

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado Ponente

SEP 090 - 2022

Radicación N° 00203

Aprobado Mediante Acta Extraordinaria No. 78

Bogotá D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós
(2022)

VISTOS

La Sala procede a dictar sentencia dentro del proceso adelantado contra el Exgobernador de Chocó, JULIO IBARGUEN MOSQUERA, acusado por los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y cohecho propio.

HECHOS

Según fue descrito en la acusación por la Fiscalía Octava Delegada ante la Corte, el Exgobernador del Departamento de Chocó, JULIO IBARGUEN MOSQUERA, durante el ejercicio de su cargo se habría interesado indebidamente en la prórroga del contrato n.º 2865 de septiembre 11 de 1998, suscrito entre la

Empresa de Licores y el Consorcio Chocó Pacífico, y en la contratación del Departamento Administrativo de Salud Pública de Chocó [DASALUD] para favorecer a Olmes Durán Ibarguen, conocido como “*el zar del narcotráfico del Pacífico*”, a cambio de una contraprestación económica, consistente en un porcentaje de los negocios jurídicos.

En el primero, cuyo objeto fue la distribución y comercialización del portafolio de licores destilados, se consagró un término de ejecución de 9 años prorrogable por un lapso igual si las partes no tomaban otra determinación con mínimo tres meses de antelación a su vencimiento, lo cual ocurrió en junio de 2007 por el silencio de la administración departamental, a pesar de habersele informado al procesado lo desventajoso que resultaba el mismo, por los Gerentes de la Empresa de Licores.

La segunda, consistente en contratos que integraron una lista encontrada en una propiedad de Durán Ibarguen, allanada por orden de la Fiscalía 22 de la Unidad Nacional de Fiscalías Antinarcóticos y de Interdicción Marítima [UNAIM], celebrados entre los meses de noviembre y diciembre de 2006 con diferentes contratistas, en los cuales el Exgobernador, no obstante haber delegado en el Director de la entidad las funciones de nominador, ordenador del gasto y la contratación, ejerció control burocrático sobre éste y distintos servidores que ingresaron con su aval, para favorecer al supuesto narcotraficante con la consecución de los negocios jurídicos en los que tenía interés.

IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

JULIO IBARGUEN MOSQUERA se identifica con la cédula de ciudadanía n.º 11.785.340, es natural de Istmina (Chocó) donde nació el 12 de julio de 1945, cuenta con 76 años de edad, es hijo de Nicolás y Rosaura, de profesión docente de primaria, casado con Luisa Rosaura Iburgüen Murillo con quien tiene tres hijos. Se desempeñó como Gobernador del Departamento de Chocó para el período comprendido entre el 1º de enero de 2004 y el 31 de diciembre de 2007¹.

ANTECEDENTES

1.- Actuación procesal.

1.1.- Indagación preliminar.

Con fundamento en la solicitud elevada por JULIO IBARGUEN MOSQUERA para que se investigara la veracidad del contenido de notas periodísticas que lo relacionaban con Olmes Durán Iburgüen, el Fiscal General de la Nación dispuso la apertura de la investigación previa el 23 de agosto de 2007².

En desarrollo de lo dispuesto entre otras diligencias escuchó en versión libre al Exgobernador de Chocó³.

1.2.- Instrucción.

¹ Folios 4 y ss. Cuaderno Original 1 Fiscalía.

² Folios 22 y ss. Cuaderno Original 1 Fiscalía.

³ Folios 46 y ss. *Ibidem*.

Con resolución de noviembre 12 de 2014, la Fiscalía Octava Delegada ante la Corte Suprema ordenó la conexidad de los radicados 11278 y 13726, para que fueran adelantados bajo el primero y dispuso abrir investigación contra el Exgobernador IBARGUEN MOSQUERA⁴, quien fuera vinculado formalmente mediante indagatoria⁵.

El 30 de noviembre de 2017, el Ente Acusador precluyó la investigación por el delito de concierto para delinquir a favor del sindicado por haber operado la prescripción de la acción penal, y definió su situación jurídica absteniéndose de imponer medidas de aseguramiento privativas de la libertad, por no encontrar satisfechas las exigencias legales para ello⁶.

1.3.- Resolución de acusación

Previa clausura del ciclo instructivo y con decisión de diciembre 18 de 2018⁷, la Fiscalía Octava Delegada ante la Corte Suprema de Justicia calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación en contra de JULIO IBARGUEN MOSQUERA, por los presuntos delitos de interés indebido en la celebración de contratos y cohecho propio definidos por los artículos 409 y 405 del Código Penal, respectivamente. Al mismo tiempo precluyó la investigación por el punible de prevaricato por acción previsto en el artículo 413 del mismo código.

⁴ Folios 1 y ss. Cuaderno Original 6 Fiscalía.

⁵ Folios 225 y ss. *Ibidem*.

⁶ Folios 165 y ss. Cuaderno Original 5 Fiscalía.

⁷ Folios 225 y ss. *Ibidem*.

Contra la determinación el apoderado del acusado interpuso el recurso de reposición, y mediante providencia de 18 de junio de 2019 la misma fue confirmada⁸.

Los argumentos que soportan la acusación son los siguientes:

1.3.1. Del interés indebido en la celebración de contratos.

1.3.1.1. En cuanto al aspecto objetivo destacó que al cumplimiento del plazo para la prórroga automática del contrato n.º 2865 de septiembre 11 de 1998, y al momento de la celebración de los contratos suscritos por el Departamento Administrativo de Salud Pública del Chocó –DASALUD, IBARGUEN MOSQUERA ostentaba el cargo de Gobernador del Departamento de Chocó, y los mismos tuvieron relación directa con el ejercicio del cargo.

En el contrato n.º 2865, IBARGUEN MOSQUERA tenía la obligación de decidir su suerte, además, por cuanto la Asamblea Departamental con la ordenanza n.º 021 de diciembre 15 de 2005, como consecuencia de la liquidación de la Empresa de Licores, en el artículo 7º, le ordenó concertar un otrosí con la firma contratante que le permitiera al Departamento obtener mayores utilidades.

En los negocios de DASALUD, no obstante que con los Decretos 0089 de febrero 25 de 2002 y 0103 de febrero 23 de 2005, las funciones de nominador, ordenador del gasto y representación legal fueron delegadas en el Director de esa

⁸ Folios 1 y ss. Cuaderno Original 7 Fiscalía.

entidad, el vínculo funcional del Gobernador no desapareció en virtud de la limitación de la autonomía que tiene tal delegación.

El interés del procesado en el contrato de septiembre 11 de 1998, lo dedujo la Fiscalía de su cercanía con Olmes Durán Ibargüen y de la necesidad que éste tenía de que se produjera su prórroga, lo cual consideró evidenciado con la interceptación de las comunicaciones entre el supuesto narcotraficante y el entonces Gerente del Consorcio Chocó Pacífico, Andrés Murillo, efectuadas el 29 de mayo y el 8 de junio de 2007; con la declaración de Fredy Rendón Herrera alias «*El Alemán*» rendida el 28 de agosto de 2009, en la actuación que esta Corporación adelantó bajo el radicado 44356 contra el aquí procesado, y en general con lo probado en el proceso número 28141 seguido contra el Exrepresentante a la Cámara Édgar Eulises Torres Murillo por estos mismos hechos, dentro del cual se logró establecer la existencia de una promesa remuneratoria de un 10% del contrato, para ser repartido en partes iguales entre los prenombrados Torres Murillo e Ibargüen Mosquera.

También lo encontró acreditado en los contratos del Departamento Administrativo de Salud Pública, pues el hallazgo de una relación de doce de ellos en una de las propiedades de Olmes Durán Ibargüen, constituyó indicio de la relación de éste con la suscripción y/o ejecución de los mismos, lo cual, consideró, guarda correspondencia con las conversaciones interceptadas a Anurio Murillo, Ailton Vidal Caicedo Mendoza y “Puntico”, el 15 de enero de 2007, el 27 de diciembre de 2006 y el 7 de agosto de 2006, con las cuales estableció que Durán Ibargüen recibía información de algunos

negocios jurídicos por parte de funcionarios de la entidad, y su vínculo con los Exdirectores de DASALUD, "Paciano" y Víctor Oscar Klinger Braham, que incluyó obligaciones y/o transacciones dinerarias.

Agregó que con el testimonio del Klinger Braham y las conversaciones interceptadas a Henry Perea Mosquera y Lucio Asprilla, este último Jefe de Recursos Humanos de DASALUD, dedujo un control burocrático y contractual del procesado sobre la entidad, además del compromiso con Durán Ibargüen para favorecerlo. Klinger Braham manifestó que por haber sido nombrado por el Gobernador le informaba toda situación que se presentara con el personal que iba a vincular; y las comunicaciones versaron sobre la existencia del acuerdo entre ellos, lo cual se reforzó con las conversaciones interceptadas a "Julio" y "Amigo" - al parecer director de DASALUD- el 7 de agosto de 2006, en las que se habló de un «descuentico» que debía hacerse llegar al «profe» para repartir con Edgar.

Con base en lo anterior, calificó de indebido el interés de IBARGUEN MOSQUERA por la promesa remuneratoria que le hizo Olmes Durán Ibargüen, y que conllevó el desvío de la función pública en detrimento de los principios de transparencia, imparcialidad y moralidad pública.

Interés que exteriorizó en el contrato n.º 2865, en razón a que IBARGUEN MOSQUERA no solo permitió dejar pasar el tiempo para que se produjera la renovación automática, sino que dio instrucciones para que ello ocurriera. La conversación del 8 de junio de 2007 evidenció que en razón de la suspensión impuesta por la Procuraduría General de la Nación al acusado,

el resultado lo garantizó con la directriz impartida a su Secretario de Agricultura y Medio Ambiente Ovidio Cortés García de dejar las cosas como estaban, quien fue encargado de la Gobernación con el aval dado por el Ex congresista Torres Murillo.

A similar conclusión llegó la Fiscalía respecto de los negocios de DASALUD, en los que el procesado a través de sus subalternos, cuyos nombramientos dependían de su aval, conoció de manera detallada el curso de los negocios de Durán Ibargüen y facilitó el cobro de dinero a la entidad, como lo reconoció "Adilton" Caicedo Mendoza.

1.3.1.2. En cuanto a la responsabilidad penal del procesado, sostuvo el Ente Fiscal que su comportamiento fue doloso y se acreditó con el conocimiento de los hechos, porque según se destacó en la sentencia condenatoria proferida por esta Corporación contra Edgar Eulises Torres Murillo, con anticipación fue advertido de los efectos perjudiciales del contrato 2865 de 1998 por los exgerentes de la Empresa de Licores, Delcyn Bejarano Pinilla y Bismark Calimeño Mena, en varios Consejos de Gobierno, y a pesar de ello permitió su prórroga.

Y, frente a los contratos de DASALUD, aseveró, facilitó una estructura burocrática delegando en otros servidores de la administración la contratación de diferentes personas jurídicas y naturales allegadas a Olmes Durán Ibargüen, para concretar la celebración de los negocios jurídicos sobre los cuales tenía interés económico.

1.3.2. Del cohecho propio:

1.3.2.1. En cuanto al *aspecto objetivo*, refirió que IBARGUEN MOSQUERA con la intercesión del Exrepresentante a la Cámara Edgar Eulises Torres, aceptó la promesa remuneratoria de Olmes Durán Ibarгүйen como contraprestación por la prórroga del contrato n.º 2865 de 1998, y la adjudicación de los contratos de DASALUD, que según se extrajo de la interceptación a la comunicación sostenida por Andrés Murillo y Olmes Durán Ibarгүйen el 8 de junio de 2007, en el primero correspondió a un 10%, y de la realizada a “Julio” y a Víctor Oscar Klinger Braham, el 31 de junio de 2006, del 30%, en los otros.

1.3.2.2. Respecto a la responsabilidad del procesado al igual que con el anterior delito, indicó que de acuerdo con la teoría del correcto conocimiento situacional en la creación del riesgo, el conocimiento de la ilicitud de la conducta por parte del procesado se evidenció con el mismo acto de corrupción de aceptar la oferta de la participación como comisión por los contratos; desde esa perspectiva, consideró claro que la voluntad del Exgobernador se exteriorizó con las órdenes dadas a sus funcionarios en DASALU y el silencio asumido respecto al contrato 2865 de la Empresa de Licores de Chocó. Además, de contar con la capacidad para comprender la ilicitud de sus actos, resultándole exigible -ex ante- actuar conforme a derecho, sin embargo, optó por lo contrario.

1.3.3. Finalmente, sobre el delito de prevaricato por acción, dispuso su preclusión por atipicidad de la conducta por no hallar prueba demostrativa de la existencia de una

resolución, dictamen o concepto proferido por el Exgobernador de Chocó en el ejercicio de sus funciones, del cual pudiera predicar una manifiesta contrariedad a la Ley, la Constitución y el orden jurídico.

2.- Actuación ante la Corte.

2.1.- Audiencia preparatoria.

El 20 de mayo de 2020, ante la Sala Especial de Primera Instancia se llevó a cabo la audiencia preparatoria⁹, en la cual se dio a conocer la decisión adoptada el 12 de marzo de la misma anualidad¹⁰, por cuyo medio se pronunció sobre las pretensiones probatorias de la Fiscalía y del Ministerio Público, y de oficio se dispuso el decreto de algunas pruebas.

2.2.- Audiencia de juzgamiento.

2.2.1.- Pruebas practicadas

Fue incorporada la comunicación procedente de la Dirección de Investigación Criminal e Interpol de la Policía Nacional, sobre antecedentes penales y/o anotaciones de JULIO IBARGUEN MOSQUERA¹¹; y el dictamen pericial rendido respecto al monto del detrimento que pudo ocasionarse al Departamento de Chocó en razón de los delitos¹².

⁹ Folios 53 y ss. Cuaderno Original 1 Corte.

¹⁰ Folios 31 y ss. *Ibidem*.

¹¹ Folios 70 y ss. *Ibidem*.

¹² Folios 72 y ss. *Ibidem*.

Además, se recibieron los testimonios de Robeiro Mosquera Mosquera¹³, Arneth Bejarano Murillo¹⁴, Jaqueline Torres Acosta¹⁵, Edson Yair Muñoz Figueroa¹⁶, Javier Arcila Rivas¹⁷, Myriam del Carmen Murillo Córdoba¹⁸, Omar Valoyes Ríos¹⁹, Francisco Hernán Moreno Murillo²⁰, Tomás Enrique Díaz Valencia²¹, Julio César Moreno²², Freddy Rendón Herrera²³, Ovidio Cortés García²⁴ y Juan Carlos Peláez Trujillo²⁵.

En la vista pública se llevó a cabo el interrogatorio del acusado y se escuchó en testimonio a María Elena Bechara Simancas y a Mario Arévalo Sánchez²⁶.

2.3.- Alegatos de conclusión

Culminada la práctica de pruebas se dio curso a la intervención de las partes, las que se llevaron a cabo en los términos que a continuación se mencionan:

2.3.1.- Intervención de la Fiscal

Pidió a la Sala condenar al procesado como autor responsable de los delitos por los cuales fue acusado, fundada en los siguientes argumentos:

¹³ Folios 156 y ss. *Ibidem.*

¹⁴ Folios 192 y ss. *Ibidem.*

¹⁵ Folios 192 y ss. *Ibidem.*

¹⁶ Folios 192 y ss. *Ibidem.*

¹⁷ Folios 192 y ss. *Ibidem.*

¹⁸ Folios 192 y ss. *Ibidem.*

¹⁹ Folios 192 y ss. *Ibidem.*

²⁰ Folios 198 y ss. *Ibidem.*

²¹ Folios 222 y ss. Cuaderno Original 2 Corte.

²² Folios 222 y ss. *Ibidem.*

²³ Folios 245 y ss. *Ibidem.*

²⁴ Folios 267 y ss. *Ibidem.*

²⁵ Folios 300 y ss. *Ibidem.*

²⁶ Folios 330 y ss. *Ibidem.*

Respecto al delito de interés indebido en la celebración de contratos, argumentó que probó que IBARGUEN MOSQUERA dolosamente se interesó en beneficio de terceros en la prórroga del contrato celebrado entre la Empresa de Licores de Chocó y el Consorcio Chocó Pacífico, y en el trámite y adjudicación de doce contratos suscritos por el Departamento Administrativo de Salud Pública de Chocó [DASALUD – CHOCÓ] con diferentes personas jurídicas, en los meses de noviembre y diciembre de 2006.

Sostuvo que existen pruebas construidas a partir de los indicios de capacidad, oportunidad y móvil para delinquir que lo ubican como autor responsable de la conducta punible, en concurso material, homogéneo y sucesivo. Los dos primeros, deducidos de la proximidad y conexión que el cargo de Gobernador le otorgaba con los servidores a cargo de la contratación y, el tercero, por la presencia de un acuerdo con Olmes Durán Ibargüen, del cual obtendría beneficios económicos por el interés que el último tenía en los negocios jurídicos cuestionados, pues se estableció que allegados suyos eran los que “*gerenciaban*” el Departamento Administrativo de Salud del Chocó y dirigían el consorcio contratista de la Fábrica de Licores del Chocó, y en un inmueble de su propiedad allanado se hallaron copias de los contratos de DASALUD.

Argumentó que si bien las entidades contratantes son descentralizadas y gozan de autonomía administrativa, presupuestal y financiera, y en sus procesos contractuales funcionalmente no tendría por qué intervenir el procesado, sí

ejercía un control de tutela y jerarquía sobre las mismas por la vinculación del director y del gerente -libre nombramiento y remoción-, y en el caso de la empresa de Licores del Chocó además presidió la junta directiva, lo que le permitió pedir y recibir informes y hacer seguimiento a los trámites contractuales.

Concretamente, sobre el contrato n.º 2865 de septiembre 11 de 1998 afirmó que el gobernador como representante legal, ordenador del gasto y primera autoridad en materia contractual del departamento, estaba obligado a decidir la suerte del negocio jurídico; además, porque así lo dispuso la Asamblea Departamental cuando en la ordenanza n.º 021 de diciembre 15 de 2005, concedió al Despacho de la Secretaría de Hacienda las funciones de Gerente de la Empresa de Licores del Chocó como consecuencia de su liquidación, y en su artículo 7º ordenó al procesado concertar un otrosí que le permitiera al ente territorial obtener mayores utilidades. No obstante, como el mismo incluyó un plazo de nueve años prorrogables por otro tanto si las partes no tomaban determinación diferente con mínimo 3 meses de antelación, lo dejó vencer en silencio el 10 de junio de 2007.

El interés indebido en este negocio lo dedujo de conversaciones interceptadas allegadas por la Fiscalía Octava de la Unidad Nacional Antinarcóticos e Interdicción Marítima, y de lo probado en el proceso seguido contra el Exrepresentante a la Cámara Edgar Eulises Torres, en las que existen afirmaciones que revelan un interés común del Exparlamentario, el Exgobernador de Chocó Odín Sánchez de Oca, el Exjefe paramilitar Fredy Rendón Herrera, e IBARGUEN

MOSQUERA, en la contratación de la Empresa de Licores del Chocó, concretamente se escucha que Durán Ibargüen prometió un 10% para repartir entre el Ex congresista Édgar Elises Torres Murillo y el procesado a cambio de la prórroga del contrato suscrito con el Consorcio Chocó Pacífico.

Destacó la comunicación entre Durán Ibargüen y Andrés Murillo -entonces Gerente del Consorcio Chocó Pacífico-, dos días antes del vencimiento del término para pronunciarse sobre la prórroga, en la que se trataron los acuerdos con el “*profe*” IBARGUEN que incluyeron instrucciones de dejar todo como estaba a Ovidio Cortés García, Secretario de Agricultura y Medio Ambiente del Departamento, quien fue encargado de la Gobernación ante la suspensión impuesta por la Procuraduría General de la Nación al acusado, y que según el mencionado trámite penal se produjo con el aval de Edgar Eulises.

Finalmente, mencionó que la sanción impuesta al Exgobernador no excusa la ausencia de pronunciamiento dirigida a evitar la prórroga, pues desde el inicio de su periodo el 1º de enero de 2004, el cual ejerció de manera continua hasta el 29 de mayo de 2007, cuando entró en vigencia la decisión de la Procuraduría éste pudo adoptar una determinación sobre el particular y no lo hizo a pesar de haber sido advertido de los efectos perjudiciales del contrato, como lo destacó la Corte Suprema en la sentencia proferida contra Edgar Torres, en el sentido que en varios consejos de gobierno los Exgerentes de la Empresa de Licores, Delcyn Bejarano Pinilla y Bismark Calimeño Mena lo pusieron de manifiesto, ya que las ganancias por la venta de licores quedaban en manos

de la distribuidora sin que el departamento recibiera un beneficio diferente al pago de impuestos.

Sobre los contratos de DASALUD sostuvo que la lista encontraba en poder de Olmes Durán, advierte la existencia de una relación de éste con la suscripción y/o ejecución de los contratos allí consagrados, lo cual tiene correspondencia con algunas de las conversaciones interceptadas en la que se detalló cómo personas allegadas a dicho individuo le prestaban colaboración en el manejo de los negocios en la entidad.

Destacó las conversaciones del 15 de enero de 2007 y el 27 de diciembre de 2006 entre “Adilton” Vidal Caicedo y Anurio (o Anuario), que involucran a dos de los directores de DASALUD, “Paciano” y Víctor Oscar Klinger Brahan, con dineros adeudados a Olmes Durán Ibarguen; además de la sostenida entre “Julio” y un interlocutor “Pascual” sobre unos nombramientos en DASALUD, frente a la cual Klinger Brahan en declaración posterior señaló que como a él lo nombró el gobernador toda situación que se presentara con el personal a nominar tenía que consultársela, lo que demuestra el control burocrático que tenía IBARGUEN MOSQUERA.

También acotó que la conversación entre Henry Perea Mosquera -otro de los cercanos colaboradores de Olmes Durán- y Lucio Asprilla, Jefe de Recursos Humanos de DASALUD para la época, confirma el interés económico de Olmes Durán en los contratos de DASALUD. Para la Fiscalía ello demuestra el compromiso del procesado para con éste, que se refuerza con la conversación de “Julio” con quien al parecer era el director de DASALUD, del 7 de agosto de 2006, en la que

comentan sobre un “descuentico” que debía hacerse llegar al “profe” para repartir con “Edgar”.

Todo lo anterior, sostuvo, prueba el interés del procesado en favorecer a un particular con propósitos ilícitos, como era la repartición de dividendos de los contratos del 10% y el 30%, dejando de lado el interés general que debe guiar la función pública, contrariando el objeto de protección de la norma y los principios de transparencia, imparcialidad y moralidad pública.

Encontró acreditado el dolo porque el procesado fue advertido de los efectos perjudiciales del contrato 2865 de 1998 y no hizo nada para evitar su prórroga; y en relación con los actos posteriores y concomitantes a la celebración de los contratos de DASALUD, nombrando y contratando servidores públicos respecto de los cuales ejerció un control burocrático que le permitió facilitar su manejo a través de colaboradores cercanos a Olmes Durán, a cambio de porcentajes de los dividendos.

Adicionalmente, argumentó la Fiscalía, cada uno de los contratos cuestionados tienen “existencia en el proceso penal”, dado que con soporte en los informes 397782 y 10-124584 de mayo 6 de 2008 y diciembre 6 de 2017, se probó que afectaron los principios rectores de la contratación pública. Se evidenció en los negocios jurídicos de DASALUD la ausencia de cartas de invitación, cierre y apertura para la evaluación de ofertas, estudios previos, actas de recibo, de inicio, de terminación, liquidación de los contratos y “falencia” de supervisores e

inconsistencias en las entradas al almacén; y, en uno, la contratista desconoció su existencia y celebración.

Sostuvo que conforme se pudo apreciar durante el juicio los contratistas, funcionarios públicos y particulares que rindieron testimonios entraron en contradicciones y omisiones en favor del acusado. Algunos no se acordaron de los contratos, otros manifestaron no saber quién era el Gobernador con quien se contrató, y varios de los representantes legales de las empresas contratistas de alguna manera tuvieron vínculo, relación laboral o personal con la gobernación o con personas cercanas a Olmes Durán. De allí que el apoyo técnico derivado de las interceptaciones telefónicas adquiere relevancia, pues le resta mérito a las omisiones y desvirtúan la existencia de duda.

