

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

SP3012-2014

Radicación No. 42038

(Aprobado acta N°. 74)

Bogotá, D.C., doce (12) de marzo de dos mil catorce (2014).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte resuelve el recurso de casación promovido por la defensora de LUIS ALFREDO RIAÑO CELIS contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, de fecha 17 de abril de 2013, que modificó parcialmente la proferida por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Soacha y condenó al acusado por el concurso delictual de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades y falsedad ideológica en documento público.

HECHOS

CARLOS JULIO GONZÁLEZ PEÑA formuló denuncia contra LUIS ALFREDO RIAÑO CELIS, ELIZABETH DUQUE MORALES y JAIRO ALBERTO SARMIENTO ORTIZ, en su calidad de Jefe de Control Interno, Alcaldesa y Secretario de Planeación de Obras Públicas del Municipio de San Antonio de Tequendama (Cundinamarca), respectivamente.

Adujo que RIAÑO CELIS, aprovechándose de su ingenuidad y de su ignorancia en labores de construcción, lo convenció para que en la Secretaría de Hacienda Municipal firmara la orden de trabajo N° 014 del 29 de abril de 2005, por valor de \$4.509.263, con la respectiva propuesta y demás anexos, y así pagar unos trabajos que se venían realizando en la Plaza de Mercado por parte de los señores RICARDO REYES o DANIEL DUQUE.

Agregó que el reclamó el cheque correspondiente al pago por la referida orden y se lo entregó a RIAÑO CELIS.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Con base en la indicada denuncia, el 29 de marzo de 2006 la Fiscalía 2ª Seccional de Cundinamarca ordenó apertura de instrucción, así como la vinculación, mediante indagatoria, de LUIS ALFREDO RIAÑO CELIS, ELIZABETH DUQUE MORALES y JAIRO ALBERTO SARMIENTO ORTIZ[1].

2. La Fiscalía 5ª Seccional de Cundinamarca cerró investigación el 9 de septiembre de 2008[2] y el 10 de noviembre siguiente calificó el mérito del sumario así[3]:

Acusó a LUIS ALFREDO RIAÑO CELIS como determinador de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y falsedad ideológica en documento público, en concurso heterogéneo y sucesivo (artículos 410 y 286 del Código Penal).

Precluyó investigación en favor de RIAÑO CELIS por los delitos de peculado por apropiación y constreñimiento ilegal.

Precluyó investigación en favor de ELIZABETH DUQUE MORALES y JAIRO ALBERTO SARMIENTO ORTIZ por los injustos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación; adicionalmente, por el de constreñimiento ilegal respecto de DUQUE MORALES.

Declaró extinguida la acción penal por la muerte de CARLOS JULIO GONZÁLEZ PEÑA y, en consecuencia, precluyó la instrucción.

3. Esa determinación fue confirmada el 26 de febrero de 2009 por la Fiscalía 2ª Delegada ante el Tribunal Superior de Cundinamarca[4].

4. El 27 de marzo de 2012 el Juzgado 1º Penal del Circuito de Soacha profirió sentencia, en la que condenó a RIAÑO CELIS, como autor, de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y falsedad ideológica en documento público. En consecuencia, le impuso 60 meses de prisión, multa de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 5 años; al tiempo que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y le concedió la prisión domiciliaria[5].

5. La providencia fue impugnada por el defensor y, en fallo del 17 de abril de 2013, el Tribunal Superior de Cundinamarca modificó el numeral 1º de su parte resolutive, en el sentido de condenar a RIAÑO CELIS por los punibles de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, en calidad de autor, y falsedad ideológica en documento público, como determinador. Confirmó en lo demás[6].

6. La apoderada judicial de RIAÑO CELIS interpuso recurso de casación y presentó la demanda correspondiente en la que formuló dos cargos.

7. La Corte, por auto del 4 de diciembre de 2013, admitió el primero e inadmitió el segundo.

LA DEMANDA

A juicio de la defensa, la sentencia de segunda instancia se profirió dentro de un juicio viciado de nulidad, por afectación de los derechos al debido proceso y a la defensa de RIAÑO CELIS, consagrados en los artículos 29 de la Constitución; 9 -numeral 3- del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 7 -numeral 5- de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 5, 8 y 9 de la Ley 600 de 2000.

Asegura que el ad quem condenó a su representado por un tipo penal distinto al imputado en el pliego de cargos, lo que le impidió ejercer a cabalidad el derecho de defensa, toda vez que las actuaciones se orientaron siempre a demostrar que RIAÑO CELIS no era el autor de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y falsedad ideológica en documento público (evoca las varias intervenciones del abogado durante la instrucción y el juicio).

Después de recordar que el proceso está compuesto de diversos actos que lo estructuran y definen su objeto, asegura que a su representado se le indagó y acusó por el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, no obstante, en segunda instancia, de manera sorpresiva,

se le condenó por el de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.

Destaca la jurista que, a pesar de que ambos hacen parte del Título XV, Capítulo Cuarto, del Código Penal, son diametralmente diferentes. Mientras en el primero se preserva la integridad de las normas de contratación, de la administración pública y del patrimonio del Estado, en el segundo se protege el interés estatal de conservar la transparencia e imparcialidad de los funcionarios. En lo que toca con la conducta, también son disímiles, pues en el de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, se requiere comprobar simplemente la condición de servidor público y su intervención en el proceso contractual, y en el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, es necesario, para la tipicidad, la relación funcional porque se precisa que dentro de las competencias del funcionario se hallen las atinentes al trámite contractual. Esas desemejanzas han sido reconocidas por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 6 de marzo de 2008 (radicado 24606).

Sostiene que el juez plural violó la estructura del proceso y lesionó el derecho de defensa, lo que solo puede ser subsanado con una nulidad.

Por consiguiente, solicita se case la sentencia impugnada y se anule la actuación a partir de la resolución de acusación para que la fiscalía escuche en indagatoria a RIAÑO CELIS por el reato reprochado en segunda instancia y, si es del caso, lo llame a juicio por el mismo.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal pide a la Sala casar la sentencia impugnada y declarar la nulidad de lo actuado a partir de la calificación, para que se escuche en indagatoria al procesado por el delito de violación al régimen legal de incompatibilidades e inhabilidades. Estas son las razones:

La resolución de acusación fija el marco conceptual, fáctico y jurídico de la pretensión punitiva del Estado, de modo que tanto en el juicio como en la sentencia debe respetarse. Por su parte, el procesado y la defensa atienden el contenido de aquella para efectos de ejercer el derecho de contradicción, con la plena garantía que no serán sorprendidos con imputaciones diversas.

Salvo el caso previsto en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, para hacer más gravosa la situación del procesado, o cuando se le quiere favorecer, la variación de calificación jurídica vulnera la estructura del proceso y lesiona el principio de congruencia.

Dicho postulado no implica una perfecta armonía entre la acusación y la sentencia, en tanto se predica del núcleo fáctico-jurídico básico, por lo que no se vulnera si el juez condena en forma atenuada (se remite a las consideraciones expuestas por la Corte en la sentencia del 14 de septiembre de 2011 y en el auto de 14 de febrero de 2002, radicados 35390 y 18457, de cuyos textos hace extensas citas).

En esta ocasión, el cambio en la calificación hecho por el Tribunal violó el derecho de defensa y el debido proceso porque si bien no modificó el núcleo fáctico esencial de la imputación, «si (sic) se hizo en la calificación jurídica con afectación de la garantía, dada la relevancia de ambos tipos penales en blanco»[7], toda vez que las partes no contaron con la oportunidad para pronunciarse sobre los nuevos elementos normativos esenciales «tales como para el contrato sin requisitos legales implícito (sic) negar por la defensa la capacidad del acusado de contratar dadas sus funciones»[8], aspecto en el cual se centró el defensor, y «de otra parte lo que hubiese implicado

discutir los elementos vigentes del régimen de inhabilidades consagrados en diferentes disposiciones legales de reenvío externo por el tipo penal»[9].

Para el ad quem, RIAÑO CELIS actuó como verdadero contratista, fue quien ejecutó el objeto del contrato acordado en la orden de trabajo.

Atendiendo que las penas establecidas para los dos tipos penales en los artículos 408 y 410 del Código sustantivo, incluida la modificación introducida por el artículo 33 de la Ley 1474 de 2011, son equivalentes, es inviable concluir que el procesado obtiene beneficio o mejora favorable, como para prescindir, como lo hizo el juez colegiado, de acudir al trámite previsto en el precepto 404 de la Ley 600 de 2000.

