

Proceso No 20403

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente: HERMAN GALÁN CASTELLANOS

Aprobado en Acta No. 021

Bogotá, D. C., seis (6) de abril de dos mil cinco (2005)

Concluido el trámite propio de la instancia con la celebración de la audiencia pública, procede la Sala a emitir el fallo que en la causa que se adelanta contra el ex Gobernador del Vaupés, BERNABÉ SILVA MECHE, por el delito de cohecho impropio.

BERNABÉ SILVA MECHE se identifica con la cédula de ciudadanía No. 79.306.770 de Bogotá, hijo de Juan Antonio y de Ana Trinidad, nacido en Paz de Ariporo (Casanare), de 35 años de edad para la época de la indagatoria, de profesión piloto comercial, elegido como Gobernador del Vaupés del 1º de enero de 1998 a diciembre 31 de 1994, no contaba con experiencia previa en el sector público.

I ANTECEDENTES FÁCTICO PROCESALES

1. HECHOS

1. El 13 de julio de 1998, Leslie Maffya Bent Archbold, entonces Gobernador de San Andrés, en declaración rendida ante la Procuraduría General de la Nación, afirmó que los Gobernadores del Guainía y Vaupés le habían manifestado que Jairo Hernán

Benjumea habría pagado la suma de \$200.000.000 a cada uno de los Gobernadores por su voto para ser elegido Gerente de la Lotería La Nueve Millonaria, que el Almacenista había entregado una camioneta 4 puertas a uno de ellos y el Gobernador del Vaupés había recibido del hermano del Gobernador del Guainía una camioneta Chevrolet Blazer blanca, también por el voto a su favor (fl. 59 c.o. 1).

1.2. La Junta de Socios de la Lotería la Nueve Millonaria, conformada por los Gobernadores de Amazonas, Arauca, Casanare, Guainía, Guaviare, Putumayo, San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Vaupés, y Vichada, eligió el 30 de enero de 1998 como Gerente al doctor Jairo Hernán Benjumea, atendiendo la postulación del doctor Hernando González Villamizar, Gobernador del Departamento de Guaviare, según se indica en el acta No. 289 (fl. 143 c.o.1), en cuyo favor votaron todos los Gobernadores, menos el denunciante.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

2.1. Por resolución del 23 de octubre de 1998, el Fiscal General de la Nación ordenó la apertura de investigación previa en relación con la conducta desplegada por los miembros de la Junta de Socios de la Lotería la Nueve Millonaria, conforme las manifestaciones del Gobernador de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

2.2. Adelantadas algunas diligencias preliminares, mediante resolución del 3 de marzo de 2000, el Fiscal General de la Nación ordenó la apertura formal de investigación en contra de Jorge Prieto Riveros, Gustavo Castellanos Beltrán, Jorge Devia Murcia, Bernabé Silva Meche, Gilberto Pulido Perdomo, Hernando González V., Arnaldo Rojas Tomedes y Arcesio Murillo, en su condición de Gobernadores de los Departamentos de Casanare, Arauca, Putumayo, Vaupés, Vichada, Guaviare, Guainía y Amazonas, y Miembros de la Junta de Socios de la Nueve Millonaria (fl. 331 c.o.1). Disponiendo, en consecuencia, su vinculación mediante indagatoria.

2.3. El 28 de abril de 2000, un Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia recepcionó la indagatoria a BERNABÉ SILVA MECHE, diligencia en la que sostuvo que conoció a Jairo Hernán Benjumea por su condición de Secretario General de la Lotería la Nueve Millonaria y quien fuera elegido como Gerente por la Junta de Socios de la Lotería, cargo que ocupó por un corto período al ser suspendido por la Procuraduría General de la Nación.

Afirma que no recibió de manos de Ariel Rojas Tomedes, hermano del Gobernador del Guainía, vehículo alguno, que no le hizo comentario alguno al Gobernador de San Andrés sobre el recibo de prebendas por la elección de Jairo Hernán Benjumea como Gerente de la Lotería.

Reconoce que en junio de 1998 adquirió una camioneta Chevrolet en la ciudad de Villavicencio a Javier Herrera, seis meses después de la elección de Jairo Hernán Benjumea como Gerente de la Lotería la Nueve Millonaria, por lo que la adquisición de la camioneta no guarda ninguna relación con el citado nombramiento como lo insinúa Javier Miguel Vargas Castro en el escrito que presentó ante la Fiscalía, a quien le adeudaba la suma de \$18.000.000 y para cancelarle le ofreció la camioneta recibiendo, además, un Zuzuki, el que a su vez entregó a Javier Herrera. Señala respecto al escrito citado que es producto de la animadversión que le tiene Javier Miguel Vargas por no haberle permitido que hiciera su voluntad cuando fue Secretario de Gobierno de su administración.

2.4. Escuchado en declaración Javier Miguel Vargas Castro (fl. 301 c.o.1) sostuvo que a finales de 1997 había negociado con el capitán BERNABÉ SILVA MECHE un lote, dándole como abono la suma de \$18.000.000, trato que deshizo el vendedor, y para devolverle el dinero le ofreció el 16 de junio de 1998 una camioneta Chevrolet Blazer, blanca, de placa BJL 057, que compró Marina Trujillo Andrade por la suma de \$38.000.000, le pagó la deuda y entregó un vehículo Zuzuki, enterándose después que la

camioneta figuraba a nombre de Arnaldo Rojas Tomedes (fl. 301 c.o.2).

2.5. En las indagatorias rendidas por Jorge Prieto Riveros (fl. 84 c.o.2), Hernando González Villamizar (fl. 132 c.o.2), Arnaldo Rojas Tomedes (fl. 172 c.o.2), Jorge Devia Murcia (fl. 254 c.o.2) y Gustavo Carmelo Castellanos Beltrán (fl. 66 c.o.3) manifestaron unánimemente no tener conocimiento alguno sobre los hechos denunciados por el Gobernador de San Andrés, a quien poca credibilidad le atribuyen, en virtud de su carácter conflictivo, la falta de seriedad de sus afirmaciones, la condición económica del Gerente elegido que no le permitiría ofrecer ni dar las prebendas que se señalan y a que el denunciante no tenía amistad alguna con los demás miembros de la Junta de Socios de la Lotería la Nueve Millonaria, que le hubiera permitido recibir los comentarios aludidos.

2.6. Mediante resolución del 28 de septiembre de 2000, el Fiscal General de la Nación se abstuvo de proferir medida de aseguramiento contra los gobernadores indagados: Hernando González Villamizar, Jorge Prieto Riveros, Jorge Devia Murcia, Gilberto Pulido Perdomo, Bernabé Silva Meche, Gustavo Carmelo Castellanos Beltrán, José Arcesio Murillo Ruiz y Arnaldo Rojas Tomedes (fl. 135 c.o.3).

2.7. En declaración rendida por Adolfo Enrique Ramos León, Almacenista de la Lotería la Nueve Millonaria entre 1996 y 1998, señaló que había vendido a Jairo Hernán Benjumea la camioneta Toyota de placa BJP 022, que le devolvió al no poder cancelar el precio y se la vendió al abogado Henry Martínez por la suma de \$50.000.000, al que un mes después se la sustrajeron cobrando su valor al seguro que figuraba a nombre del señor Benjumea. Explicaciones que fueron corroboradas por el comprador en testimonio rendido el 20 de octubre de 2000 (fl.195-3) y con los documentos de traspaso, de reclamación y pago del seguro.

2.8. Ariel Rojas Tomedes, al rendir declaración (f.285 c.o.3), sostuvo que jamás había

realizado negocio alguno con BERNABÉ SILVA MECHE, a quien conocía desde la niñez ni intervino en las actividades de la Lotería la Nueve Millonaria, que efectivamente adquirió en noviembre de 1997 una camioneta Chevrolet Blazer, B JL 057, para lo cual obtuvo un préstamo de once millones de pesos de su hermano Aníbal, quien le exigió que el automotor quedara a su nombre y en junio de 1998 la vendió a Javier Herrera.

2.9. El 4 de diciembre de 2001, el Fiscal General de la Nación declaró cerrada la investigación, para cuya notificación a la defensa técnica del procesado BERNABÉ SILVA MECHE le fue designado defensor de oficio, acto que se cumplió el 18 de febrero de 2002.

Presentaron alegatos de conclusión: el defensor de Jorge Prieto Riveros pidiendo la preclusión de la investigación, por cuanto la conducta que se le imputa en su condición de Ex Gobernador del Casanare no existió, en igual sentido se pronuncia el defensor de oficio del procesado SILVA MECHE, al concluir que la conducta investigada es atípica, respondiendo mas bien la imputación que le formula el entonces Gobernador de San Andrés a la animadversión que era notoria hacia la persona nombrada como Gerente de la Nueve Millonaria, sin que se encuentre acreditado que su defendido recibió beneficio o utilidad alguna por el voto que dio a favor de Jairo Hernán Benjumea. En similar sentido se pronunció el defensor oficioso de Arnaldo Rojas Tomedes,

Por su parte, la Delegada del Ministerio Público conceptuó que lo procedente era precluir la investigación a los ex gobernadores José Arcesio Murillo Ruiz, Gustavo Carmelo Castellanos Beltrán, Jorge Prieto Riveros, Hernando González Villamizar, Jorge Devia Murcia y Gilberto Pulido Perdomo al no haberse demostrado su intervención en el delito de cohecho impropio que se les imputa. En tanto que, solicitó se profiriera resolución de acusación en contra de Bernabé Silva Meche y Arnaldo Rojas Tomedes, al estar acreditado que recibieron prebendas por el voto para Gerente de la Nueve Millonaria.

3. RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN

El 3 de diciembre de 2002, el Fiscal General de la Nación, al calificar el mérito de la investigación, profirió resolución de acusación en contra de BERNABÉ SILVA MECHE como presunto autor responsable del delito de cohecho impropio, disponiendo a favor de Hernando González Villamizar, ex gobernador del Guaviare, Jorge Prieto Riveros, ex gobernador del Casanare, Arnaldo José Rojas Tomedes, ex gobernador del Guainía, Jorge Devia Murcia, ex gobernador del Putumayo, Gilberto Pulido Perdomo, ex gobernador del Vichada, Gustavo Carmelo Castellanos Beltrán, ex gobernador de Arauca, y José Arcesio Murillo Ruiz, ex gobernador del Amazonas la preclusión de la investigación.

La Fiscalía señala que el punto central de la imputación radica en establecer si los Gobernadores integrantes de la Junta de Socios de la Lotería Nueve Millonaria aceptaron dinero u otra utilidad (vehículos) por su voto a favor de la aspiración de Jairo Hernán Benjumea, quien fue elegido como Gerente el 30 de enero de 1998, concluyendo que respecto al ofrecimiento de \$200.000.000 de pesos a cada uno de los ex gobernadores no existen elementos de juicio que así lo corroboren.

En relación a la supuesta entrega de vehículos se afirma que el denunciante no es claro en señalar a cual de los Gobernadores le fue entregado el vehículo Toyota, tampoco si quien lo recibió fue Ariel Rojas Tomedes, particular, o el aforado Arnaldo Rojas Tomedes, Gobernador del Guainía, pues al interrogarlo manifestó que el hermano del Gobernador del Guainia le había indicado que “no fuera bobo porque él acababa de recibir de manos del señor almacenista, cuyo nombre me comprometo entregar a la Fiscalía, una Toyota Burbuja color VERDE y que otro gobernador había recibido una camioneta BLAZER BLANCA (fl. 258 c.o.1)” (f. 172 c.o.6). Sin embargo, no obra ningún elemento de juicio que indique que el entonces Gobernador Rojas Tomedes haya recibido vehículo alguno.

En relación a la situación de BERNABÉ SILVA MECHE, acogiendo la postura de la Procuradora Delegada, la Fiscalía consideró que existían suficientes medios de prueba que comprometían su responsabilidad, para proferir en su contra resolución de acusación.

Respecto a la afirmación de que Marcos Javier Herrera Sarmiento negoció con el procesado una camioneta Chevrolet Blazer de Placas B JL - 057, vehículo que le había vendido Ariel Rojas Tomedes, pero que se encontraba a nombre de su hermano Aníbal por haberle facilitado éste un dinero, advierte que se constató que Herrera Sarmiento, quien laboraba en una empresa de carga, no tenía capacidad económica para adquirirlo, automotor que pasó a manos del ex Gobernador y luego éste se lo dio en pago de una deuda a Javier Miguel Vargas Castro, es decir, que el funcionario si recibió una camioneta, infiriendo que fue como consecuencia de su respaldo al doctor Jairo Hernán Benjumea, pues así lo señala el denunciante, siendo elocuente que Ariel Rojas Tomedes hubiese adquirido un vehículo de tales características y luego comprado por el sindicato.

Se argumenta que de acuerdo con el denunciante, ex Gobernador de San Andrés Islas, que Ariel Rojas Tomedes frecuentaba las instalaciones de la Lotería Nueve Millonaria sin justificación razonable, hecho también señalado por el Gobernador del Guaviare, que ejercía una significativa injerencia en la institución e incluso que tenía claros intereses en contratos celebrados por la Lotería, según lo expresó Elkin Contento Sáenz, además que para la época de la elección del Gerente era propietario de la camioneta y era el vocero de Jairo Hernán Benjumea, lo cual indica que careciendo Herrera Sarmiento de recursos económicos la negociación bien pudo darse entre Ariel Rojas Tomedes y BERNABÉ SILVA MECHE.

No le atribuye credibilidad al contrato de compraventa del vehículo celebrado entre Marcos Javier Herrera Sarmiento y BERNABÉ SILVA MECHE lo que permitiría indicar que

la negociación no se llevó a cabo en junio de 1998, máxime cuando no se registraron los documentos que lo acreditan como propietario. Luego, al encontrar que obra la prueba exigida por el artículo 357 del Código de Procedimiento Penal profirió en su contra resolución de acusación, compulsando copias para que se investigara el posible delito de falso testimonio en que habría incurrido Herrera Sarmiento.

El pliego de cargos cobró ejecutoria el 26 de diciembre de 2002.

4. INTERVENCIONES AUDIENCIA PÚBLICA

4.1. EL FISCAL DELEGADO

En su intervención el señor Fiscal Delegado ante la Corte afirma que de acuerdo con la acusación formulada contra BERNABÉ SILVA MECHE, en su condición de Gobernador del Vaupés, éste recibió de Ariel Rojas Tomedes una camioneta Chevrolet Blazer de placa BJL 057, modelo 1997 color blanco como contraprestación por el voto favorable a la aspiración de Jairo Hernán Benjumea de ser Gerente de la Lotería, nombramiento que obtuvo con el voto favorable de ocho de los Gobernadores, entre ellos el del procesado, según lo indica el acta No. 289 del 30 de enero de 1998.

Le da credibilidad a las afirmaciones del Gobernador de San Andrés, Leslye Maffya Archbold, en cuanto al papel que desempeñaba Ariel Rojas Tomedes, hermano del Gobernador del Guainía, en la Lotería la Nueve Millonaria, pues a pesar de no estar formalmente vinculado a la entidad, materialmente ejercía control y poder para llegar al Gerente, Jairo Hernán Benjumea, quien le habría insinuado que incurriera en el cohecho al manifestarle que él había recibido una Toyota Verde y que al Gobernador del Vaupés le habían dado una camioneta Blazer color blanco, expresiones que encuentra atendibles en la medida en que tienen coherencia con la actitud que asumió en la Junta de Socios que eligió Gerente, pues su voto fue en blanco, así como la presencia frecuente de Ariel Rojas Tomedes en las instalaciones de la Lotería.

Expresa que a este aspecto se refieren Hernando González Villamizar, Gobernador del Guaviare, Elkin Contento Sáenz, Gerente de la Lotería, así como el testigo Adolfo Ramos León al declarar en la audiencia pública. El primero explicando que laboraba en COINCO, cuyas oficinas estaban en el mismo edificio, el señor Contento, quien fuera posteriormente Gerente, puso de presente el interés 'rampante' y directo por la declaratoria de caducidad de un contrato con TV Producciones, actitud que señala como una oportunidad física para servir de mediador entre Silva Meche y Jairo Hernán Benjumea, para hacer o entregar el estímulo económico.

También, contribuye a darle credibilidad a las afirmaciones de Leslye Mafia Archbold, la intervención dolosa de Marco Javier Herrera Sarmiento, cuando sirvió de testaferro en la adquisición de la camioneta, ocultando de esta manera la relación directa entre Ariel Rojas Tomedes y BERNABÉ SILVA MECHE. En la medida en que no puede aparecer como parte del pago de la camioneta el Zuzuki, pues éste lo habría recibido el procesado como parte de pago al venderla, lo cual resulta contradictorio, sin que ninguna incidencia haya tenido el hecho de que votara a favor de la destitución de Jairo Hernán Benjumea en la sesión del 4 de junio de 1998, pues ya había sido suspendido por la Procuraduría, además, el precio pactado de \$40.000.000 no corresponde a este tipo de negocios, como quiera que los vehículos sufren depreciación.

Luego, estando probado que el procesado votó de manera favorable, como un acto propio de sus funciones como Gobernador e integrante de la Junta de Socios de la Lotería la Nueve Millonaria y que recibió por participar en la elección del Gerente la camioneta Chevrolet Blazer de placa BJL 057, comportamiento que debe ser calificado como ilícito y antijurídico por estar en contravía con la recta administración pública, que se vio afectada con tal designación en la medida en que el Gerente nombrado fue suspendido por la Procuraduría y después acusado por la celebración indebida de contratos y peculado por apropiación, conducta que fue realizada dolosamente según se colige de la actuación encubierta desplegada por Ariel Rojas Tomedes y Marco Javier Herrera

Sarmiento.

4.2. EL DELEGADO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En su intervención el Delegado del Ministerio Público sostuvo que de acuerdo con otra investigación Jairo Hernán Benjumea para el último trimestre de 1997 se desempeñaba como Secretario General de la lotería la Nueve Millonaria y celebró varios contratos por una suma global de 1138 millones de pesos, que tenían por objeto la adquisición de elementos para premiar la actividad de los loteros, los que nunca ingresaron al almacén de la Lotería, creándose documentos ficticios sobre tal hecho, cuyo pago se produjo entre el 12 y 19 de diciembre, girándose a su favor y el del Almacenista sumas considerables y realizaron transacciones de vehículos, según da cuenta el pliego de cargos proferido en su contra, que aunque se desconoce el resultado final del proceso, lo anterior le permite señalar que Jairo Hernán Benjumea contaba con recursos e incluso el peritaje ordenado por la Sala permite señalar que era una persona adinerada, el contrato de compraventa en el que supuestamente Javier Herrera le vende el automotor de placa BJL 057 debe desestimarse, así como la fecha. Además, que los recursos con los cuales Benjumea habría efectuado los halagos para acceder a la gerencia no eran de su patrimonio sino de la Nueve Millonaria, lo cual constituye el hecho indicador, por lo que pide a la Sala, que profiera sentencia condenatoria.

4.3. EL PROCESADO

En su intervención BERNABÉ SILVA MECHE señala que el hecho de que haya votado favorablemente por Jairo Hernán Benjumea como Gerente de la Lotería la Nueve Millonaria no evidencia que hubiera cambiado el voto por una prebenda como lo sostiene el señor Fiscal Delegado, que las afirmaciones de Leslie Maffya Archbold en cuanto a que él y Ariel Rojas Tomedes le dijeron que habían recibido dinero y unas camionetas por el voto son falsas, pues si así fuera no hubiera salido a pregonarlo ni su voto podía ser

considerado como decisivo. En cuanto a que el documento de compraventa de la camioneta sea posterior a la negociación, explica que en la práctica los negocios tienen lugar de esa manera, primero se hablan y una vez definidos se escriben y de haber tenido el carro desde enero, dada la presión a que venía siendo sometido por Javier Vargas para que le pagara lo hubiera entregado antes, aspecto sobre el que el proceso carece de prueba, que no es cierto que le hubiera dicho a Leslie Maffya Archbold la noche de la elección que estaban dando dinero y vehículos, porque de ser así se pregunta, porqué sólo hasta julio comunica tal hecho.

4.4. DEFENSA TÉCNICA

Finalmente, el defensor del procesado solicitó a la Corte absolverlo del delito de cohecho impropio que le imputó la Fiscalía, en la medida en que no está probada la tipicidad de la conducta, para cuya estructuración la jurisprudencia de la Corte siempre ha reclamado la concurrencia de dos comportamientos corruptos, el de quien da u ofrece y el de quien acepta la prebenda por un acto que deba ejecutar en ejercicio de sus funciones, no por aquél que ya se ha realizado el cual no se encuentra tipificado ni el Código Penal del 80 ni en el de 2000.

Explica las manifestaciones del Gobernador de San Andrés, Leslye Maffya Archbold, en virtud a la animadversión que mostró contra Jairo Hernán Benjumea por haberse negado éste a favorecer a una empresa de chance en la que tenía intereses antes de que se posesionara como Gobernador, así como la postura unánime de los ocho Gobernadores en virtud de los lazos de hermandad, a su cultura, aspectos que unen a toda la región llanera. Además, de ser fantasiosa la afirmación de que se estaban ofreciendo 200 millones de pesos a cada Gobernador, pues ello implicaría una suma de 1600 millones, lo que resulta absurdo e inconcebible.

Explica que la Junta del 30 de enero de 1998 no se llevó a cabo en las instalaciones de la

Nueve Millonaria, por lo tanto, es una mentira lo relativo a que desde el almacén ubicado en el mismo edificio se estuviera manipulando su realización, de la misma manera la insinuación relativa a que la elección de Gerente habría incidido en la muerte de Arturo Teylor, Agente Fiscal de la Lotería en el Putumayo, así como las afirmaciones sobre las prebendas que habrían recibido los gobernadores del Vaupés y Guainía.

Sostiene que carece de sentido hablar de una presunta recuperación de las inversiones realizadas para la campaña de Gobernadores, ya que por las particularidades de la región, éstas habían sido muy bajas, hasta el punto de que una de ellas estuvo alrededor de los 10 millones, que en el proceso no obran pruebas respecto a agasajos, invitaciones o del dinero que gastó. Atribuyéndose en este caso a un tercero el comportamiento tendiente a corromper.

De igual manera, no encuentra razonable que habiendo sido elegido Jairo Hernán Benjumea el 30 de enero de 1998 como Gerente y suspendido por la Procuraduría el 17 de febrero siguiente por 3 meses, término de suspensión que fue ampliado por 3 meses en mayo y destituido por la Junta de Socios el 4 de junio siguiente, no podía ofrecer un pago posterior por algo que no había tenido una real significación.

Reitera el hecho de que en la causa no se hayan probado los supuestos, las presunciones y las probabilidades a que se refiere la acusación, en definitiva que no está probado el convenio criminoso entre uno y otro, menos aún que SILVA MECHE u otro de los gobernadores hubiera recibido dinero por votar a favor de Jairo Hernán Benjumea, que la circunstancia de que Javier Herrera no hubiera probado documentalmente que tenía el dinero para comprar de contado la camioneta de placa B JL 057 no es indicativo de que no fuera así, por cuanto, el hombre llanero no acostumbra a dejar constancia de sus negocios y éste señor era un ejemplo de hombre trabajador y recursivo, que no es cierto que la camioneta perteneciera a Arnaldo Rojas Tomedes, sino a Aníbal Rojas Tomedes, hecho en el que Miguel Vargas Castro faltó a la verdad.

II CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. COMPETENCIA

Se encuentra acreditado que BERNABÉ SILVA MECHE ostentó la calidad de Gobernador del Departamento del Vaupés en el período constitucional comprendido del 1º de enero de 1998 a diciembre 31 de 2000 con el acta de posesión (fl. 84 c.o.3) y la constancia de tiempo de servicio expedida por el Secretario de Gobierno y de Administración – Recursos Humanos del Departamento del Vaupés que señala que desempeñó el cargo de Gobernador a partir del 1º de enero de 1998, constancia expedida el 27 de septiembre de 1999 (fl. 82 c.o.3).

Como quiera que al procesado BERNABÉ SILVA MECHE le fue proferido pliego de cargos por actos ejecutados en su calidad de Gobernador del Departamento del Vaupés, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 4º del artículo 235 de la Carta Política corresponde a la Corte adelantar su juzgamiento y una vez culminada la instancia, emitir la sentencia a que haya lugar.

En consecuencia, la Sala procede a examinar el cumplimiento de las exigencias previstas por el inciso 2º del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal para dictar sentencia condenatoria, en cuyo caso debe encontrar acreditado en grado de certeza la conducta punible y la responsabilidad del procesado, conforme lo peticionan los Delegados de la Fiscalía General de la Nación y del Ministerio Público o en su lugar, atender los pedimentos de la defensa, al no advertirse la concurrencia de causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

1. DEL DELITO DE COHECHO IMPROPIO

BERNABÉ SILVA MECHE, ex gobernador del departamento de Vaupés, fue acusado el 3 de diciembre de 2002 por el delito de cohecho impropio, previsto en el artículo 142 del Código Penal de 1980, modificado por el artículo 23 de la ley 190 de 1995, vigente para la fecha de los hechos y de aplicación preferente en todo caso, al establecer penas mas benignas que el artículo 406 de la ley 600 de 2000 que prevé como pena 4 a 7 años de prisión, en cuanto señalaba:

“El servidor público que acepte para sí o para otro, dinero o cualquiera otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.”

Se encuentra claramente definido que el delito de cohecho impropio se configura cuando el acuerdo entre el particular y el funcionario público recae sobre un acto que el servidor debe cumplir en el ejercicio de sus funciones. Resultan, entonces, esenciales para la estructuración de la conducta punible de acuerdo con la previsión legal: a) el acuerdo de voluntades entre el tercero y el servidor público, b) el ofrecimiento de las dádivas, representadas en dinero o cualquiera otra utilidad o beneficio e incluso la promesa de su cumplimiento posterior, sin importar que el ofrecimiento sea realizado en forma directa por quien resulta beneficiado con el acto o que aquél se efectúe indirectamente, c) que dicho ofrecimiento tenga por finalidad motivar la ejecución de un acto que deba cumplir el servidor, es decir, que corresponda al ejercicio, al desempeño de las funciones que la ley, el decreto o el reglamento le han atribuido y d) que tales manifestaciones se produzcan con anterioridad a la realización del acto que se debe cumplir.

De igual manera, tratándose del delito de cohecho en cualquiera de sus modalidades, la Corte ha precisado que:

“No requiere la conducta, que el servidor reciba el dinero, la utilidad o acepte la promesa remuneratoria, para omitir o retardar un acto propio de su cargo, para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, o uno que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, comportamientos que se tipifican y sancionan en otras disposiciones penales, las cuales definen los delitos de cohecho propio e impropio, de acuerdo con lo prometido por el funcionario; lo que la norma busca es proteger la inmaculación del bien jurídico de la administración pública a través de la insospechabilidad de la conducta de los servidores vinculados a ella, de manera que las actividades o los negocios particulares de los funcionarios no pongan en duda la integridad y moralidad que debe gobernar el ejercicio de la función.”¹

Entonces, el bien jurídico tutelado tanto en el caso del cohecho impropio como el propio es la administración pública, en cuanto los atributos de transparencia, legalidad, imparcialidad, objetividad, moralidad, entre otros y que le son propios, no se vean empañados o cuestionados, por la ejecución de los actos que han sido confiados a sus servidores, por consiguiente, no se requiere que con la conducta cuestionada se hayan ocasionado efectos dañinos para la administración para que ésta merezca reproche penal, ya que lo que sanciona no es el resultado sino la puesta en peligro, el deterioro de la imagen de irreprochabilidad que tenga la sociedad sobre la administración pública.

Conclúyese, entonces, que el hecho de aceptar o recibir algo por el funcionario en cumplimiento de las funciones que le corresponden puede dar lugar a la estructuración del delito de cohecho en cualquiera de sus diversas modalidades, las que podrán ser determinadas según la finalidad perseguida por quien da u ofrece y por quien acepta o recibe, dando lugar al cohecho propio en cuanto se pretenda “retardar u omitir un acto propio del cargo, o ejecutar uno contrario a los deberes oficiales”, en tanto que cuando se acepta o recibe por “acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones” corresponderá a cohecho impropio.

3. ASUNTO OBJETO DE DEBATE

3.1. El objeto de debate en este asunto se centra en establecer si el comportamiento del ex gobernador BERNABÉ SILVA MECHE, cargo que ejerció desde el 1º de enero de 1998, y en desarrollo del cual, participó en la Junta de Socios de la Lotería la Nueve Millonaria realizada el 30 de enero, de la cual hacían parte todos los representantes de los llamados territorios nacionales, en la cual fue elegido como Gerente en propiedad Jairo Hernán Benjumea, por 8 votos a favor y uno en blanco, oportunidad en la cual, el procesado habría recibido por el voto una camioneta Chevrolet Blazer, blanca, de placa BJL- 057, de manos de Ariel Rojas Tomedes, conducta que en criterio de la Fiscalía se encuentra probada y habría ameritado la acusación formulada en su contra por el delito de cohecho impropio y ahora la solicitud de que en su contra se profiera fallo condenatorio, criterio que es avalado por el Delegado del Ministerio Público, en tanto que, para la defensa la conducta sería atípica al no estar demostrados los supuestos de su estructuración.

3.2. Respecto a la calidad de servidor público del procesado BERNABÉ SILVA MECHE no se encuentra reparo alguno, ya que está debidamente acreditada según ha quedado expresado con la copia del acta de posesión como Gobernador del Departamento del Vaupés, así como con la constancia de servicio expedida por la Oficina de Recursos Humanos, igualmente, que en tal condición hacía parte de la Junta de Socios de la Lotería la Nueve Millonaria e intervenir en la elección de su Gerente.

De otra parte, según da cuenta el acta No. 289 del 30 de enero de 1998, en esa fecha se llevó a cabo la Junta General de la Lotería la Nueve Millonaria en la Casa de la Merced, ubicada en la calle 35 No. 6-16, a la que asistió el Gobernador de Vaupés, Bernabé Silva Meche, en la que se dejó constancia sobre la inconformidad del Gobernador de San Andrés por no haberse realizado en las instalaciones de la Lotería, y se llevó a cabo la elección de Gerente en propiedad, cargo para el cual fue postulado el hasta entonces, Secretario General, Jairo Hernán Benjumea, por el Gobernador del Guaviare,

Hernando González Villamizar, obteniendo ocho (8) votos a favor y uno en blanco, el del Gobernador de San Andrés, es decir, que el procesado votó favorablemente por la elección del señor Benjumea como Gerente.

3.3. Igualmente que con posterioridad, el 13 de julio de 1998, en declaración que rindiera ante una comisión especial disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, Leslie Maffya Bent Archbold, Gobernador de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, con motivo de la presunta omisión de las directivas de la Lotería en atender la orden de suspensión en el cargo de Gerente de Jairo Hernán Benjumea, sostuvo que aún estado suspendido continuaba manejando el cargo, respecto a cuya elección como Gerente afirmó que a pesar de su intervención sobre las irregularidades que venían ocurriendo en la Lotería, los Gobernadores optaron ciegamente por elegirlo, agregando “tengo entendido por boca de otros gobernadores de que el Dr. Benjumea pagó \$200.000.000,00 a cada Gobernador por su voto para que lo eligieran como Gerente ..., supe también que el señor Almacenista entregó a uno de los Gobernadores una Toyota 4 puertas como parte de pago para su voto y que al Gobernador del Vaupés, el Dr. Bernabé recibió de parte del hermano del Gobernador del Guainía Dr. Arnaldo Rojas Tomedes, una camioneta Chevrolet Blazer blanca también por el voto a favor.” (fl. 62 c.o.1), es decir, que aludió a las presuntas manifestaciones de terceros, mas no a hechos que le constaran de manera directa.

3.4. Las anteriores afirmaciones constituyeron para la Fiscalía la noticia criminis de un hecho presuntamente atentario contra la administración pública, por lo que se dispuso la correspondiente investigación, en cuyo desarrollo se pudieron establecer los siguientes hechos.

Escuchados en indagatoria los ocho Gobernadores cuestionados rechazaron de manera unánime la posibilidad de haber incurrido en el comportamiento que les atribuía su compañero, a quien poca credibilidad podía dársele en virtud de su carácter conflictivo y a

la notoria animadversión que mostraba hacia quien hasta el 30 de enero de 1998 desempeñaba el cargo de Secretario General de la Lotería, así como a la falta de vínculos de amistad del grupo de Gobernadores hacia el señor Bent Archbold, además de la falta de recursos económicos del doctor Benjumea para ofrecer o dar por su elección, quien en indagatoria también negó haber ofrecido tales prebendas a los Gobernadores (fl. 76 c.o.1).

Las indagaciones del Cuerpo Técnico de Policía Judicial permitieron concluir en informe No. 06019 del 26 de octubre de 2000, que el vehículo campero Chevrolet Blazer, modelo 1997 de placa BJL 057 fue vendido a Aníbal Rojas Tomedes el 29 de noviembre de 1997, por la distribuidora Los Coches "La Sabana S.A." en la suma de \$34.759.900, cancelada de contado, que según formulario del 22 de julio de 1998, se efectuó traspaso de la propiedad a Trujillo Andrade Marina (fl. 295 c.o.3). Conclusión que se encuentra corroborada con la documentación aportada con el Informe No. 02632 F.G.N. G-I-E. T-14 del 1º de junio de 2001 (fl. 206 c.o.4 y s.s.), el certificado de tradición expedido por la Secretaría de Tránsito y Transporte de esta ciudad el 24 de agosto de 2000, en el que certifica que el automotor de placa BJL 057 desde el 3 de agosto de 1998 aparece como propietaria Marina Trujillo Andrade (f. 240 c.o.4), el formulario de traspaso suscrito por Aníbal Rojas Tomedes (fl. 243 c.o.4), así como la fotocopia el Formulario Único Nacional del registro inicial a su favor (fl. 245c.o.).

De acuerdo con los testimonios de Ariel Rojas Tomedes (fl. 25 c.o.3) y Aníbal Rojas Tomedes, quien declaró en la audiencia pública, hermanos del entonces Gobernador del Guainía, Arnaldo Rojas Tomedes, la camioneta Chevrolet Blazer de placa BJL 057 fue adquirida a nombre de Aníbal Rojas Tomedes, pero quien realmente estuvo interesado en su adquisición fue Ariel Rojas Tomedes, apodado 'El Chato', quien le solicitó a Aníbal Rojas Tomedes en calidad de préstamo la suma de \$11.000.000, cantidad que obtuvo con la condición de que los documentos quedaran a su nombre, aspecto que no fue objetado. Por el contrario, Aníbal Rojas Tomedes sostuvo que, en efecto, había

acompañado a su hermano Ariel a recibir parte del pago que en efectivo había hecho Javier Herrera y que posteriormente había firmado el traspaso correspondiente. Lo cual indica, contrario a lo considerado por la Fiscalía en la acusación, que Javier Herrera si intervino en la negociación del automotor y que éste después lo vendió al inculpado, sin que pueda afirmarse con acierto que por el hecho de que no se haya efectuado el traspaso a su nombre no lo hubiera comprado, práctica que es usual en ese tipo de negociaciones.

Luego, la presunta intervención ficticia de Javier Herrera en la negociación de la camioneta Chevrolet Blazer de placa B JL 057 que tuvo lugar en junio de 1998 no se encuentra debidamente acreditada, y menos aún, como era necesario, se probó que se hubiera ofrecido de manera previa a la votación que tuvo lugar el 30 de enero de 1998 el citado automotor al procesado, a cambio de su voto favorable por Jairo Hernán Benjumea como Gerente de la Lotería la Nueve Millonaria.

Los argumentos aducidos en la acusación relativos a que no fueron encontrados soportes documentales que indicarán que para la época en que se afirma que Javier Herrera compró de contado la camioneta Chevrolet Blazer puedan por sí solos resultar demostrativos de su falta de capacidad económica, ya que como lo explicó el declarante tenía otras actividades distintas a su trabajo como Despachador de una empresa de aviación, entre ellas, las de negociar vehículos, afirmación que encuentra respaldo en el hecho de que recibido el campero Zuzuki de la señora Marina Trujillo Andrade, en parte de pago de la referida camioneta, como así lo ratifica el propio Javier Miguel Vargas Castro, lo vendió a un concesionario en esta ciudad, circunstancia que fue verificada por los funcionarios del Cuerpo Técnico de Investigaciones - CTI (fl. 16 c.o.6 y s.s.).

3.5. La Fiscalía sostiene que el vehículo Chevrolet Blazer de placa B JL 057 le fue entregado al procesado BERNABÉ SILVA MECHE directamente por Ariel Rojas

Tomedes, conclusión respecto de la cual ninguna prueba directa se allegó, ni siquiera se indicó la época en que tal situación se pudo dar ni las condiciones, menos aún se acreditó el presunto ofrecimiento al sindicato y la consecuente aceptación, y que el mismo hubiera tenido por finalidad el que votara a favor de Jairo Hernán Benjumea como Gerente de la Nueve Millonaria, hecho que se deduce en el pliego de cargos de meras conjeturas, tales como la presunta influencia que ejercía Ariel Rojas Tomedes en el manejo de los asuntos de la Lotería la Nueve Millonaria dada su presencia frecuente en las instalaciones de la Nueve Millonaria, según lo expresó Leslie Bent Archbold, el entonces Gobernador del Guaviare Hernando González Villamizar y Adolfo Enrique Ramos León en la audiencia de juzgamiento, así como de su intervención en la liquidación del contrato celebrado con TODOPRODUCCIONES LTDA, ordenada en diciembre de 1998, según lo expresa quien en esa oportunidad se desempeñara como Gerente, Elkin Antonio Contento Sanz (fl. 2 c.o.3), en entrevista que sostuvo con la Fiscal 2ª de la Unidad Nacional Anticorrupción con el propósito de obtener beneficios por colaboración eficaz. Aspectos que tuvieron ocurrencia con posterioridad a la fecha en que tuvo lugar la Junta de Socios en la que efectuó la votación cuestionada, la que por demás era la primera reunión de los Gobernadores, ya que habían tomado posesión el 1º de enero de 1998.

Lo anterior, permite señalar que los elementos de juicio referidos no tienen la capacidad de probar que antes de efectuarse la votación el 30 de enero de 1998, tales eran las circunstancias, pues ninguno de los testigos se refiere de manera concreta a la presunta intromisión del hermano del Gobernador del Guainía en los asuntos de la Nueve Millonaria durante el primer mes de 1998. Es así como los testimonios de los Gobernadores de San Andrés y del Guaviare aluden a que cuando concurrían a las instalaciones de la Lotería por asuntos oficiales notaron la presencia de quien era apodado 'El Chato' hermano del Gobernador del Guainía, situación que sólo se pudo dar después de su posesión el 1º de enero de ese año, sin que refieran de manera concreta en cuantas ocasiones lo vieron antes de la votación, ni cómo influía en las

determinaciones de la Entidad, quedando las afirmaciones del pliego de cargos sin sustento, pues se limitaron a repetir los comentarios de oídas sin señalar específicamente los hechos que les constaban y de cuya ocurrencia pudieran dar testimonio. Tampoco, se explica cual era el interés de Ariel Rojas Tomedes en desprenderse de un bien para favorecer la elección de un tercero.

3.6. Las alegaciones del Delegado del Ministerio Público relativas a la capacidad económica del candidato a Gerente y entonces Secretario de la Lotería deducidas de la presunta comisión de ilícitos imputados en el pliego de cargos en el proceso adelantado en su contra resultan mas que inapropiadas en la medida no constituyen mas que una simple sugerencia que carece de respaldo probatorio en este proceso.

En cuanto al peritaje realizado en la etapa del juicio, contrario a las apreciaciones del Representante de la Procuraduría, las conclusiones del perito del Cuerpo Técnico de investigaciones no permiten señalar que Jairo Hernán Benjumea, para la época de los hechos enero 30 de 1998, fuera una persona adinerada, ya que sus ingresos laborales en 1997 ascendieron a \$69.947.146, de enero a febrero 17 de 1998 percibió \$11.539.290 y por liquidación de prestaciones recibió \$20.879.055, en tanto que el saldo en bancos a diciembre 30 de 1997 era de \$31.408.683 y a enero 30 de 1998 de \$23.600.431, y en lo que respecta a su patrimonio líquido para diciembre de 1997 era de \$322.565.000 (fls. 180 a 190 c.o. 1 Corte), de lo cual no puede deducirse ciertamente que estuviera en capacidad de dar las prebendas a que se refiere el denunciante.

3.7. De lo hasta ahora consignado, se colige que en la actuación no obran elementos de juicio que permitan deducir con certeza que en efecto el voto de BERNABÉ SILVA MECHE, en su condición de Gobernador del Vaupés, por Jairo Hernán Benjumea para Gerente de la Lotería haya estado mediado por una retribución indebida como se sostiene en el pliego de cargos, con base en inferencias cuyos supuestos fácticos no están acreditados, según se ha venido precisando.

Conclúyese, entonces, que las exigencias perentorias que se derivan del contenido de la norma señalada como transgredida, artículo 142 del Código Penal modificado por el artículo 23 de la ley 190 de 1995, no se cumplen, lo cual impide efectuar el juicio de responsabilidad reclamado por los Delegados de la Fiscalía y de la Procuraduría en su oportunidad y, de otra parte, la conducta no corresponde al delito de cohecho impropio.

3.8. En efecto, no logró demostrarse que de manera previa al acto de elección realizado el 30 de enero de 1998, el procesado hubiere recibido el ofrecimiento de la entrega del automotor a cambio del voto a favor de Jairo Hernán Benjumea, que hubiere aceptado la dádiva, concluyéndose que lo único cierto es que BERNABÉ SILVA MECHE negoció un vehículo cuya propiedad estaba registrada a favor de Aníbal Rojas Tomedes, hermano del Gobernador del Guainía, no se logró desvirtuar la época en que efectuó la transacción, junio de 1998, posterior en todo caso al acto corrupto que se le atribuye, o que lo hubiera recibido sin contraprestación alguna de su parte y como resultado de un ofrecimiento previo a la votación efectuada el 30 de enero de 1998, así como el interés de Ariel Rojas Tomedes, en ese momento, en la elección de Jairo Hernán Benjumea.

De otra parte, se colige que el acto del procesado relativo a votar en la Junta de Socios de la lotería la Nueve Millonaria correspondía a una actividad propia del cargo de Gobernador del departamento del Vaupés, en la medida en que representaba a una de las entidades territoriales que tenía el carácter de socia del citado ente, y en tal propósito estaba compelido a actuar con estricto apego a sus deberes oficiales, es decir, dentro de un marco de legalidad, del cual como es obvio no hacía parte el de aceptar prebendas o cualquier tipo de utilidad o promesa remuneratoria, por ser un comportamiento que no solo ha merecido reproche social sino que es considerado como delictuoso, pues como quedó dicho afecta un bien jurídico tutelado por la ley, la administración pública.

Lo anterior, conlleva a sostener que la conducta que se reprocha no corresponde al delito de cohecho impropio, pues cuestionándose justamente el proceder del

funcionario, la función desplegada, no puede atribuírsele a ésta inicialmente el carácter de legal, para luego, pretender a los deberes que la ley le imponía. reclamar el reproche penal.²

3.9. Por consiguiente, el comportamiento que se le cuestiona al procesado en su condición de Gobernador no corresponde al tipo penal de cohecho impropio, como quiera que la pretensión de quienes resultaran beneficiados era que ejecutara un acto contrario a sus deberes oficiales, ya que un proceder tal desconoce los postulados de rango constitucional y legal que orientan la administración pública, de la que son inherentes como se ha expresado los postulados de transparencia, moralidad, imparcialidad y la consecución del bienestar general. Sino al de cohecho propio que preveía el artículo 141 del Código Penal de 1980, en cuanto que el comportamiento para el que se reclama reproche se hace consistir en que habría aceptado una utilidad o beneficio por ejecutar un acto contrario a sus deberes de servidor público, al participar con su voto en la elección de Gerente de la Lotería, con clara oposición a los intereses de la administración pública, conducta que corresponde a uno de los ingredientes subjetivos que de manera alternativa prevé el tipo penal citado en precedencia.

La configuración típica del delito de cohecho es eminentemente de carácter bilateral, esto es la participación de un sujeto que corrompe y la de otro, servidor público, que se deja corromper ante los halagos de promesas remuneratorias u otras utilidades. No sucede así, en efecto, con la modalidad del cohecho para dar u ofrecer (artículo 407 del Código actual y 142 del anterior) en el que se destaca la unilateralidad de esta modalidad delictiva, puesto que sólo describe la conducta punible del sujeto que ofrece sin consideración alguna a la reciprocidad del servidor público, y es claro, lo anterior, porque si el servidor público acepta el ofrecimiento inmediatamente el tipo penal se estructuraría como cohecho propio o impropio según la naturaleza del acto comprometido.

Así las cosas, tanto para el cohecho propio como para el cohecho impropio se requiere

demostrar la presencia activa, co-delincuencial, del particular que ofrece dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria y la del servidor público que la acepta. En el caso concreto que así se juzga, el esfuerzo acusatorio se orientó a demostrar la indebida tenencia del sindicato del automotor en cuestión, pero no así la de quien le hubiere hecho su entrega, pues demostrado quedó que Jairo Hernán Benjumea carecía de recursos para el efecto y Ariel Rojas Tomedes habría intervenido después del nombramiento del Gerente de la Lotería la Nueve Millonaria, lo cual descarta su participación delictual, por cuanto en el delito de cohecho el ofrecimiento o entrega debe preceder al acto del servidor público, objeto del pactum sceleris.

En este orden de ideas, no estando acreditado, de una parte que el comportamiento objeto de la investigación, hubiera tenido lugar, y de otra parte, al no haberse concretado al sujeto cohechador, se impone absolver al procesado de los cargos por los cuales fue acusado.

En razón 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:

PRIMERO. Absolver a BERNABÉ SILVA MECHE, ex Gobernador del Vaupés, de los cargos que le fueron formulados por la Fiscalía General de la Nación por el delito de cohecho impropio.

SEGUNDO. En firme esta sentencia líbrense las comunicaciones a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO	ESPINOSA PÉREZ	HERMAN GALÁN CASTELLANOS
ALFREDO	GÓMEZ QUINTERO	EDGAR LOMBANA TRUJILLO
ÁLVARO	ORLANDO PÉREZ PINZÓN	JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS
YESID	RAMÍREZ BASTIDAS	MAURO SOLARTE PORTILLA
TERESA RUIZ NÚÑEZ		

Secretaria

- 1 Sentencia Segunda Instancia 13155, del 24 de enero de 2001, ponente Dr. Arboleda Ripoll
- 2 En similar sentido se pronunció la Sala en sentencia de casación del 31 de julio de 2003, ponente doctor Jorge Luis Quintero Milanés