De otro lado, en lo referente al delito de cohecho propio aseveró que la prueba obrante estructura indicios de oportunidad y móvil para delinquir que conllevan al grado de certeza exigido.

Respecto del contrato 2865 de 1998, adujo que la existencia del acuerdo entre Edgar Eulises Torres, Olmes Durán Ibarquien y el acusado, tratado en la sentencia de condena del 25 de septiembre de 2013 de la Sala de Casación Penal dentro del radicado 28141 adelantado contra el ex Congresista Edgar Eulises, por los mismos hechos, para permitir su prórroga automática, trae consigo la aceptación de una promesa remuneratoria de IBARGUEN MOSQUERA.

Aseveró que los vínculos con Olmes Durán se establecen con el testimonio del investigador de la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional, Edinson Sandoval Cartagena, las piezas procesales obtenidas del radicado 71516 adelantado en su contra por la Fiscalía 22 de la Unidad Nacional de Fiscalías Antinarcóticos y de Interdicción Marítima [UNAIM] por el delito de tráfico de estupefacientes, los informes de interceptaciones y la copia del concepto favorable para su extradición por la Sala de Casación Penal de esta Corporación.

En punto a la relación del procesado con Olmes Durán, destacó, tiene respaldo en el testimonio trasladado del exjefe paramilitar Fredy Rendón Herrera, quien señaló haber advertido al acusado de la persona a quien se estaba entregando el contrato de la Fábrica de Licores.

Es así que con la llamada del 8 de junio de 2007, además del interés del Durán Ibarguen en obtener información sobre un contrato de la Gobernación que estaba próximo a renovarse automáticamente, se aprecia la aceptación por parte del *profe* de un “descuentico” y con la declaración de Ailton Vidal Caicedo Mendoza que correspondía a un 10% para repartirlo entre el acusado y Édgar Eulises Torres.

El apelativo de *profe* en cabeza de IBARGUEN MOSQUERA, afirmó, se deriva de la actividad de docente que ejerció durante su vida y que le mereció en la región identificarlo de esta manera, lo cual se probó en la actuación con los testimonios de Arneth Bejarano Murillo, Javier Arcila Rivas y Robeiro Mosquera Mosquera.

Respecto del ingrediente objetivo consistente en que debe tratarse de actos contrarios a los deberes constitucionales y legales, concluyó que con la prórroga automática del contrato 2865 de 1998 se afectaron los intereses del Departamento, si se atienden las advertencias de los exgerentes de la Empresa de Licores.

Ahora, en cuanto a los contratos de DASALUD, la aceptación de la promesa remuneratoria, aseveró, se comprueba con las interceptaciones de las comunicaciones del 31 de junio y el 7 de agosto de 2006, entre “Julio” y Víctor Oscar Klinger Braham y “Julio” y “Amigo” (Olmes Durán), en las que se habló del reparto de un “descuentico” del 30% para el profe y Édgar y el 70% restante para Olmes Durán.

Así las cosas, concluyó, no hay duda de la existencia del delito por cuanto el ofrecimiento se encuentra probado y la conducta no exige la ocurrencia de pago.

Finalmente, solicitó se profiera sentencia condenatoria por encontrar cumplidos los requisitos previstos en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000.

2.3.2.-Intervención del Ministerio Público.

Sus alegatos se encaminaron a solicitar sentencia condenatoria por las conductas imputadas en relación con la prórroga del contrato 2865 de septiembre 11 de 1998, y absolución en lo atinente a la contratación de DASALUD.

Destacó que en la parte resolutive de la acusación no se especificó el grado de autoría o participación en que pudo actuar IBARGUEN MOSQUERA, ni hizo referencia a si se trata de un concurso de conductas punibles [homogéneo, heterogéneo o las dos], lo cual eventualmente puede afectar la validez del juicio, sin embargo, sostiene que para llegar a esa conclusión extrema es necesario analizar la parte motiva para determinar si en ella quedó claro.

Luego de relacionar los elementos de los delitos atribuidos evocó en cuanto al contrato 2865 de 1998, que la cláusula segunda estableció un plazo de nueve años prorrogables en un término igual si las partes no tomaban otra determinación, lo cual se debía manifestar mínimo con tres meses de antelación, siendo el mes de junio de 2007 el plazo máximo, sin que ello fuera óbice para que se pudiera dar antes de ese mes.

Resaltó que el Gobernador del Chocó era quien tenía la facultad de adoptar esa decisión por ser el representante legal del Ente Territorial. Además, que si bien la Ordenanza 021 de 15 de diciembre de 2005 defirió en el despacho de la Secretaria de Hacienda las funciones que venía cumpliendo el Gerente de la Empresa de Licores del Chocó, el artículo séptimo ordenó al Gobernador concertar con la firma que regentaba el contrato un otro sí modificatorio que le permitiera al departamento obtener mayores beneficios de utilidades para atender las obligaciones adquiridas; por lo tanto, dedujo que era a través de actos administrativos expedidos por el mandatario que podía terminarse, modificarse y/o prorrogarse el contrato y,

por tal razón, para la prórroga quien debía intervenir por razón de su cargo y de sus funciones era dicho servidor.

No obstante, el acusado guardó silencio en los meses anteriores al vencimiento del contrato permitiendo que se prorrogara automáticamente, situación en la que se había ilícitamente interesado.

Argumentó que la razón para demostrar el interés ilícito se encuentra en el contenido de las llamadas interceptadas el 29 de mayo y el 8 de junio de 2007 a Olmes Durán Ibargüen, en las cuales se descubrió que él era el propietario del Consorcio Chocó Pacífico; y en los contactos con el entonces Representante a la Cámara por el Departamento del Chocó Édgar Eulises Torres, con quien llegaron a acuerdos para obtener la prórroga del contrato a través del Gobernador JULIO IBARGUEN MOSQUERA.

Destacó que Durán Ibargüen era conocido con los apelativos de “El señor del Pacífico”, “El señor del Puerto” y “El Doctor”, contra quien la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia rindió concepto positivo para su extradición, atendiendo a que la Corte Distrital de Estados Unidos para el Distrito Medio de la Florida le formuló acusación por los delitos federales de narcóticos, cometidos entre 1998 a 2007.

Adujo, el Ministerio Público, que es entendible que por razón de las actividades al margen de la ley, Olmes Durán no se registrara como accionista del Consorcio y en aras de protegerse de cualquier acción de la justicia utilizara a terceras

personas para manejar la empresa, entre ellas a Andrés Murillo, Arnulfo Herrera, Ailton Vidal Caicedo, Eurípides Moreno Ibarгүйen, Samuel Antonio Aguirre Valencia y Gerardo Valverde Solís.

Refirió que si bien la conversación de junio 8 de 2007 inicia mencionando el interés de Édgar Eulises Torres de presentar una propuesta a Olmes Durán relacionada con el Gobernador IBARGUEN MOSQUERA frente a un porcentaje respecto del contrato 2865, es el propio Durán Ibarгүйen quien vincula al procesado con ese tema y la renovación del contrato, pues ese mismo día vencía la oportunidad para que la administración adoptara una decisión diferente a la prórroga.

Dio por probado en grado de certeza que el Exrepresentante a la Cámara Torres Murillo intercedió ante el acusado con el propósito de conseguir la renovación del acuerdo y, es a partir de esa injerencia que deduce que el procesado se interesó de manera indebida en la prórroga a cambio de una contraprestación dineraria que, según da cuenta la grabación compartieron los dos.

Con fundamento en lo anterior, estimó materializada la figura del inciso 2° del artículo 25 del Código Penal, que establece que quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo estando en la posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma. Ello en razón a que el omitir el pronunciamiento generaba el nacimiento de una nueva relación jurídica y para evitarla el gobernador debía

pronunciarse, sin embargo, lo omitió generando el resultado por el que se había interesado.

Así las cosas, concluyó que en la parte motiva de la resolución de acusación se encuentra claro que las circunstancias fácticas fueron debidamente reseñadas y la imputación respecto de esa conducta se hizo a título de autor, lo cual también fue demostrado en el juicio en grado de certeza.

De otro lado, expresó, si bien para la fecha indicada el gobernador se encontraba suspendido, desde antes de dicha data tuvo la oportunidad de tomar la decisión; además, en la declaración de Ovidio Cortés García, Secretario de Agricultura y Medio Ambiente y quien fuera encargado de la Gobernación por la ausencia de su titular, refirió no haberse enterado de la eventualidad ocurrida porque a él no se le hizo entrega oficial, de donde infiere que el procesado había dejado la instrucción para dejar las cosas como estaban.

De igual forma, afirmó, Fredy Rendón Herrera, alias “el alemán”, ex paramilitar miembro de las Autodefensas Unidas de Colombia, en declaración recibida en la etapa de juzgamiento ratificó lo dicho ante la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia de conocer a JULIO IBARGUEN MOSQUERA, quien lo visitó acompañado del entonces Representante a la Cámara Édgar Eulises Torres en la zona rural del municipio de Necoclí, Antioquia, ocasión en la que trataron entre otros temas la entrega de la fábrica de licores del Chocó a un posible narcotraficante de esa región.

Adveró que lo consignado proclama el carácter antijurídico de las conductas, por cuanto el acusado sin justa causa vulneró el bien jurídico de la administración pública en sus expresiones de rectitud, actuaciones en las que ha de prevalecer el interés general por encima del particular. Igualmente consideró la culpabilidad clara, como quiera que consciente de la antijuridicidad de la conducta el procesado libremente y con plena capacidad de auto determinación dadas sus condiciones síquicas y físicas, se dispuso a su ejecución de manera diferente.

En lo concerniente a los contratos de DASALUD, sostuvo, a la actuación se allegó el listado de contratos encontrados en uno de los allanamientos practicados a las propiedades de Olmes Durán Ibargüen, todos suscritos por esa entidad entre el 10 de octubre de 2006 y marzo de 2007.

Aseveró que de conformidad con lo establecido en la ordenanza 912 de 1997, DASALUD es un Departamento Administrativo de la Gobernación del Chocó, cuyo jefe hace parte del Gabinete o Consejo de Gobierno departamental y dentro de sus funciones está la de ordenar los gastos de acuerdo a la delegación que otorgue el Gobierno del Departamento. También que con los Decretos 0089 del 25 de febrero de 2002 y 0103 de 23 de febrero de 2005, delegó en sus directores las funciones de nominador, ordenador del gasto, contratación y representación judicial, razón por la cual los contratos fueron suscritos por subalternos del gobernador a quienes podía nombrar y remover libremente, como es el caso de Paciano Asprilla Arboleda y Víctor Oscar Klinger.

Agregó que como la actividad contractual en DASALUD, en atención a lo establecido en el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 fue delegada en sus directores, según lo previsto por el inciso 2º del artículo 211 de la Constitución Política de Colombia, ello exime de responsabilidad al delegante, por cuanto solo corresponde al delegatario cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar, reasumiendo la responsabilidad consiguiente.

Sostuvo que las responsabilidades que se generan con la delegación derivan del artículo 211 de la Constitución y las Leyes 80 de 1993, 489 de 1998 y 678 de 2001, que establecen el deber del delegante de informarse en todo momento sobre el desarrollo de las funciones e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las mismas. Pero su responsabilidad no va hasta la actuación del delegatario en los aspectos de la competencia que este recibe, sino en lo relacionado con el control y vigilancia del cumplimiento de las obligaciones delegadas.

Lo anterior, por cuanto la Corte Constitucional en sentencias que cita, ha referido que la responsabilidad del delegante solo se genera cuando ha obrado con dolo o culpa en ejercicio de sus funciones de vigilancia y control, lo cual acarrea un tipo de responsabilidad de carácter disciplinario y no penal.

No obstante, sostuvo, si el delegante se concierta con el delegatario o lo determina a cometer conductas punibles el delegante tendrá que responder penalmente pero en calidad de coautor o determinador, por lo que, consideró, se equivocó la

Fiscalía cuando en la alegación final manifestó que el procesado debe responder a título de autor, lo cual no se había señalado en la resolución de acusación.

No empece, si dicho error no viola la congruencia entre la acusación y el fallo si se realiza una imputación que no fuera más gravosa, en este sentido aunque se atribuyó en calidad de autor podría concluirse que participó como determinador, coautor o autor mediato, siendo necesario determinar qué fue lo que se probó en la contratación de DASALUD.

Estimó que la lista de contratos por sí sola no demuestra un interés de JULIO IBARGUEN MOSQUERA en la contratación, como sí ocurre con Durán Ibargüen.

Efectivamente, los contratos presentaron una serie de irregularidades, pero como la conducta que se imputó al procesado fue la de interés indebido en la celebración de contratos, y la actividad contractual estaba delegada no podría serle imputadas.

Que haya nombrado a los directores tampoco es suficiente para acreditar un acuerdo de voluntades o una determinación de su parte para que éstos se interesaran en dichos contratos.

Con base en lo anterior, consideró, la Fiscalía no desvirtuó la presunción de inocencia, además porque sobre la interceptación del 31 de junio de 2006, en la que "Julio" y Víctor Oscar Klinger señalan el reparto de un descuento del 30% para "el profe" y Édgar y el 70% para Olmes Durán

Ibargüen, aunado a la del 7 de agosto del mismo año en la que “Julio” y una persona identificada como amigo afirman que debía hacerse un descuento del 30% para repartir entre los citados, que se haría llegar a Ailton y que daría a entender un ofrecimiento, no precisan a qué conductas se refieren, si se trata de un ofrecimiento por la firma de los contratos o que tuviera relación con los negocios jurídicos objeto de estudio, puesto que la Fiscalía reconoció que no hay prueba directa y las grabaciones en comento no lo demuestran.

Así las cosas, concluyó, no se demostró que el procesado haya influido sobre los directores. No existe prueba que acredite que los haya utilizado como instrumentos o que haya participado en calidad de coautor. No reposa en el expediente evidencia que conduzca a la certeza de que el procesado se haya interesado en los contratos de DASALUD y haya aceptado ofrecimiento para ser otorgados a Olmes Durán Ibargüen.

Conforme a lo expuesto, concluyó que en relación a los contratos de DASALUD la resolución de acusación: (i) no precisó el grado de autoría o participación por la cual se llamó a juicio al procesado, (ii) no demostró la relación que tuvo con los directores de DASALUD para influenciarlos a firmar los contratos y, (iii) no existe prueba que indique que los porcentajes mencionados en las grabaciones estén relacionados con los contratos suscritos por los directores de DASALUD.

2.3.3.- Intervención del procesado.

Luego de hacer una referencia breve a su entorno familiar, formación profesional, experiencia política y al buen comportamiento asumido en los procesos que se han adelantado en su contra, sostuvo que en la actuación no obra prueba que determine que haya tenido contacto con “El Alemán” y con Durán Ibargüen, por el contrario, aseveró, el veredicto dado por la “Técnica” de la Fiscalía, Emilda Pérez, denota que en ninguna de las grabaciones aparece que haya actuado.

2.3.4.- Intervención del defensor.

Solicitó se profiera sentencia de carácter absolutorio, por carecerse de prueba que establezca que Olmes Durán Ibargüen financió la campaña a la Gobernación de Chocó de JULIO IBARGUEN MOSQUERA.

Refirió que la supuesta reunión de alto nivel con organismos de control y varios parlamentarios Chocoanos mencionada en una conversación interceptada a Durán Ibargüen y un N.N., el 4 de abril de 2007, no fue objeto de investigación por parte del Ente Acusador, pero, además, se descarta con los informes de policía judicial en los cuales se consignó que la documentación arrimada no permite determinar ese hecho, lo cual, en su criterio, desecha la existencia del supuesto motivo para que su defendido permitiera al citado “narcotraficante” usufructuar indebidamente los recursos del departamento.

De la prórroga del contrato n.º 2865 de septiembre 11 de 1998, resalta que en el fallo de fecha 25 de septiembre de 2013

proferido por esta Corporación dentro del radicado n.º 28141 contra el Exrepresentante a la Cámara Édgar Eulises Torres Murillo, contrario a lo concluido por la Corte: (i) en la grabación de la llamada de junio 8 de 2007 desde el celular 3146675507, quien menciona al Gobernador es Andrés Murillo, entonces Gerente del Consorcio contratante y no Olmes Durán Ibarquien; (ii) la supuesta solicitud del Exparlamentario sobre la propuesta de un porcentaje para el Gobernador no resulta clara, porque no se hace una referencia específica a éste y también pudo tratarse de una “avilantez” de Édgar Eulises, lo cual motivó que el Olmes Durán se refiriera a él como un tráfuga y un bandido, y; (iv) la conversación donde se menciona al “profe” como quien dio instrucciones de que todo quedara como estaba, no establece si se trata realmente de JULIO IBARGUEN MOSQUERA, por cuanto Durán Ibarquien en declaración de octubre 19 de 2007 sostuvo que de esa manera llama a un familiar de nombre Eurípides, y su procurado estaba imposibilitado físicamente para intervenir por la suspensión del cargo dispuesta por la Procuraduría General de la Nación y su reemplazo fue designado por el Presidente de la República, sin que exista prueba de la cual se infiera influencia o coacción de su parte al sucesor.

De igual forma, señaló, las afirmaciones destacadas en la decisión efectuadas el 11 de mayo de 2011 por el exgerente de la Empresa de Licores, Bismark Calimeño Mena, relacionadas con que en el ejercicio del mencionado cargo advirtió de lo dañino del contrato para el Departamento, lo mismo que cuando existió la posibilidad de ser nombrado Gobernador Encargado durante la suspensión del procesado manifestó públicamente su intención de “*tumbar*” el contrato, tienen un

tinte político por cuanto no existe en la actuación elemento de juicio que corrobore su dicho, y “*tumbar*” el negocio jurídico resultaba muy difícil por las consecuencias jurídicas que ello acarrearía para el ente territorial, pues antes de la administración de IBARGUEN MOSQUERA se intentó sin éxito, y tampoco está demostrado que la no prolongación del contrato resultaría mejor.

De otro lado, evocó que la ordenanza que le ordenó al gobernador intentar un otrosí del contrato no se trató de un mandato sino un consejo o recomendación, y lo también referido por Calimeño Mena frente a la existencia de pronunciamientos de los Entes de Control no fueron arrimadas al paginario, por lo tanto, nada de lo dicho puede darse por verídico.

Ahora, sobre la supuesta nocividad del contrato, expuso que en la conversación de abril 30²⁷ de 2007 en la que se habla de una orden para investigar la empresa de licores no puede hablarse del procesado, ni concluirse algún interés de su parte en la prórroga por cuanto la entidad iba a ser liquidada. Por ello se pregunta, ¿qué interés le puede asistir a IBARGUEN MOSQUERA en realizar una labor administrativa para adjudicar a otro contratista si la empresa entró en liquidación?. La inactividad de su prohijado, por el contrario, estaría justificada.

Por último, refirió que por imposibilidad física y de dominio o control del acto a su prohijado no se le puede atribuir responsabilidad alguna, por no haber tenido ninguna

²⁷ En otro aparte refiere que la conversación es del 24 de abril de 2007.

intervención en el contrato ya que fue suscrito en el año 1998 por otro Gobernador, y a pesar de haberse indicado la suscripción de dos otros ítems en su administración ello finalmente no pudo ser corroborado. También debe tenerse en cuenta que por estos hechos fue investigado disciplinariamente y fue absuelto el 19 de diciembre de 2008.

En cuanto a los contratos del Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social de Chocó, reitera la fragilidad de la afirmación de una posible financiación de la campaña del procesado por Olmes Durán Ibargüen. En la conversación de mayo 24 de 2007 donde se habla de la contratación en el sector salud y se analizan los cupos del sisbén que el Gobierno entrega a Caprecom, afirmó no se menciona a JULIO IBARGUEN MOSQUERA.

Además, el mandatario no tenía control sobre la entidad porque la misma legalmente era autónoma y existió delegación de funciones en su director, y que la esposa de Durán Ibargüen fuera propietaria o tuviera acciones en una IPS, tampoco compromete al acusado.

En su criterio no está demostrado que en el proceso de otorgamiento y/o suscripción de los contratos IBARGUEN MOSQUERA haya tenido relación alguna, al igual que con los contratistas, pues tal como lo refirió su representado en la diligencia de indagatoria el Departamento Administrativo de Salud Pública de Chocó fue creado mediante la ordenanza 024 de septiembre 4 de 1997, con el Decreto Ordenanza 0912 de diciembre 1º siguiente se organizó, y con el Decreto n.º 089 de febrero 25 de 2002, el aquí procesado delegó en el director de

la entidad las funciones de nominador, ordenación del gasto, de la contratación y la representación legal, lo cual cuenta con autorización constitucional y legal, y como respaldo de ello trajo a colación la sentencia C-372 de 2002 de la Corte Constitucional.

Así mismo, argumentó que en las declaraciones algunos de los contratistas manifestaron la ajenidad del Exgobernador en los respectivos procesos dado que solo lo conocieron como la figura pública que fue, más no de manera personal.

En lo que respecta a la alusión del *profe* en las conversaciones interceptadas consideró no puede constituir indicio de responsabilidad, pues esa denominación es muy recurrente en el Departamento de Chochó para todos los educadores, y se evidencia con haberse demostrado en la actuación que su defendido no intervino en ninguna de éstas.

En consecuencia, adujo, demostró la ausencia de relación del procesado con los hechos investigados, por lo tanto, reiteró su solicitud de sentencia absolutoria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- La competencia

La Sala es competente para conocer del juzgamiento de JULIO IBARGUEN MOSQUERA de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3° del Acto Legislativo n.° 001 de 2018, modificatorio del 235-5 de la Constitución Política.

En efecto, el fuero de juzgamiento a que alude el numeral 5° de esta última disposición, es una garantía de carácter constitucional que obliga a un procesamiento especial radicado en determinados operadores jurídicos y de la cual se goza desde el momento en que se asume el cargo, esto es, basta con que solo se compruebe la vinculación con el cargo para que proceda el adelantamiento de la investigación y juzgamiento por los funcionarios judiciales especiales²⁸.

En lo que respecta a IBARGUEN MOSQUERA se acreditó que para la época de ocurrencia de los hechos se desempeñaba como Gobernador del Departamento de Chocó, lo cual determina que la competencia para adelantar el juicio y proferir el fallo concierne a esta Sala, por cuanto, además, las conductas atribuidas guardan relación con las funciones desempeñadas en el ejercicio del cargo.

2.- Requisitos para condenar.

Al tenor de lo normado por el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal de 2000 que rige el presente asunto, para emitir sentencia de carácter condenatorio se requiere de prueba válidamente recaudada en las diversas fases del proceso, que conduzca a la certeza de la concurrencia de las categorías de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado.

La legislación reclama, además, que el acervo probatorio sea ponderado en su integralidad de cara a los postulados de

²⁸ CSJ SP, 11 jul. 2012, Rad. 39218.

la sana crítica, esto es, la lógica, las máximas de la experiencia y de las ciencias y los conocimientos científicamente afianzados, asignando razonadamente a cada medio de prueba el mérito que conforme a lo anterior le corresponda.

3.- Del caso concreto

La Fiscalía acusó a IBARGUEN MOSQUERA, por los presuntos delitos de interés indebido en la celebración de contratos y cohecho propio definidos por los artículos 409 y 405 de la Ley 599 de 2000.

Lo anterior por cuanto, durante el ejercicio de su cargo se habría interesado indebidamente en la prórroga del contrato n.º 2865 de septiembre 11 de 1998, suscrito entre la Empresa de Licores y el Consorcio Chocó Pacífico, para favorecer a Olmes Durán Ibarguen, conocido como "*el zar del narcotráfico del Pacífico*", a cambio de una contraprestación económica consistente en un 10% del valor del negocio jurídico.

Lo mismo, en doce contratos del Departamento Administrativo de Salud Pública de Chocó [DASALUD], que integraban una lista hallada en un inmueble de propiedad de Durán Ibarguen, a cambio de un porcentaje equivalente al 30% del valor de los negocios jurídicos.

A continuación la Sala entrará a verificar si el grado de conocimiento de certeza exigido, respecto a los elementos de las conductas punibles y la responsabilidad del acusado concurre en este caso.

3.1.- El delito de interés indebido en la celebración de contratos.

3.1.1.- Del tipo objetivo.

3.1.1.1. El delito de interés indebido en la celebración de contratos está definido en el original artículo 409 de la Ley 599 de 2000, en los siguientes términos:

“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”.

En este caso no procede aplicar el incremento punitivo del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, porque los hechos ocurrieron antes de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, ya que en el Distrito Judicial de Quibdó empezó a regir el 1° de enero de 2008.

3.1.1.2. Son elementos estructurales de esta conducta punible los siguientes²⁹:

i) Un sujeto activo calificado toda vez que exige la condición de servidor público, no obstante, la responsabilidad penal se extiende a particulares que cumplen funciones públicas.

ii) El sujeto pasivo es el Estado como titular de la contratación.

²⁹ CSJ. SP. de 23 de marzo de 2017, Rad. 34282A, reiterada con SEP00075-2019, 8 jul. 2019, Rad. 00082.

iii) El objeto material se circunscribe al contrato u operación estatal en cuyo desarrollo debe intervenir el agente por razón del cargo o de la función. El objeto jurídico atañe a la protección que hace del cumplimiento recto y probo de las atribuciones del Estado.

La conducta alude a que el funcionario se interese en provecho propio o de un tercero de un contrato en el que deba intervenir por razón del cargo o de la función, sea público o regido por el derecho privado.

El interés indebido es aquél que se opone al general o al bien común que debe orientar la actividad contractual del servidor encargado de ello.

Si bien, el anterior estatuto penal³⁰ consagraba el término “*ilícito*” en la descripción del tipo penal y en el actual precepto se optó por el de “*indebido*”, ello no implica una diferencia material pues la estructura del delito sigue siendo la misma. Lo fundamental es que exista una desviación de los fines contractuales entendida como el desconocimiento de los principios de imparcialidad, transparencia y objetividad, para dar paso a una ventaja o propósito particular de cualquier naturaleza, y no si existió o no infracción a la ley propio del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Así lo consideró la Corte Constitucional:

“Los artículos 145 del decreto 100 de 1980 y 409 de la ley 599 de 2000, describen de manera idéntica la conducta tipificada como interés “ilícito” o

³⁰ Decreto 100 de 1980, Artículo 145.

“indebido” en la celebración de contratos. Si bien la denominación del tipo penal es diferente, en la exposición de motivos de la ley 599 de 2000, se señaló que el cambio de denominación tiene más un sentido pedagógico que una incidencia sobre la identificación del tipo penal estudiado. Allí se dijo “el tipo penal ya no habla del interés ilícito sino indebido. Lo ilícito podría hacer pensar en infracción a la ley, lo cual no es cierto, puesto que el contrato puede incluso ser perfecto; empero se quebrantarían los deberes de transparencia, imparcialidad y moralidad”.

“Ahora bien, la Corte llama la atención en este punto sobre el hecho de que bien puede suceder 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 de 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 interés general que de acuerdo con la Constitución, la ley o 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 pública³¹”.

En síntesis, para que se tipifique este punible es indispensable además de demostrar la calidad de servidor público y su relación con la actividad contractual, en la que interviene por razón de su cargo o de sus funciones, probar: (i) en qué consistió el interés del servidor público –aspecto fáctico-, (ii) por qué el mismo puede catalogarse como indebido –juicio valorativo-; y (iii) cuáles fueron las actuaciones a través de las cuales se exteriorizó el interés ya que no puede penalizarse la simple ideación sin que trascienda el fuero interno del sujeto.

El interés al no poderse percibir de manera directa por los sentidos debe ser inferido a partir de datos o hechos

³¹ CC C-128 de 2003.

indicadores demostrados a lo largo del proceso. Las acciones por las cuales se exterioriza constituyen hechos jurídicamente relevantes, y a su vez pueden tenerse como datos trascendentes para establecer por vía inferencial el sentido o la forma en que el servidor se interesó en un contrato público, en el que debía intervenir en razón de su cargo o de sus funciones³².

Finalmente, se trata de un delito de mera conducta porque su consumación se concreta independientemente de que se obtenga el provecho, basta verificar el propósito distinto al de garantizar el bien común.

Así entonces, corresponde establecer si el caudal probatorio transmite a la Sala la certeza sobre la concurrencia de los elementos de la conducta punible y la responsabilidad de JULIO IBARGUEN MOSQUERA en su condición de Exgobernador del Departamento de Chocó, en lo que atañe inicialmente a la prórroga del contrato n.º 2865 de septiembre 11 de 1998, entre la Empresa de Licores y el Consorcio Chocó Pacífico.

Luego de lo anterior, lo mismo se hará frente a la celebración de los doce negocios jurídicos del Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó [DASALUD].

3.2.- Correspondencia de la conducta al tipo objetivo endilgado.

³² Ibidem.

3.2.1. En la actuación se acreditó plenamente la calidad de servidor público de JULIO IBARGUEN MOSQUERA, pues la documentación aportada como soporte establece que fue elegido Gobernador del Departamento de Chocó para el periodo 2004 – 2007, tomando posesión del cargo el 1° de enero de 2004³³, el cual que se extendió hasta el 4 de diciembre de 2006³⁴.

3.2.2. Del contrato n.° 2865 de septiembre 11 de 1998.

El negocio jurídico fue suscrito por el entonces Gerente Encargado de la Empresa de Licores del Chocó Mauro Renny Andrade Andrade y el Gobernador de la época de ese Departamento Luis Gilberto Murillo Urrutia, como contratantes, y Carlos Arturo Benavides Roldán en representación del Consorcio Chocó Pacífico, como contratista; para la distribución, comercialización y venta del portafolio de licores destilados de manera exclusiva a nivel departamental y nacional. Se estipuló un plazo de ejecución de 9 años prorrogable por un lapso igual si las partes no tomaban determinación distinta con mínimo tres meses de antelación a su vencimiento.

3.2.2.1. Al posesionarse IBARGUEN MOSQUERA en el cargo de Gobernador del Departamento de Chocó en enero de 2004 adquirió la condición de jefe de la administración seccional, representante legal del departamento³⁵ y ordenador

³³ Folios 4 y ss. Cuaderno Original 1 Fiscalía.

³⁴ Fl. 33 Cno. Original 2 Fiscalía.

³⁵ Constitución Política, Art. 303. *“En cada uno de los departamentos habrá un Gobernador que será jefe de la administración seccional y representante legal del departamento; el gobernador será agente del Presidente de la República para el mantenimiento del orden público y para la ejecución de la política económica general, así como para aquellos asuntos que mediante convenios la Nación acuerde con el departamento. (...)”*.

del gasto público. No existe duda, entonces, que en tal calidad le competía decidir sobre la ampliación del término del contrato de la Empresa de Licores de Chocó con el Consorcio Chocó Pacífico antes del cumplimiento del lapso allí pactado, esto es, el 10 de junio de 2007.

Además, la Asamblea Departamental de Chocó a través de la ordenanza n.º 021 de diciembre 15 de 2005, como consecuencia de la liquidación de la Empresa de Licores, le ordenó concertar con la firma contratista un otrosí modificatorio que le permitiera al ente territorial obtener mayores utilidades para atender las obligaciones adquiridas. Disposición que imponía al acusado la obligación de decidir si prorrogaba o no el negocio jurídico, pues era mediante actos administrativos expedidos por dicho servidor que podía terminarse, modificarse y/o prorrogarse el contrato.

Así queda acreditada la calidad de servidor público del acusado en relación con este contrato.

3.2.2.2. En cuanto a la conducta referida a que el acusado se interesó indebidamente en provecho propio o de un tercero en la prórroga del contrato, valorado en conjunto el material probatorio la Sala llega al convencimiento que realizó esa conducta con el propósito de beneficiar a la empresa contratista y, así mismo, al aceptar la promesa del pago de una suma de dinero de parte de su propietario Olmes Durán Ibargüen.

En efecto, el proceso acreditó que fue el acusado quien controló y decidió la prórroga automática del contrato, que la

empresa contratista era de propiedad del narcotraficante Durán Ibargüen, y que convino con éste y el ex Congresista Édgar Eulises Torres, permitir la prolongación aceptando la promesa remuneratoria del 10% a cambio, es decir, que se interesó indebidamente en provecho propio y de un tercero en dicho contrato. Veamos:

3.2.2.2.1. Como representante legal y ordenador del gasto IBARGUEN MOSQUERA estaba llamado a decidir la suerte del negocio jurídico, sin que pueda excusarse como lo pretendió la defensa y el mismo procesado, en que para el vencimiento del plazo para tomar la correspondiente decisión estaba suspendido, pues su periodo inició en enero de 2004 y hasta el 29 de mayo de 2007 tuvo el tiempo suficiente para definir la prórroga del contrato, máxime si fue advertido de la necesidad de reestructurarlo o de intentar una nueva negociación con la empresa contratista, a fin de obtener mayores beneficios para el departamento.

En ese orden, se estableció que como consecuencia de la liquidación de la Empresa de Licores del Chocó, la Asamblea Departamental a través de la ordenanza 021 de diciembre 15 de 2005, en el artículo séptimo, dispuso que el Gobernador debía concretar un otrosí modificatorio con la finalidad indicada para atender las obligaciones adquiridas:

“concertar con la firma que regenta el contrato de comercialización y distribución de licores en el Chocó, otro sí modificatorio que le permita al departamento obtener mayores beneficios de utilidades que los existentes para atender las obligaciones adquiridas”.

El acusado conoció de las dificultades por las que pasaba la Empresa de Licores y la necesidad de obtener mayores

beneficios a través de una renegociación, por lo tanto, no es aceptable sostener que desde la fecha de expedición del mencionado acto administrativo y hasta antes de iniciar la suspensión del cargo no hubiese tomado una decisión sobre el particular, omisión que evidencia su intención de permitir la prórroga del contrato a través del silencio de la administración.

No existe prueba que permita establecer que el acusado haya intentado siquiera transar con la empresa contratista una nueva negociación más favorable para la Administración Departamental que le permitiera hacerle frente a las deudas que por obligaciones laborales, procesos ejecutivos y otros compromisos tenía la empresa de licores, lo que permite concluir sin dubitación alguna que su intención fue la de permitir la prórroga automática del mismo, pues el acusado fue quien la controló y decidió dado que era a través de actos administrativos suyos que podía terminarse, modificarse y/o prorrogarse.

3.2.2.2.2. También se probó que Olmes Durán Ibargüen supuesto narcotraficante de la región de Chocó era el verdadero propietario del Consorcio Chocó Pacífico. Así lo confirmó la conversación interceptada a Olmes Durán el 8 de junio de 2007, en la que actuando como propietario de la empresa indagó a Andrés Murillo sobre los saldos existentes en los bancos, la cartera a cobrar, las deudas de la empresa, el estado de las ventas, y le indicó las estrategias o acciones que debían adelantar para aumentarlas, y éste le respondió con sumisión.

De igual forma, Ailton Vidal Caicedo Mendoza³⁶, socio del Consorcio Chocó Pacífico, y Arnulfo Herrera Mosquera³⁷, Gerente del mismo desde agosto de 2007, expresaron que en 2006 el supuesto narcotraficante pretendió comprar la empresa a través del ex Concejal de Pizarro, Julio César Moreno Mosquera, lo cual exteriorizó en una reunión en la ciudad de Cali.

Asimismo, en conversación de abril 22 de 2007 desde el celular 3136522025, interceptada por orden de la Fiscalía 22 de la Unidad Nacional Antinarcóticos e Interdicción Marítima dentro del proceso radicado n.º 71516 adelantado contra Durán Ibargüen, este último actuando como propietario de la empresa le manifestó a una persona desconocida que había nombrado a Andrés Murillo como su Gerente:

Olmes Durán Ibargüen: *En este momento tomé otra decisión, acabé de meter al amigo Andrés, Andrés Murillo*

[...] Dentro de, dentro de la empresa, o sea, yo hablé con el ingeniero SAMUEL

[...] Te soy sincero, o sea, una decisión incluso mía y lo hice no tanto porque yo, usted hermano yo sé que usted es un buen profesional y todo lo demás, pero la parte suya es la parte política, porque usted, usted todo es política y yo sé que eso ahí a la fija es muy difícil a usted, eh, eh, en sentido de la parte política, porque va a venir contra ataque de alguna oposición, de alguna gente y como es una vaina privada, sí me entiendes, entonces

[...] Ese, ese fue el análisis que yo más o menos le hice a la situación, pero la verdad hermano, cualquier momento podemos estar cogidos de la mano, trabajando juntos, mano en algunas cosas, independientemente de la política, [...]

PDH: *[...] usted sabe que usted ha sido mi amigo por encima de todo, me ha demostrado sus afectos, es indudable que queda una alternativa, que me parece que ANDRES, es una persona con experiencia, conoce la*

³⁶ Fols. 47 y ss. Cuaderno n.º 2 Fiscalía. Declaración rendida el 19 de marzo de 2008.

³⁷ Fols. 22 y ss. Ibidem. Declaración del 14 de marzo 2008.

región, conoce el medio, y no, y yo, lo importante es que en la medida que usted vea que yo puedo aportar algo, [...]

Es evidente que Durán Ibargüen era el propietario del Consorcio contratante o al menos de un número importante de sus acciones, de suerte que podía designar a su antojo al personal del mismo. Además, la conversación mencionó a Samuel que según lo narrado por el ex Gerente del Consorcio Chocó Pacífico Arnulfo Herrera Mosquera³⁸, es Samuel Aguirre, entonces presidente de la Junta Directiva de la empresa, y quien asistió a la reunión en la ciudad de Cali en el año 2006 conjuntamente con Ailton Vidal Caicedo Mendoza Jefe de ventas y mercadeo, Gerardo Valverde Coordinador del área financiera, Armando Aguirre accionista y miembro de la Asamblea de Socios, y Eurípides Moreno también accionista; en cuyo desarrollo Durán Ibargüen expresó su intención de adquirir la empresa.

Ahora, como propietario de la compañía es obvio que Durán Ibargüen se interesara en que la prórroga del contrato ocurriera pues con ella se vería beneficiado. Así lo evidencia la conversación que sostuvo con Andrés Murillo el 8 de junio de 2007 desde el celular 3146675507, en la que este último lo puso al tanto de la culminación del plazo para que la administración departamental evitara su prolongación:

Olmes Durán Ibargüen: [...], *¿los términos ya se le vencieron a ellos o todavía les quedan más días?*

PDH: *Mire, hay plazo hoy, ¿cierto?, después de hoy ya nosotros automáticamente tenemos renovado, tenemos renovado el contrato. Pues, esta mañana hasta estuve allá en la Gobernación hablando con el Secretario de Hacienda y saludando al Gobernador Encargado, lo saludé*

³⁸ Fol. 40 y ss. Cuaderno Original n.º 2 Fiscalía.

de paso, y pues no les toque nada del tema, o sea todo está bajo control en este momento, ¿ya? [...]

Olmes Durán Ibargüen: *¿Que le iba a decir?*

[...] ¿Eh, o sea, que es imposible, eh, abrir licitaciones entonces?

PDH: *Pues, en este momento ellos no pueden abrir licitaciones, ¿sí? Eh, porque ya el tiempo no les alcanza y ya*

Olmes Durán Ibargüen: *¿Cuánto es el tiempo mínimo para una licitación?*

PDH: *Digamos que este tipo de licitaciones, en menos de tres meses no se hace, por un lado, y por otro lado digamos hoy ya, a las 12 de la no., digamos que ya en estos momentos el contrato práctica..., el contrato se re, se renovó automá, se renueva automáticamente, porque el primero se firmó el 11 de septiembre, ¿cierto?, pero que ocurre, hoy es 8, mañana sábado, o sea no es día, no es laborable para las entidades oficiales, y el lunes 11, pues es fiesta, o sea que el contrato se renueva automáticamente...[...]*

PDH: *El contrato lo que dice es que para, eh, si no están, no quieren seguir con el contrato debieron avisarnos hoy, ¿cierto? Pero ya, si no avisan, no avisan, entonces el contrato se prorroga automáticamente*

Olmes Durán Ibargüen: *Esa es la pregunta que estoy haciendo, el contrato si dice que, que deben anticiparle con tiempo a la entidad ..*

PDH: *sí, correcto*

Olmes Durán Ibargüen: *Eso es lo que yo, eso, eso sería como la salvación nuestra [...]*

PDH: *Sí practica, mejor dicho ya hoy a las doce de la noche nosotros tenemos un nuevo contrato, ehh prorrogado automáticamente*

Olmes Durán Ibargüen: *Hay que ser muy prudentes entonces en eso para no ..*

Si bien no se menciona el contrato 2865 se extrae sin duda alguna que es el tema de conversación, por cuanto como se indicó en párrafos anteriores: (i) el negocio jurídico se suscribió el 11 de septiembre de 1998; (ii) en su cláusula segunda se estipuló un plazo de 9 años prorrogables por un

tiempo igual si las partes no tomaban una determinación distinta con mínimo tres meses de antelación a su vencimiento, esto es, el 10 de junio de 2007; y (iii) como dicha data corresponde a un domingo, la oportunidad para que la Administración Departamental de Chocó se pronunciara sobre su eventual prórroga iba hasta el último día hábil anterior, esto es, el viernes 8 del mismo mes y año, lo cual coincide con el día en que se produjo la llamada y la renovación automática allí mencionada.

3.2.2.2.3. Esta conversación también comprueba que el ex Congresista Édgar Eulises Torres Murillo y un tercero denominado “el profe” y/o “el profe titular”, se interesaron indebidamente en la prórroga del contrato conviniendo el silencio de la gobernación por la existencia de una contraprestación económica, o como lo indicaron en otro momento de la llamada, un “descuento”:

Andrés Murillo: *Por ahí me estuvo este amigo llamando, pero, pues, si, él quería hacerle una propuesta, ...Édgar Eulises,*

[...] Édgar Eulises que quería hacerle una ... pero, pues yo,... me dijo que le dijera que lo llamara, pero la verdad es que yo no consideré pues prudente que usted volviera a llamarlo, cierto?, ya han hablado unas cosas y, hay que ir como

Olmes Durán Ibargüen: *¿Y qué propuesta quería él?*

Andrés Murillo: *no, no, pues es algo relacionado, pues con lo del, con lo del Gobernador*

Olmes Durán Ibargüen: *ah, ¿y quería él hacerme una propuesta o que yo le hiciera una propuesta?*

Andrés Murillo: *No, él hacerle una propuesta, que él quería proponer algo sobre esa cosa de,... sobre lo del porcentaje. Pero finalmente yo no le volví a ..., no volvimos a hablar, ¿ya? [...]*

Olmes Durán Ibargüen: ...eh, eso, lo estoy llamando incluso ahora para eso, ¿los términos ya se le vencieron a ellos o todavía les quedan más días? [...]

Andrés Murillo: ¿Y, este, por ahí el titular, el profe titular me mandó una razoncita de que sí lo de, que aceptaba el descuento de lo de Édgar, pero lo del otro, lo del profe Ibargüen, que no?, ¿sí?

Olmes Durán Ibargüen: ¿que lo de Eurípides no?

Andrés Murillo: Lo de Eurípides no

Olmes Durán Ibargüen: Y lo de Eurípides no, ¿por qué?

Andrés Murillo: La verdad es que ahí había una gente pero no era conveniente charlar hoy ni en ese momentico de esa cuestión, si? entonces yo la semana entrante me reúno con él para decirle nuevamente la cosa, si?

[...] Si practica, mejor dicho ya hoy a las doce de la noche nosotros tenemos un nuevo contrato, eh prorrogado automáticamente

Olmes Durán Ibargüen: Hay que ser muy prudentes entonces en eso para no ..

Andrés Murillo: Si, entonces pues yo la idea es estarse ya, pues eh, el profe pues ha dado instrucciones de que todo quede como está.

No obstante, la defensa técnica soportada en lo dicho por Durán Ibargüen en declaración del 19 de octubre de 2007³⁹, aduce incertidumbre sobre la correspondencia entre el “profe” utilizado en la llamada y su defendido, con el argumento que de la misma forma era llamado el señor Eurípides; sin embargo, tal argumento pierde sustento con el diálogo sostenido por los mismos sujetos a través de la misma línea celular [3146675507], el 29 de mayo de 2007:

Olmes Durán Ibargüen: Uhhmm, o sea que el profe está allá

Andrés Murillo: Sí, sí está acá, si está tres días de arresto más luego le empiezan los otros treinta de la suspensión

³⁹ Fols. 120 y s.s. Cuaderno n.º 1 Fiscalía.

Olmes Durán Ibargüen: *O sea que él está arrestado y después suspensión.*

Andrés Murillo: *Sí*

Olmes Durán Ibargüen: *Yo pensé que era incluido los treinta apenas de suspensión y no más.*

Andrés Murillo: *No son treinta más tres, por ahora son treinta y tres [...]*

Olmes Durán Ibargüen: *Al hombre se le complica.*

Andrés Murillo: *Se le está complicando, sí porque, es que el abandonó el cargo bueno eso por ahí, de una buena fuente supe que se les están moviendo los enemigos pues pidieron los papeles y ay lo denunciaron a la Procuraduría que por abandono de....*

[...] Uhhmmm, sí, sí, eso al hombre se le está complicando la cosa de todas maneras hay que esperar eso si importante, yo hablé con este otro con Edgar sí.

[...] Entonces hablamos bastante con él, y pues...

Olmes Durán Ibargüen: *Y en qué tónica lo notaste, y en qué tónica.*

Andrés Murillo: *No pues me dijo de total pues, me dijo no, no de contad (sic) que cuenten conmigo yo estoy de acuerdo y me dijo que había hablado con los señores y que también el otro señor púes, mejor dicho, están de acuerdo están sintonizados y que la cosa de ahí no se sale...*

El contenido de la conversación permite inferir con precisión que “*el profe*” y “*el profe titular*”, no es otro que el aquí procesado JULIO IBARGUEN MOSQUERA, porque al confrontarlo con la ocurrencia de los hechos referidos por los interlocutores aparece demostrado que: (i) por su profesión de docente era conocido con ese apelativo⁴⁰, y que (ii) con el Decreto 1819 de mayo 24 de 2007⁴¹ el entonces Presidente de la República de Colombia Álvaro Uribe Vélez, efectivizó la orden

⁴⁰ Así lo refirieron en sus declaraciones Arneth Bejarano Murillo, Javier Arcila Rivas y Robeiro Mosquera Mosquera, y otros.

⁴¹ Fols. 131 y s.s. Cuaderno n.º 4 Fiscalía.

de arresto por tres días emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Quibdó, el 19 de diciembre de 2006, dentro del incidente de desacato radicado bajo el n.º 1375; y la sanción de suspensión del ejercicio del cargo de Gobernador del Departamento de Chocó por un mes, impuesta por la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa el 21 de febrero del mismo año.

Así entonces, contrario a lo manifestado por el defensor no existe duda que en las comunicaciones anteriores quien envió una “razoncita” a Olmes Durán Ibarguen con Édgar Eulises Torres Murillo, respecto a la aceptación de un descuento y haber dado instrucciones para que todo quedaría como estaba, fue el propio IBARGUEN MOSQUERA.

Este aspecto también se dio por demostrado en la sentencia de condena proferida contra Édgar Eulises Torres, cuando la Corte refirió que:

“[...] en la plática Andrés Murillo menciona al Secretario de Hacienda y al Gobernador encargado, lo hace para informar a su interlocutor que esa mañana los estuvo saludando en la gobernación. Paso seguido transmite la razón de que “el profe”, es decir, el gobernante titular, aceptaba el descuento de EDGAR y no el del socio del consorcio Euripides Moreno Ibarguen o “profe Ibarguen”, haciéndose así alusión al pago de unos dineros que se repartían entre el Gobernador y el Representante a la Cámara EDGAR EULISES TORRES.

[...] Mírese además, que nadie mejor que el ex Representante a la Cámara EDGAR EULISES TORRES MURILLO para interceder ante el Gobernador con el propósito de conseguir la renovación del acuerdo. Según da cuenta el proceso, Julio Ibarguen Mosquera, conocido en su región como “el profe”, nació en Itsmina al igual que el acusado, fue maestro del Representante en primaria y asistieron al Concejo de ese municipio y a la Asamblea Departamental del Chocó, en calidad de concejales y diputados.”

Ahora, el “descuento” tratado en la llamada de junio 8 de 2007 correspondía a un porcentaje de lo obtenido con la prórroga del contrato, pues en el proceso contra el ex Representante Édgar Eulises Torres Murillo, Ailton Vidal Caicedo Mendoza de manera expresa afirmó que en una junta de socios del Consorcio Chocó Pacífico⁴², se discutió la posibilidad de ofrecer un porcentaje del 10% a Torres Murillo y el aquí acusado, y específicamente sobre la llamada manifestó:

“cuando habla sobre porcentaje se refieren ahí a un interés marcado de que la empresa tome nuevamente el contrato y entonces, se estaba haciendo un lobby con el doctor EDGAR EULISES y el doctor Julio Ibargüen, entonces era más ese manejo que se le quería dar ahí, o sea como dicen popularmente, el CVY, como se dice, como voy yo ahí si te hago un favor, entonces esa era la situación”.

Así pues, está demostrada la existencia del interés particular del acusado en la prórroga del contrato de distribución y comercialización de licores, pues de producirse ésta no solo favorecería a la empresa de Olmes Durán Ibargüen, sino a él mismo con la dádiva ofrecida por el consorcio contratista.

No cabe duda de la existencia del pacto entre IBARGUEN MOSQUERA, el ex Congresista Torres Murillo y Durán Ibargüen, pues éste tuvo lugar desde antes que el primero fuera elegido mandatario departamental. El paginario y en concreto lo demostrado en el proceso n.º 44356 que se adelantó contra el aquí acusado por el delito de concierto para

⁴² En declaración rendida el 19 de marzo de 2008, obrante a folio 47 del cuaderno n.º 2 de la Fiscalía, reconoció haber laborado en el Consorcio Chocó Pacífico para el 2007 como Jefe de Mercadeo y Venta, además de ser amigo personal de Durán Ibargüen desde muy temprana edad, pues estudiaron en la misma institución educativa.

promover grupos armados al margen de la ley⁴³, en el cual fue condenado por hechos relacionados con la realización de acuerdos con el bloque Elmer Cárdenas de las Autodefensas Unidas de Colombia, Édgar Eulises Torres Murillo y Odín Horacio Sánchez Montes de Oca, para obtener apoyo económico y logístico para su campaña a la Gobernación de Chocó; así lo corrobora. El Exjefe Paramilitar Freddy Rendón Herrera, alias “El Alemán”, en declaración del 28 de agosto del año 2009 dentro del radicado 31.653, arrimada a dicha actuación como prueba trasladada, y que fuera ratificada por éste mismo dentro del presente trámite⁴⁴, indicó:

"[...], en algún momento, dentro de esas mismas conversaciones, hablando con el profesor Ibargüen, el profesor Ibargüen no podrá decir que no estuvo en una reunión con Édgar Eulises Torres, y que no tuvo diferencias con Édgar Eulises Torres, porque le aporté a la campaña a la Gobernación, al Gobernador, y Édgar Eulises Torres quedó de entregarle una plata al profesor, y el profesor no recibió ese dinero, y el profesor recurrió a mí nuevamente (...) el tema de la fábrica de licores del Chocó lo hablamos muchas veces con Odín, con Édgar Eulises Torres, con el profesor, yo dije hombre no entreguen esa fábrica a quien hoy se la están entregando, es que salió un rumor en el Chocó que se la iban a entregar a un narcotraficante del pacífico (...) tocamos ese tema muchas veces, tocamos otros temas (...)"

Además, también se acreditó que el resultado del convenio ilícito solo podía obtenerse con la intervención del ex Congresista Édgar Eulises Torres Murillo en la designación del Secretario de Agricultura y Medio Ambiente Departamental, Ovidio Cortés García, como Gobernador Encargado por la suspensión de su titular (el acusado), persona que dependía directamente de IBARGUEN MOSQUERA. Sobre el particular,

⁴³ CSJ SP 12863-2015, 23 sep. 2015, rad. 44356. Arrimada por diligencia de inspección judicial por el Ente Acusador en la Secretaría de la Sala de Casación Penal de esta Corte.

⁴⁴ Fol. 245 Cuaderno Original n.º 2 Corte.

la Corte, en la sentencia de condena proferida contra Édgar Eulises Torres Murillo, concluyó:

“El aval que EDGAR EULISES daba al Secretario de Agricultura y Medio Ambiente, Ovidio Cortés García, para hacerlo nombrar Gobernador en encargo, le garantizaba tener una persona que dependía directamente del suspendido Julio Ibargüen Mosquera, quien ya había dado su asentimiento para garantizar la vigencia del contrato por nueve años más, como se advierte en la interceptación de la llamada del 8 de junio de 2007, cuando Murillo señaló: “el profe pues ha dado instrucciones de que todo quede como está”.

Este hecho fue verificado en esta actuación con la conversación sostenida por Durán Ibargüen con una persona desconocida, el 24 de mayo de 2007 desde el celular 3136522025, en la que se mencionó a Torres Murillo como uno de los que intercedió para obtener el encargo de Ovidio Cortés García, por encima del ex Gerente de la Empresa de Licores Bismark Calimeño Mena, quien había manifestado públicamente su intención de evitar la prórroga del contrato:

Olmes Durán Ibargüen: *Qué tiene, qué tiene, qué tiene ese sueldo que, que Bismark se le está quedando en esa, encargado de eso mano*

PDH: *No, no, no, que allá dijeron que no*

[...], Germán Vargas y Édgar Eulises están chuzando, ¿Oyó?

Olmes Durán Ibargüen: *O sea, que Édgar, ¿Édgar no está a favor de ese tipo entonces?*

PDH: *No, no, no, él no está a favor de él [...]*

Olmes Durán Ibargüen: *Ummm, no porque él acá, pues el Ministro nos dijo que iba a colaborar en eso y él estaba la vez pasada en Medellín (no se entiende) ... lo llamaron directamente...[...]*

PDH: *No, estese tranquilo ahí, porque, si, ¿me entiende? Pues eso fue lo que me dijeron ahoritica, totalmente tran..., ayer me dieron*

tranquilidad, en la noche, y hoy también me dieron tranquilidad, me dijeron, no se preocupe que él ya no es, ¿sí me entiende?

En suma, se demostró en el juicio más allá de toda duda, que el acusado permitió la prórroga del contrato para favorecer indebidamente al propietario de la empresa contratista, y a él mismo, aceptando a cambio la promesa de recibir una coima en dinero, sacrificando el interés colectivo que estaba obligado a proteger.

Con la conducta atribuida, IBARGUEN MOSQUERA transgredió los fines y principios rectores de la contratación estatal especialmente los de imparcialidad, transparencia y objetividad, para dar paso a una ventaja o propósito particular.

Estos principios obligan a los servidores públicos a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, esto es, que su actuación siempre se encuentre orientada a salvaguardar los intereses generales que como se sostuvo son manifestación concreta de aquellos que orientan la función administrativa y que son transversales a toda la contratación estatal.

Así las cosas, para la Sala es incontrovertible la concurrencia de los elementos del tipo objetivo del interés indebido en la celebración de este contrato.

3.2.3. Contratos del Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó [DASALUD].

La Sala tras ponderar en conjunto la prueba que integra la actuación, coincidiendo en ello con el criterio del Agente de

la Procuraduría, concluye que la misma no conduce a la certeza sobre la convergencia de los elementos constitutivos del delito de interés indebido en la celebración de contratos.

Ciertamente, el marco jurídico que regula la delegación de la función contractual, permite establecer que por razón de su cargo de Gobernador de Chocó, JULIO IBARGUEN MOSQUERA estaba facultado para intervenir en el proceso de contratación del Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Pública de Chocó, sin embargo, la posible existencia de un interés indebido en provecho propio y de un tercero en los doce contratos que integraron la lista hallada en un inmueble de propiedad de Olmes Durán Ibagüen, no encuentra demostración. Veamos:

3.2.3.1. Tal como lo afirmó la Fiscalía, en un inmueble de propiedad de Durán Ibagüen allanado por orden de la Fiscalía 22 de la Unidad Nacional Antinarcóticos e Interdicción Marítima – UNAIM, dentro del proceso adelantado en su contra con el radicado n.º 71516, se encontró una lista con los siguientes contratos celebrados por DASALUD:

- Contrato de prestación de servicios n.º 046 de 2006.

Contratista: Cooperativa Agroindustrial de SIPI-COOPSIPI.
Fecha: Noviembre 23 de 2006.
Plazo: 2 meses.
Valor: \$209.326.240.
Objeto: Dotación e implementación de kits de servicios básicos asistenciales a cuarenta (40) viviendas de las

comunidades de Chintado y Guayabal, municipios de Quibdó y Atrato.

- De suministro n.º 033 de 2006.

Contratista: V&P Management.
Fecha: Diciembre 6 de 2006.
Plazo: 30 días.
Valor: \$49.970.000.
Objeto: Compra de roenticida para control integral de roedores.

- De suministro n.º 049 de 2006.

Contratista: Moda y Suministro.
Fecha: Diciembre 4 de 2006.
Plazo: 30 días.
Valor: \$119.700.000.
Objeto: Compra de roenticida para control integral de roedores.

- De suministro n.º 052 de 2006.

Contratista: Vehículos del Camino Ltda.
Fecha: Diciembre 4 de 2006.
Plazo: 30 días.
Valor: \$70.522.800.
Objeto: Compra de un vehículo carro marca MAZDA, asignado al Laboratorio Departamental de Salud Pública del Chocó.

- De suministro n.º 053 de 2006.

Contratista: Variedades Sharon.
Fecha: Diciembre 4 de 2006.
Plazo: 30 días.
Valor: \$98.550.000.
Objeto: Suministro de elementos para laboratorio.

- De suministro n.º 054 de 2006.

Contratista: RIMECOL.
Fecha: Diciembre 4 de 2006.
Plazo: 30 días.
Valor: \$113.640.000.
Objeto: Mantenimiento preventivo y correctivo de 250 microscopios binoculares de la red de diagnóstico del Departamento del Chocó.

- De obra n.º 065 de 2006.

Contratista: Edson y Muñoz Figueroa.
Fecha: Diciembre 22 de 2006.
Plazo: 3 meses.
Valor: \$542.848.319.
Objeto: Remodelación y ampliación del Laboratorio Departamental de Salud Pública del Chocó.

- De prestación de servicios n.º 067-2 de 2006.

Contratista: Interhospitalaria Ltda.
Fecha: Diciembre 22 de 2006.

Plazo: 90 días.
Valor: \$196.243.000.
Objeto: Suministro de elementos para fortalecer la red de frio del programa PAI (nevera y termómetro).

- De suministro n.º 072 de 2006.

Contratista: Variedades Valoyes y/o Omar Valoyes.
Fecha: Diciembre 25 de 2006.
Plazo: 30 días.
Valor: \$99.870.000.
Objeto: Suministro de elementos para laboratorio.

- De prestación de servicios n.º 067 de 2006.

Contratista: Diseño Tipografía Don Bosco.
Fecha: Diciembre 28 de 2006.
Plazo: 1 mes.
Valor: \$23.710.400.
Objeto: Elaboración de talonarios para centros.

- De prestación de servicios n.º 068 de 2006.

Contratista: Aska Suministros Viajes & Mensajería Ltda.
Fecha: Diciembre 28 de 2006.
Plazo: 1 mes.
Valor: \$32.990.526.
Objeto: Suministro de elementos de protección programa control de rabia.

- De prestación de servicios n.º 071 de 2006.

Contratista: Asociación Fortaleza del Pacífico.
Fecha: Diciembre 29 de 2006.
Plazo: 30 días.
Valor: \$65.000.000.
Objeto: Realizar taller de capacitación de auxiliares de salud de familias para la vigilancia y control integrado de ETV.

Para las fechas de suscripción de estos negocios jurídicos, como JULIO IBARGUEN MOSQUERA fungía como Gobernador del Departamento de Chocó, le competía velar porque en su trámite y celebración se cumplieran los principios de la contratación pública.

Ello, sin perjuicio de que existiera delegación de la función contractual en el Director del Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó⁴⁵, pues con la suscripción se constata la participación de la Gobernación del Departamento de Chocó, a cargo del acusado.

En efecto, el Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Pública fue creado por la Asamblea Departamental de Chocó con la Ordenanza 024 de septiembre 4 de 1997, y con Decreto Ordenanza n.º 912 de diciembre 1º del mismo año, como un organismo de la administración central departamental sin personería jurídica, dependiente directamente del Despacho del Gobernador. A su Jefe lo definió como parte del Gabinete o Consejo de Gobierno con funciones de ordenador de los gastos que el Mandatario Local le delegara.

⁴⁵ Decretos n.º0089 del 25 de febrero de 2002 y n.º 0103 del 23 de febrero de 2005.

En ese orden, el 25 de febrero de 2002⁴⁶, el entonces Gobernador de Chocó William Halaby Córdoba expidió el Decreto n.º0089 delegando en el Director de DASALUD las “funciones” de nominador, ordenador del gasto y de contratación. Decisión reiterada por IBARGUEN MOSQUERA con el Decreto n.º 0103 de febrero 23 de 2005⁴⁷, en el que, además, le encomendó la representación judicial en materia de salud y lo facultó para otorgar poder a los abogados de la Oficina Jurídica para la defensa de la entidad.

No obstante lo anterior, así la ley autorice a los titulares de la función contractual delegar⁴⁸ los procesos contractuales en diferentes órganos en una relación concatenada de trámites⁴⁹, el delegante sigue conservando y ejerciendo la facultad de reformar o revocar los actos o resoluciones del delegatario, así como del acto mismo de delegación, lo cual se desprende de los principios de unidad de acción administrativa y función administrativa y del deber de dirección, instrucción, orientación, control y vigilancia, que corresponde al jefe de la entidad u organismo estatal⁵⁰.

⁴⁶ Folio 69 y ss cuaderno 1 de la Fiscalía

⁴⁷ Folio 70 y ss *ibidem*.

⁴⁸ Ley 489 de 1998, art. 9º. **DELEGACIÓN.** *Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.*

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.

Parágrafo. *Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos.*

⁴⁹ CSJ SP, 7 julio 2010, rad. 28508.

⁵⁰ CC C-372-2000.

Si bien con la delegación se transfiere la competencia no ocurre lo mismo con la titularidad de la función. Además, ésta se perfecciona con la manifestación del funcionario en un acto administrativo motivado, en el que determina si su voluntad de delegar es limitada o ilimitada en el tiempo o general o específica⁵¹, pero para ello debe mediar autorización legal, y el órgano que la confiere siempre conserva la posibilidad de reasumirla en cualquier momento, pues procede cuando hay relación de subordinación por parte del delegatario⁵².

En esta relación al delegante también le asiste la obligación de informarse en todo momento sobre el desarrollo de las funciones otorgadas e impartir orientaciones generales sobre su ejercicio, tal como lo dispone el canon 10 de la Ley 489 de 1998.

Pese a que el artículo 211 Superior establece que el delegante no responde por las actuaciones del delegatario, ello no significa que no lo haga por sus propias acciones u omisiones respecto a los deberes de dirección, orientación, instrucción, seguimiento, vigilancia y control, los cuales serán fuente de responsabilidad cuando impliquen infracción a la Constitución y a la ley, por medio de la pretermisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones o el incumplimiento de los principios de la función administrativa⁵³.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Constitución Política, art. 209: *La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

⁵³ CC C-372-2000.

Así las cosas, para determinar la responsabilidad por las actuaciones del delegante y del delegatario es insuficiente la comprensión literal del artículo Superior citado, por cuanto una interpretación de esta índole soslaya los principios de unidad administrativa (moralidad, eficacia, igualdad o imparcialidad C.P., art. 209 y CC C-372/02). Tampoco es admisible que el delegante responda siempre por las actuaciones del delegatario, por cuanto se abandonaría el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos, ya que inexorablemente no puede responder por las decisiones de otros.

Para establecer su verdadero alcance es menester considerar otros principios constitucionales, en ese orden, la responsabilidad que deriva de la Carta Política es la del ejercicio del cargo sea por omisión o extralimitación de sus funciones, por consiguiente, cada uno responderá por sus decisiones y no por los actos de los demás. La delegación no constituye el medio a través del cual el titular de la atribución se desprende por completo de la materia delegada.

Por su parte, la Ley 1107 de 2007 adicionó el artículo 12 de la Ley 80 de 1993, y consagró que: *«En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual».*

En este sentido, no existe duda que JULIO IBARGUEN MOSQUERA, se encontraba facultado para intervenir en el proceso de contratación del Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Pública de Chocó por razón de su cargo, por

lo tanto se da por superado el elemento estructurante del delito objeto de estudio, de sujeto activo calificado.

3.2.3.2. En cuanto a la demostración del interés indebido de IBARGUEN MOSQUERA en los doce negocios jurídicos citados, la Sala encuentra que concurren serias dudas probatorias que impiden saber si efectivamente ello ocurrió, y de ser así, si estaba dirigido a favorecer a Durán Ibargüen y a él mismo, al aceptar promesa de pago de una suma de dinero.

Pues bien, la Fiscalía sostuvo en la acusación que IBARGUEN MOSQUERA a través de distintos servidores públicos que laboraban en DASALUD y otros que ingresaron a la entidad con su aval, favoreció a Olmes Durán Ibargüen con la adjudicación de los contratos aceptando la promesa de recibir a cambio el 30% de las utilidades, el cual repartiría con el ex Congresista Édgar Eulises Torres Murillo.

Ahora bien, la actuación permitió establecer que IBARGUEN MOSQUERA a pesar de la delegación de la competencia nominadora, administrativa y de contratación, mantuvo el control de la vinculación del personal de la entidad, y a través de él permitió el ingreso de personal allegado a Durán Ibargüen.

Así lo manifestó el ex Director de DASALUD Víctor Oscar Klinger Braham en declaración rendida el 9 de abril de 2008⁵⁴. Refirió que como a él lo nombró el acusado toda situación que se presentara con la vinculación del personal debía consultarlo

⁵⁴ Fol 83 y ss. Cuaderno n.º 2 Fiscalía.

con él, por ser el “*responsable del reparto burocrático institucional*”.

Aserción que fue reiterada en el juicio por Robeiro Mosquera Mosquera, Jefe de la Oficina de Control Interno y de la Oficina Jurídica de la entidad, quien atestó que su nombramiento obedeció a una cuota política; y por Julio César Moreno Mosquera, ex Concejal del municipio de Pizarro, al sostener que si bien no tuvo vínculo alguno con la entidad, sí conoció que las personas que apoyaron al procesado obtuvieron participación en ésta.

Y, con la conversación del día 19 de enero de 2007 entre Henry Perea Mosquera, amigo de Durán Ibargüen y Lucio Asprilla, Jefe de Recursos Humanos de DASALUD, a través del celular 3012321384, de cuyo contenido se deduce el acuerdo entre el aforado y Durán Ibargüen de permitir la vinculación de personas allegadas a éste. Ante la evidente preocupación del Jefe de Recursos Humanos por la posible intervención del ex Representante a la Cámara Édgar Eulises Torres Murillo en el nombramiento de personal, Perea Mosquera lo tranquiliza diciéndole que Durán Ibargüen le mandó decir que no se preocupara porque el Gobernador sabía el compromiso que tenía con él:

Henry Perea Mosquera: *Ahí yo le comenté al hombre todo lo de Édgar*

[...] Dijo que no se preocupara, que el Gobernador sabía el compromiso que tenía con él

[...] Dijo que no le dieran mente a Édgar

Lucio Asprilla: *El tipo, yo por eso cuando, cuando, cuando sea la hora de contratar a, nos toca pues a la gente de nosotros, quiero que sea, así sea que tú, cuando vengas me traigas una nota, alguna vaina, específicamente, que yo con eso le braveo al que tenga que braviarle, ¿sí me entendiste?*

Si bien esta conversación por sí sola no establece que Olmes Durán Ibarгүйen estuviera detrás de lo mencionado, Henry Perea Mosquera lo corroboró en declaración de 2 de abril de 2008⁵⁵, al aclarar que el hombre al que se hizo referencia en la comunicación es Durán Ibarгүйen, que Édgar es Édgar Eulises Torres y el Gobernador es JULIO IBARGUEN MOSQUERA.

Además, que cuando mencionó al acusado y el compromiso conocido por éste, se refería a la respuesta que Durán Ibarгүйen le dio a una razón de Lucio Asprilla.

Estos hechos guardan relación con el diálogo sostenido por el ex Concejal de Pizarro, Julio César Moreno Mosquera con el Director Víctor Oscar Klinger Braham, a través de una llamada del 2 de agosto de 2006 hecha desde el celular 3128609881, en la que el primero le recordó al director el cumplimiento de los acuerdos que le habría mencionado en oportunidad anterior y que según la conversación tenían relación con la vinculación a la entidad de amigos de “la parte política” y, en concreto, con el nombramiento de “Pascual” como Subdirector de la entidad:

Julio: *[...], primero que todo, mis felicitaciones, ahora sí de manera oficial hombre, por, por el nombramiento*

⁵⁵ Fol. 49 y ss. Cuaderno Original n.º 2 de la Fiscalía.

[...], y lo que habíamos hablado, por acá las cosas quedaron, pues más o menos como ya las habíamos tratado, como yo les había indicado

[...] Entonces, pues el amigo me dijo que, que me encargara yo, pues de, de mirar a ver si a mí me cumplían..., pero pues después que yo ya le expliqué todo lo que habíamos hablado, y todo lo que usted me había dicho, ¿no?

[...] Entonces las cosas quedaron pues así, digo yo que en una buena tónica, ¿sí?

Dr. Víctor: Sí señor

Julio: Y, y doctor no, pues ya lo que habíamos hablado, pues de los amigos que tenemos allí, la parte política [...]

Dr. Víctor: [...] charlamos para que hagamos las cosas todas al derecho, cojamos y tomemos como otro impulso y miremos como otra visión frente a las cosas, entonces listo, pero de todas for, de todas formas, a mí me gusta hacer las cosas concertadas y que la gente después, de fidedigno reciba la información que tiene que recibir, para que concertado miramos cuál es la mejor salida que le pueda dar a determinada cosa, ¿cierto?

Julio: Sí doctor, [...], ahora, las personas que vayan pues, en nombre de uno, primero también sería bueno, y usted tiene, si usted tiene la forma de colaborar o de servir a quien sea, pues no necesita ni que uno le diga, sino que usted mismo toma su decisión, [...], entonces por esa parte, ¿lo de Pascual, o sea, lo del Subdirector

[...] Nosotros pues, yo estuve hablando con él, porque era una cuestión que ya habíamos hablado anteriormente con Paciano, pero Paciano tenía allí un amigo de él, porque él sentía confianza con él, y que lo iba a tener todo este resto de mes que pasó y el mes de agosto, eso fue lo que él nos pidió y, pues sí, uno les dio su espacio porque uno tiene que trabajar es con la persona que uno se sienta bien, pero igual, teníamos pues las ganas de que le colaboráramos Pascual, porque, primero que todo, pues hacer su estudio, si tiene el perfil o no, si tiene los requisitos y, segundo, pues porque políticamente él es conocido, él ha sido administrador público, y tiene manejo del personal, [...]

Dr. Víctor: Sí, sí

Ahora, Julio César Moreno Mosquera, pese a que en su declaración no reconoció comunicación alguna con Klinger Braham, sí mencionó haberlo hecho con los dos anteriores

sobre temas relacionados con la recomendación y/o algunos nombramientos en la entidad, lo que quiere decir que sí acostumbraba efectuar comunicaciones directas con dichos funcionarios. A su vez, Klinger Braham igualmente reconoció que cuando él lo llamó para exigirle el nombramiento de Pascual, le respondió que lo tenía que consultar con el acusado, porque no le parecía correcto que éste como técnico Agropecuario ocupara el cargo de Jefe de la División Administrativa.

No obstante, el control burocrático ejercido por el procesado y el acuerdo con Durán Ibargüen para permitir la vinculación de personas allegadas a este último no basta para concluir, sin lugar a dudas, que IBARGUEN MOSQUERA acordó con Durán Ibargüen la adjudicación de los doce contratos, o que quienes ingresaron a DASALUD con su aval lo hubieran hecho con esa finalidad.

En efecto, si bien es cierto que obra prueba que evidencia que Olmes Durán Ibargüen por interpuestas personas habría accedido a uno o varios contratos del Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Pública de Chocó, al igual que algunos allegados y familiares de éste; no hay prueba, se insiste, que acredite directa o indirectamente que dentro de ellos estuviesen en particular los contratos aludidos.

De la conversación sostenida entre los amigos cercanos de Durán Ibargüen, Anurio Murillo Murillo y Ailton Vidal Caicedo Mendoza el 27 de diciembre de 2006⁵⁶ desde el celular 3136669230, solo se deduce el compromiso en dinero de la

⁵⁶ Folio 154 ibídem.

entidad para con Olmes Durán, por cuentas provenientes al parecer de contratos cuyo pago se encontraba en mora, lo mismo que la inconformidad o molestia de Durán Ibarguen con el director por esta situación, sin que se refieran, en concreto a qué negocio o negocios pertenecía la cuenta y sus particularidades:

Ailton Vidal Caicedo: [...], yo ahí, estoy volviendo con esa vaina, con el coordinador

Anurio Murillo Murillo: ¿Y qué le, y qué le dijeron?

Ailton Vidal Caicedo: No, no, [...] mano eso está acá enredado [...]

Estoy viendo es que, estoy viendo a ver si, si, si VICTOR metió esa, unas cosas, vea yo averigüé, y hay unas platas en una cuenta, DOSCIENTOS DIEZ (210) MILLONES DE PESOS, y eso me lo dijo una amistad en el Bajo, pero eso es confidencial, eso no se la dan a todo el mundo, pero me dice la pagadora que ella, que eso por ahí no se puede pagar, yo le consulté y me dijo que no hay presupuesto [...]

Eso hay un poco de gente, yo voy a ver, voy a hablar con Don VICTOR

Anurio Murillo Murillo: Pues hermano ese, es el hermano de HENRY que está ahí, ese es el hermano de HENRY, usted colabórele hermano pa que le entreguen eso porque cómo así que, usted es el que manda prácticamente allá, y hermano es una vuelta pa una cosita de esa hermano, el hombre está bravísimo, acá le cuento, pues porque habían quedado de darle una plata y no le han dado nada

Ailton Vidal Caicedo: Viejo no soy yo, yo he hecho lo humana mente(sic) posible, las cosas se están enredando abajo, si me entiende

Anurio Murillo Murillo: Ahh ya

Ailton Vidal Caicedo: Vea hermano yo he estado dándole duro a eso, volviendo y todo eso se está enredando abajo hermano y todo eso me tiene a mí preocupado [...]

La última vez que hablé con él fue ayer y me dijo que y me dijo que viniera hoy porque, en el banco hay doscientos (200) millones de pesos, entonces van a ver cuánto nos giran de eso

Ailton Vidal Caicedo: *a mí me dijo VICTOR manden todo (no se entiende) que yo acá lo pago, ¿entiende?, pero fui a donde la pagadora y me dice que no hay plata, entonces, cómo es la vuelta así hermano*

Anurio Murillo Murillo: *Entonces siéntelos a los dos hermanos y dígales erda, venga señora pagadora y venga director de esta vaina cuál es la pendejada que ustedes tienen o si no que el amigo que haga el favor y venga para que se reúna con él ambos*

Ailton Vidal Caicedo: *Listo, listo*

Caicedo Mendoza al ser indagado por la conversación, corroboró que “*el amigo*” debía ser Olmes Durán.

De igual forma, en la conversación del mismo día y número celular, realizada con un intervalo de un poco más de 45 minutos de diferencia a la anterior, Anurio Murillo Murillo expresó que desde que Víctor Oscar arribó a la entidad⁵⁷ Olmes no volvió a recibir nada, a excepción de algunas cosas que habían sido autorizadas previamente por el director anterior Paciano Asprilla Arboleda⁵⁸; sin poderse establecer de qué contratos provinieron los dineros autorizados, aunque sí que no se trataba de los doce contratos cuestionados como quiera que éstos fueron suscritos por Klinger Braham y no por Asprilla Arboleda:

Ailton Vidal Caicedo: *Vea hermano eso quedó igual, VICTOR me dice hermano lo que hay es un dinero de PAB que usted sabe que ese dinero no se puede tocar, ese dinero viene por programas, si me entiende, que es la plata de donde al amigo le va a salir lo que le dije, los DOSCIENTOS*

Anurio Murillo Murillo: *Siii*

Ailton Vidal Caicedo: *Ese dinero, póngale cuidado, ese dinero, está apenas ejecutando el cincuenta por ciento, o sea quiere decir que Enero*

⁵⁷ Víctor Oscar Klinger Braham, Director de DASLUD durante el periodo comprendido entre el 31 de julio de 2006 al 5 de mayo de 2007.

⁵⁸ Paciano Asprilla Arboleda, Director de DASALUD durante el periodo comprendido entre el 10 de septiembre de 2004 y el 26 julio de 2006.

Dios mediante se ejecuta el resto, que es de donde le van a mandar el recurso al señor, si me entiende

Anurio Murillo Murillo: *Pero, pero, espere un momentico lo que le voy a decir y tenga en cuenta, aunque esa son cosas con MI LLAVERIA me entiende, pero mire que desde que se montó el Doctor VICTOR allá, a MI LLAVERIA no le han dado un peso por ningún lado, de pronto algunas cositas que PACIANO dejó firmadas, como tal, un contratico que le dejó a PACHO, usted recuerda...*

Y, finalmente, de la conversación del 15 de enero 2007 realizada desde el celular 3136683697, en la que Anurio pasó el teléfono a Durán Ibargüen para que continuara el diálogo con Ailton Vidal Caicedo Mendoza, solo se puede concluir que el primero se valió de terceras personas para acceder a contratos con DASALUD, dado que indagó a su interlocutor si le había informado al director que ese dinero era suyo, pero nada se dijo en particular sobre la identidad de los contratos de dónde provenía la suma:

Ailton Vidal Caicedo: *Ellos están viendo la posibilidad de que, eh, este mes, eh, ellos puedan girar el dinero (NO SE ENTIENDE) pa cancelarle*

Olmes Durán Ibargüen: *Entoes (sic) lo tienen ¿pero pa cuándo?, no tienen fecha ni nada*

Ailton Vidal Caicedo: *No, no tiene fecha porque, porque todavía no tienen (NO SE ENTIENDE) del fondo más o menos*

Olmes Durán Ibargüen: *¿Usted le dijo que eso era mío?, usted le (NO SE ENTIENDE) ¿Que eso era mío directamente?*

Ailton Vidal Caicedo: *Si señor, [...]*

Estas conversaciones aducidas por la Fiscalía como prueba de la relación de Olmes Durán Ibargüen con los doce contratos, si bien son claras y suficientes, se reitera, para demostrar que Durán Ibargüen además de la vinculación de personal a él allegadas, intervino en la contratación de la

entidad por medio de personas indeterminadas, porque como lo sostuvo el director Klinger Braham, éste no suscribió contrato alguno de manera directa; no resultan concluyentes para sostener que los negocios jurídicos cuya cuenta de cobro no había sido saldada al momento de las llamadas, correspondan sin lugar a equívoco a los 12 del listado encontrado en el allanamiento.

El proceso tampoco demostró que Olmes Durán Ibargüen fuera el propietario de las empresas contratistas, como sí ocurrió con el contrato de la Licorera del Chocó, pues fueron escuchadas en el juicio diez de las doce personas que suscribieron los contratos con DASALUD, y todas sin excepción de manera clara, abierta y sin evidencia de haber sido presionadas o inducidas para dar una respuesta en determinado sentido, descartaron conocer a Olmes Durán o alguna otra persona allegada a él, como Ailton Vidal Caicedo Mendoza y Anurio Murillo Murillo. Lo mismo ocurrió cuando se les indagó por el acusado, cuyo único conocimiento se redujo a saber que era el Gobernador de la época.

No existe prueba diferente a la lista encontrada en un inmueble de su propiedad que acredite la existencia de su interés en los contratos. No hay siquiera un relato del que se pueda deducir que Durán Ibargüen controlaba dichos negocios. Los representantes legales de las empresas contratistas son distintos, y no hay prueba que denote alguna conexión o vínculo particular entre ellos y Olmes Durán, menos un interés de tipo económico.

Lo mismo ocurre con el posible ofrecimiento de una coima a cambio de la adjudicación de cada uno de los contratos. La Fiscalía lo infiere de la llamada del 7 de agosto de 2006 desde la línea 3146704924, en la que el ex Concejal Julio César Moreno Mosquera habló con una persona que refiere como "amigo" y mencionó un descuento equivalente al 30% para compartir, el cual debía entregarse a Ailton Vidal Caicedo Mendoza o al profe, sin embargo, el mismo no se puede vincular individualmente y sin lugar a equívocos, a alguno de los cuestionados contratos:

Amigo: *Para hacerle una preguntita muy precisa, eh referente a lo de, a lo de los pagos, me entiendes, eh el descuentico que se hace, como, ¿cómo se hace llegar?*

Julio: *Ah ya, eso, eso de todas maneras, eso va compartido ¿no?, también es bueno saberlo ¿no?*

[...] Porque él, eh siempre le decía al otro amigo que, en su momento también hay que, para el profe, ¿sí? en su momento incluso para Edgar y para él desde luego

[...] Para él desde luego, pero entonces ¿él qué dijo?, por ejemplo, a mí que me den el, el setenta

Amigo: *Sí señor*

Julio: *¿Sí?, ¿no?, entonces que repartan el treinta*

[...] O si no, que a mí me den el sesenta, dependiendo, pero él lo que hizo fue colocar un, decir bueno usted cuánto me puede dar en, en el año

[...] La forma de hacerlos llegar, eh se le da, ahí a Ailton o al profe, a cualquiera de los dos

Amigo: *¿O al profe?*

Julio: *Ajá*

Concretamente y como bien lo refirió el Ente Acusador, el diálogo pudo dirigirse a clarificar un porcentaje a favor del aquí

procesado y de Edgar Eulises, pero del mismo no se puede establecer que se estuvieran refiriendo a contratos del Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocho, pues la persona desconocida que le hace la pregunta al ex Concejal de Pizarro no es el director de DASALUD. Ahora, el simple cotejo de voces en las llamadas realizadas por Julio César Moreno Mosquera el 2 y 7 de agosto de 2007, la primera con dicho director, permite establecer que son personas distintas.

Además, si se aceptara por vía de hipótesis que se referían a contratos del Departamento Administrativo de salud, no se puede aseverar con certeza que se refieran en concreto a cada uno de los doce contratos investigados.

De otro lado, tampoco hay forma de vincular a JULIO IBARGUEN MOSQUERA con el trámite, suscripción y adjudicación de los contratos de la lista de Durán Ibargüen, ya que luego de un estudio minucioso de las piezas que integran cada uno de los negocios jurídicos cuestionados se observa que no tuvo participación en esas etapas, y no existe elemento probatorio que permita concluir que controló su trámite, selección y adjudicación. No hay evidencia de que ordenara, influenciara o presionara al Director Víctor Oscar Klinger Braham y/o sus subalternos, para que los adjudicaran a las empresas favorecidas.

Según se observó en las copias de las carpetas de los contratos, el trámite y selección de los contratistas estuvo a cargo del entonces Director de DASALUD Víctor Oscar Klinger Braham y del Asesor Jurídico Robeiro Mosquera Mosquera.

Este último junto con otro servidor de la entidad que variaba en cada contrato realizaban la evaluación de las propuestas presentadas, y quienes al rendir declaración desecharon que el acusado se hubiese inmiscuido en dicho trámite.

A Mosquera Mosquera se le interrogó en específico por el trámite de cada uno de los contratos investigados, pero no dio cuenta de que el inculcado hubiese fijado pautas a observar en el trámite para favorecer a los contratistas, ni dio fe de haberse reunido con él para tratar esos tópicos, simplemente se limitó a describir lo que su memoria le permitía evocar sobre la forma en que intervino en el proceso contractual, del cual excluyó al procesado. Descartó la existencia de alguna reunión en la cual el acusado hubiese intervenido para informarse del trámite o en la que se le transmitiera alguna irregularidad o informe previo a la firma de los contratos, desconociéndose si lo hizo y si revisó lo actuado.

Si bien cada uno de los negocios jurídicos al parecer presentaron inconsistencias, muchas de ellas graves e insalvables, tanto en su trámite como en su ejecución o cumplimiento del objeto contractual, las mismas no pueden atribuirse al acusado, toda vez que solo se probó su intervención en la vinculación del personal de la entidad de personas allegadas a Durán Ibarguen. Además, de allí no se puede deducir interés en los contratos investigados, porque estos tuvieron objetos distintos a los de prestación de servicios por personas a vincular a la entidad.

No se acreditó, se reitera, que el acusado haya manipulado el trámite contractual o que hubiese hecho distribución de

funciones y realizado aporte objetivo trascendente. En la documentación no se halló evidencia que haga presumir que intervino de alguna manera en esa etapa a fin de manipular y orientar la selección de los contratistas; por el contrario, del testimonio de Robeiro Mosquera Mosquera puede inferirse que el Gobernador no ejerció ningún tipo de presión sobre él en referencia al proceso contractual.

Entonces, ninguna prueba señala la connivencia del acusado con los subalternos en quienes estuvo delegada la función contractual en el Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social de Chocó. Es que los testigos nunca dieron cuenta de su presencia en esa fase o mencionaron reuniones en las que recibieran órdenes del Gobernador para direccionar la contratación, o de acuerdos entre éste y el representante legal de las empresas contratistas o con Olmes Durán Ibarquén.

De este modo, de la sola existencia de la irregularidad en los contratos no se puede derivar la responsabilidad del acusado. Tampoco existe certeza de que las posibles inconsistencias también se hubieran presentado en su totalidad, pues como fuera consignado en el Informe n.º 397782 de mayo 6 de 2008⁵⁹, por miembros del Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación, la entidad no contaba con memoria o registro institucional que permitiera el adecuado archivo de documentos, lo que implicaría que los documentos ausentes sí pudieron existir:

“En Dasalud, no existe memoria institucional, esto quiere decir, que no se siguen los señalamientos de la Ley 594 de 2000 “Ley de Archivo”. Por lo tanto, no hay en la entidad, quien responda por cada uno de los

⁵⁹ Folios 105 y ss. Cuaderno n.º 2 Fiscalía.

documentos que componen la Unidad del Contrato. De los documentos relacionados con cada uno de los contratos solicitados, se observa que en los mismos, no contienen todos los documentos soportes que evidencien las diferentes etapas del proceso de contratación, es decir, las carpetas no están conformadas a nivel de hoja de vida del mismo, toda vez que carecen de soportes como: términos de referencia, invitaciones y/o licitación, Certificados de Disponibilidad Presupuestal, Registro Presupuestal, Pólizas, Resolución de aprobación de pólizas, pagos realizados, informes de los contratistas, donde se plasmen las actividades realizadas, las constancias del cumplimiento del objeto, los informes del interventor o supervisor asignado, expresando el cumplimiento a satisfacción del objeto contractual, entre otros documentos. De igual manera, No se evidenció la liquidación de los contratos según el Art. 60 de la Ley 80/93.

Se observó en la diligencia, la falta de registro institucional ya que no existe bases de datos, y las pocas con que existen, las mismas están desactualizados o incompletas, porque el buscar los contratos requeridos se evidenció que hay contratos sin relacionar, es decir, las base de datos no concuerda con los registros llevados en los libros y/o viceversa. De igual manera, dentro de la carpeta de un contrato existen documentos de otros contratos, por lo que se puede asegurar que los contratos no están organizados. De esta forma es imposible realizar un análisis contractual a los contratos solicitados, ya que no se sabe si existen o no los demás documentos relacionados y faltantes en cada una de las etapas contractuales de los contratos revisados”.

Además, de haberse ello acreditado en la acusación no le fue atribuido al acusado el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales por incumplir las funciones derivadas de la delegación, por lo que no sería posible condenarlo por este punible so pena de violentar el principio de congruencia.

Así las cosas, como subsisten dudas y éstas resultan insalvables respecto a que JULIO IBARGUEN MOSQUERA se hubiese interesado indebidamente en provecho suyo y/o de un tercero en los aludidos contratos, la Sala lo absolverá por este delito aplicando el artículo 7 del Código de Procedimiento Penal de 2000.

A continuación la Sala se ocupará de analizar si el procesado consciente y voluntariamente se interesó indebidamente en la prórroga del contrato de distribución y comercialización del portafolio de licores destilados de la Empresa de Licores del Chocó.

3.3. El tipo subjetivo.

El delito objeto de estudio es doloso en cuanto el legislador no tipificó la modalidad culposa.

A voces del artículo 22 del C.P. el dolo directo se presenta cuando el agente conoce los hechos constitutivos de una infracción penal y quiere su realización, al paso que el dolo eventual se configura cuando la realización de la conducta ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

La parte intelectual del dolo exige que el sujeto agente comprenda la conducta típica -en sus elementos, circunstancias de ejecución y resultados-, mientras que en el aspecto volitivo se debe demostrar el querer libre de su realización.

En ese orden, la actuación evidenció que el procesado actuó con dolo, es decir, que con conocimiento y voluntad se interesó en la prórroga automática del contrato n.º 2865 de 1998 en provecho propio y de un tercero anteponiendo sus intereses particulares al bien común.

Ciertamente, comprobó que el procesado es de profesión maestro de primaria, egresado de la Escuela Normal Superior de Quibdó, fungió como dirigente sindical durante 24 años y dentro de su experiencia laboral ocupó los cargos de maestro de primaria, concejal del municipio de Itsmina, Diputado en la Asamblea Departamental del Chocó, perteneció a la Unidad de Trabajo Legislativo del Exrepresentante a la Cámara Édgar Eulises Torres Murillo, fue Representante a la Cámara durante una licencia no remunerada del citado Torres Murillo, y finalmente Gobernador del Departamento de Chocó.

De sus estudios y experiencia, toda en el sector oficial, se colige no solo que estaba familiarizado sino suficientemente instruido sobre los contenidos de la contratación estatal, y que sobre sus hombros recaía la responsabilidad de velar por el cumplimiento de los fines de la función pública. Es elemental inferir que comprendía el deber de salvaguardar los intereses generales observando los principios de la contratación estatal.

El ex Gobernador sabía de las dificultades por las que pasaba la Empresa de Licores y la necesidad de obtener mayores beneficios a través de la negociación de un otrosí modificatorio, por lo tanto, no es atendible que desde la fecha de expedición del aludido acto administrativo y hasta antes de iniciar la suspensión del cargo ordenada por el entonces Presidente de la República no hubiese tomado una decisión, omisión que denota su intención de dejar prorrogar el contrato.

Igualmente, conforme a lo probado por la Corte en la sentencia de condena proferida en contra del ex Representante a la Cámara Édgar Eulises Torres, el acusado conocía las

posibles consecuencias negativas que el contrato traía para la administración departamental, ya que según lo manifestado por los ex Gerentes de la Empresa de Licores en varios consejos de gobierno se trató el tema; y Bismark Calimeño Mena lo hizo público cuando aspiró a reemplazar a IBARGUEN MOSQUERA durante el periodo de su suspensión; es decir, este aspecto trascendió a la opinión pública y fue obviamente de su conocimiento, sin embargo, permitió la prórroga.

Los argumentos expuestos permiten aseverar sin asomo de duda, que el procesado conocía quiénes iban a ser los reales beneficiarios de la prórroga, pues a través de él obtendría el beneficio económico convenido.

En conclusión, está acreditado en grado de certeza que el acusado actuó dolosamente.

3.4.- El delito de cohecho propio.

3.4.1.- Del tipo objetivo.

3.4.1.1. Como ocurre con el delito de interés indebido en la celebración de contratos, en el de cohecho propio tampoco procede aplicar las modificaciones punitivas introducidas por las Leyes 890 de 2004 y 1474 de 2011, dado que para la época de los hechos el sistema penal acusatorio no había entrado en vigencia en el Departamento de Chocó.

El original artículo 405 de la Ley 599 de 2000, describe la conducta típica en los siguientes términos:

“El servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de cinco (5) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años”.

3.4.1.2. Su configuración exige que converjan los siguientes elementos:

Un sujeto activo calificado, por cuanto el supuesto de hecho debe ser ejecutado por un servidor público, el pasivo está constituido por la administración pública y finalmente por el Estado como titular del bien jurídico tutelado, no obstante, también puede resultar perjudicada una persona natural.

El objeto jurídico se relaciona con la necesidad de impedir que la administración pública y sus cargos sean el origen de enriquecimientos indebidos y sean usados como instrumentos de injusticia, mientras el material está integrado por el acto negociado cuya concreción dependerá del pago, la oferta aceptada y el cumplimiento de lo ofrecido.

En el momento de la dación o aceptación de la promesa el sujeto agente ha de ostentar la condición de servidor público, y estar facultado para decidir lo pedido o tener la posibilidad de hacerlo. La ilicitud se debe valorar en el instante de la entrega o la aceptación antes del retardo, omisión o ejecución del acto ilegal sin requerir su ejecución para alcanzar el perfeccionamiento.

El acto ha de ser ulterior, atendiendo que el fin de la dádiva o la promesa es obtener del actor un hacer u omitir algo,

encerrando con ello el inicial pago o aceptación de la promesa y después el acto convenido.

La gratificación debe tener el alcance de recompensa o estímulo como contraprestación por lo prometido a realizar, es intrascendente la cuantía y el pago o cumplimiento de lo ofrecido.

El agente debe tener la competencia para ejecutar el acto arbitrario bien sea por acción u omisión o tener la posibilidad de realizarlo, por el organismo a que pertenece o el oficio que ejecuta.

El acto propio de la función es realizado por el agente atendiendo las facultades específicas deferidas por la ley. La pretermisión implica tener la competencia pues solo se puede omitir o retardar los comportamientos que está compelido a cumplir en determinado plazo.

El convenio para realizar un acto contrario a los deberes oficiales, conlleva la violación de las atribuciones concedidas por la Constitución o la ley.

La promesa es aquel ofrecimiento de un estímulo por su actuación. Remunerar es retribuir, gratificar, recompensar, pagar o premiar no solo con dinero sino de otras maneras. El costo o la promesa puede ser para el autor o para un tercero que en todo caso ha de ser indebido, no interesa para su perfección el monto o la calidad de lo cedido o prometido. Debe ser trascendente como para constituir causa eficiente de la conducta, basta el sólo acuerdo.

Recibirá o aceptará la dádiva o promesa de forma directa cuando en persona toma el dinero o la utilidad indebidos o admite o accede a la promesa, e indirecta de hacerlo por medio de un tercero.

La conducta es alternativa, recibir dinero u otra utilidad, o aceptar promesa remuneratoria con el propósito de retardar u omitir un acto propio del cargo, o ejecutar uno contrario a sus deberes.

No cabe la tentativa porque el delito se perfecciona desde el momento en que el funcionario acepta la promesa remuneratoria⁶⁰.

En síntesis, según la Corporación⁶¹:

“En sentido estricto, el cohecho representa el acuerdo de compra y venta de un acto de autoridad que debe ser realizado gratuitamente. Se diferencia de la concusión en que ésta se caracteriza por el temor de la víctima a las atribuciones o a la investidura del agente, en tanto que en el cohecho es bilateral, requiere por lo mismo del ofrecimiento de un beneficio al servidor público o a un tercero y la aceptación de éste a recibirlo o esperarlo. Descarta la concurrencia de engaño o violencia, se presenta un verdadero contrato ilícito, sin vicio de voluntad, en el que las partes son codelincuentes. Con el dinero o la sola promesa se provoca, excita, estimula, o incita al servidor público a obrar ilícitamente, quien se compromete con el cohechador a violar la independencia e imparcialidad, atributos anejos (sic) al ejercicio de sus atribuciones.”

Corresponde establecer si la prueba permite demostrar en grado de certeza la concurrencia de los elementos de la conducta punible y la responsabilidad en ella del acusado en

⁶⁰ CSJ. SP. 10 may. 2011, Rad. 34282.

⁶¹ CSJ. SP. 8 nov. 2011, Rad. 34282A.

la prórroga del contrato n.º 2865 de septiembre 11 de 1998, entre la Empresa de Licores y el Consorcio Chocó Pacífico.

3.5.- Correspondencia de la conducta con el tipo objetivo endilgado.

3.5.1. Como quedó establecido en el análisis de los elementos estructurales del anterior delito, la calidad de servidor público de JULIO IBARGUEN MOSQUERA se encuentra plenamente acreditada, lo mismo que la existencia del negocio jurídico objeto de cuestionamientos y la intervención del procesado en el mismo que para esta conducta punible corresponde a la posibilidad de decidir lo pedido o de hacerlo. Por tanto, se da por superado el elemento del delito correspondiente al sujeto activo calificado.

3.5.2. Del contrato n.º 2865 de septiembre 11 de 1998.

A continuación, el objetivo del análisis se centrará en determinar con base en las pruebas legalmente incorporadas y recaudadas, si como lo sostuvo la Delegada Fiscal, durante su desempeño como Gobernador del Departamento de Chocó, IBARGUEN MOSQUERA aceptó promesa remuneratoria para permitir la prórroga automática del contrato n.º 2865 de 1998.

No se tiene duda que en este caso el acusado negoció la función pública con Olmes Durán Ibargüen.

En efecto, como se argumentó en precedencia, se demostró que entre IBARGUEN MOSQUERA, Durán Ibargüen y el ex Congresista Torres Murillo, existió un convenio

consistente en que el acusado permitiría la prórroga del contrato aceptando a cambio la promesa de recibir el porcentaje del 10%, que sería repartido con Édgar Eulises, para realizar un acto contrario a sus deberes oficiales, como fue guardar silencio durante los últimos tres meses al vencimiento del plazo inicialmente pactado sobre la prórroga o no del contrato, permitiendo que el mismo se prolongara de manera automática transgrediendo los principios rectores de la contratación estatal en particular los de imparcialidad, transparencia y selección objetiva.

Lo demostrado en el proceso n.º 44356 que se adelantó contra el procesado por el delito de concierto para promover grupos armados al margen de la ley⁶², así lo estableció. El Exjefe Paramilitar Freddy Rendón Herrera, alias “El Alemán”, en declaración del 28 de agosto del año 2009 dentro del radicado 31.653, y que fuera ratificado dentro del presente trámite⁶³, indicó que:

"[...], en algún momento, dentro de esas mismas conversaciones, hablando con el profesor Ibargüen, el profesor Ibargüen no podrá decir que no estuvo en una reunión con Édgar Eulises Torres, y que no tuvo diferencias con Édgar Eulises Torres, porque le aporté a la campaña a la Gobernación, al Gobernador, y Édgar Eulises Torres quedó de entregarle una plata al profesor, y el profesor no recibió ese dinero, y el profesor recurrió a mí nuevamente (...) el tema de la fábrica de licores del Chocó lo hablamos muchas veces con Odín, con Édgar Eulises Torres, con el profesor, yo dije hombre no entreguen esa fábrica a quien hoy se la están entregando, es que salió un rumor en el Chocó que se la iban a entregar a un narcotraficante del pacífico (...) tocamos ese tema muchas veces, tocamos otros temas (...)"

⁶² CSJ SP 12863-2015, 23 sep. 2015, rad. 44356. Arrimada por diligencia de inspección judicial por el Ente Acusador en la Secretaría de la Sala de Casación Penal de esta Corte.

⁶³ Fol. 245 Cuaderno Original n.º 2 Corte.

Lo mismo ocurrió con la existencia del ofrecimiento de parte de Durán Ibargüen de una coima en dinero a IBARGÜEN MOSQUERA, a cambio de permitir la prórroga automática del contrato. Promesa que fue aceptada por el acusado como lo acreditan las siguientes pruebas:

En conversación sostenida por Durán Ibargüen y el entonces Gerente del Consocio contratista Andrés Murillo, el 8 de junio de 2007, desde el celular 3146675507, se escucha que el ex Congresista Édgar Eulises Torres Murillo y un tercero denominado “el profe” y/o “el profe titular”, se alude a la prórroga del contrato a cambio de una contraprestación económica:

Andrés Murillo: *Por ahí me estuvo este amigo llamando, pero, pues, si, él quería hacerle una propuesta, ...Édgar Eulises,*

[...] Édgar Eulises que quería hacerle una ... pero, pues yo,... me dijo que le dijera que lo llamara, pero la verdad es que yo no consideré pues prudente que usted volviera a llamarlo, cierto?, ya han hablado unas cosas y, hay que ir como

Olmes Durán Ibargüen: *¿Y qué propuesta quería él?*

Andrés Murillo: *no, no, pues es algo relacionado, pues con lo del, con lo del Gobernador*

Olmes Durán Ibargüen: *ah, ¿y quería él hacerme una propuesta o que yo le hiciera una propuesta?*

Andrés Murillo: *No, él hacerle una propuesta, que él quería proponer algo sobre esa cosa de,... sobre lo del porcentaje. Pero finalmente yo no le volví a ..., no volvimos a hablar, ¿ya? [...]*

Olmes Durán Ibargüen: *...eh, eso, lo estoy llamando incluso ahora para eso, ¿los términos ya se le vencieron a ellos o todavía les quedan más días? [...]*

Andrés Murillo: *¿Y, este, por ahí el titular, el profe titular me mandó una razoncita de que sí lo de, que aceptaba el descuento de lo de Édgar, pero lo del otro, lo del profe Ibargüen, que no?, ¿sí?*

Olmes Durán Ibargüen: *¿que lo de Eurípides no?*

Andrés Murillo: *Lo de Eurípides no*

Olmes Durán Ibargüen: *Y lo de Eurípides no, ¿por qué?*

Andrés Murillo: *La verdad es que ahí había una gente pero no era conveniente charlar hoy ni en ese momentico de esa cuestión, si? entonces yo la semana entrante me reúno con él para decirle nuevamente la cosa, si?*

[...] Si practica, mejor dicho ya hoy a las doce de la noche nosotros tenemos un nuevo contrato, eh prorrogado automáticamente

Olmes Durán Ibargüen: *Hay que ser muy prudentes entonces en eso para no ...*

Andrés Murillo: *Si, entonces pues yo la idea es estarse ya, pues eh, ... el profe pues ha dado instrucciones de que todo quede como está.*

Como se dio por demostrado en el delito de interés indebido en la celebración de contratos, el profe mencionado no es otro que el aquí acusado pues en diálogo sostenido por los mismos interlocutores el 29 de mayo de 2007, se escuchó que esta persona cumpliría tres días de arresto y luego 30 más de suspensión, lo cual coincide con lo dispuesto en el Decreto 1819 de mayo 24 de 2007⁶⁴ del entonces Presidente de la República de Colombia Álvaro Uribe Vélez, mediante el cual efectivizó la orden de arresto emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Quibdó el 19 de diciembre de 2006, y la sanción de suspensión del ejercicio del cargo de Gobernador del Departamento de Chocó, impuesta por la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa el 21 de febrero del mismo año.

⁶⁴ Fols. 131 y s.s. Cuaderno n.º 4 Fiscalía.

En la primera llamada el ex Gerente del Consorcio Andrés Murillo informa a su jefe Durán Ibarгүйen, la aceptación del acusado de la promesa dineraria que le transmitió a través de Édgar Eulises Torres Murillo, y que ya había dado instrucciones para que todo quedara como estaba. Para esa fecha ya habría iniciado el periodo de suspensión por la sanción impuesta por la Procuraduría General de la Nación, referida en la segunda comunicación.

Ahora, lo aceptado por IBARGUEN MOSQUERA correspondió al 10% para repartir con Édgar Eulises de lo obtenido por la prórroga del contrato, según lo ratificó Ailton Vidal Caicedo Mendoza dentro del proceso que se siguió al ex Representante a la Cámara Torres Murillo.

La aceptación de la promesa remuneratoria por el aforado, la exteriorizó con la instrucción que dio a quien fuera su reemplazo durante su suspensión Ovidio Cortés García, Secretario de Agricultura y Medio Ambiente del Departamento de Chocó, quien fuera designado como Gobernador Encargado por la intervención del ex Congresista Édgar Eulises Torres Murillo.

En suma, de la valoración conjunta de estos hechos se deduce con certeza que IBARGUEN MOSQUERA acordó con Durán Ibarгүйen la prórroga del contrato, aceptando a cambio la promesa de pago de una coima en dinero para repartirla con Édgar Eulises, es decir, realizar un acto contrario a sus deberes oficiales al guardar silencio durante los últimos tres meses anteriores al vencimiento del plazo inicialmente

pactado, sobre la prórroga o no del contrato, permitiendo de esta manera que se prolongara automáticamente transgrediendo los principios rectores de la contratación estatal.

Está demostrado el tipo objetivo de este punible.

3.5.3. Contratos del Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó [DASALUD].

Frente a estos negocios jurídicos, al igual a como ocurrió con el delito de interés indebido en la celebración de contratos, la Sala encuentra serias dudas probatorias que impiden saber si efectivamente JULIO IBARGUEN MOSQUERA negoció la función pública con Olmes Durán Ibargüen.

La Fiscalía sostuvo en la acusación que el aforado a través de servidores públicos que laboraban en DASALUD y otros que ingresaron a la entidad con su aval, adjudicó a Durán Ibargüen los 12 contratos, aceptando la promesa de recibir a cambio el 30% de las utilidades que repartiría con el ex Congresista Édgar Eulises Torres Murillo.

No obstante, como quedó demostrado en la presente providencia, en el análisis del interés indebido en la celebración de contratos argumentos que la Sala no repetirá, la actuación sólo permitió establecer que IBARGUEN MOSQUERA a pesar de la delegación de la competencia nominadora, administrativa y de contratación, mantuvo el control de la vinculación del personal de la entidad, permitiendo el ingreso de personas allegadas a Durán

Ibargüen. Sin embargo, no hay formas de vincularlo con el trámite, suscripción y adjudicación de los contratos de la lista encontrada a Durán Ibargüen.

Como atrás se vio, un estudio minucioso de las piezas que integran cada uno de los negocios jurídicos cuestionados, permitió establecer que no tuvo participación en su trámite y celebración. Tampoco existen elementos probatorios de los cuales se puedan deducir que controló su trámite, selección y adjudicación, ni que hubiera ordenado, influenciado o presionado al Director Víctor Oscar Klinger Braham y/o a sus subalternos, para que los adjudicaran a las empresas favorecidas.

Tampoco se comprobó que Olmes Durán Ibargüen fuera el propietario de las empresas contratistas, ya que quienes suscribieron los contratos sin excepción descartaron conocerlo a él o a alguna persona allegada, y las conversaciones aducidas por la Fiscalía como prueba de la relación de Durán Ibargüen con los doce contratos si bien evidenciaron que además de la vinculación en la entidad de personal allegado a él, intervino en la contratación por medio de personas indeterminadas, no resultaron determinantes para demostrar que los negocios jurídicos cuya cuenta de cobro no había sido saldada al momento de las llamadas, correspondieran sin lugar a dudas a los doce negocios jurídicos cuestionados.

Y, en concreto, respecto al ofrecimiento de una coima a cambio de la adjudicación de cada uno de los contratos atribuidos por la Fiscalía atendiendo la llamada del 7 de agosto de 2006 desde la línea 3146704924, en la que el ex Concejal

Julio César Moreno Mosquera habló con una persona que refiere como “amigo” sobre un descuento equivalente al 30%, tampoco pudo probarse que tal deducción estuviera vinculada a los contratos mencionados, pues el diálogo no se refirió a contratos del Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocho, es así como el interlocutor que le hace la pregunta al ex Concejal, contrario a como lo sostuvo el Ente Acusador, no es el director de DASALUD y aún si se aceptara por vía de hipótesis que se referían a contratos de la entidad, no es posible asegurar que se refirieran en específico a cada uno de los doce contratos investigados.

Como las dudas existentes resultan insalvables respecto a que JULIO IBARGUEN MOSQUERA hubiese negociado con Olmes Durán Ibarгүйen la adjudicación de los 12 contratos a cambio de la promesa de pago de una suma de dinero, como con amplitud quedó argumentado en el punible de interés indebido con la celebración de contratos, la Sala lo absolverá por este delito aplicando el artículo 7 del Código de Procedimiento Penal de 2000.

3.6. El tipo subjetivo.

La valoración de las pruebas que integran el proceso transmiten la convicción de que el procesado actuó con dolo, es decir, que con conocimiento y voluntad aceptó la promesa remuneratoria ofrecida por Olmes Durán Ibarгүйen a cambio de permitir la prórroga automática del contrato n.º 2865 de 1998.

De los estudios y experiencia del procesado, toda en el sector público se colige no solo que estaba familiarizado sino suficientemente instruido sobre la necesidad de impedir que la administración pública y sus cargos fueran el origen de enriquecimientos indebidos, por lo tanto, es elemental inferir que comprendía el deber de salvaguardar los intereses generales sobre los particulares, sin embargo, voluntariamente no lo hizo.

A riesgo a ser repetitiva, la Sala da por acreditado en grado de certeza que el acusado actuó con dolo.

4. Respuesta a otros argumentos de la defensa.

Con fundamento en el principio de selección probatoria⁶⁵, conforme al cual el juzgador no está en la obligación de hacer un examen exhaustivo de todas y cada una de las pruebas incorporadas al proceso, ni dar respuesta uno por uno a los argumentos de los sujetos procesales, como tampoco de todos sus extremos asertivos porque la decisión se haría interminable, sino de aquellos que considere importante para la decisión a tomar; la Sala no ha hecho mención individualmente a cada una de las pruebas acopiadas al proceso, ni dado respuesta a cada argumento de los sujetos procesales, solo lo hizo en relación con los medios de convicción y elementos de prueba que frente a las consideraciones de la Sala soportan la decisión por su pertinencia y relevancia lo ameritaban.

⁶⁵ CSJ SP. 27 oct 2014, Rad.34282

No obstante, como el abogado defensor fue insistente dentro de sus alegaciones finales en cuestionar lo decidido por la Corte en la sentencia de condena proferida dentro del proceso que se adelantó por los mismos hechos contra el ex Representante a la Cámara Édgar Eulises Torres Murillo, debe decirse que dicho fallo hizo tránsito a cosa juzgada y por tal motivo no puede ser controvertido en esta oportunidad.

De igual forma, a la petición relativa a que se tenga en cuenta que por estos mismos hechos IBARGUEN MOSQUERA fue investigado disciplinariamente y absuelto el 19 de diciembre de 2008, la Sala reitera que es a los jueces a quienes corresponde valorar las pruebas que se aduzcan por las partes y no con base en las decisiones tomadas por otros funcionarios en procesos distintos⁶⁶.

Es claro que la acción penal frente a la disciplinaria y la fiscal es autónoma e independiente⁶⁷, cada una difiere en su objeto y naturaleza, en su procedimiento y en las normas y principios que las gobiernan, en consecuencia, ninguna puede tener injerencia directa en las otras. Es así que la Sala de Casación Penal ha considerado⁶⁸:

"[...], basta señalar que tanto la acción fiscal como la disciplinaria se diferencian claramente de la acción penal, en tanto tienen distinto objeto y naturaleza, amén que su ejercicio se adelanta por medio de procedimientos disímiles, gobernados por normas y principios propios de cada una de ellas, luego lo que se resuelva en las primeras no tiene injerencia alguna en esta última y viceversa, tal como ha sostenido pacíficamente esta Corporación."

⁶⁶ CSJ SP 3864, 15 de marzo de 2017, Rad., 48788 y AP 5785, 30 Sep. 30 Sep. 2015, Rad 46153.

⁶⁷ CSJ SP1038-2018, 11 abr. 2018, Rad. 49433, CSJ AP6911-2015, 25 nov. 2015, Rad. 46210, CSJ SP, 4 mar. 2015, rad. 45099; CSJ AP, 2 abr. 2014, rad. 43011 y CSJ SP, 16 sep. 2009, rad. 31331, entre otras.

⁶⁸ CSJ AP6911-2015, 25 nov. 2015, Rad. 46210,

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que las determinaciones impartidas en las actuaciones disciplinarias y en las fiscales ningún efecto tiene para diluir la responsabilidad penal del procesado, pues la absolución impartida por la Contraloría o por la Procuraduría no tiene por sí misma idoneidad para desestimar la configuración de un delito y/o el compromiso penal del implicado⁶⁹.

Además, ningún provecho puede ofrecer en este caso en particular porque se soportan en la valoración de elementos de convicción recaudados y/o practicados en juicios independientes, que no fueron pedidos en esta actuación⁷⁰.

5. Antijuridicidad

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 11 del Código Penal, para que una conducta se considere punible debe lesionar o poner efectivamente en peligro y sin justa causa el bien jurídicamente tutelado.

Los delitos imputados al acusado protegen el debido funcionamiento de la administración pública⁷¹. En efecto, la Constitución Política en el artículo 209 consagra que:

“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

⁶⁹ CSJ SP2235-2015, 04 mar. 2015, Rad. 45099.

⁷⁰ CSJ AP3401-2017, AP1697-2019, 8 may. 2019, Rad. 53096, entre otras.

⁷¹ CSJ SP9087-2014, Rad. 39356, reiterada en la SP740-2015, Rad. 39417.

La función pública es el conjunto de las actividades que realiza el Estado a través de las ramas del poder público destinada a alcanzar los fines esenciales consagrados en la Constitución Política, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes Superiores, así como asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

El artículo 6° de la Carta en cuanto a la responsabilidad jurídica de los funcionarios públicos establece que deben responder ante las autoridades por infringir la Constitución y la ley y por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, lo cual guarda correspondencia con el artículo 122 constitucional al consagrar que no habrá cargo o empleo público que no tenga funciones detalladas preestablecidas.

Para la configuración de este elemento no basta que se satisfaga desde el punto de vista netamente formal, esto es, exclusivamente referido a la contradicción entre la norma jurídica y la conducta del agente, sino que correlativamente es imperioso que ponga efectivamente en peligro o lesione sin justa causa el bien jurídico objeto de protección, es decir, debe suscitarse la antijuridicidad material de la cual se deriva el principio de lesividad.

En tratándose del delito de interés indebido en la celebración de contratos la administración pública es lesionada cuando el servidor no actúa con sujeción absoluta y franca a los principios de 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.⁷²”

⁷² CSJ SP, 18 abr. 2002, rad. 12658

En cuanto al delito de cohecho propio, pretende impedir que la administración pública y sus cargos sean el origen de enriquecimientos indebidos.

En el caso presente, la conducta asumida por IBARGUEN MOSQUERA de haberse interesado de manera indebida en el contrato n.º 2865 de 1998, es antijurídica en tanto sin existir una causal de justificación demostrada lesionó el bien jurídico de la administración pública al vulnerar los fines y principios rectores de la contratación estatal, especialmente los principios de imparcialidad, transparencia y objetividad, para dar paso a una ventaja o propósito particular, como es la aceptación de una dádiva en dinero.

De igual forma, en el cohecho propio el haber aceptado promesa remuneratoria de Olmes Durán Ibargüen para permitir la prórroga del negocio jurídico, también resulta antijurídico en la medida que sin existir justificación lesionó el bien jurídico de la administración por intentar incrementar su capital indebidamente valiéndose del cargo obtenido a partir de la confianza dada por el pueblo Chocoano, al ser elegido por éste para que lo representara como su Gobernador.

Se acreditó entonces esta categoría de la conducta punible.

6. Culpabilidad.

El artículo 12 de la Ley 599 de 2000 dispone que solo habrá lugar a imponer pena por conductas realizadas con culpabilidad, entendida como el juicio de reproche que se hace

a la persona por no haber obrado conforme a derecho. Ello en razón a que el artículo 29 Superior precisa que toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable.

La culpabilidad se integra por la imputabilidad, la exigibilidad de otra conducta y la consciencia de la antijuridicidad⁷³, la primera, entendida como la capacidad de comprender la ilicitud del comportamiento o de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

En el caso presente IBARGUEN MOSQUERA además de conocer que estaba actualizando los elementos estructurales de los tipos penales de interés indebido en la celebración de contratos y cohecho propio, sabía que se comportaba antijurídicamente sin concurrir en su favor causal atendible que lo exima de responsabilidad.

Al interesarse indebidamente en la prórroga automática del contrato n.º 2865 de 1998, lo hizo con pleno uso de sus facultades mentales, pues de manera caprichosa desacató los fines y principios rectores de la contratación estatal, especialmente los principios de imparcialidad, transparencia y objetividad.

De igual forma, al aceptar la promesa remuneratoria efectuada por Olmes Durán Ibargüen para obtener la prórroga automática del negocio jurídico el acusado conoció que estaba

⁷³ CSJ SP, 13 jul. 2005, rad. 20929; CSJ SP, 16 jul. 2014, rad. 37462; CSJ SP, 24 jul. 2017, rad. 41749, entre otros.

negociando la función pública, para dar paso a una ventaja o propósito particular suyo y del dueño de la empresa contratista.

El conocimiento de su actuar ilícito se deriva de su formación profesional y el ejercicio del servicio público, pues IBARGUEN MOSQUERA es maestro de primaria, con experiencia en temas de contratación, en razón a la capacitación y ejercicio de sus funciones en el sector público y como Gobernador al momento de los hechos, por lo cual estaba en capacidad de comprender la ilicitud y de actuar conforme a esa comprensión.

En la fecha de los hechos cuestionados pudo abstenerse de aceptar la promesa remuneratoria efectuada por el citado narcotraficante y como consecuencia de ello no interesarse indebidamente en los negocios jurídicos citados negociando la función pública, sin embargo, actuó de manera contraria.

Acreditados los requisitos contenidos en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, sobre la certeza de los elementos de las conductas punibles y de la responsabilidad del acusado, la Sala declarará a JULIO IBARGUEN MOSQUERA responsable penalmente como autor de los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y cohecho conforme lo prevén los artículos 29, 409 y 405 de la Ley 599 de 2000, respectivamente.

7. Sobre el concurso de delitos.

Con el análisis que viene de realizar la Sala, es de concluir que con la prueba válidamente recaudada en las fases de

instrucción y juzgamiento, los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentaron la resolución de acusación proferida por la Fiscalía Octava Delegada ante la Corte Suprema, respecto al contrato de distribución y comercialización del portafolio de licores destilados de la Empresa de Licores del Chocó, no resultaron demeritados por la actividad probatoria realizada en la fase de juzgamiento, antes por el contrario fueron fortalecidos, logrando de tal modo desvirtuar la presunción de inocencia que amparaba al entonces Gobernador del Departamento de Chocó JULIO IBARGUEN MOSQUERA, pues de la misma surge el grado de certeza requerido para proferir fallo de condena en su contra como autor de los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y cohecho propio.

Empero, como en la resolución de acusación la Delegada Fiscal nada dijo sobre la concurrencia del concurso heterogéneo de conductas punibles, esta Sala debe realizar el análisis tendiente a determinar si la aplicación del artículo 31 del Código Penal contraviene el principio de congruencia entre la sentencia y la acusación, y el derecho de defensa del procesado.

La congruencia exige la armonía entre la imputación fáctica y jurídica atribuida en la acusación y la sentencia, aunque esta última puede modificarse con la dinámica del proceso y la búsqueda de la verdad judicial⁷⁴ que permite que el juez con base en el análisis probatorio respetando el derecho

⁷⁴ Art 234 Ley 600 de 2000 y C-760/2001.

de defensa, pueda variar el tipo penal imputado, todo ello amparado en el principio de progresividad procesal⁷⁵.

Sobre este principio la Corte ha precisado lo siguiente:

“Como es obvio, en la nueva normatividad se mantiene el principio de congruencia o consonancia que debe existir entre el pliego de cargos y la sentencia, que no sólo garantiza el derecho de defensa y la lealtad procesal, sino la estructura jurídica y lógica del proceso, ya que aparece evidente que un acusado sólo puede ser condenado o absuelto por los cargos por los cuales fue llamado a responder.”

Como en nuestro sistema penal la imputación que se hace en la resolución de acusación no sólo debe ser fáctica sino jurídica (art. 398.1.3 del C. de P. P.), sus variaciones se relacionan íntimamente con el fenómeno de la congruencia.

Sin embargo, es necesario anotar que tanto en la ley derogada como en la actual, la congruencia no puede entenderse “como una exigencia de perfecta armonía e identidad entre los juicios de acusación y el fallo, sino como una garantía de que el proceso transita alrededor de un eje conceptual fáctico – jurídico que le sirve como marco y límite de desenvolvimiento y no como atadura irreductible”⁷⁶ (...).

“Ese límite en el código anterior era el correspondiente capítulo del Código Penal. Así, por ejemplo, si se acusaba por homicidio agravado se podía condenar por homicidio simple, o culposo o preterintencional, etc.; y si el hecho se había imputado al procesado a título de coautor se podía condenar como cómplice, sin que en ninguno de estos casos se entendiera rota la congruencia”⁷⁷.

Por su parte, la Corte Constitucional sobre el principio de congruencia también señaló:

“Así, bajo la vigencia del Decreto 2700 de 1991, es decir, en un sistema mixto con algunos elementos acusatorios, esta Corporación elaboró unas líneas jurisprudenciales según las cuales (i) la provisionalidad de la calificación jurídica no vulnera el derecho de defensa del acusado; (ii) a pesar de las modificaciones que se introduzcan a la acusación, éstas no pueden ser de tal naturaleza que rompan la

⁷⁵ CSJ- SP2190 – 2020, 8 jul. 2020, Rad. 55.788.

⁷⁶ CSJ- SP, 29 jul 1998, Rad. 10.827.

⁷⁷ CSJ- SP, 14 feb. 2002, Rad. 18.457.

consonancia entre la acusación y la sentencia; y (iii) al enjuiciado no se le puede sorprender con hechos nuevos sobre los cuales no tenga oportunidad de defenderse.

De igual manera, con ocasión de diversas demandas de inconstitucionalidad presentadas contra la Ley 600 de 2000, la Corte ha establecido, en lo que concierne al principio de congruencia y la variación de la calificación jurídica que (i) la calificación inicial sobre el delito no puede ser invariable, ya que el objetivo de todo proceso penal, es esclarecer los hechos, los autores y partícipes con fundamento en el material probatorio recaudado, para administrar justicia con apoyo en la verdad y en la convicción razonada de quien resuelve; (ii) el funcionario o Corporación a cuyo cargo se encuentra la decisión final debe estar en condiciones de modificar, parcial o totalmente, las apreciaciones con base en las cuales se inició el proceso; y (iii) lo trascendente, desde una perspectiva constitucional, no es que la acusación se mantenga incólume, sino que ante la variación de la acusación el encartado también pueda modificar su estrategia defensiva, y que igualmente se le respete el derecho de contradecir los hechos nuevos, además de que se tengan en cuenta los propios”⁷⁸.

Desde esta perspectiva, dentro de las eventualidades en que puede predicarse la incongruencia la Corte ha sostenido:

“La incongruencia entre la resolución acusatoria y la sentencia se configura, en términos generales, cuando el juzgador condena por una conducta distinta a aquella por la cual se le formuló pliego de cargos o se varió la imputación en la oportunidad debida del juicio.

Para precisar el alcance de esta causal de casación, contemplada de manera autónoma en el sistema de la Ley 600 de 2000 (numeral 2° del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal), es necesario advertir que los hechos y la calificación jurídica que de los mismos se efectúe en el pliego de cargos debe señalar los derroteros dentro de los cuales se va a circunscribir el juicio y a construir la sentencia. Ello significa que al proferir aquella, el fiscal debe precisar los hechos, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron, las circunstancias específicas atenuantes y agravantes que modifiquen la punibilidad, y las circunstancias genéricas que de alguna manera incidan en este último factor, así como las formas de participación y culpabilidad imputadas.

La incongruencia entre una y otra pieza procesal se configura entonces cuando en la condena se incluyen circunstancias de agravación

⁷⁸ Cfr. CC- C 025/2010. Posturas también expuestas en: C- 491/1996; C-541/1998; C-620/ 2001 y C- 1288/2001.

no deducidas en el pliego de cargos o en la oportunidad debida del juicio; se desconocen atenuantes que allí se reconocieron; se varían los hechos que constituyen la imputación mutándolos en su esencia o añadiendo conductas o cambia, para agravar, sus modalidades de participación o las formas de culpabilidad⁷⁹.”

En este caso si bien es claro que la Fiscalía en la acusación no le atribuyó el concurso heterogéneo de delitos previsto en el artículo 31 del Código Penal, sí le endilgó fáctica y jurídicamente, soportada en la valoración probatoria correspondiente, de manera separada e independiente, la comisión de las dos conductas punibles de interés indebido en la celebración de contratos y de cohecho propio.

Claramente determinó los hechos con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron ejecutadas las conductas, la forma de participación y culpabilidad del procesado en ellas, sin reconocerle circunstancias de atenuación ni imputarle agravantes específicas ni genéricas que modifiquen la punibilidad.

En consecuencia, el inculcado no solo tuvo la oportunidad de comprender los hechos y su calificación jurídica sino de defenderse material y técnicamente de ellos.

En efecto, la defensa participó activamente en la práctica de las pruebas decretadas a la Fiscalía con el ánimo de desvirtuar los cargos imputados, además, presentó alegaciones finales en la audiencia pública de juzgamiento con ese propósito, de modo que ninguna transgresión al derecho de defensa implicaría la aplicación ahora del método previsto

⁷⁹ CSJ, SP 26 ene. 2006, Rad. 22106, reiterada con SP 24 ago. 2011, Rad.32063, entre otras.

por la ley penal para dosificar la pena en los casos de concurso de conductas punibles.

Es que en este caso, al acusado se le puso de presente que la imputación fáctica y jurídica se fundaba en dos tipos penales sancionados cada uno con una pena distinta, de modo que no se estaría sorprendiendo y menos lesionando en su derecho de defensa si para dosificar la sanción se aplican las reglas del concurso de delitos, pues con ello, no se está incluyendo circunstancias de agravación no deducidas en el pliego de cargos, ni se modifican los hechos que tipifican los dos delitos imputados, cambiándolos en su esencia o adicionando conductas para agravar sus modalidades de participación o las formas de culpabilidad.

Además, el sistema para dosificar la pena en los casos del concurso es el de acumulación jurídica y no aritmética, de suerte que su aplicación resulta además de forzosa benéfica para el procesado, ya que evita la suma aritmética de penas proscrita en nuestra legislación penal.

En fin, para dosificar la pena se aplicarán las reglas del concurso heterogéneo de conductas punibles previstas en el artículo 31 del Código Penal.

8. Dosificación punitiva.

Siendo las conductas ejecutadas por el acusado típicas, antijurídicas y culpables se prevé como consecuencia una sanción punitiva, la que se establecerá conforme a los criterios de dosificación establecidos por el legislador.

El delito de cohecho propio (artículo 405 del Código Penal⁸⁰) contempla una pena de prisión de cinco (5) a ocho (8) años, es decir, sesenta (60) a noventa y seis (96) meses, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años, lo que es lo mismo de sesenta (60) a noventa y seis (96) meses.

Por su parte, el interés indebido en la celebración de contratos (canon 409 del Código Penal⁸¹) contempla una pena de prisión de cuatro (4) a doce (12) años, es decir, cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, 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, que es igual a sesenta (60) y ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

No sobra recordar que en este evento no se aplica el incremento punitivo de que trata el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 para ambos delitos, porque los hechos aquí investigados tuvieron ocurrencia antes de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 en el Departamento de Chocó.

8.1. De la pena privativa de la libertad.

⁸⁰ Texto original de la Ley 599 de 2000, toda vez que es la norma aplicable para la fecha de los hechos.

⁸¹ Texto original de la Ley 599 de 2000, toda vez que es la norma aplicable para la fecha de los hechos.

El ámbito de movilidad para el cohecho propio es de 9 meses y el rango de punibilidad está conformado por un primer cuarto comprendido entre 60 a 69 meses de prisión, dos cuartos medios que van de 69 meses y 1 día a 87 meses de prisión, y un cuarto último que oscila entre 87 y 1 día y 96 meses de prisión.

Ahora, el ámbito de movilidad para el interés indebido en la celebración de contratos es de 24 meses y el rango de punibilidad está conformado por un primer cuarto comprendido entre 48 a 72 meses de prisión, dos cuartos medios que van de 72 meses y 1 día a 120 meses de prisión, y un cuarto último que oscila entre 120 meses y 1 día y 144 meses de prisión.

Aunque que no existen agravantes ni atenuantes y la Fiscalía no endilgó al acusado circunstancias de mayor punibilidad, se impone reconocer la de menor punibilidad del numeral 1° del artículo 55 *ibidem*, por no haberse demostrado la existencia de antecedentes penales, en consecuencia, la Sala se moverá dentro del cuarto mínimo conforme lo prevé el artículo 61-2 del C.P.

En relación con el reconocimiento de esta circunstancia de menor punibilidad, ha dicho la Sala de Casación Penal⁸² que la pretensión punitiva de sancionar en sus justos límites corresponde exclusivamente al Estado y por tanto, es a éste a quien incumbe demostrar la existencia de los antecedentes para que produzcan efectos jurídicos.

⁸² CSJ. SP. Radicado 19970 de 27 de abril de 2005.

En suma, corresponde al Estado demostrar la existencia de los antecedentes para los fines del proceso, de tal manera que si no se prueban debe asumirse que el procesado carece de ellos.

Respecto a la necesidad de motivación de las circunstancias previstas en el inciso 3 del artículo 61 del Código Penal, esta Corporación viene pregonando:

«3.3.3. Aunque el artículo 59 del Código Penal obliga al juez a incluir en la sentencia «una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena», ello no significa que tenga el deber de analizar de manera pormenorizada, en los asuntos sometidos bajo su conocimiento, todos y cada uno de los factores previstos en los incisos 3º y 4º del artículo 61 del Código Penal.

Lo anterior, por cuanto la cuantificación de la pena dentro del ámbito de movilidad legalmente establecido debe sujetarse a las particularidades de cada asunto, como ya se precisó (3.3.2), y el juez, al motivarla, puede por esas mismas circunstancias destacar la importancia de unos criterios por encima de otros. Por ejemplo, priorizar el grado de afectación del bien jurídico sobre la modalidad de imputación subjetiva del tipo; o la función preventiva especial de la pena sobre los demás fines y factores de consideración.

De hecho, los criterios orientadores de los incisos 3º y 4º del artículo 61 de la Ley 599 de 2000 estarán contenidos en todas aquellas apreciaciones atinentes a (i) la gravedad del injusto (desvalor de la acción, del resultado, atenuantes, etc.) y (ii) el grado de culpabilidad (entendida como el reproche que se le efectúa al procesado por la realización de la acción). Por lo tanto, será suficiente la motivación que para imponer un concreto monto punitivo conlleve, en esencia, la valoración de cualquiera de los aludidos parámetros. (...)⁸³.

Asimismo, que son criterios legales que deben servir de guía a los funcionarios judiciales quienes cuentan con cierta discrecionalidad -aunque regulada, razonable y motivada-, para fijar el quantum punitivo:

⁸³ CSJ SP, 30 Abr. 2014, Rad. 41350. Fundamentos reiterados SP, 2 Dic. 2015., Rad. 44840.

«Como el legislador prevé las consecuencias para la realización de cada tipo penal al contemplar la clase de sanción y fija a su turno los criterios que ha de atender el operador judicial para su dosificación, esto es, la cantidad o grado a imponer, el proceso dosimétrico debe descansar en dos pilares fundamentales: la discrecionalidad reglada y el sustento razonable, aspectos con los cuales se busca sembrar parámetros de proporcionalidad en la concreción de la sanción al tiempo que permiten controlar la función judicial mediante el ejercicio del derecho de impugnación, pues los criterios plasmados permitirán su ataque igualmente argumentado en aras de establecer la respuesta correcta a lo debatido.»⁸⁴.

Pues bien, la conducta por la cual procede la condena reviste la mayor gravedad, por cuanto JULIO IBARGUEN MOSQUERA hizo a un lado el interés público encomendado a través del voto popular, traicionando la confianza de la ciudadanía; la mayor intensidad del dolo es evidente al comprobarse el accionar premeditado, minuciosamente planificado y perfectamente ejecutado; y en cuanto a la necesidad de la pena atendiendo sus fines de prevención especial y general obligan a la Sala a no partir del mínimo en el cuarto aplicable, ya que su imposición contribuirá con el restablecimiento de la convivencia armónica y pacífica en las regiones en donde se ejecutó el punible y en todo el territorio nacional, al evitar o por lo menos disminuir la comisión de conductas punibles debido a su poder disuasivo e intimidatorio, y que su aplicación efectiva llevarán al procesado a resocializarse y no volver a delinquir⁸⁵, por lo tanto estima la Sala, que la pena de prisión por el delito de cohecho propio debe fijarse en sesenta y tres (63) meses y en cincuenta y seis (56) meses por el interés indebido en la celebración de contratos teniendo en cuenta los criterios previstos en el inciso 3° del artículo 61 del Código Penal, de cara a las

⁸⁴ CSJ SP, 02 Dic. 2015, Rad. 44840.

⁸⁵ CC C-747-2001.

particularidades que rodearon la ejecución de las conductas⁸⁶. Así entonces, la pena de prisión más grave corresponde a la del cohecho propio.

Ahora bien, atendiendo los lineamientos del artículo 31 del Código Penal, que dispone que quien *“con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas”*, y establecida hasta ahora en sesenta y tres (63) meses de prisión la pena para el delito más grave (cohecho propio), la Sala adicionará seis (6) meses más de prisión por el delito de interés indebido en la celebración de contratos, para un total de pena de prisión a imponer de **sesenta y nueve (69) meses de prisión.**

8.2. De la pena de multa

De acuerdo con lo preceptuado en el numeral 4° del artículo 39 del Código Penal, *«En caso de concurso de conductas punibles [...] las multas correspondientes a cada una de las infracciones se **sumarán**, pero el total no podrá exceder del máximo fijado en este Artículo para cada clase de multa»*, es decir, que para este caso no puede ser superior a 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para este efecto, debe aplicarse el sistema de cuartos individualmente por cada conducta punible y finalmente sumarse, observando que no sobrepase los cincuenta mil

⁸⁶ CSJ SP 2239 de 201, rad. No. 45099; y, CSJ SP 30 ab. 2014, rad. 41350, entre otras.

(50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en los términos indicados en el artículo 39 de la Ley 599 de 2000.

Para efectos de su determinación dentro del cuarto escogido, atenderá la Sala, además, las directrices indicadas en el núm. 3 del artículo 39 del Código Penal, es decir, se tomará en cuenta el daño causado con la infracción, la intensidad de la culpabilidad, la situación económica del condenado y, en especial, las demás circunstancias indicativas de su posibilidad de pagarla.

Teniendo en consideración los anteriores criterios procederá la Sala a ajustar la pena de multa a los mismos, advirtiendo que ésta está consagrada como pena principal para los dos delitos imputados.

8.2.1. Pena de multa por el delito de cohecho propio

La pena de multa para el delito de cohecho propio oscila entre 50 y 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, siendo el ámbito de movilidad 12.5, en consecuencia, el primer cuarto va de 50 a 62.5, los medios de 62.5 a 87.5, y el máximo de 87.5 a 100.

De acuerdo con lo preceptuado en el numeral 3° del artículo 39 del Código Penal, la determinación de la cuantía de la multa será motivada por el Juez teniendo en cuenta el daño causado con la infracción, la intensidad de la culpabilidad, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo, la situación económica del condenado deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares, y las

demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar.

En esas condiciones, como ya se vio, fue grave el daño causado a la sociedad con el actuar del procesado en tanto ocasionó desconfianza en la comunidad respecto del desempeño de la administración pública departamental. La conducta fue realizada con dolo intenso ya que como Gobernador del Departamento se interesó indebidamente en negocios jurídicos en favor de un tercero vulnerando los pilares fundamentales de la contratación estatal, que se enmarcan en la búsqueda del bien común.

Es decir, la afrenta contra el bien jurídico de la administración pública provino de un servidor público de la más alta jerarquía en el Departamento, en quien la comunidad tenía cifradas expectativas de vocación de servicio, con lo cual se deterioró la confianza de la comunidad⁸⁷.

Con igual raciocinio y proporción que se dedujo para la pena de prisión, seleccionado el cuarto mínimo, aquí del ámbito de movilidad de 12.5 s.m.l.m.v., se tomarán 4.16 s.m.l.m.v., o sea 1/3 parte, que equivale al 33.3%), lo que arroja un total de **54.16 s.m.l.m.v.**

8.2.2. Pena de multa por el delito de interés indebido en la celebración de contratos

La pena de multa para el delito de cohecho propio oscila entre 50 y 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, siendo el ámbito de movilidad 37.5, en consecuencia, el primer

⁸⁷ CSJ SP16558-2015, rad. 44840.

cuarto va de 50 a 87.5, los medios de 87.5 a 162.5, y el máximo de 162.5 a 200.

Tomando en consideración las mismas razones expuestas para el punible anterior (artículo 39-3) y con igual raciocinio y proporción que se dedujo para la pena de prisión, seleccionado el cuarto mínimo, aquí del ámbito de movilidad de 37.5 s.m.l.m.v., se tomarán 12.48 s.m.l.m.v., o sea 1/3 parte que equivale al 33.3%), lo que arroja un total de **62.48 s.m.l.m.v.**

8.2.3. Sumados ambos parciales arrojó un total de pena de multa por los delitos de cohecho propio e interés indebido en la celebración de contratos de **116.64 s.m.l.m.v.** para la época de los hechos.

Es preciso indicar que la pena de multa se deberá consignar a nombre del Consejo Superior de la Judicatura, según lo previsto en el artículo 42 de la Ley 599 de 2000.

8.3. De la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas

Siguiendo el sistema de cuartos que se hace extensivo para esta sanción, se tiene que el delito más grave (cohecho propio) prevé una pena de inhabilidad que oscila entre los 60 y 96 meses, por lo que se fija un primer cuarto de movilidad comprendido entre 60 a 69 meses, dos cuartos medios establecidos entre 69 meses un día a 87 meses y un cuarto final de 87 un día a 96 meses.

Como quiera que no se le endilgó al procesado circunstancias de mayor punibilidad y en esta oportunidad se le reconoció la de menor punibilidad del numeral 1° del artículo 55 *ibidem*, por no haberse demostrado la existencia de antecedentes penales, se hace imperativo seleccionar el cuarto mínimo, esto es, de 60 a 69 meses de inhabilidad y, bajo el mismo razonamiento que se tuvo en cuenta para fijar la pena de prisión, se aumenta en 1/3 parte, que equivale al 33.33% de 9 meses, o sea 3 meses) el *quantum* mínimo de la pena de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, dando un total de **63 meses**.

Y, establecida hasta ahora en sesenta y tres (63) meses la pena para el delito más grave (cohecho propio), se adicionará siete punto cuatro (7.4) meses más por el delito de interés indebido en la celebración de contratos, misma proporción tomada en la pena de prisión, para un total de pena de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas a imponer de **setenta punto cuatro (70.4) meses o setenta (70) meses y doce (12) días**.

8.4. De los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad

Tratándose de unos delitos cometidos contra la administración pública, el artículo 68A del Estatuto Punitivo prohíbe la concesión de beneficios y subrogados penales.

Sin embargo, tal preceptiva fue incluida en el ordenamiento penal por las Leyes 1453 y 1474 de 2011, 1709 de 2014, y, 1773 de 2016, vigentes con posterioridad a la fecha de los hechos, razón suficiente para no aplicar la citada

prohibición; por lo tanto, es imperativo el estudio de los subrogados penales de cara al cumplimiento de los requisitos establecidos por el legislador para la fecha de comisión de los hechos, tal como lo viene aplicando esta Corporación en casos similares en relación con delitos contra la administración pública, antes de la vigencia de las citadas normas⁸⁸.

8.4.1. Suspensión condicional de la ejecución de la pena

Se negará el subrogado de la suspensión de la ejecución de la pena por no concurrir el requisito objetivo definido a partir de la pena de prisión impuesta en este caso de 69 meses de prisión, quantum que supera el límite previsto en el artículo 63 original de la Ley 599 de 2000, aplicable teniendo en cuenta la época de los hechos y por ofrecerle mayores ventajas al acusado, de 36 meses. Es innecesario, en consecuencia, analizar el factor subjetivo del instituto.

8.4.2. De la prisión domiciliaria

Según la fecha de los hechos la norma a aplicar es el original artículo 38 de la Ley 599 de 2000:

«La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.

⁸⁸ CSJ SP1785-2019, rad. 55124.

2. *Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.*

3. *Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:*

1) *Cuando sea del caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia.*

2) *Observar buena conducta.*

3) *Reparar los daños ocasionados con el delito, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo.*

4) *Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello.*

5) *Permitir la entrada a la residencia a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y la reglamentación del INPEC.*

El control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por el Juez o Tribunal que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia, con apoyo en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, organismo que adoptará, entre otros, un sistema de visitas periódicas a la residencia del penado para verificar el cumplimiento de la pena, de lo cual informará al despacho judicial respectivo.

Cuando se incumplan las obligaciones contraídas, se evada o incumpla la reclusión, o fundadamente aparezca que continúa desarrollando actividades delictivas, se hará efectiva la pena de prisión.

Transcurrido el término privativo de la libertad contemplado en la sentencia, se declarará extinguida la sanción.»

Este instituto ha sido modificado por las Leyes 1142 de 2007; 1453 de 2011 y, 1709 de 2014, normas que previeron la exclusión de subrogados a diferencia del original artículo 38. Aun cuando la actual legislación prevé un requisito objetivo más favorable para los intereses del procesado [8 años], lo

cierto es que su aplicación aparejaría la prohibición prevista en el artículo 68 A, razón por la que la concesión de este subrogado se analizará de cara a lo previsto en el original artículo 38 de la Ley 599 de 2000.

En el presente evento se parte del delito de cohecho propio por ser el más grave previsto en el original artículo 405 de la Ley 599 de 2000, norma aplicable a la fecha de los hechos, la que fija como pena mínima la de cinco años (60 meses), motivo por lo que el presupuesto objetivo señalado en el canon 38-1 *ibidem* se encuentra acreditado.

En relación con el requisito de carácter subjetivo relacionado con el análisis del desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado, cuya finalidad es establecer si fundada y motivadamente no colocará en peligro a la comunidad ni evadirá el cumplimiento de la pena, siguiendo línea jurisprudencial de la Sala de Casación Penal se debe tener presente las funciones de la pena previstas en el artículo 4° del Código Penal, las cuales serán observadas no solo en la individualización de la pena sino en su ejecución, extendiéndose a la figura de la reclusión domiciliaria⁸⁹.

Sobre el particular ha dicho:

"Exige igualmente la norma que "el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena", conclusiones que no pueden obtenerse sin estudiar los fines de la pena.

El artículo 4° del Código Penal señala que la pena cumplirá funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción

⁸⁹ CSJ SP4134-2016

social y protección al condenado y que la prevención especial y la reinserción operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

La Corte interpreta que cuando allí se declara que las funciones de prevención especial y reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión (sea esta domiciliaria o carcelaria) no se excluyen las demás funciones como fundamento de la misma pena, sino que impide que sean la prevención especial y la reinserción criterios incidentes en la determinación o individualización de la pena privativa de la libertad.

Significa lo anterior, que tanto para imponer, como para ejecutar la prisión domiciliaria en sustitución de la prisión carcelaria deben tenerse en cuenta también las funciones de la pena que tienen que ver con la prevención general y la retribución justa.

Independientemente de las afinidades teóricas que se tengan sobre los conceptos básicos que integran las funciones de la pena, la decisión de política criminal del Estado Colombiano en cuanto a los principios y los fines de la pena es la adoptada en los artículos 3 y 4 del Código Penal. Desde esa óptica, la función de "retribución justa" puede abordarse de manera general en dos estadios claramente diferenciados del proceso penal. Como criterio que influye en la determinación judicial de la pena, en cuanto es en tal momento que se define la medida de la retribución y se determina su contenido de justicia, de mano de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; y, como función vinculada a la ejecución de la pena que no puede ser dejada de sopesar cuando vaya a enjuiciarse la adopción de providencias que anticipen material y condicionalmente una parte de la privación efectiva de la libertad o la subroguen por un periodo de prueba.

Igual cosa ocurre con la función de "prevención general", a través de la cual se advierte a la sociedad de las consecuencias reales que puede soportar cualquiera que incurra en una conducta punible: paradójicamente el hombre se ve compelido a proteger la sociedad mediante la amenaza a los individuos que la componen. Porque el orden jurídico es un sistema que opera bajo la fórmula acción - reacción, supuesto - consecuencia jurídica. Ese fin de "prevención general" es igualmente apreciable tanto para la determinación judicial de la pena como para el cumplimiento de la misma, pues se previene no solo por la imposición de la sanción, sino y sobre todo, desde la certeza, la ejemplarización y la motivación negativa que ella genera (efecto disuasivo), así como desde el afianzamiento del orden jurídico (fin de prevención general positiva)⁹⁰.

⁹⁰ CSJ SP, 28 nov. 2001, rad. 18285, reiterado en CSJ SP15528-2016, rad. 40383.

Conforme con este derrotero, encuentra la Sala que existe un pronóstico favorable para que el acusado cumpla la sanción impuesta al interior de su domicilio, por cuanto es suficiente para que se materialice las funciones de la pena de prevención general y especial como de retribución justa.

No se desconoce que las conductas punibles por las cuales se emitirá condena son graves en tanto afectaron el bien jurídico de la administración pública y fueron desarrolladas cuando éste ostentaba la calidad de servidor público, pero lo cierto es que acaecieron en los años 2006 y 2007.

De otra parte, la Sala no puede realizar una doble valoración acerca de la gravedad del daño ocasionado, al momento de evaluar el desempeño laboral o social del sentenciado frente a la repercusión social de la conducta, siendo evidente que en la actualidad el procesado no ejerce función pública, está retirado del servicio público y carece de vínculo contractual con el Estado.

Sobre este punto esta Corporación unificó la postura en el sentido de que la gravedad de la conducta está por fuera de toda consideración cuando se trata de evaluar el desempeño social o laboral del sentenciado. En extenso se adujo:

“En tal sentido la Corte ha girado en torno a dos posturas: una, que sostiene que la gravedad de la conducta está por fuera de toda consideración cuando se trata de evaluar el “desempeño, laboral o social del sentenciado.” Así, en la SP del 9 de julio de 2014, Rad. 43711, sostuvo:

Ahora bien, desestima la Corte el argumento del Tribunal al negar la prisión domiciliaria, cuando afirmó que dada la calidad de servidora pública de la acusada ésta merecía un tratamiento más severo por parte de la administración de justicia, frente a infractores de la ley penal que no

ostenten dicha condición, pues tal circunstancia es atendible pero al momento de fijar el quantum punitivo, más no para establecer la viabilidad de sustituir o suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad, pues su procedencia se limita a los aspectos fijados, en lo que se refiere a la prisión domiciliaria, en el artículo 38 del Código Penal, los cuales aluden a la conclusión de que el procesado no representa peligro para la comunidad ni evadirá el cumplimiento de la sanción.”

La otra tesis, por el contrario, afirma que la intensidad del injusto, más allá del cumplimiento del factor objetivo, es un factor a analizar al apreciar “el desempeño, personal, laboral y social del sentenciado.” Así, en la SP, del 9 de octubre de 2013, Rad. 40536⁹¹, la Corte sostuvo:

“Para fijar el contenido y alcance que de acuerdo con el precepto 38.2 del C.P., posibilita que la ejecución de la pena privativa de la libertad se cumpla en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto del que el juez determine y de acuerdo con el cual es presupuesto indispensable “Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena”, esto es, en el proceso de su decantación, la Corte ha señalado que sólo es posible valorar este requisito dentro del ámbito subjetivo que entrañan sus elementos condicionantes, bajo el entendido que la sustitutiva (colmado el factor objetivo referido a la penalidad no superior a 5 años), sólo es viable cuando la gravedad del comportamiento, atendida la repercusión social intrínseca y las funciones de la pena desde la perspectiva de la retribución justa, prevención especial y reinserción social, lo posibilita.”

Esta última interpretación lleva a la conclusión de que la conducta se debe apreciar desde una doble perspectiva: una, que corresponde a una mirada desde el factor objetivo, que se sustenta en una consideración de orden legal sobre la base del quantum de la pena, y otra que mira a la conducta en su expresión concreta, en su repercusión social intrínseca desde la perspectiva de los fines de la pena.

Es necesario entonces unificar esa interpretación y optar por la primera alternativa que articula la gravedad del injusto, la finalidad del instituto y los fines de la pena.

En ese orden, para lo que ahora corresponde, se debe señalar que no existe ninguna prueba que indique que el procesado ha cometido conductas del mismo tipo, ni antes ni después de la comisión de la

⁹¹ Se cita: «En la decisión indicada se mencionó como antecedentes las SP 16519/02, 18455/05, 21620/06, 26794/07, 29676/08, 31058/09, 35153/11, 32571/12 y 40159/13, entre otras».

conducta que se le imputa, ni que haya evadido las citaciones o llamados judiciales⁹².»

En consecuencia, es un yerro pensar que las finalidades de la pena se cumplen únicamente con la privación de libertad intramural y no con la prisión domiciliaria, la cual restringe derechos fundamentales puesto que en ambos opera las funciones de prevención especial⁹³.

JULIO IBARGUEN MOSQUERA fue Gobernador elegido popularmente para la época de los hechos, y si bien la actuación permite establecer que además de la presente condena también fue sentenciado por la Sala de Casación Penal en CSJ SP 12863-2015, de 23 sep. 2015, en el rad. 44356 por el delito de concierto para promover grupos armados al margen de la ley, y esta Sala Especial de Primera Instancia hizo lo mismo con SEP00059-2021, de 10 jun. 2021, en el rad. 50534 por los delitos de prevaricato por acción y peculado a favor de terceros, SEP00053-2022, de 9 may. 2022, en el rad. 00332, por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros, y SEP054-2022, en el rad. 50535, de 10 may. 2022, por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros; lo cierto es que de esas conductas no puede inferirse su desempeño personal, pues las mismas, al igual que por la que se procede actualmente, fueron cometidas en ejercicio del cargo de Gobernador del Departamento de Chocó hace aproximadamente 15 años, y a la fecha solo las dos primeras se encuentran ejecutoriadas. Además, no obra en el paginario circunstancia que denote la recurrencia en la comisión de

⁹² CSJ SP2294-2019, rad. 47475.

⁹³ *Ibidem*.

otras infracciones penales, lo que permite inferir que efectivamente ha obrado la prevención especial, pues su buen comportamiento indica el acogimiento que éste ha hecho de los efectos de la sanción penal y la intimidación que en él genera el aparato represor.

Lo anterior, con fundamento en la sentencia CSJ SP de 3 jul. 2019, en el rad. 53651, donde esta Corporación enfatizó que la existencia de antecedentes penales no conduce *per se* a negar la prisión domiciliaria porque se impone es valorar la condición personal del sentenciado, esto es, si a partir de su desempeño personal, laboral y familiar se puede inferir fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena:

“[...] si bien el a quo hizo alusión a que el procesado informó que fue condenado por un delito similar y se le concedió la prisión domiciliaria, se equivoca al considerar que ese hecho, per se, conduce a negar el beneficio, porque ello “amerita un juicio negativo frente a sus antecedentes sociales y personales”.

Al razonar de esa manera, el Tribunal parece entender que, por el hecho de tener antecedentes, objetivamente, ha de descartarse la prisión domiciliaria, aserto no sólo incorrecto sino insuficiente de cara al juicio de proyección sobre el cumplimiento de la pena o el riesgo para la comunidad o la víctima, que es el único análisis que, superado el factor objetivo, exige el art. 38-2 del C.P. para conceder la prisión domiciliaria.

Pero hay más, desde el punto de vista probatorio, el a quo no podía afirmar en estricto sentido que, al momento de la comisión de los hechos materia de investigación en este proceso, L.A. tenía antecedentes penales. No porque exista tarifa probatoria alguna para acreditarlo, sino debido a que no se probó la preexistencia de una condena a la conducta por la cual se condenó a aquél en el presente trámite; mucho menos, que esa determinación estuviera ejecutoriada.

Sobre el particular, la jurisprudencia tiene dicho:

El concepto de antecedente penal, que recoge el artículo 55 en su numeral primero, implica la existencia de una condena judicial definitiva (artículos 248 de

la Constitución Nacional y 7° del estatuto procesal penal), al momento de la comisión del delito que se juzga, pues las circunstancias de mayor o menor punibilidad se encuentran referidas a la conducta investigada, o momento de su ejecución, no al del proferimiento del fallo. En esto le asiste razón al casacionista, pero como ya se dijo, esta no es la situación que se presenta en el caso analizado.

En cuanto a la forma de demostración, ha de precisarse que la ley no tarifa el medio de prueba. Esto significa que puede hacerse a través de la aportación de los fallos judiciales respectivos, o de cualquier otro medio que permita establecer inequívocamente su existencia, como la confesión, la inspección judicial, la prueba documental distinta de las sentencias (certificaciones), y la testimonial inclusive, aunque lo ideal es que el funcionario judicial acuda a la primera alternativa, en cuanto le permite conocer en detalle lo acontecido, y tener una mejor visión de la personalidad del acusado.”

Aunado a lo anterior, el comportamiento procesal asumido por IBARGUEN MOSQUERA revela que no eludirá el cumplimiento de la sanción. No puede desatenderse que aun conociendo las consecuencias a las que se enfrentaba en el presente proceso, pues ya había purgado una pena privativa de la libertad, ha venido atendiendo todos los llamados de la administración de justicia, actitud que permite inferir fundadamente que no eludirá el cumplimiento de la sanción, pues en él ha obrado el condicionamiento interno de resocialización y acogimiento a la ley.

Además, en el expediente hay constancia de su arraigo familiar y social puesto que es de estado civil casado y padre de familia, con residencia fija en la ciudad de Cali.

Es decir, los datos de arraigo familiar y social que tiene el procesado establecen un referente objetivo y cierto que permiten suponer positivamente que no evadirá el cumplimiento de la pena impuesta, tal como lo exige esta Corporación⁹⁴. Tampoco hay noticia de una mala conducta en esos ámbitos en el proceso.

⁹⁴ CSJ SP918-2016.

Lo anterior demuestra que en el caso en estudio la prisión domiciliaria es un mecanismo idóneo para cumplir la pena y sus funciones que deben obrar en los sentenciados, como un reconocimiento a su comportamiento posterior al acto delictivo.

Recuérdese que con la prisión domiciliaria también se satisface automáticamente el fin de prevención general positiva y especial. En cuanto a la primera, permite estabilizar así la infracción de la norma y transmite la censura institucional a la conducta del condenado, y, en cuanto a la segunda, en su aspecto negativo, por cuanto el penado habrá de permanecer privado de su libertad en el domicilio a condición de cumplir a cabalidad las obligaciones impuestas judicialmente, y en caso de que incumpla se deberá revocar la sustitución de la ejecución de la pena y reactivarse la reclusión carcelaria⁹⁵.

En esas condiciones al acreditarse los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el artículo 38 del Código Penal es clara la procedencia de la prisión domiciliaria, bajo la obligación de cumplir con los compromisos fijados en el numeral 3° *ibidem*, previa caución por la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

Para el cumplimiento de la pena privativa de la libertad en el domicilio el procesado suscribirá diligencia de compromiso, luego de lo cual se coordinará con el INPEC la vigilancia de prisión domiciliaria, criterio que viene siendo aplicado por esta Sala en CSJ SEP-2020, rad. 49761.

⁹⁵ *Ibidem*.

Como en el presente asunto la Fiscalía General de la Nación al resolver la situación jurídica del aforado se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento, la privación de la libertad se cumplirá una vez adquiera firmeza el presente fallo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 de la Ley 600 de 2000. Así lo ha decidido esta Corporación:

Es así como, se reitera, el entendimiento del inciso segundo del artículo 198 (sic) es como sigue: negado el subrogado de la condena de ejecución condicional, la privación de la libertad sólo podrá ordenarse una vez en firme la sentencia. Pero, si en el curso del proceso se había dictado medida de aseguramiento de detención sin excarcelación, fundado este último aspecto en el no cumplimiento del requisito objetivo del subrogado o en las prohibiciones expresas de la respectiva causal de libertad, la captura podrá ordenarse de inmediato. La expresión "sin excarcelación" tiene necesariamente que referirse a la que se funda en la anticipación del sustituto penal de la suspensión de la condena, como que ese es el tema traído a colación por la primera parte del mencionado inciso 2°.

De la misma manera se presenta en los casos de libertad provisipnal por otro motivo diferente al de la condena de ejecución condicional, por ejemplo por vencimiento de términos sin iniciar la audiencia pública, toda vez que llegada la oportunidad de dictar fallo de primera, segunda o única instancia la situación de libertad debe regirse por el subrogado desapareciendo así las circunstancias procesales para mantener las situaciones de excarcelación y, si se niega la condena de ejecución condicional, recobra vigencia la anterior decisión de detención preventiva sin excarcelación, si es que existe⁹⁶.

9. Indemnización de perjuicios.

Acorde con lo previsto por el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, en todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el juez, en este caso la Corte, procederá a liquidarlos de acuerdo a lo establecido en la actuación y condenará al responsable.

⁹⁶ CSJ, 20 May. 2003, Rad. 18684, proveído reiterado por la Sala de Casación Penal en SP2544-2020, 22 Jul. 2020, Rad. 56591.

También se pronunciará sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho, si a ello hubiere lugar.

El artículo 170 del mismo Estatuto establece que toda sentencia debe contener los fundamentos jurídicos relacionados con la indemnización de perjuicios, en los eventos en que proceda y la condena en concreto de los que hubieren sido causados.

Sistemáticamente, el artículo 94 del Código Penal dispone que la conducta punible genera la obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de ella a la víctima o a los ofendidos, como el deber de restituir las cosas al estado en que se encontraban en el momento anterior a la comisión del delito, cuando ello fuere posible⁹⁷.

Los daños materiales están integrados por el daño emergente y el lucro cesante. El primero se refiere a las erogaciones económicas efectuadas por el perjudicado para atender las consecuencias del delito. Dicho en otras palabras, el perjuicio sufrido en la estructura actual del patrimonio lesionado, el cual no puede fundarse sino en el acervo probatorio allegado al proceso.

El daño emergente, está constituido por el perjuicio sufrido en el patrimonio económico de la víctima, derivado de ponderar el valor de los bienes perdidos o su deterioro respectivo, y las expensas asumidas para superar las consecuencias del suceso lesivo⁹⁸.

⁹⁷ *Ibidem*

⁹⁸ CSJ SP 17 abril de 2013, rad. 40559; reiterado en CSJ SP18532-2017, rad. 43263.

El segundo (lucro cesante) consiste en las ganancias o lo que deja de percibir el perjudicado a causa de la comisión del delito⁹⁹.

En cuanto a los perjuicios morales se han reconocido dos modalidades, los subjetivos y los objetivados. Los primeros lesionan el fuero interno de las víctimas y se traducen en la tristeza, el dolor, la congoja o la aflicción que sienten las personas, y por lo mismo, no son cuantificables económicamente (artículo 56 del Código Penal), y los segundos, repercuten sobre la capacidad productiva o laboral de la persona agravada y, por consiguiente, son cuantificables pecuniariamente¹⁰⁰.

Por regla general las personas jurídicas no sufren perjuicios morales subjetivos por cuanto no pueden experimentar dolor físico o moral, pero ello no obsta para que se puedan reconocer otros de carácter extra patrimonial que derivan, por ejemplo, de la lesión del buen nombre de la entidad, en la medida que aparezcan demostrados en el proceso, los cuales serán resarcibles cuando amenazan concretamente la existencia o mermen significativamente su capacidad de acción en el concierto de su desenvolvimiento o las pongan en franca inferioridad frente a otras de su género o especie.¹⁰¹

La demostración de los daños para ser liquidados se predica del perjuicio material, quedando el juez con la facultad

⁹⁹ *Ibidem.*

¹⁰⁰ *Ibidem.*

¹⁰¹ *Ibidem.*

de fijar los no valorables pecuniariamente, es decir, los morales de carácter subjetivo, cuyo único límite está determinado por la ley a partir de factores relacionados con la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado¹⁰².

Además, el daño para ser indemnizable debe ser cierto, directo y actual, cuestiones que en este caso no resultan acreditadas frente al daño moral, por lo cual la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre los mismos, máxime si no obra evidencia alguna que indique que las conductas delictivas materia de investigación y juzgamiento, afectaron la capacidad productiva o laboral del departamento de Chocó, o tuvieron la virtud de poner en peligro su existencia.

Atendiendo el anterior marco, esta Sala de Juzgamiento procederá a realizar el análisis pertinente con la finalidad de establecer si en este caso hubo perjuicios con fuente en las conductas punibles juzgadas.

Pese a que en el presente evento durante las etapas de instrucción y juicio no hubo constitución de parte civil, la Sala en la audiencia preparatoria oficiosamente ordenó la práctica de prueba pericial con la finalidad de que se estableciera la ocurrencia de los perjuicios materiales con base en los elementos de convicción acopiados en el trámite, y de ser el caso se procediera a tasarlos de acuerdo con los parámetros legales establecidos para ello.

En cumplimiento de lo anterior, la perito designada emitió el correspondiente dictamen concluyendo que el total de daños

¹⁰² *Ibidem*.

y perjuicios, integrado por el daño emergente y el lucro cesante es de \$350.055.094,30.

Lo anterior, teniendo en cuenta el valor establecido sobre el contrato n.º 2865, para la participación del 5%, indexado a junio de 2020 cuando se efectuó el correspondiente dictamen.

No obstante, encuentra la Sala que la tasación anterior no puede ser tenida en cuenta para establecer la incursión en lesión del patrimonio público en los bienes y/o recursos del Estado, pues si bien los porcentajes indicados en el dictamen corresponden al ofrecimiento aceptado por IBARGUEN MOSQUERA, no existe prueba en la actuación que demuestre que la promesa remuneratoria finalmente se hubiese dado, pues, si se observa la resolución de acusación la conducta de cohecho propio imputada por la fiscalía fue la de aceptar la promesa más no de recibir¹⁰³.

La conducta delictiva tampoco tuvo la virtud de disminuir la capacidad productiva o laboral del Departamento de Chocó o poner en peligro su existencia¹⁰⁴. Por esta razón, la Sala no emitirá condena al pago de perjuicios por este concepto.

De otro lado, no existe discusión alguna que el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, señala que en la sentencia condenatoria *“Además, se pronunciará sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho si a ello hubiere lugar”*.

¹⁰³ CSJ SP18022-2017, 1 nov. 2017, Rad. 48679; SP14623-2014, 27 oct. 2014, Rad. 34.282; entre otras.

¹⁰⁴ CSJ SP 18 feb. 2003, Rad. 16262.

Lo primero sea advertir que ante la gratuidad que rige el proceso penal de conformidad a lo previsto en el artículo 6° de la Ley 270 de 1996, claramente dentro de éste no puede cobrarse arancel alguno en su procedimiento, pero ello por supuesto no implica que dicho principio irradie a aquellos *“gastos que originó el funcionamiento o la puesta en marcha del aparato judicial, debido a la reclamación de una de las partes”*, por ello, reconoce que la mayoría de las legislaciones del mundo contemplan la condena en costas en la medida que estos gastos fueron necesarios para obtener la declaración de un derecho, pues *“se trata ..., de restituir los desembolsos realizados por quienes presentaron una demanda o fueron llamados a juicio y salieron favorecidos del debate procesal.”*

No obstante, el máximo órgano de control constitucional en ejercicio de sus funciones y revisión del texto de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, declaró inexecutable la expresión *“que habrán de liquidarse en todos los procesos sin excluir a las entidades públicas”*, pues consideró que era responsabilidad del legislador definir *“en cada proceso, si se amerita o no el cobro de las expensas judiciales, así como el determinar, según las formas propias de cada juicio, si se incluye o no a las entidades públicas dentro de la liquidación de agencias en derecho, costas y otras expensas judiciales.”*

Para el caso que aquí interesa, entonces la Ley 600 de 2000, contempla como posible la liquidación de costas procesales¹⁰⁵, las que se conforman por dos rubros distintos,

¹⁰⁵ A diferencia de lo previsto en el artículo 55 del Decreto Ley 2700 de 1991 y lo previsto para la Ley 906 de 2004, donde resulta posible, pero una vez culminado el incidente de reparación integral, acudiendo por vía de integración normativa a lo señalado en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

las expensas y las agencias en derecho, entendidas las primeras como *“los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo”*¹⁰⁶, definición que se acompasa con la reconocida por la Sala de Casación Penal, pues se predica que estas son *“los gastos necesarios realizados por cualquiera de las partes para adelantar el proceso, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos y los curadores, los impuestos de timbre, el valor de las copias, registros, pólizas, gastos de publicaciones”*¹⁰⁷.

Y, las segundas, es decir, las agencias en derecho *“no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora”*¹⁰⁸, así también descrita por la Alta Corte, pues de ellas indica son *“los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, esto es, el pago de los honorarios de los profesionales del derecho que cada parte debió contratar para adelantar la gestión.”*¹⁰⁹

Es importante, precisar que la condena en costas no es el resultado de *“un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley.** De*

¹⁰⁶ CC C-089 de 2002

¹⁰⁷ CSJ Radicado 34145 de abril 13 de 2011, reiterada SP440-2018 (49493) de febrero 28 de 2018.

¹⁰⁸ CC C-089 de 2002.

¹⁰⁹ Ídem.

esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra."¹¹⁰ (Negrillas fuera de texto)

Si hubiere lugar a estos -costas por agencias en derecho y expensas-, de conformidad a lo previsto en los artículos 2, 3 y 40 de la Ley 153 de 1887, el camino para adelantar el trámite para reconocerlas y fijarlas será el previsto en el Código General del Proceso, descrito en los artículos 365 y 366, ello por vía de integración tal como lo ordena el artículo 23 de la Ley 600 de 2000.

En el presente caso, la Sala exonerará al procesado del pago de ambas. De las primeras por cuanto no fueron probadas en el expediente, y de las segundas, porque en el presente proceso no se presentó demanda de constitución de parte civil frente a la cual la Sala pudiera pronunciarse, a través de la declaración de responsabilidad penal del acusado.

Por medio de la Secretaría de la Sala, expídanse las copias de que tratan los artículos 469 y 472 del Código de Procedimiento Penal, aplicado.

Finalmente, ordenará declarar que la ejecución de las penas aquí impuestas le corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad del lugar de la prisión domiciliaria.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia,

¹¹⁰ CC C-157 de 2013.

Sala Especial de Primera Instancia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR a JULIO IBARGUEN MOSQUERA, de condiciones civiles y personales referidas en ese fallo, Exgobernador del Departamento de Chocó, como autor responsable de los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y cohecho propio [artículo 409 y 405 del Código Penal, respectivamente], en concurso heterogéneo [artículo 31 *Ibidem*], por los cargos relacionados con el contrato n.º 2865 de septiembre 11 de 1998; en consecuencia, **CONDENARLO** a la pena principal de **69 meses de prisión, multa de 116.64 salarios mínimos legales mensuales** vigentes para la época de los hechos, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 70 meses y 12 días, con fundamento en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO.- ABSOLVER a JULIO IBARGUEN MOSQUERA de los cargos por los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y cohecho propio [artículo 409 y 405 del Código Penal, respectivamente], relacionados con los contratos del Departamento Administrativo y de Seguridad Social de Chocó - DASALUD con fundamento en las consideraciones de esta sentencia.

TERCERO: No emitir condena en contra de **JULIO IBARGUEN MOSQUERA**, por concepto de indemnización de perjuicios, ni al pago en costas, expensas y agencias en derecho por no haberse demostrado su causación.

CUARTO: DECLARAR que **NO** es procedente la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

QUINTO: SUSTITUIR al condenado la pena privativa de la libertad por la **PRISIÓN DOMICILIARIA** en el lugar de su residencia, con la obligación de cumplir con los compromisos fijados en el numeral 3° del artículo 38 de la Ley 599 de 2000, previa caución para su cumplimiento por la suma de 1 s.l.m.l.v., en los términos señalados. La cual se ejecutará una vez adquiere firmeza el fallo.

SEXTO: En firme esta providencia, **REMITIR** la actuación al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad - reparto, para lo de su cargo.

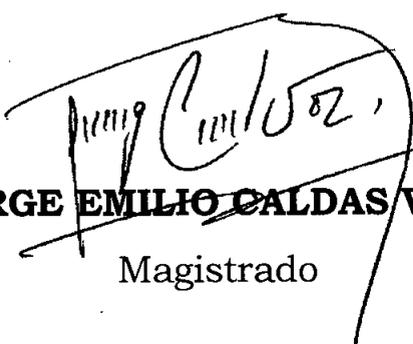
SÉPTIMO: REMITIR por Secretaría las copias del fallo a las autoridades que alude el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal.

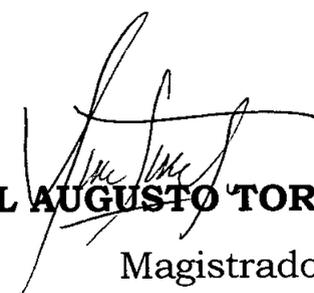
OCTAVO: Contra esta sentencia procede el recurso de apelación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


BLANCA NELIDA BARRETO ARDILA

Magistrada


JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado


ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado

RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario