

Proceso No 19227

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aprobado Acta No. 052

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil cinco (2.005).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por los defensores de los procesados LUCY AMPARO OSORIO VALENCIA, CARLOS ALBERTO CANO LÓPEZ y JORGE DE JESÚS RODRÍGUEZ DÍAZ contra la sentencia del 12 de julio de 2001, por medio de la cual el Tribunal Superior de Pereira confirmó la proferida el 28 de febrero del mismo año por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de esa ciudad, que los condenó a la pena de tres (3), cuatro (4) y dos (2) años de prisión respectivamente y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso igual a la pena privativa de la libertad, por hallarlos autores y cómplice -al último- responsables de las conductas punibles de cohecho por dar u ofrecer a la primera e interés ilícito en la celebración de contratos a los otros dos.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

En enero de 1998, mediante la convocatoria de una licitación pública y la creación de un comité consultor, CARLOS ALBERTO CANO LÓPEZ Alcalde municipal de Dosquebradas

adjudicó a la empresa “Sistemas y Cómputos” como única oferente el contrato de administración, manejo y supervisión de 215 instructores docentes; firma de la cual era dueño César Augusto Henao Robledo gerente de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de dicha localidad para esa época. El 16 de febrero de ese año para la fiscalización del mismo se celebró el contrato de interventoría 002 entre aquel y el particular William Becerra Angel, quien por su inexperiencia y ocupación en otras actividades subcontrató con JORGE DE JESÚS RODRÍGUEZ DÍAZ, persona encargada en 1997 en su calidad de asesor del anterior alcalde y secretario de educación del municipio para ese entonces de elaborar el informe sobre las necesidades educativas y luego vinculada con la sociedad favorecida.

Asimismo, LUCY AMPARO OSORIO VALENCIA secretaria de la firma investigada fue encargada de entregar tres millones de pesos al funcionario del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía Anyelo Amaya para que desviara las indagaciones iniciadas contra la misma.

Con fundamento en un artículo periodístico y las pruebas allegadas en la investigación previa, el 2 de junio de 1999 la Fiscalía Séptima Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Pereira dispuso la apertura formal de la investigación penal.

Los días 6 y 21 de julio y el 27 de octubre de 1999 JORGE DE JESÚS RODRÍGUEZ DÍAZ, LUCY AMPARO OSORIO VALENCIA y CARLOS ALBERTO CANO LÓPEZ fueron vinculados mediante indagatoria al proceso y mediante resolución del 9 de noviembre de ese año, la Fiscalía Séptima les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de interés ilícito en la celebración de contratos, cohecho por dar u ofrecer e interés ilícito en la celebración de contratos y peculado culposo -conminación- respectivamente.

Luego de abstenerse de revocar las medidas de aseguramiento impuestas a CANO LÓPEZ,

el 13 de enero de 1999 se clausuró la etapa instructiva y el 7 de marzo de 2000 la misma Fiscalía profirió acusación contra los procesados por los cargos imputados en la resolución de situación jurídica, y el 14 de julio del mismo año por vía de impugnación la Delegada ante el Tribunal revocó el cargo de peculado culposo, confirmó los demás y les imputó a CANO LÓPEZ y RODRÍGUEZ DÍAZ el delito de contratación sin el cumplimiento de los requisitos legales en calidad de autor y cómplice.

Ejecutoriada la acusación y en virtud del cambio de radicación dispuesto por el Tribunal Superior de Pereira el adelantamiento del juicio le correspondió al Juzgado Quinto Penal del Circuito de esa ciudad, despacho que al vencimiento del traslado dispuso tener como pruebas las aportadas por los defensores, denegó las solicitadas por estos, efectuó la audiencia pública y profirió la sentencia mediante la cual absolvió a CANO LÓPEZ y RODRÍGUEZ DIAZ del delito de celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales y los condenó por los demás cargos al igual que a LUCY AMPARO OSORIO VALENCIA, decisión que recurrida confirmó la citada Corporación, siendo esta el objeto de la impugnación extraordinaria.

DE LAS DEMANDAS:

Demanda a nombre de LUCY AMPARO OSORIO VALENCIA.

Al amparo de la causal primera del artículo 207 de la ley 600 de 2000 se acusa a la sentencia por una violación indirecta de la norma de derecho sustancial proveniente de un error de derecho por falso juicio de legalidad.

A partir del señalamiento de los hechos que llevaron a la vinculación de la acusada al proceso penal, de la declaratoria de nulidad de los dos micro casetes por violación del derecho a la intimidad y de la prueba de responsabilidad que se hacen en la sentencia de primer grado, en la demanda se advierte que el Tribunal tuvo en cuenta las indagatorias de los procesados Henao y González para probar la existencia del hecho y el testimonio

del investigador del CTI Anyelo Amaya, cuando las mismas son ilegales.

Considera que las indagatorias citadas no son testimonios ni pueden tener ese valor probatorio por haberse omitido las reglas del artículo 285 y que el informe 097 del 30 de mayo de 1999 es ilegal a la luz del numeral 4 del artículo 313, pues su contenido se fundamenta en la grabación magnetofónica obtenida por el investigador con violación de las normas constitucionales y legales según lo admitiera el fallador.

De modo que si sobre las mencionadas pruebas ilegales no puede sustentarse la sentencia -artículo 246- y su exclusión imposibilitan la demostración de la existencia de la conducta y su confrontación con la confesión de la inculpada, la sentencia deviene ilegal porque transgrede el artículo 29 de la Carta Política y el vicio que las afecta impide la formulación de un juicio de reproche en los términos del artículo 247 de la ley 600 de 2000.

En consecuencia en la demanda se pide casar la sentencia para que se revoque el numeral tercero del fallo de primera instancia confirmado por el Tribunal y en su lugar se profiera el sustitutivo con la decisión de absolver a LUCY AMPARO OSORIO VALENCIA.

Demanda a nombre de CARLOS ALBERTO CANO LÓPEZ.

