

Proceso Nº 13316

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

Aprobado Acta No. 206

Santafé de Bogotá D.C., siete (7) de diciembre de dos mil (2000).

VISTOS

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama condenó a BENJAMIN ARISTIDES HERRERA ESPITIA a la pena de 42 meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por 18 meses, como autor responsable del delito de concusión, en concurso sucesivo y homogéneo, cuando se desempeñaba como Alcalde Municipal de esa localidad, al pago de perjuicios materiales a favor de los transportadores de la empresa Transtundama S.A., representada por la señora Rosa Tulia Salamanca de Archila, sin derecho al beneficio de la condena de ejecución condicional, mediante fallo del 5 de septiembre de 1996.

Así mismo lo absolvió de los cargos que le fueron formulados dentro de la causa radicada bajo el No 106, que fue acumulada a la anterior, en la que se presentaba como afectada la empresa transportadora Los Héroes.

El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, mediante providencia del 18 de diciembre de 1996 modificó la decisión del a quo, en el sentido de imponer a BENJAMIN ARISTIDES

HERRERA ESPITIA la pena de 30 meses de prisión, la de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual y de conceder al sentenciado la condena de ejecución condicional.

Contra esta decisión se interpuso el recurso de casación que se procede a resolver.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Aquellos fueron puestos en conocimiento por la señora Rosa Tulia Salamanca de Archila, quien en su condición de representante legal de la empresa de Transportes Tundama S.A presentó ante la Alcaldía Municipal de Duitama autorización del cambio de cinco buses por su equivalente en microbuses. Para el mes de junio de 1993, el burgomaestre, Dr BENJAMIN HERRERA ESPITIA citó a la señora Salamanca de Archila a su casa ubicada en la finca La Mara donde le manifestó que le autorizaba el cambio de buses por microbuses, pero que tenía que pagarle un millón de pesos por cada reposición. Que para el 28 o 29 de junio se acordó que la gerente llevaría tres millones de pesos en efectivo, pero el dinero finalmente se entregó en los primeros días del mes de julio en la finca La Mara, hacia las 7:00 de la mañana. En ese mismo mes se le entregaron al señor Alcalde dos millones de pesos por parte del señor Luis Alberto Archila Guío, esposo de la denunciante. Luego la misma señora Salamanca le llevó dos millones de pesos a la finca donde habitaba HERRERA ESPITIA y, un millón de pesos en las instalaciones de la Alcaldía, oportunidad en la que iba acompañada de su hijo menor, para un total de 8 millones de pesos. Como contraprestación el Alcalde se comprometió a sacar las resoluciones que ampliaban la capacidad transportadora de la citada empresa.

Por los anteriores hechos la Fiscalía Cuarta de la Unidad Previa y Permanente dictó resolución de apertura de investigación el 24 de agosto de 1993, pero el asunto fue asignado con posterioridad a la Fiscalía 12, la cual admitió la demanda de constitución de parte civil presentada por el apoderado de la señora Rosa Tulia Salamanca de Archila, el

6 de septiembre de 1993. Igualmente se escuchó en indagatoria al encartado y se le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, en proveído del 28 de octubre de 1993.

El cierre de investigación se produjo el 26 de abril de 1994 y la calificación del mérito del sumario el 17 de junio de ese mismo año con resolución acusatoria en contra de BENJAMIN ARISTIDES HERRERA ESPITIA como autor responsable del delito de concusión.

El conocimiento de la causa correspondió al Juzgado 1º Penal del Circuito de Duitama, despacho que dispuso acumular a esta investigación la causa radicada bajo el No C-106 que también adelantaba y dentro de la cual la Fiscalía 11 Especializada de la Unidad de Fiscalías de esa ciudad profirió resolución acusatoria por el delito de concusión, el 28 de marzo de 1994, por hechos en los cuales se presentaba como afectada la Cooperativa de Transportes Los Héroes.

Culminado el término establecido en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal dispuso la práctica de algunas pruebas, celebró la correspondiente audiencia pública y dictó el fallo de primer grado que fue parcialmente modificado por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, con los resultados que se reseñaron al inicio de este pronunciamiento.

Esta decisión fue recurrida por el defensor del procesado HERRERA ESPITIA y el Fiscal Once Especializado de Duitama, el cual fue concedido por la colegiatura el 10 de febrero de 1997. Según constancia del 27 de mayo de ese año, el citado fiscal presentó la demanda de manera extemporánea pero, por error involuntario, fue admitida en auto del 13 de noviembre de 1997, por lo que en este pronunciamiento habrá de declararse la nulidad parcial de dicho auto.

