

Fw: Presentación Escrito como no recurrentes Jaime Zapata Franco y Albeiro de Jesús Ríos dentro de la demanda de CASACIÓN NÚMERO INTERNO 59787 (C.U.I.15238600021220100220501)

rafael mejia guevara <rafaliti@yahoo.es>

Lun 09/05/2022 15:57

Para: Laura Mayoly Blanco Martínez <mayolybm@cortesuprema.gov.co>

RAFAEL MEJÍA GUEVARA & ABOGADOS

Especialista en Derecho Penal - U. de Caldas.

Calle 22 No. 23-33 Ed. Guacaica Of.802

Telefax [☎ 8826731](tel:8826731) - Móvil [3113151030](tel:3113151030)

Manizales - Caldas

----- Mensaje reenviado -----

De: rafael mejia guevara <rafaliti@yahoo.es>

Para: secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co
<secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>

Enviado: lunes, 9 de mayo de 2022, 11:29:34 GMT-5

Asunto: Presentación Escrito como no recurrentes Jaime Zapata Franco y Albeiro de Jesús Ríos dentro de la demanda de CASACIÓN NÚMERO INTERNO 59787 (C.U.I.15238600021220100220501)

Manizales - Caldas mayo de 2022

Honorables Magistrados
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal
Bogotá D.C.

PROCESO: CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES E INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS

ACUSADOS: ALBEIRO DE JESUS RIOS CAÑAS, JAIME ANTONIO OSORIO OSORIO, JAIME ZAPATA FRANCO, HERNANDO ROSERO CIFUENTES, NOHORA LUZ ARIAS GONZALEZ, GONZALO ARAQUE PINZON

RADICADO: 15238600021220100220501 – Rad. Interno 59787

Asunto: Intervención como no recurrente

En mi calidad de defensor de confianza de los doctores **ALBEIRO DE JESUS RIOS CAÑAS y JAIME ZAPATA FRANCO**, dentro del término de traslado contemplado en el Acuerdo No. 020 del 29 de abril de 2020 expedido por la Sala, de manera respetuosa presento **mi intervención como no recurrente** en relación con la demanda de casación presentada por el **apoderado de la víctima Consucon Ltda.**, en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por la **Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales** del 12 de abril de 2021, determinación que **confirmó integralmente** la absolución emitida en Primera Instancia por el **Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales** en favor de todos los acusados por los delitos

de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso heterogéneo con Interés indebido en la celebración de contratos.

Se allega documento PDF que consta de 10 folios.

Solicito comedidamente que se acuse recibido.

RAFAEL MEJÍA GUEVARA & ABOGADOS

Especialista en Derecho Penal - U. de Caldas.

Calle 22 No. 23-33 Ed. Guacaica Of.802

Telefax [6\) 8826731](tel:8826731) - Móvil [3113151030](tel:3113151030)

Manizales - Caldas

Manizales - Caldas mayo de 2022

Honorables Magistrados
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal
Bogotá D.C.

PROCESO: CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES E INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS
ACUSADOS: ALBEIRO DE JESUS RIOS CAÑAS, JAIME ANTONIO OSORIO OSORIO, JAIME ZAPATA FRANCO, HERNANDO ROSERO CIFUENTES, NOHORA LUZ ARIAS GONZALEZ, GONZALO ARAQUE PINZON
RADICADO: 15238600021220100220501 – Rad. Interno 59787

Asunto: Intervención como no recurrente

En mi calidad de defensor de confianza de los doctores **ALBEIRO DE JESUS RIOS CAÑAS y JAIME ZAPATA FRANCO**, dentro del término de traslado contemplado en el Acuerdo No. 020 del 29 de abril de 2020 expedido por la Sala, de manera respetuosa presento **mi intervención como no recurrente** en relación con la demanda de casación presentada por el **apoderado de la víctima Consucon Ltda.**, en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por la **Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales** del 12 de abril de 2021, determinación que **confirmó integralmente** la absolución emitida en Primera Instancia por el **Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales** en favor de todos los acusados por los delitos de **Contrato sin cumplimiento de requisitos legales** en concurso heterogéneo con **Interés indebido en la celebración de contratos**.

I.- CAUSAL INVOCADA: “[...] violación del debido proceso de las garantías fundamentales de la víctima reconocida dentro del presente asunto [...]”:

El demandante formula un único cargo al amparo del núm. 2º del art. 181 del C.P. de Penal en tanto el **“[...] Tribunal Superior de Manizales, en Sala de Decisión Penal, afectó el debido proceso y las garantías fundamentales de CONSUCON LTDA. en su calidad de interviniente como víctima debidamente reconocida dentro del proceso de la referencia [...]”**¹.

¹ Demanda de Casación presentada por el representante de la víctima Consucon LTDA. Pág. 6.

Concretamente, la censura del impugnante se centra en que señalar que hay una motivación deficiente o incompleta en la sentencia de segunda instancia en la medida en que el Tribunal no se pronunció sobre su apelación respecto del delito de **interés indebido de la celebración de contratos**, pues los argumentos expuestos en su recurso de apelación necesariamente llevaban a un pronunciamiento de fondo respecto de la responsabilidad penal de los acusados sobre dicho delito.

Bajo ese presupuesto debería partir el análisis de esta defensa, respecto a si en realidad los argumentos desarrollados para confutar la decisión de primera instancia se orientaron de manera concreta a determinar los supuestos errores en los que incurrió el juzgador de primera instancia, teniendo claro además que correspondía de manera específica demostrar el rol que cada uno de los acusados jugó la configuración de la conducta de interés indebido en la celebración de contratos; contrario a ello su argumentación se orientó de manera tardía y equívoca a sostener que estaban dados los elementos de prueba que demostraban del delito, sin establecer, cuáles de esas herramientas probatorias dejó de lado el Juzgado Séptimo Penal del Circuito en la providencia de primera instancia, lo que desde el punto de vista jurídico significa que incumplió los mandatos legales y el largo desarrollo jurisprudencia respecto a las obligaciones que atañen al recurrente en la concreción de su disenso respecto a la providencia atacada, lo cual sería suficiente para desestimar el cargo por cuanto hubo una indebida sustentación de dicho recurso que debería ser el elemento jurídico que habilita el trámite casacional.

Ahora lo que se vislumbra de fondo, a pesar de la falta de precisión del casacionista es que se case parcialmente y se decrete la nulidad respecto al delito consagrado en el art. 409 del C.P. bajo la premisa de violación al debido proceso y no obstante en dicha demanda no existe se da estricto cumplimiento del principio de “Unidad Temática” toda vez los argumentos de la apelación no guardan relación de correspondencia con los expuestos como razones de casación, con todo hemos de pronunciarnos respecto a la nulidad que se invoca.

II.- LA NULIDAD COMO MECANISMO PARA SANEAR LA PRESUNTA FALENCIA EN LA ACTUACIÓN DE LA SALA DE DECISIÓN PENAL DEL

**TRIBUNAL SUPERIOR DE MANIZALES PRESENTADA POR EL DEMANDANTE
COMO FUNDAMENTO CASACIONAL:**

Tal y como se ha establecido en nuestro Sistema Procedimental Penal, las nulidades se han postulado como mecanismos extremos para sanear los procedimientos que se desvían del cauce legal o vulneran garantías fundamentales, de allí que en un Estado Social de Derecho en el que se alza priman los Derechos Fundamentales, en especial el Debido Proceso, este régimen se estableció para sanear situaciones irregulares que afectan la actuación Procesal, por ello lo que se busca en primera medida con estas herramientas es la verificación y trascendencia de los daños generados con el supuesto incumplimiento del rito procesal y consecuentemente el mecanismo de corrección, siempre verificando la dimensión relativa a las garantías fundamentales, porque dependiendo del grado de afectación de la garantía puesta en tensión se deberá o no se deberá aplicar la nulidad.

Por ende, la eficacia de los actos procesales, y en especial el alegado por el demandante, solo se queda en el postulado, no se centra en determinar si el acto produjo efectos jurídicos, si no que se debe indagar si el acto reprochado cumplió con la finalidad propuesta para ese específico acto procesal o si por el contrario con su inaplicación se afectaron garantías fundamentales; por ello la nulidad será el último remedio procesal, es un mecanismo residual y no principal.

Bajo esos presupuestos para el ejercicio de las nulidades se deben verificar tres (03) pasos fundamentales: **I) La Constatación de la irregularidad**, la cual está dirigida a demostrar que lo actuado durante el procedimiento no se ajustó a lo reglado por la norma, juicio de constatación; **II) La adecuación**, estanco en el que se sabe que el acto fue irregular, es decir se ha constatado, por lo tanto, la situación jurídica debe enmarcarse en la causal de nulidad; **III) La aplicación de los principios que orientan la declaratoria de nulidad²**; si alguno de estos ejercicios no se cumplen sistemáticamente la nulidad no prosperará.

² Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal sentencia SP 3329-2020 (52901) del 9 de septiembre de 2020 M.P Patricia Salazar Cuellar “[...] Recuérdese que un acto procesal jurisdiccional irregular es ineficaz si reúne las siguientes condiciones: (i) que la irregularidad se encuentre definida en la ley como causal de nulidad (**taxatividad**); (ii) que el acto haya afectado garantías fundamentales de las partes o las bases del proceso (**trascendencia**); (iii) que no cumplió su finalidad o ésta se obtuvo con indefensión (**instrumentalidad de las formas**); (iv) que no fue coadyuvado por el interesado en su anulación salvo que se trate falta de defensa técnica (**protección**); (v) que no fue ratificado por el perjudicado (**convalidación**); y, (vi) que no puede ser reparado por otro mecanismo procesal (**subsidiariedad**) [...]”.

En el caso *bajo examen*, considera la Defensa que el primer elemento, “**la constatación de la irregularidad**” no se cumple, bajo los siguientes presupuestos:

Refiere el demandante que en el Fallo de Segunda Instancia, la **Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales** omitió el pronunciamiento sobre el delito de **Interés Indevido en la Celebración de Contratos** a pesar de que en el recurso de apelación presentado por este interviniente especial, solicitó la revocatoria de la decisión de absolución de Primer Grado por la existencia probada de ese delito, veamos:

“[...] La omisión de un pronunciamiento de fondo respecto al tópico del interés indebido en la celebración de contratos se torna irregular porque, pese a haber sido postulado oportuna y acertadamente en la apelación, el Tribunal no tuvo interés en argumentar la decisión que tomó frente a dicho tópico [...]”³

Para este sujeto procesal no recurrente en esta instancia extraordinaria, es claro que las decisiones de instancia sí se pronunciaron sobre el delito de Interés Indevido en la Celebración de Contratos, a pesar de que como lo expresó el **Juzgado Séptimo Penal del Circuito** en su sentencia, la labor de la Fiscalía sobre este tipo penal fue insuficiente e inconclusa:

*“[...] Por último, con respecto al tipo penal del artículo 409 del Código de penas, **Interés indebido en la celebración de contratos, nunca fue puntual con respecto a este delito el ente acusador, debiendo serlo con respecto de cada uno de los implicados [...]”⁴**. Subrayas y negrillas propias.*

Bajo esa misma línea valorativa el Despacho sentenció:

³ Demanda de Casación presentada por el representante de la víctima Consucon LTDA. Pág 17.

⁴ Sentencia No. 078 del 07 de noviembre de 2018 emitida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales – Caldas. Pág. 35.

*“[...] Vemos que la carga probatoria la tiene el ente investigador y no lo efectuó de esa manera, porque con respecto al **interés del servidor público, no lo fue concreto** con cada uno de los acusados, **fue muy vaporoso en este asunto, debió de haberlo señalado con precisión y con toda claridad, bajo la óptica de un juicio valorativo con respecto de la prueba traída al juicio y debió señalar cada una de las actuaciones de los diferentes procesados que constituyeran ese interés indebido**, pero en ésta actuación en concreto brilla por su ausencia [...]”⁵. **Subrayas y negrillas propias.***

Con estas dos citas extraídas de la decisión de primer grado, se logra determinar que la **Fiscalía General de la Nación** no hizo una labor adecuada en la estructuración del tipo penal de **Interés indebido en la celebración de contratos**, como lo advierte la decisión no fue concreto, fue vaporoso, no fue preciso, no fue claro, no trajo prueba que lograra determinar la ocurrencia de este tipo penal y agrega la defensa que ni siquiera estableció hechos jurídicamente relevantes diferenciadores que limitaran por un lado el **Interés indebido en la celebración de contratos** y por otro lado el **Contrato sin el cumplimiento de requisitos legales**.

Ahora, como la víctima hace causa común con la Fiscalía, en la Formulación de Acusación nada se dijo por parte de este interviniente especial en punto al Escrito de Acusación, por ende estaba conforme con los postulados propuestos, convalidando (**Principio de convalidación**⁶) la inadecuada estructuración del tipo Penal.

Ahora bien, fue tan claro el análisis realizado por el **Juzgado de Primera Instancia**, que a pesar de la nula estructuración del delito de **interés**, dispuso a partir de la prueba practicada determinar si existía indicio alguno de un ánimo ilícito, interesado o corrupto por parte de los funcionarios de **Gensa S.A. E.S.P** en las cesiones cuestionadas, porque debe recordarse que ni siquiera el contrato nuclear fue tachado por la Fiscalía General de la Nación, veamos:

⁵ Ibidem Pág. 35.

⁶ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal sentencia SP 3329-2020 (52901) del 9 de septiembre de 2020 M.P Patricia Salazar Cuellar: “[...] (v) que no fue ratificado por el perjudicado (convalidación) [...]”.

*“[...] Lo que sí podemos decir es que **en esa negociación no se advierte un interés ilícito en la celebración de esa cesión tal y como lo afirma la Fiscalía en su teoría del caso, además, dentro de sus alegatos de conclusión no hizo referencia a ese interés o intereses aludidos de los cuales debió haber realizado una referencia concreta y no lo hizo así, los dejó en el vacío, no los pudo probar [...]”**⁷. Subrayas y negrillas propias.*

A pesar de la claridad con la que fue resuelta la falta de estructuración del tipo penal de **interés** por parte de las Instancias, el demandante en esta oportunidad alude que existían todos los elementos necesarios para probar la ocurrencia de este delito, tanto así, que insiste, dentro de la demanda de casación, que en su recurso de apelación reprochó la decisión adoptada en ese sentido, pero **Honorables Magistrados** en el recurso de apelación presentado por este interviniente, lo único que propuso claramente como reproche frente al tópico que hoy esgrime como vulnerado fue lo siguiente:

*“[...] Es así como se prueba el interés indebido que existía en la cesión y el incumplimiento a los requisitos legales exigidos, y que existieron unas acciones dolosas que perfectamente se adecuan a las conductas típicas contempladas en los artículos 409 y 410 del C.P., y de allí si existen conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad de los acusados para condenar, todo fundado en las pruebas debatidas en el juicio [...]”*⁸

Lo anterior evidencia, que pese a su alusión, no le fue posible diferenciar fáctica y jurídicamente las conductas establecidas en el artículo 409 y 410 del Código Penal, a partir del pliego de cargos propuesto por la Fiscalía; el recurrente en sus cuatros (04) folios no logró detallar esa necesaria diferencia, significando por demás que si bien en algunos eventos se refirió a un interés, en nuestro criterio tal referencia se realizó como concepto general y abstracto, no concretando su reproche tanto fácticamente y jurídicamente, debiendo aducir cuáles medios probatorios se dejaron de valorar por el Juez de Instancia frente al delito de Interés Indebido en la

⁷ Ibidem Pág. 18.

⁸ Recurso de Apelación presentado por el Dr. Fernando Sandoval Rodríguez apoderado de las víctimas el 23/11/2018.

Celebración de Contratos, para con ello exigir la falta de pronunciamiento por parte de la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales sobre este aspecto.

La **Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales**, si realizó un análisis integral y sistémico de todo el proceso, partiendo de los elemento fácticos y jurídicos propuestos en la Acusación, estableciendo como marco de abordaje la **“realidad de la dicha cesión del contrato, la veracidad de los documentos reprochados, la normatividad aplicable a los contratos y las cesiones”**.

En cuanto a la falsedad, que si bien no fue acusada, la **Sala Penal** determinó que con la prueba practicada dentro del Juicio Oral no se logró probar, a pesar que la Fiscalía afincó el punto de partida de su teoría del caso en ese hecho; sobre el segundo elemento de análisis, la Sala estableció que la normatividad aplicable a esta clase de contratos era la relacionada en el artículo 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, concluyendo que **“[...] Conforme con estos dos cánones, claro se extracta que las empresas que se rigen por lo dispuesto en la ley 142 de 1994, es decir, aquellas que ejercen las actividades propias de los servicios públicos domiciliarios, sin importar si son públicas, privadas o mixtas, en las normas contractuales, como regla general, han de sujetarse a las disposiciones del derecho privado [...]”**, por ello y como lo estimó la **Sala de Decisión Penal del Tribunal** la postulación del representante de la víctima sobre la aplicación de la Ley 80/93 no estaba llamada a prosperar; bajo esos mismos presupuestos abordó la normatividad aplicable a las Cesiones de los Contratos de Suministro y de Ejecución Periódica, determinando que la norma especial era la referida en el artículo 887 del Código de Comercio, es decir, que bajo esa premisa normativa, para llevar a cabo esas cesiones no se requería ninguna solemnidad, pese a ello **Gensa S.A. E.S.P** estipuló en la cláusula 24 del contrato 133-2007 la necesidad de una autorización previa y expresa por parte de estos, es decir, que si se quería llegar a probar algún tipo de interés indebido o ilícito, tenía indudablemente que presentarse en ese momento contractual o en el Contrato Primario, es decir el suscrito entre **Gensa S.A., E.S.P y Consucon LTDA**, pese a ello, y a la falta de especificación por parte de la Fiscalía, el Tribunal analizó, valoró y llegó entre otras a las siguientes conclusiones: I) **“[...] Tal como lo indicó NICOLÁS JARAMILLO ARANGO, persona encargada de este tema contractual, era necesario constatar primero que no fuera el cesionario a la naturaleza de GENSA, es decir, se cuidaba la empresa de verificar la persona**

con que contrataba [...]⁹; II) “[...] Esto evidencia entonces, **que se tomaban precauciones en relación de los contratos**, la cual no contaba para su aprobación con un procedimiento determinado, pues se adujo por los jurídicos que ello no era necesario, más aún, se indicó por parte de los mismos, que estas cesiones eran generalmente aceptadas por cuanto la provisión de carbón no podía parar [...]”¹⁰.
Subrayas y negrillas propias.

Es por lo anterior, que los sentenciadores determinaron que en el presente proceso “[...] en momento alguno **se violenta este criterio y el principio de la selección objetiva**, puesto que ni era necesario contar con títulos mineros o licencias ambientales, sino tener la capacidad y demostrar de cualquier manera que el carbón se iba a proveer [...]”¹¹ **Subrayas y negrillas propias**, con todo la Defensa considera que el **Principio de Selección Objetiva** es un punto neurálgico en el delito de **Interés indebido en la celebración de contrato**, toda vez este se vulnera cuando un servidor público se interesa ilícitamente en favorecer a un contratista, en nuestro criterio la **Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales** dentro de todo su abordaje sí se pronunció sobre los aspectos relativos al delito, sin necesidad, como lo pretende el demandante a que se refiriera únicamente y puntualmente sobre el tipo penal, puesto que consideramos que el ejercicio de análisis para la decisión es armónico e integral, por ello al momento de aterrizar sus valoraciones estableció la Sala de Decisión Penal:

*“[...] Como quedó visto, la acusación, en sus tres pilares básicos fue desmontada en el juicio oral, no solo por la actividad defensiva, sino incluso de manera más preponderante, por los propios testigos de la Fiscalía, en lo que se demostró fue una causa llena de errores investigativos, de falencias a nivel teórico y en la que la Fiscal sustentó un pedimento de condena basado prácticamente en la versión harto sospechosa de dos socios de la firma **CONSUCON LTDA [...]**”¹².*

“[...] Bajo el amparo de todo lo hasta ahora anotado, no son necesarias mayores disquisiciones, ni adentrarnos en otras discusiones que no vienen

⁹ Sentencia de Segunda Instancia del 12 de abril de 2021. Pág. 56.

¹⁰ Ibidem Pág. 56.

¹¹ Ibidem Pág. 58.

¹² Ibidem Pág. 62.

*al caso, bajo el entendido que lo que debe resaltarse es un leal y adecuado actuar por todas las personas que se vieron involucradas en esta causa, ya que la propia Fiscalía logró desvirtuar su acusación, con lo que se demostró más bien fue, por un lado, un leal y correcto actuar de **GENSA SA ESP** y sus funcionarios, así como una completa lejanía en los hechos por parte de los demás involucrados, de tal manera que la absolución debe ser confirmada [...]”¹³.*

Y con mayor precisión sobre el tema que pugna el demandante, los Sentenciadores de Segunda Instancia determinaron, en nuestro criterio, sin error, descuido o falencia alguna, lo siguiente:

“[...] Ello por cuanto, ni un asomo de reato penal, ni los que fueron endilgados, ni ninguno otro, se evidencian en las personas en contras de las que se blandió acusación, de tal manera que se aviste adecuada la absolución, así como la argumentación ofrecida por el a quo para arribar a esta conclusión [...]”¹⁴.

La anterior cita es determinante para concluir que no se cumple con el elemento de **“constatación de la irregularidad”**, lo cual genera que no se pueda continuar con el abordaje y análisis de los demás elementos que integran el régimen de las nulidades es decir: **ii) la adecuación y iii) La aplicación de los principios que orientan la declaratoria de nulidad**, bajo tal panorama es dable concluir que el cargo formulado en esta sede extraordinaria no debe prosperar, puesto que en nuestro criterio tanto el Juzgador de Primera Instancia y los Juzgadores de Segunda Instancia sí abordaron dentro de sus decisiones los aspectos relativos al delito de **Interés indebido en la celebración de contratos**, pese a las falencias y pocas claridades fácticas y jurídicas existentes en la Acusación; en consecuencia solicitamos **que NO SE CASE** la decisión emitida por el **Tribunal Superior de Manizales - Sala de Decisión Penal**, por la presunta existencia de la causal invocada de violación a las garantías fundamentales, aplicando la nulidad como remedio procesal, toda vez que con todo lo analizado al no existir irregularidad no hay lugar a activar el mecanismo de saneamiento procesal.

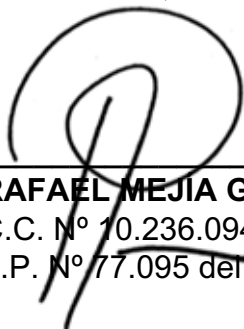
¹³ Ibidem Pág. 70.

¹⁴ Ibidem Pág. 71.

III-. PETICIÓN

Por las razones anteriormente expuestas, respetuosamente solicito a la **Honorable Sala de Casación Penal** de la **Corte Suprema de Justicia** que **NO CASE** la sentencia de segunda instancia proferida el 12 de abril de 2021 por la **Sala de Decisión Penal** del **Tribunal Superior de Manizales**, mediante la cual se **confirmó la absolución** dispuesta por el **Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales** en favor de **Jaime Antonio Osorio Osorio, Albeiro de Jesús Ríos Cañas, Jaime Zapata Franco, Gonzalo Araque Pinzón, Nohora Luz Arias González y Hernando Rosero Cifuentes** de los delitos de **contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos**.

Atentamente,



RAFAEL MEJÍA GUEVARA
C.C. N° 10.236.094 de Manizales
T.P. N° 77.095 del C.S. de la Judicatura