproche, y de ser ello así, indudablemente que el procesado Montañez Roa habría tenido derecho a que su situación se resolviera conforme a la ley más favorable. Consecuencialmente, dispuso correr los traslados de rigor para la sustentación de recurso y las alegaciones de los no recurrentes (fls.4 cuaderno No. 2 de la Corte).

LA DEMANDA

Con fundamento en la causal primera de casación, apartado primero, el actor plantea la violación directa de la Ley sustancial, por exclusión evidente del artículo 25 de la Ley 182 de 1995, aplicable al caso concreto en virtud del principio de favorabilidad consagrado en los artículos 29.3 de la Constitución Nacional, 6º del Código Penal, y 10º de Procedimiento.

Afirma que el doctor Montañez Roa fue condenado en segunda instancia básicamente por haber defendido la tesis según la cual para la operabilidad del sistema de televisión

contratado por el Municipio de Ibagué, no era necesaria la obtención de “permiso previo” del Ministerio de Comunicaciones, postura que surgía de la interpretación del Decreto 1900 de 1990 y la ley 14 de 1991.

Posteriormente entró en vigencia la nueva Carta Política, cuyo artículo 75 garantizó el acceso al uso del espectro electromagnético en los términos que fije la ley, lo cual ahondó la discusión, más aún frente al contenido del artículo 77 ejusdem, que defirió la dirección de la política en materia de televisión a lo que determine la ley, sin menoscabo de las libertades previstas en la Constitución. No obstante esto, el Tribunal condenó al procesado, porque en su criterio se requería permiso.

La precitada ley 182 de 20 de enero de 1995, en su artículo 25, estableció que la recepción de las señales incidentales “era libre”, siendo su parágrafo claro al disponer que “... quienes estén distribuyendo señales incidentales deberán inscribirse ante la Comisión Nacional de Televisión, y obtener autorización para continuar con dicha distribución mediante acto administrativo de la comisión, para lo cual tienen un plazo de seis meses... La comisión establecerá también las demás condiciones en que puede efectuarse la distribución para la señal”, precepto del que se deducen varias cosas: a) Que el constituyente delegó en la ley la facultad de regular lo relacionado con el espectro electromagnético; b) Que había serias dudas sobre el carácter imprescindible del “permiso previo”. Si no las hubiera, el legislador habría omitido el parágrafo; y, c) que existían sistemas que operaban sin “permiso previo”.

Si antes de la Constitución de 1991 y la ley 182 de 1995 era necesario el “permiso” para poder accionar el sistema, igual afirmación no puede hacerse a partir de su vigencia, pues resulta claro que a partir de entonces, no se exige dicho “permiso”, no solo por la inferencia que permiten las normas superiores, sino porque la ley ha dispuesto que quienes se encuentren distribuyendo señales incidentales deben inscribirse y obtener autorización dentro de los seis meses siguientes, lo que significa que si antes se pedía tal

autorización “previa”, después de la vigencia de las citadas normas no. En este orden de ideas debe afirmarse que si llegó a existir alguna ilegalidad en el uso del espectro electromagnético, ella desapareció con la expedición de estos estatutos.

En síntesis, las sentencias de primera y segunda instancia fueron proferidas cuando ya no se exigía “permiso previo” para contratar u “operar el espectro”. Por ende, aquella conducta que ha podido ser ilegal en el pasado, ha dejado de serlo por obra del propio legislador. De allí que resulte obligatoria la aplicación retroactiva de la nueva normatividad, concretamente del párrafo del artículo 25 de la citada ley 182 de 1995, para que “colocada en el momento de la celebración del contrato, lo cubriera de plena legalidad”.

Complementariamente sostiene que la circunstancia de haberse realizado la negociación de manera directa, sin licitación pública, no permite afirmar responsabilidad del procesado, puesto que el Concejo “derogó tal requisito”, mediante acto acompañado de presunción de legalidad, que no ha sido negado por el competente, y que al momento del hecho gozaba de plena vigencia.

Tampoco constituye delito que el trámite y las gestiones atinentes a la “confección” del convenio se hubiera realizado en la oficina del doctor Montañez Roa, puesto que se limitaba a cumplir sus funciones de asesor, ni que hubiera defendido con ardentía la tesis de que no se requería “permiso previo”, pues la forma como se asume la defensa de una determinada postura es cuestión de estilo, de personalidad, de temperamento.