LA DEMANDA DE CASACION

CARGO UNICO. Causal tercera.

El defensor del procesado acusa la sentencia del Tribunal de haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad por contener una irregularidad que afecta el debido proceso.

Aduce al respecto que el juicio que se adelantó en contra de BENJAMIN ARISTIDES HERRERA ESPITIA lo fue por el delito de concusión, cuando su conducta ha debido ser calificada como cohecho impropio que describe y sanciona el artículo 142 del Código Penal, en virtud de que la señora Rosa Tulia Salamanca de Archila cometió a su vez el delito de cohecho por dar u ofrecer, para que el Alcalde de Duitama dictara unas resoluciones que de acuerdo con la ley debía proferir para aceptar el cambio de inscripción de unos automotores por otros, afiliados a la empresa Tundama S.A., de la cual es su representante legal.

Afirma que en la investigación quedó suficientemente demostrado que la señora Salamanca Archila fue quien ofreció el dinero al Alcalde para obtener las resoluciones que le permitieran matricular dos microbuses por cada bus que se desafilaba de la empresa y también que el alcalde recibió el dinero, con el propósito de dictar las resoluciones a que estaba obligado y por eso su conducta se enmarca en el tipo de cohecho y no en el de concusión.

Para la demostración fáctica de la conducta señala que el sentenciador olvidó que “hubo un perfecto acuerdo de voluntades entre Rosa Tulia Salamanca y Benjamin Herrera”, quien jamás utilizó métodos inductivos ni constriñó a la citada para obtener dinero de sus arcas ni de las de los afiliados a la empresa Tundama S.A.

La forma como están plasmados los hechos en la sentencia de primer y segundo grado permite recordar que en el mes de mayo de 1993, mediante resolución No 414 la alcaldía había aceptado a la empresa cambiar la capacidad transportadora de unos buses por unos microbuses, la cual había sido solicitada desde el mes de febrero de ese año. Que

conforme se estableció en las sentencias, la entrega de los ocho millones de pesos se hizo en diferentes oportunidades y ante distintas personas, entre los meses de junio y julio de 1993, lo que significa que para la fecha de la resolución no hubo entrega de dineros.

La alcaldía negó a Transtundama las solicitudes efectuadas por medio de tres actos administrativos de junio de ese año y fue a partir de esa fecha que empezaron a efectuarse los abonos de los dineros. La legalidad de la resolución 414 jamás se cuestionó, debido a que en ella se accedió al cambio de “cupos”, sin necesidad de acudir a la entrega de dineros, lo que indica que la iniciativa fue de particular. De lo contrario, el Alcalde habría solicitado dinero para la expedición de dicha resolución.

La transcripción de los cassettes que contienen las conversaciones que grabó la señora Salamanca demuestran que ella contó con la suficiente tranquilidad de ánimo, la ponderación y el dolo para consumir el delito de cohecho por dar u ofrecer y la prueba que le permitiera acusar al Alcalde. Que su conducta no es la de quien ha sido inducido a entregar una dádiva o a formular promesa remuneratoria.

Quien es concusionado no tiene otras alternativas, como ocurre en el delito de cohecho, donde existen dos voluntades convergentes a violar la ley. Es un pacto ilícito del que se derivan consecuencias jurídico penales para ambas partes.

De otro lado afirma el libelista, que en la audiencia se demostró que la señora Rosa Tulia Salamanca recogió entre varios transportadores afiliados a Transtundama un total de \$9.500.000.00 y solamente entregó 8.000.000.00 al Alcalde “lo que la coloca en situación de delincuente”. Por tanto, el convenio también la benefició a ella.

A su modo de ver, la transcripción de algunos apartes de las charlas entre el procesado y la denunciante revelan que además de la familiaridad, la relación horizontal y el ‘convenio’, hablaron de un negocio de venta de “cupos” que ella efectuaba, porque de cada bus obtenía dos, uno con el que se quedaba y otro que vendía, dado que se

convertían en dos cupos para microbuses.

Luego de consignar los apartes referidos y lo que conforme a la doctrina y la jurisprudencia diferencia al delito de concusión con el de cohecho, asegura el censor que de aquellos se advierte que entre la señora Rosa Tulia Salamanca y BENJAMIN HERRERA existía una familiaridad, un plano de igualdad y que realizaron un 'convenio' por lo cual el delito ha debido ser calificado como cohecho.

