



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA

Magistrado Ponente

SP2536-2022

Radicación # 61110

Acta 160

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de julio de dos mil veintidós (2022).

Vistos:

Decide la Sala la impugnación especial interpuesta por el defensor de **Lucy Elvira Luna Albarracín**, contra la sentencia del 22 de septiembre de 2021 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual revocó la sentencia absolutoria del Juzgado Sexto Penal del Circuito y en su lugar condenó a la acusada por primera vez como coautora interviniente del delito de concusión.

Hechos:

Así fueron narrados en la decisión que se impugna:

*“Entre junio de 2008 y abril de 2009, Néstor Iván Moreno Rojas, quien abusando de su cargo de senador de la República para la época de los hechos, e invocando las influencias de su hermano, el entonces alcalde de Bogotá, Samuel Moreno Rojas; junto con su esposa **Lucy Elvira Luna Albarracín**, constriñeron e indujeron a Miguel Eduardo Nule Velilla, quien era parte del denominado Grupo Nule, que para ese momento ejecutaba obras de la Fase III del Transmilenio y estaba interesado en la adjudicación de otros contratos con el Distrito Capital, para que les entregaran, a nombre de ésta o de la empresa que ella dispusiera, después identificada como Inverproyectos Densill S. A., cuya representante legal suplente era Luz Stella Alzate Martínez, dos áreas de libre disposición de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S. A., con el objeto de instalar dos estaciones de servicio, aprovechando que los miembros del Grupo Nule eran integrantes de la junta directiva de esta concesión y bajo la amenaza de que, de no accederse a sus pretensiones, podrían verse afectadas las relaciones contractuales con la administración de Bogotá.”*

Actuación Procesal:

1.- El 24 de abril de 2013, ante el Juez 72 Penal Municipal de Bogotá, la fiscalía le imputó a **Lucy Elvira Luna Albarracín** el delito de concusión en calidad de interviniente, agravado por actuar en coparticipación criminal (*artículos 30, 58 y 404 del Código Penal*).

2.- El 18 de junio de 2013, la fiscalía radicó el escrito de acusación.

La audiencia correspondiente se realizó el 18 de julio de 2013. La fiscalía presentó los cargos tal como lo expuso en la audiencia de imputación.

3.- El 22 de septiembre de 2017 se realizó la audiencia preparatoria.

El juicio se inició el 13 de septiembre siguiente y concluyó, después de varias sesiones, el 25 de octubre de 2019, fecha en la cual la juez anunció el *sentido absolutorio* del fallo.

La Juez Sexta Penal del Circuito dictó la sentencia el 17 de febrero de 2020 de acuerdo con el anunciado sentido de la decisión.

4.- La Fiscalía y la Procuraduría apelaron la sentencia.

El Tribunal Superior de Bogotá la revocó. En su lugar, decidió:

*“Condenar a **Lucy Elvira Luna Albarracín** a 100 meses de prisión, al pago de multa por 77,41 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2009 y a 81 meses y 10 días de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, como coautora interviniente de concusión.”*

Le negó la prisión domiciliaria y el subrogado de suspensión condicional de la pena.

5.- La defensa interpuso el recurso de impugnación especial.

La sentencia Impugnada:

Para el tribunal, existe el conocimiento para condenar a **Lucy Elvira Luna Albarracín** por su *participación* en el delito de concusión por el cual fue acusada.

Explica en qué consiste, en los términos del artículo 404 del Código Penal, el delito de concusión. Señala que en dicha conducta incurre el servidor público que abusando de su cargo o de su función, constriñe o induce a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebida, o los solicite.

Sostiene que en los hechos punibles pueden concurrir autores y partícipes. Indica que es autor quien realiza la conducta por sí mismo o utilizando a otro como instrumento, y partícipes, el determinador y el cómplice: el primero instiga a otro a ejecutar la conducta, el segundo, previo acuerdo, colabora en su ejecución.

Señala que los tipos penales se clasifican en comunes y especiales. Los primeros los puede cometer cualquier persona. Los segundos solo quien tiene las calidades que el tipo especial exige. En ese orden, explica que el interviniente es un *coautor* que sin tener la calidad requerida por el tipo penal especial concurre a su realización.