No se está ante el simple cambio del nomen juris sino que cada injusto posee elementos constitutivos distintos, por lo que la defensa requería un frente de controversia diferente. En ese orden, el sentenciador incurrió en un contrasentido al fundamentar el cambio de calificación porque

..la conducta descrita en el artículo 408 ibidem la analiza como una relación funcional que se toma como una característica genérica que no demanda comprobación más allá de la (sic) establecer la condición de servidor público y su intervención efectiva en cualquier parte del proceso de contratación, mientras que al fijar el alcance del artículo 410 ibidem, la relación funcional ya la toma como determinante dentro de sus competencias legales concretas dentro del trámite contractual.[10]

Razón le asistió a la demandante al citar la sentencia del 6 de marzo de 2008, radicado 24606, en la cual se determinan las diferencias de cada una de las conductas punibles de que se trata.

CONSIDERACIONES

A juicio de la censora, el fallo impugnado se dictó dentro de un juicio viciado de nulidad porque el Tribunal, al variar la calificación del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales al de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, lesionó el debido proceso y el derecho de defensa de RIAÑO CELIS.

La Corte declarará la prosperidad del cargo por las siguientes razones:

1. Consta en las diligencias que RIAÑO CELIS fue acusado por contrato sin cumplimiento de requisitos legales y falsedad ideológica en documento público[11] -el calificadorio fue confirmado integralmente en segunda instancia por la Fiscalía delegada ante el Tribunal-.

Finalizado el juicio, el Juez lo declaró penalmente responsable de la comisión de los dos delitos referidos y por ellos lo sancionó.

El Tribunal, al resolver el recurso de apelación propuesto por la defensa, lo condenó por falsedad ideológica y violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades. Adujo que, por el cambio introducido en el nomen juris, no se lesionaba el principio de congruencia, que debe gobernar el acto del llamamiento a juicio y la sentencia, porque «existía perfecta armonía entre las mismas en sus aspectos personal (sujetos) y fáctico (hechos y circunstancias)»[12], y tampoco se violaban los derechos del acusado, en cuanto ambos protegen idéntico bien jurídico y comportan similar sanción penal[13].

2. Lo expuesto pone en evidencia que en segunda instancia se modificó la calificación jurídica hecha durante la instrucción.

Si bien ello, en muchos casos, no comporta lesión alguna a las garantías –como cuando se degrada la conducta pero se mantiene el núcleo fáctico, se suprime un agravante o se obtiene un beneficio para el acusado-, lo cierto es que en esta ocasión sí afectó gravemente el debido proceso, en su componente del derecho de defensa.

La razón: porque a pesar de que los dos comportamientos delictivos se encuentren ubicados en el Capítulo IV «De la celebración indebida de contratos», que hace parte del Título XV «Delitos contra la administración de pública» del Código Penal, y guardan correspondencia en cuanto a la penalidad, es claro, como lo ha destacado esta Corporación (CSJ SP, 6 mar. 2008, rad. 24606 y CSJ SP, 12 may. 2010, rad. 30291), que sus elementos constitutivos son totalmente diversos, cuestión que impone el desarrollo de una labor defensiva concreta y especializada para cada uno, dirigida a desvirtuar cada elemento estructural del tipo de manera puntual y exacta.

Así, en la sentencia CSJ SP, 6 mar. 2008, rad. 24606, al resolver en única instancia un asunto bajo la égida del Código Penal de 1980, la Corte descartó la posibilidad de que se presentara un concurso aparente de conductas punibles entre el contrato sin cumplimiento de requisitos legales y el de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y dijo:

El concurso en apariencia, se reitera, tiene como fundamento la existencia de una unidad de acción subsumible en varias descripciones típicas, resultando aplicable una de ellas siempre que la acción obedezca a una única finalidad y lesione o ponga en riesgo el mismo bien jurídico.

Presupuestos en este caso ausentes, porque los supuestos de hecho de cada tipo penal describen conductas natural y jurídicamente diferentes. La violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades sanciona al servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en el trámite, aprobación o celebración de un contrato transgrediendo el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. En tanto que el contrato sin cumplimiento de requisitos legales castiga al servidor público que por razón de sus atribuciones tramite un contrato sin observar los requisitos legales esenciales, o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos.

Además, contrario al parecer del Procurador Delegado, las conductas estuvieron impulsadas por fines distintos, así el propósito último fuese la apropiación de recursos del departamento a favor de terceros. Ello es viable en virtud a que el primero, por ser de mera conducta, alcanza su ejecución con la sola participación del servidor público en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, sin requerir la obtención de un resultado en particular; mientras que el segundo demanda que el sujeto activo tramite el contrato sin observar los requisitos legales esenciales o que lo celebre sin la verificación de los mismos.

Con la primera conducta el fin perseguido era darle visos de legalidad a los convenios ocultando los verdaderos contratistas, entre ellos dos diputados del departamento inhabilitados para contratar con cualquier entidad del Estado.

Con la segunda, transgredir los presupuestos del trámite de la contratación pública ignorando los principios de planeación, selección objetiva y transparencia, para de ese modo seleccionar irregularmente a los diputados, por interpuesta persona.

De otro lado, los ingredientes constitutivos de los supuestos de hecho de cada tipo penal son diversos, sin contener referencias estructurales que permitan aseverar que están vinculados por una relación de género a especie y que el de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades sea una modalidad de la celebración de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales, como lo propone el Procurador Delegado, pues siendo delitos autónomos e independientes su descripción no se refiere a un tipo básico común.

Su reglamentación independiente, describiendo conductas disímiles con sanciones autónomas, sin expresar el carácter subsidiario o residual de ninguna de ellas, descarta la posibilidad de configuración del concurso aparente de tipos penales. Son injustos penales aplicables simultáneamente con otros de estructura básica o especial, si la conducta ponderada constituye un fenómeno concursal.

Para desechar el principio de consunción, basta argumentar que los elementos constitutivos de la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades no están comprendidos en los del contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, o viceversa, de suerte que el presupuesto relativo a que los tipos penales estén ligados por una relación lógica de extensión comprensiva no se agota.

Para el segundo injusto, basta con que el sujeto activo haya tramitado un contrato inobservando las exigencias legales esenciales o lo haya celebrado o liquidado sin verificar su cumplimiento, requerimientos expresamente señalados por la ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios,

marginando los motivos de configuración de la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. En tanto, que para la perfección de este último tipo penal, basta que el sujeto agente intervenga en el trámite, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen constitucional y legal de inhabilidades e incompatibilidades, para este caso el de los diputados previstos, como atrás se vio, en los artículos 127, 299 y 180 de la Carta; 8 y 56 de la ley 80 de 1993.

Luego, en sede de casación, CSJ SP, 12 may. 2010, rad. 30291, ya al amparo del Código Penal de 2000, la Sala evidenció así la disimilitud en los componentes de las conductas punibles descritas en los artículos 408, 409 y 410:

...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 408[14].

“...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”[15].

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 409[16].

“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 objeto[17].

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 410[18].

“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”. [19]

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”. [20]

3. El plenario refleja que, como la acusación abarcó el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la defensa desplegó toda su estrategia a desvirtuar los elementos integradores de aquél, tanto así que durante su intervención en la audiencia pública aspiró a que se absolviera a su representado apoyada en que, al amparo de la Ley 80 de 1993, era viable contratar directamente dada la cuantía y extender la orden de prestación de servicios, la cual cumplió con las exigencias legales; así mismo, que su poderdante no estuvo encargado del proceso, no intervino en la etapa precontractual, no tenía incidencia en determinar con quién se suscribiría el negocio jurídico, el contratista tenía experiencia en la materia y, puntualizó que le sorprendía que se le endilgara el mentado punible «cuando si en gracia de discusión estuviera que mi poderdante hubiera intervenido en ese contrato lo sería en el que establece el art. 409 que es el interés indebido en esa celebración de contratos»[21] (Subraya la Sala).

Con posterioridad, en el recurso de apelación elevado contra la sentencia, insistió en sus argumentos y remató diciendo que «no participó en la etapa contractual, de ahí que no haya extendido ni suscrito documento alguno»[22].

De manera que la maniobra defensiva estuvo orientada a demostrar que RIAÑO CELIS no era autor de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en cuanto no tenía competencia para contratar, esto es, para intervenir legalmente en la tramitación, celebración y liquidación de la orden de trabajo; hecho que fue admitido por el Tribunal (ver folio 13 de la sentencia). Empero, en modo alguno, como bien lo destaca la demandante, esa bancada esbozó argumento o aportó prueba dirigida a desvirtuar la existencia de una inhabilidad o incompatibilidad legal o constitucional, y, menos, a demostrar que ninguna violación de ella acaeció.

No obstante la homogeneidad de la tesis defensiva, el Tribunal, al resolver la alzada, consideró que no se estructuraban los elementos del contrato sin cumplimiento de requisitos legales, y fue así como decidió variar la calificación al considerar que el procesado, en su calidad de servidor público, fue el verdadero contratista de la orden de trabajo 014 de 2005, por lo que infringió el régimen de inhabilidades e incompatibilidades fijado en la Constitución y en la ley[23].

Para sustentar su aserto, inicialmente destacó que, conforme al manual de funciones del cargo de Jefe de Control Interno, se probó que «LUIS ALFREDO RIAÑO CELIS no era titular de la competencia funcional para intervenir legalmente en la “tramitación”, “celebración” y “liquidación” de la orden de trabajo N° 014 del 29 de abril de 2005, ni existía delegación de facultades propias para ello»[24]. Así mismo, que como aquél «desarrolló el comportamiento que se le endilga al margen del ejercicio propio de sus funciones» era obvio que no se le podía endilgar «la configuración del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pero sí, a partir del mismo factum, la incontrastable tipificación del delito de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades que define y sanciona el artículo 408 del C.P.[25].

El juez colegiado no puso en tela de juicio que, durante su trámite y celebración, la tan mentada orden de trabajo hubiese cumplido con las previsiones legales, pero destacó que ello era desde el punto de vista formal, en tanto fue suscrita por un particular, pero criticó que ello no podía ocultar el «proceder delictivo de RIAÑO CELIS, para en forma torticera y oculta hacerse al mismo, mediante la utilización instrumental de interpuesta persona»[26].

Advirtió, finalmente, que de las pruebas surgía que el denunciante firmó dicho contrato, así como la propuesta y la liquidación, todo a solicitud del acusado. Igualmente, que el RIAÑO CELIS (i) fue quien acudió al establecimiento de ANA CENOBIA CASTAÑO DE CASTILLO para autorizar la entrega de materiales con destino a la obra, por los cuales canceló una suma aproximada de \$800.000, quedando pendiente un saldo; (ii) se apersonó y solucionó el impase que por un accidente de trabajo sufrió JOSÉ RICARDO REYES durante la construcción; y (iii) acudió a la oficina de la tesorería municipal para, en compañía del denunciante, recibir el cheque y al tiempo recibirlo en endoso.

Luego concluyó:

La explicación ofrecida por el acusado es deleznable, mientras que este comportamiento pone aún más de manifiesto que el contratista real de la orden de trabajo tantas veces citada, no era otro que el aquí procesado, pues de lo contrario no se explicarían las múltiples intervenciones que tuvo a partir de la suscripción por interpuesta persona, ejecución del mismo, pago de materiales y de la mano de obra a quien la realizó.[27]

Por consiguiente, la decisión de segunda instancia constituye un desafuero procesal porque la defensa solo tuvo la oportunidad de controvertir la postura revelada en la acusación, que nunca fue la de que el procesado hubiese infringido el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como lo refirió el juez plural.

4. En casos similares, donde las conductas punibles que motivaron la actuación hacen parte de aquellas descritas en el Capítulo IV del Código Penal «De la celebración indebida de contratos» y se ha presentado diferencia entre aquella por la cual se llama a juicio y la que finalmente determina la condena, la Sala ha optado, como solución, declarar la nulidad de lo actuado, en orden a que se impute al encartado el injusto nuevo –el advertido por el fallador, que difiere del endilgado por el instructor- con el propósito de que pueda ejercer su derecho de contradicción y se garantice plenamente el de defensa.

Así ocurrió en las ya citadas sentencias CSJ SP, 27 abr. 2005, rad. 19628[28] y CSJ SP, 12 may. 2010, rad. 30291[29].

En ese sentido, la Corte procederá de igual modo, toda vez que –se itera- lo resuelto por el Tribunal Superior de Cundinamarca encierra una afectación extrema de la garantía del debido proceso y del derecho de defensa.

No podría la Sala, en esta ocasión, ignorar lo expuesto arriba en torno a la disimilitud de los elementos que estructuran los tipos penales en comento y la trascendencia que ese yerro comporta, y decidir no casar la sentencia objetada bajo el estrecho argumento –hipotético- que la anomalía no reviste gravedad porque los hechos probados y las pruebas aportadas demuestran que el acusado sí violó el régimen legal o constitucional e inhabilidades e incompatibilidades, pues ello implicaría avalar el proceder del Tribunal cuando lo impresionó con una imputación jurídica que no tuvo la oportunidad de controvertir.

Vale acotar que aunque uno y otro delito gozan de rangos punitivos parejos, esta Colegiatura 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» (CSJ SP, 12 may. 2010, rad. 30291).

Tampoco podría casar el fallo impugnado y confirmar la condena impuesta en primera instancia por contrato sin cumplimiento de requisitos legales, ya fuese atendiendo el grado de participación allí consignado –autor-o el contenido en la acusación –determinador-, pues de las dos sentencias proferidas no emerge que se hayan materializado los elementos que estructuran ese tipo penal y, por el contrario, revelan que la orden de trabajo 014 de 2005 cumplió formalmente con las previsiones legales en cuanto lo que se endilga a RIAÑO CELIS es haber ocultado su verdadera condición de contratista con la administración municipal.

Véase cómo el a quo, para sustentar la responsabilidad del encartado, dijo:

...existe certeza frente a los tipos penales de contrato sin cumplimiento de requisitos, pues el acusado Luis Alfredo Riaño Celis, quien para el 2005 fungía como jefe de Control interno del Municipio, es decir que como servidor público, incurrió en una prohibición de las contempladas en la ley, pues no tenía entre sus funciones la contratación ni podía como servidor público participar como en efecto lo hizo cuando pagó al que cumplió con la labor y, a quien suministró los materiales, cuando fue quien supervisó la obra y, cuando frente al trabajador accidentado atendió no solo la consecución de la afiliación al Sisben para que finalmente quien aparecía como contratista Carlos Julio González no tuviera que asumir los costos –pues se pondría en evidencia- y, quien entregó el pago por la labor realizada.

Riaño Celis claro que en su condición de abogado y, aunado a su cargo como jefe de control interno creyó que la existencia de documentos que soportaban un procedimiento apegado a la ley 80 no dejaría asomo de duda que no había participado ni en la fase pre, contractual ni postcontratual pues al fin y al cabo en ninguno de ellos aparecía su firma –como vehemente lo sostiene su abogado-, empero sí determinó a un ciudadano a un ciudadano ya conocido porque años atrás había contratado con esa misma administración, de tal manera que podía manejar el contrato a su antojo como en efecto lo hizo.[30]

5. Por manera que, si del examen probatorio el juez colegiado advirtió que RIAÑO CELIS no era responsable de la actividad contractual, que no intervino en sus distintas etapas y que formalmente la orden de trabajo cumplía las previsiones de ley, pero, no obstante, infringió otra norma sustantiva penal, lo debido era retrotraer la actuación a un estadio anterior.

Para ello ha debido acudir al instituto de la variación jurídica previsto en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000. Como no lo hizo, la Corte se remitirá a tal normativa para efectos de que subsane la anomalía aquí advertida.

Dicha normativa prevé que en el juicio, a instancia del juez o de la fiscalía, es viable modificar la calificación jurídica siempre que no se mude el núcleo central de los hechos imputados y sea para agravar la situación del enjuiciado; para lo cual se le habrá de respetar sus garantías, así como otorgar la oportunidad de contradecir o debatir esa reforma, la cual sólo podrá tener lugar en los casos allí previstos, los que –vale recordar- no han sido tratados pacíficamente por la jurisprudencia de esta Corporación.

Así, inicialmente sostuvo que la alteración procedía tanto por prueba sobreviniente como por prueba antecedente, en tanto el fiscal pudo incurrir en error al apreciar los elementos de convicción obrantes, al seleccionar la norma o al interpretarla (CSJ AP, 14 de feb. 2002, rad. 18457). Con posterioridad, determinó que, conforme a la literalidad del artículo en comento, era claro que el legislador limitó tal posibilidad únicamente a la sobreviniente, en tanto dejó sentado que la causal de variación por “error” solo tenía lugar por modificación del nomen juris (CSJ AP, 23 abr. 2008, rad. 29339).

No obstante, en sentencia CSJ SP, 8 nov. 2011, rad. 34495, retomó su postura inicial, según la cual la variación podrá tener lugar tanto por prueba sobreviniente como por prueba antecedente cuando quiera que medie un error en la imputación jurídica. Manifestó entonces la Corte:

Una nueva aproximación a la norma, que explora los varios sentidos hermenéuticos del precepto - literal, sistemático y teleológico de acuerdo con el espíritu del legislador-, obliga a la Sala a precisar su postura para retomar la que imperó desde la entrada en vigencia de la Ley 600 de 2000, que permaneció invariable hasta el 2008, en el sentido que la variación de la calificación

jurídica provisional es procedente con apoyo en prueba sobreviniente y antecedente cuando quiera que medie un error en la imputación jurídica. Las siguientes son las razones:

(...)

No cabe duda que la Corte como garante de la legalidad y la constitucionalidad del proceso debe velar por la salvaguarda del principio de legalidad y de la cláusula de reserva legal de la que es titular el Congreso de la República.