Solicitó, finalmente, se casara parcialmente la sentencia que se dictó dentro del proceso C-109 para que sea anulado a partir de la providencia que calificó el mérito del sumario.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL

Señala esa representación del Ministerio Público, con fundamento en conceptos doctrinales y jurisprudenciales, que lo que realmente caracteriza al delito de concusión es el desequilibrio en la relación de corrupción en la que el servidor público ocupa un lugar preponderante con respecto a la víctima quien, por ello, actúa determinada por la perturbación que en su ánimo produce el poder de aquél quien la constriñe solicitándole una indebida utilidad, abusando de su cargo o de sus funciones.

Que en este caso, conforme a las pruebas aportadas a la investigación, en especial de las grabaciones, se desprende que ni la iniciativa del acto de corrupción la tuvo la denunciante, ni se trataba de una negociación ilegal en un plano de igualdad. Fue el servidor público quien abusando de su condición de Alcalde Municipal solicitó a la denunciante la cantidad de un millón de pesos para cada cupo de automotor, petición que debió aceptar para terminar pagando la suma de ocho millones de pesos y de paso, preconstituir pruebas a través de las grabaciones magnetofónicas y de la entrega del dinero en varios contados, valiéndose de diferentes acompañantes que sirvieran como testigos del hecho delictivo.

En su sentir, no le asiste razón al demandante cuando advierte que el hecho de existir una resolución anterior, expedida por el alcalde a la empresa transportadora constituye un indicio según el cual la iniciativa de corrupción partió del particular, de un lado porque como el mismo demandante lo indica la resolución nunca fue demandada y por lo tanto tal aseveración carece de sustento probatorio; de otro, porque la de preexistencia del acto administrativo cuestionado en el proceso no puede inferirse de manera lógica la preexistencia de un cohecho por dar u ofrecer; lo uno no implica lo otro.

Considera el Delegado, por el contrario, que el hecho de haberse formulado la denuncia antes de expedirse la resolución, autorizando el cambio en los cupos de automotores y de que la denunciante hubiese grabado personalmente las conversaciones para demostrar el acto de corrupción, indica que no existió acuerdo de voluntades, ni acuerdo bilateral, en la medida que no tenía interés en el mismo. Y, que si se valió de testigos, ello corrobora que no existió de su parte la voluntad de realizar un cohecho por dar u ofrecer, pues resultaría inexplicable y desatinado que la misma denunciante estuviera procurando pruebas en su contra.

Por cuanto la irregularidad procesal demandada por error en la calificación jurídica carece de sustento, el cargo no debe prosperar.

CONSIDERACIONES

Antes de entrar en el análisis del libelo presentado por el defensor del procesado en este asunto, es necesario señalar que la Sala decretará la nulidad parcial del auto por medio del cual admitió la demanda de casación presentada por el señor Fiscal Once de Duitama quien allegó el escrito respectivo el 26 de mayo de 1997 y según constancia secretarial del Tribunal, el sujeto procesal en cita presentó la demanda de manera extemporánea, pues el término vencía el 23 de mayo de ese año.

En efecto, una vez enviado el diligenciamiento a esta Corporación, al momento de

estudiar los requisitos formales exigidos por el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, por error se declararon ajustados ambos libelos y se dispuso correr traslado al señor Procurador Delegado en lo Penal.

En cumplimiento de la función que en esta sede le compete al Ministerio Público, el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal (E), emitió el concepto de rigor el 1º de junio de 1999. Al ocuparse de la demanda presentada por el Fiscal Once de Duitama advirtió que la misma había sido presentada de manera extemporánea y, que por tal razón el recurso ha debido ser rechazado. No obstante, se pronunció de manera desfavorable sobre el cargo formulado.

Razón le asiste al representante del Ministerio Público cuando afirma que la citada Demanda de casación no debió ser admitida por esta Corporación y en tales condiciones, lo procedente será decretar la nulidad parcial del auto de fecha noviembre 13 de 1997 y en su lugar declarar inadmisibile el recurso de casación presentado por el señor Fiscal Once de Duitama.

DEMANDA PRESENTADA POR EL DEFENSOR DEL PROCESADO BENJAMIN ARISTIDES HERRERA ESPITIA.

CARGO UNICO.-

Estima el recurrente que la sentencia del Tribunal se dictó en un juicio viciado de nulidad por cuanto la conducta del procesado BENJAMIN ARISTIDES HERRERA ESPITIA debió ser calificada como cohecho impropio que describe y sanciona el artículo 142 del Código Penal.

Cuando se pretende acreditar una errónea calificación de la conducta es necesario atender a las pautas técnicas que de manera reiterada la jurisprudencia de la Sala ha precisado, en aras de que la censura no se quede en el solo enunciado y sin la debida

demostración que requiere en esta sede un reproche de esta naturaleza.

De allí que el demandante deba demostrarle a la Corte que el tipo penal en el que fueron adecuados los hechos que el juzgador dio por establecidos o los que surgen del material probatorio, no es el que corresponde, sino otro respecto del cual también debe acreditar que es el que regula el comportamiento atribuido.

Para el efecto, no basta con enunciar el cargo al amparo de la causal tercera de casación, sino que su demostración debe hacerse conforme a los parámetros de la causal primera, precisando si la violación de la norma sustancial fue directa o indirecta y, según el caso, establecer cuáles fueron los desaciertos de orden jurídico o los de apreciación probatoria. En este último evento precisará, además, si se trató de un error de hecho o de derecho, la clase de falso juicio en que se incurrió y su incidencia en la validez de la actuación.

La equivocada selección del tipo objetivo que el censor atribuye al Tribunal no tiene como fundamento ninguno de estos motivos, sino su criterio personal frente a los hechos y las pruebas que se aportaron al plenario, en tanto que parte de consideraciones totalmente opuestas a las del juzgador y sin demostración de que ellas hubieran sido el resultado de uno de los errores contemplados en el marco de la causal primera.

Obsérvese al respecto que según el libelista la aquí denunciante, señora Rosa Tulia Salamanca Archila, fue quien ofreció el dinero al Alcalde para obtener las resoluciones que le permitieran matricular dos microbuses por cada bus que desafiliaba de la empresa Transtundama S.A., y también que dicho funcionario recibió el dinero con el propósito de dictar las resoluciones a que estaba obligado. Que por ello su conducta se enmarca en el tipo legal de cohecho impropio y no en el de concusión. Según él, el sentenciador olvidó que hubo un perfecto acuerdo de voluntades entre Rosa Tulia

Salamanca y BENJAMIN HERRERA.

No obstante, para tratar de dar respaldo a estas afirmaciones formula el demandante una serie de hipótesis que no acreditan la equivocada calificación que atribuye a los falladores de instancia.

Dice el libelista que por medio de la Resolución No 414 de mayo 5 de 1993, la Alcaldía de Duitama había aceptado a la empresa Transtundama cambiar la capacidad transportadora de unos buses por microbuses, la cual había sido solicitada desde el mes de febrero de 1993 y la entrega de los ocho millones de pesos se llevó a cabo durante los meses de junio y julio de 1993, lo que significa que para la fecha de la Resolución no hubo entrega alguna.

Este señalamiento, pese a que corresponde a la realidad procesal, no tiene ninguna incidencia en el juicio de responsabilidad que se le dedujo al procesado, si se tiene en cuenta que es la misma quejosa quien informa que el Alcalde BENJAMIN HERRERA le autorizó doce cambios de buses a microbuses a través de las Resoluciones 011 de enero 25 de 1993 y la 414 del 5 de mayo del mismo año y que para poder seguir sacando las otras resoluciones, dicho funcionario le exigió el pago del dinero.

Tal situación pudo ser corroborada a través de la inspección judicial practicada en la oficina de Transporte Municipal de Duitama, donde consta que la solicitud presentada por la señora Salamanca de Archila el 16 de febrero de 1993, fue resuelta mediante la citada Resolución 414 y que las peticiones elevadas los días 1º y 3 de junio de ese mismo año le fueron negadas.

De otra parte, el hecho de que la legalidad de ese acto administrativo no haya sido cuestionado no implica necesariamente que la iniciativa de entregar el dinero haya sido de la señora Rosa Tulia Salamanca, pues muy claro aparece que por la negativa de sus posteriores peticiones fue que acudió a conversar con el Alcalde, quien la citó a su casa

de habitación en la finca “La Mara”, donde le hizo la solicitud del dinero.

Otro supuesto que se formula en la censura, tiene que ver con la transcripción de los cassettes contentivos de las charlas efectuadas entre la denunciante y el procesado. Estima el censor que algunos de los apartes revelan que además de la familiaridad, la relación horizontal y el ‘convenio’, hablaron de un negocio de venta de “cupos” que la señora efectuaba y que por tal razón el delito ha debido ser calificado como cohecho.

Este planteamiento, por lo incipiente y desacertado, no alcanza a desvirtuar las bases probatorias de la sentencia censurada, por estar soportado en algunos apartes de la transcripción cuidadosamente escogidos por el censor para tal fin, y sin confrontar los restantes elementos de convicción que acreditaron la existencia del punible de concusión.

La familiaridad o el plano de igualdad en que se desenvuelvan las conversaciones entre el sujeto agente de este reato y su víctima no desvirtúa su existencia. No se requiere que la “solicitud” esté acompañada de la fuerza o la violencia, bien sea moral o física, o que el empleado oficial adopte una posición arbitraria frente al particular para que se configure el tipo penal en comento, pues esta es apenas una de sus conductas rectoras, que sin necesidad de ir acompañada de otro ingrediente, como el constreñimiento o la inducción, estructura por completo el punible de concusión.

En este caso se configuró el ilícito cuando el Alcalde, a iniciativa propia y abusando de su función, solicitó el dinero a la señora Salamanca de Archila para emitir las resoluciones que autorizaran el cambio de buses por microbuses, dinero que aceptó fuera entregado periódicamente.

La transcripción de los cassettes efectuada en el laboratorio de Fonoespectrografía del Cuerpo Técnico de Investigación, cuyo contenido y resultado no fue controvertido, y en el que la voz masculina (VH) presentó características fonológicas de similitud con las

desarrolladas por el procesado HERRERA ESPITIA, y las de la voz femenina (VM), a la de Rosa Tulia Salamanca, así lo dejan ver, en especial el siguiente aparte:

VH: "Entonces mire, son catorce...entonces de a millón cada una, tráigame cinco millones para ayudarle a eso y después el resto". VM: "Bueno Doctor". VH: "pero tráigalo mañana". VM: "Nooo mañana no, mañana domingo en dónde? Y hoy sábado". VH: "Entonces el lunes". VM: "No por ahí el miércoles...". VH: "Nooo, bueno, eso depende de si usted quiere agilizar las cosas, bueno pues, yo el miércoles no estoy aquí, porque el miércoles yo me voy para Santa Marta, entonces el lunes por la noche...". VM: "El lunes?".(Fl 184 c.o No 1).

De otra parte, los diálogos sostenidos entre ésta y el procesado coinciden con lo denunciado por ella y por quienes, de alguna manera, resultaron ser conocedores de lo acontecido.

Así, María Vitalina López señaló que Rosa Tulia Salamanca dejó en su casa de habitación una bolsa amarilla y que según le dijo, contenía dinero para el Alcalde y pudo constatar que en ella había varios fajos de billetes. Que al otro día, temprano, hacia las 6 a.m., se dirigieron hacia "La Mara" y pudo darse cuenta que luego llevaba consigo la grabadora en la que registró las conversaciones entre ella y el funcionario.

De igual manera la señora Keller Dayana Klinger dio cuenta que un día en las oficinas de Transtundama, contaron un dinero en compañía de María Dolores Rey de Pacheco, quien también así lo declaró, y luego, como a las 8.A.M., la acompañó a la quejosa a "La Mara" a entregárselo a BENJAMIN HERRERA. Al regreso de su conversación con el Alcalde, le mostró la grabadora.

El señor Luis Alberto Archila Guío, esposo de la denunciante, también debió llevarle la suma de \$2.000.000.00. al procesado a la oficina de la Alcaldía.

En estas condiciones, no encuentra la Sala, desde el punto de vista lógico ni probatorio, cómo fue que la señora Salamanca de Archila incentivó la voluntad del Burgomaestre para que este resolviera sus peticiones de manera favorable, ni mucho menos la razón por la cual hubiese querido constituir una prueba a través de grabaciones y provocando la presencia de testigos para perjudicarlo.

Aquí lo que ocurrió fue precisamente todo lo contrario. La iniciativa fue del procesado y por ello se realizaron las entregas de dinero de manera periódica por parte de la quejosa, su esposo y hasta su hijo menor, quien confirmó que en las instalaciones de la Alcaldía y acompañado de su progenitora se le hizo entrega de un paquete que contenía de un millón de pesos. No hay duda que el abuso de la investidura de HERRERA ESPITIA doblegó la voluntad de la gerente de la empresa Transtundama, quien para poder ampliar el parque automotor de la empresa se vio avocada a pagar lo que no debía.

El cargo, por lo reseñado, no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

- 1.- DESESTIMAR la demanda presentada.
- 2.- Declarar la nulidad parcial del auto de fecha del auto de fecha noviembre 13 de 1997 y en su lugar declarar inadmisibile el recurso de casación presentado por el señor Fiscal Once de Duitama, de acuerdo a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Notifíquese y Cúmplase.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CORDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

NILSON PINILLA PINILLA

Impedido

No hay firma

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria