

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

SP3651-2018

Radicación 49351

(Aprobado Acta No. 288).

Bogotá D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por la Fiscalía 28 de la Dirección Nacional Especializada contra el Terrorismo.

HECHOS:

En desarrollo del acuerdo realizado con los comandantes del Frente “José Pablo Díaz” del Bloque Norte de las autodefensas, la alcaldesa del municipio de Soledad (Atlántico) Rosa Estela Ibáñez Alonso adjudicó varios contratos de obra pública a diferentes Cooperativas entre el 2004 y el 2006, cuyos representantes legales entregaron un porcentaje del valor de los mismos al grupo armado ilegal.

Uno de los contratos fue suscrito el 25 de febrero de 2005 entre la Alcaldía y la Cooperativa Nacional de Desarrollo de Entidades Territoriales (CONALDE), representada por Otilia Ortiz Quitián, y tuvo por objeto la ampliación de la planta física de instituciones educativas del Municipio. Como intermediario entre la contratista, la Alcaldía y las autodefensas actuó

TARCISIO JOSÉ GÓMEZ ARIAS, quien además de haber sido contratado por CONALDE para la ejecución del contrato, fue el encargado de entregar la “comisión” acordada al grupo armado ilegal.

ANTECEDENTES PROCESALES:

1. La Fiscalía 28 de la Dirección Nacional Especializada contra el Terrorismo, al calificar el mérito probatorio, mediante resolución del 28 de junio de 2013, imputó a TARCISIO JOSÉ GÓMEZ ARIAS los delitos de concierto para delinquir agravado, en la modalidad de promoción de grupos paramilitares, en concurso con los de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Decisión que al ser apelada por el apoderado de GÓMEZ ARIAS, fue confirmada por la Fiscalía 75 Delegada ante el Tribunal, mediante resolución del 20 de noviembre de 2013.¹
2. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 12 de mayo de 2014 ante el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Barranquilla. La audiencia pública de juzgamiento se inició el 22 de diciembre de 2014 y culminó el 11 de febrero de 2015. El Juzgado de primera instancia profirió sentencia absolutoria a favor de TARCISIO JOSÉ GÓMEZ ARIAS el 28 de julio de 2015, argumentando la existencia de duda sobre su responsabilidad en los delitos imputados.²
3. Apelada la sentencia, mediante decisión del 29 de junio de 2016, el Tribunal Superior de Barranquilla revocó la absolución y condenó a GÓMEZ ARIAS como cómplice del delito de peculado por apropiación en concurso heterogéneo con el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, a la pena principal de cincuenta y ocho (58) meses de prisión y multa de cuatrocientos cincuenta y cuatro millones (\$454.000.000). Respecto del ilícito de concierto para delinquir, consideró que se trata de un delito simple y no agravado y, al haber transcurrido 6 años desde su materialización (tiempo máximo de pena), declaró la prescripción de la acción penal.³

4. La Fiscalía 28 presentó recurso extraordinario de casación por violación directa de la ley, al considerar que el Tribunal erró en la selección de la norma aplicable y, como consecuencia, dedujo equivocadamente que no existía prueba sobre la circunstancia de agravación en el delito de concierto para delinquir, lo catalogó como simple y, al afirmar que había transcurrido el tiempo equivalente al máximo de la pena contemplada para este injusto, decretó prescrita la acción.⁴

5. También el defensor de TARCISIO JOSÉ GÓMEZ ARIAS presentó recurso extraordinario de casación pero como se verificó que no reunía los requisitos exigidos por la ley, fue inadmitido el 24 de julio de 2017.⁵

LA DEMANDA:

La demanda de casación se fundamenta en la causal primera establecida en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000: “1. Cuando la sentencia sea violatoria de una norma de derecho sustancial...”, y consta de un cargo.

Cargo Único: Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 19 de la Ley 1121 de 2006 y falta de aplicación del artículo 8° de la Ley 733 de 2002.

Luego de realizar un recuento minucioso del proceso y aceptar cabalmente los hechos y la apreciación de la prueba, el casacionista afirmó que la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, mediante la sentencia objeto del recurso fechada el 29 de junio de 2016, revocó la absolución proferida por el Juzgado Único Penal del Circuito a favor de TARCISIO JOSÉ GÓMEZ ARIAS por los delitos de concierto para delinquir agravado, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, y en su lugar lo condenó como cómplice de estos dos últimos.

Agregó que al aplicar de manera errónea el artículo 19 de la Ley 1121 de 2006 modificatorio del artículo 340 del código penal: (i) no tuvo en cuenta la circunstancia de agravación del

delito de concierto para delinquir objeto de la acusación, de “promover” grupos armados al margen de la ley, y no hizo ningún pronunciamiento sobre este aspecto; (ii) concluyó que no había prueba sobre la circunstancia de agravación “de financiamiento al terrorismo”, por la cual no se había acusado; (iii) consideró que el injusto era simple y no agravado, y, finalmente, (iv) decretó la prescripción de la acción penal argumentando que había transcurrido el tiempo máximo establecido como pena para ese injusto.

Señaló que si bien en la calificación del mérito del sumario, la Fiscalía subsumió la conducta en el artículo 340 del Código Penal modificado por la las leyes 733 de 2002 y 1121 de 2006, en la etapa del juicio efectuó el ajuste de la calificación provisional –variación que autoriza el artículo 404 del estatuto procedimental— indicando claramente que la norma aplicable es el artículo 340 ídem modificado por el artículo 8° de la Ley 733 de 2002, en el que está contemplada como circunstancia de agravación del concierto para delinquir el promover grupos armados al margen de la ley.

Adicionalmente afirmó que, al tener cuenta que el injusto se agotó el 30 de diciembre de 2006, fecha en la cual entró a regir la modificación del artículo 340 ibídem realizada por la Ley 1121 de 2006 que contempló una pena mayor, se debe aplicar por favorabilidad el artículo 8° de la Ley 733 de 2002, como lo ha venido sosteniendo la Corte Suprema de Justicia.

Indicó que jurisprudencialmente se tiene establecido que toda persona que sin pertenecer a un grupo paramilitar, acuerde con alguno de estos grupos pactos electorales, burocráticos o para repartirse la contratación pública, incurrió en la circunstancia de agravación de “promover” al grupo armado ilegal. Agregó que también constituye promoción, el dar participación del valor de un contrato al grupo irregular ya que con esto se garantiza su permanencia “y por ende, su quehacer delictivo”⁶.

Aseveró que el Tribunal concluyó que no sólo estaba probada la materialidad de la conducta

de concierto para delinquir sino también la responsabilidad del TARCISIO JOSÉ GÓMEZ ARIAS y, pese a esto, al aplicar erróneamente el artículo 19 de la Ley 1121 de 2006, consideró que el delito de concierto para delinquir era simple, desconociendo la circunstancia de agravación imputada en la acusación.

Reiteró que la pena máxima establecida en los eventos en que se presenta la circunstancia de agravación es de 12 años, por lo que el delito no está prescrito, razón por la cual solicita casar la sentencia, y en su lugar proferir condena en contra de TARCISIO JOSÉ GÓMEZ ARIAS como autor de este injusto.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Delegado del Ministerio Público señaló que, si bien en la resolución de acusación proferida por la Fiscalía 28 contra de TARCISIO JOSÉ GÓMEZ ARIAS se indicó que el injusto era el de concierto para delinquir agravado, establecido en el artículo 340 del código penal “modificado por la Ley 733 de 2002, Artículo 8°, y por la Ley 1121 del 29 de diciembre de 2006, artículo 19”, en la etapa del juicio, y al amparo del artículo 404 del estatuto procedimental, el ente acusador aclaró que la conducta imputada se subsumía en el artículo 340 ídem modificado por la ley 733 de 2002.

Lo anterior por cuanto no sólo era la norma aplicable para la época en que sucedieron los hechos sino también en razón a que la prueba recaudada, en especial el testimonio del comandante alias “Don Antonio”, permitía aseverar que GÓMEZ ARIAS había actuado con la finalidad de “promover” al grupo armado ilegal. Agregó que en contra de esta realidad procesal, en la sentencia de segunda instancia, el Tribunal Superior de Barranquilla consideró que la norma aplicable era el artículo 340 del código penal modificado por la ley 1121 del 29 de diciembre de 2006, y concluyó que, al no estar probada “la circunstancia de agravación endilgada de financiamiento”, GÓMEZ ARIAS debía responder por el delito de concierto para delinquir simple. Aseveró que la anterior conclusión y la consideración de

que la prescripción de la acción penal debía contarse desde el año 2006, fecha en que se liquidó el contrato suscrito entre la Alcaldía y CONALDE, llevó al Tribunal a decretar prescrita la acción penal.

Concluyó que en su concepto, debe casarse la sentencia por cuanto no sólo está probado el error en que incurrió el Tribunal, sino que además la Fiscalía tiene legitimidad para recurrir en casación, y es evidente la lesión al interés jurídico, por lo que se debe proceder a emitir sentencia condenatoria en contra de TARCISIO JOSÉ GÓMEZ ARIAS como autor del delito de concierto para delinquir agravado.

En el concepto, el Delegado también incluyó el análisis de los cargos de la demanda presentada por el apoderado GÓMEZ ARIAS a pesar de que la misma fue inadmitida por la Sala como se indicó anteriormente, razón por la cual sobre este análisis no se realizará pronunciamiento alguno.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Al haber sido admitida la demanda por cumplir con las exigencias determinadas en el artículo 212 de la Ley 600 de 2000, se procederá al análisis orientado a establecer si en la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal de Barranquilla objeto del recurso, se incurrió en violación directa de la Ley sustancial, como lo sostiene el demandante.

Se incurre en este desacierto cuando el juzgador se equivoca en la declaración del derecho, bien sea porque dejó de aplicar una norma que regula el caso, aplicó la que no corresponde, o seleccionó adecuadamente la norma aplicable pero le dio un sentido que no corresponde. En tales condiciones, el análisis que ha de realizarse es de tipo jurídico y, como lo ha sostenido la jurisprudencia, una condición necesaria es la aceptación de los hechos y de la valoración que de la prueba hizo el juzgador.

El cargo formulado por la causal violación directa de la Ley, fue concretado por la Fiscalía 28

en que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 19 de la Ley 1121 de 2006 y, en consecuencia, dejó de aplicar el artículo 8 de la Ley 733 de 2002, ambos modificatorios del artículo 340 del código penal en el que se tipificó el delito de concierto para delinquir.

1. Las modificaciones al artículo 340 del código penal.

El delito de concierto para delinquir es uno de los injustos que atentan contra la seguridad pública, originalmente tipificado en el artículo 340 de la Ley 599 de 2000 así:

“Artículo 340. Concierto para delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto o la asociación para delinquir.”

Posteriormente, se expidió la Ley 733 de 2002 “para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo” que introdujo modificaciones a varios artículos del código penal, entre los cuales aparece:

“ARTÍCULO 8°.El artículo 340 de la Ley 599 de 2000, quedará así:

Concierto para delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir”.

Como se observa la variación consistió en adicionar al segundo párrafo del artículo 340 del código penal como circunstancias de agravación punitiva, los injustos de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, secuestro, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos.

Después, y con el propósito de continuar fortaleciendo la lucha contra el terrorismo, el 29 de diciembre de 2006 se expidió la Ley 1121, la que entre otros artículos del código penal, modificó el artículo 340 así:

“ARTÍCULO 19.Modifícase el inciso 2o del artículo 340 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 8° de la Ley 733 de 2002, el cual quedará así:

Artículo 340.Concierto para delinquir (...)

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiamiento del Terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2.700) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Además de haber aumentado la punibilidad para las circunstancias de agravación consideradas en el segundo párrafo del artículo 340 ibídem, se insertó la frase “o financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados, con actividades terroristas” y, simultáneamente, se excluyó la frase “o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley”.

Ante esta modificación, algún sector entendió que la supresión de la frase “o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley”, equivaldría a despenalizar las mencionadas conductas en el contexto del artículo 340 del Código Penal. Sin embargo, la Corte rápidamente clarificó que esto no había ocurrido y señaló que por técnica legislativa, y para fortalecer aún más la lucha contra la financiación del terrorismo y los grupos de delincuencia organizada, la Ley 1121 también modificó el artículo 345 del código penal, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 16. Modifícase el artículo 345 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 345. Financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas.

El que directa o indirectamente provea, recolecte, entregue, reciba, administre, aporte, custodie o guarde fondos, bienes o recursos, o realice cualquier otro acto que promueva, organice, apoye, mantenga, financie o sostenga económicamente a grupos armados al

margen de la ley o a sus integrantes, o a grupos terroristas nacionales o extranjeros, o a terroristas nacionales o extranjeros, o a actividades terroristas, incurrirá en prisión de trece (13) a veintidós (22) años y multa de mil trescientos (1.300) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Concluyó la Corte que el concierto para organizar, promover o financiar grupos armados al margen de la ley no fue suprimido sino que, por el contrario, fue readecuado como “tipo especial y simple” en el artículo 345, estableciéndose para el mismo una pena mayor a la que antes tenía prevista el artículo 340.2 de la Ley 599 del 2000, modificado por la Ley 733 de 2002. Así quedó consignado:

“La ley 1121 de 2006, expedida para detectar, investigar y sancionar la financiación de actividades de terrorismo y justicia privada, entre otros objetivos, introdujo una modificación de sistemática legislativa y de aumento de penas al inciso 2º del artículo 340 del Código Penal. Pero también volvió a retomar, como tipo especial y simple, a través del artículo 345, el comportamiento consistente en promocionar y financiar grupos armados al margen de la ley, esta vez con una descripción normativa de más amplio espectro y con una mayor severidad punitiva.⁷

2. Tipificación del concierto para delinquir en la sentencia.

Al examinar la sentencia se observa que en el acápite correspondiente a “los tipos penales endilgados”, el Tribunal Superior de Barranquilla indicó que:

“5.1.1. Del concierto para delinquir.

De esta manera se tiene que el artículo 340 ibídem define el tipo penal de concierto para delinquir, así:

Concierto para delinquir: Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos o financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años”.⁸

Pese a que no se señala la modificación del artículo 340 que corresponde con el texto, la Sala advierte sin ninguna dificultad que se trata de la incorporada mediante el artículo 19 de la Ley 1121 de 2006, en la que se insertó la expresión “o financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados, con actividades terroristas” y se excluyó “o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley”.

Aunque dicha tipificación, según la Fiscalía 28, corresponde con la calificación provisional realizada en la resolución del 28 de junio de 2013⁹, no es acorde con la variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible llevada a cabo en la audiencia pública de juzgamiento, en la que se indicó:

“Antes de que la fiscalía presente su alegato conclusivo, con base en lo estipulado en el artículo 404 del C.P.P. Ley 600 de 2000, se permite hacer la aclaración en cuanto al tipo penal que consagra el delito de concierto para delinquir y que fuera endilgado al procesado en la resolución de acusación. La fiscalía aclara que en el calificadorio se incurrió en error en la selección de la norma que consagra el delito de concierto para delinquir agravado en la modalidad de promover grupos armados al margen de la ley porque allí se dijo que la conducta se subsumía en el art. 340 del C.P. pero de manera involuntaria se citó esta norma

con la reforma del inciso 2° que hiciere el art.19 de la ley 1121 de 2006, el cual no consagra la modalidad de promover grupos al margen de la ley”.¹⁰ (Subrayado de la Sala)

No obstante lo anterior, se observa que en los alegatos presentados por la Fiscalía 28 se siguió consignando la descripción típica del artículo 340 ibídem correspondiente a la modificación realizada por el artículo 19 de la Ley 1121 de 2006¹¹, aunque se advierte sobre la variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible realizada al inicio de la audiencia, y se dejó en claro que:

“3. LA IMPUTACION CONTRA TARCISIO JOSÉ GÓMEZ ARIAS SE HACE POR CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO EN LA MODALIDAD DE “PROMOVER” GRUPOS ARMADOS AL MARGEN DE LA LEY, en contravía de lo sostenido por el defensor que argumenta que, en gracia de discusión y de haber existido el delito de concierto, este sería simple y no agravado”¹². (La mayúscula y subrayado son del texto original)

Por su parte, el Juzgado Único Penal del Circuito de Barranquilla, en el acápite de la sentencia de primera instancia “3.1.DE LA TIPICIDAD”, consignó que el delito de concierto para delinquir imputado corresponde con el artículo 340 de la Ley 599 de 2000 pero no incluyó la modificación que del mismo hizo el artículo 8° de la Ley 733 de 2002.

En síntesis, la adecuación típica del injusto de concierto para delinquir dentro del proceso tuvo la siguiente secuencia: (i) en la calificación del sumario, la Fiscalía indicó que se subsumía en el artículo 340 del código penal con las modificaciones realizadas en las leyes 733 de 2002 y 1121 de 2006; (ii) al inicio de la audiencia de juzgamiento, y con fundamento en el artículo 404 del estatuto procedimental, la Fiscalía varió la calificación jurídica provisional de la conducta punible e indicó que se subsumía dentro del artículo 340 ídem con la modificación realizada por la ley 733 de 2002; (iii) el juzgado de primera instancia adecuó la conducta imputada en el artículo 340 ibídem sin incluir las modificaciones y, finalmente, (iv) el Tribunal indicó que se subsumía en el artículo 340 ibídem con las

modificaciones realizadas en las leyes 733 de 2002 y 1121 de 2006.

Ahora bien, al tener en cuenta que el injusto de concierto para delinquir es un delito de ejecución permanente, no basta la sola constatación anterior para dilucidar si existió el error señalado por la Fiscalía. Se requiere adicionalmente determinar cuándo cesó o se desnaturalizó el pacto realizado ya que, en los delitos de ejecución permanente la norma aplicable es la que rige al momento en que finalizó el ilícito.¹³

Sobre este aspecto, la Fiscalía señaló que el acuerdo se inició con los actos previos a la suscripción del contrato, acto llevado a cabo el 25 de febrero de 2005, y culminó con la liquidación del contrato “a partir del 30 de diciembre de 2006”¹⁴. Adicionalmente consideró que si bien la modificación realizada por la Ley 1121 al artículo 340 del código penal empezó a regir a partir del 30 de diciembre de 2006 y el injusto había culminado ese mismo día, no se podía aplicar esta norma en virtud del principio de favorabilidad por cuanto el legislador estableció una pena mayor a la que tenía contemplado el artículo 340 ídem modificado por la Ley 733 de 2002, criterio que, si bien es cierto en anterior época fue sostenido por la Corte, hoy es contrario a lo establecido jurisprudencialmente para los delitos de ejecución permanente.¹⁵

Por su parte, al analizar la posible prescripción del ilícito, el Tribunal señaló que el delito había iniciado el 25 de febrero de 2005, día en que se suscribió el contrato, “y los actos que convergen (sic) el concierto en este evento se postergaron hasta el año 2006”, sin precisar el día o el mes en que ello ocurrió. No obstante esta imprecisión, al tener en cuenta que aplicó la modificación al artículo 340 del Código Penal realizada por el artículo 18 de la Ley 1121 de 2006, se puede inferir que arribó a la misma conclusión de la Fiscalía, esto es que el delito había terminado el 30 de diciembre de 2006.

Pese a las anteriores conclusiones, el testigo al cual la Fiscalía y el Tribunal dan mayor credibilidad dentro del proceso, señaló que el acto culminante del delito se ejecutó en el

primer semestre del año 2005. En efecto, según lo relató Edgar Ignacio Fierro Flórez, alias “Don Antonio”, el acuerdo consistió en que la alcaldía adjudicaría el contrato a las autodefensas, y alias “El médico o Gonzalo” escogió como contratista a su amigo TARCISIO JOSÉ GÓMEZ ARIAS, quien garantizaría el pago de una “comisión” de 175 millones de pesos, como efectivamente lo hizo en julio de 2005. Así lo indicó en la ampliación de indagatoria del 29 de enero de 2007:

“Aproximadamente en el mes de mayo o junio de 2005 se celebró un contrato de la Alcaldía de Soledad Atlántico, cuando se desempeñaba como Alcalde la doctora Rosa Stella Ibáñez, por valor de \$3.500.000.000 que fue adjudicado a la organización de Autodefensas por intermedio del señor Tarsicio Gómez, quien era un contratista, amigo de alias Gonzalo, al que se le asignó el contrato para poder cobrar sin mayores dificultades el 5% que normalmente cobraba la organización, no estoy seguro de la fecha, pero fue entre mayo y junio de 2005, porque en julio de 2005 se recibieron \$175.000.000,00 que entraron a la contabilidad (...) eso fue concertado con la Alcaldesa, en esa concertación participaron Gonzalo, la Alcaldesa, el contratista y el Secretario de Educación que es de apellido Moya....si sé que lo entregaba Tarsicio que era el contratista, en efectivo, pero no sé cómo lo ingresaba cada uno en efectivo...yo si lo conozco, me reuní con él un par de veces, para lo del contrato este, nos reunimos en Santa Marta, creo que es ingeniero civil, pero no estoy seguro, él es de barranquilla, pero no sé si lo es, pero si es costeño, no sé en qué universidad estudió...no tengo muchos datos de él, porque él es amigo de Gonzalo y estaba recomendado por él, por eso no le vi problema que le entregaran ese contrato a él...no la empresa no tenía nada que ver, pero en ese caso particular de ese contrato si se incidió para que se adjudicara a Tarsicio Gómez, eso fue concertado con la alcaldesa, el asesor Edgar Rivera y el secretario de educación, todo se concertó para que el contrato se adjudicara a Tarsicio Gómez y para no tener ningún inconveniente con la participación que se iba hacer del contrato ”. (El Subrayado es del Tribunal, las negrillas de la Corte)16

Coincidente en el monto señalado por alias “Don Antonio” y próximo a las fechas que éste

indicó, TARCISIO JOSÉ GÓMEZ ARIAS, en la ampliación de indagatoria del 29 de abril de 2013, aceptó haber entregado el dinero pero adujo que fue extorsionado por el grupo armado ilegal: “ese contrato se celebró el 25 de febrero de 2005 y mi extorsión por parte de las AUC sucedió en el mes de mayo del 2005, tres meses después de la celebración del contrato...sufrí una extorsión, en la cual las AUC me quitaron ciento setenta y cinco millones de pesos”¹⁷.

En tales condiciones, es claro que el acuerdo realizado entre TARCISIO JOSÉ GÓMEZ ARIAS y alias “El Médico o Gonzalo” terminó en el momento en que GÓMEZ ARIAS entregó la “comisión” pactada a Edgar Ignacio Fierro Flórez, alias “Don Antonio”, lo que ocurrió entre los meses de mayo y julio de 2005, razón por la cual la norma aplicable era el artículo 340 del Código Penal modificado por la Ley 733 de 2002 y, por lo tanto, el Tribunal se equivocó al aplicar una norma que no estaba vigente al momento en que terminó el delito.

3. De la existencia del cargo imputado y sus consecuencias.

Si bien el análisis anterior permitió establecer que el Tribunal erró al seleccionar la norma aplicable, dicha constatación no es suficiente para determinar si esto fue lo que motivó la consideración de que el delito de concierto para delinquir perpetrado por TARCISIO JOSÉ GÓMEZ ARIAS, era simple y no agravado, en razón a que el Tribunal no adujo que la causal de agravación de “promover” grupos armados ilegales ya no estaba contemplada en el artículo 340 del Código Penal, sino la ausencia de prueba sobre la circunstancia de agravación por la que había sido acusado GÓMEZ ARIAS.

El Tribunal, como se observa en la sentencia, a partir de las versiones rendidas por Edgar Ignacio Fierro Flórez, alias “Don Antonio”, estableció que: (i) en octubre de 2004 se asignó presupuesto de la nación al municipio de Soledad-Atlántico para atender población excluida del sistema educativo y realizar obra pública en las instituciones del sistema; (ii) la

alcaldesa Rosa Estela Ibáñez Alonso y los paramilitares Alfredo Noya Zabaleta alias “Don Ramón” y Carlos Mario García Ávila alias “El Médico o Gonzalo”, se reunieron en las instalaciones del Congreso de la República en Bogotá, y acordaron cómo se haría la contratación y el porcentaje que le “correspondía” al Frente “José Pablo Díaz” del Bloque Norte de las autodefensas; (iii) en desarrollo de dicho acuerdo las autodefensas designaron al Secretario de Educación municipal; (iv) uno de los contratos adjudicados a las autodefensas fue el relacionado con la remodelación de las escuelas; (v) alias “El médico o Gonzalo” designó a su amigo GÓMEZ ARIAS, quien no era integrante del grupo armado, como contratista y (vi) GÓMEZ ARIAS entregó al grupo armado el dinero en efectivo pactado como “comisión”.¹⁸

Igualmente, con fundamento en el análisis de las versiones de GÓMEZ ARIAS y de la representante legal de CONALDE, el Tribunal determinó: (i) que TARCISIO JOSÉ GÓMEZ ARIAS fue la persona que buscó a la representante legal de la Cooperativa CONALDE Otilia Ortiz Quitián para que participara en la contratación; (ii) que CONALDE tenía su sede en Bogotá y no tenía oficinas en el municipio de Soledad, y (iii) que GÓMEZ ARIAS fue quien ejecutó el contrato a nombre de CONALDE.¹⁹

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal concluyó que TARCISIO JOSÉ GÓMEZ ARIAS fue la persona que intervino para que la Alcaldía de Soledad adjudicara el contrato de obra de las instituciones educativas del Municipio a la cooperativa CONALDE, e hizo la entrega de la “comisión” del 5% del valor del contrato a la organización armada ilegal y,

“En este orden de ideas, la Sala se aparta del criterio del Juzgado cuando arribó a la conclusión que en el presente evento existía duda que debía resolverse a favor del endilgado, puesto que, contrario a ello, al hacer la valoración probatoria de todos los elementos de prueba que obran en el plenario, se colige con certeza la existencia del hecho y la responsabilidad penal del procesado.”²⁰

De otra parte, señaló como no adecuada la acusación del delito de concierto para delinquir en calidad de coautor realizada por la Fiscalía a TARCISIO GOMEZ ARIAS ya que, como lo ha establecido jurisprudencialmente la Corte, frente a dicho injusto todos los que intervienen son autores. También indicó que al no presentarse prueba alguna sobre la circunstancia de agravación por la cual la Fiscalía había acusado a GOMEZ ARIAS, éste debía responder por del delito de concierto para delinquir simple. Así quedó consignado:

“Por otra parte, se tiene que la acusación contra el procesado fue por el reato de concierto para delinquir agravado, sin embargo, esta Colegiatura no comulga con tal criterio, si bien existe certeza que el procesado voluntariamente intervino para que la administración Municipal de Soledad contratara con la Cooperativa CONALDE y de allí ser el intermediario para la entrega de la comisión de un 5% a las AUC, lo cierto es que no se configura la circunstancia de agravación endilgada de “financiamiento al terrorismo”.²¹

Adicionalmente para considerar que no existía la circunstancia de agravación, adujo que la Fiscalía le retiró esta misma circunstancia de agravación a la alcaldesa de Soledad el 22 de abril de 2008, cuando confirmó la acusación en su contra, por lo que fue condenada por concierto para delinquir simple, como también sucedió con Alfredo Noya Zabaleta, Secretario de Educación del Municipio.²²

En tales condiciones, está claro que el Tribunal sí llevó a cabo un análisis probatorio para determinar que no existía la circunstancia de agravación del concierto para delinquir por la que la Fiscalía acusó a GÓMEZ ARIAS, aunque, de manera errónea, se refirió a la misma como “financiamiento del terrorismo” y no como: “o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley”, error que derivó de la inadecuada selección de la norma aplicable al caso.

Para el Tribunal no se podía predicar la circunstancia de agravación señalada por la Fiscalía en la acusación, con la sola comprobación sobre el acuerdo realizado por TARCISIO JOSÉ

GÓMEZ ARIAS –de quien se había establecido que no era integrante del grupo armado ilegal—, pacto que se circunscribió a la comisión de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación pero con ello si se establecía que debía responder por concierto para delinquir simple.

La Sala comparte el criterio del Tribunal por cuanto el hecho de que una persona acuerde con miembros de un grupo armado ilegal la ejecución de una conducta contra la administración pública, no significa necesariamente que por ese hecho promueve o pertenece a la organización, o que pagar una “comisión” ilegal por la adjudicación de un contrato es incurrir en el delito de concierto para delinquir con el fin de “promover o financiar al grupo” si no se demuestra la permanencia en el tiempo, pues solamente en este caso se puede hablar de concierto para promover un grupo armado ilegal en lugar de la participación para cometer un concreto y específico delito.

En tales condiciones, está claro que si bien el Tribunal incurrió en la inadecuada selección de la norma aplicable en el delito de concierto para delinquir y de manera equivocada se refirió a la circunstancia de agravación, la conclusión a la que llegó de que TARCISIO JOSÉ GÓMEZ ARIAS debía responder por el delito era el concierto para delinquir simple y no agravado, no derivó del error sino del análisis de la prueba válidamente recaudada. También es evidente que bajo este criterio, el delito de concierto para delinquir ya estaba prescrito al momento en que se calificó el mérito del sumario, por lo cual la decisión de declarar prescrita la acción penal respecto del mismo, es acertada y, por consiguiente, la Sala no casará la sentencia recurrida.

Por 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:

NO CASAR la sentencia recurrida por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Contra esta sentencia no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Cuaderno original 33 de la Fiscalía, expediente 11 1- 496, folios 2 al 25.
- 2 Cuaderno del Juzgado único Penal del Circuito de Barranquilla, folios 25 al 65 y 162 a 297.
- 3 Cuaderno del Tribunal Superior de Barranquilla, folios 96 a 137.
- 4 Cuaderno del Tribunal Superior de Barranquilla, folios 228 a 283.

- 5 Cuaderno del Tribunal Superior de Barranquilla, folios 284 a 301 y Cuaderno original de la Corte, folios 36 al 48.
- 6 Cuaderno del Tribunal Superior de Barranquilla, folio 272.
- 7 CSJ. Sentencia del 26 de marzo de 2007, radicado 25629, folio 42.
- 8 Cuaderno del Tribunal Superior de Barranquilla, folio 106.
- 9 Cuaderno Tribunal Superior de Barranquilla, folio 244.
- 10 Cuaderno original 38 del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Barranquilla, folios 62 y 63.
- 11 Cuaderno original 38 del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Barranquilla, folio 119.
- 12 Cuaderno original 38 del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Barranquilla, folio 142.
- 13 CSJ. AP del 25 de agosto de 2010, radicado 31407.
- 14 Cuaderno Tribunal Superior de Barranquilla, folio 276.
- 15 CSJ. AP del 25 de agosto de 2010, radicado 31407.
- 16 Cuaderno Tribunal Superior de Barranquilla, folio 115.
- 17 Cuaderno del Tribunal Superior de Barranquilla, folio 119.
- 18 Cuaderno Tribunal Superior de Barranquilla, folios 97,98, 115 y 123.

- 19 Cuaderno Tribunal Superior de Barranquilla, folios 23 y 26.
- 20 Cuaderno del Tribunal Superior de Barranquilla, folio 122.
- 21 Cuaderno del Tribunal Superior de Barranquilla, folio 125.
- 22 Cuaderno del Tribunal Superior de Barranquilla, folios 122 y 125.
- 24