

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE
JAVIER ZAPATA ORTIZ
Aprobada Acta No. 208

Bogotá, D.C., tres (3) de julio de dos mil trece (2013).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Con el fin de resolver sobre su admisión, la Sala examina los presupuestos jurídicos, lógicos y argumentativos expuestos en la demanda de casación presentada por el defensor de **Luis Ernesto Restrepo Mosquera** contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, que confirmó la proferida por el Juzgado 2º Penal del Circuito Adjunto de esa ciudad y condenó al procesado, en calidad de autor, del delito de interés ilícito en la celebración de contratos.

HECHOS

El 23 de octubre de 1998 **Luis Ernesto Restrepo Mosquera**, en su condición de Director General encargado del Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó, DASALUD, suscribió contrato de prestación de servicios con FORUM CONSULTORES LTDA., con el objeto de que esta firma de abogados cobrara los dineros que a la entidad referida le adeudaban los municipios del Chocó, por concepto de Ingresos Corrientes de la Nación -

I.C.N.-, destinados a financiar la salud de esos entes, y las administradoras del régimen subsidiado -A.R.S.-, por prestación del servicio de salud, y, en general, para recuperar las sumas que, por cualquier motivo, se debieran.

El término de duración del negocio jurídico se pactó en seis (6) meses y su valor, para efectos fiscales, en \$100.000.000, aunque la sociedad contratista recibiría como contraprestación el 5% de lo que recaudara. Se incluyó, además, un párrafo por "reembolso de gastos", en el que DASALUD se obligaba a pagar \$30.000.000, por una sola vez, como reembolso a los gastos en que incurriera FORUM CONSULTORES LTDA., en razón de desplazamiento y viáticos, monto que se cancelaría tres meses después de iniciar el contrato, previa presentación de cuenta de cobro.

Para esto último no existía disponibilidad presupuestal y no se expidió el registro previsto en el artículo 41 de la [Ley 80 de 1993](#).

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Con base en la denuncia formulada por el nuevo Director (E) de DASALUD, Chocó^[1], la Fiscalía 5ª Seccional de Quibdó, el 5 de enero de 2000, ordenó apertura de instrucción^[2], a la cual fue vinculado, mediante indagatoria, **Luis Ernesto Restrepo Mosquera**.

2. Luego de clausurado el ciclo instructivo, el 18 de julio de 2005, la Fiscalía 6ª Seccional de la misma ciudad profirió resolución de acusación en contra de **Restrepo Mosquera**, como presunto autor del punible de interés ilícito en la celebración de contratos, conforme a su tipificación en el artículo 145 del Código Penal de 1980^[3].

3. Apelada la determinación por el defensor de confianza, la Fiscalía 12 Delegada ante el Tribunal Superior de ese distrito judicial la confirmó el 23 de septiembre siguiente^[4].

4. La etapa del juicio correspondió al Juzgado 1º Penal del Circuito de Quibdó, cuyo titular, antes de iniciar la audiencia de juzgamiento, se declaró impedido para seguir conociendo, por lo que el asunto se remitió a su homólogo del Juzgado 2º, que avocó conocimiento el 21 de abril de 2008 y fijó fecha para el debate público^[5].

5. El 15 de junio de 2012 el Juzgado 2º Penal del Circuito Adjunto de Quibdó profirió sentencia en la que declaró penalmente responsable a **Restrepo Mosquera** por el delito por el cual fue llamado a juicio. En consecuencia, le impuso 48 meses de prisión, multa equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes^[6], *interdicción de derechos y funciones públicas*^[7] por tiempo igual a la pena capital e inhabilidad para ejercer cargos públicos y proponer y celebrar contratos con entidades estatales por 10 años. Le concedió la prisión domiciliaria^[8].

6. El defensor interpuso recurso de apelación y el Tribunal Superior de ese distrito judicial ratificó el fallo el 29 de noviembre de la misma anualidad^[9].

LA DEMANDA

El apoderado judicial de **Restrepo Mosquera** hace una síntesis de los hechos, las partes, la actuación procesal y la sentencia impugnada para luego destacar que es necesaria la intervención de la Corte, a efectos de cumplir con los fines previstos en el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal de 2000, dada la importancia de los temas que se debaten.

Formula una censura principal y tres subsidiarias, que sustenta e intitula así:

1. **Capítulo Primero. Petición principal. Cargo único** (causal tercera). Existencia de irregularidades sustanciales que afectaron gravemente el derecho a la defensa.

A pesar de las exigencias legales y jurisprudenciales, su representado solo fue enterado de la actuación seguida en su contra el día en que se le citó a rendir indagatoria mediante funcionario comisionado en Bogotá, esto es, el 27 de

enero de 2002, lo que implica que se practicaron pruebas sin su presencia, tales como la ratificación de la denuncia; las declaraciones de Jesús Emilio Delgado Rosero, Eimer Enrique Rentería Hinestroza, Fulton Rengifo Moreno, Gladys Lozano Palacios, Tulio Mosquera Asprilla, Ariel Palacios Calderón, Rubén Darío Sánchez Herrera, Pablo Antonio González Reyes; se introdujeron varios documentos -no especifica-, y se realizó inspección judicial al proceso contencioso administrativo iniciado por FORUM CONSULTORES LTDA. contra DASALUD.

Si bien en la injurada **Restrepo Mosquera** designó abogada de confianza, ella no actuó y, aunque luego nombró otro profesional, éste tan sólo pidió una prueba, la de oficiar a DASALUD para lograr certificación acerca de funciones de los letrados Fulton Isaac Rengifo Moreno y Américo Murillo Londoño.

La medida de aseguramiento no se notificó inmediatamente porque el apoderado judicial no estaba presente, así que ello tuvo lugar después de un año.

Dentro de las funciones de la oficina jurídica no se especifica alguna tendiente a cobrar platas debidas.

La única actuación de sus antecesores fue alegar de conclusión (pidieron preclusión); luego, recurrir la resolución de acusación y sustentar la apelación. El último de ellos no acudió a la audiencia preparatoria ni reclamó, durante el traslado del artículo 400 del Código de Procedimiento Penal, la nulidad, como tampoco pidió pruebas ni la repetición de aquellas en las que no pudo estar presente su prohijado por practicarse antes de que se enterara de la investigación. Esa intervención era legítima y obligada porque se trataba de un profesional distinto al que lo asistió en la indagatoria y “estaba en juego la suerte de su cliente, más aún cuando en tan precarias circunstancias en que se adelantaba el proceso era perfectamente previsible augurar una segura condena”^[10].

Invoca la nulidad prevista en el numeral 3 del artículo 306 de la [Ley 600 de 2000](#), toda vez que su prohijado adoleció de defensa técnica.

Los falladores no se ocuparon de garantizar los derechos de **Restrepo Mosquera** y de enmendar tantos errores. Infringieron los artículos [93](#) y [228](#) de la Constitución Política; 8 de la Convención Americana

sobre derechos humanos; 14 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos; 7, 8, 9, 10, 13, 15, 16, 17, 20, 24, 305, 306, 307, 308 y 39 de la [Ley 600 de 2000](#).

La defensa no fue real sino nominal. Recuerda los Principios básicos sobre la función de los abogados y los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, adoptados por la ONU, así como el deber de los Estados de garantizar que los abogados asignados de oficio representen en forma eficaz a los detenidos.

Pretende que la nulidad se declare desde la apertura de la instrucción y se rehaga la actuación para que su representado tenga una verdadera defensa.

2. Capítulo Segundo. Petición subsidiaria. Cargo único

Invocando la causal primera, cuerpo segundo, del artículo 207 de Código de Procedimiento Penal, asegura que el Tribunal incurrió en un falso raciocinio por trasgresión de las reglas de experiencia.

Con ello quebrantó la normatividad penal, al aplicar indebidamente el artículo 145 del [Decreto Ley 100 de 1980](#), cuando, conforme al discurso estampado en el proveído, ha debido acudir al 146, que contempla el contrato sin cumplimiento de requisitos legales. También, en forma impropia, empleó el precepto 232 del Código de Procedimiento Penal y pasó desapercibido los cánones 2, 7, 16 y 20 *ibidem*; 29 de la Constitución, y las normas internacionales citadas en el cargo anterior. Las disposiciones violadas de manera intermedia fueron los artículos 232, 233, 238, 244 a 247 y 284 a 277 de la [Ley 600 de 2000](#), por ser equívocamente examinadas.

La falla se estructuró desde el hecho indicador y condujo a que el análisis probatorio fuera totalmente errado.

La colegiatura aceptó que el verbo rector era "interesar". No obstante, debe existir prueba de que existió ese interés ilícito, el cual no se puede inferir a partir de hechos indicadores (cita a esta Corporación en la sentencia de 4 de febrero de 2009, radicado 25.989).

Desde el folio 9 del fallo, el *ad quem* hizo un recuento probatorio, partió de la denuncia, luego se detuvo en los elementos tenidos en cuenta por el a

quo para establecer el propósito del acusado de favorecer a la firma de abogados, se refirió a los testimonios rendidos por el jefe de la oficina jurídica de DASALUD, Fulton Isaac Rengifo Moreno; el asesor jurídico externo, Américo Murillo Londoño; la coordinadora del régimen subsidiado, Gladys Lozano Palacios y a la injurada de **Restrepo Mosquera**.

Dentro de las funciones de la oficina jurídica de la entidad no estaba la de cobrar dineros adeudados, tampoco figuraba ella entre las asignadas al jefe de ese despacho. En esa medida, se pregunta ¿cómo pudo el sentenciador, atendiendo las reglas de la sana crítica, deducir que su representado se excedió y penetró en esferas de lo ilícito para favorecer a FORUM?

Recuerda apartes de lo relatado por el gerente de la mencionada firma y sostiene que el fallador concluyó equivocadamente que hubo interés ilícito o indebido (transcribe un aparte de la providencia). Esa inferencia estructura un delito distinto, el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, el cual no fue imputado. Tal falencia materializó el falso raciocinio.

Adicionalmente, el discurso judicial fue contradictorio porque aceptó que el negocio jurídico que dio lugar al proceso admitía la modalidad de contratación directa y que los reglamentos integraban el tipo penal (recuerda pasajes del fallo).

Los hechos indicadores que soportaron los fundamentos de la providencia atacada, se extrajeron de prueba testimonial, cuando lo correcto era de la documental.

De haber examinado el Tribunal la realidad del departamento del Chocó, su superficie, las dificultades de movilidad, la negligencia de los servidores públicos que allí laboran, y sus problemas sociales, habría determinado que el proceder de **Restrepo Mosquera** era plausible porque no pretendía cosa distinta que recuperar los dineros perdidos. Además, este último relató en la injurada las razones para celebrar el contrato y ello fue confirmado con la respuesta que envió DASALUD, relacionada con el estado real de la deuda de los municipios. No obstante, esta última prueba no fue tomada en cuenta por el juzgador, aunque aclara que no propone falso juicio de existencia porque "la apreciación errónea determinante de la inferencia errada que condujo a la confirmación de la condena fue integral^[11].

Las denuncias que se presentan en Colombia resultan ser una estrategia para evadir responsabilidades o para que se administre justicia y la negligencia de DASALUD era notable, tanto así que no contestó los oficios enviados por la Fiscalía.

Su prohijado estaba en serios aprietos porque, según el juzgador, no podía, en ejercicio de su deber, cobrar sumas millonarias adeudadas, pero, de no haberlo hecho, habría tenido que afrontar investigaciones por omisión en el ejercicio de sus funciones. La regla de experiencia permite inferir que el móvil que lo llevó a contratar como lo hizo fue el "interés laudable de cumplir la administración pública"^[12]. No obstante, se concluyó lo contrario, sin prueba que, valorada conforme a la sana crítica, lo llevara a la certeza sobre la responsabilidad penal, además, que especuló en detrimento del procesado -trae a colación una sentencia en donde la Corte Constitucional examinó el delito e interés ilícito en la celebración de contratos-.

Solicita se case la sentencia condenatoria y, en su lugar, se dicte una absolutoria.

3. Capítulo tercero. Petición subsidiaria. Violación directa

Acepta los hechos y la valoración probatoria de la sentencia pero considera que el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 145 del Código Penal de 1980, pues confundió y equiparó el "interés ilícito" con el "interés indebido". Ello ocurrió, seguramente, porque ese punible fue modificado por el artículo 409 de la [Ley 599 de 2000](#), precepto que, si bien no fue aplicado, contribuyó en el equívoco judicial.

Uno y otro difieren en cuanto a su sentido y a sus efectos, tal como lo ha destacado la doctrina y la jurisprudencia (cita la sentencia del 16 de mayo de 2007, radicado 23.915, de esta Corporación). Así, el *ad quem* solo podía juzgar la responsabilidad de su representado a partir de lo *ilícito*, no de lo *indebido*, dado que este concepto es más amplio.

Si el juzgador hubiese sido estricto en el término, habría proferido sentencia absolutoria. Se requiere un pronunciamiento de la Corte porque los errores de interpretación son comunes entre los funcionarios judiciales.

Pretende se case el fallo objetado y se profiera uno nuevo en el que se absuelva a **Restrepo Mosquera**.

4. Capítulo cuarto. Petición subsidiaria. Violación directa

El Tribunal aplicó indebidamente el artículo 145 del [Decreto Ley 100 de 1980](#), cuando lo correcto era acudir al 146 *ibidem*, relativo a la celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales.

Para determinar si se configura un interés ilícito, es preciso comprobar que se violaron los principios de neutralidad, objetividad, transparencia, igualdad de oportunidades y selección objetiva. Existe, al respecto, una doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia, por lo que el Tribunal, para apartarse de ella, ha debido ser exigente y no simplemente argumentar caprichosamente la vulneración de cualquier principio. Por ende, si se desconoció uno diferente a los arriba mencionados, se estaría ante un punible distinto al que se acusó a su representado, esto es, al previsto en el artículo 146 referido.

Después de citar algunos fundamentos del fallo, asegura que el juez colegiado “configuró desde el punto de vista jurídico, de manera absolutamente equivocada, la violación de los principios de moralidad administrativa, economía, responsabilidad y planeación (...), así como los de transparencia y selección objetiva...”^[13].

Erró la colegiatura al sostener que la violación de todos los principios de contratación estatal configuró el punible de interés ilícito, pues solo tenía que aludir a aquellos señalados por la Corte; y, a pesar de que mencionó los de transparencia y selección objetiva, respecto de ellos no hizo un examen profundo sobre su trasgresión, no determinó cuáles eran los parámetros que debían guiar la modalidad de contratación directa y tampoco aparecen como ignoradas.

Bajo ese orden, el fallador “adecué equívocamente los hechos probados (nunca debatidos en este cargo) a los supuestos jurídicos contenidos en la norma equivocada, lo cual lo llevó a seleccionar equivocadamente y, por tanto, a aplicar indebidamente el art. 145 del Código Penal de 1980, cuando debía aplicar el art. 146 *ibidem*.”^[14]

De no haber recaído en el error, el *ad quem* habría tenido que absolver a su representado para no enfrentar problemas de congruencia.

Solicita se case el fallo condenatorio para, en su lugar, proferir uno absolutorio.

LAS CONSIDERACIONES

La Corte inadmitirá la demanda porque no reúne los requisitos formales y sustanciales previstos en el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal ni los presupuestos argumentativos exigidos por la jurisprudencia. Estas son las razones:

1. Si bien el propósito del recurso de casación es adelantar un juicio legal y constitucional a la sentencia de segunda instancia, lo cierto es que, para que ello tenga lugar, es preciso que, por su naturaleza extraordinaria, la demanda correspondiente contenga argumentos lógicos, concatenados, sólidos y coherentes, a través de los cuales se indique con claridad y suficiencia las falencias en las que incurrió el fallador y la trascendencia de ellas en el caso concreto. Debido a que no es instancia adicional a las ordinarias, no resultan admisibles aquellos escritos en los que, a pesar de que se citan las causales previstas en el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, en realidad se plantean cuestionamientos en forma abierta, desordenada y contradictoria con el único propósito de continuar con la discusión fáctica y jurídica ya surtida.

Por esa razón, el legislador previó una serie de requisitos formales y sustanciales, a efectos de que la Corte pueda abordar el estudio de fondo del libelo. Así, además de ser necesario el relato de los sujetos procesales, del fallo cuestionado, de los hechos materia de juzgamiento y de la actuación procesal, es preciso que se enuncie en forma clara la causal escogida para cuestionar el fallo y se formulen adecuadamente los cargos propuestos, indicando, sin ambigüedades, sus fundamentos, las normas que se estiman infringidas y cómo, de no haber recaído en el error judicial, la decisión habría sido totalmente diversa y favorable a los intereses de quien recurre.

2. En esta ocasión, aunque el defensor de **Restrepo Mosquera** intentó cuidarse en respetar los principios de prioridad y no contradicción -propuso un cargo principal y tres subsidiarios-, así como ajustarse a las exigencias que

para cada modalidad de censura ha establecido la jurisprudencia, no logró su cometido. Son ostensibles sus equívocos tanto en los fundamentos que exhibe para soportar las censuras como en la demostración de la trascendencia de los yerros judiciales que denuncia.

Adicionalmente, respecto de los reproches tercero y cuarto, el profesional carece de interés jurídico para recurrir, toda vez que éste se adquiere acreditando, no solo legitimidad, oportunidad y procedencia del medio extraordinario, sino identidad temática entre los motivos expuestos en el recurso de apelación contra la sentencia, y los exhibidos en la demanda de casación, requisito último que se echa de menos en esta ocasión.

Los cargos tercero y cuarto subsidiarios se propusieron por violación directa de la ley sustancial, la que tuvo lugar -según dice- por interpretación errónea del artículo 145 del Código Penal de 1980 y aplicación indebida de la misma norma, respectivamente. No obstante, basta una simple lectura a la sentencia del Tribunal para advertir la falta de legitimidad, en tanto en la alzada ese no fue un tema de debate.

Los argumentos de defensa, en esa ocasión, estuvieron orientados a lograr una absolución sobre la base de que no había prueba que condujera a la certeza para condenar, la medida adoptada por **Restrepo Mosquera** se dirigió a mitigar la difícil situación económica por la que atravesaba DASALUD, la oficina jurídica no era diligente y no se configuró interés ilícito por inexistencia del dolo.

Como se observa, ninguna mención se hizo a fallas en la interpretación o aplicación del artículo 145 del Código Penal de 1980, en los términos del libelo.

En todo caso, aun de tener por superado el asunto de la legitimidad, tampoco es posible darle curso a sus reproches por las siguientes razones:

2.1. **Primer cargo**^[15]: Nulidad

2.1.1. Si bien este motivo de casación no requiere de mayores esfuerzos formales y argumentativos para su admisión, es indispensable que los planteamientos en los que se soporte guarden coherencia y lógica, y que sean expuestos en forma clara, ordenada y precisa. Así las cosas, el impugnante no solo debe identificar con absoluta transparencia la clase de nulidad que invoca y

sus fundamentos, sino expresar cómo la irregularidad denunciada repercutió indefectiblemente en la afectación del trámite surtido, cuál es su trascendencia y desde qué momento procesal debería retrotraerse la actuación^[16].

No basta con enunciar la anomalía ni con demostrar su existencia. Por tratarse de un remedio extremo, es imprescindible explicar el perjuicio que por causa de ella sufrió el procesado y cómo se afectaron sus garantías o las bases fundamentales de la instrucción o del juzgamiento.

El libelista no puede olvidar que para que aquella opere se requiere la producción de un daño y, por ende, tiene la carga de exhibir cuál sería la ventaja que obtendría su representado -en este caso el procesado- con su declaratoria. Así mismo, ha de tener presente que, de ser varias las fallas advertidas, es ineludible que cada una se proponga en capítulos separados, atendiendo el principio de prioridad y sin entremezclar en forma indebida los elementos relativos a cada error sustancial que plantea.

2.1.2. El demandante deja entrever varias irregularidades que vician de nulidad el proceso, pues asegura que su representado no fue enterado de manera temprana del inicio de la investigación penal, y por ello se le impidió presenciar las pruebas practicadas antes de que fuera indagado; además, los profesionales que lo apoderaron no ejercieron a cabalidad sus funciones, por lo que careció de defensa técnica.

Esas dos amonestaciones, si bien se focalizan al amparo de la causal elegida, también lo es que, por tratarse de circunstancias distintas, que comprometen el derecho a la defensa desde ópticas disímiles, han debido ser esbozadas en acápite separados, sustentando con aptitud la relevancia de cada una en la actuación, atendiendo su gravedad, y demostrando la trascendencia del desacierto.

Adicional a lo anterior, ausente de conexión directa con el cargo, el letrado cuestiona la fecha en que se notificó la medida de aseguramiento y el hecho de que dentro de las funciones de la oficina jurídica de DASALUD no se hallara la relativa al cobro de dineros, disputas que se apartan por completo de la causal seleccionada.

2.1.3. En criterio del actor, la carencia de un verdadero profesional lesionó el derecho de defensa de **Restrepo Mosquera**. No obstante, para demostrar esa

afectación resulta insuficiente la simple afirmación que al respecto se haga en el libelo, es imperioso explicar con suficiencia cómo ello tuvo lugar y cómo incidió negativamente en los intereses del procesado.

En efecto, cuando se alega violación del derecho a la defensa técnica no basta con sostener -como lo hace el demandante- que el o los togados anteriores fueron pasivos. Es imperioso demostrarle a la Corte en qué radicó esa inactividad y cómo la misma reviste una entidad tal que perjudicó gravemente los intereses y garantías del procesado, de modo que se le abandonó durante la actuación procesal, y, por ende, solamente la nulidad repondría tal vicio.

Así, habrá de explicar qué dejó de hacer el abogado, qué pudo haber hecho o, en el evento de haber actuado, en qué consistió su deficiencia. En ambos casos -ha dicho la jurisprudencia- se requiere argumentar la influencia de esa falencia en el sentido del fallo. Es decir, "cómo otra estrategia defensiva (la cual debe puntualizar) o cómo de no haber ocurrido las deficiencias profesionales del abogado defensor, habrían significado para el acusado la posibilidad de una absolución o de una sentencia de condena más favorable."^[17]

El demandante, en su afán de avizorar la vulneración alegada y acreditar la supuesta inactividad de los profesionales que lo antecedieron, no hace cosa distinta que descalificar su labor a partir de meras especulaciones y conjeturas carentes de soporte, y sin argumentar por qué razón la actuación desplegada por ellos fue exigua al punto de perturbar gravemente los derechos del acusado.

El letrado admite que sus colegas actuaron durante la instrucción, en tanto uno pidió una prueba, alegó de conclusión, recurrió la resolución de acusación y otro la sustentó, no obstante, le parece que tal labor fue insignificante, pero olvidó sustentar, como es debido, tal crítica. Las consideraciones personales en torno a la tarea desplegada por otro profesional no son susceptibles de ser objetadas en esta sede porque cada uno posee una estrategia defensiva diferente y en este caso, contrario a lo que parece insinuar el libelista, no se muestra ostensible desidia alguna por parte de sus predecesores.

Considera inaceptable que no hubiesen acudido a la audiencia preparatoria a reclamar nulidad y pedir la repetición de algunas pruebas. Sin embargo, no demostró cómo la falta de concurrencia a esa diligencia denota abandono de

sus obligaciones y tampoco el motivo por el cual -como se indica en la demanda- ella era obligada a efectos de no causar lesión en los derechos del acusado, menos precisó porqué era imperioso insistir en probanzas recaudadas antes de su vinculación al proceso y cuál sería el beneficio que ello tendría en los intereses de su cliente, máxime cuando respecto de ellas se alegó de conclusión y fueron objeto de nuevo debate cuando se interpuso el recurso de apelación contra el acto de llamamiento a juicio.

De otro lado, en criterio del censor, los juzgadores han debido enmendar tal error, pero no explica el motivo por el cual el mismo era patente, con mayor razón si durante la actuación **Restrepo Mosquera** siempre estuvo representado por abogados contractuales, no de oficio.

2.2. **Segundo cargo** (subsidiario): falso raciocinio

2.2.1. Esta modalidad de violación indirecta surge cuando, en el momento de hacer la evaluación racional del mérito de la prueba o al realizar la inferencia lógica, el fallador se aparta de las reglas de la sana crítica y, como consecuencia, declara una verdad fáctica diversa de la que revela el proceso.

Al impugnante le asiste la carga de *(i)* identificar el medio de prueba sobre el que recayó el error; *(ii)* expresar en qué consistió el equívoco del juzgador al hacer la valoración crítica, señalando qué fue lo que infirió o dedujo, cuál fue el mérito persuasivo otorgado y cuál la regla de la lógica, la ley de la ciencia o la máxima de experiencia o sentido común que se desconoció; *(iii)* indicar el postulado lógico, el aporte científico correctos o la regla de la experiencia que se debió tener en cuenta para la adecuada apreciación de la prueba, y *(iv)* demostrar la trascendencia, esto es, cómo de haber sido valorada correctamente frente al resto de elementos de convicción, el sentido de la decisión habría sido sustancialmente opuesta y a favor de los intereses del recurrente.

2.2.2. Es ostensible la inobservancia, por parte del defensor, de las directrices expuestas en precedencia, lo que impide darle curso a la censura.

No detalla con precisión cuáles fueron las pruebas sobre las que recayó el error y menos menciona cómo tuvo lugar el yerro, ni cuál fue la regla de la experiencia desconocida por el Tribunal.

Aún de entender que podría referirse a los testimonios de Fulton Isaac Rengifo Moreno, Gladys Lozano Palacios, Américo Murillo Londoño y a lo narrado en la denuncia, no especificó cómo fracasó la colegiatura en el momento de extraer la inferencia lógica, ni cual la máxima de la experiencia que ha debido tener en cuenta.

El actor asegura que la regla de la experiencia conduce a afirmar que el móvil que llevó a su representado a contratar iba destinado a mejorar la administración pública, sin embargo, no precisa cuál es la máxima tenida en cuenta para llegar a esa conclusión. Hace una serie de enunciados sin cimiento fáctico ni jurídico, los que descansa en meras especulaciones. Olvida que cualquier enunciado o consideración respecto de un tema determinado no constituye postulado regla de experiencia.

Para proponer correctamente un cargo por este sendero no basta con indicar la regla que en un instante determinado se le haya ocurrido al censor, es preciso que la misma se encuentre debidamente configurada, que se demuestre cómo es generalmente aceptada por el común de la gente y, en consecuencia, por qué debe ser adoptada preferentemente, lo que no se observa en esta oportunidad.

Su discurso no está dirigido a soportar un cargo en casación sino a criticar, de manera desordenada, amplia e indeterminada la declaración de condena contenida en el fallo objetado.

Véase cómo exhibe su intención de atacar el indicio, pero no demuestra que el juzgador haya llegado a la certeza de la responsabilidad de **Restrepo Mosquera** a partir de aquellos y menos refiere cuáles ni cómo se estructuraron. Siguiendo esa misma desidia, tampoco especificó si el yerro se predica en relación con (i) la prueba del hecho indicador, (ii) la inferencia lógica, o (iii) el grado de persuasión concedido por el juez, tal como lo ha exigido la jurisprudencia.

A juicio del letrado, el *ad quem* ha debió acudir al artículo 146 del Código Penal de 1980, que tipificaba el contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Sin embargo, este reproche resulta ambiguo y, en todo caso, carece de sentido, toda vez que el juez colegiado fue explícito en reiterar, como lo hizo el *a quo*, que en esta ocasión se verificaban los elementos del injusto previsto en el

artículo 145 *ibidem* y que justamente estaba demostrado el interés ilícito por parte del acusado.

Cosa distinta, no controvertible por esta vía, es que el censor considere que no hay prueba que constate ese interés ilícito, lo cual tampoco es palpable en esta ocasión pues los falladores consideraron que en el plenario existían suficientes elementos de juicio para determinar que **Restrepo Mosquera** suscribió el contrato para favorecer a la firma de abogados. A esa conclusión arribaron no solo a partir del testimonio del contratista, del asesor jurídico externo y del jefe de la oficina jurídica de DASALUD, sino apoyados en el propio contrato, en donde se pactó una suma exagerada como reembolso de gastos^[18].

Es más, importa recordarle que, tal como la Corte lo ha sostenido, el reproche a la conducta descrita en el artículo 145 referido, se contrae a la inclinación, ya sea en provecho propio o de un tercero, que posea el funcionario en un contrato o negocio jurídico en el que deba intervenir con claro desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva. La ilicitud de la intervención del servidor -ha señalado la Sala- “no puede medirse por el perjuicio concreto a un tercero participante en el proceso de licitación o por la afectación del objeto final del contrato porque el bien materia de protección no es, como lo pregona el demandante, la adecuada prestación del servicio contratado, sino la legalidad y legitimidad de la contratación, que se ven afectadas cuando el funcionario rompe los principios constitucionales y legales atrás referidos”^[19].

Fue justamente en el último fallo -el del 18 de abril de 2002- que el juez de primer grado soportó su determinación.

Pareciera que el demandante posee un concepto de interés e ilicitud diversos a los reconocidos por la jurisprudencia, motivo por el cual construyó sus reproches a partir de conceptos e hipótesis sesgadas y acomodadas. Nótese que intentó dar fuerza a su planteamiento, relacionado con la necesidad de prueba del interés, con la sentencia [C-128 de 2003](#) de la Corte Constitucional, pero para tal efecto cercenó uno de los párrafos allí contenidos. La cita completa, que es del siguiente tenor, difiere de lo pretendido por aquél:

“Ese interés se penaliza, en la medida en que se han dado manifestaciones externas del mismo por parte del servidor, las cuales en la medida en que traducen el abandono por el servidor de sus deberes de

imparcialidad y transparencia en la gestión contractual evidencian la configuración de la conducta reprochada penalmente. (Las subrayas que hace la Sala corresponden al aparte que fue suprimido por el demandante).

Es claro, entonces, que el pronunciamiento judicial que se discute se halla acorde con lo sostenido por la jurisprudencia de esta Corporación, en la medida en que actuar en contra de los “postulados que marcan el espíritu en la administración pública al desobedecerlos, infringirlos, ignorarlos o pasándolos por alto, manifiesta el interés de contenido antijurídico que exige la norma...”^[20]. Y, en relación con la prueba del interés, vale la pena destacar que la misma suele no ser directa, salvo que exista confesión, justamente porque corresponde al fuero interno de la persona, pero, no obstante, se infiere de otras, tanto testimoniales como documentales, que comprueban la falta de acatamiento de los principios y normas constitucionales de la contratación administrativa.

Al respecto, el Tribunal sostuvo:

“...las valoraciones que efectuó el *a quo*, acerca de la no necesidad del contrato, por la simplicidad del objeto -que indicaba que podía ser realizado por los jurídicos de la entidad- y lo elevado de la cláusula de reembolso de gastos, así como la ausencia del cumplimiento de los principios de la función pública y la contratación administrativa, son razones de derecho y elementos objetivos mediante los cuales se infiere la intencionalidad desviada que motivó a **MOSQUERA RESTREPO** (SIC), a suscribir esa prestación de servicios, la que bajo una apariencia de formalidad, tenía como propósito final favorecer a la firma FORUM CONSULTORES LTDA.”^[21]

2.3. Tercer cargo (subsidiario): violación directa

2.3.1. Este motivo de casación exige, como bien lo describió en la teoría el demandante, pero no lo puso en práctica, que los argumentos de reproche se restrinjan a aspectos de puro derecho, esto es, a un análisis estrictamente jurídico de la sentencia, lo que implica admitir como válidos los hechos y las pruebas, tal como fueron consignados y valorados.

Por consiguiente, no es viable discutir asuntos relativos a la apreciación probatoria o a la manera en que la situación fáctica fue considerada por el juzgador, en tanto el censor debe aceptarlos en la forma en que se plasmaron en el proveído atacado.

2.3.2. Según afirma el letrado, el sentenciador interpretó erróneamente el artículo 145 del Código Penal de 1980 porque confundió el interés *ilícito* con el *indebido*.

Es evidente que, a pesar de las advertencias del actor, desconoce por completo la realidad probatoria consignada tanto en el fallo impugnado como el de primer grado -que conforman una unidad inescindible por cuanto éste fue confirmado íntegramente por aquél-.

En efecto, el Tribunal fue claro en sostener que estaba demostrado el interés *ilícito*, toda vez que, al celebrar el contrato, el acusado desconoció los principios de transparencia y objetividad que rigen la contratación pública^[22]; el negocio jurídico no contó con certificado de disponibilidad ni registro presupuestal^[23]; no se elaboró en la oficina jurídica de DASALUD, entidad que para el momento dirigía **Restrepo Mosquera**; tampoco obtuvo concepto de ella y su objeto -la contratación de profesionales externos para realizar el cobro de dineros adeudados- era inviable.

El *a quo*, por su parte, fue explícito al sostener que la *ilicitud* del comportamiento se circunscribía al "interés" que, en provecho propio o de un tercero, posea el funcionario en el contrato, el cual se liga al desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva^[24]. Luego, al descender al caso concreto, destacó que el procesado vulneró el artículo 145 del Código Penal de 1980 porque no obró "con objetividad y criterio de transparencia en la escogencia de la firma fórum consultores lo que conllevó (sic) a favorecerlos en detrimento de los principios de lealtad y probidad que se le exigen a un funcionario del Estado en los actos administrativos"^[25]. Y, más adelante, sostuvo:

"...al revisar las probanzas en el caso presente es clarísimo que el procesado traicionó el deber de fidelidad estatal ya que actuó con razones ajenas al provecho general y, siendo la finalidad de la administración pública la de satisfacer intereses generales y cumplir con los postulados delimitados en el marco del artículo 209 constitucional Nacional; situación

que se evidencia por qué (sic) no se comprende las motivaciones que tuvo el procesado (...) no obstante su condición de ingeniero de petróleos decidió exclusivamente realizar el contrato de prestación de servicios a sabiendas que se (sic) contrato tenía un gran componente jurídico, sin embargo, no realizó estudios previos de la conveniencia, oportunidad y necesidad de realizar el contrato, dado que solamente le menciono (sic) de una intención de contratar en tal menester, sin detenerse como era su obligación a discutirlo con los abogados de Dasalud^[26].”

Por consiguiente, es clara la discordancia del censor con las consideraciones fácticas y probatorias plasmadas por los juzgadores. Además, de que no explica cuál sería la diferencia entre una y otra locución que marcaría la trascendencia en el caso concreto, máxime cuando los sentenciadores justificaron su decisión en jurisprudencia de esta Corporación.

Ahora, si bien en la sentencia del 16 de mayo de 2007 (radicado 23.915) - citada por el togado- la Corte sostuvo que el término *indebido*, introducido por el legislador de 2000 al tipo penal que ahora convoca la atención de la Sala, es más amplio que el de *ilícito*, previsto en el Código de 1980, es importante tener claro lo que allí se precisó, toda vez que, en nada, se contradice con los fundamentos expuestos en el fallo objeto de disenso.

Es así como en dicha providencia se afirmó:

“Ha de recordarse que el legislador de 2000 acogió el planteamiento del proyecto presentado por la Fiscalía General de la Nación^[27], en el cual se consignó que el nombre que realmente corresponde a este tipo es el de *interés indebido en la celebración de contratos*, pues en estos eventos el contrato formalmente es lícito, pero el servidor público indebidamente se interesa en el mismo y busca la obtención de un determinado resultado, contrariando sus específicos deberes de imparcialidad, transparencia, etc., que deben caracterizar las contrataciones estatales. Esa razón sirvió para que el tipo penal no se estructurara a partir de un *interés ilícito* sino de un *interés indebido*. Tal cambio afectó la forma pero fundamentalmente la sustancia del comportamiento punible, puesto que, no cabe duda, lo ilícito tiene que ver con lo antijurídico; por el contrario, lo indebido puede ser lícito o jurídico, pero para los efectos propios del tipo penal comentado basta tal clase de interés para concluir

que se ha actuado con un interés típico relevante para el derecho penal." (Subrayas fuera de texto).

Si la discrepancia del impugnante se afincaba en la antijuridicidad de la conducta contemplada en el artículo 145 del estatuto sustantivo de 1980, vale la pena recordarle lo que la Corte, en la sentencia de única instancia del 27 de septiembre de 2000^[28], afirmó al respecto:

"El interés previsto por el aludido artículo 145, no ha de ser, necesariamente, pecuniario, sino simplemente consistir en mostrar una inclinación de ánimo hacia una persona o entidad, con desconocimiento pleno o parcial de principios de neutralidad, objetividad, transparencia, igualdad de oportunidades y selección objetiva, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o sus funciones, elemento subjetivo esencial para la estructuración del delito en estudio.

Y, si lo anterior fuera poco, en el fallo del 18 de abril de 2002^[29], que sirvió de marco conceptual para el juez de primera instancia, la corporación reiteró su postura anterior y sostuvo:

"A su vez, según el artículo 4° del Código Penal vigente a la sazón [1980], hoy artículo 11 de la última ley citada, "*para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley*". En realidad, la definición legal envuelve dos matices de la antijuridicidad, el *formal* circunscrito a la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico total, en cuanto éste consagra no sólo prohibiciones sino también permisos; y el *material*, concretado en la ofensa al bien jurídico protegido (lesión o puesta en peligro).

De acuerdo con el Libro Segundo, Título III del Código Penal que rigió el presente caso (hoy título XV del nuevo código), el bien jurídico protegido en el delito examinado es el correcto funcionamiento de la *administración pública*.

(...)

...en delitos como el que ocupa la atención de la Sala, la administración pública es lesionada cuando el servidor no actúa con sujeción absoluta y franca a tales principios que se hallan implícitos en todos los tipos penales

vinculados con la contratación estatal, generando la sensación o certeza de deslealtad, improbidad y ausencia de transparencia dentro de los coasociados.

De allí que tiene absoluta vigencia frente a la Carta Política de 1991, el análisis que la Corte hizo sobre el delito de interés ilícito en la celebración de contratos en la sentencia de junio 8 de 1982, con ponencia del Magistrado Gustavo Gómez Velásquez, sobre cuyos aspectos principales se destaca lo siguiente:

'... la razón de ser de este dispositivo penal radica en la necesidad, por parte del Estado, de mantener la función administrativa dentro de moldes de corrección básica, atendida de manera fiel, sin que el interés particular del funcionario llegue a opacar la rectitud que debe implicar ese ejercicio, pues lo lógico es pensar en un desvío real por influjo de esa motivación, o en la fundada creencia, en la opinión pública o en los destinatarios de sus efectos, que se ha procedido indignamente por obra de ese apremio. Lo más posible, en estas circunstancias es que se produzca lo que los autores llaman un "desdoblamiento de la personalidad del funcionario", quien actuará dentro de la esfera oficial, con exigencias propias al servidor público, pero orientado por logros personales. Se busca, pues, preservar la ética administrativa apoyo obligado de esa importantísima gestión.

'Ese interés personal, de provecho particular, traduce la conducta censurable, ya que el Código Penal la recoge, por sí, como actividad incompatible con la función pública. El Código Penal vigente, en parte (artículo 145), corresponde a este mismo régimen, el cual cambia en el artículo 144, que exige como elemento típico el quebranto de una incompatibilidad o de una inhabilidad. En otros términos debe advertirse que cuando se olvida una de estas prohibiciones, el delito se da aunque el funcionario sea ajeno a conveniencias personales. Y, al contrario, si se 'interesa' de modo particular cuando ejercita una atribución pública, así no ofenda el reglamento de inhabilidades o incompatibilidades, incurre en el hecho punible comentado.

'Es más, si el interés particular deviene a favor de la administración (v. gr. el contrato celebrado, con atención personal, se presenta como fructuoso para la administración, o de mayor rendimiento para ésta), el delito se ha consumado, porque en esta modalidad no se demanda la

existencia de un interés de perjuicio, pues no se busca sancionar negocios 'prohibidos' sino disconformes con el ejercicio de la función pública'

La ilicitud del comportamiento que se analiza se circunscribe entonces al '*interés*' que en provecho propio o de un tercero tenga el funcionario en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo."

Por manera que los presupuestos de los que partió el casacionista no son los que se constataron en los fallos de instancia.

2.4. **Cuarto cargo** (subsidiario): violación directa

2.4.1. En este acápite el censor, desesperado por llevar adelante su tesis, considera que el artículo 145 del Código Penal anterior no debió ser aplicado, porque el llamado a regular el caso era el 146 *ibidem*, que contemplaba el delito de celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales.

Cuando el error denunciado es la aplicación incorrecta de una norma y la consecuente ausencia de otra, es preciso demostrar que el juzgador se equivocó al calificar jurídicamente los hechos o, aun de haber acertado en su adecuación, erró al elegir la disposición correspondiente a la calificación impartida.

El censor, en modo alguno demuestra cómo, en la elaboración del juicio de derecho, el canon referido no era el llamado a resolver el asunto. Su discurso, como si fuese un alegato más de instancia, se centra en exhibir sus opiniones personales en torno a la adecuación típica, pero partiendo, no del supuesto fáctico y jurídico en el cual se basó el Tribunal, sino en su particular criterio. En manera alguna explica cómo el fallador se apartó de las directrices trazadas por la jurisprudencia y menos porqué, atendiendo con estricto rigor los fundamentos fácticos y jurídicos de la providencia de la que disiente, se habría de concluir en una adecuación disímil.

Nótese que su propuesta, desatinada y carente de argumentación, no se ciñe al real contenido del fallo censurado, en el cual, tal como se plasmó en las consideraciones del cargo anterior, se dejó claro que **Restrepo Mosquera** incurrió en el punible por el cual fue acusado, habida cuenta que desconoció los principios que rigen la contratación pública, entre ellos los de

“transparencia” y “selección objetiva”. Así mismo, ignoró el togado los fundamentos expuestos por el *a quo*, autoridad que, como bien se consignó en precedencia, apoyó su decisión en jurisprudencia reiterada de esta corporación.

Si el desacuerdo residía en que, a su juicio, el *ad quem* no motivó suficientemente la razón por la cual el procesado trasgredió los principios de transparencia y selección objetiva, es evidente que equivocó el camino y lo adecuado era encauzarlo por defectos en la motivación de la sentencia, lo que no hizo.

Las múltiples falencias advertidas conducen a inadmitir la demanda y la Sala ha revisado íntegramente la actuación y no ha encontrado causales de nulidad ni flagrantes violaciones de derechos fundamentales, razón por la cual no puede penetrar al fondo del asunto oficiosamente.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de **Luis Ernesto Restrepo Mosquera**.

En consecuencia, **DEVOLVER** la actuación al Tribunal de origen.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

**FERNANDO ALBERTO CASTRO
CABALLERO**

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JAVIER ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

^[1] El 10 de diciembre de 1999.

^[2] Folio 37 del cuaderno 1.

^[3] Folios 8 a 26 del cuaderno 2.

^[4] Folios 56 a 72 *Id.*

^[5] Folio 172 *Id.*

^[6] Aunque en la providencia se hizo mención a catorce -en letras-, es evidente que el juzgador quiso referirse a 10, como también lo entendió con el *ad quem*.

^[7] Así consta en el proveído.

^[8] Folios 194 a 230 *Id.*

^[9] Folios 6 a 29 del cuaderno del Tribunal.

^[10] Folio 58 del cuaderno del Tribunal.

^[11] Folio 72 del cuaderno del Tribunal.

^[12] Folio 76 *Id.*

^[13] Folios 49 y 50 *Id.*

^[14] Folio 52 *Id.*

^[15] Aunque el letrado los numeró por capítulos, la Corte sigue con rigor el orden propuesto en el escrito.

^[16] *Cfr.* Sentencia del 29 de agosto de 2000 (radicado 15.338).

^[17] Auto del 31 de enero de 2000 (radicado 15.081).

^[18] Folio 13 del cuaderno del Tribunal.

^[19] *Cfr.* Sentencia de casación del 18 de abril de 2002 (radicado 12.658).

^[20] *Cfr.* Sentencia del 4 de febrero de 2009 (radicado 25.989).

^[21] Folios 18 de la providencia, 23 del cuaderno del Tribunal.

^[22] Folios 8 de la decisión, 14 del cuaderno del Tribunal.

^[23] Folios 11 y 16 *Id.*

^[24] Folios 13 de la determinación, 206 del cuaderno número 2.

^[25] Folios 14 y 207 *Id.*

^[26] Folios 15 y 208 *Id.*

^[27] Fiscalía General de la Nación. *Proyecto de ley por la cual se expide el código penal*, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1998, p. 64.

[28] Radicado 14.170.

[29] Radicado 12.658.