Bajo el subtítulo “una respetuosa solicitud accesoria”, pide a la Corte examinar el cargo a la luz de la causal tercera de casación en el supuesto de ser esta la vía correcta a plantearse cuando se viola el principio de favorabilidad, como podría deducirse del contenido de la sentencia de casación de 3 de abril de 1991.

Apoyado en estas consideraciones solicita a la Sala casar el fallo recurrido y proferir el

de reemplazo, disponiendo la absolución del procesado.

ALEGATO APRECIATORIO

El apoderado de la parte civil demanda de la Corte el mantenimiento del fallo atacado, pues afirma que la normatividad que sirve de soporte a la pretensión del censor exige de todas maneras autorización para el uso del espacio electromagnético, solo que en la actualidad debe ser obtenida ante la Comisión Nacional de Televisión, no del Ministerio de Comunicaciones, pero esta modificación para nada puede afectar la tipicidad de la conducta.

Critica el aspecto técnico formal del escrito impugnatorio en punto a la invitación que el demandante formula a la Corte para que motu proprio, analice el cargo al amparo de la causal tercera de casación, en el evento de llegar a considerarse que debió ser ésta, y no la primera, la causal susceptible de ser invocada en el caso concreto.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En alusión al aspecto técnico de la demanda, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal cuestiona ab initio la forma como el demandante invita a la Corte a revisar la censura dentro del ámbito de la causal tercera, sin llegar a presentar un nuevo cargo, como hubiese sido lo correcto a tenor de lo establecido en el artículo 225.3 del estatuto procesal.

Es del criterio, sin embargo, que el demandante acierta en la selección de la causal, como quiera que la Corte ha venido pacíficamente aceptando que la violación al principio de favorabilidad constituye una afrenta a una garantía fundamental con efectos de carácter sustancial, no procesal, susceptible de ser enmarcada dentro del ámbito de la causal primera, en la medida que no comporta afectación de lo actuado sino un desacierto atribuible al juzgador, quien decide aplicar una norma de carácter sustancial que no

corresponde al caso, con desconocimiento de la correcta.

En relación con el contenido del cargo, sostiene, que el conflicto de leyes en el tiempo se presenta, según lo afirmado por el casacionista, entre el Decreto 1900 de 1990, que exigía un permiso previo del Ministerio de Comunicaciones para operar el sistema de recepción y difusión de señales internacionales, y la ley 182 de 1995, que modificó sustancialmente este régimen, al eliminar una tal exigencia.

Agrega que al censor le asiste razón cuando plantea la necesidad de aplicar en estos casos el precepto más favorable, no obstante su carácter extrapenal, pues tratándose de normas que regentan la actividad contractual, se integra a la normatividad penal, de suerte que si una norma posterior suprime un requisito que era exigido para la época de la comisión del hecho, habrá de abrirse campo a su aplicación retroactiva, por resultar favorable, con una incidencia negativa en la tipicidad del comportamiento reprochado.

El cargo, no obstante, carece de fundamento, como que la segunda norma no es favorable, ya que no eliminó el requisito en cuestión, sino que lo modificó, pues mantiene en esencia la prohibición de disponer de las frecuencias del espectro electromagnético al libre albedrío de los particulares, sometiendo su regulación al aval estatal.

La ley 182 de 1995 no hizo cosa distinta de trasladar a la Comisión Nacional de Televisión la facultad de otorgar el permiso. En momento alguno el Estado quiso desprenderse del poder de disposición que la Constitución de 1991 le asignó en su artículo 75. En este entendido, resulta claro que la situación no sufrió el cambio que pretende atribuirle el impugnante.

El párrafo del artículo 25, no puede ser interpretado en forma aislada como lo hace el actor, sino en armonía con el artículo 24, que alude a la ocupación ilegal del espectro, y dispone que “cualquier servicio no autorizado por la Comisión Nacional de Televisión,

o que opere frecuencias electromagnéticas sin la previa asignación por parte de dicho organismo, es considerado clandestino. La Junta Directiva de la Comisión procederá a suspenderlo y a decomisar los equipos sin perjuicio de las sanciones de orden civil, administrativo o penal a que hubiere lugar, conforme a las normas legales y reglamentarias vigentes.