Con sustento en el numeral 1º del artículo 207 de la ley 600 de 2000 se denuncia genéricamente una violación indirecta de la norma de derecho sustancial por error de hecho por “apreciación errónea o falso juicio de identidad, que condujo al quebrantamiento de los artículos 232, 238, 284, 285, 286 y 287 -antes 246, 247, 254, 300, 301, 302 y 3003- de la citada ley.

Cargo Primero:

Se postula un error de hecho por suposición de prueba, en cuya demostración cita un

aparte del fallo de segunda instancia para a continuación indicar que no existe prueba del plan urdido por el inculpado, porque cuando Rodríguez Díaz en el año de 1997 elaboró el estudio relacionado con la situación de la educación en el municipio de Dosquebradas CANO LÓPEZ no hacía parte de la administración ni era aún candidato a la Alcaldía de esa localidad.

Igual reproche le merece al demandante la afirmación que se hace de la necesidad de acudir a Becerra por la inhabilidad de Rodríguez para contratar con el municipio y del contubernio entre los tres, pues apoyado esencialmente en el salvamento de voto concluye que no existe prueba del conocimiento previo de los procesados y que la actuación desplegada haya obedecido a un plan previamente convenido entre ellos.

Para el actor esa suposición condujo al fallador a proferir un fallo sin sustento probatorio alguno y de no haberse incurrido en ese error, la sentencia necesariamente hubiera sido absolutoria.

Cargo segundo:

En la demanda con el objeto de demostrar el falseamiento de la prueba constitutivo de un error de hecho por falso juicio de identidad, se procede a reproducir los apartes de la sentencia en los cuales el fallador estima que la apertura de la licitación pública innecesaria por la naturaleza del contrato, la asesoría de un comité técnico y la contratación de una interventoría fueron actos ideados para ocultar el propósito ilícito.

A lo expresado por el Magistrado disidente que consideró una exageración preconstituir un indicio de responsabilidad a partir de esos hechos se oponen las afirmaciones generales de la Corporación acerca de la existencia de prueba indiciaria, para seguidamente señalar el actor que se incurre en errores en la configuración del indicio, pues no se establecen los elementos constitutivos del hecho indicador y tampoco se expone razonadamente el hecho indicador por lo cual concluye que éste no está

probado.

Luego se refiere a las críticas que en la sentencia se hacen al contrato privado suscrito entre Becerra y Rodríguez, para concluir que la Corporación no le restó eficacia sancionadora a la imputación a pesar de evidenciar un concurso de conductas punibles al que no aludió el fiscal y que si bien el fallo se ajusta al marco de la acusación no la respeta, pues en aquella la presunta ilicitud se delimitó al artículo 145 del anterior código.

Bajo esos presupuestos concluye que si el tribunal no hubiese tergiversado o distorsionado gratuitamente el sentido de los medios de prueba que obran dentro del informativo y no le hubiera hecho a los mismos producir efectos jurídicos distintos de los que se derivan de su verdadero contexto la sentencia tendría que ser de naturaleza absolutoria, razón por la cual pide a la Corte casar la misma una vez evidenciado el error reprochado.

Demanda a nombre de JORGE DE JESÚS RODRÍGUEZ DÍAZ.

Cargo Principal:

Se denuncia una violación indirecta de la norma de derecho sustancial por un error de hecho por falso juicio de existencia, el cual consiste en que las instancias con prueba indiciaria dieron por demostrada la existencia del interés ilícito en la celebración del contrato de interventoría entre Cano y Becerra Angel.

Tras advertir que la Corporación tenía comprometido su criterio desde el momento en que por virtud de la ruptura de la unidad procesal había conocido de la actuación, expresa que las necesidades en materia educativa llevaron al alcalde del municipio de Dosquebradas a buscarle solución para lo cual constituyó un comité técnico que lo asesorara, convocó a una licitación pública y adjudicó el contrato al único proponente.

Cuestiona la inferencia de la Corporación de atribuir al estudio que en el año de 1997 realizó Rodríguez el inicio del plan que terminaría con la suscripción del contrato 002 de 1998 entre Cano y Becerra y que posteriormente éste subcontractaría a aquel, pues no se explica cómo el encausado iba a imaginar la forma en que procedería el nuevo alcalde en materia educativa si entre los dos -Cano y Rodríguez- no existía trato, en tanto que el comité asesor no tenía opción distinta que recomendar la propuesta presentada por el único oferente.

Del mismo modo enjuicia la sentencia porque de haber Cano suscrito el contrato de interventoría con el otro proponente muy seguramente la inferencia habría sido otra, pues en ese caso se hubiera criticado que hubiera acogida la onerosa frente a la más favorable de Becerra; como también considera contrario a lo deducido en ella que la suscripción del contrato fuera con el ánimo de beneficiar a éste o a un tercero, tal como se desprende del acto licitatorio cuando podía adjudicar a “dedo” el mismo.

También considera equivocadas las inferencias acerca de la supuesta incompetencia de Becerra para cumplir con el objeto del contrato derivada de la carencia de experiencia sobre el tema educativo como de su ocupación de tiempo completo en una empresa privada, pues por la naturaleza del compromiso adquirido no era necesaria su presencia o podía acudir a un tercero como lo hizo, hechos que tampoco son demostrativos de la existencia del interés ilícito en la celebración de dicha interventoría conforme lo concluyera el tribunal.

Pone en duda que las inferencias mencionadas desvirtúen las afirmaciones de los procesados y que pueda predicarse la unión de propósito entre ellos, sin que encuentre sustento la afirmación que el contrato de interventoría fue para obviar la inhabilidad de Rodríguez, porque admitiendo que si hubiese querido favorecerlo lo habría vinculado a su gabinete u otorgado uno de mayor cuantía o en últimas su participación -de ser cierta la ilicitud- sería inversamente proporcional a la de Becerra, en tanto que quedó

establecido el carácter privado del convenio entre éste con su asistido.

Estima vagas y peregrinas las conclusiones del tribunal, mientras los hechos circunstanciales no son graves ni tienen la connotación para concluir en la existencia de la conducta punible, ya que el análisis individual y de conjunto de ese caso hace latente la incertidumbre que ha debido conducir a reconocer la duda razonable aún de oficio y sin invocación de parte para evitar el perjuicio irrogado a los acusados.

A su juicio lo que el tribunal hizo fue suponer pruebas con entidad suficiente para imponer el fallo, cuando conforme al análisis hecho en la demanda aquellas son inexistentes y así mismo lo apreció el Magistrado que salvó el voto, razones suficientes para que se repare el error cometido con la aplicación indebida del artículo 145 del código penal y se restablezca la legalidad a través del reconocimiento de la duda.

Cargo Subsidiario:

Se propone en la demanda con fundamento en el mismo numeral 1º del artículo 207 la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 145 del código penal que condujo a la inaplicación del artículo 36 de la ley 600 de 2000.

Para el actor los tipos penales previstos en el capítulo décimo del título tercero del código penal al proteger la imagen, el buen nombre y la eficacia de la administración pública, son de sujeto activo calificado y en consecuencia pueden ser copartícipes únicamente los servidores públicos.

Un examen del capítulo quinto de la ley 80 de 1993, en especial de los artículos 51 a 57, le permite colegir que los particulares que no tengan la condición de contratistas, interventores, consultores ni asesores no pueden incurrir en delitos de los previstos en el código penal, de modo que quien ha actuado irregularmente en la celebración, ejecución o liquidación de un contrato celebrado con una entidad estatal responderá civil o

penalmente, pero no en el ámbito especial de la violación del régimen de celebración indebida de contratos.

Como quiera que cuando RODRIGUEZ DÍAZ ejecutó el contrato de interventoría 002 de 1998 no tenía la investidura de servidor público, que quién lo suscribió con el municipio de Dosquebradas fue Becerra Angel y sin que reuniera las cuatro condiciones fijadas por la ley para que por extensión pudiera ser considerado sujeto activo de la acción penal, no hay fundamento legal, doctrinal o jurisprudencial para que se le tenga como partícipe del delito imputado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Demanda a nombre de Lucy Amparo Osorio Valencia.

Luego de referirse al cumplimiento de las exigencias técnicas en el desarrollo de la censura y a las consideraciones de los falladores sobre la prueba en la que sustentaron la declaración de responsabilidad penal, el Procurador Delegado encuentra diferencia entre la legislación que rigió el asunto y la anterior sobre el valor de la confesión, para concluir que el demandante parece acoger el que le asignaba ésta a partir de lo propuesto en el cargo.

Expresa que una lectura de la sentencia de primera instancia permite advertir la forma equivocada en que se esquivó el valor probatorio del micro casete que contiene la grabación de la oferta del dinero al funcionario del CTI para que desviara las pesquisas, en cuya demostración trae a colación lo que sobre el tema ha sostenido la Sala de manera reiterada y uniforme, a pesar de lo cual -el fallo de segundo grado también- no hicieron extensivos los efectos de invalidez a otros medios de prueba que dejaban constancia de ese ofrecimiento.

La cláusula de exclusión prevista en el artículo 29 de la Carta Política relativa a la

infracción del debido proceso probatorio en la obtención, práctica y aducción del elemento probatorio y cuya violación puede extenderse a la de las garantías procesales e incluso a los derechos fundamentales –entre ellos el de la dignidad-, ha sido prevista como principio rector y garantía procesal en el artículo 23 de la ley 906 de 2004, en tanto que en sus artículos 360 define la prueba ilegal y en el 181 la ha erigido como causal autónoma de casación.

Con ese propósito señala que el legislador no dejó al arbitrio judicial las reglas y excepciones en cuanto a la prueba ilícita derivada, para concluir que el demandante se limita a sostener que con fundamento en una prueba ilegal se llegó a otra de igual carácter, pero no se ocupa en explicar el vínculo que permitiera establecer que el informe del investigador era una consecuencia de la prueba excluida o que sólo podía explicarse en razón de la existencia de la grabación.

Por lo demás, le reprocha no haber acudido al error de derecho por falso juicio de convicción para hacer valer el mandato legal que le niega eficacia probatoria a los informes policivos si este era el carácter del suscrito por el funcionario del CTI, como también le niega la razón de que la demora en su presentación y la ausencia del juramento sean causas de su invalidez, puesto que fue rendido en ejercicio de la específica comisión otorgada por el Fiscal y sobre un hecho del cual el agente era víctima, lo cual hace que encuadre en el artículo 27 –antes 25 del decreto 2700 de 1991– de la ley 600 de 2000.

Con apoyo en una decisión de la Sala desestima el reparo concerniente a que las versiones de Henao y González no podían tener el valor de testimonio porque en su aducción se omitió el artículo 285, para concluir que las injuradas tienen el mérito de probar la comisión del delito al referirse a la entrega del dinero que la misma acusada reconoció en su relato, mientras que para derruir la doble presunción de acierto y de legalidad le era imperioso discutir la veracidad del testimonio del superior jerárquico del investigador quien fuera enterado por éste del ofrecimiento del dinero, por lo cual los

defectos reprochados al cargo y ante todo la carencia de razón llevan a su fracaso.

Demanda a nombre de Carlos Alberto Cano Pérez.

Para el Procurador los dos cargos de la demanda carecen de una proposición jurídica completa por omisión del sentido de la violación de la norma de derecho sustancial y la invocación exclusiva de preceptos instrumentales relativos al tema probatorio y los requisitos para condenar pero sin alusión concreta a uno determinado, por lo que acude a errores de hermenéutica y de exégesis que tornan confuso el planteamiento, tal como puede apreciarse cuando critica al tribunal porque sus apreciaciones las basó en suposiciones o presunciones de existencia de prueba sin respaldo en el expediente.

De ese modo entiende que las censuras obedecen a la discrepancia del libelista con las apreciaciones, conclusiones o raciocinios del fallador, puesto que en la primera mediante la asunción de posturas defensivas cuestiona la forma como el Tribunal deduce el plan delictivo y considera que dio por demostrado lo que tenía que acreditar porque no hay prueba que los procesados se conocieran previamente, sin que encuentre yerro en la valoración probatoria por la necesidad de retrotraer los hechos a la elaboración del proyecto educativo y analizarlo en relación con el contrato principal, como también tener en cuenta el proceso y el fallo condenatorio contra el propietario de la firma “Sistemas y Cómputos” y a la vez Gerente de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Dosquebradas.

Halla que el acuerdo se infiere de todo el proceso de contratación y de la aparente legalidad que quiso dársele con la apertura de la licitación pública, la creación del comité técnico y el contrato de interventoría que finalmente quedó en manos del gestor del proyecto, como tampoco fue imaginada la colaboración del acusado por la incapacidad física y la inexperiencia en el manejo educativo del directo interventor.

Respecto del segundo reparo enfatiza que el actor desconoce la naturaleza del vicio que

denuncia por no ocuparse en demostrar de qué manera el fallador tergiversó o distorsionó la prueba, ignorando que el vicio es de carácter contemplativo y se incurre en un sofisma de composición al pretender que las deducciones sean un atributo intrínseco de la prueba.

Considera que no le asiste la razón cuando pretende escindir el contrato de interventoría del principal y por ese sendero deslindar todo lo relacionado con la empresa “Sistemas y Cómputos” con el argumento de que la Corporación desbordó el marco de la acusación, ni encuentra forzado el razonamiento del conocimiento previo entre los enjuiciados por el comportamiento del Alcalde Cano, cuando no se percató que contrataba con una persona sin experiencia y sin tiempo para desarrollarlo que explica la inclusión de la cláusula para subcontratar.

Y sin que la acusación se extralimitara por la consideración del tribunal acerca de la inhabilidad predicable de Rodríguez, encuentra que ninguna incidencia tiene la naturaleza del contrato entre Becerra y Rodríguez, pues lo reprochable radica en el interés sesgado del alcalde y del finalmente beneficiado, ya que el objeto de la protección del bien jurídico se concreta en el real o potencial menoscabo de los principios de transparencia e igualdad de oportunidades que deben guiar la conducta del servidor público, por lo que la conclusión del tribunal es razonada y razonable cuando afirmó que la injerencia del procesado buscaba el provecho particular de un tercero.

Demanda a nombre de Jorge de Jesús Rodríguez Díaz.

El primer reparo le merece las mismas críticas hechas a la demanda anterior, puesto que el rechazo de la condena en lugar de la duda lo sustenta en censurar las conclusiones o ratiocinios del tribunal sin demostrar cuál medio probatorio supuso o inventó el fallador, por lo que confunde la prueba material con las inferencias o deducciones de la sentencia.

Considera que el interés ilícito no depende del valor contractual sino de la actuación parcializada del representante de la administración coadyuvada por el inculpado al no poder contratar directamente y por la posibilidad de vigilar a la empresa a la cual prestaba sus servicios, en tanto que lo discutido no es la licitud del convenio de interventoría sino la incolumidad ética de quienes tomaron parte en su celebración con detrimento de los principios de transparencia y de igualdad de oportunidades.

Reitera que no es un desafuero considerar el resultado del proceso matriz, porque ante la igualdad fáctica y la derivación de este de aquel merecían igual tratamiento e idéntica solución, máxime cuando se advertía claramente la intervención del procesado considerada como de mera colaboración, luego no se queda en el simple reproche moral su participación en todas las etapas de la contratación, ilicitud que se corrobora con la disparidad en las fechas de los contratos y el número de profesores que difiere de la fijada inicialmente en el convenio con la empresa contratante.

Cargo Subsidiario:

Como el tema propuesto en la censura es el del extraneus, señala que la participación o intervención en un hecho que pertenece a su autor no exige la realización material del núcleo del tipo por ser una figura accesoria a la autoría y que como nuestro sistema acoge el concepto restrictivo de autor, en el caso concreto del interés ilícito en la celebración de contratos es del autor de quien se reclama la cualificación de servidor público con capacidad funcional para contratar.

Desde esa perspectiva expresa que como el grado de participación imputado fue de menor intervención, la asignación del cumplimiento de la función pública que hace asemejar la responsabilidad de los contratistas, interventores, consultores o asesores a la de servidores públicos para nada incide en este caso, ya que la persona sin la calidad exigida en la ley para el autor que participa en la realización de la conducta,

responderá como determinador o cómplice.

Como está acreditado el acuerdo previo entre los procesados, el Procurador ningún error advierte en la decisión del tribunal de tener a RODRÍGUEZ DÍAZ como cómplice del delito imputado, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad el cargo propuesto por el demandante.

Casación “ex officio judicis”

Observa el Delegado que la pena principal de la prohibición de celebrar contratos impuesta a LUCY AMPARO OSORIO con fundamento en la normatividad vigente para la época de ejecución del delito, actualmente no se encuentra prevista en el tipo legal que describe el cohecho por dar u ofrecer ni en su carácter de accesoria en la parte general del código penal.

Y como quiera que el literal d del artículo 8º de la ley 80 de 1993 inhabilita para contratar con las entidades estatales a quienes hayan sido condenados a la interdicción de derechos y funciones públicas, pide que por favorabilidad y en virtud del tránsito de leyes la Sala haga uso de la facultad oficiosa que le concede el artículo 216 de la ley 600 de 2000 para que desconozca la imposición de dicha pena.

CONSIDERACIONES:

La Sala emprenderá el estudio de las demandas en el orden que fueron presentadas.

Demanda a nombre de LUCY AMPARO OSORIO VALENCIA.

El falso juicio de legalidad como modalidad del error de derecho que se postula como único reproche en la demanda, se hace consistir en que el tribunal no podía sustentar la sentencia en las indagatorias de César Augusto Henao Robledo y Blanca Stella

González ni en el contenido del informe 097 del 30 de mayo de 1999 suscrito por el investigador Anyelo Amaya Velásquez, porque son pruebas ilegales.

Las primeras porque no reúnen las condiciones para tenerse como testimonios ante la prohibición de ser juramentadas, salvo cuando se hagan imputaciones a terceros, en cuyo caso deben observarse las reglas del artículo 285 del Código de Procedimiento Penal; y el segundo, al carecer de valor probatorio por disposición legal expresa y haber sido rendido meses después tampoco tiene la connotación que se le otorga, cuando -de otro lado- su contenido deviene de una grabación magnetofónica que el mismo fallador excluyó por ilegal.

En principio el actor desconoce la doble condición que ostenta la indagatoria, de la cual se ha dicho que al mismo tiempo que es un medio de defensa porque le posibilita al vinculado ejercer actos tendientes a controvertir la imputación, también lo es de prueba en cuanto de ella puedan derivarse hechos y circunstancias que interesan a la investigación.

Ciertamente el artículo 357 -hoy 337- vigente para la época en que los procesados Henao y González rindieron indagatoria prohibía juramentar al imputado a menos que hiciera cargos contra otro, en cuyo caso “se le volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento, como si se tratara de un testigo”, pero la circunstancia de no hacerlo -se ha dicho- no afecta la validez ni la eficacia probatoria de ella.

La única consecuencia proveniente de esa omisión y reconocida por la Sala es la imposibilidad legal de enervar la acción penal por falso testimonio contra el indagado que hizo la imputación a un tercero en caso de que ella fuere falsa, puesto que la obligación se relaciona con la situación jurídica del indagado ya que juramentado se le tratará como a un testigo, pero no con los cargos, su valor probatorio y la responsabilidad que pudiere surgir para el tercero de sus inculpaciones.

Según lo dicho carece de sustento el supuesto motivo de ilegalidad aducido en la demanda y por esa vía la contravención a lo previsto en el artículo 246 -232-, ya que la omisión en juramentar a Henao Robledo y a Blanca Stella respecto de las manifestaciones que hicieran contra la acusada no tienen incidencia en el proceso de su formación sino en el de la imposibilidad legal de ser investigados y juzgados por la hipotética falsedad de las mismas.

Así las cosas el tribunal podía como lo hizo ponderar el valor probatorio de las injuradas citadas y concluir que a partir de ellas se establecía la materialidad de la conducta punible imputada a la acusada.

Ahora bien, con sustento en una decisión de la Sala inaplicable al caso los falladores excluyeron la prueba magnetofónica bajo el supuesto de la violación de la intimidad de la inculpada, cuando de tiempo atrás se ha admitido como un hecho legal la grabación de la conversación privada por la víctima, si la misma obedece a la posibilidad de preconstituir prueba con la finalidad de denunciar un hecho que se presume ilícito.

Pues no hay duda que el artículo 29 de la Carta Política en su inciso final consagra expresamente la regla de exclusión de la prueba obtenida con violación del debido proceso, al considerarla nula de pleno derecho. El desarrollo que el legislador penal le ha dado a dicha disposición tiene que ver con el rechazo de la prueba y su exclusión por invalidez del acervo probatorio. Así se estableció en el artículo 250 -235- que el funcionario judicial “rechazará mediante providencia las legalmente prohibidas o ineficaces”.

Sin embargo, conforme a los textos legales la doctrina de los frutos podridos según la cual la ilegalidad de una de las pruebas se extiende a las demás sin importar cual sea su relación con la prueba viciada no tiene acogida en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que la norma constitucional no alude a la invalidación de la actuación posterior a ella

sino a la nulidad del medio obtenido con violación de las garantías constitucionales o legales, a menos que el vicio recayera en la indagatoria pues de ser así sería imprescindible la anulación del proceso para retrotraer la actuación hasta la nueva vinculación del imputado, ya que sin procesado no puede haber acusación ni juzgamiento.

El actor sin mencionarla postula la ilegalidad de la prueba derivada de la obtenida ilegalmente cuando señala que con “fundamento en una prueba ilegal se llega a otra ilegal”, pero no precisa ni tampoco menciona la razón por la cual considera que el informe tiene origen en la grabación, ni mucho menos demuestra que su contenido haya sido posible únicamente a partir de la información conseguida con ella.

Sin establecer el censor una relación entre la prueba fuente que los falladores consideraron ilegal y el informe 097 de mayo 30 de 1999 que presume derivado de él, olvida o ignora que quien lo suscribe es la misma persona a la que la acusada le ofreció el dinero y por tanto el investigador para referir el hecho no requería apoyarse en la grabación propiciada por él, ya que al mismo tiempo también era fuente de la información contenida en ella.

Sin embargo, al establecer el artículo 50 de la ley 504 de 1999 la tarifa legal negativa para los informes de policía judicial al disponer que no tenían ningún valor probatorio, la réplica que se hace a su supuesta contaminación por derivarse de una prueba excluida por su ilegalidad es equivocada, por lo que sí lo discutido finalmente es el valor probatorio que le reconoció el fallador ha debido postular el falso juicio de convicción y no el de legalidad.

En efecto, en el error de derecho por falso juicio de convicción lo que se controvierte no es la validez jurídica de la prueba sino la valoración del medio probatorio existente con desconocimiento de la tarifa legal o cuando se somete a ésta a la prueba ilegal.

A pesar de lo dicho, no era suficiente con demostrar la imposibilidad del fallador para

tener como prueba el informe sino que se hacía necesario que desacreditara la declaración de Ivanov Ortega, a la cual se refirió el Tribunal para señalar que ese testigo antes de la presentación del informe 082 tenía conocimiento de lo que estaba sucediendo y en especial del ofrecimiento y de la entrega del dinero, de modo que la acreditación de la existencia material de la conducta punible no se apoyaba únicamente en las indagatorias cuestionadas.

A las falencias anotadas en el desarrollo del reproche se agrega el hecho de que el actor no logró demostrar que para la determinación de la veracidad de lo confesado por la acusada y la averiguación de las circunstancias del hecho -hoy conducta punible- con el objeto de evitar falsas auto acusaciones, el fallador hubiese omitido pruebas con ese propósito o considerado únicamente a las excluidas por su ilegalidad, pues según se vio la certeza de la materialidad del ilícito la apoyó en prueba legítima y subsistente, por lo que la censura no prospera.

Demanda a nombre de CARLOS ALBERTO CANO LÓPEZ.

En la demanda se identifican dos clases de error de hecho, la suposición de prueba y la tergiversación o distorsión del sentido de la prueba, los cuales se denuncian por la causal primera del artículo 207 de la ley 600 de 2000 y como vicios que conducen a la violación indirecta de la ley.

Se omite en el libelo a pesar de enunciarse por el actor la construcción de la proposición jurídica completa, puesto que se procede a relacionar las normas instrumentales relativas a la necesidad de la prueba, la prueba para condenar, la apreciación de las pruebas y los indicios, sin que por parte alguna de los dos cargos propuestos en el capítulo único se mencione la norma de derecho sustancial transgredida ni el sentido de su violación.

Cargo Primero:

Dentro de la hipótesis de un error de falso juicio de existencia que estructura a partir de la necesidad de la prueba, en la censura se reproducen los apartes de la sentencia en que las apreciaciones del tribunal son “constitutivas de suposiciones” de existencia de prueba.

De ese orden -a juicio del actor- serían las conclusiones del fallo sobre “la elaboración de un plan, a través del cual se consumaría un ilícito”, “Rodríguez debía lucrarse, pero no podía hacerlo directamente por la inhabilidad, por lo que se empleó a Becerra” y “toda la actuación desplegada por los procesados CARLOS ALBERTO CANO LÓPEZ, WILLIAM BECERRA ANGEL y JORGE RODRÍGUEZ obedeció a un plan previamente concertado, en donde el primero desarrollaría la actividad principal, y los dos últimos ofrecerían su colaboración para el logro del resultado: la obtención de un provecho ilícito a favor del tercero”.

Las críticas del casacionista dirigidas a las inferencias y no a la suposición de pruebas, pues no menciona expresamente cuáles medios probatorios -inspección, peritación, testimonial, etc.- que sin hacer parte del proceso fueron presumidos por el fallador, traslucen su inconformidad con la apreciación que éste hiciera de los medios de convicción incorporados a la actuación, no son discutibles bajo la modalidad del quebranto propuesto.

Pues se incurre en error de hecho por falso juicio de existencia en la modalidad de suposición de prueba, cuando se le reconoce mérito suasorio a un medio de convicción que no hace parte del mismo por no haber sido incorporado a la actuación, que no es la situación que corresponde a la denunciada en la censura.

No obstante, para arribar a las deducciones cuestionadas por el libelista con apoyo en el salvamento de voto del Magistrado disidente, la Corporación tuvo como premisas el estudio elaborado en el año de 1997 por Rodríguez Díaz cuando era secretario de

educación de Dosquebradas sobre la situación de la educación en ese momento y su proyección para el año de 1998 que fuera la base del contrato 006 de este mismo año y el proceso adelantado por el acusado para aparentar la transparencia en su adjudicación a la firma "Sistemas y Cómputos".

Tras encontrar que la mencionada sociedad contrataba únicamente con el municipio, que su verdadero dueño era el gerente de la Empresa de Servicios Públicos y domiciliarios, que había sido la única oferente y que el comité técnico sugirió la entrega del contrato a ella, razonó el tribunal que la interventoría se hacía necesaria para simular la fiscalización del mismo.

Del mismo modo entendió que la entrega del contrato a una persona inexperta, sin tiempo para su ejecución y la autorización para la subcontratación prevista en él, la cual recayera precisamente en quien había elaborado el estudio inicial de las necesidades educativas del municipio e inhabilitado para celebrar contratos y que para la época de aquella era asesor de la sociedad favorecida y artífice de la única propuesta presentada por ésta, buscaban ocultar los verdaderos propósitos de los procesados -entre ellos el de CANO LÓPEZ-.

Finalmente consideró que ante tanta eficiencia demostrada en la contratación era imposible predicar que el inculpado no conociera a Becerra, de modo que las conclusiones probatorias del tribunal además de razonables encuentran apoyo en las pruebas aportadas a la actuación, sin que el hecho de que no coincidan con las del recurrente o las del salvamento de voto deban considerarse sin soporte probatorio.

La improsperidad de la censura resulta evidente, pues un reproche como el postulado en la demanda es ajeno a la casación.

Segundo Cargo:

El error de hecho por falso juicio de identidad es estructurado por el demandante en la tergiversación o distorsión del sentido de la prueba por parte del tribunal, al concluir que el proceso de contratación que adelantó el acusado tenía por finalidad ocultar sus verdaderos propósitos ilícitos y en su equivocada configuración del indicio.

El falso juicio de identidad se refiere a la contemplación material de la prueba y obedece a que el fallador al valorar un medio probatorio legal y oportunamente incorporado a la actuación lo adiciona, lo cercena o lo transmuta en su contenido literal; evento en el cual en principio el censor tiene la obligación de confrontar por separado el tenor literal de cada prueba sobre la que hace recaer el vicio con lo que aquél pensó que ellas decían, de modo que una vez probado el desfase debe demostrar su trascendencia en la sentencia.

Es obvio que el actor desconoce la naturaleza del error propuesto. A la transcripción del fallo en el que se aduce que al proceso de contratación se le dieron visos de legalidad para ocultar el interés ilícito que animaba a los procesados, le opone la afirmación genérica de que a los medios de convicción se les hizo producir efectos probatorios que no se derivaban de su contexto.

Pero de modo alguno individualiza la prueba sobre la cual recae el yerro, menos confronta su tenor literal, tampoco advierte si el mismo fue tergiversado por adición, mutación o alteración ni demuestra la incongruencia de carácter objetivo entre este y lo dicho en la sentencia, por lo que el reparo -además- de quedarse en su simple enunciación se convierte en una discusión probatoria inadmisibles en esta sede.

Por el contrario, el tribunal halló que la adjudicación del contrato que hiciera el inculcado a través de la convocatoria a licitación pública y de la creación del comité técnico jurídico que sugirió su entrega a la sociedad "Sistemas y Cómputos" y el contrato de interventoría para la fiscalización de aquel fueron actos aparentes para

ocultar una intención, de modo que en la interpretación de ese proceso no traicionó el contenido literal de las decisiones y de los contratos surgidos con ocasión de él.

Dicha inferencia no es arbitraria sino que la soporta en hechos que son explicados debidamente. En ese sentido alude a la innecesariedad de la convocatoria a la licitación pública, pues conforme a la ley de contratación podía hacerse directamente, al estudio que sirvió de base a ella, a la interventoría entregada a una persona inexperta con el objeto del contrato sin que fueran discutidas sus condiciones profesionales, a la autorización de la subcontratación por las ocupaciones privadas del ocupante, para que finalmente recayera en quien por razón de su inhabilidad no podía contratar con el municipio.

No ha sido de cualquiera manera como la Corporación llegó a esa conclusión, por el contrario luego de un ponderado análisis de lo que las pruebas ofrecen sin distorsionar su tenor literal infiere por indicios contruidos a partir de ellas el propósito del acusado, en cuyo caso le correspondía al censor demostrar que las mismas obedecían a falsos raciocinios y no a la tergiversación o distorsión genérica de los medios de convicción.

Incorre en igual defecto de técnica cuando en el mismo cargo le reprocha al tribunal la omisión en señalar los elementos constitutivos del hecho indicador y cuáles eran de esta naturaleza, al desconocer o ignorar que cuando el error recae sobre la apreciación del hecho indicador, en consideración a que su acreditación se hace con otro medio de prueba debe señalar si se trató de un error de hecho o de derecho, su especie dentro de éstos y proceder a su demostración, labor que le impone indicar lo que se infiere de aquel -indicio- al corregir el vicio con observancia de las reglas de la sana crítica y su confluencia con los otros indicios o los demás medios probatorios.

El recurrente sin embargo no adelantó actividad alguna en ese sentido, ya que se limita a señalar que el juzgador no puede considerar aisladamente cada hecho con independencia

absoluta los unos de los otros, pues su resultado para los fines del proceso deviene de la coordinación de los indicios y su relación de dependencia que hace posible la comprobación del hecho que se pretende demostrar, con lo cual nada dice.

En forma por demás confusa para responder al reproche que el tribunal le hace a la Fiscalía por la supuesta omisión en la atribución de un concurso de hechos punibles a Rodríguez Díaz, respecto de cuyo procesado carece de legitimidad para actuar, alude a un supuesto desbordamiento del marco de la acusación que finalmente no lo es con lo cual hace ininteligible el ataque.

En las circunstancias anotadas el cargo no prospera, por lo cual no hay lugar a casar la sentencia impugnada en relación con la situación del procesado CANO LÓPEZ.

Demanda a nombre de JORGE DE JESÚS RODRÍGUEZ DÍAZ.

Cargo Principal:

El demandante postula un error de juicio por falso juicio de existencia en la apreciación de las pruebas, en consideración al carácter circunstancial de la prueba indiciaria sobre la cual los falladores dieron por demostrado el interés ilícito en la celebración del contrato de interventoría.

Basta con advertir que el actor se aparta desde el comienzo de la técnica casacional exigida cuando se denuncia un falso juicio de existencia, puesto que siendo un vicio que recae sobre la materialidad de la prueba su actividad la encamina a demostrar errores relacionados con su valoración, los cuales como se sabe son de otra estirpe.

Esa es la razón por la cual le niega el valor probatorio atribuido por la Corporación al hecho que el estudio elaborado y preparado por el encausado hubiera servido de

prefactibilidad para el contrato 006 pues entiende que ese era su fin, en tanto resalta que lejos estaba de saber que el próximo alcalde sería CANO LÓPEZ como para que de ellos se dedujera el acuerdo previo con otros para asaltar el erario al año siguiente.

Asimismo critica que se hubiera inferido que el estudio constituyó el inicio del plan que concluyó con la subcontratación del inculpado, como también que a pesar de no requerirse la licitación pública el comité técnico no tener alternativa distinta a recomendar la adjudicación del contrato a la única oferente, de establecerse que la sociedad favorecida era de fachada y que RODRÍGUEZ DÍAZ tuviera vínculos con ésta, se concluyera en la existencia del interés ilícito en la celebración del contrato de interventoría si aquella era innecesaria.

Similares cuestionamientos hace a las supuestas incapacidad de Becerra para cumplir con el objeto del contrato de interventoría y de ejecutarlo por sus ocupaciones privadas como a la insinuación de su suscripción a cambio de nada, las cuales el casacionista las considera huérfanas de prueba directa al igual que el trato entre los acusados y el soslayo de la inhabilidad de Rodríguez a través de él.

Se trata entonces de las deducciones particulares del libelista que no coinciden con las de los falladores, quienes a partir de los mismos supuestos fácticos tenidos en cuenta por aquel arriban a conclusiones totalmente opuestas, pero que para la Sala no pueden ser discutidas a través del error propuesto que -se insiste- se relaciona con cuestionamientos que recaen sobre la materialidad de la prueba y constatables objetivamente.

Ya se tuvo oportunidad de advertir especialmente al estudiar la demanda presentada a nombre de CANO LÓPEZ, que las deducciones de los falladores lejos de ser arbitrarias son razonables y que la pretendida escisión de esta actuación a la de Henao

Robledo surgida a consecuencia de la ruptura de la unidad procesal, no obstante la responsabilidad penal ser individual, elude que la origen de la misma tiene origen en el proceso licitatorio que culminó con la adjudicación del contrato 006 objeto de la interventoría a la sociedad “Sistemas y Cómputos” de propiedad de aquel.

Así las cosas, el tribunal tuvo como antecedente al estudio que en su condición de asesor y secretario de educación presentó el acusado en el año de 1997 y que posteriormente se constituyera en el de prefactibilidad del contrato 006 de 1998, para inferir que el proceso licitatorio, la creación del comité, la adjudicación del contrato y la interventoría de éste se debía a un plan acordado entre los procesados con el propósito de consumir el ilícito.

Además le dio un entendimiento distinto al del censor sobre la innecesariedad de la licitación así como a la contratación de la interventoría con una persona que por su inexperiencia y falta de tiempo fue autorizada para subcontratar con quien se hallaba inhabilitado para contratar directamente con el municipio, había elaborado el estudio de prefactibilidad y la propuesta presentada por la sociedad favorecida, circunstancias que se resaltan en el fallo de primer grado cuando se le atribuye la doble condición de juez y parte.

En consecuencia, amparada la sentencia por la presunción de acierto y de legalidad le correspondía al actor -más allá de sus diferencias con la valoración probatoria del fallador- demostrar que ésta es producto de un falso raciocinio, pues en el sistema de persuasión racional en el cual se le reconoce una libertad relativa al juez en la apreciación de las pruebas, es prevalente su criterio sobre el de los demás sujetos procesales.

El reproche no prospera.

Cargo Subsidiario:

Se propone una violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 145 del decreto 100 de 1980 porque siendo un tipo penal que exige sujeto activo calificado, el encausado al no reunir las calidades exigidas por él no podía ser cómplice del delito de interés ilícito en la celebración de contratos como se resolvió en la sentencia.

En la demanda se expresa que RODRÍGUEZ DÍAZ no era servidor público para la época en que fue subcontratado por Becerra Angel para adelantar la interventoría del contrato 006 de 1998, ni tampoco tenía la condición de contratista, interventor, consultor o de asesor, calidades que para efectos penales hacen a los particulares sujetos a la responsabilidad prevista por la ley para los servidores públicos.

Ignora el censor que en los delitos especiales o de sujeto activo calificado las calidades requeridas por el tipo penal se exigen del autor y no de los partícipes, pues éstos a diferencia de aquel no realizan directamente la conducta -determinador o instigador- o su contribución al delito siempre es accesorio o secundaria, razón por la cual el reproche carece de sentido.

Como también es errado concluir que en los delitos especiales no importa establecer el aporte en su ejecución cuando son varios los intervinientes, porque mientras los partícipes reúnan las calidades exigidas por el tipo para el sujeto activo todos responderán como coautor, o que las mismas también se demandan de quienes han tenido una participación accesorio como parece entenderlo el recurrente.

Ahora bien, en los fallos siempre a RODRÍGUEZ DÍAZ se le consideró cómplice de la conducta punible investigada por el grado de colaboración prestada en su ejecución y no porque su condición de particular impidiera atribuirle su intervención en el delito a título de autor, conforme la jurisprudencia resolviera el problema de la participación del extraneus en los delitos especiales, pues como autor del mismo se tuvo a Cano López para ese entonces servidor público.

Ninguna importancia tiene la circunstancia que el inculpado en su carácter de particular no haya sido el contratista, el interventor, el consultor o el asesor del contrato que dio origen a la investigación penal para la imputación atribuida ni ella modifica la calificación jurídica, pues en últimas no es la simple condición de servidor público como cualificación exigida por el tipo la que determina el grado de su participación en el delito sino que -lo decisivo- será el nivel de su cooperación en el hecho.

Según lo dicho el cargo no tiene ninguna vocación de prosperidad.

Casación oficiosa:

La Sala con fundamento en la atribución consagrada en el artículo 216 de la ley 600 de 2000 y exclusivamente para dar cabida al principio de favorabilidad como garantía procesal y fundamental de todo procesado y de todo condenado, procederá a realizar los ajustes necesarios a la pena principal impuesta a LUCY AMPARO OSORIO VALENCIA motivados en el tránsito de legislación.

El artículo 143 del decreto 100 de 1980 -modificado por el artículo 24 de la ley 190 de 1995- vigente para la fecha de comisión del delito -enero 28 de 1998-, preveía como pena principal para la conducta punible de cohecho por dar u ofrecer además de la prisión, la multa, la interdicción de derechos y funciones públicas y la prohibición de celebrar contratos con la administración pública, las dos últimas por el mismo término de la privativa de la libertad.

Por su parte el actual artículo 407 de la ley 599 de 2000 mantuvo como pena principal para el delito de cohecho por dar u ofrecer la prisión, la multa y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En consecuencia, el legislador eliminó la prohibición de celebrar contratos con la administración pública en su carácter de pena principal para la conducta por la cual se

investigó y juzgó a la sentenciada, pero tampoco la previó como pena privativa de otros derechos -artículo 43 de la ley 599-.

Sobre los presupuestos legales vistos, la Sala casa parcialmente la sentencia impugnada y revoca mediante la aplicación retroactiva de la ley más favorable la sanción relativa a la prohibición de celebrar contratos con la administración pública impuesta a LUCY AMPARO por un término igual al señalado para la prisión, pues en la actualidad no está consagrada como pena principal ni privativa de otros derechos para la conducta por la cual se le condenó.

En razón y mérito de lo expuesto la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Desestimar los cargos propuestos en la demanda.
2. Casar oficiosamente la sentencia para revocar por favorabilidad la pena de prohibición de celebrar contratos con la administración pública que le fuera impuesta a la procesada LUCY AMPARO OSORIO VALENCIA por un término igual al de la prisión.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, cúmplase, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ HERMAN GALÁN CASTELLANOS

Permiso

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Permiso

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS MAURO SOLARTE PORTILLA

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria