

Proceso No 23616

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrada Ponente:

MARINA PULIDO DE BARÓN

Aprobado Acta N° 021

Bogotá, D. C., marzo nueve (9) de dos mil seis (2006).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por los defensores de los procesados ÁLVARO ROJAS CASTRO, EDILBERTO BARRERA DURÁN, JOSÉ RICARDO CASTILLO SORIANO y ARCELIA AGUDELO SORIANO, contra la sentencia de segunda instancia proferida el 30 de junio de 2004 por el Tribunal Superior de Cundinamarca, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá el 24 de noviembre de 2003, por cuyo medio los condenó por el delito de violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, de conformidad con los cargos proferidos en resolución de acusación.

ANTECEDENTES

Durante la administración de Willer Octavio Barrera Peña como alcalde del municipio de Silvania (Cund.), comprendida entre el 2 de enero de 1995 y el 12 de agosto de 1997, se presentaron múltiples irregularidades en la contratación administrativa, básicamente consistentes en que algunos funcionarios en su calidad de tales o a través de terceros

o de familiares contrataron con el municipio. Los servidores implicados en dichas prácticas resultaron ser el Director y la Subdirectora de la Caja Agraria, ÁLVARO ROJAS CASTRO y ARCELIA AGUDELO SORIANO, en su orden, el Tesorero, EDILBERTO BARRERA DURÁN y el Director de la Unidad Municipal de Asistencia Técnica Agropecuaria (UMATA), JOSÉ RICARDO CASTILLO SORIANO.

Por razón de los hechos anteriores se abrió la correspondiente instrucción penal, en cuyo marco inicialmente fueron vinculados mediante indagatoria ARCELIA AGUDELO SORIANO, ÁLVARO ROJAS CASTRO y JOSÉ RICARDO CASTILLO SORIANO, a quienes se les resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención domiciliaria, como presuntos autores responsables de los delitos de violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades y cohecho por dar u ofrecer.

Posteriormente, también se vinculó de la misma manera a EDILBERTO BARRERA DURÁN, en contra de quien se dictó medida de aseguramiento de detención preventiva, por los delitos de celebración indebida de contratos y violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, cohecho y peculado por apropiación, en concurso homogéneo y sucesivo.

Clausurada la investigación, se calificó el mérito del sumario el 17 de abril de 1998 con resolución de acusación en contra de los mencionados por el delito de violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, en concurso homogéneo y sucesivo.

La fase del juicio correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá, despacho que una vez surtió el trámite legal correspondiente, profirió fallo el 24 de noviembre de 2003, por cuyo medio declaró penalmente responsables a los procesados ARCELIA AGUDELO SORIANO, ÁLVARO ROJAS CASTRO y EDILBERTO BARRERA DURÁN por el delito de violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, en concurso homogéneo y sucesivo, a las penas principales de sesenta y seis (66) meses de prisión y

multa por valor de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes y a JOSÉ RICARDO CASTILLO SORIANO, por el mismo delito a las penas principales de cuarenta y ocho (48) mes de prisión y multa por valor de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, al tiempo que a todos los mencionados los condenó a la pena privativa de otros derechos de inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la privativa de la libertad y les otorgó la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión carcelaria.

En contra del fallo condenatorio, los procesados y sus defensores interpusieron recurso de apelación, razón por la cual se pronunció el Tribunal Superior de Cundinamarca el 30 de junio de 2004, confirmándolo.

Inconformes con la decisión del ad-quem, los defensores de los sindicatos impugnaron extraordinariamente la sentencia, mediante demandas admitidas por la Sala el 3 de mayo de 2005, en donde también se ordenó correr traslado al Ministerio Público para que rindiera el concepto previsto en el artículo 213 de la Ley 600 de 2000.

El Procurador Primero Delegado para la Casación Penal, emitió concepto a través del cual solicita casar parcialmente el fallo impugnado. En consecuencia, procede la Sala a adoptar la decisión de fondo que en derecho corresponda.

LAS DEMANDAS

1. Demanda presentada por el defensor del procesado ÁLVARO ROJAS CASTRO:

Propone un solo cargo con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo segundo, por violación indirecta de la ley sustancial, a consecuencia de errores de hecho

en la apreciación de las pruebas derivado de falsos juicios de identidad y de existencia “ya que se aplicó en forma indebida el artículo 144 del Código Penal anterior contenido en decreto 100 de 1980, y por falta de aplicación de los artículos 6, 7, 9, 10, 11, 12, 29, 30 del Código Penal, artículos 7 y 20 del Código de Procedimiento Penal, normas procesales de alcance sustancial. Por otra parte, el error de hecho en la apreciación probatoria determinó igualmente violación de los siguientes preceptos normativos de la ley 600 del 2000: art. 232, inciso 2º. que consagra los presupuestos para proferir sentencia condenatoria; arts. 233, 238, 266, 269, 274, 275, 276, 277, normas que regulan la actividad probatoria, particularmente la prueba testimonial”.

Luego de señalar los fundamentos probatorios del fallo impugnado, refiere inicialmente a los errores de hecho por falso juicio de identidad en que incurrió el juzgador por cuanto “sectorizó, parceló y dividió el hecho que revela la prueba testimonial”.

Así, alude a las declaraciones de Olga Janeth Beltrán Rodríguez, Ligia Clavijo Guzmán, Willer Octavio Barrera Peña y Evelio Baquero, quienes depusieron en varias oportunidades en el proceso frente a un mismo hecho, suministrando versiones distintas, por lo que el fallador incurrió en error al valorar solamente una de ellas.

En cuanto a los dos primeras mencionadas, indica que rindieron su versión en cinco oportunidades, el tercero lo hizo en cuatro ocasiones y el último dos veces, pero el juzgador tan sólo valoró una de ellas, con lo cual seccionó, fraccionó y parceló la prueba.

Si no se hubiera incurrido en los errores reseñados, colige, en cuanto a la declaración de Olga Janeth Beltrán Rodríguez el fallador habría concluido que mintió a lo largo del proceso, que en realidad no le consta que su defendido fue quien celebró los contratos para el suministro de llantas, que no supo quien ni a quién se hicieron dichos pedidos y que tampoco le consta que hubiera retirado los cheques girados por el municipio a

nombre de Evelio Baquero.

Respecto de la declaración de Ligia Clavijo, señala el recurrente, habría concluido que se contradijo a lo largo de sus diferentes versiones, que tampoco le consta que su defendido intervino en la tramitación, aprobación o celebración de contratos de venta de llantas con el municipio, ni que era contratista independiente, igualmente, que hubiera retirado cheques a nombre de Baquero.

Por su parte, en relación con lo expuesto por Willer Octavio Barrera habría concluido que no fue testigo de oídas y que por ello tampoco le consta que su prohijado intervino en la celebración de los referidos contratos, puesto que a quien conocía como contratista para el suministro de tales elementos era a Evelio.

Y, en lo que concierne al dicho de Evelio Baquero precisa que se debió inferir que éste en realidad no era intermediario de ROJAS CASTRO, sino que como comerciante le compraba las llantas en los términos y condiciones por él señalados, para luego con plena autonomía venderlas al municipio.

Por lo anterior, colige que el dicho de los deponentes anteriores no es creíble y que, en consecuencia, no puede fundamentar la sentencia condenatoria.

Posteriormente, se refiere al error de hecho por falso juicio de existencia, el cual a su juicio se configuró por omitirse la valoración de las declaraciones de Pedro Pulido Castro del 19 de febrero de 1997, secretario de la Tesorería, de Fanny Janeth Baquero del 3 de julio del mismo año, jefe de control interno del municipio, de Felipe Gómez Páez, secretario general de la Tesorería, de Edilberto Barrera Durán del 14 de agosto siguiente, tesorero y de Pedro Luis Lara del 25 de febrero de la misma anualidad, encargado del control de obras y maquinaria, quienes por razón de sus cargos son “testigos presenciales y directos” de los hechos y de cuyos dichos se infiere que era Evelio Baquero la persona que suministraba las llantas al municipio y no su defendido.

Indica a continuación que de no haberse incurrido en los referidos errores de apreciación probatoria, se habría concluido que su defendido no era responsable de la conducta por la cual se le condenó.

Con base en lo expuesto, solicita de la Sala case el fallo impugnado y “dé aplicación a las previsiones pertinentes de los artículos 216 y 217 del Código de Procedimiento Penal”.

2. Demanda presentada por la defensora del procesado EDILBERTO BARRERA DURÁN:

Formula dos cargos contra la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, ambos por configurarse un error de hecho por falso juicio de existencia; el primero, por omitir la valoración de algunas pruebas y, el segundo, por suposición de pruebas.

Primer cargo. Violación indirecta de la ley sustancial derivada de un error de hecho por falso juicio de existencia por omisión.

Aduce la casacionista que los juzgadores “desconocieron una prueba importante como es la fecha de vinculación como tesorero del señor Edilberto Barrera Durán en el municipio de Silvana (sic) debidamente probada por el acta de posesión que obra en el proceso y ratificado (sic) por la declaración del alcalde Willer Barrera Peña folio 28 de la sentencia de primera instancia”, este último al señalar que durante el período en que se desempeñó como tesorero BARRERA DURÁN, comprendido entre marzo de 1996 y el año de 1997, fue muy claro y diáfano en el cumplimiento de sus responsabilidades y en el manejo de los dineros del municipio.

En su sentir, los juzgadores de instancia “omitieron el reconocimiento de la fecha de la prueba de vinculación como tesorero de mi representado”, aceptando siempre que era cierta y sin confrontarla con las de celebración de los distintos contratos “a pesar de

que en las distintas diligencias el señor Edilberto Barrera Durán ratificaba el dicho”, lo que hubiera llevado a la conclusión de que, para ese entonces, no se desempeñaba como tesorero municipal de Silvania.

Así mismo, agrega, se desconoció el Decreto 121 del 6 de diciembre de 1996 que contiene el Manual de Funciones de dicho cargo, transcribiendo un aparte sobre el particular.

Segundo cargo. Violación indirecta de la ley sustancial derivada de un error de hecho por falso juicio de existencia por suposición.

Señala la actora que en la sentencia de segunda instancia se manifestó que su defendido prestó una colaboración sustancial en la ejecución de los delitos, lo cual presupone un acuerdo previo, con el fin de ubicarlo como coautor en la modalidad impropia mediante la modalidad de división de trabajo, pero a su juicio se trata de una afirmación sin sustento probatorio, pues “ninguna declaración afirma este hecho, y dentro de la prueba documental, contratos escritos no aparece probada esta acusación, ni por ningún medio probatorio, es decir el fallador se imagina la prueba y la da por hecho que está dentro del proceso”.

En un capítulo independiente precisa la demandante que al ignorarse “la prueba reina” referente al acta de posesión de su defendido se violaron los artículos 41, 24, 39, 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 “por cuanto en esta tramitación nada tiene que ver el tesorero porque el ejercicio de sus funciones, que fueron transcritas, el tesorero no intervino en la celebración de los contratos declarados como irregulares ... por lo tanto también se violó el decreto 121 de diciembre 6 de 1995 (manual de funciones) y la inaplicabilidad de los artículos 10, 11, 12, 29 y 30 del Código Penal, 20 del C.P.P., normas procesales de alcance sustancial. Y violación de los artículos 233, 234, 238, 259 del actual CPP”.

Con fundamento en lo expuesto, solicita se “case totalmente” la sentencia impugnada y, en su lugar, profiera la sustitutiva que en derecho corresponda.

3. Demanda presentada por el defensor de la procesada ARCELIA AGUDELO SORIANO:

Formula un solo cargo por violación indirecta de la ley sustancial, a consecuencia de un error de hecho por falso juicio de existencia por omisión probatoria.

En tal sentido, indica que de acuerdo con el artículo 144 del Decreto 100 de 1980, modificado por la Ley 80 de 1993 y la Ley 190 de 1995, en sus artículos 18 y 32, el cual contiene el tipo penal de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades por el que se condenó a su defendida, éste tiene como presupuesto que el sujeto activo sea un servidor público en ejercicio de sus funciones, exigencia que en su criterio no está demostrada en el proceso, pues “para la época en que se le endilga la celebración de los mentados contratos con violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, NO SE ENCONTRABA EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES, sino que por razones internas propias de la administración de la entidad para la cual prestaba sus servicios, se encontraba temporalmente retirada del servicio desde el día 15 de septiembre de 1994 al 13 de agosto del año 1995”, es decir, prosigue, para el tiempo en que fueron suscritos los contratos que se le atribuyen.

Aduce que el juzgador omitió valorar la certificación expedida por el gerente de la Caja Agraria, de fecha 22 de julio que obra en el cuaderno original número 5 del expediente, folio 1214, en donde claramente se consigna que su prohijada fue separada del cargo temporalmente durante el lapso comprendido entre el 15 de septiembre de 1994 al 13 de agosto de 1995, por lo que en su criterio está claramente demostrado que no se encontraba en ejercicio de sus funciones.

Dicho documento, destaca, no tachado de falso, ha debido tenerse en cuenta en tanto resultaba trascendente para la suerte de su defendida.

Finalmente, señala que como la procesada no se encontraba en ejercicio de sus funciones no puede ser sujeto activo del delito por el que fue condenada y, en consecuencia, es necesario casar el fallo y proferir sentencia sustitutiva absolutoria en favor de su representada.

4. Demanda presentada por el defensor del procesado JOSÉ RICARDO CASTILLO SORIANO:

Invoca un cargo por violación directa de la ley sustancial, al estimar que el fallador incurrió en interpretación errónea del artículo 144 del Decreto 100 de 1980, modificado por la Ley 80 de 1993 y la Ley 190 de 1995, en sus artículos 18 y 32, el cual contiene el tipo penal de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades por el cual se condenó a su defendido.

Para justificar la selección de la causal aclara que “el cuestionamiento, en esta demanda, se centra en aspectos exclusivamente jurídicos ajenos por completo a la más mínima referencia a situaciones de hecho”.

La errónea interpretación del precepto surgió al considerarse que su defendido, en su condición de director de la UMATA en el municipio de Silvania, había tenido injerencia y participación en el contrato de obra contenido en la orden de pago No. 1382 de fecha septiembre 20 de 1995, celebrado entre el alcalde Willer Octavio Barrera Peña y su hermano Eduardo Castillo Soriano, por valor de \$ 400.000,00, por concepto de trabajos de reforestación de las vías ecológicas del mencionado municipio, responsabilidad que surgió por haber suscrito una certificación en la cual hizo constar que el contratista había prestado satisfactoriamente la referida obra.

Señala que si bien es cierto su defendido suscribió tal documento, ello no es suficiente para considerarlo autor material del delito, dado que en su condición de director de la UMATA “no intervino en la tramitación, aprobación o celebración del contrato”,

motivo por el cual no puede considerársele como sujeto activo de la ilicitud, como indebidamente se estima en las instancias, pues la conducta sólo se estructura cuando el servidor público interviene en la preparación o celebración del contrato y no en su liquidación, como aquí ocurrió, en tanto la constancia se expidió para soportar el pago de la orden de servicio contratada.

Indica, a continuación, que además de que ese criterio es avalado doctrinalmente, también ha sido respaldado reiteradamente por la Sala, como ocurrió con la sentencia de fecha noviembre 26 de 2013, radicación 20420, la cual transcribe en lo que estima pertinente.

De lo anterior colige que se impone casar el fallo porque su defendido no tuvo ninguna participación ni injerencia en el trámite de celebración y preparación del contrato entre su hermano y la administración municipal, puesto que su participación se circunscribió a la expedición de la referida constancia en una fase que no hace parte de las etapas contractuales indicadas en la norma.

Por lo anterior, solicita de la Sala case el fallo y profiera sentencia sustitutiva absolutoria en favor de su prohijado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado para la Casación Penal se refiere a cada una de las demandas en forma independiente, de la siguiente manera:

En relación con la demanda presentada por el defensor del procesado ÁLVARO ROJAS CASTRO:

Señala el Procurador Delegado que la demanda en la forma como está presentada “incurrir en insalvables defectos técnicos que impiden su viabilidad”, en tanto el casacionista olvida que el medio extraordinario de impugnación parte del supuesto de que el debate jurídico culminó con la emisión del fallo de segundo grado y que, por ende, éste llega a la Corte amparado por la presunción de acierto y legalidad.

El demandante, de manera contraria a ese objetivo, a manera de alegato de instancia, se limita simplemente a proponer un nuevo debate probatorio y enfrentar la conclusión del ad-quem, sin demostrar la existencia de los errores de hecho que apenas deja enunciados, además de que no esgrime los errores con la claridad y precisión que se exige legalmente.

Igualmente, continua el Delegado, yerra al invocar como normas con carácter sustancial “los artículos 232 y siguientes de la Ley 600 de 2000, pues ellas simplemente serían las normas medio que eventualmente conducirían a la violación de aquellas, y no al revés, como lo sostiene el demandante”.

A lo anterior se suma el hecho de que el funcionario judicial en la labor de apreciación probatoria goza de autonomía cuyo límite tan sólo lo imponen las reglas de la sana crítica, de modo que si éstas no son transgredidas sus apreciaciones son irrefutables, como ocurre en este caso, pues si bien el casacionista alude en primer lugar a unos falsos juicios de identidad respecto de las declaraciones de Olga Yaneth Beltrán, Ligia Clavijo Guzmán, Willer Octavio Barrera y Evelio Baquero, no precisó en qué forma había consistido la supuesta tergiversación.

Ahora, tan sólo porque el funcionario les restó credibilidad a su dichos ello en nada afecta la legalidad de su apreciación probatoria, al encontrarse motivada de acuerdo con las reglas de la persuasión racional, como puede observarse en el fallo de primera instancia en donde se valoran las rectificaciones de los dos últimos declarantes en mención.

En cuanto al falso juicio de existencia que pregona el actor por haberse omitido la valoración de algunas declaraciones, sucede algo similar, pues reitera que la responsabilidad de este procesado está fundamentada en el análisis conjunto de tales probanzas y otras que el censor no mencionó, como la de Luis Fernando Montilla y Germán Jovel Campos, de la cuales se pudo inferir que ROJAS CASTRO mientras se desempeñaba como director de la Caja Agraria se dedicó al comercio de llantas y por interpuesta persona contrató el suministro de llantas para el municipio.

Precisa el representante del Ministerio Público que como el demandante no logró demostrar los errores de hecho que denunció, no es posible que la Corte acceda a su pretensión de casar el fallo, como así lo sugiere.

En cuanto a la demanda presentada por la defensora del procesado EDILBERTO BARRERA DURÁN:

Comienza el señor Procurador Delegado por referirse al primer cargo propuesto por violación indirecta de la ley sustancial a consecuencia de un falso juicio de existencia orientado a demostrar que el procesado no ostentaba la condición de tesorero municipal para la fecha en que se celebraron los contratos, además de desconocer la normatividad que establece las funciones asignadas a este cargo.

Sobre el particular, indica que el reproche carece de vocación de éxito en tanto la demandante omitió el deber de sustentarlo adecuadamente toda vez que apenas controvierte el criterio del fallador a partir de su simple opinión personal sin que precise la trascendencia del supuesto yerro, pues no se refiere a los otros elementos de juicio apreciados por los falladores, como por ejemplo, su indagatoria en la que admitió haber incurrido en una de las causales de inhabilitación para contratar, a pesar de justificar su comportamiento en una errónea asesoría y en las declaraciones de Ligia Clavijo Guzmán, Olga Yaneth Beltrán, Willer Octavio Peña, Antonio Gerardino López, Álvaro

Rojas Castro, Evelio Baquero, Juan Carlos Rivera Venzo, Amanda Barbosa Cubillos y Argelia Agudelo Soriano.

A renglón seguido, insiste en que en su indagatoria el procesado aceptó que le pagaron por un dinero que había prestado para comprar unas llantas, además de que el alcalde señaló que para los años de 1996 y 1997 el primero fue nombrado como tesorero municipal de Silvania.

Al no ser desvirtuadas las conclusiones probatorias de la sentencia, colige el agente del Ministerio Público que el cargo no puede prosperar.

En relación con el segundo cargo esbozado con fundamento en la misma causal por error de hecho también a consecuencia de un falso juicio de existencia, anota el Procurador Delegado que la actora no indica si se produjo por omisión o por suposición probatoria, a lo que se suma que involucra aspectos de otra causal cuando advierte que se incurrió en violación de garantías fundamentales por haberse iniciado la investigación con base en un anónimo.

Pero como en general el reproche está orientado a disentir de la credibilidad probatoria otorgada por el fallador a las pruebas de cargo, ha debido proponer tal cuestionamiento como un “falso juicio de convicción, por error de derecho”.

Las falencias anteriores, culmina, impiden determinar a ciencia cierta cuál es su inconformidad en esta sede, motivo por el cual colige que el cargo no está llamado a prosperar.

En punto de la demanda presentada por el defensor de la procesada ARCELIA AGUDELO SORIANO:

Indica el Procurador Delegado que este reproche, por medio del cual se pretende

demostrar que se incurrió en violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de existencia al omitirse apreciar una certificación expedida por el gerente de la Caja Agraria, según la cual la procesada no se encontraba en ejercicio de su funciones desde el 15 de septiembre de 1994, hasta el 13 de agosto de 1995, tiempo durante el cual se celebraron los contratos, no puede prosperar, porque aún en el supuesto de haberse ignorado la apreciación del aludido documento, lo cierto es que todas maneras habría celebrado el contrato de fecha agosto 19 de 1995, por valor de \$ 315.000,00.

Sin embargo, verificado el contenido del referido documento, observa el Procurador Delegado que en todo caso allí no se precisa la causa de la separación temporal “o si eventualmente desempeñó otro distinto al de subgerente durante ese lapso” y, en cualquiera de los dos casos, lo cierto es que así estuviera en esa situación por licencia no remunerada, vacaciones o incapacidad médica, no perdió esa calidad “y, por ende, durante esas fechas tampoco podía contratar con el municipio de Sylvania”, de acuerdo con el principio de transparencia que gobierna la contratación pública.

Adicionalmente, sostiene que para llegar a la conclusión de que la procesada tenía la condición de servidora pública para cuando se celebraron los mencionados contratos se partió del análisis conjunto de los testimonios de Ligia Clavijo Guzmán, Pedro Julio Cruz, Willer Octavio Barrera Peña, Luis Enrique Espitia, Tito Eberto Buitrago y José Alberto Torres, las copias de los contratos, órdenes de pago y la certificación expedida por la Vicepresidencia de Recursos Humanos de la Caja Agraria, en la que se señala que ostentó la calidad de trabajadora oficial para los años de 1995 a 1997.

Al no haberse referido el casacionista a tales probanzas y basar el reproche en la aludida constancia, deliberadamente dejando por fuera de su análisis las demás medios de prueba, se confirma la conclusión de los falladores y, en consecuencia, el cargo no puede prosperar.

En relación con la demanda presentada por el defensor del procesado JOSÉ RICARDO CASTILLO SORIANO:

Advierte inicialmente el Procurador Delegado que si bien el cargo planteado por violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea de la disposición contentiva del delito por el que se condenó a su defendido no está formulada técnicamente, pues ha debido proponerse como aplicación indebida, el desarrollo del cargo permite comprender el alcance de la censura y asumir su estudio, pues lo alegado refiere a la atipicidad de la conducta atribuida a su defendido.

Luego de recordar el criterio de la Sala en punto de las diversas fases que componen la contratación pública destaca que “tanto la Fiscalía como los falladores de instancia se equivocaron al haber adecuado la conducta de CASTILLO SORIANO en el tipo penal que describe y sanciona la violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, por el hecho de haber intervenido como director de la UMATA, en el contrato celebrado entre su hermano y el municipio, para la ‘ejecución’ de una obra cuyo control estaba a su cargo”.

Señala, a continuación, que esa intervención consistió en expedir una certificación por medio de la cual hacía constar que su consanguíneo cumplió satisfactoriamente la obra.

Para el Procurador Delegado, entonces, es claro que la “intervención”, ocurrió después de haberse ejecutado el contrato, y no en las fases previas de celebración, por lo que su conducta no podía adecuarse típicamente en el punible referido. Ha podido encuadrarse en el tipo penal de interés ilícito en la celebración de contratos, previsto en el artículo 145 del estatuto penal de 1980, pero la Corte no puede corregir esa calificación, pues con ello afectaría el derecho de defensa y el de limitación que así se lo impide, esto último en tanto la demanda no contempló la aplicación indebida del tipo penal por el

cual fue condenado “y la consecuente falta de aplicación del precepto que describe el interés ilícito en la celebración de contratos”.

De acuerdo con lo anterior, indica que la conclusión que se impone es la de absolver al procesado CASTILLO SORIANO de los cargos que motivaron la acusación, motivo por el cual sugiere casar parcialmente el fallo en ese sentido.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Demanda presentada por el defensor del procesado ÁLVARO ROJAS CASTRO:

Habida cuenta que el demandante formula la única censura que instaura contra el fallo impugnado con fundamento en la causal primera de casación por violación indirecta de la ley sustancial, a consecuencia de errores de hecho por falsos juicios de identidad y de existencia en la apreciación probatoria que desarrolla de manera independiente, su análisis se abordará de la misma manera:

Los falsos juicios de identidad están cimentados en que el juzgador “sectorizó, parceló y dividió el hecho que revela la prueba testimonial”, respecto de las declaraciones de Olga Yaneth Beltrán Rodríguez, Ligia Clavijo Guzmán, Willer Octavio Barrera Peña y Evelio Baquero, pues no obstante deponer en varias oportunidades en el proceso frente a un mismo hecho, habiendo suministrado versiones distintas, según el casacionista el fallador solamente tomó lo expuesto en una de ellas.

Aun cuando el postulado anterior bajo el cual el censor fundamenta el error de hecho por falso juicio de identidad que formula en la primera parte del cargo conceptualmente corresponde con su naturaleza, pues como bien lo ha dicho la Sala una forma de

distorsión del contenido de las probanzas se genera cuando al apreciarlas se cercenan aspectos materiales de su contenido que a la postre son trascendentes frente a lo decidido en el fallo, lo que bien puede ocurrir cuando contándose con varias versiones enfrentadas de una misma persona se prescinde absolutamente de lo que se dijo en alguna para considerar una parte como si fuera el todo, tal situación no es la que se verifica en relación con la valoración realizada por los falladores en cuanto a las anunciadas pruebas.

En efecto, los juzgadores de instancia al tenor de los argumentos consignados en sus fallos -que en el presente caso conforman una unidad jurídica-, analizaron las versiones de los deponentes Olga Yaneth Beltrán Rodríguez, Ligia Clavijo Guzmán, Willer Octavio Barrera Peña y Evelio Baquero en su integridad, sólo que llegaron a la conclusión de que sus retractaciones en punto de los actos que sirvieron para edificar la responsabilidad de ÁLVARO ROJAS CASTRO no merecen credibilidad.

Así, de manera expresa se sostiene en el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá acerca del viraje total que dio a su versión Willer Octavio Barrera Peña quien para la misma época de las irregulares contrataciones fungió como alcalde del referido municipio, lo siguiente:

“Para este juzgado son de recibo las versiones que este testigo suministró en su declaración inicial, y les resta credibilidad a lo que esbozó en su ampliación, habida cuenta pretende explicar, que en su primera intervención se le malinterpretó cuando hizo alusión, de un lado a su condición de intermediario de Álvaro Rojas, y de otro, al porcentaje que percibía de modificación por ese concepto, en el entendido que con suma claridad sostuvo que el referido sindicato no contrataba directamente con el municipio por su condición de funcionario público, pues gerenciaba la Caja Agraria, y por eso lo utilizaba a él con ese propósito fin, por cuyo servicio se hacía acreedor a una comisión equivalente al 5 %, para luego hacer creer de manera infantil, que la ganancia

que perseguía era esa, como si un vendedor estuviera en capacidad de proponerse una ganancia en tal porcentaje, si la cantidad del producto negociado es considerable, y otra muy distinta si es en menor escala”¹.

Lo mismo se infiere en este fallo en relación con el cambio de versión del declarante Evelio Baquero Baquero, quien inicialmente sostuvo que era un intermediario de ROJAS CASTRO para contratar con el municipio y luego pretendió liberarlo de toda responsabilidad al señalar que actuaba en forma autónoma, a lo cual no se le otorgó credibilidad, como se colige del siguiente aparte:

“Posteriormente y en ampliación de declaración (1072/1074 c.o. No. 4), Evelio Baquero Baquero se retracta de su versión inicial, para sostener en esta oportunidad que él era quien contrataba con el municipio para el suministro de llantas, procurando una ganancia del 5 % cuando la venta era a gran volumen, como en este caso y que jamás actuó como intermediario de Álvaro Rojas, sino que se le interpretó mal en su primera exposición, donde quiso explicar que el señor Rojas Castro era quien le vendía a él las llantas y él a su vez al municipio. Que el trámite de las cuentas de cobro lo adelantaba él personalmente ante la Tesorería”².

Ciertamente, luego de analizar las versiones contrapuestas de este deponente, dicho juzgador concluyó que “Álvaro Rojas Castro comercializaba en llantas mientras se desempeñaba como gerente de la Caja Agraria de Silvania ...ese contacto entre la Administración y la entidad crediticia que representaba, sirvió de margen para que Rojas Castro acrecentará su negocio y sus ganancias utilizando para ello a Evelio Baquero, pues no lo podía hacer directamente por su condición de funcionario público, según lo narró el mismo Baquero en su inicial declaración juramentada”³ (subrayas fuera de texto).

El Tribunal, por su parte, también fue enfático en descartar la credibilidad de la

retractación de este deponente al señalar que “el verdadero contratista en el suministro de llantas para el municipio de Silvania era ÁLVARO ROJAS CASTRO, así se valiera para ello del intermediario EVELIO BAQUERO, toda vez que así lo admitió éste en su primera versión y lo aceptó el burgomaestre de ese entonces. La retractación posterior de Baquero, la negativa del inculcado y el testimonio de PEDRO LUIS LARA FLOREZ...no merecen credibilidad”⁴

En lo que tiene que ver con las supuestas contradicciones en las que habría incurrido la testigo Olga Yaneth Beltrán Rodríguez porque en una ocasión sostuvo que no le constaba quién retiraba los cheques correspondientes a los pagos por los contratos de suministro de llantas y en otras atribuyó directamente este hecho a ROJAS CASTRO, tampoco se advierte que los juzgadores hayan incurrido al apreciar esta probanza en el error que se le endilga, al ser evidente que se inclinaron por la segunda versión, no sólo porque la primera fue insular en cuanto a ese aspecto frente a lo que se sostuvo en las demás, sino porque la declarante de inmediato se retractó luego de aludir que simplemente se había confundido, pues “nunca había estado en este sitio e interrogada dónde eso sucedió ya hace algún tiempo y no recuerdo con claridad los hechos”⁵.

Igual situación se infiere en cuanto al supuesto error en el que se habría incurrido en la ponderación del dicho de Ligia Clavijo Guzmán, pues más que sectorizarse el análisis de la prueba como lo sostiene el casacionista, lo que se encuentran son contradicciones que no le restan credibilidad a su relato; es decir, no es que, como lo señala el actor, sólo se valoró una parte de la declaración como si fuera el todo, sustrayéndose absolutamente de lo señalado de manera diferente en otras ocasiones, como ocurre por cierto con todas las pruebas cuya apreciación discute por el mismo error, sino que al analizarse integralmente se concluyó que tenía la fuerza suficiente para sustentar la responsabilidad en contra del procesado ROJAS CASTRO.

Lo expuesto permite colegir que el error de hecho por falso juicio de identidad que el

actor atribuye al fallo derivado de la apreciación de los referidos medios de prueba, no logró acreditación alguna.

En segundo lugar, el actor plantea que se incurrió en errores de hecho por falsos juicios de existencia originados en que se omitió la valoración de las declaraciones de Pedro Pulido Castro del 19 de febrero de 1997, Secretario de la Tesorería, de Fanny Janeth Baquero del 3 de julio del mismo año, Jefe de Control Interno del Municipio, de Felipe Gómez Páez, Secretario General de la Tesorería, de Edilberto Barrera Durán del 14 de agosto siguiente, Tesorero Municipal y de Pedro Luis Lara del 25 de febrero de la misma anualidad, encargado del control de obras y maquinaria, quienes por razón de dichos cargos fueron “testigos presenciales y directos” de los hechos y de cuyos dichos se infiere que era Evelio Baquero la persona que suministraba las llantas al municipio y no su defendido.

En este punto, impera precisar que el reproche dirigido a que se omitió apreciar el testimonio del citado Pedro Luis Lara no se configura, puesto que fácil se advierte que el Tribunal ponderó expresamente la prueba al señalar que “el testimonio de PEDRO LUIS LARA LÓPEZ (Fez. 165 y 166 c.1), quien insinúa que el verdadero contratista era BAQUERO, no merece credibilidad, frente a la diafanidad de los cargos anteriores, por vislumbrarse que se encaminan a favorecer al acusado”⁶.

Tampoco se estructura este yerro con respecto a la versión suministrada por Fanny Janeth Baquero, pues el a-quo expresamente la valoró al indicar que esta declarante “sostiene que quien contrataba llantas con el municipio de Sylvania era el señor Evelio Baquero, quien por cierto era el que se encargaba del trámite de la documentación para obtener su pago y no Álvaro Rojas, pero cabe anotar que ella ocupó en ese entonces el cargo de Jefe de Control Interno, de cuya oficina como se dijo al decidir sobre la situación de Pedro Julio Cruz, no se requería para visar las cuentas de cobro, concluyéndose así que cuando esta dependencia actuaba, ya todo el trámite estaba

realizado, incluido el giro del cheque respectivo, lo que quiere decir que esta deponente no estaría en capacidad de ilustrarnos sobre qué personas acudían con esa finalidad, ora ante la Alcaldía o bien ante la tesorería”7.

Ahora bien, el hecho de que los juzgadores no hayan valorado individualmente en la parte motiva de sus decisiones los testimonios de Pedro Pulido Castro, Felipe Gómez Páez y de Edilberto Barrera Durán, quienes deponen que el contratista era Evelio Baquero, tampoco es indicativo de que se incurrió en el error invocado por el casacionista, en tanto que la falta de credibilidad devino de la que se le otorgó a las declaraciones de Olga Yaneth Beltrán y Ligia Clavijo Guzmán, pues “ostentaban funciones de atención al público en el Despacho de la Tesorería como es el caso de la primera, o de la alcaldía, respecto de la segunda, y por ende pueden dar fe sin lugar a equívocos de las personas que solían visitar esas dependencias con el ánimo de gestionar esas cuentas de cobro”8, conclusión que se robusteció al ponderar los testimonios de Luis Fernando Montilla y Germán Jovel Campos.

Esto es, que aun cuando los testimonios supuestamente omitidos por el sentenciador fueron vertidos al proceso por funcionarios de la administración municipal de Silvania, lo que los juzgadores de instancia concluyeron como consecuencia de la valoración a que fueron sometidos es que carecían de fuerza, lo cual es completamente diverso a haberlos omitido dentro del referido proceso valorativo.

Lo dicho en precedencia, por tanto, permite a la Sala colegir que no se configura ninguno de los errores de apreciación probatoria invocados por el defensor de ÁLVARO ROJAS CASTRO, razón suficiente para que no se case el fallo en cuanto corresponde a su responsabilidad allí declarada.

2. Demanda presentada por la defensora del procesado EDILBERTO BARRERA DURÁN:

2.1. Primer cargo. Violación indirecta de la ley sustancial derivada de un error de hecho por falso juicio de existencia por omisión:

Previo a dar respuesta al reproche contenido en este cargo oportuno se ofrece recordar que la condena en contra de este procesado se derivó de que en su condición de Tesorero del municipio de Silvania para los años de 1996 y 1997, giró cheques para el pago de numerosas cuentas de cobro a nombre de familiares de funcionarios que hacían parte de la administración del entonces Alcalde Willer Octavio Barrera Peña, concretamente del Secretario de Gobierno José Ricardo Castillo Soriano y del mismo burgomaestre, por lo cual se le dedujo responsabilidad a título de coautor por omitir su obligación de detener el pago irregular de estos dineros.

En la primera censura contenida en la demanda, se señala que se incurrió en el aludido error por cuanto los juzgadores “desconocieron una prueba importante como es la fecha de vinculación como tesorero del señor Edilberto Barrera Durán en el municipio de Silvana (sic) debidamente probada por el acta de posesión que obra en el proceso y ratificado (sic) por la declaración del alcalde Willer Barrera Peña folio 28 de la sentencia de primera instancia”, al señalar este último que en el período durante el cual se desempeñó como Tesorero BARRERA DURÁN, fue transparente en el cumplimiento de sus responsabilidades y en el manejo de los dineros del municipio. Así mismo, también funda el yerro en que se desconoció el Decreto 121 del 6 de diciembre de 1996 que contiene el Manual de Funciones de dicho cargo.

En relación con el yerro consistente en que no se apreció el acta de posesión es necesario señalar que se trata de un aspecto que carece de incidencia frente a la responsabilidad de BARRERA DURÁN, toda vez que, como bien lo señala el Procurador Delegado en su concepto, el mismo procesado en su indagatoria aceptó haber incurrido en las causales de inhabilidad para contratar, sólo que cuando las cuentas llegaron a su oficina ya se habían causado, esto es, ya se encontraban debidamente diligenciadas,

además de que ninguno de los dos asesores contratados por el municipio para tal efecto le manifestó la existencia de irregularidades en el trámite.

A lo anterior se suma el hecho de que el cuestionamiento penal estructurado en su contra también se basó en múltiples medios de convicción, primordialmente de carácter testimonial, que permiten inferir su intervención en dichos trámites sin que en su calidad de Tesorero hubiera efectuado reparo alguno ante las evidentes irregularidades, tales como las versiones de Olga Yaneth Beltrán Rodríguez, Ligia Clavijo Guzmán, Willer Octavio Barrera Peña, Evelio Baquero, Álvaro Rojas Castro, Juan Carlos Rivera Venzo, Argelia Agudelo Soriano y Amanda Barbosa Cubillos.

Es decir, que frente a lo pretextado por la casacionista prácticamente se opone el mismo dicho del procesado quien admite haber conocido de las contrataciones irregulares “en ejercicio de su funciones” como lo exige el tipo penal por el cual se le acusa, lo cual, adicionalmente, es ratificado por los demás medios de convicción enunciados.

Al respecto, tiene dicho la Sala que en materia penal rige el principio de libertad probatoria consagrado en el artículo 237 del estatuto procesal penal, de acuerdo con el cual los elementos constitutivos de una conducta punible, así como los referidos a la responsabilidad del procesado en general, pueden demostrarse a través de cualquiera de los medios probatorios reconocidos legalmente, salvo que la ley exija prueba especial, lo que no sucede en este caso, y en la medida en que su ponderación se ciña a los parámetros de la sana crítica.

Ahora, en lo que tiene que ver con la supuesta omisión de valorar el testimonio de Willer Octavio Barrera Peña, también alegada en la censura, es evidente que no amerita mayor comentario porque es claro que esta prueba fue objeto de amplia ponderación en los fallos al punto de ser uno de los medios probatorios pilares de la

atribución de responsabilidad a los sindicatos, amén de que en su condición de máxima autoridad municipal para el período en que se presentaron las irregulares contrataciones, puso en conocimiento los pormenores en que se llevaron a cabo, aceptando su responsabilidad mediante la figura de sentencia anticipada.

Por último, tampoco es admisible el presunto desconocimiento que alude la demandante del Manual de Funciones para las diferentes dependencias y cargos del municipio de Silvania, estipulado en el Decreto 121 del 6 de diciembre de 1995, pues allí se establece que corresponde al Tesorero “mejorar y controlar las cuentas municipales” y “efectuar en forma oportuna los pagos ordenados, con el lleno de los requisitos establecidos” (subrayas fuera de texto), de cuyo contenido emana suficientemente claro que tales imperativos imposibilitaban facilitar el pago de contratos en donde se advertían serias inhabilidades de orden legal.

Lo anterior es suficiente para colegir que no se configuran los yerros de valoración probatoria expuestos por la casacionista en el primer cargo.

2.2. Segundo cargo. Violación indirecta de la ley sustancial derivada de un error de hecho por falso juicio de existencia por suposición:

Para la censora este reproche se presenta porque en la sentencia de segunda instancia se manifestó que su defendido prestó una colaboración sustancial a la ejecución de los delitos con el fin de ubicarlo como coautor en la modalidad impropia mediante la modalidad de división de trabajo, lo cual presupone un acuerdo previo, pero a su juicio se trata de una afirmación sin sustento probatorio, pues ninguna prueba corrobora este aserto, por lo que el fallador termina por imaginar la prueba.

La apreciación anterior de carácter general no cuenta con la entidad suficiente para resquebrajar el fallo, pues parte del presupuesto equivocado de que para inferir el acuerdo previo que caracteriza la figura de la coautoría en la denominada modalidad

impropia es imprescindible la existencia de prueba directa, dejando de lado que a tal conclusión se puede llegar por vía indiciaria, como aquí efectivamente se infiere a partir del contenido de las declaraciones de Olga Yaneth Beltrán Rodríguez, Ligia Clavijo Guzmán, Willer Octavio Barrera Peña, Evelio Baquero, Álvaro Rojas Castro, Juan Carlos Rivera Venzo, Argelia Agudelo Soriano y Amanda Barbosa Cubillos, quienes son enfáticos en asegurar que EDILBERTO BARRERA DURÁN, en su calidad de Tesorero del municipio de Silvania, estando en el deber legal de impedir el pago de los contratos irregulares, no ofreció ningún reparo a ello y, antes bien, procedió a materializarlos.

Como ocurrió con la anterior censura contenida en la demanda presentada a nombre de este procesado, ésta tampoco logra demostración alguna.

3. Demanda presentada por el defensor de la procesada ARCELIA AGUDELO SORIANO:

Con fundamento en la causal primera de casación, esto es, por violación indirecta de la ley sustancial, aduce el casacionista que el fallador incurrió en un error de hecho por falso juicio de existencia por haber omitido valorar la certificación expedida por el Gerente de la Caja Agraria del municipio de Silvania de fecha 22 de julio de 1997 que obra en el cuaderno original número 5 del expediente a folio 1214, en donde se consigna que su prohijada fue separada del cargo temporalmente durante el lapso comprendido entre el 15 de septiembre de 1994 al 13 de agosto de 1995, lo que a su juicio resulta suficiente para corroborar que no se encontraba en ejercicio de sus funciones como Subgerente de la Caja Agraria del municipio de Silvania para la fecha en que se celebraron los distintos contratos con la administración, por lo que, en su sentir, no se satisface la exigencia prevista en el tipo penal del artículo 144 del Decreto 100 de 1980, modificado por la Ley 80 de 1993 y la Ley 190 de 1995, en sus artículos 18 y 32.

De conformidad con lo señalado en los fallos de instancia, a la procesada se le endilga responsabilidad penal en el delito de violación al régimen legal de inhabilidades e

incompatibilidades por haber celebrado con el municipio como subgerente de la Caja Agraria de la referida localidad, en el año de 1995, los contratos de fechas julio 14, por valor de \$ 410.00,00, julio 18 por \$ 450.000,00, agosto 1º, por un monto de \$ 575.000,00 y agosto 19 por valor de \$ 315.000,00.

De lo anterior se desprende sin dificultad alguna, como bien lo destaca el Procurador Delegado, que aun si se aceptara que la sindicada no ejerció sus funciones durante el lapso comprendido entre el 15 de septiembre de 1994 al 13 de agosto de 1995, primer período durante el cual estuvo separada del cargo de conformidad con la constancia aludida, lo cierto es que ello no se torna suficiente para exonerarle de toda responsabilidad y, en esa medida, como lo solicita el recurrente, casar el fallo, pues ese lapso no abarca el último contrato que celebró con la administración, esto es, el del 19 de agosto de 1995.

Pero, además, es lo cierto que tal documento tampoco cuenta con la entidad suficiente para resquebrajar el fallo impugnado en relación con los demás contratos celebrados con el municipio, toda vez que de su contenido se colige que la desvinculación durante ese período fue temporal, aun cuando no se expresa el motivo, pues de lo contrario no se explicaría cómo durante los períodos comprendidos entre el 14 de septiembre de 1995 y el 29 de noviembre siguiente disfrutó de vacaciones e incapacidad médica y entre el 18 de enero de 1996 y el 7 de febrero siguiente también disfrutó de vacaciones, según lo certifica la misma constancia y tampoco se explicaría la razón para que obre otra certificación en el expediente por cuyo medio la Vicepresidencia de Recursos Humanos de la Caja Agraria certifica que “para los años de 1995 a 1997 ostentaba la calidad de trabajadora oficial”⁹.

Esa dejación temporal del cargo, entonces, como bien los señala el Procurador Delegado, no resulta ser motivo suficiente para excluirla de responsabilidad frente a la conducta punible por la cual fue acusada, o, dicho de otra manera, no descarta el hecho de la inhabilidad para contratar señalada en el literal f) del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, en tanto no la despoja de la calidad de servidora pública.

Además, la valoración de la constancia también carece de incidencia porque para los casos en que el servidor público actúa como contratista, según criterio sentado por la Sala, su responsabilidad penal dimana de la extensión prevista en el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, en cuyo caso, por supuesto no tiene injerencia que haya cometido el hecho “en ejercicio de sus funciones” como se prevé en el tipo penal que se le atribuye, en tanto su comportamiento se equipara al de un particular que cumple una función pública en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos estatales. Sobre el particular, en decisión que bien está traer a colación se precisó lo siguiente:

“Para que la acción del primero se adecue a las previsiones del artículo 144, citado, se requiere que, en ejercicio de sus funciones, intervenga en la celebración de un contrato con violación del régimen legal de inhabilidades o incompatibilidades. En cambio, la conducta, en calidad de autor, del servidor público que actúa como contratista, no se subsume en dicho precepto, directamente, sino a través del art. 56 de la ley 80 de 1993, pues, por expreso mandato de ella se considera que obra en ejercicio de sus funciones.

En otros términos, si al tenor del artículo 127 de la C. P. y 8° de la ley 80 de 1993, los servidores públicos tienen el deber constitucional de no contratar con entidades estatales, por lo que están inhabilitados para ello, el sentido del artículo 56, ibidem, es el de que comprende no sólo a los particulares sino, con mayor razón, a los servidores públicos que fungen como contratistas. A los primeros, para efectos de imputarles la calidad de autores, no sólo les atribuye la calidad de servidores públicos, sino que considera que

actúan en ejercicio de sus funciones. A los segundos, ni siquiera tiene que endilgarles una calidad que ya poseen, sino que apenas tiene que considerar que actúan en ejercicio de sus funciones.

Por otra parte, si ésta no fuera la inteligencia de ese precepto, se llegaría al absurdo de que al particular contratista que celebra un convenio con violación del régimen legal de inhabilidades o incompatibilidades, se le considera servidor público en ejercicio de sus funciones y, en cambio, al que ya es servidor público, no.

En consecuencia, en el caso presente, aunque el empleado de Ecopetrol no actuó en ejercicio de sus funciones, por disposición de dicho precepto se considera que sí, por lo que fue correcta la decisión del fallador al condenarlo como tal”¹⁰.

Se concluye de lo anterior que el argumento del casacionista tendiente a demostrar que por haber estado su defendida separada de sus funciones durante las fechas en que se celebraron los cuestionados contratos no permite configurar el elemento del tipo penal “en ejercicio de sus funciones” al que alude el artículo 144 del anterior estatuto penal y que, por ello, la conducta desplegada resulta atípica, pierde toda relevancia en punto de la atribución de su responsabilidad penal.

En suma, los aspectos reseñados permiten a la Sala colegir que el único cargo propuesto por el defensor de la procesada ARCELIA AGUDELO SORIANO no tiene vocación de prosperidad.

4. Demanda presentada por el defensor del procesado JOSÉ RICARDO CASTILLO SORIANO:

Con fundamento en la causal primera de casación por violación directa de la ley sustancial, indica el actor que el fallador incurrió en interpretación errónea del artículo 144 del Decreto 100 de 1980, modificado por la Ley 80 de 1993 y la Ley 190 de 1995, en

sus artículos 18 y 32, el cual contiene el tipo penal de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades por el cual se condenó a su defendido, ya que éste como Director de la Unidad Municipal de Asistencia Técnica Agropecuaria (UMATA) en el municipio de Silvania, no tuvo injerencia en la “tramitación, aprobación o celebración” del contrato de obra celebrado entre el alcalde Willer Octavio Barrera Peña y su hermano Eduardo Castillo Soriano, por valor de \$ 400.000,00, por cuanto tal responsabilidad devino de haber suscrito una certificación en la cual hacía constar que el contratista había realizado satisfactoriamente la referida obra, acto que hace parte de una fase posterior a la contratación que no reprime el tipo penal, por lo que es preciso casar el fallo impugnado

Tal como lo sostiene el casacionista y lo avala el Procurador Delegado, una vez revisada la situación particular puesta de presente en la demanda de casación, la Sala llega a la razonable conclusión de que se impone la casación parcial del fallo de segundo grado a efecto de mutar en absolucón la condena impuesta al procesado JOSÉ RICARDO CASTILLO SORIANO

Lo anterior, con fundamento en las siguientes razones:

El sindicato CASTILLO SORIANO durante la administración del Alcalde Willer Octavio Barrera Peña, se desempeñó como Director de la UMATA en el municipio de Silvania; en dicha condición, expidió constancia a través de la cual certificó el cumplimiento a satisfacción de la obra que contrató su hermano José Eduardo Castillo Soriano con el burgomaestre para el embellecimiento de la vía ecológica del municipio.

Si ello es así, como en efecto lo es, es claro que ese acto no constituye intervención en la tramitación, aprobación o celebración del referido contrato, al cual se refiere el tipo

penal de violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, sino en uno posterior incluso a su misma ejecución, pues nótese que si en el documento se certifica que la obra se llevó a cabo en debida forma, ello es claramente indicativo de que la intervención del procesado se circunscribió a la fase de liquidación del contrato, máxime cuando no obra constancia alguna ni referencia testimonial de que lo hubiera sido en una de las etapas anteriores, taxativamente señaladas en la norma que se ocupa de la violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades.

En punto de las intervenciones de los servidores públicos en etapas posteriores a las indicadas en la referida preceptiva, esto es, en las de ejecución y liquidación del contrato, la Sala ha sido enfática en precisar que tal situación no estructura el delito en mención, como así lo señaló en la siguiente decisión que bien está incorporar para sustentar la definición del presente asunto:

“Mientras la violación del régimen legal y constitucional de inhabilidades e incompatibilidades se manifiesta durante las fases de tramitación, aprobación o celebración del contrato, no así de la ejecución y liquidación que son posteriores a aquellas, el interés indebido en la contratación se predica no sólo de todas las fases previas y concomitantes del contrato, esto es de su formación y celebración, sino también de aquellas actuaciones administrativas posteriores que implican la ejecución del mismo, y que se realizan por medio de las denominadas operaciones administrativas a través de las cuales se persigue ejecutar la voluntad de la administración plasmada en el contrato, en orden a buscar su efectivo cumplimiento y la satisfacción del interés general, y particular de la entidad contratante.

Y el tipo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales, por su parte, encuentra realización cuando se tramita, celebra, o liquida inobservando el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, sin que el legislador hubiere previsto para la configuración de este delito lo relativo a los requisitos legales esenciales

para la ejecución del contrato, pues de la celebración del contrato hace un salto a la fase de liquidación, y deja la materia propia de la ejecución a la descripción del delito de interés indebido en la contratación, o a cualquier otro delito que pueda tipificarse durante ella, por ejemplo falsedad, concusión, cohecho, peculado, etc..

Y es que en la fase de ejecución del contrato, el servidor público puede interesarse en que, por vía de ejemplo, la entidad o persona contratista vincule como operarios o consultores a determinadas personas, o se adquieran determinados bienes con alguna empresa en particular, o se beneficie a la entidad contratista mediante la no declaración de caducidad del contrato a pesar de su incumplimiento, o se deje de aplicar alguna otra sanción contractual o legalmente prevista, o se permita entregar los bienes o servicios en cantidad o calidad inferior a la contratada, o en plazos o en lugar distintos de los pactados.

No se trata, pues, de un olvido del legislador de incluir en el tipo de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades la intervención indebida del servidor público en la fases de ejecución y liquidación, pues acorde con la previsión establecida en el artículo 8 de la ley 80 de 1993, las inhabilidades e incompatibilidades no sólo son taxativas, sino que se predicán de la participación “en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales”, no de la etapa de ejecución, pues en ella, la voluntad de la administración plasmada en el contrato administrativo se manifiesta, como se ha dejado expuesto, a través de las denominadas operaciones administrativas que corresponden a un fenómeno posterior a su existencia y perfeccionamiento y con el que se busca materializar el consentimiento expresado en aquél, es decir, hacerlo operante desde el punto de vista de su eficacia.

En tal medida, durante la fase de ejecución del contrato no solo existen obligaciones para la entidad contratante, sino prerrogativas que le permiten exigir del contratista el

cumplimiento de lo convenido en los términos acordados, que se realice dentro de los plazos pactados, en el lugar estipulado, la continuación en la ejecución de lo convenido, el derecho de dirigir y de controlar su ejecución, así como la potestad de modificar unilateralmente los términos pactados para ajustarlos a las reales necesidades de la administración, pudiendo incluso rescindir el contrato o aplicar las sanciones legal o contractualmente previstas para el caso de incumplimiento.

Debido a ello, dada la característica material que ostenta la fase de ejecución contractual, por ende de las operaciones administrativas a través de las cuales se realiza, termina siendo un contrasentido aplicar en dicha etapa un régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para las fases previas y de celebración de contratos con el evidente riesgo de incurrir en la utilización excesiva de elementos normativos que en la práctica conducirían a dejar en manos del juez la determinación del alcance del tipo penal”¹¹.

Así las cosas, como no se remite a duda que la conducta del procesado consistente en expedir la aludida certificación de cumplimiento de la obra, punto sobre el cual coinciden los sentenciadores de instancia, constituye un acto de intervención en la etapa de liquidación del contrato que no sanciona el tipo penal de violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, razonable se impone colegir que efectivamente se presentó en su caso una violación directa la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 144 del Decreto 100 de 1980, modificado por la Ley 80 de 1993 y por los artículos 18 y 32 de la Ley 190 de 1995, por haber extendido su alcance a una situación no prevista en este tipo penal.

Y si ello ocurrió así, impera casar parcialmente el fallo sólo en cuanto corresponde a la atribución de responsabilidad de JOSÉ RICARDO CASTILLO SORIANO para, en su lugar, absolverlo del cargo imputado en su contra en la resolución de acusación, por establecerse la atipicidad de la conducta en relación con el delito de violación del

régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada sólo en cuanto corresponde a la condena contra JOSÉ RICARDO CASTILLO SORIANO, por las razones expuestas en la anterior motivación.
2. ABSOLVER, en consecuencia, al procesado en mención del delito de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades por el cual fue acusado en el presente asunto.
3. PRECISAR que los restantes ordenamientos de la sentencia impugnada se mantienen incólumes.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

MAURO SOLARTE PORTILLA

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
QUINTERO

ALFREDO GÓMEZ

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Página 19 del fallo de primer grado.

2 Pág. 19 ibídem.

3 Pág, 21 ibídem

4 Pág. 29 del fallo de segunda instancia.

5 Folio 2366 cuaderno original No. 8.

6 Pág. 30 del fallo de segunda instancia.

7 Pág. 20 del fallo de primer grado.

8 Ibídem

9 folio 1222 cuaderno original No. 5.

10 Sentencia de fecha abril 25 de 2002, rad. 16408.

11 Sentencia del 20 de mayo de 2003, rad. 14699.