Como si esto fuera poco, el párrafo del artículo 25 ejusdem, despeja cualquier duda que pudiera suscitarse con la reglamentación respecto al requerimiento del permiso previo o autorización especial del Estado para distribuir señales incidentales de televisión, razón por la cual no podría decirse que resulta favorable al procesado.

En este orden de ideas, el argumento esgrimido por el casacionista no tiene asidero real ni jurídico, en cuanto no es cierto que se presente un verdadero conflicto de leyes en el tiempo, siendo la nueva normatividad, por el contrario, reflejo de una política constitucional y legal similar, de contenido esencialmente idéntico en la materia que es objeto de análisis.

Además de lo dicho, el actor circunscribe todo el problema al otorgamiento del permiso, minimizando el hecho que la estructuración del tipo penal no solo se basó en ese factor, sino además en la violación de otras formalidades legales, que de manera general regulaban la contratación estatal. Así, bajo el rótulo “aquello que quedaría”, presenta una crítica personal a los restantes aspectos fácticos tenidos en cuenta por el ad quem, en los que involucra inclusive los que tuvieron incidencia en la declaración de culpabilidad, lo cual debe ser considerado un contrasentido, puesto que si se afirma la atipicidad de la conducta por la sobrevinencia de una norma favorable, mal pueden ser introducidas elucubraciones en torno a la culpabilidad del procesado. Estas críticas, debieron enmarcarse dentro de cargos independientes, al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, única manera de poder demostrar la ilegalidad de las conclusiones del fallador.

Con todo, sostiene que sus afirmaciones en el sentido de que el proceso de contratación contó con el visto bueno del Concejo Municipal, quedando a salvo en virtud de la presunción de legalidad de este acto, no son de recibo, puesto que resulta notorio el apartamiento de las normas legales que exigían el permiso previo, como también de las que le señalaban la necesidad de acudir a la contratación por licitación.

Tampoco resultan atendibles sus insinuaciones en torno a la ausencia de culpabilidad, si se toma en cuenta la suficiente ilustración recibida del Ministerio de Comunicaciones y la Procuraduría General de la Nación, no obstante lo cual se dispuso continuar con el proyecto, desatendiendo estas precisas directrices. Además de todo lo dicho, el actor omite considerar importantes aspectos tenidos en cuenta en el fallo, suficientes para preservar la decisión impugnada, tanto desde el flanco de la tipicidad como desde la perspectiva de la culpabilidad.

En virtud de este estado de cosas, solicita a la Corte desestimar la censura.

SE CONSIDERA

Cuestiones Preliminares.

1. Termino de la prescripción de la acción penal.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 82 del Código de Procedimiento Penal, el término de prescripción de la acción penal cuando el delito por el que se procede ha sido cometido dentro del país por empleado oficial en ejercicio de sus funciones, o de su cargo, o con ocasión de ellos, debe aumentarse en una tercera parte.

Sobre la forma como debe ser aplicado el referido incremento, la Corte, en decisión de

mayoría, ha sido insistente en señalar que opera de manera autónoma en las fases de instrucción y de juzgamiento, y que es, por tanto, sobre el término de prescripción establecido en los artículos 80 y 84 del Código Penal para cada uno de estos momentos procesales, que se impone aplicarlo.

En el caso que es objeto de estudio, se tiene que el procesado Doctor Montañez Roa fue condenado por el delito de celebración indebida de contratos (art. 146 C.P.) y absuelto por el prevaricato por acción (art. 149 C.P.), el término de prescripción para cada uno de estos ilícitos en la etapa de juzgamiento es, según lo previsto en el artículo 84 ejusdem, de cinco (5) años. Más como quiera que concurren los presupuestos del artículo 82 ejusdem, dicho término debe aumentarse en una tercera (1/3) parte, es decir, un (1) año y ocho (8) meses, para un total de seis (6) años y ocho (8) meses, tiempo que, contado desde la fecha de ejecutoria de la resolución de acusación (29 de abril de 1994), no se ha consolidado.

1. Aspecto técnico de las demanda. Causal invocada.

El principio de favorabilidad, al igual que el de legalidad de los delitos y las penas y de la prohibición de reformatio in pejus, son garantías fundamentales que amparan al procesado en la declaración o aplicación del derecho sustancial, es decir, en el ejercicio de la actividad in iudicando, por lo que es la causal primera de casación, que no la tercera, la vía indicada para la formulación del ataque en sede extraordinaria cuando se alega su violación. De allí el acierto en la escogencia del motivo por parte del demandante.

Equivocada resulta en cambio la invitación que formula a la Corte para que, de resultar incorrecta la selección de la primera causal, aprehenda motu proprio el estudio del cargo al amparo de la tercera, pues es ella función que debe cumplir el denunciante. Y que la Corte no puede suplir en virtud del principio de limitación que preside el recurso (art. 228

C.P.P.)

Este desacierto deviene sin embargo irrelevante, ante la circunstancia de no ser esta la causal que debió ser alegada en el presente caso, sino la primera, como ya se dejó visto, correctamente.

1. Contenido de la impugnación. Marco fáctico y jurídico.

De la lectura del escrito sustentatorio del recurso claramente se advierte que el demandante, además de la propuesta de ataque por violación indirecta del principio de favorabilidad, introduce una serie de alegaciones marginales orientadas a cuestionar la tipicidad de la conducta y la culpabilidad del procesado en los hechos, por razones distintas de las que motivaron la admisión del recurso excepcional, cuyos lindes quedaron claramente definidos por la Corte en el auto de aceptación al señalar que procedía ante la expectativa de haberse violado por los juzgadores de instancia el principio de favorabilidad.

Por las razones anotadas, la Sala se abstendrá de considerar las cuestiones que resultan extrañas al objeto de impugnación, limitando su actividad al análisis de los aspectos atinentes a la violación de la precitada garantía fundamental.

Respuesta al Cargo.

El principio de favorabilidad, según el cual, en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, presupone la existencia de un conflicto de leyes en el tiempo, es decir de sucesión de normas que regulen una misma hipótesis fáctica de manera diferente, o le señalan consecuencias jurídicas distintas, resultando una de ellas menos gravosa para los

intereses del procesado.

Siendo ello así, el estudio de la censura debe necesariamente partir de la confrontación de las normas que sirvieron de soporte a la sentencia (Ley 72 de 1989, Decreto 1900 de 1990 y Ley 14 de 1991), de acuerdo con las cuales para la instalación del sistema de recepción y redistribución de señales incidentales de televisión con ocupación del espacio electromagnético, resultaba necesario obtener permiso previo del Ministerio de Comunicaciones; y, el artículo 25 de la Ley 182 de 1995, cuyo parágrafo, en criterio del demandante, habría eliminado tal exigencia, haciendo que la conducta se torne atípica.

No obstante que un planteamiento de esta naturaleza impone aceptar que la normatividad anterior exigía el cumplimiento del requisito de la autorización previa, pues no de otra manera podría afirmarse la abolición de esta exigencia por las nuevas disposiciones legales, ni demandarse la aplicación del principio de favorabilidad, resulta oportuno precisar, en razón a los cuestionamientos que soslayadamente plantea el recurrente sobre este particular, que las argumentaciones que en tal sentido contiene el fallo impugnado encuentran sólido e inequívoco respaldo legal, como se desprende del contenido de los artículo 18, 19, 20 y 50 del Decreto 1900 de 1990 y 75 de la Constitución Nacional, citados en la sentencia, normas cuyo texto resulta imprescindible reproducir:

DECRETO 1900/90. “ARTICULO 18. El espectro electromagnético es de propiedad del Estado y como tal constituye un bien de dominio público, inajenable e imprescriptible, cuya gestión, administración y control corresponden al Ministerio de Comunicaciones de conformidad con la leyes vigentes y el presente decreto”.

“ARTICULO 19. Las facultades de gestión, administración y control del espectro electromagnético comprenden, entre otras, las actividades de planeación y coordinación, la fijación del cuadro de frecuencias, la asignación y verificación de frecuencias, el

otorgamiento de permiso para su utilización, la protección y defensa del espectro electromagnético, la comprobación técnica de emisiones radioeléctricas, el establecimiento de condiciones técnicas de equipos terminales y redes que utilicen en cualquier forma el espectro electromagnético, la detección de irregularidades y perturbaciones, y la adopción de medidas tendientes a establecer el correcto y racional uso del espectro electromagnético, y a restablecerlo en caso de perturbación o irregularidades”.

“ARTICULO 20. El uso de frecuencias radioeléctricas requiere de permiso previo otorgado por el Ministerio de Comunicaciones y dará lugar al pago de los derechos que correspondan. Cualquier ampliación, extensión, renovación o modificación de las condiciones, requiere de nuevo permiso, previo y expreso”.

“El permiso para el uso de frecuencias radioeléctricas tendrá plazo definido que no podrá exceder de veinte años, el cual podrá renovarse hasta por término igual al inicial. En los casos de los servicios de difusión y especiales, su duración será igual a la de la respectiva concesión o autorización.

ARTICULO 50. Cualquier red o servicio de telecomunicaciones que opere sin autorización previa será considerado como clandestino y el Ministerio de Comunicaciones y las autoridades militares y de policía procederán a suspenderlo y a decomisar los equipos, sin perjuicio de las sanciones de orden administrativo o penal a que hubiere lugar, conforme a las normas legales y reglamentarias vigentes.

“Los equipos decomisados serán depositados a órdenes del Ministerio de Comunicaciones, el cual les dará la destinación y el uso que fijen las normas pertinentes.

“La anterior disposición se aplicará de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 72 de 1980”. (El texto del artículo 10 es sustancialmente idéntico).

CONSTITUCION NACIONAL (julio 5/91). ARTICULO 75. "El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.

"Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley penal para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético".

Frente a estas disposiciones, ninguna duda cabía albergar en cuanto al carácter de bien público que detenta el espectro electromagnético, las restricciones normativas a su uso, y la necesidad de obtener autorización previa del Ministerio de Comunicaciones para su ocupación, entidad a la cual se encontraban asignadas las funciones de gestión, control y administración.

Uno de los argumentos con los cuales el demandante pretende demostrar la violación del principio de favorabilidad, encuentra sustento en el contenido de los artículos 75 y 77 de la Constitución Política, en cuanto delegaron en la ley la facultad de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético, y la determinación de la política en materia de televisión. No obstante ello -sostiene-, el procesado Montañez Roa fue condenado porque, en criterio del Tribunal, sí requería permiso.

Este planteamiento resulta confuso, pues no logra entenderse si lo afirmado por el actor es la inexistencia antecedente de la exigencia normativa del permiso previo, en cuyo caso la alegación trascendería los límites de la impugnación, siendo totalmente contradictorio invocar violación del principio de favorabilidad; o si lo alegado es su inexistencia sobreviniente, en virtud de la facultad otorgada a la ley para reglamentar unos tales aspectos, quedando por dicho motivo sin vigencia la normatividad

antecedente.

De cualquier forma, ambos razonamientos serían equivocados. El primero, porque no es cierto, como ya se dejó visto, que la ocupación del espectro electromagnético pudiera hacerse sin contar con autorización previa del Ministerio de Comunicaciones. El segundo, porque la circunstancia de que el nuevo orden constitucional hubiera delegado en la ley la reglamentación del servicio de televisión y del régimen de telecomunicaciones, no significa que con anterioridad a la Constitución no existieran normas que los reglamentara, o que existiendo hubiesen perdido ipso facto vigencia.

En decisión de febrero 26 de 1993 (T-081), la Corte Constitucional, en referencia a este concreto aspecto, precisó que la “redacción de las normas constitucionales en tiempo verbal futuro en materia de funciones o competencias, presupone, excepto disposición en contrario, un proyecto a realizar o correlativamente la conservación de estructuras del pasado mientras el cambio constitucional pueda ser llevado a cabo. Este es precisamente el caso de las competencias del Ministerio de Comunicaciones, atribuidas de tiempo atrás por la ley, particularmente en relación con el control de la utilización del espacio electromagnético, las cuales permanecen vigentes hasta tanto no sea creado el nuevo organismo contemplado en la Constitución” (Comisión Nacional de Televisión, aclara la Sala).

Tampoco resulta posible sostener que las normas del Decreto 1900 de 1990 que establecían condiciones o limitaciones al uso del espectro electromagnético, y por ende la obtención de licencias o permisos (artículos 2º, 20, 39, 40, 48, 50 y 52), hayan sido afectadas de inconstitucionalidad sobreviniente, pues la citada Corporación, en Sentencia No. C-189 de abril 19 de 1994, las encontró ajustadas al ordenamiento jurídico, tras considerar que el ejercicio de los derechos fundamentales de informar y fundar medios de comunicación que utilizan el espectro electromagnético no es libre, sino que requiere la intervención estatal en razón al carácter de bien público que ostenta el espectro

electromagnético y, además, con el objeto de preservar y desarrollar las finalidades sociales inherentes a los servicios televisivos.

El otro argumento sustentatorio del cargo encuentra soporte en la ley 182 de 20 de enero de 1995 reglamentaria del servicio de televisión, específicamente en el artículo 25, cuyo párrafo, en criterio del demandante, eliminó como exigencia para la utilización del espectro electromagnético la obtención del permiso previo de funcionamiento.

Esta inferencia es también equivocada. El demandante omite referirse al contenido integral del artículo, al igual que a las normas anteriores, que regulan lo atinente a la intervención del Estado en el espectro, y su ocupación ilegal, en las que claramente se establece como condición para poder operar frecuencias electromagnéticas, la obtención de permiso previo. Veamos en lo pertinente el contenido de estas disposiciones:

ARTICULO 23. Naturaleza jurídica e intervención en el espectro. El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible, sujeto a la gestión y control del Estado.

“La intervención estatal en el espectro electromagnético destinado a los servicios de televisión, estará a cargo de la Comisión Nacional de televisión.

“La Comisión Nacional de Televisión coordinará previamente con el Ministerio de Comunicaciones el Plan Técnico Nacional de Ordenamiento del espectro electromagnético para televisión y los planes de utilización de frecuencias para los distintos servicios, con base en los cuales hará asignación de frecuencias a aquellas personas que en virtud de la ley o de concesión deben prestar servicio de televisión. La comisión solo podrá asignar las frecuencias que previamente le haya otorgado el Ministerio de Comunicaciones para la operación del servicio de televisión.

“Igualmente deberá coordinar con dicho Ministerio la instalación, montaje y funcionamiento de equipos y redes de televisión que utilicen los operadores para la cumplida prestación del servicio.

ARTICULO 24. De la ocupación ilegal del espectro. Cualquier servicio de televisión no autorizado por la comisión Nacional de Televisión o que opere frecuencias electromagnéticas sin la previa asignación por parte del dicho organismo, es considerado clandestino. La Junta Directiva de la Comisión procederá a suspenderlo y a decomisar los equipos, sin perjuicio de las sanciones de orden civil, administrativo o penal a que hubiere lugar, conforme a ñas normas legales y reglamentarias vigentes...”.

ARTICULO 25. De las señales incidentales y codificadas de televisión y de las sanciones por su uso indebido. Se entiende por señal incidental de televisión aquella que se transmite vía satélite y que está destinada a ser recibida por el público en general de otro país, y cuya radiación puede ser captada en territorio colombiano sin que sea necesario el uso de equipos de codificadores.

“La recepción de señales incidentales de televisión es libre, siempre que esté destinada al disfrute exclusivamente privado a fines sociales o comunitarios.

“Las señales incidentales, no podrán ser interrumpidas con comerciales, excepto los de origen.

“Prevía autorización y pago de los derechos de autor correspondientes, y en virtud de la concesión otorgada por el Ministerio de la Ley o por la Comisión Nacional de Televisión, los operadores públicos, privados y comunitarios, y los concesionarios de espacios de televisión, podrán recibir y distribuir señales codificadas.

“Cualquier otra persona natura o jurídica que efectúe la recepción y distribución a que se refiere el inciso anterior con transgresión de lo dispuesto en el mismo, se considerará

infractor y prestatario de un servicio clandestino y como tal estará sujeto a las sanciones que establece el artículo anterior.

“Las empresas que actualmente prestan los servicios de recepción y distribución de señales satelitales se someterán, so pena de las sanciones correspondientes, a lo dispuesto en este artículo.

PARAGRAFO. Con el propósito de garantizar lo dispuesto en este artículo y el anterior, quienes estén distribuyendo señales incidentales deberán inscribirse ante la Comisión Nacional de Televisión, y obtener la autorización para continuar con dicha distribución, mediante acto administrativo de la comisión, para lo cual tiene un plazo de seis meses...”.

Como puede verse, no es que estas nuevas disposiciones hayan eliminado una tal exigencia. El referido estatuto no contiene esta previsión, ni el Estado puede renunciar a las funciones de gestión y control del espectro que le imponen las normas superiores (arts. 75y 76 C.N.). El artículo 24 que viene de ser transcrito es perentorio en disponer que cualquier servicio de televisión que opere frecuencias electromagnéticas sin previa asignación por parte de la Comisión Nacional de televisión, será considerado clandestino, con las consecuencias que una tal declaración implica. Luego, no es cierto que la exigencia de autorización previa para la distribución de las señales incidentales de televisión, haya desaparecido.

En una de sus decisiones atrás citadas, la Corte Constitucional hizo la siguiente precisión en relación con el mantenimiento y necesidad de esta exigencia, que no por haber antecedido a la expedición de la ley 182 de 1995 deja de tener vigencia: “La concesión del uso de una frecuencia para transmitir información, es una facultad del Estado que se desprende de su función de gestión (C.N. art.75). Solamente mediante el mecanismo de autorizaciones previas es posible garantizar el cumplimiento de los fines sociales del Estado, el uso técnicamente adecuado del espectro y la igualdad de

oportunidades en su acceso”.

Cierto es que el párrafo del artículo 25 concedió un plazo de seis meses a quienes estuvieran distribuyendo señales incidentales, para que se inscribieran y obtuvieran la correspondiente autorización de la Comisión Nacional de Televisión, como condición para poder seguir operando, pero esto no quiere decir que la exigencia no existiera, o que preexistiendo hubiese sido suprimida.

Si la transmisión de señales incidentales (concepto que resulta distinto del de recepción), con utilización del espacio electromagnético, fuese libre, en el sentido de no estar sometido a condición alguna, como lo postula el demandante, la exigencia del párrafo de obtener autorización en el término de seis meses para poder seguir operando, resultaría arbitraria e ilegal, además de innecesaria.

Con la referida disposición solo se pretendió cobijar bajo la nueva normatividad a todas las personas que venían prestando el servicio de distribución de señales satelitales incidentales, y legalizar, de paso, por razones de interés general, situaciones de facto consideradas clandestinas a la luz de la regulación legal anterior. En manera alguna se pretendió modificar el régimen establecido, ni excluir del ordenamiento el cumplimiento del requisito de licencia previa para la distribución de señales incidentales de televisión, mucho menos purgar la ilegalidad de los contratos celebrados con desconocimiento de las exigencias normativas requeridas para la prestación de este servicio.

No existiendo, entonces, una regulación posterior más favorable, sino normas con contenido sustancialmente idénticos, en cuanto en ambas se establece como requisito indispensable para la distribución de señales incidentales con utilización del espectro electromagnético, la obtención de licencia previa, siendo solo diferente el organismo encargado de su expedición (Ministerio de Comunicaciones y Comisión Nacional

de Televisión), ha de concluirse que la propuesta de ataque presentada por el casacionista contra el fallo impugnado, por presunta violación del principio de favorabilidad, carece de fundamento real y jurídico.

Dígase, finalmente, que la decisión de condena por la celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales se encuentra fundamentada no solo en la circunstancia de haber sido pretermitido el requisito de la licencia previa del Ministerio de Comunicaciones, sino también por haber contratado en forma directa, situación que permitiría mantener el fallo atacado, aún en el supuesto de haber sido aceptado el cargo examinado.

Las anotadas consideraciones, y las expuestas por la Delegada en su concepto, que la Sala comparte, resultan suficientes para desestimar la censura.

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada

Devuélvase al Tribunal de origen. CUMPLASE.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CORDOBA POVEDA CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria.