

Proceso N° 15273

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado ponente:

Nilson E. Pinilla Pinilla

Aprobado Acta N°182

Bogotá, D. C., octubre veinticinco (25) de dos mil (2000).

ASUNTO

Le corresponde a la Sala dictar sentencia en el proceso seguido contra el ingeniero SAULO ARBOLEDA GOMEZ, quien se desempeñaba como Ministro de Comunicaciones en junio y julio de 1997, cuando se suscitaron unos hechos que dieron lugar a que el Fiscal General de la Nación le acusara por el delito de interés ilícito en la celebración de contrato, definido por el artículo 145 del Código Penal.

Así mismo, se resuelve la solicitud de nulidad presentada por la defensa, luego de concluida la audiencia pública.

ANTECEDENTES

La revista Semana en su edición N° 798, del 18 al 25 de agosto de 1997, publicó bajo el título “CONVERSACION ENTRE MINISTROS”, un análisis sobre la adjudicación de la concesión de emisoras de radio en frecuencia modulada (F. M.), en julio de ese mismo año, efectuada

por el Ministro de Comunicaciones SAULO ARBOLEDA GOMEZ, transcribiendo una interceptación ilícita de un telefonema entre éste y el Ministro de Minas y Energía de entonces, RODRIGO IGNACIO VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ, quien estuvo incapacitado durante mes y medio, a partir del 1° de julio, mientras se sometía a una intervención quirúrgica.

Con base en esos comentarios, al cuestionarse la transparencia y objetividad de la adjudicación a Mario Alfonso Escobar Izquierdo de una emisora en Cali, el señor Fiscal General de la Nación, en resolución fechada el día 20 de agosto de 1997, decretó la apertura de indagación preliminar, para determinar la probable comisión de un hecho punible y sus autores.

Con dicha finalidad, ordenó establecer la condición de ministros de SAULO ARBOLEDA GOMEZ y RODRIGO VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ, al igual que allegar algunas pruebas orientadas a determinar las condiciones en que se desarrolló la adjudicación de emisoras de radio en F. M. y acopiar todos los documentos que sirvieron de soporte, comisionando para ello a Fiscales Delegados ante esta corporación, en cuyo desarrollo se determinó:

1.- Que el ingeniero SAULO ARBOLEDA GOMEZ, en su condición de Ministro de Comunicaciones, cargo para el que había sido nombrado por decreto de la Presidencia de la República de fecha 15 de agosto de 1996, en el cual se posesionó el 20 de agosto siguiente y sirvió hasta el 19 de agosto de 1997 (fs. 52 y Ss. cd. 1 Fisc.), mediante resolución 3536 del 24 de julio de 1997, dispuso la concesión directa de licencias para la prestación del servicio de radiodifusión sonora en gestión indirecta comercial, de cubrimiento zonal o local y en frecuencia modulada, F. M., a 81 participantes en la licitación (fs. 28 y Ss. anexo 15-3), resolución que tuvo los siguientes antecedentes:

1. 1.- Ejecutoriada la resolución 5422 del 7 de noviembre de 1996, por la cual el

Ministro ARBOLEDA GOMEZ, declaró “desierta la Licitación Pública Nacional 01 de 1995” (f. 3 anexo 15), el Comité de Adjudicación de Radiodifusión Sonora, según acta 014 del 18 de diciembre de 1996, presentó a consideración de dicho Ministro (fs. 27 y Ss. ib.), el proyecto de resolución de apertura de licitación pública 001 de 1997, la cual fue expedida un día después (19 de diciembre de 1996), bajo el número 006077 (f. 38 ib.).

1. 2.- Abierto el proceso de licitación a partir de las 10:00 a. m. del 10 de enero de 1997 (fs. 45 y Ss. ib.), con fecha 14 del referido mes y año el Comité de Licitación señaló, mediante adenda N° 1, el día 20 para celebrar una audiencia con los adquirentes de pliegos de la licitación, “con el objeto de precisar el contenido y alcance del Pliego de condiciones y oír a los interesados en la Licitación” (f. 102 ib.), donde se determinó la introducción de modificaciones al pliego aludido, según la adenda 3 del 24 de enero de 1997, concernientes a los documentos que serían aportados por los proponentes y la forma de adjudicación en caso de empate (f. 172 ib.).

Estas se refieren a cuatro aspectos, que pueden ser resumidos así: 1) “mayor contorno del área de servicio”; 2) quien “haya acreditado en el último balance un patrimonio mayor o igual al doble del valor de los equipos mínimos... más el valor de los derechos de concesión...”; 3) presentación en sobre sellado de la programación proyectada en la respectiva emisora, para que el Ministerio la analice y seleccione “la más conveniente al interés público local y nacional”; y 4) de continuar el empate, “se adjudicará en audiencia pública, a la cual se invitará solamente a aquellos proponentes empatados, a través del sorteo mediante la utilización de balotas, las cuales se identificarán con el respectivo número de las propuestas” (f. 172 ib.).

1. 3.- El término se prorrogó hasta el 19 de marzo de 1997 a la misma hora (17:00), oportunidad en que se levantó el acta N° 001 en la cual aparecen relacionadas 665 propuestas y se hizo constar que algunas personas que se encontraban dentro del recinto “no alcanzaron a entregar las ofertas por cuanto ya se había efectuado el cierre,

insistieron ante el señor Ministro de Comunicaciones y la Secretaria General en que las mismas le fueran recibidas, no aceptándose por parte de ningún funcionario del ministerio la recepción de aquéllas” (f. 59 anexo 15-1), anotación que sirvió de fundamento a la presentación de acciones que culminaron tutelando el derecho a la igualdad y la inclusión de 7 nuevas propuestas en la lista de proponentes (anexo 15-5).

1. 4.- Basado en la opinión de los abogados Carlos Gustavo Arrieta y Clímaco Giraldo Gómez (fs. 2 y 11 anexo 15-3), el concepto emitido por la Oficina Jurídica de la Presidencia de la República (fs. 21 y Ss. ib.) y el informe rendido por la Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal “el cual fue acogido por el señor Procurador General de la Nación, con fecha 8 de julio y comunicado... al Ministro de Comunicaciones el 9 de julio de 1997” (f. 99 anexo 15-1), el Comité de Comunicaciones en acta N° 024 del 10 de julio de 1997 (fs. 96 y Ss. ib.), recomendó “declarar desierta la licitación” 001 de 1997.

1. 5.- Aludiendo a tales conceptos y recomendaciones, el Ministro ARBOLEDA GOMEZ expidió el 10 de julio de 1997 la resolución 3355 declarando “desierta la Licitación Pública Nacional N° 001/97, abierta para otorgar en concesión el servicio de Radiodifusión Sonora en gestión indirecta, comercial, de cubrimiento zonal o local, en frecuencia modulada (F. M.), en varios Municipios y Distritos del País” (fs.17 y Ss. anexo 15-3).

1. 6.- Fundamentado en dicha declaratoria, el Comité de Licitaciones de Radiodifusión Sonora Comercial, según acta N° 025 del 24 de julio de 1997, recomendó al citado Ministro “contratar directamente con base en los estudios definitivos efectuados a las propuestas presentadas a la licitación 001/97” (f. 27 anexo 15-3).

1. 7.- Con fecha 24 de julio de 1997, SAULO ARBOLEDA GOMEZ, en resolución N° 3536, motivada en lo dispuesto por los artículos 2° y 12 del decreto 855 de 1994 y las recomendaciones del Comité de Licitaciones, resolvió: “El otorgamiento de licencia de concesión para prestar el servicio de radiodifusión sonora en gestión indirecta, comercial,

de cubrimiento zonal o local y en frecuencia modulada F. M., para los Municipios y Distritos que más adelante se determinan, se hará por contratación directa conforme a lo dispuesto por el artículo 12 del Decreto-Ley 855 de 1994". Consignó en su numeral 3° que "La selección de los contratistas para la contratación directa a que se refiere la presente Resolución, se hizo sobre la base de los ofrecimientos recibidos con destino a la licitación N° 001 de 1997 y teniendo en cuenta los estudios y evaluaciones que para el efecto se realizaron dentro de dicha licitación, lo mismo que las comparaciones, cotejos, estudios y deducciones pertinentes..." (fs. 28 y Ss. anexo 15-3).

Con tal motivación fueron asignadas 44 de las 81 frecuencias, en consideración al mayor puntaje obtenido en las correspondientes localidades para las cuales concursaron. Las 37 restantes, que se encontraban en posición porcentual igualitaria con el máximo puntaje, que fue 100 en Cali, habrían sido seleccionadas por aplicación de lo que según el procesado ARBOLEDA GOMEZ fueron los criterios establecidos para desempate, entre los diez proponentes que se encontraban en la misma ubicación en dicha ciudad (fs. 28 y Ss. anexo 15-3), resultando escogidos Mario Alfonso Escobar Izquierdo y "Sistemas, Suministros y Montaje de Proyectos Educativos Ltda.", representada por Luis Alfredo Villamarín.

1. 8.- Cotejado el resultado final del proceso de asignación de las frecuencias con el listado de aspirantes que estaban en igualdad de condiciones, según evaluación de la totalidad de las propuestas presentadas en el proceso licitatorio acogido por el Comité de Licitaciones en acta N° 021 de 23 de mayo de 1997 (fs. 73 y Ss. anexo 15-1), quedaron descartadas en Cali, con el mismo puntaje, "Empresa Colombiana de Radio Ltda., Impresora del Sur S. A., María Cristina Alarcón Castañeda, Consorcio Diego Fernando Londoño R., Fernando Parra Duque, Oiga, Mire, Vea Limitada, Vital Inversiones S. A. y Diego Javier Castro Vargas" (f. 75 ib.).

2.- Según se desprende de diversos documentos, testimonios, comunicados de radio

y prensa y la recíproca aceptación de los imputados en sus versiones injuradas, SAULO ARBOLEDA GOMEZ y RODRIGO VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ, entonces ministros de Comunicaciones y de Minas y Energía, en su orden, tuvieron conversaciones relacionadas con la forma como se estaba desarrollando el proceso de licitación 001 de 1997, en el cual participaba como proponente para la ciudad de Cali Mario Alfonso Escobar Izquierdo, amigo de VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ.

Por ello el Fiscal General de la Nación, por resolución del 21 de noviembre de 1997, desestimó la pretensión inhibitoria de los abogados defensores y dispuso la apertura de instrucción para dilucidar si se había infringido la ley penal, en cuanto al delito de interés ilícito en la celebración de contratos.

3.- Los dos servidores públicos referidos fueron escuchados en indagatoria (fs. 93 y Ss. y 142 y Ss. cd. 3 Fisc.) y su situación jurídica resuelta el 8 de junio de 1998, con medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, sustituida en la misma decisión por domiciliaria (fs. 197 y Ss. ib.), bajo la cual se encuentra el ingeniero ARBOLEDA GOMEZ desde el 24 de junio de 1998 (f. 291 ib.).

Según lo que expresó en versión libre y en indagatoria, SAULO ARBOLEDA GOMEZ se identifica con la cédula de ciudadanía N° 17'191.847 de Bogotá; hijo de Francisco y Amanda, nacido en San Roque (Antioquia) el 16 de agosto de 1947, casado con Beatriz Osorio con quien tiene dos hijos. Realizó estudios profesionales en ingeniería metalúrgica, egresado de la Universidad Libre de Colombia, con posgrado en economía obtenido en la Universidad de Los Andes.

Se ha dedicado a consultorías empresariales; habiendo sido ingeniero del Ministerio de Desarrollo en 1971, llegó a ocupar el cargo de Viceministro de esa cartera de noviembre de 1979 a septiembre de 1980, y esporádicamente en ese lapso fue encargado como Ministro; de noviembre de 1980 a septiembre de 1983 fue Ministro Plenipotenciario de

Colombia ante la Comunidad Económica Europea; en 1984 fue asesor externo del Ministro de Desarrollo.

De 1984 a 1988 fue Presidente de Sofasa Renault; de noviembre de 1988 a diciembre de 1989 fue Secretario General del Partido Liberal; en marzo de 1990 fue elegido Representante a la Cámara por Bogotá-Cundinamarca, hasta el 4 de julio de 1991, cuando se dispuso la revocatoria del mandato de los congresistas; entre 1992 y agosto de 1996 fue Presidente de Asomeditos. El 20 de agosto de 1996 se posesionó como Ministro de Comunicaciones, cargo que desempeñó hasta el 19 de agosto de 1997.

4.- Clausurada la instrucción el 3 de septiembre de 1998 (f. 228 cd. 4 Fisc.) y corrido traslado a los sujetos procesales, el Fiscal General de la Nación, el 21 de octubre siguiente (fs. 170 y Ss. ib.), acusó a RODRIGO IGNACIO VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ y SAULO ARBOLEDA GOMEZ, “por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos, como determinador y autor, respectivamente” (f. 230 ib.).

Contra la anterior decisión interpusieron reposición los defensores de ambos procesados, que se definió adversamente mediante resolución de 17 de noviembre de 1998 (fs. 11 y Ss. cd. 6 Fisc.).