En ese sentido, aunque una interpretación literal, stricto sensu, debería propugnar por la tesis según la cual solo ante el advenimiento de prueba sobreviniente no conocida para la época del pliego de cargos habría lugar a modificar la calificación jurídica en él consignada, lo cierto es que el criterio sostenido en el referido auto del 23 de abril de 2008 deja de lado el segundo de los presupuestos intrínsecos de la mutación, este es, el del error en la calificación jurídica, que no es concomitante con el de la prueba sobreviniente, pues la norma utiliza el conector “o” para describir que son dos los supuestos que permitirían acudir a dicha figura.

Así se observa en los antecedentes legislativos del aludido canon 404, concretamente en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 42 de 1998 Senado:

‘Se introduce la variación de la calificación jurídica provisional dada en la resolución de acusación, dentro de la misma etapa, con fundamento en las decisiones de la Corte Constitucional, entre ellas, la contenida en la Sentencia C-394 de septiembre 8 de 1994, siendo magistrado ponente el doctor Antonio Barrera Carbonell, donde se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 37^a del actual Código de Procedimiento Penal. Con fundamento en ella, la modificación podrá formularla el Fiscal, como sujeto acusador, pues siendo la acusación un acto complejo que va desde el llamamiento a juicio, contenido en la resolución de acusación, hasta la intervención del mismo dentro de la audiencia pública incluyendo el acto de variación; más aún cuando se ha entendido que la función juzgadora del juez es independiente e imparcial, limitada al control de la

actividad investigadora, para la recta administración de justicia, lo que impide su participación en esta clase de decisión.

(...)

Fenecido el término probatorio de la audiencia pública, podrá disponerse la variación por dos causales determinadas:

1. Si hay error en la calificación dada por la Fiscalía, o
2. Si existe prueba sobreviniente que la modifique, siempre que conlleve detrimento en la situación de los procesados. Podrá hacerla el Fiscal en su intervención o solicitarla el Juez, si el fiscal no se pronunciare y aquel lo considerare procedente, así se lo hará saber, evento en el que el Fiscal General de la Nación o su delegado podrá aceptar o no lo peticionado (...) [31].

Recuérdese que el error en la calificación jurídica no sólo proviene de una indebida selección del precepto que regula el comportamiento investigado dando lugar a un nomen juris diferente al que en verdad se adecua a la conducta, sino que puede surgir de un desatino en la valoración de los elementos de convicción [32].

Nótese que la postura que hoy se revalúa solo apunta a la acreditación de la segunda de las causales, esta es, la existencia de prueba sobreviniente, que ciertamente no se discute, pero no explica el supuesto relativo a la verificación de un error en la calificación jurídica, el que se insiste, puede ocurrir, porque se interpreta o selecciona mal la norma llamada a regular el asunto o, como sucede en el caso que nos ocupa, como consecuencia de un examen desafortunado de las pruebas que sirvieron de soporte al pliego de cargos.

Teniendo en cuenta que el acto de acusación es complejo por cuanto se completa con la modificación de la imputación introducida en el juicio –cuando la hay-, no cabría ninguna limitación a la modificación de la calificación jurídica sustentada en prueba antecedente, siempre y cuando se acredite la producción de un error en dicha imputación y se respete el núcleo básico de la de carácter fáctico, con todas sus circunstancias modales.

Esta interpretación satisface tanto el principio de legalidad como el de consonancia, pues a más que se soporta en los presupuestos normativos del instituto procesal, garantiza el ejercicio del derecho a la defensa en su componente de contradicción porque mientras no se altere la descripción de los supuestos de hecho objeto de investigación y juzgamiento, la defensa técnica y material mantiene incólume sus garantías esenciales, en tanto goza de la oportunidad de contravenir el señalamiento específico realizado por la fiscalía.

De manera pues que es viable mutar la calificación durante el juicio tanto por prueba sobreviniente como por prueba antecedente, último supuesto que opera cuando (i) se selecciona mal la norma llamada a regular el caso, (ii) se interpreta equívocamente o (iii) se hizo un estudio desafortunado del material probatorio existente y que constituyó el fundamento del pliego de cargos, pero en todos los casos habrá de respetarse el núcleo fáctico esencial de la imputación.

6. En ese orden de ideas, siguiendo la línea jurisprudencial relacionada en los acápites anteriores, tanto en lo que toca con la declaratoria de nulidad, como de la instancia procesal precisa para variar la calificación, la Corte casará parcialmente el fallo impugnado, pero solo en cuanto toca con el injusto de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, y declarará la nulidad parcial de lo actuado a partir de la audiencia pública, específicamente desde la intervención oral de la fiscalía –conservando validez las pruebas practicadas-, de manera que, al rehacerse la misma, se plantee, en primer lugar, por el funcionario instructor, o, ante su renuencia, por el juez en términos y con observancia de lo dispuesto en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal, la variación de la calificación hecha por el Tribunal[33].

7. Finalmente, como la declaración anterior no empaña la condena por razón del injusto de falsedad ideológica en documento público y toda vez que la pena impuesta a RIAÑO CELIS obedeció a la comisión de las dos conductas punibles –curso heterogéneo-, esta Corporación habrá de readecuarla y, en ese sentido, suprimir el monto que de ella correspondió por el ilícito de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.

Para tales efectos, tendrá en cuenta los parámetros utilizados por el a quo cuando dosificó la pena base –ahora solo queda un único delito-. Así, dicho funcionario, para estos efectos, se ubicó en el cuarto mínimo y eligió el guarismo del extremo inferior.

Por consiguiente, con plena observancia de ese procedimiento, la Sala señalará que la pena privativa de libertad por la falsedad ideológica en documento público es de 4 años –en el artículo 286 del Código Penal se sanciona este reato con prisión de 4 a 8 años-.

Por último, conviene dejar claro que el actuar descrito en precedencia es consecuencia directa de la prosperidad del cargo de nulidad propuesto por la demandante. De manera que, en el evento de que su prohijado sea condenado por el injusto previsto en el artículo 408 del Código Penal, podrá solicitar ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad la respectiva acumulación jurídica de penas.

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

Primero. Casar parcialmente, por la prosperidad del cargo propuesto en casación, la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca, en cuanto declaró penalmente responsable a LUIS ALFREDO RIAÑO CELIS del delito de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.

Segundo. En consecuencia, en los términos y para los fines señalados en la parte considerativa de esa providencia, declarar la nulidad parcial de lo actuado a partir de la audiencia pública celebrada, concretamente, desde la intervención de la fiscalía, inclusive, bajo el entendido que las pruebas en ella practicadas conservan validez.

Tercera. Señalar que la pena de RIAÑO CELIS, por razón del delito de falsedad ideológica en documento público, queda en 4 años de prisión e igual término de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Cuarto. En lo demás, el fallo recurrido se mantiene.

Quinto. Remitir, por intermedio del Tribunal Superior, las diligencias al Juez de primera instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

[1] Folios 81 y 82 del cuaderno original 1.

[2] Folios 52 y 53 del cuaderno original 2.

[3] Folios 256 a 275 Id.

[4] Folios 2 a 13 del cuaderno de segunda instancia de la fiscalía.

[5] Folios 288 a 302 del cuaderno original 4.

[6] Folios 6 a 31 del cuaderno del Tribunal.

[7] Folio 46 del cuaderno de la Corte.

[8] Id.

[9] Id.

[10] Folio 50 Id.

[11] La Corte no se ocupará sobre la falsedad ideológica en documento público porque en punto de este reato no se formuló crítica alguna.

[12] Folio 23 Id.

[13] Folio 24 Id.

[14] 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”.

[15] Corte Suprema de Justicia. Providencia de 6 de marzo de 2008. Radicación 24606.

[16] 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”.

[17] Corte Suprema de Justicia. Proveído de 6 de febrero de 2008. Radicación 20815.

[18] 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”.

[19] Corte suprema de Justicia. Sentencia de 20 de mayo de 2009. Radicación 31654.

[20] Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 16 de mayo de 2007. Radicación 23915.

[21] Folio 286 del cuaderno original 4.

[22] Folio 11 de la sentencia del Tribunal.

[23] Folio 22 del fallo. Conducta que podría asemejarse a la denominada por el Consejo de Estado, contrato por interpuesta persona (Sentencia de Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, 19 de diciembre de 2006, rad. 68001-23-15-000-2004-00002-02 (3875).

[24] Folio 13 Id.

[25] Folios 14 y 16 del fallo.

[26] Folio 22 del fallo.

[27] Folio 21 Id.

[28] La fiscalía llamó a juicio por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y el Tribunal condenó por el de interés ilícito en la celebración de contratos.

[29] La Sala reconoció que una variación del delito de interés indebido en la celebración de contratos al de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, también lesiona el debido proceso y concretamente la garantía del derecho de defensa.

[30] Folio 296 del cuaderno original 4.

[31] Cfr. Gaceta del Congreso No. 141. p 6.

[32] Este criterio se decantó entre otras, en las siguientes providencias: "Sentencia del 12 de septiembre de 2007, radicación 21.390, sentencia del 2 de septiembre de 2008, radicación 26.122

[33] En igual sentido obró la Corte en la ya citada sentencia del 27 de abril de 2005.