

Proceso No 25543

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No.93

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de abril de dos mil ocho (2008).

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de DÍNORA DEL SOCORRO ORTEGA MUÑOZ en contra del fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de Antioquia, que revocó la sentencia absolutoria emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Yolombó (Antioquia) y, en su lugar, condenó tanto a Luis Fernando Bermúdez Olaya como a la mencionada persona por las conductas punibles de interés ilícito en la celebración de contratos y falsedad en documento privado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. DÍNORA DEL SOCORRO ORTEGA MUÑOZ fue elegida por elección popular alcaldesa del municipio de Yolombó (Antioquia) para el periodo comprendido a partir del 1º de enero de 2001, debido, entre otras razones, al aporte económico que a su campaña política otorgó Luis Fernando Bermúdez Olaya.

El 25 de enero de 2001, la alcaldesa DÍNORA DEL SOCORRO ORTEGA MUÑOZ suscribió con la empresa Trycont's Asesores, representada por Luis Fernando Bermúdez Olaya, un contrato público de prestación de servicios, de seis meses de duración y por un costo de treinta millones de pesos, con el objeto de realizar "análisis, estudios, movimientos bancarios y de fondos con sus respectivas liquidaciones [...], por el periodo administrativo comprendido entre enero 1º de 1999 y diciembre 31 de 2000".

En la etapa previa al contrato, las tres propuestas que para tal fin habían sido allegadas a la administración pública fueron consecuencia de la iniciativa particular y de la intervención directa por parte de DÍNORA DEL SOCORRO ORTEGA MUÑOZ. La primera oferta era la perteneciente a la firma Trycont's, mientras que las otras dos, a nombre de Román Darío Rojo Fernández y de Luis Hernando Barrera Quiroz (quienes eran amigos de Luis Fernando Bermúdez Olaya), resultaron ser contrarias a la realidad, pues sus respectivas firmas habían sido falsificadas.

2. Por los anteriores hechos, la Fiscalía General de la Nación adelantó una investigación preliminar, practicó varias pruebas, ordenó la apertura de la investigación, vinculó mediante diligencia de indagatoria a DÍNORA DEL SOCORRO ORTEGA MUÑOZ, declaró persona ausente a Luis Fernando Bermúdez Olaya, les resolvió la situación jurídica a los dos y, una vez finalizada la investigación, calificó el mérito del sumario, acusando a la primera del delito de interés ilícito en la celebración de contratos, de conformidad con lo establecido en el artículo 145 del Código Penal anterior; y al segundo, de la conducta punible en comento, al igual que del delito de falsedad en documento privado, previsto en el artículo 221 del decreto ley 100 de 1980.

Por otra parte, profirió resolución de preclusión de la investigación a favor de DÍNORA DEL SOCORRO ORTEGA MUÑOZ por las conductas punibles de peculado por aplicación oficial diferente y falsedad en documento privado.

En relación con el último de los delitos en comento, el organismo acusador adujo que, si bien le era imputable a la procesada el hecho de haber suministrado a la administración pública los nombres de las personas a quienes había que dirigirles la convocatoria, además de haber recibido por parte de Luis Fernando Bermúdez Olaya las ofertas a nombre de Román Darío Rojo Fernández y Luis Hernando Barrera Quiroz, también era cierto que no se le podía atribuir el conocimiento de que estas últimas eran falsas, al contrario de lo que sucedía con el otro procesado, quien sin duda fue la persona que las elaboró.

3. Confirmada la resolución acusatoria mediante providencia de segunda instancia, correspondieron las diligencias para su conocimiento en la etapa siguiente al Juzgado Promiscuo del Circuito de Yolombó, despacho que absolvió tanto a DÍNORA DEL SOCORRO ORTEGA MUÑOZ como a Luis Fernando Bermúdez Olaya de los delitos que les habían sido imputados.

4. Apelada la sentencia por el representante de la Fiscalía, el Tribunal Superior de Antioquia la revocó en su integridad y, en consecuencia, condenó a DÍNORA DEL SOCORRO ORTEGA MUÑOZ a la pena principal de cuatro años de prisión y veinte salarios mínimos legales mensuales de multa, así como a la accesoria de ley y a la inhabilitación de que trata el inciso 5º del artículo 122 de la Constitución Política, por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos.

Igualmente, condenó a Luis Fernando Bermúdez Olaya a la pena principal de cincuenta y cuatro meses de prisión y veinte salarios mínimos de multa, al igual que a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por los delitos de interés ilícito en la celebración de contratos y falsedad en documento privado.

Por último, le concedió a DÍNORA DEL SOCORRO ORTEGA MUÑOZ la prisión

domiciliaria, mientras que a Luis Fernando Bermúdez Olaya le negó cualquier mecanismo sustitutivo de ejecución de la pena privativa de la libertad.

5. Contra el fallo de segundo grado, el defensor de DÍNORA DEL SOCORRO ORTEGA MUÑOZ interpuso el recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA

1. Primer cargo

Planteó el abogado al amparo de la causal primera cuerpo primero de casación una violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad contemplada en el artículo 409 de la ley 599 de 2000, que regula en la actualidad el tipo de interés indebido en la celebración de contratos, tal como fue modificado por la sentencia C-128 de 2003 de la Corte Constitucional.

Adujo en sustento de lo anterior que el máximo tribunal en materia de control constitucional transformó la estructura de dicho tipo penal al sostener en la providencia en comento que el interés indebido o ilícito en la celebración de contratos “se penaliza en la medida en que se han dado manifestaciones externas del mismo por parte del servidor” y “no sanciona entonces los simples pensamientos, la personalidad o tendencias del servidor, sino el interés indebido que se manifiesta externamente a través de actuaciones concretas del servidor público”.

Agregó que, en el presente caso, el Tribunal se alejó del derecho penal de acto que pregonó la Corte Constitucional y, en cambio, condenó a DÍNORA DEL SOCORRO ORTEGA MUÑOZ únicamente por el interés subjetivo interno que pudo tener al favorecer a Luis Fernando Bermúdez Olaya, derivado de la circunstancia de que este último realizó un aporte económico a la campaña de la entonces candidata a la alcaldía de Yolombó.

Precisó además que lo anterior de ninguna manera puede ser tomado como indicativo de la realización del tipo, por cuanto la ley 80 de 1993 no consagra inhabilidad alguna para contratar con quien ha hecho contribuciones políticas, aparte de que el aporte se presentó en época bastante anterior a la de la celebración del contrato, siendo que los actos externos al interés ilícito o indebido deben ser concomitantes a la celebración del contrato, e incluso atribuibles al servidor público y no a cualquier otra persona.

2. Segundo cargo

Al amparo de la causal primera de casación, propuso el demandante una violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 21 [sic] del Código de Procedimiento Penal, que consagra el principio de cosa juzgada, al igual que de los artículos 13 y 29 de la [Constitución Política](#).

Sostuvo al respecto que, desde que la Fiscalía profirió preclusión de la investigación a favor de DÍNORA DEL SOCORRO ORTEGA MUÑOZ por el delito de falsedad en documento privado y acusó a Luis Fernando Bermúdez Olaya del mismo, no le era permitido al Tribunal derivar responsabilidad penal alguna por el hecho de que este último le entregara a la procesada las dos ofertas espurias a nombre de Román Darío Rojo Fernández y Luis Hernando Barrera Quiroz.

En consecuencia, solicitó a la Corte que casara el fallo recurrido y que, en su lugar, actuara en sede de instancia, confirmando la sentencia absolutoria de primer grado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. Primer cargo

La representante de la Procuraduría General de la Nación manifestó acerca del primer

cargo formulado por el demandante que este último se enteró tarde del concepto de acción en materia penal, pues su exigencia siempre ha sido proclamada desde la Revolución Francesa, de suerte que la Corte Constitucional no acuñó la teoría del derecho penal de acto en contraposición al derecho penal de autor, ni mucho menos introdujo una modificación al tipo básico de interés ilícito en la celebración de contratos, ya que es presupuesto indispensable para la tipicidad de todos los delitos la existencia de una conducta por parte del sujeto activo que sea apreciable desde el exterior.

Así mismo, precisó que el Tribunal condenó a la procesada con base en actos materiales externos acreditados en la actuación, como postular los nombres de los oferentes a su subalterno en la alcaldía, recibir las propuestas apócrifas por parte del favorecido y entregarlas finalmente al secretario encargado del asunto.

Por último, indicó que el interés indebido de la alcaldesa se manifestó en momentos previos a la celebración del contrato y quedó acreditado con el recibo de las propuestas falsas que ella misma suministró a la administración, aparte de que lo que se juzgó no fue un recibo de dinero a su campaña, sino su actuación como servidora pública al momento de manifestar su apoyo a la propuesta del donante.

Por lo tanto, consideró que no debe prosperar el reproche planteado.

2. Segundo cargo

La Procuradora Delegada señaló acerca de la aludida vulneración al principio de cosa juzgada que el hecho de que el Tribunal haya valorado la prueba de la falsedad de los documentos presentados por Luis Fernando Bermúdez Olaya, con el fin de deducir la responsabilidad penal que le asistía a DÍNORA DEL SOCORRO ORTEGA MUÑOZ en el delito de interés ilícito en la celebración de contratos, de ninguna manera implicó que a ésta se le reviviera la persecución penal por el delito de falsedad en

documento privado, ni mucho menos la imputación fáctica que en tal sentido se había formulado en contra de aquélla.

En consecuencia, solicitó a la Sala no casar la sentencia objeto de impugnación.

CONSIDERACIONES

1. Primer cargo

1.1. El principio del hecho, o principio de materialidad de la acción, está contemplado en el inciso 1º del artículo 29 de la Constitución Política, según el cual “[n]adie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”, y exige que, en materia penal, a toda persona únicamente podrá serle atribuida una conducta (entendida ésta como una acción o una omisión) que, además de ser propia, lesiva, social, culpable y dominable¹, sea externa, es decir, que haya sido manifestada o exteriorizada por parte del sujeto agente.

El principio del hecho, y en particular el requisito de exterioridad de la conducta, tuvo origen y desarrollo en el pensamiento filosófico ilustrado:

“Observado en negativo, como límite a la intervención penal del estado [sic], este principio [el de materialidad de la acción] marca el nacimiento de la moderna figura del ciudadano, como sujeto susceptible de vínculos en su actuar visible, pero inmune, en su ser, a límites y controles; y equivale, por lo mismo, a la tutela de su libertad interior como presupuesto no sólo de su vida moral sino también de su libertad exterior para realizar todo lo que no está prohibido. Observado en positivo, se traduce en el respeto a la persona humana en cuanto tal y en la tutela de su identidad, incluso desviada, al abrigo de prácticas constrictivas, inquisitivas o correctivas dirigidas a violentarla o, lo que es peor, a transformarla; y equivale, por ello, a la legitimidad de la disidencia e incluso de la hostilidad frente al estado [sic]; a la tolerancia

para con el distinto, al que se reconoce su dignidad personal; a la igualdad de los ciudadanos, diferenciables sólo por sus actos, no por sus ideas, sus opiniones o su específica diversidad personal.

"[...] 'Las leyes sólo se encargan de castigar las acciones exteriores', afirma Montesquieu, que estima que es un 'acto tiránico' el castigo de la simple intención homicida. Y Schopenhauer dirá más tarde que 'el estado [sic] no puede impedir a nadie mantener un constante propósito de homicidio o de envenenamiento' y 'no entiende más que de hechos (consumados o intentados), en razón de sus consecuencias: el perjuicio que otro sufre. El hecho, lo acaecido, es la única realidad para el estado; la intención, la voluntad, no se toman en cuenta sino en la medida en que sirven para explicar la naturaleza y significación del hecho'. En suma, existe un ámbito de la vida personal intocable por el poder estatal y a resguardo del control público y de la vigilancia policial: no sólo las intenciones y los proyectos, sino también, con mayor razón, los errores del pensamiento y la opinión que, según dice Hobbes, son exculpables al máximo, dado que 'es imposible que un hombre yerre a propósito'"².

Ahora bien, con posterioridad al auge del derecho penal liberal clásico, el principio del hecho sufrió evidentes menoscabos, debido a la introducción, por parte de las corrientes positivistas y peligrosistas propias de la segunda mitad del siglo XIX, de lo que en la doctrina terminó conociéndose como derecho penal de autor.

De acuerdo con dichas tendencias decimonónicas, lo jurídicamente relevante para la imposición de la sanción en el derecho penal no se circunscribía a lo que la persona hizo, sino a lo que la persona era.

Es decir, al sujeto no se le condenaba por haber realizado una conducta de hurto, homicidio, lesiones, acceso carnal violento, etcétera, sino por tratarse de un ladrón, un

asesino, un mal conductor, un perverso sexual, etcétera.

En la actualidad, si bien es cierto que indebidas manifestaciones del derecho penal de autor pudieron haber subsistido tanto en la parte general y especial del ordenamiento sustantivo³, como en ciertos criterios valorativos que suelen acompañar a la medición de la pena (por ejemplo, la personalidad del agente derivada de antecedentes penales⁴), e incluso ha resurgido en nuevos debates doctrinales como el del llamado derecho penal del enemigo (según el cual el sujeto agente debe brindar la certeza cognitiva de que es una persona para ser tratada como tal por parte del poder punitivo⁵), también lo es que un Estado Social y Democrático de Derecho como el colombiano, que está fundado en el respeto de la dignidad del ser humano, y que en materia penal siempre ha partido de los principios del pensamiento liberal clásico, tendrá que atenerse por regla general a los postulados del derecho penal de acto, con estricta sujeción al axioma *nulla iniuria sine actione* y al principio de materialidad de la acción.

1.2. Por considerar que se trataba de tipos penales de autor, y como tales desconocedores del principio del hecho, un ciudadano, en ejercicio de su derecho contemplado en los numerales 4 y 5 del artículo 241 de la Carta Política, solicitó a la Corte Constitucional que retirara del ordenamiento jurídico los artículos 145 del decreto ley 100 de 1980 y 409 de la ley 599 de 2000, que regulan el delito de interés ilícito (o indebido) en la celebración de contratos de la siguiente manera:

“Artículo 145 [decreto ley 100 de 1980] (modificado por el artículo 57 de la ley 80 de 1993)-. Interés ilícito en la celebración de contratos. El empleado oficial que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales”.

“Artículo 409 [ley 599 de 2000]-. Interés indebido en la celebración de contratos. El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años”.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-128 de 18 de febrero de 2003, desestimó las pretensiones del demandante, y por lo tanto declaró exequibles los artículos en comento, después de concluir, con fundamento en la jurisprudencia que esta Corporación había desarrollado sobre el tema, que ninguna vulneración al requisito común de exterioridad de la acción se derivaba del tipo penal de interés ilícito (o indebido) en la celebración de contratos, sino que, por el contrario, para su configuración resulta indispensable la manifestación en el mundo exterior de una conducta que fuese infractora de los principios que regulan la contratación pública.

De acuerdo con la Corte Constitucional,

“[...] las normas acusadas exigen necesariamente para la configuración del delito que ellas tipifican, la manifestación externa del interés indebido del servidor público que interviene en un contrato en razón de su cargo o funciones.

“Los tipos penales acusados no reprochan en efecto los pensamientos no exteriorizados del servidor público, como lo pretende el actor -los cuales, si no tienen ninguna incidencia en la actuación del servidor público, no tienen tampoco ninguna significación penal-, sino el interés que éste muestra con sus actuaciones en provecho propio o de un tercero, dejando de lado el interés general que de acuerdo con la Constitución, la ley y los reglamentos corresponda asegurar específicamente a la administración en el proceso contractual en el que el servidor público interviene.

"Es decir, que el interés que las normas acusadas penalizan es el que se exterioriza por el servidor público en desconocimiento de su deber de imparcialidad en la gestión contractual, conducta que en la medida en que afecta el bien jurídico administración pública en los términos ya aludidos puede perfectamente ser penalizada por el legislador en ejercicio de su potestad de configuración en este campo, como lo advierte el señor Fiscal General de la Nación.

"Del examen de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a que se ha hecho extensa referencia en los apartes preliminares de esta sentencia, se desprende por lo demás que el juez natural de estas conductas no ha tenido ninguna dificultad en la aplicación de las normas acusadas en este sentido y que son obviamente las manifestaciones externas del interés indebido mostrado por los servidores públicos las que ha tomado en cuenta para establecer la configuración de dicho interés prohibido por la ley [destaca la Sala].

"Ahora bien, dado que el actor basa su demanda en la inconstitucionalidad que según él afecta toda la descripción típica en razón del verbo rector del delito, y que como el mismo lo reconoce "no habría lugar a censura constitucional si el legislador, en aras de proteger la imparcialidad y moralidad de la función administrativa -como expresa es su intención- hubiere sancionado el actuar motivado por el deseo de obtener provecho propio o ajeno, o con desconocimiento de los postulados constitucionales y legales que rigen la actividad contractual de las entidades públicas, porque de este modo sí se garantizaría eficazmente la protección de la administración pública que es el bien jurídico que se busca proteger por el legislador", ha de concluirse que su acusación contra los artículos 409 de la Ley 599 de 2000 y 145 del Decreto 100 de 1980, por la supuesta vulneración de los artículos 1, 6, 13, 18 y 29 superior, se basa en una interpretación errónea de la norma"⁶.

Entre las decisiones que la Corte Constitucional utilizó en sustento de su

conclusión, es de destacar la sentencia de 18 de abril de 2007, en la que la Sala sostuvo que el objeto de reproche del delito de interés ilícito en la celebración de contratos consiste en “haber infringido los principios que orientan la actividad estatal de la contratación, como un valor que se configura con la plena observancia de las reglas que garanticen a los co-asociados una administración transparente, objetiva y por supuesto imparcial” y que, en especial, “se liga indefectiblemente al desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetivas”.

Recientemente, este criterio fue reiterado por la Sala, al sostener que “el desconocimiento por el servidor público de sus deberes funcionales en sus actuaciones relacionadas con la contratación estatal y en particular de su obligación de perseguir exclusivamente los fines que para el efecto fijan la Constitución, la ley y los reglamentos, sin que pueden interferir sus propios intereses o los de terceros, es lo que penalmente se reprocha”⁸.

1.3. En el asunto que centra la atención de la Sala, el defensor de DÍNORA DEL SOCORRO ORTEGA MUÑOZ solicitó que se casara la sentencia de segunda instancia, por cuanto el Tribunal, al momento de proferir el fallo condenatorio, no tuvo en cuenta la modificación que al tipo básico de interés ilícito (o indebido) en la celebración de contratos introdujo la Corte Constitucional con la sentencia C-128 de 2003, y porque lo único que fue materia de juzgamiento en este caso fue el estado anímico interno de la acusada dentro del proceso de contratación en el cual salió favorecido Luis Fernando Bermúdez Olaya.

Frente a los planteamientos del demandante, cabe destacar, en primer lugar, que la Corte Constitucional, al declarar ajustados al ordenamiento jurídico los artículos 145 del Código Penal anterior y 409 del actual, no efectuó modificación alguna, ni mucho menos interpretó dichas normas de manera distinta a lo que la jurisprudencia de esta Corporación venía haciendo de vieja data. Por el contrario, se basó para adoptar tal

decisión en el pacífico y reiterado criterio de esta Corporación (que por cierto obedece a los postulados de un derecho penal de acto y no de autor) de que el interés ilícito o indebido en la contratación pública tiene que exteriorizarse con la infracción por parte del servidor de los deberes de transparencia y objetividad que le asisten, tal como se analizó en precedencia.

En segundo lugar, no es cierto que en el presente caso se juzgó a la procesada únicamente por un estado subjetivo interno o de ánimo que no repercutió en el mundo exterior, ni tampoco en el indicio construido con base en un comportamiento ajeno, consistente en el aporte económico que para su campaña política recibió la alcaldesa por parte del otro sentenciado.

En efecto, en las calificaciones tanto de primera como de segunda instancia, el organismo acusador le imputó desde el punto de vista fáctico a DÍNORA DEL SOCORRO ORTEGA MUÑOZ la realización de la conducta punible de interés ilícito en la celebración de contratos en atención a distintos tipos de actos materiales que, en conjunto, demostraban la vulneración de los principios que rigen la contratación pública, entre los cuales se destacaba el haber suministrado los nombres de Luis Fernando Bermúdez Olaya, Román Darío Rojo Fernández y Luis Hernando Barrera Quiroz con miras a hacer una convocatoria para la adjudicación del contrato, así como el haber recibido por parte del primero las respectivas ofertas, dos de las cuales resultaron ser falsificadas. En palabras de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal:

“[...] si la señora ORTEGA fue quien suministró los nombres únicos a quienes se dirigió la convocatoria como posibles interesados en ofertar para el contrato, y si éstos a su vez los recibió de la única persona que pudo suministrárselos, Luis Fernando Bermúdez Olaya (pues usó cotizaciones no suscritas por ellos), quien a su vez fue un contribuyente de la campaña electoral de la señora ORTEGA para la alcaldía de Yolombó, fue porque la señora ORTEGA participó en la contratación con el claro interés de adjudicar a

Bermúdez el contrato, a falta de otros genuinos oferentes, pues, finalmente, burló los principios de la selección objetiva y de la transparencia en la contratación, simulando con documentos (que resultaron ser espurios) la presentación de otras ofertas de mayor valor que acompañaban a la de Luis Fernando Bermúdez”9.

Y, en la sentencia condenatoria, el Tribunal consideró probados tales hechos de la siguiente manera:

“Contrario a lo que sostiene el a quo [...], en el caso objeto de examen sí hubo una desviación en el ejercicio del poder que lesionó a la administración pública, pues no otra connotación tiene la contratación que se hizo con total desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva que dieron al traste con la corrección y rectitud que deben guiar los actos de los funcionarios públicos [...]

“Dígalo, si no, el hecho de que pese a que se podía contratar directamente, como así lo hizo la alcaldesa, según el artículo 24, numeral d) de la ley 80 de 1993, se aportaron a la contratación tres ofertas de supuestos proponentes, habiendo resultado dos de ellas apócrifas, las correspondientes a Luis Hernando Barrera Quiroz y Román Darío Rojo Fernández, quienes a fls. 178 del cuaderno 1 y 582 bis del 2 tajantemente negaron haber suscrito las cotizaciones que aparecen a fls. 75 y 76 del cuaderno 1; y la de Luis Fernando Bermúdez fue la única que no adoleció de esa tacha, siendo, entonces, la escogida por DÍNORA ORTEGA MUÑOZ.

“El hecho de que DÍNORA MUÑOZ hubiera obtenido ofertas de otros proponentes, sin ser ello necesario porque se trataba de una contratación directa, es indicativo de que pretendía ocultar los verdaderos propósitos que abrigaba al contratar con Bermúdez Olaya, que no son otros que favorecerlo con una negociación que de antemano era ilegal, tanto más cuando se observa que los nombres de los otros supuestos interesados en la negociación no fueron escogidos al azar por la funcionaria pública, sino que tuvieron

que llegar a su poder por intermedio del propio Luis Fernando Bermúdez, tal como se desprende de la trascendental circunstancia de que éste era amigo de Luis Hernando Barrera Quiroz y Román Darío Rojo Fernández, como éstos así lo dieron a saber en sus respectivos testimonios.

”La conclusión que se impone, entonces, es que la contratación no fue desinteresada, pues desde el principio aflora el marcado interés que la Alcaldesa tuvo para favorecer al contratista, tanto más cuando se observa que ella fue la que le dio los nombres de los supuestos proponentes al secretario de gobierno municipal Óscar de Jesús Sepúlveda Londoño para que les enviara las respectivas comunicaciones (fls. 209 cuaderno 1)”¹⁰.

En este orden de ideas, para la Sala no hay duda alguna acerca de que DÍNORA DEL SOCORRO ORTEGA MUÑOZ fue juzgada por una conducta realizada por ella misma y exteriorizada en el plano de lo material, que consistió en llevar a cabo una contratación a favor de Luis Fernando Bermúdez Olaya en detrimento de los deberes de transparencia y selección objetiva que para la época de los hechos le eran exigibles como alcaldesa del municipio de Yolombó.

Lo anterior no sólo satisface lo requerido por el principio de materialidad o principio del hecho en el derecho penal, sino que además es susceptible de ajustarse desde el punto de vista dogmático a todas las definiciones que del concepto de acción ha propuesto la doctrina, en la medida en que, por ejemplo, el comportamiento atribuido a DÍNORA DEL SOCORRO ORTEGA MUÑOZ bien puede ser entendido como unos movimientos corporales externos producidos mediante actos de voluntad (Mezger¹¹), o una dirección del acontecer causal exterior determinada por una actividad final (Welzel¹²), o una manifestación de la personalidad (Roxin¹³).

De ahí que el indicio que construyó el Tribunal con base en el hecho de que la procesada recibió en plena campaña política un aporte económico proveniente de Luis

Fernando Bermúdez Olaya no debe ser entendido como parte del comportamiento de DÍNORA DEL SOCORRO ORTEGA MUÑOZ, sino como una circunstancia tendiente a corroborar la realidad de la imputación fáctica, es decir, que la alcaldesa infringió los principios de la contratación pública motivada por el auxilio económico que le había brindado el oferente. Y, por otro lado, el que la aludida circunstancia constituya o no inhabilidad para contratar es irrelevante para los efectos de la conducta adelantada por la aquí procesada, porque ello no implica que la gestión contractual dejara de realizarse bajo los ámbitos de transparencia y objetividad que prevé la ley 80 de 1993.

1.4. Finalmente, no es cierto que el interés ilícito o indebido por parte del servidor público tenga que manifestarse únicamente en el momento de la celebración del contrato, tal como lo afirmó el demandante, pues, como bien se adujo en la sentencia C-128 de 2003 de la Corte Constitucional cuya aplicación se reclama, el delito por el cual fue condenada la alcaldesa de Yolombó ocurre “cuando el servidor público desborda el marco preciso que le está fijado por el ordenamiento jurídico en el proceso de formación, celebración, ejecución o terminación del contrato en que tenga que intervenir en razón de su cargo o sus funciones” y, por lo tanto, es susceptible de configurarse en cualquiera de las mencionadas etapas:

“Desde esta perspectiva resulta claro que el Legislador pretende que el tipo penal subexámine proteja el interés general de la actividad contractual en todas sus etapas desde la fase precontractual hasta la fase de terminación y liquidación.

”No debe olvidarse al respecto que las etapas previas a la celebración del contrato, así como las de terminación y liquidación del mismo, son los momentos en que con mayor frecuencia se pueden dar las manifestaciones desviadas del interés general y las manipulaciones por parte de los servidores públicos de las finalidades de la contratación estatal”¹⁴.

En consecuencia, el reproche no prospera.

2. Segundo cargo

2.1. Consagrado en el inciso 4º del artículo 29 de la Constitución Política¹⁵, así como en el numeral 4 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁶, el numeral 7 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁷, el artículo 20 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional¹⁸, el artículo 8 de la ley 599 de 2000¹⁹ y el artículo 19 de la ley 600 de 2000²⁰, el principio de non bis in ídem es una garantía jurídico penal que impide que una persona sea sometida a una doble valoración, agravación, imputación, investigación o juzgamiento por un mismo hecho y que, a su vez, comprende el principio de res iudicata (o cosa juzgada), que, de acuerdo con lo que ha sostenido la Sala, “hace referencia a que las sentencias judiciales ejecutoriadas o cualquier otra decisión de esta misma fuerza vinculante, en cuanto ostentan al carácter de definitivas e inmutables, son material y jurídicamente intocables y resultan de obligatorio acatamiento para el juez, los sujetos procesales y, en general, para todo el conglomerado social”²¹.

Igualmente, el principio non bis in ídem contempla tres presupuestos: (i) identidad de sujeto, (ii) identidad de objeto y (iii) identidad de causa o de fundamento. Según la Corte:

“La identidad en la persona significa que el sujeto inculcado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole.

“La identidad del objeto está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. Se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza.

“[...] sobre la identidad de causa, débese señalar lo siguiente: Para la Corte, en el

ámbito punitivo ese elemento, también denominado identidad de fundamento, está necesariamente vinculado con el concepto de bien jurídico tutelado, de manera que no resultará jurídicamente viable la doble incriminación por un mismo hecho, cuando las conductas punibles reprochadas lesionan o ponen en peligro idéntico interés jurídico”²².

2.2. En el asunto materia de examen, el demandante solicitó que se casara el fallo y que en consecuencia se absolviera a DÍNORA DEL SOCORRO ORTEGA MUÑOZ, por cuanto la Fiscalía General de la Nación había proferido en la calificación del mérito del sumario preclusión de la investigación a favor de esta persona por el delito de falsedad en documento privado, debido a la utilización de dos falsas ofertas, mientras que el Tribunal se valió del hecho de que la alcaldesa recibió dichos documentos para condenarla por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos.

Ninguna vulneración al principio non bis in ídem, ni mucho menos al de cosa juzgada, encuentra la Sala con tal planteamiento. En primer lugar, no existe identidad de objeto entre la conducta por la cual fue favorecida la procesada con la preclusión de la investigación y la que constituyó una de las formas en que se manifestó la conducta de interés ilícito, toda vez que la primera acción consistió en falsificar y usar unas ofertas a nombre de Román Darío Rojo Fernández y Luis Hernando Barrera Quiroz, mientras que la otra radicó en haber suministrado dichos documentos a la administración pública después de que los recibiera por parte de Luis Fernando Bermúdez Olaya, persona que, dicho sea de paso, fue la que terminó siendo acusada y sentenciada por la conducta anterior.

En la calificación del mérito del sumario, la Fiscalía fue muy clara al distinguir esas dos situaciones fácticas de la siguiente forma:

“[...] como bien lo habíamos advertido en anteriores acápites de este proveído, ninguna responsabilidad se deducirá por este ilícito [falsedad en documento privado] en contra de la co-sindicada alcaldesa DÍNORA ORTEGA MUÑOZ, basados en el simple y elemental fundamento de que, si bien fue ella la persona que directamente se encargó de presentar a su secretario general y de gobierno el nombre de las dos personas, al igual que del contratista seleccionado, con el fin de que se les enviara las invitaciones para que se presentaran sus propuestas en la contratación suscrita con Bermúdez Olaya (contrataciones en las que se falsificaron las firmas de las dos personas no seleccionadas), tal situación no puede hacersele extensiva a la misma o tenerse en cuenta como fundamente [sic] de un juicio de responsabilidad en su contra por dichas falsedades, como que tal circunstancia no es significativa de que, al momento en que recibió ella los nombres de esos supuestos cotizantes, tenía conocimiento de la apocrifidad que entrañarían las propuestas que posteriormente se presentaron a nombre de dos de éstos. Ahí radica la sustancial diferencia por la que no se puede endilgar a la acriminada alcaldesa el delito de falsedad en documento privado [...]

”Diferente es el caso del co-sindicado Luis Fernando Bermúdez Olaya, en cuya contra la prueba de cargos es lo suficientemente directa para que se profiera un juicio de responsabilidad por la falsedad de las propuestas presentadas a nombre de Román Darío Rojo Fernández y Luis Hernando Barrera Quiroz (fls. 75 y 76), toda vez que fue él el autor material e intelectual de dichas falsificaciones”²³.

En segundo lugar, no existe identidad de fundamento, porque una cosa fue la investigación atinente a la vulneración del bien jurídico de la fe pública, que representó la creación y utilización de los documentos falsificados, y otra cosa muy distinta es el juicio adelantado por la afectación al bien jurídico de la administración pública, debido al interés ilícito que la servidora pública exteriorizó, entre otras manifestaciones, con la entrega a su secretario de gobierno de las ofertas a nombre Román Darío Rojo Fernández y Luis Hernando Barrera Quiroz.

El cargo, por consiguiente, no prospera.

3. Como consecuencia de todo lo analizado, la Sala no casará la sentencia recurrida en razón de los reproches formulados por el demandante.

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

NO CASAR el fallo impugnado.

Contra esta providencia, no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Comisión de servicio

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ
QUINTERO

ALFREDO GÓMEZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE L.

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Cf. Fernández Carrasquilla, Juan, Derecho penal liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002, pp. 237 y ss.

2 Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pp. 481-482.

3 Cf. Roxin, Claus, Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Civitas, Madrid, 1997, §§ 15-22.

4 Véase, por ejemplo, sentencia de 20 de febrero de 2008, radicación 21731.

5 “Quien no preste una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal no sólo no puede ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, pues de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas”. Jakobs, Günther, ‘Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo’, en Jakobs, Günther / Cancio Meliá, Manuel, Derecho penal del enemigo, Civitas, Madrid, 2003, pág. 47.

6 Corte Constitucional, sentencia C-128 de 2003.

7 Radicación 12658.

8 Sentencia de 16 de mayo de 2007, radicación 23915.

9 Folio 876 del cuaderno III de la actuación principal.

10 Folios 1181-1183 del cuaderno IV de la actuación principal.

11 Cf. Mezger, Edmund, Derecho penal. Tomo I. Parte general, Valleta Ediciones, Buenos Aires, 2004, pág. 59.

12 Cf. Welzel, Hans, Derecho penal alemán. Parte general, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1971, pp. 53 y ss.

13 Cf. Roxin, Op. cit., § 42.

14 Corte Constitucional, sentencia C-128 de 2003.

15 Artículo 29-. [...] / Quien sea sindicado tiene derecho [...] a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

16 Artículo 8-. Garantías judiciales / [...] 4-. El inculpado absuelto por una sentencia no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

17 Artículo 14-. [...] / 7-. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

18 Artículo 20-. Cosa juzgada. / 1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte. / 2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto. / 3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro

tribunal: / a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o / b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

19 Artículo 8-. Prohibición de doble incriminación. A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o le haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales.

20 Artículo 19-. Cosa juzgada. La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante no será sometida a una nueva actuación por la misma conducta, aunque a ésta se le dé una denominación jurídica distinta.

21 Sentencia de 17 de septiembre de 2003, radicación 18793.

22 Sentencia de 6 de septiembre de 2007, radicación 26591.

23 Folio 817 del cuaderno III de la actuación principal.