

Proceso No 28052

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Aprobado acta N° 188

Bogotá, D. C., tres (3) de octubre de dos mil siete (2007).

V I S T O S

La Corte resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de FERNANDO PINO RICCI contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva, el 21 de marzo de 2007 que, al confirmar con una modificación, lo atinente a la pena, la emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pitalito, el 6 de diciembre de 2005, lo condenó a las penas principales de 54 meses de prisión, multa equivalente a 22 salarios mínimos legales mensuales e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción privativa de la libertad, como autor de la conducta punible de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

H E C H O S

La Procuradora Delegada los resumió, así:

“Reynaldo Urueña Cadena, en su calidad de Gerente de la Empresa de Servicios Públicos de Pitalito, EMPITALITO ESP, denunció a José Leonidas Sandoval García quien había tomado

en arriendo las instalaciones del matadero municipal y se obligó al recaudo y pago de las cuotas de fomento agrícola y ganadero, cargos parafiscales que no fueron consignados durante los meses de enero y febrero del año 2000, calculados en las sumas de \$4.257.867.50 y \$564.417.00 no obstante los requerimientos hechos por la empresa.

“A través de la investigación pudo comprobarse que detrás del aparente contratista obraban como beneficiarios el diputado por el departamento del Huila Fernando Pino Ricci y su copartidario Sergio Borrero Roza, quienes lo convencieron para que aceptara el contrato, bajo la condición de que los dineros del recaudo les debían ser entregados. Por suscribir este aparente contrato recibía una remuneración mensual por la suma de \$800.000.00 pesos, siendo los otros dos implicados quienes recogían y disponían de dichos recaudos, apropiándose de los mismos y destinándolos a actividades personales”.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en la denuncia, la Fiscalía Diecinueve Seccional ante los Juzgados Penales del Circuito de Pitalito, el 28 de julio de 2000, declaró la apertura de la instrucción.

Escuchados en indagatoria, entre otros, Fernando Pino Ricci, la situación jurídica le fue resuelta, el 1° de febrero de 2001, con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de peculado por apropiación y concusión.

La investigación se cerró el 9 de abril de 2001 y, el 19 de junio siguiente, se calificó el mérito del sumario en contra de Fernando Pino Ricci por los delitos de peculado por apropiación y violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, decisión que fue confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Neiva.

El expediente pasó al Juzgado Segundo Penal del Circuito que, luego de tramitar el juicio, el 6 de diciembre de 2005, dictó sentencia de primera instancia, en la que

condenó, entre otros, a Fernando Pino Ricci a las penas principales de 63 meses de prisión, multa equivalente a \$6.653.714,00 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

Apelado el fallo por el defensor del acusado, el Tribunal Superior de Neiva, al desatar el recurso, el 21 de marzo de 2007, lo confirmó con los resultados ya conocidos.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor de Fernando Pino Ricci, al amparo de las causales tercera y primera de casación, presenta dos cargos contra la sentencia, cuyos argumentos se sintetizan de la siguiente manera:

Primer cargo

El citado profesional del derecho, acusa al Tribunal de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad por violación del derecho de defensa, en tanto que al desatarse el recurso de apelación contra la sentencia de segunda instancia, se varió la forma de participación en la conducta punible, yerro que conduce a predicar una inconsonancia entre la acusación y la sentencia.

En efecto, dice que el procesado y su defensor fueron sorprendidos con una forma de participación que nunca fue objeto de discusión en el proceso.

Asevera que de acuerdo con la estructura procesal que regula la Ley 600 de 2000, los cargos deben ser bien delimitados, en tanto que de esa manera se puede ejercer el contradictorio, de acuerdo con las normas constitucionales y las que integran el bloque de constitucionalidad.

Advierte que si se revisa el sistema consagrado en la Ley 906 de 2004, tal situación

necesariamente conduce a violentar el derecho de defensa del acusado, en la medida en que no pudo controvertir lo referente a este aspecto.

Por manera que considera que la Sala no debe proferir fallo de reemplazo, en la medida en que debe permitir que la defensa se defienda de tal imputación, máxime cuando la acusación se hizo a título de autor, directo o inmediato de la violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades y, por lo mismo, la defensa se preparó respecto de este cargo.

Acota que si al procesado se le hubiese imputado tal grado de participación, la estrategia de la defensa habría sido distinta, puesto que hubiese alegado que el acusado no tenía las calidades que exigía el tipo penal o que las había perdido por razón de la licencia.

Asevera que de acuerdo con el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, el fiscal en sesión del 15 de septiembre de 2005, acusó a los procesados por el delito de abuso de confianza calificado sin que cambiara la forma de participación, cargo que fue congruente con la petición de condena que elevó el fiscal.

Manifiesta que la defensa al sustentar el recurso de apelación enfiló su inconformidad en demostrar que su defendido no fue determinante, “sin imaginarse que el procesado terminaría condenado con un grado de concurrencia sobre el cual no había no había ejercido defensa”.

En tales condiciones, asevera que el Tribunal, al desatar el recurso interpuesto contra la sentencia de primera instancia, varió la forma de participación del implicado Pino Ricci de una manera lesiva, “por cuanto fue condenado a título de determinante y no de autor”.

Dice que su defendido fue acusado por la conducta punible de concusión, y que luego

se concretó como abuso de confianza calificada y violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, siendo estos los cargos que se le atribuyeron en la diligencia de indagatoria.

Por manera que concluye que el Tribunal debió declarar la nulidad de todo lo actuado con el fin de que el procesado se pudiera defender de la nueva forma de intervención. Por ello, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y, en su lugar, declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la diligencia de audiencia pública para que se varíe el grado de participación que permita a la defensa ejercer el contradictorio.

Segundo cargo

Finalmente, basado en la causal primera de casación, el defensor del citado procesado acusa al Tribunal de haber violado, de manera directa, la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 144 del Código Penal.

Anota que desde el punto de vista dogmático cuando se alude al régimen de inhabilidades se está ante un tipo penal en blanco que requiere desentrañar el contenido de la prohibición, por lo que debe hacerse la remisión a normas “en blanco” de carácter extrapenal.

Dice que la estructura típica contempla elementos descriptivos, normativos y requiere de sujeto cualificado que tenga la condición de servidor público que intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato.

Estima que en este supuesto hay indebida aplicación en tanto que no se configuran los elementos exigidos por el tipo, en la medida en que de aceptarse que su defendido intervino en la tramitación o en el contrato suscrito por Leonidas Sandoval García, no lo hizo en ejercicio de sus funciones de diputado a la Asamblea Departamental del Huila, situación que pone en evidencia que falta un elemento normativo, motivo por el cual la

conducta es atípica.

Agrega que la anterior situación fue eludida por los juzgadores de instancia. Además, señala que en el Decreto Ley 1222 de 1988 o Código de Régimen Departamental, modificado por la Ley 617 de 2000 no aparece como función de los diputados la de participar en la celebración o aprobación de contratos.

Dice que el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 se refiere a la responsabilidad penal que no encuadra en los hechos objeto del debate. Anota que el juzgador citó como normas de reenvío los artículos 127 y 250 sin advertir que el artículo 144 del derogado Código Penal hace referencia al régimen legal y no al constitucional de inhabilidades e incompatibilidades de donde se dice que el juicio de comparación se debe hacer con la Ley 1222 de 1996 y con la Ley 617 de 2000, disposiciones que no prohíben contratar con entidades descentralizadas del orden municipal.

Por lo expuesto, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y, en su lugar, absolver a su defendido.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA TERCERA

DELEGADA PARA LA CASACIÓN PENAL

Primer cargo

Manifiesta que no le asiste razón al censor para demandar la casación del fallo con base en la violación del derecho de defensa y del debido proceso, habida cuenta que la participación de determinador fue con respecto del peculado por apropiación cuya denominación fue variada por la de abuso de confianza calificado, tal como se infiere de los fallos.

Respecto a la conducta punible de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, dice que se requiere la condición especial del sujeto activo, es decir, tener la calidad de servidor público y el acusado la ostentaba.

En tales condiciones, carece de razón el cargo formulado por el casacionista.

Segundo cargo

Manifiesta que tampoco le asiste razón al casacionista, por cuanto que de los argumentos expuestos por los juzgadores se advierte que el diputado Pino Ricci sí tenía dentro de su ámbito de autoridad la contratación municipal, argumentos que califica como acertados.

Anota que la prohibición de contratar por parte de los empleados públicos radica en salvaguardar la buena imagen de la administración, la confianza y la respetabilidad frente a los ciudadanos en general.

Finalmente, dice que tampoco comparte la afirmación del censor, según la cual, no hay ninguna prohibición para que un diputado de la Asamblea contrate, en la medida en que la Sala ya despejó el asunto, motivo por el cual procede a transcribir la decisión correspondiente.

Por lo expuesto, depreca a la Corte no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer cargo

1. El defensor de Fernando Pino Ricci, bajo los lineamientos de la causal tercera de casación, acusa al Tribunal de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad por violación del derecho de defensa, toda vez que la citada Corporación al

desatar el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia, varió el grado de participación de aquél en la comisión de la conducta punible, en la medida en que se le condenó como autor cuando se le había acusado como determinador.

2. Como lo destaca la Procuradora Delegada, el actor parte de un supuesto que no consulta la realidad fáctica que obra en el expediente, es decir, que el procesado fue acusado como determinador de la conducta punible de violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, razón por la cual, la censura carece de la correspondiente claridad y precisión.

En efecto, el procesado Fernando Pino Ricci fue acusado en calidad de determinador respecto de la conducta de peculado por apropiación cuya nomenclatura del delito fue variada por la del abuso de confianza calificado, para tal efecto basta revisar la sentencia de primera instancia en la que textualmente se anotó:

“Al Dr. FERNANDO PINO RICCI, se lo acusó como determinador del delito de abuso de confianza calificado de conformidad con la legislación vigente, anterior peculado por extensión en la modalidad de apropiación, en concurso con el de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consagrado en el mismo Libro II Título III, Capítulo IV Art. 144 del C. Penal de 1980”.

Más adelante la citada Corporación destacó:

“C. En relación con el acusado Dr. FERNANDO PINO RICCI, a quien se le imputa su participación en el punible de Abuso de Confianza Calificado a título de determinador, se tiene:

“Debemos recordar que Determinador, es quien provoca eficazmente, en otro sujeto la idea criminosa; trasmite el propósito de ejecutar una conducta punible, o por medios idóneos logra que otro realice la conducta.

“[...] Como se puede observar, el conjunto probatorio reseñado indica que el acusado DR. PINO obró como determinador en la conducta punible de Abuso de Confianza Calificado porque fue la persona que buscó a JOSÉ LEONIDAS y le propuso el contrato; consiguió la documentación, concretamente un modelo de propuesta, e inclusive fijó el precio del mismo, recibiendo a cambio ofrecimiento, los dineros producto del producido, provenientes del matadero municipal de Pitalito, apropiándose posteriormente de los mismos y los cuales tenían como destinación el pago de los aportes parafiscales atrás indicados.

“No olvidemos, que por DETERMINADOR se entiende a la persona que mediante inspiración, mandato, inducción, concejo (sic), coacción, orden, convenio o por cualquier medio idóneo, logra que otra persona realice material y directamente conducta de adhesión o de comisión descrita en un tipo penal, sin que importe en la cualificación del sujeto activo.

“Precisamente, eso fue lo que sucedió en esta actuación, cuando FERNANDO PINO RICCI, quien era Diputado a la Asamblea del Huila en ese momento y con el poder político para lograr la asignación del contrato, se presentó a la residencia de JOSÉ LEONIDAS y le propuso, que éste realizara la propuesta para obtener la administración del matadero, a la vez que le suministró los documentos necesarios para realizarla.

“En consecuencia, a los procesados JOSÉ LEONIDAS SANDOVAL GARCÍA, SERGIO BORRERO ROZO y FERNANDO PINO RICCI, se les condenará por el Abuso de Confianza Calificado, – anterior Peculado por Extensión en la modalidad de Apropiación-, con la pena prevista por la anterior legislación –artículos 133 y 138 concordantes-, a títulos de autor, cómplice y determinador respectivamente; y al último de los nombrados por el punible de violación al Régimen de Inhabilidades e Incompatibilidades artículo 144 del Código Penal anterior, legislación que debe preferirse por ser la más favorable”.

Por manera que resulta claro que el cargo en calidad de determinador fue atribuido por la conducta punible de abuso de confianza calificado, tal como se infiere de la redacción de la sentencia. De ahí que no se advierta la irregularidad denunciada por el casacionista.

De otro lado, no se puede perder de vista que al acusado se le imputó la comisión de la conducta punible de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, en la medida en que Pino Ricci ostentaba la condición de servidor público por cuanto que se desempeñaba como miembro de la Asamblea del Huila, motivo por el cual en él se reunían la exigencias del tipo penal y que sólo puede cometer el delito a título de autor.

En tales condiciones, el cargo no está llamado a prosperar.

Segundo cargo

1. Finalmente, el defensor de Pino Ricci, con base en la causal primera de casación, acusa al Tribunal de haber violado, de manera directa, la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 144 del Código Penal, en tanto que como quiera que se trata de una norma que la doctrina denomina en blanco, necesariamente para culminar con el proceso de adecuación típica se debe remitir a otras normas, entre ellas, al artículo 56 de la Ley 80 de 1996, el Decreto 1222 de 1988 o Código de Régimen Departamental, conjunto normativo que comporta la función de los diputados para participar en la celebración o aprobación de contratos.

En fin, argumenta el censor que en el evento que el acusado hubiese intervenido en el contrato suscrito por el señor Leonidas Sandoval García no lo hizo en ejercicio de sus funciones de Diputado a la Asamblea Departamental del Huila.

2. De igual manera, el casacionista parte de supuestos equivocados a los declarados como probados en los fallos, habida cuenta que dentro del análisis probatorio se dejó en

claro que el acusado sí tenía dentro de ámbito funcional el de contratar y, que, además, ostentaba la calidad de servidor público, razón por la cual reunía todos los elementos contemplados en el tipo penal de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.

Sobre este particular tema, en el fallo de primer grado se plasmó:

“Fuera de ello, el artículo 127 de la Constitución Nacional dispone:

“Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno o entidad pública o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

“Como se puede leer la inhabilidad o prohibición de contratar es general para todo servidor público, pero, a nuestra consideración ‘salvo excepciones legales’, lo que implica que debe existir una ley que de manera positiva establezca la excepción, mientras la misma no exista la prohibición es total para todos los que tiene la calidad de servidor público.

“Por consiguiente, si no existe una ley que de manera positiva y en forma expresa y clara establezca como una excepción para los diputados el poder de intervenir en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato, la prohibición sigue siendo general y total.

“Fuera de ello, el término utilizado por el legislador primario, ‘con entidad pública’ indica que no se está haciendo ninguna clase de distinción, pueden ser del orden nacional, departamental o municipal o entidades de (sic) descentralizadas, ya que todas ellas entran dentro del concepto de entidad pública.

“[...] De otro lado, y sobre el particular, el DR. Pino como argumento trae la

declaración técnica rendida por el DR. ALBERTO YEPES BARREIRO, quien concluye que si bien es cierto todos los servidores públicos se hallaban inhabilitados para contratar con las entidades públicas, el régimen especial para los diputados corroborado con mayor particularidad en la Ley 617 y 2000 y la Ley 1222 de 1986, son regímenes prevalentes por ser especiales, y disponen que los diputados están inhabilitados para contratar con los departamentos y los municipios, pero jamás en dicha ley se menciona que uno no lo pudiera hacer con las entidades descentralizadas del orden municipal como lo son las empresas públicas, por lo que el acusado PINO RICCI jamás pudo estar incurso en régimen de inhabilidades contemplado por el Decreto Ley 1222 de 1986, ni mucho menos por la Ley 617 de 2000 que la sustituyó, porque esta última, circunscribió la incompatibilidad, exclusivamente, a la contratación con los departamentos.

“Desde ya se debe decir, que dicha afirmación no se comparte. Lo anterior obedece a que si bien las leyes señaladas por el testigo de manera expresa, no prohíben contratar con las entidades descentralizadas del orden municipal, eso no quiere decir que lo mismo constituya una salvedad, en los términos de la Constitución; porque tampoco, así expresamente lo dicen las leyes aludidas, ni que dicha conducta entonces es atípica penalmente, por ser permitida.

“Como se pudo observar, la prohibición es de carácter constitucional general y para todo servidor público, y la misma no puede ser revocada por las disposiciones señaladas por el declarante. No olvidemos como las disposiciones constitucionales prevalecen sobre las demás normas, y al ser dicha prohibición de carácter superior, no puede pretenderse suprimida por el sólo hecho que una ley no haya incluido las entidades descentralizadas del orden municipal”.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, surge claro que el acusado Fernando Pino Ricci no podía contratar en los términos a que hace referencia el casacionista.

Dicho de otra manera, aun teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la empresa Empitalito, tampoco le asistiría razón al demandante, en tanto que, como lo ha dicho la Corte, el “artículo 2° de la Ley 80 de 1993 incorpora a las entidades del Estado a las Empresas Industriales y Comerciales, naturaleza de la cual participa [...] A los contratos administrativos de tales entidades se les aplican las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, según lo prevé el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pero la disposición exceptúa de esta regla ‘materias particularmente reguladas en la ley’, siendo una de esas excepciones el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación de que trata el artículo 8° ibidem, por citar como ejemplo lo que atañe al objeto de este proceso. Por esta razón, resulta inatendible la opinión contraria del recurrente, cuando considera que jurídicamente no es exigible y resulta improcedente....

“[...] la Ley 80 del 28 de octubre de 1993 se aplica a las empresas comerciales del Estado ‘en todos los órdenes y niveles’ por mandato del artículo 2°. Esa era la legislación vigente para la época de la contratación. Además, el acto bilateral en cuestión estaba sometido a las reglas y principios de los contratos de las entidades estatales para efectos de las inhabilidades e incompatibilidades [...] luego los aspectos regulados por los artículos 6° del Decreto 1050 y 31 del Decreto 3130 de 1968, las reglas de derecho privado que regían las actividades de las empresas industriales y comerciales del Estado ‘salvo las excepciones que consagra la ley’ fueron compendiadas por la Ley 80 de 1993, legislación que por su carácter especial y vigencia al momento de los hechos debe preferirse a su aplicación, como lo entendió acertadamente el Tribunal”.¹

Por manera que no le asiste razón al casacionista para invocar que el artículo 144 de Decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 32 de la Ley 190 de 1995, no era el llamado a gobernar el asunto, en la medida en que en el procesado no se daban los elementos constitutivos del tipo para predicar la tipicidad de la conducta punible de

violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, puesto que, como quedó visto, como Diputado de la Asamblea del Huila existía en él la inhabilidad para contratar, en los términos aducidos en el proceso.

En consecuencia, el cargo no está llamado a prosperar.

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

R E S U E L V E

No casar la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y cúmplase. Devuélvase al Tribunal de origen.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Permiso

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUÍZ NUÑEZ

Secretaria

1 Sentencia del 4 de agosto de 2004. Rad. 20.682.