5.- Adelantada la etapa del juicio en esta corporación, dentro de la audiencia pública, en sesión del 14 de mayo de 1999, se declaró la nulidad parcial del diligenciamiento, a partir del traslado estatuido por el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, en lo concerniente a la actuación adelantada contra el doctor RODRIGO IGNACIO VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ, al considerar que, si bien cuando sucedieron los hechos investigados y al inicio de la indagación preliminar dicho acusado se desempeñaba como Ministro de Minas y Energía, ya no lo hacía; no teniendo relación la conducta punible atribuida con ese cargo, ni con las funciones que le correspondía desempeñar como tal, carecía del fuero establecido en el artículo 235 de la Carta Política.

En consecuencia, se ordenó la ruptura de la unidad procesal, para que en esta Corte continuara el juicio únicamente al ex Ministro ARBOLEDA GOMEZ y remitir copia de la actuación al reparto de los Jueces Penales del Circuito de esta ciudad, en lo correspondiente a VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ.

FUNDAMENTOS DE LA ACUSACION

El señor Fiscal General de la Nación acusó a RODRIGO IGNACIO VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ y a SAULO ARBOLEDA GOMEZ, como determinador y autor, respectivamente, del delito definido por el artículo 145 del Código Penal, interés ilícito en la celebración de contrato, con base en las siguientes consideraciones:

En este delito, por ser de mera conducta, su consumación teórica es instantánea, aunque su manifestación externa y trascendencia al mundo exterior sea posterior al surgimiento del interés, ya perfeccionado en la mente del actor, cuya conducta “consiste en interesarse en provecho propio o de un tercero en cualquier clase de contrato u operación en que se deba intervenir por razón del cargo o de las funciones que se ejercen” (f. 204 cd. 5 Fisc.).

Para la acusación, esa inclinación del ánimo se demostró en este caso con la aceptación de RODRIGO VILLAMIZAR de haber recomendado ante su colega de Comunicaciones a su amigo Mario Alfonso Escobar y con la posterior adjudicación a éste de la emisora en la ciudad de Cali, selección que no estuvo precedida del cumplimiento de los principios que gobiernan la contratación estatal, además de haberse desvirtuado que los empates allí presentados se hubieran resuelto con la aplicación de los criterios adicionales que SAULO ARBOLEDA adujo haber usado.

Tal exculpación fue demeritada con las declaraciones de Rubiola Meléndez Vargas, Oscar Meneses y Jofre Fernando Quiñones, la primera Secretaria General del Ministerio de Comunicaciones y los dos últimos responsables de custodiar y trasladar las urnas en donde

estaban las propuestas, quienes fueron claros en aseverar que las certificaciones sobre los aspectos adicionales para dirimir el desempate fueron requeridas en 1998, es decir, después del 24 de julio de 1997, cuando fueron adjudicadas las frecuencias (f. 217 cd. 5 Fisc.).

De lo anterior concluyó que, si la adjudicación a Mario Alfonso Escobar no fue la consecuencia de aplicar “criterios adicionales” de desempate, tal selección fue libre por quien tuvo la responsabilidad de hacerla, movido por intereses personales, por influjo de la “recomendación (consejo, asociación) eficaz que en favor de MARIO ALFONSO ESCOBAR le hizo el entonces Ministro de Minas y Energía, doctor RODRIGO VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ” (f. 220 ib.), lo cual deduce porque el entonces Ministro de Comunicaciones, antes de esa influencia no había exteriorizado ningún interés, como si lo hizo después de esa inducción.

A su vez, el doctor VILLAMIZAR, por su formación y experiencia, conocía los principios y limitaciones de la ley de contratación estatal, así como que su condición de Ministro lo colocaba en posición prevalente para la eficacia de su recomendación, y por eso actuó de manera que logró hacer interesar al ingeniero SAULO ARBOLEDA en la adjudicación a su amigo, interés que es ilícito al trastocar el general que debe acompañar a todo servidor público, para que no se ceda al de un tercero ni se quebrante la imparcialidad e independencia del funcionario, quien debe cumplir los deberes impuestos en el orden administrativo y preservar los principios de transparencia y selección objetiva, que presiden la contratación administrativa.

Destacó el Fiscal General que “así la administración resulte más favorecida con la indebida intervención del funcionario, no por ello desaparece la connotación ilícita de ese interés cuando quiera que se acredite esa ‘inclinación del ánimo’ de favorecer a un tercero o al propio funcionario, pues lo que en esencia se reprime es la deslealtad de éste hacia la administración, la lesión del interés público en cuanto

postulado constitucional conforme al cual la función administrativa se encuentra al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad (art. 209 Carta Política)” (f. 205 ib.).

Desestimó el argumento del entonces defensor de ARBOLEDA GOMEZ, de haber manifestado los criterios adicionales para la selección desde cuando presentó su renuncia al cargo, porque luego de transcribir su texto, concluyó que en ella sólo se hacía alusión a dos de los que adujo con posterioridad, consistentes en que el proponente fuera periodista y no ser accionista de emisoras radiales, pues los demás correspondían a su aporte en la interpretación de tal escrito; en consecuencia, el que hacía referencia al buen puntaje en la licitación 001 de 1995, no se deducía del contenido de tal renuncia.

Por lo tanto, no consideró creíble que en el corto tiempo transcurrido entre el 10 y el 17 de julio de 1997, como lo había aducido ARBOLEDA (f. 29 cd. 6 Fisc.), éste hubiera logrado determinar los 6 criterios adicionales para excluir 8 de las propuestas, aún cuando hubiera sido Presidente de Asomedios y conociera a los licitantes, puesto que de conformidad con lo declarado por el doctor Iván Guillermo Lizcano, quien fuera Secretario Privado del entonces Ministro de Comunicaciones, a él sólo le fue pedido el listado de calificaciones, por el ahora procesado, el 4 de febrero de 1998.

No obstante que el ex Ministro VILLAMIZAR admitió en su primera versión y en su injurada, haber conversado con su homólogo de Comunicaciones, y “transmitido las preocupaciones” de algunos de sus amigos, entre ellos Mario Alfonso Escobar, de ser excluido en un sistema de cara y sello, al punto que estaría dispuesto a hacer alianzas “con tal que no lo dejaran por fuera” (fs. 191 y Ss. cd. 5 Fisc.), pero minimizó esa trascendencia indicando que esos comentarios no pudieron ser inductores de su colega, la Fiscalía sí consideró determinante tal intervención, como consejo o recomendación.

Analizó la acusación que además de haberse probado la existencia de la conversación telefónica llevada a cabo el 21 de julio de 1997 a las 9:25 a. m., con la aceptación del doctor VILLAMIZAR y los reportes de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, Telecom, AT&T de los Estados Unidos, Comcel y Celumóvil, se acreditó con las anotaciones en las agendas de los dos Ministros, los registros en el Club El Nogal, e incluso con la declaración de la Secretaria Ejecutiva del ex Ministro VILLAMIZAR, Fabiola Gómez Daza, que se habían producido varias citas y llamadas telefónicas entre ellos en junio de 1997, reiteradas éstas últimas el 21 y el 22 de julio, encuentros y conversaciones que cobran importancia porque se realizaron en el marco del proceso licitatorio 001/97, culminando con un encuentro el 13 de agosto del citado año, entre VILLAMIZAR y Mario Alfonso Escobar en el Club El Nogal de Bogotá.

De lo anterior, concluyó que la intervención del entonces Ministro de Minas y Energía tuvo tal connotación, que superó la simple transmisión de inquietudes y preocupaciones para determinar a su homólogo de Gabinete a adjudicarle la frecuencia a su paisano, amigo de infancia, quien además de proponer su nombre para la Gobernación del Valle, apoyó a su cuñado para acceder a tal dignidad. Agrega el Fiscal General:

“Porque tal adjudicación, importa recordarlo, se produjo tres días después de llevarse a cabo la conversación sostenida ente los doctores ARBOLEDA GOMEZ y VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ el 21 de julio a las nueve de la mañana (aceptada por éste en el comunicado de prensa del 17 de agosto de 1997 y corroborada técnicamente), y justamente en la misma fecha en que el Comité recomendó al primero ‘contratar directamente’” (f. 220 ib.).

EL JUICIO

En esta etapa se allegó al expediente un ejemplar auténtico del diario El Tiempo, edición del 25 de julio de 1997; se transcribió la grabación anexada por el defensor de SAULO

ARBOLEDA GOMEZ y se solicitó y allegó copia del fallo proferido el 13 de enero de 1999 por el Procurador General de la Nación en el proceso disciplinario adelantado contra los ex Ministros ARBOLEDA GOMEZ y VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ, con la constancia del defensor del primero de haber interpuesto recurso de reposición.

En audiencia pública se recibió ampliación de indagatoria a RODRIGO VILLAMIZAR y fueron escuchados en declaración María Victoria Turbay Quintero y José Leonel Toro Echeverry, testimonios solicitados por el defensor de ARBOLEDA GOMEZ.

Además, evaluada la situación jurídica de RODRIGO VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ y su condición funcional para el momento en que realizó la conducta atribuida por la Fiscalía como punible, según se consignó atrás, la Sala declaró su incompetencia por ausencia de fuero legal de éste, por lo cual decretó la nulidad parcial de lo actuado a partir del traslado previsto en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, sólo en lo que respecta a VILLAMIZAR, y ordenó remitir la copia del expediente al reparto de los señores Jueces Penales del Circuito de Bogotá (fs. 338 y Ss. cd. 1 Corte). Por tal razón, este asunto se contrae exclusivamente a lo atinente a la acusación contra SAULO ARBOLEDA GOMEZ.

AUDIENCIA PUBLICA

1.- Intervención de la funcionaria comisionada por el Fiscal General de la Nación:

Tanto en su intervención oral como en el escrito presentado, pide que la Corte profiera sentencia condenatoria contra SAULO ARBOLEDA GOMEZ, como autor responsable del delito por el cual fue acusado por la Fiscalía, porque la concesión de una frecuencia modulada en Cali, a favor de Mario Alfonso Escobar Izquierdo, que efectuara en su condición de Ministro de Comunicaciones, tal como quedó demostrado con las explicaciones de los imputados en versiones libres e indagatorias, además de los distintos testimonios y documentos acopiados, no tuvo causa ni motivo distinto de la amistad íntima entre

Escobar y VILLAMIZAR y la relación de éste, en su condición de Ministro de Estado, con su colega ARBOLEDA.

Señaló que entre ellos, desde el momento de presentación de la propuesta por parte de Escobar, durante el proceso licitatorio y aún después, se mantuvo permanente contacto, hasta que el Ministro de Comunicaciones, utilizando el documento que contenía las calificaciones definitivas de las propuestas aprobadas por el Comité de Licitaciones, “escogió, de manera libre, arbitraria a MARIO ALFONSO ESCOBAR, el recomendado de su colega de gabinete, y por el que medió definitivamente, violando los principios de transparencia y de selección objetiva, porque la condición especial de Ministro de Estado permitió mover los resortes en favor del amigo” (f. 449 cd. 1 Corte).

Para la Fiscal comisionada, los actos antecedentes y concomitantes a que se declarara desierta la licitación 001 de 1997, acompañados de la falta de demostración de utilizar los criterios adicionales esbozados por ARBOLEDA, en el proceso de selección para dirimir los empates, permiten deducir, contrariamente a lo aseverado por VILLAMIZAR en cuanto que su interés antes de interferir en un proceso licitatorio ajeno a sus funciones estuviese enmarcado por la finalidad de favorecer el interés general, que en efecto su influencia logró que su homólogo de Comunicaciones le adjudicara la frecuencia a que aspiraba Mario Alfonso Escobar, porque le había sido recomendado por él como amigo y colega, sin que ARBOLEDA hubiera constatado datos contenidos en las propuestas empatadas, ni los relacionados con la licitación anterior, que no tenía a su alcance.

Para llegar a la conclusión de la inexistencia de esos criterios adicionales, cuya aplicación ni siquiera se vislumbró en las motivaciones de la resolución 3536/97, mediante la cual se decretó la asignación de las frecuencias, entre ellas a Escobar Izquierdo, tuvo en cuenta que a pesar de lo manifestado por ARBOLEDA en la vista pública, no es cierto que hubiese tenido acceso al listado de la anterior licitación declarada desierta el 6 de noviembre de 1996, por cuanto Pedro Nel Rueda, el funcionario que lo elaboró, afirmó que

esa información estaba en un programa elaborado por él, registrado en la Dirección Nacional de Derechos de Autor, que almacenó en disquetes y entregó a la Secretaría General en una caja sellada (f. 166 cd. 4 Fisc.).

Aunque hubiera tenido ese listado, tampoco resulta fidedigno el cuadro con el cual pretendió artificiosamente ARBOLEDA explicar los 6 criterios adicionales para desempate, cuando en él se consignó que María Cristina Alarcón o Diego Fernando Londoño no habían clasificado en la licitación anterior (001 de 1995) y, a folios 31 y 32 del Anexo 19, en el listado correspondiente, se observa no sólo que ambos habían clasificado, sino que la primera obtuvo un puntaje de 78.93, superior al logrado por Mario Alfonso Escobar (76.62).

A esto suma la funcionaria acusadora lo que denominada manejo eufemístico de los criterios 9 y 10, sobre el punto adicional por “trayectoria como periodista en empresas radiales” y “experiencia como periodista radial”, los cuales no podían ser aplicados, según las previsiones de la adenda 7 de la licitación, cuando al ser planteados por un proponente como instrumentos para garantizar la selección objetiva, se consignó que no se podía limitar el derecho a concurrir a esa licitación “dejando exclusivamente dicha participación a los actuales prestatarios del servicio de radiodifusión sonora, quienes serían los únicos con posibilidad de acreditar experiencia” (f. 486 ib.).

Resaltó la jurisprudencia de esta corporación en la cual se analiza que si a los administradores de la cosa pública se les permite, así sea en dosis mínimas, intervenir en provecho propio o de un tercero en cualquier clase de contrato u operación que deban realizar por razón de su cargo o función, la moralidad administrativa desaparece siendo prácticamente imposible determinar cuándo la gestión oficial respondió al impulso imparcial de ese servidor o en interés propio o de un tercero.

Por lo anterior, concluyó que “el entonces Ministro de Comunicaciones cuando escogió y

adjudicó la emisora por contratación directa a MARIO ALFONSO ESCOBAR, para la ciudad de Cali, no utilizó ningún criterio de desempate distinto al de su personal interés derivado de la recomendación eficaz que le hizo su amigo y colega de Gabinete y por supuesto en favor de aquél” (f. 486 ib.), de lo cual resulta incontrovertible la existencia del delito descrito en el artículo 145 del estatuto punitivo, determinado por el doctor RODRIGO VILLAMIZAR y ejecutado por el doctor SAULO ARBOLEDA GOMEZ, dado que sólo en éste concurrió la exigencia de la cualificación del sujeto agente.

2.- Intervención de la Procuradora Cuarta Delegada en lo Penal:

Oralmente y por escrito solicita a la Corte condenar a SAULO ARBOLEDA GOMEZ, acogiendo los planteamientos de la Fiscalía y efectuando una relación minuciosa de cada una de las actuaciones cumplidas a partir del proferimiento de la resolución 006077 del 19 de diciembre de 1996 que convocó a la licitación pública 001 de 1997, declarada desierta por resolución 3355 del 10 de julio de ese año, así como la concesión por contratación directa de 81 frecuencias moduladas de radio para distintas ciudades del país, dos para la ciudad de Cali, de las cuales una correspondió a Mario Alfonso Escobar Izquierdo, según resolución 3536 del 24 de julio de 1997.

Destaca la representante de la sociedad que ante la incertidumbre que representaba el empate de diez proponentes para la ciudad de Cali y la posibilidad de que la selección se hiciera mediante el empleo de balota, Escobar Izquierdo acudió al Ministro VILLAMIZAR, quien tomó como propia esa aspiración e, interesándose de manera determinante, hizo crear el interés en el Ministro de Comunicaciones y transmitió las preocupaciones del licitante, para ver como podía triunfar en el desempate, lo que finalmente hizo el doctor ARBOLEDA GOMEZ, declarando desierta la licitación para otorgar la concesión de manera acelerada y arbitraria, sin utilización de criterios adicionales para dirimir empates.

Aduce que el Ministro ARBOLEDA GOMEZ ha debido tomar como fundamento de desempate, el criterio establecido en la adenda 3, que introdujo modificación al pliego de condiciones respecto de los parámetros para tal desempate, esencialmente el referido en el punto 1.15.1, el cual señalaba que de mantenerse la igualdad, se seleccionaría al proponente que presentara mayor fortaleza financiera, resultando así expedito desempatar, porque era difícil que todos registraran el mismo patrimonio.

Para reafirmar el interés ilícito determinante de la selección de Escobar Izquierdo, aduce que frente a la desconfianza generalizada que por esos momentos se pregonaba del gobierno nacional, resultaba lógico que los Ministros implicados en el asunto se preocuparan por conseguir a un periodista amigo para tratar de mejorar la imagen del Gobierno frente al país, por lo cual resulta indiferente para los fines de la justicia que el interés no hubiera sido económico, en cuanto lo reprochable consiste en que el funcionario contratante asuma intereses de ambas partes (contratante y contratista).

Rechaza las aseveraciones de SAULO ARBOLEDA cuando indica que al declararse desierta la licitación, él era absolutamente libre para adjudicar y no obstante aplicó unos criterios para la escogencia objetiva, porque el artículo 2° del decreto 855 de 1994 prevé que igualmente deberá el funcionario ceñirse a los parámetros de la ley 80 de 1993, de transparencia y selección objetiva; adicionalmente, la resolución 3536 del 24 de julio de 1997 consignó que se acogerían los criterios señalados en el pliego de condiciones y todos aquellos aspectos de selección, pero además de no haberlo hecho, los criterios de desempate que ARBOLEDA adujo posteriormente haber usado, fueron elaborados como a propósito para darle ventaja a Mario Alfonso Escobar, porque ningún otro de los proponentes de Cali tenían calidad de periodista, ni trayectoria o experiencia como tal, sin encontrar diferencia entre esos dos últimos conceptos.

En consecuencia, como no se demostró la objetividad en la selección de Escobar Izquierdo, deduce la representante del Ministerio Público que el procesado SAULO

ARBOLEDA no fue objetivo, y por recomendación del Ministro VILLAMIZAR a favor de su amigo, “dobleegó su voluntad porque quiso, porque finalmente se interesó también por el señor MARIO ALFONSO ESCOBAR y decidió adjudicarle a él la emisora de Cali”.

3.- Intervención del procesado:

SAULO ARBOLEDA GOMEZ insiste en su inocencia frente al punible imputado y, por lo mismo, solicita ser absuelto, puesto que los comentarios que le hiciera en su oportunidad su colega RODRIGO VILLAMIZAR, no pueden ser considerados como una conducta delictuosa porque fueron inocuos y el único interés que tuvo para asignarle a Mario Alfonso Escobar Izquierdo la emisora en Cali fue escoger la mejor opción.

Critica a la Fiscalía por no haberle dado credibilidad a su planteamiento de haber aplicado seis criterios adicionales de selección, aduciendo que las constancias sobre tales aspectos fueron expedidas en febrero de 1998 y que la Secretaria General del Ministerio de Comunicaciones había testificado ignorar cuáles habían sido esos parámetros, puesto que éstos eran de su exclusivo resorte, no resultando extraño que la doctora Rubiola Meléndez los desconociera; en cuanto a los datos de la evaluación de las propuestas, él sí los conocía porque el director de radio y comunicaciones, Mauricio Samudio, le había suministrado el 10 de julio de 1997 la lista de concesiones radiales en todo el país.

De las citas y conversaciones que le atribuye la Fiscalía, indicó que no todas tuvieron lugar. Admite que el 10 de junio de 1997 se reunió con el Ministro VILLAMIZAR en el Club El Nogal a las 6:45 a. m., pero no se trató el tema de Escobar, porque para esa fecha no se conocían los resultados finales de la licitación. El 12 de junio siguiente, en la llamada que le hizo su referido compañero de gabinete, no habló con él. El 24 de junio no se realizó ninguna cita en su casa y, si bien recibió una llamada de Mario Alfonso Escobar, no pudieron hablar. El 1° de julio habló brevemente con éste, quien lo llamó para pedirle una cita, que no se realizó.

En cuanto a la llamada del 21 de julio, acepta haber hablado con RODRIGO VILLAMIZAR “pero no específicamente sobre la eventual adjudicación al señor ESCOBAR” (f. 207 cd. 2 Corte). Reitera que se debe ignorar el contenido de la grabación ilícita obtenida; por lo tanto, cualquier comentario antes del 10 de julio de 1997 resultaba inocuo y, además, la conversación del 21 de ese mes no tuvo trascendencia para determinarlo a adjudicar una de las emisoras de Cali a quien no fuera el mejor proponente.

4.- Intervención del defensor:

Con severas críticas a la Fiscalía y a la Procuraduría, indica que sin haberse ocupado del deber legal de buscar la verdad procesal, acuden sus delegadas a imputarle como delito a su defendido, un fenómeno puramente interno, visto por la acusación como reprochable frente al derecho penal de acto, pero que para la defensa carece de contenido de ilicitud, en cuanto no se reflejó en un hecho dañoso o perjudicial sino, por el contrario, plenamente ajustado a la legalidad.

Aduce que la Fiscalía omitió el deber de establecer la verdad, puesto que a pesar de observar que Escobar Izquierdo había cumplido todos los requerimientos legales para ser adjudicatario de la frecuencia radial, utilizó métodos incorrectos de investigación, como tomar de las agendas de los Ministros únicamente aquellas anotaciones que le convenían para edificar la acusación, sin que en ellas se encontrara fundamento sobre el contenido de las reuniones, como tampoco de las llamadas, por lo cual considera que tanto esos elementos de convicción como los acopiados en el juicio “no prueban nada” (f. 250 cd. 2 Corte).

Se refiere a las agendas de los Ministros y a lo declarado por sus secretarías, que no tienen mención a la adjudicación de la frecuencia a Mario Alfonso Escobar Izquierdo, por lo que no puede inferirse indicio con base en simples citas, reuniones y conversaciones telefónicas, dado que las reglas de la experiencia indican que una secretaria anota las llamadas

cuando no hay comunicación entre las personas, pero si se producen, además de no anotarse, se desconoce su contenido y lo mismo sucede con las citas en el Club El Nogal.

Por ello, no existe prueba que demuestre que su defendido ha faltado a la verdad sobre los métodos o criterios que utilizó para dirimir los empates y hacer la asignación de las frecuencias; además, de esas anotaciones no se puede concluir que los doctores SAULO ARBOLEDA y RODRIGO VILLAMIZAR estaban conversando todos los días, en la totalidad de llamadas y reuniones, sobre la adjudicación a un licitante de una frecuencia en Cali.

Desde el punto de vista probatorio, estima que este proceso se ha caracterizado por contener pruebas ilegales, como la grabación ilícita y las preguntas a los testigos sobre su contenido; tampoco se puede considerar como elemento de demostración la providencia de la Procuraduría sin ejecutoria, por lo que solamente “queda de prueba es el comunicado del doctor RODRIGO VILLAMIZAR en donde acepta que conversó con SAULO ARBOLEDA y las afirmaciones del doctor ARBOLEDA en donde aceptan que conversaron los dos ministros” (f. 257 ib.), además de la referencia de VILLAMIZAR sobre Escobar Izquierdo y Lucía Madriñán, como dos de sus amigos en la ciudad de Cali interesados en conocer cómo les había ido en la licitación, si tenían buena calificación, etc., lo que para la defensa, no puede catalogarse como expresión de contenido ilícito.

Estima que la adjudicación era un acto discrecional del Ministro ARBOLEDA GOMEZ, a la luz del artículo 12 del decreto 855 de 1994 y por ello podía escoger libremente a uno cualquiera de aquellos 10 proponentes, que en el proceso de selección técnica realizado por el Comité de Licitaciones aparecían en el correspondiente cuadro de preseleccionados empatados con 100 puntos, en cuanto lo establecido por la ley correspondía a lo cumplido hasta antes de que se declarara desierta la licitación.

Agrega que, en consecuencia, se equivocó la Fiscalía al haber negado en la resolución

acusatoria ese espacio de discrecionalidad para decidir la adjudicación y concluir que se quebrantó el principio de transparencia y selección objetiva, pues el empate lo debía decidir su procurado, por mandato legal, so pena de incurrir en prevaricato por omisión.

Cita el artículo 28 del Código Civil para advertir que las palabras que usa la ley se deben entender en su sentido natural y obvio, pero cuando ésta las defina específicamente para una materia, “se entenderán de acuerdo con la definición legal” (f. 268 ib.), y por ello no se podía predicar que la actuación de SAULO ARBOLEDA no hubiera sido transparente, dado que ese principio, en cuanto a la selección por licitación o concurso, tiene la excepción contenida en el literal g) del artículo 24 de la ley 80 de 1993, cuando ha sido declarado desierto.

Insiste en que la propuesta de Escobar Izquierdo era la mejor, de acuerdo con la selección del Comité de Licitación, por lo cual, su asignación por resolución N° 3536 del 24 de julio de 1997 no quebrantó el interés general que gobierna a la administración pública, porque de conformidad con lo establecido por el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, en los actos discrecionales, “la decisión del servidor público debe ser razonable” y tal connotación la tenía adjudicarle al mejor proponente, por lo cual la selección no fue arbitraria, sino ajustada a unos criterios de desempate, que aunque la Fiscalía consideró que no fueron utilizados, sin haberlo averiguado, su defendido ha manifestado que sí los aplicó.

Con relación al interés ilícito, lee y refuta el concepto plasmado a folio 20 del cuaderno 6, en la decisión del recurso de reposición contra la resolución acusatoria, en cuanto se afirma que el Ministro de Comunicaciones, antes del influjo de VILLAMIZAR, no exteriorizó ningún interés ilícito, como sí lo hizo después de esa inducción.

Aunque el interés insinuado por el Ministro de Minas y Energía sólo hubiere aparecido cuando él le conversa de los periodistas de Cali, no es que le haya sugerido un acto

incorrecto, ni que violara la ley; por ello no se explica la defensa por qué no se le dio la credibilidad debida a lo expuesto por VILLAMIZAR, cuando en indagatoria afirmó que jamás determinó ni quiso determinar con sus recomendaciones, la realización de un delito.

Invita a examinar el acta número 82 de la Comisión Redactora del Código Penal, en donde el doctor Reyes Echandía propuso que a cambio del artículo 167 de la codificación de 1936, se introdujera un texto como el del artículo 144, que reprocha interesarse pero para derivar provecho del contrato u operación, y no aquel interés “del sentido natural del ser humano”, por lo que le parece absurdo “penar el solo interés como fenómeno psicológico interno como dice la acusación” (f. 293 ib.), o el interés en la persona del contratista.

Toma como referencia, además del artículo 265 del código penal argentino, conceptos de doctrinantes extranjeros y jurisprudencia de esta corporación, donde con ponencia del Magistrado Gómez Velásquez, se expresó: “El interés ilícito se estructura cuando el servidor público coactúa con una doble personalidad, la de servidor público para adjudicar o contratar y la de particular interesado en que el contrato le beneficie, le aproveche directa o indirectamente a sí mismo o a un tercero” (f. 295 ib.) y, en este caso, no se demostró que hubiera un provecho ilícito derivado de la adjudicación a Mario Alfonso Escobar para el acusado, por lo cual concluye solicitando su absolución “porque el hecho que le fue imputado por la Fiscalía es absolutamente atípico, ni siquiera es ilegal en el derecho administrativo, ni mucho menos se ajusta a una adecuación de la ley penal, en ninguna de las tres formas que se prevén en los textos 144,145 y 146” (f. 312 ib.).

LA NULIDAD SOLICITADA

El defensor del doctor ARBOLEDA GOMEZ, en escrito introducido en la Secretaría de la Sala el 11 de enero del corriente año, pretende que se anule toda la actuación cumplida a

partir del cierre de investigación, por el supuesto yerro que se habría cometido en la resolución acusatoria acerca de la adecuación típica, al considerarse que el delito de interés ilícito en contrato oficial previsto en el artículo 145 del Código Penal, se derivó de una recomendación o sugerencia formulada por un alto funcionario del Estado, en este caso el Ministro de Minas y Energía de la época, que por esa condición habría tenido la fuerza y eficacia para hacer surgir en el entonces Ministro de Comunicaciones el “interés ilícito, y éste se torna en antijurídico”.

Lo anterior, puesto que según la defensa, las actividades de los particulares que acudían a la administración a elevar similares peticiones no eran ilícitas, y al haberse afirmado por esta Sala que RODRIGO VILLAMIZAR actuó por fuera de las funciones de responsabilidad política en que adujo la Fiscalía que lo había hecho, se le quitó el soporte material a la imputación fáctica.

Estima el defensor que con la anulación parcial de los trámites del juicio decretada por esta corporación, por falta de fuero para juzgar a RODRIGO IGNACIO VILLAMIZAR, al considerar la Sala que la coparticipación que le fue atribuida como determinador corresponde a comportamiento de particular y no a acto propio de la función ni del cargo de Ministro de Minas y Energía, que ocupaba para la época del acontecimiento, adecuado por la Fiscalía como típico de interés ilícito en la celebración de contratos, variaron sustancialmente los elementos fácticos de acusación.

Tal criterio lo sustenta en el siguiente párrafo del auto proferido el 14 de mayo de 1999, en sesión de audiencia pública:

“El consejo, como lo denomina la Fiscalía, dado por RODRIGO VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ, al cual le reprocha el carácter de ilícito, según la resolución de acusación y lo que han expresado los distintos sujetos procesales en el curso de la presente audiencia pública, no constituía ejercicio alguno de las funciones que entonces le

correspondían como Ministro de Minas y Energía. Claramente se aprecia que lo que se le imputa es haber utilizado la influencia, que para el caso sí incrementaba la posición pero que igualmente podía haber realizado algún otro personaje con capacidad de convicción proveniente de factores distintos a la alta investidura oficial.” (fs. 342 cd. 1 y 239 y Ss. cd. 2 Corte).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- NULIDAD.

Dada la petición de anulación, elevada por el defensor del procesado SAULO ARBOLEDA GOMEZ, entrará la Sala a resolverla en primer término porque, de prosperar, no existiría fundamento para emitir la sentencia correspondiente.

Sin embargo, además de la extemporaneidad de esta petición, basta leer las motivaciones determinantes de la declaratoria de nulidad parcial, en lo atinente a la ausencia de fuero de RODRIGO IGNACIO VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ, para concluir que la situación del doctor ARBOLEDA GOMEZ se mantiene sin modificación en ese sentido, al resultarle indiferente el cambio de competencia funcional para el otro acusado, que en nada altera la adecuación típica de la conducta señalada por la Fiscalía al formular la acusación.

Debe recordarse que el auto que dentro de la vista pública declaró la nulidad parcial atendió la situación de RODRIGO VILLAMIZAR, quien además de no desempeñar ya el cargo de Ministro, la conducta imputada carecía, para él, de relación con las funciones propias de su anterior empleo, por lo cual había perdido el fuero constitucional que permitía su juzgamiento por la Corte. Aún cuando se presente el fenómeno de la coparticipación, la situación para quien fungió en la cartera de Comunicaciones y actuó en razón de ese cargo es distinta.

Expresó la Sala en la audiencia: “Porque era la importante condición de Ministro, pero no

la intervención 'por razón de su cargo o de sus funciones', descrita en el artículo 145 del Código Penal, lo que fortalecía la posibilidad de ser escuchado en forma condescendiente por su entonces colega. El hecho de que, como cualquier extraneus influyente, pudiera incidir como determinador del interés ilícito, no puede confundirse con un desempeño funcional o un cargo, ajenos a la mediación que circunstancialmente se haya realizado...". De esta manera, no se estaba desconociendo su condición de alto servidor público, pero se precisó que esa mediación no se hallaba relacionada con sus funciones, ni con el ejercicio del cargo, lo que claramente sí ocurre en lo atinente a ARBOLEDA GOMEZ, sobre quien, si la Sala hubiera hallado base para lo que ahora se le solicita, habría procedido en consecuencia, desde entonces.

Además, en la acusación no se consideraron como punibles los comentarios y recomendaciones de innumerables conocidos y amigos, que también actuaban como particulares, porque éstos, que se sepa, no influyeron en el procesado para que se interesara en las adjudicaciones solicitadas, como igualmente ocurrió con la recomendación del mismo RODRIGO VILLAMIZAR respecto de su amiga Lucía Madriñán. Lo estructurado fue la transmisión de las preocupaciones de Mario Alfonso Escobar, que trascendieron en la voluntad del procesado ARBOLEDA GOMEZ y le hicieron asumir, para una decisión que le correspondía tomar en el desempeño del servicio público que se hallaba a su cargo, interés en efectuar la adjudicación a favor del mencionado Escobar.

En consecuencia, la petición del abogado defensor carece de oportunidad y de fundamento jurídico atendible, por lo cual no se anulará lo actuado a partir de la acusación y, por lo mismo, cumplirá la Sala con su obligación de proferir sentencia.

2.- INTERES ILICITO EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS.

2.1.- En la acusación se atribuyó a SAULO ARBOLEDA GOMEZ, haber incurrido en la

conducta denominada interés ilícito en la celebración de contratos (artículo 145 del Código Penal), materializada en la resolución N° 3536, expedida el 24 de julio de 1997 en su condición de Ministro de Comunicaciones, por cuanto otorgó a Mario Alfonso Escobar Izquierdo, licencia para prestar el servicio de radiodifusión sonora en gestión indirecta, comercial, de cubrimiento zonal o local en frecuencia modulada -F. M.-, en Cali, con violación de los principios de transparencia y selección objetiva, por determinación de RODRIGO IGNACIO VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ, entonces Ministro de Minas y Energía.

El artículo 145 del Código Penal, modificado por el 57 de la ley 80 de 1993 y el 32 de la ley 190 de 1995, señala que incurre en el delito de interés ilícito en la celebración de contratos, “El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones”.

Tal conducta fue analizada suficientemente por esta corporación, en providencia de fecha 8 de junio de 1982, M. P. Gustavo Gómez Velásquez (G. J. N° 2408, ps. 287 y Ss.):

“... la razón de ser de este dispositivo penal radica en la necesidad, por parte del Estado, de mantener la función administrativa dentro de moldes de corrección básica, atendida de manera fiel, sin que el interés particular del funcionario llegue a opacar la rectitud que debe implicar ese ejercicio...

Conviene recordar, para obtener un mejor entendimiento del asunto cuestionado, que resulta criterio equivocado requerir como elemento típico de la conducta analizada, que exista una norma legal que prohíba, con toda precisión, al funcionario la actividad realizada. El error aparece evidente ya que el sistema administrativo opera en forma muy diferente y lo mismo ocurre con la regulación penal. Lo primero porque la pretensión sería la contraria, o sea, exigir la norma legal que permitiera en forma expresa, al empleado público, comportarse en la forma como lo hizo, esto es propender por su

provecho propio, y dejar de lado esta regla: 'Los intereses de la administración pública son administrativos, económicos y morales. La incompatibilidad puede resultar también de la incoherencia de diversos cargos, de la prohibición de acumulación de ellos, y de la posible pero inadmisible subordinación del interés público al del funcionario, cuando esos intereses no son, por regla general, paralelos o coincidentes'.

... Ese interés personal, de provecho particular, traduce la conducta censurable, ya que el Código Penal la recoge, por sí, como actividad incompatible con la función pública. El Código Penal vigente, en parte (artículo 145), corresponde a este mismo régimen, el cual cambia en el artículo 144, que exige como elemento típico el quebranto de una incompatibilidad o de una inhabilidad. En otros términos debe advertirse que cuando se olvida una de estas prohibiciones, el delito se da aunque el funcionario sea ajeno a conveniencias personales. Y, al contrario, si se 'interesa' de modo particular cuando ejercita una atribución pública, así no ofenda el reglamento de inhabilidades o incompatibilidades, incurre en el hecho punible comentado.

...

... persigue mantener la función en lo que debe ser: separar el instrumento u órgano del Estado, de la apetencia o 'interés' particular. Además la naturaleza de este delito es ser formal y no de resultado. De ahí que Soler enseñe: 'la prohibición se funda en la idea de prevención genérica de los daños que con mucha más frecuencia se derivarían si se adoptara el criterio opuesto', vale repetir, dejar que los funcionarios públicos, simultáneamente con la realización de sus actividades oficiales, atiendan y satisfagan sus 'intereses privados'."

En el caso examinado, las actuaciones atinentes a la licitación 001 de 1997, que culminaron con la resolución N° 3536 de 1997 dictada por SAULO ARBOLEDA GOMEZ, en su condición de Ministro de Comunicaciones, cargo para el cual fue designado por el

Presidente de la República mediante decreto 1452 del 15 de agosto de 1996, del cual tomó posesión el 20 del mismo mes (fs. 52 y 53 cd. 1 Fisc.), eran esenciales para la celebración de contratos de naturaleza administrativa en los términos consagrados por el estatuto general de contratación de la administración pública (ley 80 de 1993), razón por la cual con la expedición del referido acto administrativo (resolución 3536/97), se realizó la “operación” determinante del momento consumativo de la acción precontractual prevista de manera alternativa por el artículo 145 del Código Penal.

2.2.- El procesado ARBOLEDA GOMEZ y su defensor han sostenido hasta el final, que la conducta atribuida es atípica, por cuanto la Fiscalía acogió para ello la definición gramatical de “interés”, que resulta más gravosa, al hacerla consistir en la “inclinación más o menos vehemente del ánimo hacia un objeto, persona, narración, etc.” (f. 204 cd. 5 Fisc.), y no la que se refiere a su contenido de “provecho, utilidad, ganancia”.

En contra de ese criterio, se observa que en el Acta N° 82 de la Comisión Redactora de 1974 de lo que vino a convertirse en el decreto 100 de 1980, se analizó el ahora artículo 145, estimándose adicionado el 167 del anterior estatuto, pues tal precepto únicamente contemplaba la ilicitud para “El funcionario o empleado público... que directa o indirectamente se interese en provecho propio en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo”, y la disposición actual abarca “provecho propio o de un tercero”, así mismo sin hacer referencia a que sea de carácter económico. De tal manera, el interés previsto por esta norma tampoco tiene que contener una significación pecuniaria, ni el provecho en sí debe ser ilícito, sino que esa ilicitud se circunscribe al interés.

Se reitera así lo analizado por esta Sala en sentencia de fecha 27 de septiembre del año en curso, radicación 14.170, con ponencia de quien ahora cumple igual función:

“El interés previsto por ese precepto tampoco ha de ser, necesariamente, pecuniario,

sino simplemente consistir en mostrar una inclinación de ánimo hacia una persona o entidad, con desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o sus funciones.”

2.3.- También han insistido el procesado y su defensor, que el interés que lo acompañó para la adjudicación de una de las frecuencias radiales en Cali a Mario Alfonso Escobar Izquierdo, no fue otro que el de escoger al mejor porque obtuvo el más alto puntaje, sin que hubieran incidido los comentarios de RODRIGO VILLAMIZAR, pretendiendo así controvertir la acusación de la Fiscalía en lo concerniente a que ese interés, en cuanto había trascendido el carácter general que debe gobernar los actos de los servidores públicos cuando de contratación estatal se trata, es ilícito en la medida en que se quebranta la imparcialidad e independencia del funcionario.

No obstante tales aseveraciones y su énfasis paulatino de haber utilizado once criterios para la selección de Mario Alfonso Escobar Izquierdo como adjudicatario de una de las emisoras en la ciudad de Cali, tal postura se vino desdibujando, inclusive frente al cuadro elaborado por el propio SAULO ARBOLEDA dentro de este proceso para tratar de justificar sus exculpaciones, como se expone a continuación.

En efecto, en su indagatoria (fs. 93 y Ss. cd. 3 Fisc.), ARBOLEDA GOMEZ refiere los pormenores de la convocatoria al proceso de licitación 001 de 1997, en cuyo desarrollo participó en reuniones con muchos de los aspirantes a la concesión de frecuencias moduladas para las diferentes ciudades del país. Relaciona un gran número, aduciendo que no fueron determinantes para la adjudicación, pero no incluye a Mario Alfonso Escobar, con quien asegura no haber conversado personalmente.

Sobre la expedición de la resolución N° 3536 de fecha 24 de julio de 1997, manifiesta que la escogencia de los 81 proponentes allí relacionados la hizo atendiendo al cuadro de

calificaciones definitivas que “puso a mi consideración el Comité de Licitaciones de Radiodifusión Sonora Comercial el día 10 de julio, a través del acta número 24. Antes de ese día no participé de manera directa en este proceso” (f. 96 ib.).

Aduce que cuando todo estaba previsto para adjudicar en audiencia pública, señalada para el 11 de julio de 1997, tal como se hizo la convocatoria a los casi 700 proponentes según carta suscrita por la doctora Rubiola Meléndez, Secretaria General del Ministerio, el proceso licitatorio 001 de 1997 hubo de ser declarado desierto, según recomendaciones del citado Comité de Licitaciones, basadas en los conceptos de la Procuraduría General de la Nación, recibido formalmente el día anterior; de la Secretaría General de la Presidencia de la República; de un abogado asesor contratado para tal efecto y otro presentado por unos de los proponentes, secuencia que narra así (f. 98 ib.):

“Sin embargo, para sorpresa mía el día 9 de julio -dos días antes de la celebración de la audiencia pública- llegó a mi Despacho el concepto de la Procuraduría General de la Nación en el que me sugería declarar desierta la licitación y además desconocer -según la Procuraduría por subjetivos- dos de los cuatro criterios establecidos en los pliegos para desempatar, como son el de la programación y el de la balota.”

Agrega que ante tal situación, como surgían dos alternativas en caso de acatar el concepto de la Procuraduría: la contratación directa o volver a abrir licitación, optó por pedirle al aludido Comité, que le recomendara si era conveniente acoger ese concepto; incluso, se asesoró del abogado administrativista Clímaco Giraldo, de la Jefe de la Oficina Jurídica de la Presidencia de la República y de un concepto aportado por unos licitantes, emitido por el doctor Carlos Gustavo Arrieta, ex Procurador General de la Nación, corroborando la opinión del Ministerio Público.

Así mismo afirma que en acta del 10 de julio de 1997, el Comité recomendó acoger el concepto de la Procuraduría y, por ende, declarar desierta la licitación, anexándole para

tal efecto “los resultados finales de la evaluación de las propuestas presentadas para la licitación pública número 001 del 97” (f. 98 ib.), en cuanto no poderse adjudicar 19 de las 100 emisoras porque no habían alcanzado el puntaje para clasificar, por lo cual estaban eliminadas, es decir, que sólo podría adjudicar 81, y también le sugirió “contratar directamente con base en los estudios definitivos efectuados a las propuestas presentadas a la licitación 001 del 97” (f. 99 ib.).

Por lo anterior, señaló ARBOLEDA GOMEZ en tal diligencia, que para la adjudicación de las 81 emisoras de frecuencia modulada, mediante resolución 3536 del 24 de julio de 1997, tuvo rigurosamente en cuenta los resultados finales de las evaluaciones del Comité y asignó las 44 emisoras que no aparecían empatadas en el cuadro, a quienes ostentaban los mayores puntajes.

Para la adjudicación de las 37 emisoras empatadas, aplicó “los dos primeros criterios de desempate que evalúa el Comité en ese cuadro y que deja vigentes la Procuraduría, es decir, los de mayor área de cubrimiento y los de fortaleza financiera. Los otros dos criterios de desempate establecidos en los pliegos -el de la programación y el de la balota-, no los pude aplicar porque la Procuraduría General de la Nación conceptuó que eran subjetivos” (f. 100 ib.), y por ello los sustituyó “por dos criterios adicionales objetivos: la democratización y los antecedentes judiciales de cada uno de los proponentes”(f. 101 ib.).

Con relación a los motivos determinantes para que en lo relativo a la ciudad de Cali, de las diez propuestas empatadas con cien puntos seleccionara a Mario Alfonso Escobar Izquierdo y a la sociedad “Suministros y Montajes de Proyectos Educativos Ltda.” representada por Luis Alfredo Villamarín, adujo que cumplieron no sólo con estos criterios de desempate, sino con “todo lo concerniente al debido proceso y a la ley 80 que en el proceso licitatorio y en la contratación directa está establecido” (f. 102 ib.).

Interrogado sobre si a partir del momento en que se conocieron los puntajes correspondientes a los aspirantes por la ciudad de Cali, el entonces Ministro de Minas y Energía, RODRIGO VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ, le había hecho comentario, referencia o alusión a algunas de las propuestas, respondió que le había tratado la de Mario Alfonso Escobar, uno de los licitantes para Cali, pero adujo que tanto el contenido de esas conversaciones, como las que sostuvo con los candidatos referidos atrás, “no incidió para nada, en la selección de esa propuesta específica en Cali” (f. 103 ib.).

En similares términos se expresó RODRIGO IGNACIO VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ en diligencia de indagatoria (fs. 142 y Ss. cd. 3 Fisc.), cuando afirmó que los comentarios que le hiciera a su homólogo de Comunicaciones, ARBOLEDA GOMEZ, respecto de las preocupaciones de su paisano y amigo Mario Alfonso Escobar Izquierdo sobre la pretendida emisora de Cali, para nada “podían coaccionar o influenciar a quienes deberían en últimas tomar las decisiones”, por lo que no entiende cómo puede afirmarse que hubiere determinado o influenciado de alguna manera.

Añadió que en algunas de las conversaciones que sostuvieron en reuniones formales e informales, como en Consejos de Ministros y en el Conpes, en donde se habló respecto del proceso de licitación de las emisoras, él tenía claro que éste se haría finalmente en una audiencia pública, en donde en caso de empate entre quienes obtuvieran los máximos puntajes, la adjudicación se definiría “por varios criterios, creo que eran cuatro, de desempate, en el que finalmente se aplicaría la balota” (f. 144 ib.).

Admite haber enterado a SAULO ARBOLEDA de las inquietudes manifestadas por algunos de los proponentes, tales como Mario Alfonso Escobar y Lucía Madriñán, preocupados por saber cómo iban a definirse los desempates, si existiesen, como también si podría ayudarle a su hermano Bernardo Villamizar con el fin de que se le permitiera presentar los exámenes para obtener un puesto en el sector de comunicaciones en Cali.

La aceptación de ARBOLEDA y de VILLAMIZAR respecto a sus charlas sobre la amistad de éste con Mario Alfonso Escobar Izquierdo y la preocupación en torno a que su aspiración fuese eliminada al sometérsela a “balota”, según pautas señaladas por el Comité de Licitaciones, aunada a la interpolación de expectativas entre los Ministros, en distintas reuniones de las cuales dan fe testimonial Lía Del Vasto de Ayure, Secretaria Ejecutiva del Ministerio de Comunicaciones (fs. 54 y Ss. cd. 1 Fisc.) y Fabiola Gómez Daza, Secretaria Ejecutiva del Ministerio de Minas y Energía (fs. 61 y Ss. ib.), corroboradas con las anotaciones en sus agendas recogidas por la Fiscalía en inspecciones judiciales (fs. 54 y 61 ib.), llevan a concluir la realidad de las recomendaciones, con miras a que la pretensión de Escobar Izquierdo no fuese eliminada.

Esto, sin desconocer la existencia de las otras conversaciones con los proponentes, a que alude ARBOLEDA, cuya demostración y propósitos no son motivo de este proceso pero contribuyen a fortalecer las inferencias lógicas sobre las distintas reuniones en que aparece referenciado Mario Alfonso Escobar Izquierdo, puesto que, entre otras, en la agenda de VILLAMIZAR, la anotación “envíele esta nota a SAULO. Urgente”, se refiere a que “el ministro VILLAMIZAR estaba tratando de conseguirle un puesto a su hermano BERNARDO VILLAMIZAR en TELECOM de Cali”, según el dicho de Fabiola Gómez (f. 66 ib.).

2.4.- Efectuando un paréntesis sobre la exposición que se desarrolla, debe reiterar la Sala en este momento que en nada aprecia el contenido de la grabación ilícitamente efectuada, sobre una presunta charla telefónica entre los referidos ARBOLEDA GOMEZ y VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ, que es nula de pleno derecho, por expreso mandato del inciso final del artículo 29 de la [Constitución Política](#) de Colombia. Esa práctica delictuosa de interceptar las comunicaciones privadas, sin previa autorización escrita de autoridad judicial competente, debe ser expresamente censurada y rechazada, como flagrantemente violatoria del derecho fundamental a la intimidad de todos los seres humanos.

Luego de la notable divulgación que tuvo esa eventual charla, se realizaron las pertinentes averiguaciones, éstas sí lícitas e imperativas, sobre la realidad de la perturbación en la objetividad, transparencia, imparcialidad, igualdad, equilibrio y selección neutral, cuya rigurosa observancia rige para la celebración de todo contrato u operación estatal.

2.5.- En las respectivas diligencias judiciales, llevadas a cabo con el pleno cumplimiento de las garantías procesales, los dos ex Ministros han tratado de demeritar la trascendencia de las charlas que sí reconocen haber efectuado, pero sin detallar los aspectos que podrían comprometerles, en especial sobre las recomendaciones y “transmisión de inquietudes o preocupaciones”, como las califica RODRIGO VILLAMIZAR.

Así, sostiene el defensor de SAULO ARBOLEDA, que a éste se “imputa como delictuoso un fenómeno del fuero natural interno, de la voluntad humana, sin ser contrario el derecho (sic) dado que todo lo actuado se considera por la acusación como legal salvo el aspecto psicológico mencionado, que de otra parte tampoco es antijurídico” (f. 355 cd. 1 Corte). Se justificaría entonces que el provecho individual avasalle el bien común, malsana costumbre que no por la probabilidad de que pueda encontrarse lamentablemente arraigada en el manejo de los asuntos del Estado, deja de ser merecedora del reproche moral, social y jurídico, incluyendo la represión penal por hallarse tipificada como conducta punible, en el artículo 145 del Código actual.

Está visto que el delito de interés ilícito en la celebración de contratos, que el legislador quiso sancionar muy severamente, requiere para su estructuración que el funcionario se incline hacia el provecho propio o de un tercero. Como hechos indicadores de esa inclinación en beneficio ajeno y para determinar la trascendencia de las recomendaciones de un Ministro sobre el otro, ante la renuencia a detallar el contenido de las conversaciones personales y telefónicas, constatará la Sala la credibilidad de la

cabal aplicación de los once criterios que dice haber tenido en cuenta el Ministro ARBOLEDA GOMEZ para la adjudicación de la emisora a Escobar Izquierdo, de manera que se pueda inferir si aquellas conversaciones influyeron o no en la decisión, así como la verosimilitud del grado de amistad o compromiso que pudo dar origen a la intercesión del Ministro VILLAMIZAR ante su colega.

Mario Alfonso Escobar Izquierdo, en testimonio rendido ante la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación (fs. 64 y Ss. cd. 2 Fisc.), destaca su amplia trayectoria y experiencia en la radio, por su trabajo en R. C. N. durante más de 16 años, su vinculación a los diarios El País y Occidente y la asesoría al semanario El Balón en Cali.

Respecto a su propuesta identificada bajo el número 318, dentro de los cuadros del Comité de Licitaciones, en la 001 de 1997, donde fue favorecido por resolución 3536 del 24 de julio de dicho año, afirma que su contenido solamente se conoció después de que su apoderada Nancy Cruz, quien adelantó todas las gestiones, la presentara ante el Ministerio de Comunicaciones; ignora que entre los Ministros de Comunicaciones y de Minas y Energía, para esa época, se hubiese tratado el tema de su propuesta. Respecto del contenido de las expresiones de VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ en comunicado de prensa alusivo al proceso de adjudicación de emisoras para Cali, sostuvo que se trataba de comentarios genéricos e informales a favor de periodistas ampliamente conocidos en esa ciudad.

A diferencia de lo aceptado por SAULO ARBOLEDA GOMEZ y RODRIGO VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ, respecto a las charlas que mantuvieron en torno a esa propuesta, al igual que sobre las reuniones, llamadas y comunicaciones, tal como consta en las agendas del ex Ministro de Minas, Escobar asegura desconocer en absoluto lo que aquéllos hablaron en pro de su solicitud y pretende que solamente conoció el resultado porque su apoderada le informó cuando salió la resolución, de lo cual se enteró a través de los

medios de comunicación, postura que no demerita su amistad con VILLAMIZAR y la consecuente transmisión de las “preocupaciones” a ARBOLEDA, para que la propuesta no resultara eliminada.

Tal como lo analizaron la Fiscal comisionada ante esta corporación y la Procuradora Cuarta Delegada en lo Penal en sus intervenciones, no se puede desconocer que existía notoria amistad entre el Ministro VILLAMIZAR y Mario Alfonso Escobar. Aquél, a partir de su primera versión, manifestó que desde la infancia han practicado deportes juntos y Escobar, profesional de la radio, se interesó mucho por la carrera política de RODRIGO VILLAMIZAR, hasta el punto que en una oportunidad recogió firmas para lanzar su nombre a la Gobernación del Valle; visitó Japón con la selección de fútbol colombiana cuando él ocupaba un cargo diplomático en ese país, y desde allí hizo lo propio a favor de un cuñado, quien posteriormente fue Gobernador de su Departamento.

Se viene apreciando, de tal manera, que no resultan verosímiles, en estos aspectos, las manifestaciones procesales de los otrora Ministros; aunque VILLAMIZAR aduce que no se puede considerar a Mario Alfonso Escobar como su amigo cercano, la existencia de sus reuniones con ARBOLEDA, admitida a medias por ellos, se precisa con las anotaciones en la agenda del entonces Ministro de Minas y Energía, donde se alude a “MAO-J.M. TURBAY-RVA EL NOGAL PARIS”, que según Fabiola Gómez Daza corresponden a su letra y a que su jefe le había dado instrucciones de pedir un reservado en el Club El Nogal, para reunirse con Mario Alfonso Escobar (“MAO”) y Juan Manuel Turbay, a quienes ella concretó telefónicamente (f. 67 cd. 1 Fisc.). También para el 24 de junio de 1997, aclara que RODRIGO VILLAMIZAR le había advertido que si llamaba Mario Alfonso Escobar le dijera que se comunicara con SAULO ARBOLEDA y, cuando Escobar telefoneó, “le di el mensaje de llamar al Ministro de Comunicaciones, no sé si lo hizo” (f. 70 ib.).

Por lo tanto, tampoco resulta creíble la posición adoptada por Mario Alfonso Escobar en su testimonio, tratando de mostrarse ajeno a cualquier intervención de su amigo

VILLAMIZAR en su favor, ante el Ministro de Comunicaciones, pues además de haber sido un hecho admitido por aquél, resulta bastante diciente que al regreso del Ministro de Minas al país, en agosto de 1997, luego de someterse a una delicada intervención quirúrgica, se hubieran reunido en el Club El Nogal el 13 de dicho mes, según obra en anotación de ese establecimiento.

Además, al revisar las aseveraciones de SAULO ARBOLEDA sobre la presunta aplicación de diversos criterios adicionales, no es clara como él lo plantea, ni siquiera en el cuadro anexo en el resumen de sus alegatos en la audiencia pública, lo cual lleva a inferir precisamente lo contrario, es decir, que desconoció los criterios objetivos de adjudicación entre los diez licitantes para Cali que se hallaban empatados, interesado como estaba en favorecer la propuesta de Mario Alfonso Escobar Izquierdo, por influencia de su homólogo de Minas y Energía, según se viene precisando.

Los once criterios finalmente relacionados en el cuadro aportado en la audiencia pública, página 2 de sus alegatos, los hizo consistir en: 1) Mayor puntaje. 2) Mayor área técnica. 3) Mayor respaldo financiero. 4) No antecedentes judiciales. 5) Art. 35 ley 80/93, democratización. 6) No tener concesiones en Cali, ni en el Valle del Cauca. 7) No tener participación accionaria en empresas radiales de Cali. 8) Ser periodista radial. 9) Trayectoria como periodista en empresas radiales. 10) Experiencia como periodista radial. 11) Clasificada para adjudicar en la anterior licitación, declarada desierta.

Sin embargo, antes de analizar la validez y observancia de tales criterios, debe advertir la Corte que no tiene sentido considerar los cinco primeros, dado que hasta allí, como obra en el cuadro, los 10 proponentes para Cali iban empatados con el máximo puntaje.

En desarrollo del argumento de haber aplicado imparcialmente esos once criterios, SAULO ARBOLEDA GOMEZ comienza por atribuir a miembros del Comité de Licitaciones la

redacción de la resolución 3536 expedida el 24 de julio de 1997, y su elaboración a las doctoras Rubiola Meléndez Vargas, Secretaria General del Ministerio y María Teresa Murcia, Jefe de la Oficina Jurídica, mediante la cual otorgó, entre otras, la concesión radial a Mario Alfonso Escobar Izquierdo, que ellas aceptan, pero no puede pasar la Sala por alto, que además son enfáticas en señalar, junto con los demás integrantes de ese Comité, que la selección de los adjudicatarios la hizo personalmente dicho Ministro.

También, con el ánimo de demeritar la acusación y demostrar que la concesión a Escobar Izquierdo se hizo por ser el mejor de los 10 proponentes para la ciudad de Cali, que inicialmente estaban empatados, a quien no podía desestimar sin desatender las recomendaciones del Comité de Licitaciones y los principios de transparencia y de selección objetiva, el aquí procesado entregó el cuadro general de calificaciones de la licitación 001 de 1995 abierta por su antecesor, el Ministro Armando Benedetti Jimeno, para 180 emisoras y advirtió que en la hoja 17 (f. 32 anexo 19), la propuesta presentada entonces por Mario Alfonso Escobar Izquierdo, aparecía como apta para ser contratada directamente, lo que ratifica parcialmente la certificación del Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Comunicaciones, Pedro Nel Rueda, de fecha 4 de febrero de 1998, que encontró hábil a dicho oferente para la ciudad de Cali, con puntaje de 76.82, de lo cual resalta que si él hubiera tenido interés para adjudicarle al señor Escobar, sería consecuente obrando desde esa ocasión, cuando se declaró desierta la licitación de 1995.

Sin embargo, ese mismo cuadro (fs. 31 y 32 anexo 19) se encarga de desvirtuar tal aseveración del procesado, y de paso lo por él aportado dentro del recurso de reposición contra la resolución acusatoria (f. 293 cd. 5 Fisc.) y en la audiencia, puesto que no es cierto, como lo adujo a lo largo del proceso, que si hubiera querido vulnerar los principios de transparencia y objetividad, habría podido adjudicarle a Mario Alfonso Escobar desde la declaratoria de deserción de la licitación 001 de 1995, en diciembre de 1996, al obtener el más alto puntaje de quienes se volvieron a presentar en la 001 de

1997, ni que ese cuadro lo tuviera desde la primera declaratoria de desierta y, por ello, lo pudo tomar en consideración para la adjudicación directa.

Llega la Corte a tal conclusión, porque al revisarlo se observa que de los licitantes empatados en la segunda oportunidad, habían clasificado en la anterior: María Cristina Alarcón Castañeda, con la propuesta distinguida con el N° 5, con “078.90” puntos, y Fernando Parra Duque, con el N° 672 -no Diego Fernando Londoño como afirmó la Fiscalía-, con “076.42”, mientras Mario Alfonso Escobar, con el N° 164 obtuvo “076.62”, que si bien superó la calificación de Fernando Parra, fue inferior a la de María Cristina Alarcón.

A pesar de tal evidencia, en el acomodaticio cuadro presentado por ARBOLEDA GOMEZ a la Fiscalía, se desconoció esa clasificación a María Cristina Alarcón y a Fernando Parra Duque, restándoles un punto en el criterio 11), lo que habría colocado, al menos a la primera, en situación de superioridad sobre la sociedad “Sistemas Suministros y Montaje de Proyectos Educativos Ltda”, a la que finalmente se le adjudicó una de esas frecuencias

Aunque tal concesión no es materia de debate dentro de este proceso, se detecta una situación irregular frente a la licitante Alarcón, pues en cuanto a Fernando Parra Duque, no se puede considerar afectado con la selección, porque en últimas, según se observa en la multicitada resolución 3536, le fue adjudicada una frecuencia radial en el municipio de Florida, del mismo Departamento; de todas maneras, esa comparación conduce a desvirtuar la manifestación del procesado de tener a la mano, en el momento de escoger a Escobar, el cuadro de la anterior licitación.

Además, la falta de acceso a dicho listado fue corroborada con los testimonios de los integrantes del Comité de Licitaciones y la Secretaria General del Ministerio; ella y la Jefe de la Oficina Jurídica declararon lo concerniente a que SAULO ARBOLEDA seleccionó a los adjudicatarios en los casos de empate, testimonios dignos de credibilidad porque,

habiendo laborado bajo su mando en el Ministerio de Comunicaciones, no se observa ánimo vindicativo o de perjudicarlo, sino de exponer lo que les consta, así:

2.5.a.-) Dentro de la inspección judicial practicada en el Ministerio de Comunicaciones, se recibió declaración a María Teresa Murcia Celis, Jefe de la Oficina Jurídica de ese Ministerio, quien refiere en detalle todos los pasos, interferencias y parámetros que incidieron para que mediante resolución 3355 del 10 de julio de 1997 se declarara desierta la licitación 001 de 1997, hasta el 24 de julio siguiente, fecha de expedición de la resolución 3536, mediante la cual se dispuso la contratación directa de las 81 emisoras en frecuencia modulada.

Afirma que la escogencia se hizo teniendo en cuenta los estudios y evaluaciones realizados en dicha licitación, tal como se plasmó en el artículo 3° de esa resolución y que el comité de radiodifusión sonora, con fecha 10 de julio de 1997, recomendó declararla desierta, con base en el concepto emitido por el Procurador. Añade:

“... en dicho comité reposa el cuadro consolidado del estudio definitivo de la licitación, posteriormente y no me acuerdo la fecha del comité creo que fue el 24 de julio de 1997, se recomienda la adjudicación directa con base en los estudios finales efectuados a las ofertas adjudicación directa que también estuvo avalada por un concepto solicitado a la secretaría jurídica de la presidencia de la República y de un asesor externo el Dr. CLIMACO GIRALDO contratado para el efecto.” (fs. 85 y Ss. cd. 1 Fisc.).

Fueron allegados en esa misma diligencia, copia del concepto del abogado Giraldo, contrato de prestación de servicios, actas 014 a 025 del Comité de Licitaciones, informe de la visita de la Procuraduría de 24 de junio de 1997, resultados preliminares de evaluación, acta de cierre licitación 01/97, adendas 1 a 8, evaluación jurídica, técnica y financiera de las propuestas presentadas por Mario Alfonso Escobar, Sistemas Suministros y Montajes de Proyectos Educativos Ltda., Oiga, Mire, Veá y Uniceb, copia de

la resolución de apertura de la licitación 01 de 1995, pliegos de licitaciones, concepto de la Procuraduría General, resolución que declaró desierta la licitación, informe del 28 agosto de 1997 rendido por los coordinadores de los grupos evaluadores de la licitación 01 de 1997 y comunicación del 26 de agosto de 1997 del Procurador General de la Nación, solicitando suspender la firma de los contratos (fs. 89 y 90 ib.).

Posteriormente, la Jefe de la Oficina Jurídica, en ampliación de testimonio (fs. 126 y Ss. ib.), reitera haber colaborado en la redacción de la resolución 3536 de 1997, pero advierte que la selección de los escogidos la hizo el Ministro del ramo.

Explica que la inconsistencia entre el encabezado del acta correspondiente a la sesión del 24 de julio de 1997, plasmando la hora “17:00”, mientras que en el texto de la misma se alude a “8:00”, con terminación “9:00”, según la parte final del acta, se debe a que ella tomaba los encabezados de actas anteriores y no se percató de ese lapsus, pero lo cierto es que se suscribió en horas de la mañana (f. 129 ib.).

2.5.b.-) Testimonio de Rubiola Meléndez Vargas, Secretaria General del Ministerio de Comunicaciones e integrante del Comité de Licitaciones, quien relata las actuaciones del Ministerio en el proceso licitatorio mencionado, el desequilibrio que se presentaba frente a la admisión de nuevos proponentes por medio de acciones de tutela, a quienes inicialmente no les habían sido aceptadas sus propuestas por extemporáneas, motivo por el cual la Procuraduría solicitó que se declarara desierta, quedando el Ministro ARBOLEDA GOMEZ sin opción distinta a abrir nueva licitación o contratar directamente.

Por ello, se solicitó concepto a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y al Dr. Clímaco Giraldo, quienes coincidieron en recomendar la aplicación del artículo 12 del decreto 855 de 1994 y por parte de unos oferentes se envió la opinión del doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla (f. 119 ib.). El Comité de Licitaciones, una vez analizados los

conceptos, recomendó al Ministro ARBOLEDA GOMEZ la contratación directa, haciendo uso del antedicho artículo 12.

Pero destaca que “En el acta de recomendación se hizo énfasis en que el señor Ministro contratara teniendo en cuenta los estudios realizados a las propuestas incorporadas, inclusive las observaciones presentadas por los oferentes” (f. 120 ib.); indica además, que se le sugirió la contratación directa para aquellos casos en donde hubiera un sólo ganador, pero se le dejó en libertad en caso de empate, para que él tomara la decisión correspondiente, después de haber considerado los criterios técnico y financiero recomendados por el comité.

Sostiene que así procedió el Ministro, indicando en el listado al seleccionado, “no recuerdo la verdad si con resaltador o con un asterisco al frente del proponente” (f. 124 ib.), para que procediera a sacar la resolución para su firma, de inmediato, lo cual ella hizo, sin que ARBOLEDA GOMEZ hubiera pedido información adicional sobre los empatados, “salvo, el listado sobre antecedentes judiciales de los proponentes enviados por el DAS, que es un documento confidencial que reposa en mis archivos” (f. 128 ib.).

En la ampliación fue enfática al señalar, contrario a lo expresado por el ingeniero ARBOLEDA GOMEZ, que desde el momento en que el Comité de Licitaciones finiquitó la evaluación de las propuestas, éstas fueron introducidas en urnas instaladas en el Museo Postal, segundo piso del edificio Murillo Toro, y “Las llaves de los candados de las urnas estaban bajo mi custodia en la caja fuerte que reposaba en la Secretaría General” (f. 222 cd. 4 Fisc.).

Indica que después de la fecha en que se declaró desierta la licitación 001 de 1997, el Ministro ARBOLEDA nunca pidió “que se le suministrara algún listado que registrara los proponentes clasificados en la licitación declarada desierta en diciembre de 1996” (f. 223 ib.); destaca que no tuvo conocimiento de la existencia de los denominados “criterios

adicionales” que él afirma haber utilizado para dirimir los empates, por lo cual no se citaron en los considerandos de la resolución 3536. “Los únicos criterios son los que aparecen en el acta 024, los que le pasamos, el criterio de desempate técnico y el financiero” (f. 224 ib.).

2.5.c.-) José Fernando Bautista Quintero, Viceministro de Comunicaciones, quien para la época de la licitación 001 de 1997 presidía el Comité de Licitaciones, relató que en repetidas ocasiones conversó con el Ministro ARBOLEDA temas referidos a la misma, por ejemplo, que era necesario solicitar unos conceptos sobre la posibilidad de contratar directamente, encareciéndole que se estudiara ese tema con profundidad, y nunca le pidió que mirara alguna propuesta en especial, porque permanecían en la Secretaría General, donde se coordinaba todo ese tema. Agrega:

“Que yo sepa el Ministro ARBOLEDA no tuvo acceso a las propuestas... No me comentó los criterios que él iba a utilizar para las ciudades donde había empate... Nosotros estuvimos trabajando sobre el contenido de la resolución, sus considerandos y demás temas, eso me acuerdo perfectamente, hasta aproximadamente una o dos de la mañana del día en que se tomó la decisión, del día en que sacamos la recomendación y el Ministro después sacó la Resolución. Esa noche se decidió que definitivamente la recomendación que se le iba a hacer al Ministro era contratar directamente, porque el Comité consideraba que el proceso se había adelantado bien y había unas calificaciones objetivas que ya estaban ahí.” (f. 168 cd. 4 Fisc.).

Aclara que desde el momento en que asumió como Ministro de Comunicaciones, en reemplazo de SAULO ARBOLEDA, hasta el 5 de agosto de 1998, no se había firmado el contrato con Mario Alfonso Escobar, porque cuando se efectuaba el análisis jurídico sobre la conveniencia legal de firmarlo o no, se recibió concepto de un abogado externo recomendando esperar a que se definieran las investigaciones penal y disciplinaria, en lo que estuvo de acuerdo la Oficina Jurídica del Ministerio. “La investigación hecha por

nosotros ha encontrado que los documentos y las calificaciones de esa propuesta son correctos, pero no se firmó por las razones antes anotadas...” (f. 169 ib.).

2.5.d.-) Rafael Mauricio Samudio Lizcano (fs. 25 y Ss. cd. 3 Fisc.), Director de Telecomunicaciones y Servicios Postales del Ministerio de Comunicaciones, y Aristides Lozano Lozano (f. 31 ib.), integrantes del Comité de Licitaciones, quienes tuvieron a cargo la parte técnica y financiera, en su orden, coinciden en afirmar que en el proceso de selección y elaboración de los cuadros finales de los puntajes, no se presentó interferencia, recomendación o injerencia del doctor ARBOLEDA GOMEZ, ni de ninguna otra persona.

2.5.e.-) El testimonio de Iván Guillermo Lizcano Ortiz (fs. 155 y Ss. cd. 4 Fisc.), asesor del Ministro, corrobora que éste desconocía muchos de los elementos de los que dice utilizó para la escogencia de Escobar Izquierdo. Afirma que después del retiro de ARBOLEDA GOMEZ, él lo llamó a su oficina y le pidió, si era posible, expedir constancia sobre la composición accionaria y de las juntas directivas de tres empresas que habían concursado para Cali dentro de la licitación 001, “a lo cual pues yo le manifesté que eso era factible, pues debido a que es información que reposa en documentos públicos... procedí a buscar esos expedientes y hacer la certificación” (fs. 157 y 158 ib.).

2.5.f.-) Así mismo, Jofre Fernando Quiñones Rentería, técnico en telecomunicaciones, quien durante la licitación 001 de 1997 prestaba apoyo a Rubiola Meléndez, a pesar de no recordar si después de la evaluación definitiva de las propuestas por el Comité de Licitaciones y la declaratoria de deserción se sacaron algunas de tales propuestas, precisa que todo permaneció bajo el cuidado y responsabilidad de la Secretaria General del Ministerio (f. 163 ib.).

2.5.g.-) Pedro Nel Rueda Garcés, Asesor de Secretaría General, afirma que antes del 4 de febrero de 1998 (fs. 164 y Ss. ib.), nunca se le pidió la verificación de aquel listado, ni

llegó a suministrarla.

Volviendo a las consideraciones que venían desarrollándose antes de la precedente relación testimonial, que demerita la pretendida aplicación del criterio 11, se tiene que conocidos los fundamentos de la imputación, en ampliación de indagatoria (fs. 89 y Ss. ib.), SAULO ARBOLEDA GOMEZ procuró demostrar su ausencia de interés en la concesión a Escobar Izquierdo, aduciendo haber observado los principios de transparencia y de selección objetiva, aunque la ley lo facultaba para decidir libremente sin violar norma alguna, por lo cual adjudicó 44 frecuencias a quienes ocupaban el primer lugar y, en el caso de las 37 emisoras restantes, definió el desempate, primero por el cubrimiento del área técnica y el respaldo financiero.

Como el empate persistiera entre Escobar y los ocho proponentes excluidos, recurrió a otros dos mecanismos, tales como verificar la ausencia de antecedentes judiciales y que cumplieran con el artículo 35 de la ley 80 de 1993, que impide adjudicarle a quien ya tuviera asignación en F. M. en ese municipio, pero aún después de esos cinco criterios, el empate se mantenía.

No obstante, según los considerandos de la resolución 3536, esos argumentos no resultan válidos en cuanto a la libertad absoluta que ARBOLEDA GOMEZ aduce haber tenido para adjudicar ante la deserción de la licitación, porque tal como se consignó en el numeral 3° de dichos considerandos, la selección de los contratistas para la adjudicación directa “se hizo sobre la base de los ofrecimientos recibidos con destino a la licitación N° 001 de 1997 y teniendo en cuenta los estudios y evaluaciones que para el efecto se realizaron dentro de dicha licitación, lo mismo que las comparaciones, cotejos, estudios y deducciones pertinentes” (f. 36 anexo 15-3).

Precisamente, en la adenda 7 de la licitación, como en forma acertada lo destacó la Fiscalía, al ser planteados por un licitante los criterios relacionados con la experiencia

radial, como instrumento para garantizar la selección objetiva, se concluyó que no era posible dejar participar, con exclusividad, “a los actuales prestatarios del servicio de radiodifusión sonora, quienes serían los únicos con posibilidad de acreditar experiencia”, luego mal podía el Ministro contrariar esos parámetros, variando las reglas de juego inconsultamente.

En ese orden de ideas, tampoco es provechoso a las tesis de la defensa el testimonio de Leonel Toro Echeverry, rendido en la audiencia pública (fs. 115 y Ss. cd. 2 Corte), sobre el encargo recibido del Ministro ARBOLEDA en vísperas del 11 de julio de 1997, ante la sugerencia de la Procuraduría de declarar desierta la licitación y la consecuente posibilidad de adjudicar directamente, para que subrayara entre los empatados a quienes fuesen periodistas reconocidos, mecanismo subjetivo que mal puede tomarse como criterio serio de cualificación, que además había sido excluido expresamente de la licitación 001/97, adenda 7, por vulnerar el principio de igualdad entre los concursantes.

Por lo tanto, la mención de los criterios “ser periodista radial”, “trayectoria como periodista en empresas radiales” y “experiencia como periodista radial”, que en el fondo se reducen al mismo aspecto, pero que ha tratado de mostrar pluralmente el ingeniero ARBOLEDA GOMEZ dentro de este proceso y a los medios de comunicación, para disimular la ventaja otorgada a Mario Alfonso Escobar Izquierdo, a petición de su colega de Gabinete, contraría los parámetros de los considerandos de la resolución 3536.

Aunque, a diferencia de la tesis de la señora Procuradora, no sea exacto que con el simple examen del mayor respaldo financiero se hubiera podido dirimir el empate presentado entre los 10 licitantes por una emisora de Cali que obtuvieron el mayor puntaje, dado que al ser calificadas sus propuestas obtuvieron el máximo factible, no sólo en el total (100) sino en el criterio técnico y acerca del respaldo financiero, tampoco

encuentra la Corte razón para insistir en la aplicación del criterio democrático previsto por el artículo 35 de la ley 80 de 1993, que no arrojó diferenciación, ni en la ausencia de antecedentes judiciales, por carecer los 10 de registro desfavorable.

Del contenido de la motivación de la resolución 3536 de 24 de julio de 1997, se colige que para la selección transparente y objetiva de las propuestas para Cali, han debido tenerse en cuenta, “los estudios y evaluaciones que para el efecto se realizaron dentro de dicha licitación, lo mismo que las comparaciones, cotejos, estudios y deducciones” a que alude en el artículo 3°, que no fueron otros que los señalados en los 18 puntos de las consideraciones, donde se advierte la constante referencia a las disposiciones contenidas en la ley 80 de 1993 y su decreto reglamentario 855 de 1994.

Esos considerandos no daban lugar a especulación alguna para contrariar las bases de la licitación, expresándose en el 13 “Que la evaluación llevada a cabo dentro de la licitación declarada desierta, las observaciones presentadas al respecto por los distintos proponentes y la resolución por el Ministerio de dichas observaciones, constituyen un sólido fundamento para una decisión sobre selección como la que se encuentra pendiente” (f. 30 anexo 15-3), mientras el 15 indica “Que, todos los elementos de juicio con que el Ministerio cuenta en esta oportunidad, recaudados a través del proceso licitatorio, posibilitan y garantizan la selección objetiva que para estos casos exige la ley” (f. 30 anexo 15-3).

2.6.- Al haberse inclinado el Ministro ARBOLEDA a favor de Mario Alfonso Escobar Izquierdo, basado en criterios que expresamente habían sido descartados en el proceso licitatorio, además de repetir los referentes a la calidad de periodista radial, sin comunicárselo a las abogadas encargadas de la elaboración de la resolución 3536 de 1997, se infiere que no se trató de olvido o confusión de su parte; así lo corroboran los considerandos de tal resolución y los testimonios de la Secretaria General y de quienes estuvieron a cargo del aludido Comité y no conocieron por razón de sus funciones o

fuera de ellas, esos supuestos criterios adicionales.

Por consiguiente, al no haber logrado el doctor ARBOLEDA justificar la aplicación, desde varios puntos de vista, de parámetros descartados en una de las adendas, se infiere una flagrante omisión del deber de selección objetiva, que desvirtúa las explicaciones vertidas en sus diferentes relatos, tomadas por la defensa como supuestos de hecho para tratar de demostrar, sin éxito, que las recomendaciones e injerencias de RODRIGO VILLAMIZAR no influyeron en SAULO ARBOLEDA GOMEZ para la selección de Escobar Izquierdo, en los términos referidos por la Fiscalía al formularle los cargos.

Todo lo anterior y la ya mencionada ilegalidad de la grabación del telefonema entre los ministros, que transcribió la revista "Semana", diluye la trascendencia del comunicado expedido por VILLAMIZAR en agosto de 1997, admitiendo haber sostenido esa conversación en el mes de julio de ese año, el día 21, antes de la adjudicación, escrito mediante el cual, además, pidió excusas al país por el error cometido.

Se precisa que las resoluciones por las cuales se declaró desierta la licitación 001 de 1997 y se dispuso la adjudicación por contratación directa no fueron, en sí mismas, motivo de reproche en la acusación, radicado en la transgresión de la transparencia y escogencia objetiva que debieron regirla respecto a la adjudicación a Mario Alfonso Escobar, pues "la prueba revela que tal contratación fue libre, en la que quien tuvo la responsabilidad de hacerla, actuó movido por intereses personales, particulares, con desvío real por influjo de esa personal motivación derivada, sin duda alguna, de la recomendación (consejo, asociación) eficaz que a favor de MARIO ALFONSO ESCOBAR le hizo el entonces Ministro de Minas y Energía, doctor RODRIGO VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ" (fs. 219 y 220 cd. 5 Fiscalía).

2.7.- De otra parte, tampoco resulta veraz la aseveración del ingeniero SAULO ARBOLEDA, sobre que a pesar de haberse reunido con VILLAMIZAR el 10 de junio de 1997 en el Club El

Nogal, no trataron el tema de Escobar, argumentando que para esa fecha no se conocían los resultados finales de la licitación; por el contrario, tal como obra en el proceso, las evaluaciones pertinentes se habían consolidado desde el 23 de mayo de dicho año.

Así mismo, mediante acta 021 de tal fecha, el Comité de Licitaciones ordenó colocar a disposición de los oferentes esas calificaciones y estudios jurídicos técnicos y financieros realizados a las propuestas entre el 26 y el 30 de mayo del aludido año (fs. 73 y Ss. anexo 15-1), es decir, desde esa época ya se conocían los empates de los licitantes para la ciudad de Cali, y de acuerdo con los términos de la licitación y sus adendas, de haber seguido su curso normal se habría utilizado la balota, que era precisamente el comentado motivo de preocupación e inquietud de Mario Alfonso Escobar, porque para ese momento ya se sabía que Lucía Madriñán no había obtenido el más alto puntaje en su propuesta.

2.8.- La selección de la propuesta de Mario Alfonso Escobar Izquierdo significa que SAULO ARBOLEDA GOMEZ, en su condición de Ministro de Comunicaciones, transgredió el principio de transparencia y el deber de selección objetiva, previstos por los artículos 24 y 29 de la ley 80 de 1993, en consonancia con los artículos 1° y 12 del decreto reglamentario 855 de 1994, con lo que se evidencia su actuar antijurídico, propiciatorio de la exclusión infundada de ocho proponentes que se encontraban en posición equiparable, pero no fueron objeto de valoración y confrontación para escoger en igualdad de condiciones.

De todo lo anterior, colige la Sala que el hecho inductor de la decisión adoptada en tal sentido en la resolución 3536 de julio 24 de 1997, fue la especial amistad del proponente Escobar Izquierdo con el Ministro de Minas y Energía, RODRIGO VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ, así como la correlación institucional hacia el Ministro de Comunicaciones, SAULO ARBOLEDA GOMEZ, puesto que si éste no tenía nexo cercano con Mario Alfonso Escobar, fue la “transmisión de inquietudes” lo que le hizo interesarse indebidamente en tal operación.

Precisamente, ese interés tiene carácter ilícito en la medida en que con dicha inclinación indebida se estaban afectando, entre otros, los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad de los administradores públicos, en provecho del tercero, Mario Alfonso Escobar Izquierdo (art. 145 C. P.), a quien se dio prelación subjetiva sobre sus iguales, en desmedro de la imagen de la administración pública y de la credibilidad de la colectividad en

los procesos licitatorios, que el Ministro de Comunicaciones estaba obligado a preservar.

2.9.- Con relación a la culpabilidad, el actuar doloso requiere voluntad de favorecer al proponente, consciente quien así actúa que con esa decisión vulnera, sin que obre causal alguna de inculpabilidad, el bien jurídico de la administración pública, desequilibrando la expectativa de terceros, legítimamente interesados en contratar con la administración estatal, para el caso a cargo de SAULO ARBOLEDA GOMEZ por razón de sus funciones, como servidor público que debía someter sus procedimientos y la determinación a los principios consagrados por la ley 80 de 1993 y su decreto reglamentario 855 de 1994, que no ignoraba, pues aparecían expresamente referidos en los considerandos de la resolución 3536 del 24 de julio de 1997.

2.10.- De todo lo anterior, surge la certeza requerida por el artículo 247 del estatuto procesal penal para condenar al entonces Ministro de Comunicaciones SAULO ARBOLEDA GOMEZ, porque de manera consciente y voluntaria, en labor propia de su cargo, se interesó indebidamente en provecho de Mario Alfonso Escobar Izquierdo, mostrando parcialidad en vez de rectitud y contrariando el deber de selección objetiva que siempre debe acompañar a la contratación estatal.

Esta conducta se subsume así en la previsión estatuida por el artículo 145 del Código Penal, modificado por el 57 de la ley 80 de 1993 y el 32 de la ley 190 de 1995, dando lugar a la decisión que le corresponde emitir a la Sala Penal de la Corte Suprema de

Justicia dentro de su competencia en única instancia, según las ya expresadas previsiones de la Constitución Política – artículo 235, numeral 4° y parágrafo – y del Código de Procedimiento Penal – 68, numeral 6° -.

3.- PUNIBILIDAD

Para fijar las penas correspondientes al acto punible en que incurrió el ingeniero SAULO ARBOLEDA GOMEZ, según lo analizado, se tomarán en consideración los parámetros reguladores de la sanción penal previstos por el artículo 61 del estatuto punitivo, referidos a la gravedad y modalidades del delito, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente.

En cuanto a lo primero, se observa que en su calidad de Ministro en quien se había depositado la confianza del Estado, faltó a ella al dirimir parcializadamente el empate que presentaban varios licitantes para una emisora de F. M. en Cali, como se estableció a lo largo de esta providencia, actuación con la que, además de alterar la neutralidad a la que estaba obligado y negar a otros proponentes la igualdad de oportunidades que les correspondía, agravó la falta de credibilidad de la sociedad hacia la administración pública.

Sin embargo, la magnitud de esa conculcación se encuentra atemperada en cuanto se trataba de dirimir un empate, donde el favorecido Escobar Izquierdo ya figuraba entre quienes obtuvieron el puntaje más alto y se había podido llegar a la simple definición aleatoria, acudiendo a balotas, eso sí, todos bajo el mismo azar. No fue en gran volumen, pues se trataba de una selección entre apreciable cantidad de frecuencias, a adjudicar unitariamente; además, el interés indebido no determinó una actuación amañada desde el principio, como para connotar preconcepción dolosa ab initio y, por ende, mayor grado de culpabilidad.

Ha de tomarse así mismo en cuenta la buena conducta anterior del ingeniero ARBOLEDA GOMEZ, puesto que no se acreditó dentro del proceso la existencia de antecedente

alguno en su contra y no obra información que desdiga de su comportamiento previo. Conjugando lo anterior, se partirá de cincuenta y dos (52) meses de prisión y multa por el equivalente de catorce (14) salarios mínimos mensuales legales, según las previsiones del artículo 145 del Código Penal, modificado por el 57 de la ley 80 de 1993 en concordancia con el 32 de la ley 190 de 1995, que en cuanto a la pena pecuniaria señala “Para los delitos contra la administración pública no contemplados en esta ley que tengan penas de multa, ésta será siempre entre diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes de acuerdo con la dosificación que haga el juez.”

Adicionalmente, por su distinguida posición social, como persona ilustrada, llamada a desempeñar altos cargos, se configura la causal de agravación estatuida en el numeral 11 del artículo 66 del Código Penal, por lo cual se aumentará en otros dos meses la prisión y un salario mínimo mensual de multa.

En consecuencia, la pena principal a imponer a SAULO ARBOLEDA GOMEZ será de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión y multa equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Asimismo, en cumplimiento de lo instituido por el artículo 52 del Código Penal, se le impone la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por período igual al de la prisión.

Además, el numeral 3° del artículo 58 de la ley 80 de 1993 estipula que, como consecuencia de las acciones u omisiones que se imputen en relación con la celebración de contratos, “En caso de declaratoria de responsabilidad civil o penal y sin perjuicio de las sanciones disciplinarias, los servidores públicos quedarán inhabilitados para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia”. Sin perjuicio de que tal sanción opere de pleno derecho, la Sala considera conveniente

declarar de manera expresa la procedencia de tal inhabilidad sobre ARBOLEDA GOMEZ, por el lapso indicado en el precepto referido.

La extensión de la pena privativa de la libertad que se ha establecido impide la concurrencia del factor objetivo exigido por el artículo 68 del Código Penal para suspender condicionalmente su ejecución, por lo cual se hará efectiva y procede ordenar el traslado inmediato de SAULO ARBOLEDA GOMEZ desde su hogar, donde se encuentra en detención domiciliaria, al establecimiento carcelario que para el efecto señale el Inpec, que según lo estatuido por el inciso 2° del artículo 403 del estatuto procesal penal, no será uno ordinario de reclusión. Para la efectividad de lo anterior, se librarán las comunicaciones pertinentes a dicho Instituto Penitenciario y Carcelario.

Se tendrá en consideración, de otra parte, el tiempo descontado en detención domiciliaria, sin que haya lugar a la devolución de la caución prestada para gozar de esta modalidad de detención, dado que el cumplimiento de las obligaciones impuestas fue garantizado mediante póliza de seguros (f. 292 cd. 3 Fisc.).

4. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.

Es de anotar, finalmente, que no hay lugar a decretar la indemnización de perjuicios materiales ni morales, pues no aparece acreditado procesalmente que se hubieren causado.

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° NEGAR la declaratoria de nulidad, que el defensor del procesado SAULO ARBOLEDA GOMEZ solicitó, meses después de la finalización de la audiencia pública.

2° CONDENAR al otrora Ministro de Comunicaciones SAULO ARBOLEDA GOMEZ, de condiciones personales y civiles puntualizadas en la parte motiva de esta providencia, a la pena principal de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión y multa por el equivalente de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, como autor del delito de interés ilícito en la celebración de contratos, perpetrado en julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

3° IMPONERLE al referido ARBOLEDA GOMEZ, así mismo, la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por tiempo igual al establecido para la prisión.

4° DECLARAR que SAULO ARBOLEDA GOMEZ está incurso en inhabilidad para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con entidades estatales, durante diez (10) años contados a partir de la ejecutoria del presente fallo.

5° ABSTENERSE DE CONDENAR a SAULO ARBOLEDA GOMEZ a la indemnización de perjuicios, por no determinarse que se hubieran causado.

6° DECLARAR improcedente el otorgamiento de la condena de ejecución condicional a SAULO ARBOLEDA GOMEZ, por no cumplirse el aspecto objetivo. En consecuencia, se ordena trasladarlo desde su hogar donde se encuentra detenido domiciliariamente, al establecimiento carcelario que determine el Inpec, distinto de los ordinarios de reclusión, reconociéndosele el tiempo descontado en esa detención domiciliaria.

Líbrese las comunicaciones pertinentes.

7° Expedir las copias previstas por los artículos 501 y 508 del Código de Procedimiento Penal.

8° Comunicar esta decisión al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, para que se haga efectiva la multa impuesta a ARBOLEDA GOMEZ.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO	E.	ARBOLEDA RIPOLL	JORGE
	E.	CORDOBA POVEDA	

CARLOS	AUGUSTO	GALVEZ ARGOTE	JORGE	ANIBAL
		GOMEZ GALLEGO		

MARIO	MANTILLA NOUGUES	CARLOS
EDUARDO	MEJIA ESCOBAR	

ALVARO	ORLANDO	PEREZ PINZON	NILSON E. PINILLA PINILLA
--------	---------	--------------	---------------------------

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria