

Proceso n.º 30291

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No. 152

Bogotá D.C., doce (12) de mayo de dos mil diez (2010).

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado WILSON ENRIQUE PADILLA GARCÍA en contra de la sentencia de segundo grado de 27 de noviembre de 2007 mediante la cual el Tribunal Superior de Valledupar revocó la de carácter absolutorio proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Chiriguaná (Cesar) y en su reemplazo lo condenó como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. La misma decisión condenatoria afectó a Gabriel Figueredo Arzuaga pero en calidad de interviniente del citado ilícito.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 17 de diciembre de 2002, Wilson Enrique Padilla García, en su condición de Alcalde del municipio de Chiriguaná (Cesar) celebró un contrato con Gabriel Figueredo Arzuaga, representante legal del establecimiento comercial “Personal System” —empresa dedicada a la capacitación y suministro de computadores—, por valor de veintinueve millones setecientos mil pesos (\$29.700.000,00), cuyo objeto era el suministro

de 1.000 pupitres unipersonales, los cuales iban a ser repartidos en diferentes escuelas y colegios de esa localidad.

Para tal contratación, se recibieron ofertas extemporáneas de otros proponentes, se pactó un anticipo del 50% del valor del contrato —el cual fue pagado el 30 de diciembre de 2002, dos días antes de su respectiva publicación en la Gaceta Departamental— y pese a que el saldo iría a ser cancelado en febrero de 2003 a la entrega de los pupitres, el 4 de julio siguiente le fue dado al contratista un abono no previsto contractualmente y sólo el 25 de agosto de la anualidad en cita éste constituyó póliza para amparar la calidad de los bienes suministrados, entre otras, anomalías.

La Fiscalía General de la Nación abrió formal investigación en contra de WILSON ENRIQUE PADILLA GARCÍA y Gabriel Figueredo Arzuaga a quienes vinculó a través de indagatoria. Mediante proveído de 16 de julio de 2004 les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin el beneficio de la libertad provisional, al primero como presunto autor del delito de peculado por apropiación en concurso con el punible de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, y al segundo en calidad de interviniente de los mismos comportamientos.

No obstante, mediante providencia de 12 de agosto de 2004, el instructor, al resolver el recurso de reposición elevado por uno de los defensores, precisó que la conducta imputada era la de interés indebido en la celebración de contratos, porque las fases del convenio denotaban el ánimo del Alcalde de favorecer a la empresa de su amigo Figueredo Arzuaga, la cual incluso carecía de la capacidad técnica y locativa para la fabricación de los pupitres. Respecto del ilícito de peculado por apropiación resaltó que si bien mediaba un informe del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación en el que luego de las pesquisas en varios centros educativos se relacionaban los pupitres, ello no desnaturalizaba el ilícito y podría valorarse

posteriormente como un reintegro de los bienes.

Clausurada la investigación, el mérito sumarial fue calificado el 9 de septiembre de 2005 con resolución de acusación en contra de los procesados, conservado el mismo grado de participación atribuido, por los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y peculado por apropiación, registrándose en la parte resolutive que se trataba de los ilícitos “descritos en el Capítulo Primero y Capítulo Cuarto, del Título XV, del libro segundo de la legislación penal sustantiva”.

En virtud del recurso de apelación promovido por los defensores de los procesados, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Valledupar, por decisión de 10 de noviembre de 2005 les precluyó la investigación por el delito de peculado por apropiación al estimar que el instructor no había acreditado la cantidad de pupitres entregados ni la calidad de los mismos, lo cual impedía precisar la cuantía del ilícito, bien por los elementos faltantes o por las deficiencias en su elaboración al no haberse ajustado cabalmente a los términos de referencia, ante lo cual se generaban dudas de tal comportamiento.

De otro lado, insistió el superior en que la acusación versaba por el delito de interés indebido en la celebración de contratos en cuanto se advertía que el proceso contractual estuvo guiado por los lazos de amistad que mantenían los inculcados, lo cual había sido avizorado por el instructor cuando resaltó las inconsistencias en las ofertas demostrativas de querer favorecer a Figueredo Arzuaga.

La fase del juicio la adelantó el Juzgado Penal del Circuito de Chiriguaná (Cesar), despacho que una vez surtió el acto público de juzgamiento, mediante sentencia de 9 de febrero de 2007, en aplicación del principio de resolución de duda, absolvió a los enjuiciados de los cargos formulados.

Ante el recurso de apelación instaurado por el representante del Ministerio Público, el Tribunal Superior de Valledupar a través de sentencia de 27 de noviembre de 2007 revocó

la de su inferior, y en su reemplazo, condenó a WILSON ENRIQUE PADILLA GARCÍA como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, a las penas principales de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, multa de sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes, otorgándole la prisión domiciliaria, en tanto que respecto de Gabriel Figueredo Arzuaga lo condenó como interviniente del mismo comportamiento punible a treinta y seis (36) meses de prisión y multa de cuarenta y cinco (45) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Aunque a este último le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena, también en la parte resolutive le otorgó “la ejecución de la pena privativa de la libertad en su lugar de residencia”.

Por el mismo término de la pena privativa de la libertad impuesta a cada uno les fijó la sanción de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

El apoderado de WILSON ENRIQUE PADILLA GARCÍA impugnó de manera extraordinaria con la respectiva demanda de casación, declarada ajustada a los requerimientos legales y sobre la cual se recibió el concepto del Ministerio Público.

LA DEMANDA

Con apoyo en la causal tercera de casación, prevista en el artículo

207 de la Ley 600 de 2000, el defensor formula un cargo, por nulidad, ante la infracción del derecho de defensa.

Denuncia que en el fallo fueron desconocidas las garantías fundamentales de su asistido al haber sido condenado como autor del delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, cuando en la resolución de acusación le fue imputado el interés indebido en la celebración de contratos, punible al cual la defensa en el juicio apuntó

a refutar, resultando sorprendida cuando el ad quem emitió sentencia por otro delito.

Luego de citar el antecedente jurisprudencial de 27 de abril de 2005 (Radicación 19628), señala que si bien ambas conductas se hallan en el mismo título y capítulo del Código Penal, difieren de sus elementos y estructura sin que medie identidad óptica que avale la variación de la calificación jurídica hecha por el Tribunal.

Por lo tanto, solicita a la Sala casar el fallo y declarar la nulidad desde la intervención del fiscal en la audiencia pública.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

El Procurador Tercero Delegado para la Casación Penal sugiere a la Corte casar el fallo por razón del cargo formulado.

Destaca que efectivamente el juez colegiado optó por condenar por un delito que no fue objeto de acusación al creer que se trataba de los mismos hechos objeto de debate, basado en que los ilícitos se encontraban en el mismo título y capítulo del ordenamiento sustantivo penal.

Respalda la afirmación del censor relacionada con que el procesado fue sorprendido con imputaciones fácticas y jurídicas que no tuvo oportunidad de controvertir, pues los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en su celebración responden a figuras autónomas e independientes, en las cuales su núcleo básico difiere (legalidad objetiva, en una, inclinación de ánimo, en la otra).

Bajo tal postulado, estima que resultaron afectadas las garantías fundamentales del enjuiciado al no permitírsele alguna posibilidad real de defenderse frente a esa nueva imputación, por ello, pide la anulación procesal desde la intervención del fiscal en la

audiencia pública a fin de que juez le haga saber la necesidad de mudar la calificación jurídica y cumplir así con el trámite previsto en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El punto central del embate del libelista se traduce en la falta de consonancia de la sentencia con los cargos formulados en la resolución de acusación, y si bien el numeral 2° del artículo 207 de la Ley 600 de 2000 contempla la específica causal de casación para ese tipo de desafueros, nada impide que como lo hizo, se formule al amparo de la causal tercera de casación, por nulidad, al postular la pretermisión del derecho de defensa por haber sido condenado el procesado por un delito diferente del que le fue endilgado.

Lo anterior cobra vigencia, porque PADILLA GARCÍA fue acusado como autor del delito de interés indebido en la celebración de contratos, pero en últimas condenado por el punible de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, pese a que tales comportamientos se ubican en el mismo título y capítulo del Código Penal y tienen la misma penalidad (4 a 12 años de prisión; 50 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes; y 5 a 12 años de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas), yerro que además de afectar sus garantías fundamentales al ser sorprendido con una imputación jurídica que no tuvo oportunidad de controvertir, socava la estructura del proceso al asumir el juez el rol de acusador a fin de ajustar la calificación jurídica a su criterio.

Conforme con los requisitos previstos en los numerales 1° y 3° del artículo 398 de Código de Procedimiento Penal en comento, ordenamiento bajo el cual se emitió la calificación del sumario, se exige que en la resolución de acusación la imputación no sólo sea fáctica, sino también jurídica, lo que impone detallar la conducta con todas sus circunstancias a fin de que de esa manera se refleje en la sentencia.

Tal acto de calificación sumarial se constituye en el marco conceptual, fáctico y

jurídico de la pretensión punitiva del Estado, sobre el cual se soportarán el juicio y el fallo, garantía que irradia al derecho de defensa ya que el inculcado no podrá ser sorprendido con imputaciones que no haya tenido la ocasión de conocer y menos de controvertir, conservándose así la unidad lógica y jurídica del proceso.

Esa es la razón por la cual al juez le está vedado introducir hechos nuevos, suprimir atenuantes reconocidas, adicionar agravantes, mutar la especie delictiva cuando con tales acciones le hace más gravosa la situación al sujeto pasivo de la acción judicial penal.

No obstante, el artículo 404 del mismo estatuto prevé que en la fase del juicio pueda ajustarse la adecuación típica, procedimiento que puede darse a iniciativa del funcionario acusador o por petición o insinuación del juzgador, el cual busca preservar las garantías del procesado a fin de que cuente con la oportunidad para controvertir la acusación, incorporar nuevos elementos de juicio o suspender el proceso para analizar esa nueva imputación.

La Sala respecto de la normativa aludida ha enfatizado en los aspectos que se deben observar para variar la calificación jurídica provisional cuando se advierte error en la calificación por parte del funcionario acusador al valorar los elementos de convicción o en la selección del precepto que regula el comportamiento investigado, o cuando por prueba sobreviniente se altera un elemento estructural del tipo, la forma de coparticipación o imputación subjetiva, o algún evento configurador de circunstancias que modifiquen los límites punitivos que hagan más gravosa la situación jurídica del enjuiciado.

En un principio, la Corte en auto de 14 de febrero de 2000 (radicación 18457) señaló que:

“..., la imputación hecha en la resolución de acusación es fáctica y es jurídica. Lo que es procedente modificar es la segunda, pues el artículo 404 se refiere a ‘La variación de la

calificación jurídica provisional de la conducta punible', es decir, que el comportamiento, naturalísticamente considerado, como acto humano, como acontecer real, no puede ser trocado.

"Pero como la conducta humana comprende una fase subjetiva y una objetiva o externa, es necesario que la Sala haga algunas precisiones al respecto:

"La primera corresponde a la imputación subjetiva y la segunda a la imputación objetiva. En consecuencia, la imputación fáctica comprende la imputación subjetiva y la objetiva. La primera se puede modificar, no así la segunda en cuanto a sus elementos esenciales, ya que puede ser cambiada en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió el acto. Por lo tanto, lo intangible es el núcleo central de la imputación fáctica o conducta básica.

"En síntesis, la imputación subjetiva, las circunstancias en que se cometió el comportamiento y la calificación jurídica de éste, esto es, su adecuación típica, pueden ser variados.

"3.2. La intangibilidad del núcleo esencial de la imputación fáctica implica que no puede ser cambiado ni extralimitado.

"Si se altera, se estará en presencia de otro comportamiento, y si se extralimita o desborda se estarán atribuyendo otros hechos, otra conducta punible, no incluida en el pliego de cargos.

"3.3. La modificación de la adecuación típica de la conducta puede hacerse dentro de todo el Código Penal, sin estar limitada por el título o el capítulo ni, por ende, por la naturaleza del bien jurídico tutelado.

"En la ley procesal actual, a diferencia de la anterior, la imputación jurídica

provisional hecha en la resolución acusatoria es específica (art. 398.3), (por ejemplo, homicidio agravado previsto en los artículos 103 y 104.1 del Código Penal), sin que se exija el señalamiento del capítulo dentro del correspondiente título, lo que significa que para efectos del cambio de la adecuación típica o de la congruencia, esos límites desaparecieron.

“3.4. Puede hacerse no sólo como consecuencia de prueba sobreviniente sino antecedente.

“La primera está expresamente mencionada en el artículo 404, citado. En cuanto a la antecedente, una atenta lectura de dicho precepto permite inferir que a ella se refiere, al utilizar la expresión “error en la calificación”.

“Este último desatino puede provenir de la apreciación de los elementos de convicción que obraban en el diligenciamiento al proferirse el pliego de cargos (por ejemplo, no se percató el fiscal que entre el homicida y la víctima había una relación de parentesco), o de la selección de la norma, o de su interpretación.

“3.5. Sólo es procedente para hacer más gravosa la situación del procesado, esto es, en su contra (verbigracia, de homicidio culposo a doloso; de cómplice a coautor).

“La anterior característica emana no sólo del texto de la norma que se refiere al “reconocimiento de una agravante”, “desconocimiento de una circunstancia atenuante”, y no a la inversa, sino del hecho de que el juez, al resolver los cargos imputados en la resolución de acusación, puede, como se analiza adelante, degradar la responsabilidad.

“De manera que si el fiscal estima que el acusado debe ser condenado, pero por una especie delictiva menos grave o que se le debe reconocer una circunstancia específica de atenuación o, en general, que se le debe aminorar la responsabilidad, así lo debe alegar

y no proceder a modificar la calificación a su favor.

“3.6. La variación puede ser respecto de un elemento básico estructural del tipo (por ejemplo, de estafa o de abuso de confianza calificado, en cuantía que exceda los 50 salarios mínimos legales vigentes, a peculado por apropiación), forma de coparticipación (por ejemplo, de cómplice a coautor), imputación subjetiva (culpa, preterintención, dolo), desconocimiento de una atenuante específica (como la ira en las condiciones previstas en el artículo 57 del Código Penal), o reconocimiento de una agravante específica, es decir, circunstancias que modifican el marco punitivo.

“3.7. La hace el fiscal por propia iniciativa o a petición del juez, pues aquél, en la etapa de juzgamiento, continúa con la función acusadora.

“Si el juez advierte la necesidad de cambiar la calificación, se deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

“3.7.1. Debe manifestarlo en el momento de la intervención del fiscal en la audiencia, ya que la mutación sólo se puede hacer en esta precisa oportunidad procesal y por una vez, como se verá adelante.

“3.7.2. Debe expresar los motivos por los que estima que debe ser modificada.

“3.7.3. No implica valoración alguna de la responsabilidad.

“3.7.4. Si el fiscal admite que hay necesidad de reformarla, procederá a hacerlo. Si no, deberá expresar las razones para oponerse. Pero, de todos modos, expuesto el criterio del juez, éste será considerado como materia del debate y de la sentencia, para efectos de la consonancia entre ésta y la acusación, debiendo el juez instruir a los sujetos procesales al respecto.

“3.8. Ni la variación hecha por el fiscal de la calificación provisional, ni la manifestación del juez sobre la necesidad de hacerlo, son providencias o actos decisorios, sino simples posiciones jurídicas que en guarda del derecho de defensa, de la lealtad procesal y de la estructura lógica del proceso, se les ponen de presente a los sujetos procesales, para que conocidas puedan debatirlas, por lo que no son recurribles.

“3.9. La oportunidad procesal para trocar la calificación, es la intervención del fiscal en la audiencia, porque al haber concluido con antelación a ella la práctica de pruebas, ya se cuenta con los elementos de juicio suficientes para determinar si la dada es la adecuada o si se debe cambiar. Además, porque así lo dispone la ley.

“3.10. Sólo una vez se puede variar la calificación, pues debe llegar un momento en que la imputación devenga en definitiva e intangible, en guarda del derecho de defensa, de la lealtad procesal, del orden del proceso y del principio de preclusión.

“Así mismo, como se dijo, únicamente en esta oportunidad procesal puede exponer el juez su criterio sobre la necesidad de modificarla.

“3.11. La resolución de acusación, su mutación y la manifestación del juez sobre la necesidad de hacerlo no se excluyen para efectos de la congruencia, por lo que la sentencia puede armonizarse con cualquiera de ellas.

(...)

“4. Es necesario puntualizar que los errores en la calificación jurídica

provisional efectuada en la resolución de acusación, pueden corregirse, en la etapa de juzgamiento, a través de dos mecanismos:

“Variando la calificación, en la forma antes expuesta; o a través del incidente de

colisión de competencias, como se analiza a continuación.

“Si el juez, antes de celebrar la audiencia preparatoria, al constatar su competencia, encuentra que ha habido error en la calificación jurídica de la conducta y ello afecta su competencia, la que corresponde a un funcionario judicial de igual jerarquía (por ejemplo, juez penal del circuito común frente al juez penal del circuito especializado) o de mayor jerarquía (por ejemplo, juez penal municipal frente al juez penal del circuito) no es procedente modificar la calificación, sino que se debe plantear colisión de competencia, en la forma prevista en los artículos 401 y 402 del C. de P. Penal.

(...)

“Si como consecuencia de la alteración de la adecuación típica de la conducta, el conocimiento corresponde a un juez de menor jerarquía, se prorroga la competencia (art.405 ibidem), por lo que no es necesario acudir al incidente de colisión.

(...)

“Además, que fijada la competencia, solo se podrá discutir por prueba sobreviniente.

“Si el error en la adecuación típica del comportamiento no afecta la competencia, sólo podrá enmendarse en la audiencia de juzgamiento, en la forma ya expuesta.

“Por lo tanto, si en la fase del juicio, antes de la audiencia de juzgamiento, el juez o el fiscal advierten que se ha incurrido en error en cuanto a la calificación dada a la conducta punible y ello no altera la competencia, el fiscal no puede variarla, ni aun el juez le puede hacer saber a él y a los demás sujetos procesales la necesidad de hacerlo, sino que tienen que esperarse a la intervención oral de aquél en la audiencia.

(...)

“6. Al tenor de lo expuesto, en la estructura del nuevo estatuto procesal, sólo habrá nulidad por error en la calificación, cuando la variación en la adecuación típica del comportamiento implique cambio de competencia.

“7. Concluida la función acusatoria, con la mutación de la calificación o con la oposición del fiscal a la manifestación del juez sobre la necesidad de hacerlo, hay que darle a los sujetos procesales, particularmente a la defensa, la oportunidad para controvertirla, por lo cual, finalizada la intervención del fiscal, se les corre traslado de la modificación o de la propuesta por el juez, según el caso, pudiendo aquéllos solicitar la continuación de la diligencia, su suspensión para efectos de estudiar la nueva calificación o la práctica de las pruebas necesarias, siguiendo el trámite previsto en el numeral 1° del artículo 404.

“8. Terminada la audiencia pública, el juez debe fallar sobre la imputación fáctica y jurídica contenida en la resolución de acusación, en la variación efectuada por el fiscal y en la propuesta por el juez como objeto de controversia, respetando el principio de congruencia.

“Por ende, le está vedado agregar hechos nuevos, suprimir las atenuantes que se le hayan reconocido al acusado, adicionar agravantes y, en general, hacer más gravosa su situación.

“Es decir, lo más desventajoso que le puede ocurrir al procesado es que se le condena conforme a los cargos que le fueron definitivamente imputados en el debate.

“Pero como consonancia no implica perfecta armonía o identidad entre el acto de acusación y el de fallo, sino señalamiento de un eje conceptual factico-jurídico para garantizar el derecho de defensa y la unidad lógica y jurídica del proceso, no se desconoce la congruencia, si el juez, al decidir sobre los cargos imputados, condena

atenuadamente, por la elemental razón de que si puede absolver, puede atenuar, siempre y cuando se respete el núcleo básico de la conducta imputada.

“En consecuencia, habrá congruencia si al condenar, la conducta se califica con la denominación jurídica que se le dio en la resolución de acusación, o en la variación, o por la propuesta por el juez como objeto de debate y no admitida por el fiscal, o por una figura atenuada con relación a ellas”.

Posteriormente, en providencia de 23 de abril de 2008 (Radicación 29339) la Corte replanteó la interpretación que se venía haciendo del artículo 404 de la Ley 600 de 2000 al disponer que:

“...para las variaciones agravadas de calificación referidas a un elemento básico estructural del tipo, forma de coparticipación o imputación subjetiva, reconocimiento de una agravante y la variación de desconocimiento de una atenuante se pueden efectuar sólo mediante el presupuesto de ‘prueba sobreviniente’, requerimiento de procedibilidad y probatorio que la disposición en cita de igual establece tienen cabida es tras la conclusión de la práctica de pruebas”.

En este orden, modificó la línea jurisprudencial que permitía la variación de la calificación no sólo por prueba sobreviniente, sino también mediante prueba antecedente, esto es la realizada con una nueva mirada o apreciación probatoria, pues:

“Al admitirse que la variación de la calificación pueda efectuarse de igual con ‘pruebas antecedentes’ requisito de procedibilidad no consagrado de manera expresa en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, de alguna manera se permite sin fundamento legal para el caso de debido proceso instrumental con incidencias sustanciales que la Fiscalía en la etapa del juicio pueda llegar a efectuar enmendaciones oficiosas a la calificación provisional dada en la resolución de acusación, bajo el solo predicado de la palabra de haber omitido valorar pruebas consideradas como ‘antecedentes’, facultades oficiosas

que por vía jurisprudencial no son dables otorgar a un sujeto procesal no obstante que éste se predique como el titular de la acusación y que como tal, sólo puede proceder conforme a las “formas propias del juicio” a variar la calificación, no bajo el argumento de la enmendación o del olvido valorativo de una ‘prueba antecedente’, sino bajo el presupuesto normativo y de debido proceso penal instrumental de incidencia sustancial de la ‘prueba sobreviniente’.

La Sala precisó que las variaciones de agravación, diferentes a la errónea calificación que hacen relación al nomen iuris, sólo son procedentes en la medida en que se dé el presupuesto fáctico de prueba sobreviniente surtida en la fase del juicio, así determinó que:

“Al hallarse ubicada la variación de la calificación al interior de la etapa del juicio, fase de características esenciales de concentración y de contradicción probatoria, es como se comprende de acuerdo a lo imperado por el artículo 404 que las variaciones de la calificación distintas a los temas de errónea calificación que dicen relación con nomen iuris diferentes, sólo son procedentes conforme a dicha normativa en la medida en que hubiesen surgido “pruebas sobrevinientes” y que en su contrario ante la inexistencia material y jurídica de éstas en la etapa del juicio, por ausencia de ese requisito de procedibilidad y postulado de necesidad de la prueba no es viable efectuar ninguna variación agravante de calificación”.

En el mismo sentido en la sentencia de 20 de julio de 2009 (radicación 31753) cuando la Corte indicó que:

“... el fiscal tiene alguna limitación para modificar la calificación jurídica en la fase del juicio, en aras de garantizar la legalidad del procedimiento:

“De manera puntual, la Sala precisó que la fiscalía no puede introducir modificaciones a la resolución de acusación para agravar el llamamiento a juicio sobre el presupuesto de

“prueba antecedente”; lo que significa que si al proceso no se aporta una prueba posterior a la resolución de acusación que incida y determine la modificación a la calificación del sumario en sentido desfavorable al acusado, el fiscal no podrá variar la calificación jurídica en el juicio.

“Dicho de otro modo, si no existe modificación en el fundamento probatorio de la instrucción, la Fiscalía tiene la carga procesal (y por consiguiente el Estado) de asumir el error en la calificación jurídica de la conducta por haber formulado una imputación incorrecta, con todas las consecuencias que ello implica.

“Es decir: Cuando no sobreviene prueba que implique una modificación desfavorable a la imputación hecha en la acusación, los cargos se mantendrán en el juicio en la forma, términos y límites que marca la acusación, “errónea”, ejecutoriada. Si no sobreviene prueba, la fiscalía no puede -por el trámite del artículo 404-, incrementar delitos en el juicio(2) ni modificar -en peor- la acusación.

“Es conveniente aclarar, además, que si al momento de calificar el sumario o posteriormente, aparece un medio de prueba que no fue tenido en cuenta por el Fiscal, por ejemplo, porque ordenada su práctica oportunamente antes del cierre de investigación solo se allega por el funcionario comisionado en esas oportunidades nada impediría que con base en tal prueba se adelantaré el trámite reglado en el artículo 404 del C.P.P., como fue al no haber sido discutida no tuvo capacidad demostrativa en la acusación de tal modo que por esa vía generara el eventual error en la calificación.

“Ahora bien, si el fiscal establece que entre las pruebas con las que cuenta la investigación aparecen medios de convicción que comprometen la responsabilidad penal del procesado y (eventualmente) de terceros no vinculados al proceso, deberá compulsar las copias para que se adelante la investigación en forma separada.

“En suma: El criterio que ahora prohíja la Corte consiste en que el Estado, como titular de la acción penal, asumirá las consecuencias que implique el error de la fiscalía en la calificación del sumario y que eventualmente favorezcan al acusado, específicamente cuando se trate de imprecisiones relacionadas con los elementos básicos estructurales del tipo penal. El caso que ahora se ventila es muestra de ello:

“Cuando de modo impreciso acusa por estafa (art. 356 D. 100 de 1980) o por abuso de confianza (art. 358 ib.) siendo la manera correcta como ha debido formularse la acusación el peculado (art. 133 ib.).

“Por consiguiente: si no sobreviene (a la acusación) prueba que fundamente la modificación por el trámite del artículo 404 de la Ley 600, la imputación de la resolución de acusación ejecutoriada se mantendrá para el juicio, y limitará el marco jurídico de la sentencia; salvo eso sí, que alguna de las partes del proceso alegue la nulidad y demuestre la errónea calificación, a la luz del trámite previsto en el artículo 400 de la ley 600.

“Sucedre igual cuando la fiscalía yerra a la hora de imputar i) la forma de coparticipación: supóngase que se acusa como cómplice a un coautor; ii) al momento de hacer la imputación subjetiva: como cuando se acusa por culpa o preterintención en una conducta eminentemente dolosa; iii) cuando en la resolución de acusación se desconocen circunstancias que califican la conducta o que la agravan -como en el caso del hurto-; iv) cuando se reconoce en la acusación, de manera ilegítima, una circunstancia que atenúa el comportamiento, por ejemplo la ira, el intenso dolor, o formas atenuadas de conducta que modifican los límites de la pena.

“Naturalmente que la errónea calificación del sumario realza y reclama la intervención del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales, en aras de evitar crasos errores, que comprometen la legalidad del proceso penal.

“3.El trámite de la variación de la calificación jurídica de la conducta (para agravar la acusación) no se altera cuando sea el juez quien advierta a la fiscalía la necesidad de variar la calificación jurídica provisional en los casos de “error en la calificación”. (Artículo 404 núm. 2).

“En suma: la Fiscalía no puede modificar de forma peyorativa los cargos si no cuenta con prueba sobreviniente (a la resolución de acusación) que implique la modificación desfavorable, porque ello conllevaría desconocer la filosofía y el procedimiento establecido en el artículo 404 del C. de P.P.”

En este caso, el Tribunal, ante el recurso de apelación interpuesto por el representante de la sociedad contra el fallo absolutorio emitido por el juez de primera instancia, estimó que de advertir el sesgo por parte del Alcalde de Chiriguaná (Cesar) en la adjudicación contractual administrativa a la empresa “Personal System” representada legalmente por Gabriel Figueredo Arzuaga, y mediar al mismo tiempo irregularidades en su trámite, no se configuraba el delito de interés indebido en la celebración de contrato, sino el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues éste,

“...es más especial o de mayor riqueza descriptiva porque castiga toda aquella irregularidad o ilegal accionar que se observe en su trámite, como ocurre en nuestro caso y explicable en el entendido de que siempre hay un interés ilícito cuando se encuentra sustentado o implícito en un contrato con apariencia de legalidad en su ejecución y liquidación”.

Bajo tal planteamiento estimó que podía,

“...condenar por un delito distinto –contrato sin cumplimiento de los requisitos legales— muy a pesar que no fue objeto de acusación, pero es de advertir que son los mismos hechos los que derivan este ilícito y además estos fácticos fueron postrados en

debate forense a lo largo de este proceso penal, aun cuando no fuere tratado por el fallador de primer grado, en esas reveladas circunstancias”.

Para arribar a tal conclusión el juez colegiado puso de manifiesto las irregularidades surtidas en el trámite de la contratación desde la presentación extemporánea de las ofertas, la entrega del anticipo del 50% del valor del contrato de suministro antes de su publicación, la cancelación de un abono no estipulado, etc., las cuales justificaban cambiar el delito por el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

En este sentido, realizó las consideraciones de la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal de Valledupar cuando confirmó la resolución de acusación, en palabras del Tribunal,

“Las irregularidades en las ofertas y trámite del contrato sobre los pupitres nos muestran un interés de Wilson Enrique Padilla García, para favorecer a Gabriel Figueredo Arzuaga, tal como lo sostiene la acusación y ratifica la delegada fiscal ante este Tribunal cuando afirmó que: ‘hoy, al analizar con mayor detenimiento el material probatorio nos convencemos que en verdad esta contratación de Figueredo Arzuaga, estuvo guiada por los lazos de amistad que une a los contratantes’ y más adelante señala ‘en efecto, si analizamos las declaraciones de las personas que realizaron las ofertas, solo una de ellas, la de papelería Valledupar se atreve a decir que la envió porque se enteró de la licitación; sin embargo, nos deja en duda esta declaración pues a fe que según verificación que hizo el DAS, en esa papelería, allí se encontró no solo una copia sino el original de la misma, grapada en la parte de atrás; es decir, se desmiente a la dueña de esa papelería para cuando dijo que la habían enviado a la Alcaldía’ y por último sostiene ‘es cierto que el anticipo del contrato, el 50% del valor, se entregó dos días antes de la publicación del contrato en la Gaceta Departamental’”

“Luego entonces habiendo irregularidad en todas las ofertas, en el trámite y adjudicación del contrato, lo que aparenta una igualdad entre los oferentes, al escoger el procesado

Wilson Enrique Padilla García, al contratista Personal System, de propiedad del coprocesado Gabriel Figueredo Arzuaga, la conclusión lógica es que ya existiría la celebración indebida del contrato, desde luego precedida del interés ilícito y como quiera que este último reato es subsidiario refulge que aquel engloba el interés ilícito —sic—”.

Con esta perspectiva, para la Corte resulta diáfano que la sentencia desbordó los términos y alcances de la acusación por sorprender a los procesados con la modificación del nomen iuris, porque si bien es cierto ambos ilícitos (interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin cumplimiento de requisitos legales) se encuentran en el Capítulo IV del Título XV del Código Penal bajo el epígrafe de “la celebración indebida de contratos”, y tienen la misma punibilidad, también es cierto que (junto con el ilícito de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades) conforman tres modalidades comportamentales, cuya forma de protección al bien jurídico o de vigencia de la norma que preserva la administración pública, difiere en cada una de ellas.

En efecto, aunque todas apuntan a preservar los postulados que orientan tanto la función administrativa (la cual al tenor de lo normado en el artículo 209 del texto superior, ha de estar al servicio de los intereses generales y desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), como la contratación estatal (a fin de que sus varias fases de celebración, ejecución y liquidación se surtan además con transparencia, responsabilidad, igualdad de oportunidades y selección objetiva) la lesión o el perjuicio a los intereses de tutela se concreta de manera diversa:

De un lado, se atenta contra la transparencia que debe mediar en la contratación estatal cuando el servidor público en ejercicio de sus funciones interviene, celebra o aprueba un contrato con violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades

e incompatibilidades, en el caso del artículo 4081.

“...la incompatibilidad como la inhabilidad se refieren a la ineptitud o incapacidad para celebrar contratos con el Estado, tanto para quien obra como contratante en representación del Estado, como para quien pretende hacer de contratista en su beneficio o de terceros, en su propia representación o por interpuesta persona. Se configurará este tipo penal, entonces, cuando el servidor público responsable de la contratación permita que el sujeto inhabilitado o incurso en una incompatibilidad participe en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato”².

De otro lado, cuando el servidor público, en vez de acatar los

pilares fundamentales en los que se edifica la contratación estatal, denota un sesgo o parcialidad en su actuación con el fin de favorecer a un contratista incurre, en el delito de interés indebido en la celebración de contratos, contemplado en el artículo 4093

“Lo que se quiere excluir de la práctica y punir con rigidez es el abandono del funcionario público a los deberes, obligaciones y compromisos que adquiere al vincularse con la administración para ejercer un cargo público que le permite de una u otra manera “intervenir” en cualquier condición, en la celebración de contratos. Dicho en otras palabras, ese interés al que se refiere el tipo penal es aquél personal o ajeno, que nada tiene que ver con los fines de la contratación estatal, que no son otros, como ya se dijo, que el cumplimiento de los fines del Estado, fundados éstos en el interés general y no particular.

“Lo anterior tiene sentido, si se considera que en materia de contratación los funcionarios públicos no están exentos, como tampoco lo están los particulares, de actuar conforme a la Constitución y la ley y acorde a los valores y principios que tanto la Carta Política como el propio Estatuto de la Contratación Estatal prevén, para que a través de esta actividad se puedan materializar los fines propios de un Estado de derecho y que no se

proceda con base en intereses ocultos, distintos a aquellos a los que está destinado su objeto⁴.

Por último, cuando el funcionario no ajusta su actuar oficial a las precisas etapas y formalidades legales esenciales atinentes a la contratación estatal queda incurso en el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales previsto en el artículo 4105.

“Se estructura ese tipo penal cuando un servidor público en ejercicio de sus funciones desatiende los requisitos legales atinentes a un contrato, específicamente en tres eventos, a saber: (i) cuando lo tramita sin cumplir los requisitos propios de esa fase contractual, (ii) cuando lo celebra sin observar los presupuestos necesarios para su perfección o sin verificar el cumplimiento de los inherentes a la fase pre-contractual, y (iii) cuando liquida el contrato sin sujetarse a las exigencias requeridas para el efecto.

“Consecuente con lo anterior, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene determinado que los requisitos legales esenciales a los cuales se refiere el artículo 410 del estatuto punitivo, según la fase contractual respectiva, son

“1) Previos a la celebración del contrato:

- a. Competencia del funcionario para contratar.
- b. Autorización para que el funcionario competente pueda contratar.
- c. Existencia del rubro y registro presupuestal correspondiente.
- d. La licitación o el concurso previo.

“2) Concomitantes a la celebración del contrato cuyo cumplimiento habilita el acuerdo entre la administración y el particular:

- a. Elaboración de un contrato escrito que contenga todas las cláusulas atendiendo a su naturaleza, y las obligatorias en casos determinados y para ciertos contratos.
- b. La constitución y otorgamiento de garantías de cumplimiento por el contratista.
- c. La firma del contrato por las personas autorizadas.

“3) Posteriores a la celebración del contrato, cuyo cumplimiento permite que una vez firmado el mismo la actuación quede en firme y pueda ser ejecutado:

- a. La aprobación por parte de la entidad competente.
- b. El pago del impuesto de timbre.
- c. La publicación”. 6

Precisamente esa falta de similitud entre los punibles en comento ha llevado a Sala a sostener,

“[Puede ocurrir] que un contrato se celebre sin que se infrinja el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, taxativamente fijado en la Constitución y en la Ley, cumpliendo igualmente los requisitos legales esenciales determinados específicamente para el tipo de contrato de que se trate, sin que esto impida que se vulnere el bien jurídico (sic) administración pública. En efecto si la actuación del servidor público llamado a intervenir en razón de su cargo o sus funciones en un contrato estatal está determinada por un interés ajeno al general que de acuerdo con la Constitución, la ley y los reglamentos es el que debe perseguir dicho servidor en ese caso concreto, en nada incide para la vulneración del bien jurídico el respeto del régimen de inhabilidades o incompatibilidades o el cumplimiento de los requisitos legales esenciales aludidos, pues la desviación de la actuación del servidor en esas condiciones está desvirtuando la

imagen de la administración pública, la transparencia y la imparcialidad en la celebración de los contratos y en fin la moralidad pública”. 7

Aquí, si bien al momento de definir la situación jurídica de los procesados se les impuso medida de aseguramiento, en principio, en relación con el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la cual seguidamente corrigió el instructor al precisar que procedía por el punible de interés indebido en la celebración de contratos, aquel señalamiento no justifica la postura y modificación introducida por el Tribunal en cuanto la resolución de acusación abarcó jurídicamente el delito relacionado con el interés que demostró el Alcalde en favorecer a su amigo Figueredo Arzuaga en el contrato de suministro de los pupitres.

Así las cosas, deviene diáfano que la postrera variación de la

calificación jurídica realizada por el ad quem lesionó gravemente el ejercicio defensivo en cuanto la estrategia para contrarrestar el poder punitivo estatal, materializado en el acto de acusación, estuvo apuntalada a desvirtuar los elementos integradores del delito de interés indebido en la celebración de contratos, específicamente, por los lazos de amistad predicados entre los contratantes y de ninguna manera a derruir las eventuales irregularidades surtidas en el trámite de la contratación

Ciertamente, PADILLA GARCÍA intentó demostrar que se apegó al interés general y que no atentó contra los principios de imparcialidad y selección objetiva en la celebración de contrato de suministro, como aspecto objetivo y medular del delito objeto de acusación, el cual a la postre fue cambiado abruptamente por el Tribunal cuando realzó el incumplimiento de la legalidad en el proceso contractual, cuyas irregularidades fueron puestas de manifiesto fácticamente en la resolución de acusación y en su respectiva confirmación por parte de la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal.

Aunque podría pensarse que al haber sido condenado PADILLA GARCÍA como autor

del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales a 48 meses de prisión y de inhabilitación de derechos y funciones públicas, así como al pago de una multa de 60 salarios mínimos legales mensuales, acogiendo así los factores mínimos de las dos primeras sanciones, ninguna trascendencia tendría el cambio de la calificación, porque al tener ambos comportamientos los mismos rangos punitivos, en últimas también sería condenado a esas cifras por el delito de interés indebido en la celebración de contratos, la Sala ha insistido en que el tema de injerencia de un desafuero procesal o de un yerro judicial no debe analizarse únicamente en términos cuantitativos en relación con la pena por imponer, sino también en aspectos cualitativos y aquí es evidente la afectación de las garantías del enjuiciado en cuanto se le sorprendió con imputaciones jurídicas que no pudo conocer ni controvertir a tiempo.

El antecedente jurisprudencial que trae a colación el libelista, pese a tratarse de una modificación a la inversa de la que aquí ocurrió (allí se acusó por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pero se condenó por el de interés ilícito en la celebración de contratos), guarda pertinencia con el tema de estudio, en cuanto corrobora que una tal variación toma por sorpresa al procesado y a su defensor ya que apuntaron a derruir la conducta constitutiva de la acusación, obviando cualquier otra postura por diferente ilícito.

“Siendo patente por ende que en el delito materia de acusación la conducta imputada era la de tramitar, celebrar o liquidar contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o sin verificación de su cumplimiento y que en el objeto de condena ella se constituye por el interés que el servidor público evidenciare en provecho propio o de un tercero en cualquier contrato u operación en que debiera intervenir por razón de su cargo o sus funciones, incuestionable es la conclusión que demanda el censor y avala el Ministerio Público por cuanto en esas condiciones en que las conductas imputadas por vía de la acusación y de la sentencia respectivamente difieren en modo tan radical y sustancial ostensible se hace la vulneración al derecho de defensa en la medida en que enjuiciados

los procesados por aquella conducta no tuvieron éstos la oportunidad de controvertir y mucho menos desvirtuar o atenuar la que finalmente se les atribuyó en la condena.

(...)

“Por eso mismo la defensa se concentró en su pretensión de desvirtuar la conducta constitutiva de dicha descripción y sus elementos, obviando cualquier posición defensiva en relación con el tipo de interés ilícito en la celebración de contratos lo que era apenas lógico porque ninguna imputación se había formulado respecto de él, de modo que al trocarse de esa manera en la sentencia impugnada la calificación jurídica de la conducta se sorprendió a los imputados y a sus defensores con una muy diferente imputación de la cual no tuvieron posibilidad alguna, ni eventual, ni real, de defenderse.

“Por tanto independientemente de la posibilidad de considerar a estas alturas el acierto o no de la diversa calificación que el ad quem asignó a la conducta de los procesados su actuación, aunque advirtió inexistente una posible infracción a la estructura del proceso, en cuanto con fundamento en el criterio jurisprudencial sustentado en el Decreto 2700 de 1991 que excluía la incongruencia entre acusación y condena cuando los tipos penales y siempre que no se agravare la situación del procesado se hallaban incluidos en el mismo capítulo del Código Penal, sí resulta lesiva de la garantía fundamental a la defensa, por ello procede por esta vía su restablecimiento y en ese propósito previstos como ahora se hallan los mecanismos legales idóneos habrá de acudirse entonces a la variación de la calificación prevista en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000 de modo que propuesta en la audiencia pública por el juez la que señala el ad quem, tengan los encausados la oportunidad procesal no sólo de conocerla, sino de debatirla jurídica y probatoriamente”⁸

Pese a tal pertinencia, no resulta ahora apropiado —como allí se decidió—, declarar la

nulidad a partir de la audiencia pública, específicamente, desde la intervención oral del fiscal, a fin de que en desarrollo de tal actuación se formule, bien por el propio representante del ente acusador o por insinuación del juez, la variación de la calificación hecha por el Tribunal, porque el cambio que en este caso hizo el ad quem no estuvo basado en una modificación probatoria surgida en la fase del juicio (prueba sobreviniente), sino en una nueva lectura (prueba antecedente) que puso de realce las irregularidades surtidas en el trámite de la contratación desde la presentación de las ofertas, la entrega del anticipo antes de su publicación, la cancelación de un abono no estipulado, etc., las cuales en su criterio justificaban condenar por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en vez del de interés indebido en la celebración de contratos.

Lo expuesto se ratifica al enfatizar que es la Fiscalía, como titular de la acción penal, la que puede introducir en el juicio las modificaciones en la calificación jurídica siempre que medie prueba sobreviniente, facultad vedada al juez, Tribunal o Corte, pues si lo que advierten al momento de decidir de fondo es un error en la adecuación, esto es, en la calificación de la conducta, lo ajustado a derecho, acogiendo la nueva tesis jurisprudencial, será declarar la nulidad del proceso a partir de la calificación a fin de que aquella se realice en debida forma.

Por lo tanto, se declarará la nulidad de la actuación desde la resolución adoptada por la Fiscalía de primera instancia el 9 de septiembre de 2005, para de esa manera restablecer las garantías fundamentales con el objeto de que el procesado ejerza adecuadamente el contradictorio frente a la específica imputación formulada por el ente instructor en la resolución de acusación, sin que ello implique para la Corte la adscripción o prejuzgamiento respecto de determinado ilícito.

En virtud de lo normado en el artículo 229 de la Ley 600 de 2000, la decisión de casar el fallo a fin de declarar la aludida invalidez del trámite se debe hacer extensiva al

enjuiciado no recurrente, Gabriel Figueredo Arzuaga.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. Casar la sentencia impugnada.
2. Declarar la nulidad de la actuación, como consecuencia de lo anterior, a partir de la calificación del sumario de 9 de septiembre de 2005.
3. Remitir, por intermedio del juez de primer grado, las diligencias a la Fiscalía que calificó el mérito del sumario en primera instancia.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Artículo 408. Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades. “El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, 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”.

2 Corte Suprema de Justicia. Providencia de 6 de marzo de 2008. Radicación 24606.

3 Artículo 409. 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”.

4 Corte Suprema de Justicia. Proveído de 6 de febrero de 2008. Radicación 20815.

5 Artículo 410. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. “El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, 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”.

6 Corte suprema de Justicia. Sentencia de 20 de mayo de 2009. Radicación 31654.

7 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 16 de mayo de 2007. Radicación 23915.

8 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 27 de abril de 2005. Radicación 19628.