Después de referirse a esos temas, afirma que **Lucy Elvira Luna Albarracín** *“participó en la conducta desplegada por Néstor Iván Moreno Rojas, quien, con abuso de la condición de senador y del parentesco con el alcalde Samuel Moreno Rojas, le exigió, a Miguel Eduardo Nule Velilla, que le asignaran, a él y su señora -hoy enjuiciada—, dos zonas aledañas a los centros de control operativos -CCO— de la concesión autopista Bogotá Girardot, con el propósito de que la acusada instalara dos estaciones de suministro de combustible, con la amenaza e intimidación de que, de no hacerlo, se podrían ver afectadas las relaciones contractuales entre el Grupo Nule y el Distrito Capital.”*

Detalla que Miguel Eduardo Nule Velilla se reunió en el año 2008 con Iván Moreno Rojas en Miami. Allí, el entonces senador le habría manifestado que requería la entrega de dos zonas de uso exclusivo de la concesión Bogotá Girardot para que su esposa y Luz Stella Alzate instalaran unas estaciones de gasolina. La presión, intuyó el testigo, consistió en que, de no hacerlo, los contratos con el Distrito Capital relativos a la ejecución de la etapa 4 de la fase III de transmilenio, que su firma ejecutaba, se podrían ver afectados.

Según Miguel Eduardo Nule Velilla, conoció a **Lucy Elvira Luna Albarracín** en una reunión que organizó Iván Moreno Rojas en casa de sus padres, en la que le reiteró el interés de su esposa en dichas zonas. Además, según el testigo, **Lucy Elvira Luna Albarracín** se reunió en las oficinas de la concesión Bogotá Girardot S.A., con el gerente del consorcio para gestionar la entrega que finalmente no fue aprobada por la Junta Directiva, debido a que los socios no estuvieron de acuerdo.

Informó el testigo -continúa el tribunal— que en la casa de los padres de Moreno Rojas, **Lucy Elvira Luna Albarracín** le comentó que *“negociaba en el ramo de las estaciones de gasolina”*, y aseguró que presentó como su socia a Luz Stella Alzate, con quien asistía a las reuniones y quien además le envió a Luis Rafael Monterrosa la proforma del *“contrato para construir EDS en variante Melgar Girardot”*. En el email se refería, entre otros temas, al *“direccionamiento en relación con el contrato firmado entre la Concesión Autopista Bogotá Girardot S. A. e Inverproyectos Densill S. A., para la construcción de la estación de servicio, en tanto que era la encargada de hacer los trámites para el inicio de la obra.”*

Miguel Eduardo Nule explicó -reitera el tribunal— que se reunió en Miami con Alvaro Dávila y Guido Nule y que en esa ciudad conoció a Iván Moreno Rojas. En esa ocasión le hizo saber del interés de su esposa en las zonas de uso exclusivo. Le dijo que le pedía una cosa mínima y que le podía ayudar en el Distrito, *“lo que este entendió en el sentido de que si no le colaboraba lo podía fregar.”*

Aseguró que **Lucy Elvira Luna Albarracín** se reunió, por orden suya, con el ingeniero Omar Mogollón Briñez, a quien asignó para que la acompañara a conocer las zonas de uso exclusivo, y que *“ella sabía de la extorsión que le hizo su esposo Néstor Iván, porque estuvo cuando éste le hizo la exigencia a su favor.”* Comentó que como la señora indagó sobre temas técnicos, la comunicó con Francisco Gnecco, gerente de la concesión, para tratar esos asuntos.

Señala que Carlos Collins Espeleta, socio con el Grupo Nule y otras firmas de la concesión autopista Bogotá Girardot S.A., declaró que Miguel Eduardo Nule Velilla les solicitó ceder las áreas de estaciones de gasolina a Iván Moreno Rojas y a **Lucy Elvira Luna** como compensación, a lo que se opuso, y sugirió que si quería lo hiciera con lo de él, no con bienes del consorcio.

Manuel Sánchez, abogado de Miguel Eduardo Nule, dijo que conoció a **Lucy Elvira Luna Albarracín** en un acto de campaña de Samuel Moreno Rojas. Manifestó que entre los años 2007 y 2008 su cliente le comentó que Néstor Iván Moreno Rojas y Alvaro Dávila le estaban exigiendo la entrega de dos zonas de uso exclusivo para instalar estaciones de combustible. Le sugirió que no lo hiciera.

Indicó que se reunió en Miami con Emilio Tapia, Miguel Nule e Iván Moreno y que en una de esas ocasiones le habló sobre las exigencias que le estaban haciendo a Miguel Nule, a lo que contestó que no se metiera. Aseguró que en esas reuniones se mencionó a **Lucy Elvira Luna Albarracín**, quien no estuvo presente.

Luis Rafael Monterrosa Ricardo, representante legal de MNV S.A., de la cual eran socios Manuel, Miguel Eduardo y Guido Nule, refirió, sin recordar mayores detalles, que Miguel Nule, su jefe directo, le indicó que debía firmar una minuta de cesión de áreas de la concesión autopista Bogotá Girardot S.A., para ubicar estaciones de gasolina.

Emilio José Tapia negó tener conocimiento de los hechos. Solo dijo que conocía a la acusada, de quien Iván Moreno Rojas dijo que tenía como actividad el suministro de combustibles.

Inocencio Meléndez, para la época director técnico del IDU, comentó que en la contratación entre el Estado y la concesión autopista Bogotá Girardot, se entregaron a los contratistas unas áreas de destinación exclusiva. Explicó que tuvo conocimiento que Miguel Eduardo Nule quería adjudicar esas áreas. Se reunió con él y le propuso *“integrar, sin licitación, la Avenida Longitudinal de Occidente -ALO—, obra asignada al Grupo Nule, a la concesión Autopista Bogotá Girardot, a cambio de que se le entregaran las estaciones de servicio, situación que no ocurrió porque el Ministerio de Transporte no dio el aval.”*

Se explica en la sentencia que con la investigadora del CTI, María Margarita Castillejo López, se introdujeron las evidencias 1 a 40 de la fiscalía:

“(i) la tarjeta decadactilar de la procesada; (ii) el oficio emitido por la Concesión Autopista Bogotá Girardot S. A., en el que se explica la composición accionaria de ésta; (iii) el oficio con el cual se anexa el correo electrónico de Luz Stella Alzate Martínez, dirigido a Luis Rafael Monterrosa Ricardo, cuyo asunto era el contrato de EDS, así como el correo electrónico enviado por Álvaro Dávila a Miguel Nule, con la minuta del contrato sobre la cesión de las áreas aledañas a los centros de control operativo -CCO-; (iv) los certificados de existencia y representación legal de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S. A. y el de Inverproyectos Densill S. A., cuyo representante legal era Orlando Jesús Sánchez Montaña y su suplente Luz Stella Alzate Martínez, y el objeto social principal era,

*entre otros, el de promover la construcción u operación de estaciones de servicio; (v) el oficio contentivo de los movimientos migratorios de Néstor Iván Moreno Rojas; (vi) las actas de la junta directiva de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S. A.; (vii) las escrituras públicas 3347 del 30 de junio de 2004, mediante la cual se constituyó la Concesión Autopista Bogotá Girardot S. A. y la 0606 del 20 de marzo de 2009, con la cual se reformaron los estatutos; (viii) la indagatoria de Néstor Iván Moreno Rojas, del 29 de abril de 2011, ante la Corte Suprema de Justicia, en la que éste manifestó que su estado civil era casado con **Lucy Elvira Luna Albarracín** (ix) un interrogatorio de parte, del 18 de junio de 2011, en el que éste aseguró, dentro de su núcleo familiar, que su señora era **Lucy Luna**; (x) copia de la Resolución 915 del 5 de junio de 2006, expedida por el Consejo Nacional Electoral, en la que se encuentra relacionado como senador elegido, por el partido político Polo Democrático, Néstor Iván Moreno Rojas; y, (xi) el informe de investigador de campo del 20 de enero de 2011, que contiene la transcripción de una grabación de una conversación entre Mauricio Galofre Amín, Germán Olano y Miguel Eduardo Nule Velilla, en las que se menciona que tienen que pagar unas comisiones a los Moreno Rojas.”*

De las pruebas que la Sala ha indicado en detalle, tal como fueron expuestas en la decisión, el Tribunal concluyó que se demostraba la responsabilidad de **Lucy Elvira Luna Albarracín**.

Explicó lo siguiente:

“Con la Resolución 915 del 5 de julio de 2006, expedida por el Consejo Nacional Electoral, quedó demostrada la condición de servidor público del entonces senador Néstor Iván Moreno Rojas, de quien, además, está claro, de conformidad con el relato de Miguel

Eduardo Nule Velilla, que fue él, quien con abuso de su poder y del parentesco con el entonces alcalde de Bogotá, Samuel Moreno Rojas, su hermano, le exigió a Miguel Eduardo Nule Velilla, quien era socio de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S. A., que le asignara a su esposa Lucy Elvira Luna Albarracín o a la empresa que ella determinara, dos zonas de uso exclusivo de los centros de control operativo para que instalaran estaciones de servicio, con la advertencia de que, si no lo hacía, se podían ver afectadas las relaciones contractuales entre el Grupo Nule y el Distrito Capital de Bogotá. De manera que estas amenazas fueron el medio utilizado para constreñir a la víctima y tratar de conseguir los beneficios indebidos mencionados, en favor de Luna Albarracín.” (Se subraya)

Tanta fue la coacción psicológica, dice el Tribunal, que Miguel Eduardo Nule realizó varias diligencias tendientes a cumplir con tal exigencia, sin lograrlo, ante el temor de verse perjudicado en las obras que realizaba en el Distrito. Así se ejecutó, concluye la decisión, el “*verbo constreñir del tipo penal en estudio.*”

Expresa que las pruebas en conjunto permiten concluir que **Lucy Elvira Luna** actuó como “coautora interviniente, en el entendido de que se sujetó al plan establecido y ejecutado por Néstor Iván Moreno Rojas, que la compromete al igual que este, con un resultado producto de la voluntad común, atribuible también a ella.” Advierte que si bien Miguel Eduardo Nule indicó que **Lucy Elvira Luna Albarracín** no le hizo ninguna exigencia directa, el beneficio era para ella, lo que explica su interés y gestiones para que se asignaran las zonas de uso exclusivo en la vía Bogotá Girardot a Inverproyectos Densill, firma representada por Luz Stella Alzate, con quien acudía en ese propósito. De modo que su “*participación fue activa y su aporte esencial y definitivo en la*

comisión del delito, pues tenía un rol asignado, que era estar al frente de la negociación para que Nule Velilla cumpliera la exigencia efectuada por Néstor Iván Moreno Rojas.”

Estos comportamientos son consecuencia de la reunión que sostuvieron la acusada, Miguel Nule e Iván Moreno Rojas en la casa de la madre de este último, en la que Iván Moreno Rojas insistió en la asignación de las zonas de uso exclusivo para su esposa, *“quien, sin duda, en esas circunstancias, conoció, avaló y actuó en consecuencia con tal conducta, como lo mencionó dicho testigo, quien dijo que ella participó en la conversación, de lo que se puede inferir que tuvo dominio del hecho.”*

Según el tribunal, no importa que la sociedad que aparecía como beneficiaria no fuera de propiedad de **Lucy Elvira Luna Albarracín**, en la medida que la cesión era para ella y además el tipo penal no exige un determinado vínculo de quien percibe o vaya a percibir el beneficio como condición de la tipicidad del delito de concusión. En este caso, quien envió el correo con la minuta del contrato fue Luz Stella Alzate, representante de Inverproyectos Densill, sociedad que **Lucy Luna Albarracín** e Iván Moreno Rojas señalaron que figuraría como beneficiaria de la asignación de las zonas de uso exclusivo.

Lo cierto es que, dice la decisión, *“la concusión se consumó con la exigencia que le hizo Néstor Iván Moreno Rojas a Miguel Eduardo Nule Velilla para obtener un beneficio indebido a favor de un tercero, Lucy Elvira Luna, quien actuó conjunta y coordinadamente con el primero, de modo que por tratarse de un delito de mera conducta, no se requiere, para concluir en su consumación, que, en últimas, se haga efectiva la exigencia, bastan el constreñimiento y la pretensión ilegal de*

obtener la utilidad indebida, no entregada, en este evento, por razones ajenas al receptor de la exigencia, quien como ocurrió, efectuó acciones tendientes a cumplir con su ofrecimiento y, de esta manera, conjurar la amenaza de Moreno Rojas; en otras palabras, para evitar que los negocios del Grupo Nule con el Distrito Capital se vieran afectados en la forma ya descrita.”

Con base en esos argumentos condenó a **Lucy Elvira Luna Albarracín** como coautora interviniente del delito de concusión.

Impugnación Especial:

Después de transcribir algunos apartes de la sentencia relacionados con la *participación* de su defendida en el delito de concusión, el defensor señala que su inconformidad se centra en cuatro aspectos esenciales:

“(i) Prescripción de la acción penal (ii) Desconocimiento de las características de: mera conducta y ejecución instantánea del delito de concusión (iii) Ausencia de los requisitos exigidos para atribuir a mi defendida la forma de participación como interviniente – coautora, (iv) Error en la valoración de las pruebas recaudadas en esta actuación.”

(i). Prescripción de la acción penal.

Señala que la acción penal prescribió antes de que el tribunal dictara la sentencia. Explica que en la audiencia de imputación realizada el 24 de febrero de 2013 se le atribuyó a **Lucy Elvira Luna Albarracín** el delito de concusión como “*coautora interviniente*”. Desde ese día, hasta el 22 de septiembre de 2021, en que se dictó la sentencia, transcurrieron 8 años,

6 meses y 28 días, término superior a la pena máxima de la infracción por la cual fue acusada.

Indica que la pena máxima para el delito de concusión es de 180 meses de prisión, tiempo que se empieza a contar nuevamente después de la imputación, esta vez por la mitad, que equivale a 90 meses. Al haberle imputado la conducta como coautora interviniente, la pena, según el artículo 30 del Código Penal, se reduce en una cuarta parte, por lo tanto, el término de prescripción es de 5 años, 7 meses y 15 días. En consecuencia, la sentencia de segunda instancia se dictó por fuera de ese plazo que se cumplió el 9 de diciembre de 2018 e incluso antes de la sentencia de primera instancia.

Refiere que para las conductas iniciadas o consumadas en el exterior el término de prescripción se incrementa en la mitad. De ser así, la conducta del interviniente del delito de concusión quedaría, según lo dispuesto en el inciso 7 del artículo 83 del Código Penal, en 101.25 meses después de la imputación. Sin embargo, esa norma es inaplicable, pues según la acusación *“las actuaciones objeto de reproche fueron desplegadas en Colombia.”*

Insiste que la acusación se refiere a hechos realizados en Colombia. Entonces, si el delito de concusión es de mera conducta, se consumaría, en su caso, en Bogotá. De manera que si alguna conducta irregular se ejecutó en Miami, esa situación no es imputable a quienes no estuvieron en esa ciudad, como lo ha sostenido la Corte en caso similares en

las SP del 22 de julio de 2009, radicado 27852 y 21 de julio de 2021, radicado 54699.

Por lo tanto, es evidente que la acción penal prescribió al haberse realizado la intervención, si es que la hubo, en territorio colombiano.

De otra parte, cuestiona la desproporción punitiva y la aplicación errónea de la Ley 890 de 2004, temas que en su criterio tienen incidencia en el término de prescripción de la acción penal.

Reitera que **Lucy Elvira Luna Albarracín** fue acusada como coautora interviniente del delito de concusión por no tener las calidades del sujeto activo del tipo penal imputado, y critica que contra los principios de proporcionalidad y razonabilidad de las sanciones penales, se le haya impuesto 100 meses de prisión como pena principal, mientras que Iván Moreno Rojas, el autor, fue condenado a 84 meses, al haber sido juzgado como aforado bajo las normas de la Ley 600 de 2000. Eso propició que a la interviniente, para quien la ley prevé una menor sanción, se le impusiera una pena mayor a la del autor, lo cual es constitucionalmente inadmisibles. Por lo tanto, la imposibilidad de aplicar los incrementos de la Ley 600 de 2000 a Iván Moreno Rojas, deben cobijar en este caso al interviniente.

Siendo así, la pena máxima sería entonces de 10 años - sin el incremento de la Ley 890 de 2004—, la que disminuida en una cuarta parte quedaría en 7.5 años. Esta cifra, desde

la imputación se disminuye en la mitad, lo que significa que para el momento en que se dictó la sentencia de primera instancia la acción penal había prescrito.

(ii). Desconocimiento de las características del delito de concusión: de mera conducta y de ejecución instantánea.

Se tiene definido por la jurisprudencia que el delito de concusión es de mera conducta y de ejecución instantánea. Estas características, en su criterio, fueron desconocidas por el tribunal y sobre ese error se sustentó la condena contra su defendida.

Explica que basta para la consumación del delito el acto de constreñir o inducir, independientemente de que el sujeto pasivo esté en posibilidad de cumplir la exigencia. Es decir, el delito se consuma con la mera actividad dirigida al resultado.

Reitera esos conceptos para señalar que según Miguel Eduardo Nule, el delito de concusión se configuró y consumó en la supuesta reunión en Miami a la que no asistió la acusada y de la cual tampoco se probó que hubiera tenido conocimiento.

Según Nule Velilla:

“Iván Moreno y Samuel Moreno tenían un mecanismo de presión contra todos los contratistas para pedir comisiones y tenían

*una organización criminal en la ciudad de Bogotá y básicamente en ese particular era un mecanismo de presión para que no me caducaran contratos como el que estábamos realizando, el Contrato 137, que era la etapa 4 de la fase 3 de Transmilenio y el contrato 071 y 072 que eran referentes a la malla vial de Bogotá. Básicamente, un mecanismo de presión y de extorsión del señor Iván Moreno, pero el cual no lo hizo la doctora **Lucy Albarracín**. Ella nunca me extorsionó a mí.”*

Así las cosas, el delito de ejecución formal se consumó en Miami, no en la reunión de Teusaquillo en la cual estuvo presente **Lucy Luna Albarracín** y en la que Iván Moreno Rojas se limitó a mencionar lo relacionado con las dos áreas de destinación exclusiva de la concesión. Por eso, pensar que la conducta persistió en el tiempo, es desconocer la esencia del delito de concusión y su instantaneidad. Eso descarta, concluye, un concurso de delitos.

Reitera esa idea y la vuelve circular para manifestar que se cometió un solo delito por una sola persona y que por esa circunstancia se debe absolver a su defendida.

(iii). Ausencia de requisitos de la participación como interviniente.

Señala que desde la SP del 8 de julio de 2003, radicado 20704, la Corte ha señalado que la figura del interviniente de que trata el artículo 30 del Código Penal se refiere a quien concurre a la realización del delito como autor sin tener la calidad del sujeto activo. No lo es quien instiga o colabora a la ejecución sin tener dominio del hecho.

Diserta ampliamente sobre esta temática para indicar que no es coautor quien interviene después de consumado el hecho. Bajo ese entendido la acusada no podía ser coautora de un delito que se consumó instantáneamente en otro lugar. Ni siquiera suponiendo que **Lucy Elvira Luna Albarracín** hubiera estado al frente de la negociación de las zonas de cesión se puede atribuirle el dominio del hecho.

La forma como Nule Velilla describió la reunión en Miami con Iván Moreno Rojas no permite inferir que **Lucy Elvira Luna Albarracín** hubiese determinado a posteriori *el sí y el cómo de un delito* consumado en otro lugar. En fin, la mención de Miguel Eduardo Nule a una reunión celebrada en la casa de los papás de Moreno Rojas en el Barrio Teusaquillo, en la cual Iván Moreno Rojas le ratificó su interés en las áreas de cesión para su esposa, o para la empresa que ella dispusiera, no es prueba de que la acusada haya ejecutado en el nivel del autor el tipo especial.

De otra parte, asevera que aun cuando no se precisó por parte de la fiscalía, ni por el tribunal, si la coautoría es propia e impropia, la defensa asume que la primera modalidad de coautoría fue la imputada. Lo cierto es que según Miguel Eduardo Nule Velilla, ella no realizó ningún constreñimiento, ninguna presión para que obrara en su favor.

En cuanto a la coautoría impropia sostiene que según la jurisprudencia se requiere:

“i) un acuerdo o plan criminal común entre los agentes, de manera que cada uno de ellos se comprometa a asumir una tarea parcial o total del acuerdo de voluntades, ii) división del trabajo, en el que ninguno de los sujetos activos realiza completamente el comportamiento típico de manera individual, iii) el aporte debe ser importante, o sea, de tal magnitud, que sin ella no se hubiese producido el resultado típico y, iv) la actuación tiene que realizarse en la fase ejecutiva del iter criminal.”

Desde esa perspectiva, el acuerdo de voluntades por sí solo no es prueba de la coautoría, como parece entenderlo el Tribunal cuando señala que *“se sujetó al plan establecido y ejecutado por Néstor Iván Moreno Rojas, que la compromete al igual que éste, con un resultado producto de la voluntad común, atribuible también a ella”*, un plan sobre el cual Miguel Eduardo Nule dijo que no sabía si la acusada conocía de la supuesta *“extorsión”*.

La división de trabajo, un elemento sustancial de la coautoría impropia, supone que cada quien realiza un aporte de tal magnitud que sin él la ejecución del delito es incierta. No se probó que **Lucy Luna Albarracín** actuara de esa manera. La asistencia a casa de los Moreno Rojas y a las oficinas de la concesión no demuestran que conociera de la coacción, y de la relación matrimonial con Iván Moreno Rojas tampoco se puede inferir que lo supiera.

Además, el aporte del interviniente debe ser tal que de esa constatación se debe inferir el dominio del hecho. Ninguna situación permite sostener que **Lucy Elvira Luna Albarracín** obró como interviniente.

En síntesis, ni ella estuvo en Miami donde se consumó el delito formal e instantáneo, ni se demostró que hubiera hecho algún aporte en la fase ejecutiva del delito y que esa contribución demuestre que tenía dominio del hecho. Su vinculación, si acaso, es posterior al constreñimiento ejecutado en Miami por Iván Moreno, no anterior, ni coetáneo al mismo.

De otra parte, ser beneficiaria del delito no la convierte en coautora, como lo estimó el tribunal. Se requiere de acuerdo previo, la participación en la fase ejecutiva del delito y el dominio del hecho. No puede ser, entonces, coautora de esa conducta.

Por último, la agravante prevista en el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal afecta el principio del non bis in idem: la acusación como interviniente de un delito especial supone la coparticipación de un servidor público; es una condición necesaria para explicar la figura del interviniente. En consecuencia, el tribunal no podía agravar la pena por haber ejecutado la conducta en coparticipación criminal. Así lo ha definido la Corte en la SP del 8 de julio de 2003, radicado 20704 y SP del 20 de mayo de 2010, radicado 33905 entre otras.

(iv). Error en la valoración de las pruebas.

En la sentencia se advierte el intento fallido del tribunal por robustecer la precaria situación probatoria aportada por la fiscalía.

El único testigo directo es Miguel Eduardo Nule Velilla. Pero él no vinculó a **Lucy Elvira Luna Albarracín** como coautora del delito. Inocencio Meléndez y Carlos Guillermo Collins -testigos de oídas— dijeron que no conocían a la acusada. Y Manuel Sánchez y Emilio Tapia se contradicen. El primero dijo que Miguel Nule le contó de las exigencias, mientras que el segundo lo desmintió. Con todo, ninguno apoyó la versión de Miguel Eduardo Nule quien, como se sabe, no acusó a **Lucy Luna Albarracín** de haberlo constreñido.

No existe, entonces, prueba que permita, más allá de toda duda, responsabilizar a su defendida.

Consideraciones de la Corte:

Primero. De acuerdo con el numeral 7 del artículo 235 de la Constitución Política, la Corte es competente para revisar por vía de la impugnación especial la sentencia mediante la cual, por primera vez en segunda instancia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá condenó a **Lucy Elvira Luna Albarracín** como coautora interviniente del delito de concusión.

Segundo. En el primer cuestionamiento a la actuación, el defensor plantea que la acción penal prescribió antes de dictar la sentencia de segunda instancia e incluso antes.

Explica que a **Lucy Elvira Luna Albarracín** se le imputó y acusó como coautora interviniente del delito de concusión.

Según eso, como el delito en mención se sanciona con una pena máxima de 15 años de prisión, ese monto, por tratarse de un interviniente, se disminuye en una cuarta parte (*artículos 404 y 30 inciso final del Código Penal*). Por lo tanto, el término de prescripción sería de 11 años 3 meses. Pero como el delito le fue imputado el 24 de abril de 2013 y esta diligencia interrumpe el término de prescripción, debiéndose contar nuevamente, pero esta vez por la mitad, la acción penal prescribe en 5 años, 7 meses y 15 días (*artículos 292 de la Ley 906 de 2004 y 83 del Código Penal*), esto es, el 9 de diciembre de 2018.

Al haberse dictado la sentencia el 22 de septiembre de 2021, la acción penal para esa fecha habría prescrito, salvo que, como el delito se inició en el exterior, en términos del inciso final del artículo 83 del Código Penal, el término de prescripción se amplía en la mitad.

Para la defensa eso es inaceptable. En su criterio, la acusada no asistió a la reunión en la ciudad de Miami en la que Iván Moreno Rojas construyó a Miguel Eduardo Nule con el fin de que le entregara a **Lucy Elvira Luna Albarracín** o a quien ella señalara, dos zonas de la concesión vial Bogotá Girardot S.A., de la cual las empresas de Nule Velilla eran parte.

Apoyado en la indiscutida idea de que el delito atribuido es de mera conducta y de ejecución instantánea, asume que el delito de concusión es un acto estático en el que expresado el constreñimiento, la inducción o expuesta la solicitud, el

delito se consuma, y se vale de esa elaboración para aislar la conducta de Iván Moreno Rojas de la intervención de **Lucy Elvira Luna Albarracín**, con la finalidad de sostener que al participar después de consumado el delito, **Lucy Elvira Luna Albarracín** nada tuvo que ver con ese comportamiento, a pesar de que gestionó la dádiva y colaboró en el propósito de obtener un resultado que finalmente no se logró.

La noción de mera conducta hace referencia a delitos en los cuales el resultado material no es necesario para verificar su desvalor. El injusto en este caso lo conforman la infracción al deber como desvalor de acción y el desvalor de resultado como riesgo para el bien jurídico de la administración pública (*artículo 11 Ley 599 de 2000*), entendido como el conjunto de principios que definen los rasgos esenciales de la función y la ética pública según los términos del artículo 209 de la Constitución.¹

En el delito de concusión se abusa de la función o del cargo para limitar la libertad del particular mediante el constreñimiento, la inducción o solicitud con el fin de obtener una utilidad indebida, independientemente de que se logre. Por eso es de mera conducta y ejecución instantánea. Pero eso no quiere decir que sea un delito de un solo acto, pues el constreñimiento, la inducción o la solicitud pueden persistir en la misma línea de conducta y finalidad, sin que por eso se configure un concurso de delitos de la misma especie, como erróneamente lo aduce la defensa.

¹ CSJ SP del 26 de mayo de 2021, radicado 55766.

En ese sentido se debe señalar que las palabras en el derecho expresan conceptos que no corresponden muchas veces a su sentido gramatical o a su expresión material. Por eso, la noción de conducta instantánea del derecho penal no se puede abordar desde su sentido lingüístico, que puede servir para obtener réditos desde una visión pragmática, pero no soluciones jurídicamente aceptables.

Eso para decir que en todos los casos la conducta que define el derecho penal no se concibe como un acto que dura una fracción breve de tiempo. Es un concepto más complejo: expresa la idea de interferencia con el bien jurídico y como tal puede estar compuesta de varios actos que el derecho valora como un acto único. De manera que cuando se habla de delitos de conducta instantánea no se puede limitar su valoración a la constatación material de un momento, sino a la forma como el constreñimiento, la inducción o la solicitud interfiere el bien jurídico, ya sea mediante un solo acto o mediante una secuencia de actos que corresponden a la misma finalidad.

En esa línea, no se puede desgajar la conducta para dividirla en segmentos con el fin de hacer del delito de concusión un conjunto de actos separables sin relación entre sí, pese a que conforman una unidad conceptual en la que quienes concurren a su realización ejecutan diversos aportes para concretar el resultado, así no lo logren. Eso explica que a **Lucy Elvira Luna Albarracín**, así no haya ido a la crucial reunión de Miami, le sea aplicable la ampliación del plazo de prescripción, pues *participó* en un delito que corresponde a

un *todo*, cuya ejecución se inició en el exterior y concluyó en Colombia.

En la acusación se describió esa situación. Así se detalló la forma y lugares donde fue ejecutada la conducta:

“Estos actos tienen ocurrencia en las oficinas del grupo Nule en la calle 93 de esta ciudad, en la casa de Teusaquillo de residencia de la madre de Néstor Iván Moreno Rojas, en el apartamento 401 de residencia del abogado Alvaro Dávila Peña, en la ciudad de Miami y en las oficinas de la sociedad concesión Bogotá Girardot, ubicadas en la carrera 11 numero 93 85 piso 3.”

En esa medida, la prescripción de la acción penal, desde el punto de vista propuesto por el defensor, es jurídicamente inviable.

Por último, las decisiones que a manera de precedente cita el defensor para sustentar su petición no corresponden a la situación que se trata.

En la SP del 22 de julio de 2009, radicado 27852, la Sala estimó que el delito de concierto para delinquir con fines de narcotráfico se cometió en varios países, de manera que la prescripción se trató bajo la consideración de que el delito se cometió en el exterior. En la segunda, correspondiente a la SP del 21 de julio de 2021, radicado 54699, la Corte estimó que el delito de favorecimiento al contrabando se cometió en el país y por tanto no le era aplicable el incremento de los términos de prescripción.

Ni una ni otra decisión, entonces, tiene relación con la situación aquí analizada.

Tercero. El defensor aduce que la acusada no actuó como interviniente. La Sala analizará si la aplicación de la ley es consecuente con las premisas fácticas declaradas en la sentencia sobre esa forma de intervención y su repercusión, por ser un tema inescindible, con la prescripción de la acción penal.

La Corte se ha ocupado del interviniente en tres etapas. En la primera, -SP del 25 de abril de 2002, radicado 12191— consideró que el coautor, el cómplice y el determinador eran intervinientes y podían beneficiarse con la rebaja de la pena hasta en una cuarta parte, siempre y cuando no tuvieran las calidades del autor del tipo penal especial.

En una segunda fase – SP del 8 de julio de 2003, radicado 20704—, estimó que la calidad de interviniente se predica respecto del *coautor* de un delito especial propio que ejecuta la conducta a la manera del autor calificado, sin tener las calidades exigidas en el tipo penal, no del cómplice ni del determinador.

Por último, en una tercera fase -SP del 17 de septiembre de 2008, radicado 26410, y 16 de noviembre de 2019, radicado 54125—, indicó que el interviniente sin las calidades exigidas para el autor del tipo penal especial puede desarrollar su intervención en el marco de la coautoría material propia o impropia. A partir de este enunciado señaló

que la coautoría propia se presenta cuando “*varios individuos mediante acuerdo previo o concomitante realizan la conducta y todos actualizan el verbo rector definido en el tipo*”.

La impropia, en esa línea, precisa de un *(i) acuerdo previo o concomitante* entre las personas sobre la comisión del delito, *(ii) división de trabajo*, en cuanto todos ejecutan una fracción de la conducta acordada, lo que da lugar a la *imputación recíproca*, según la cual todos responden por el todo, *(iii) el dominio funcional* del comportamiento por cada coautor, y *(iv) la sujeción al acuerdo* para evitar imputaciones por el exceso de quien lo cometa.

De manera que según la Corte,

“Es interviniente quien, careciendo de las calidades especiales (jurídicas, profesionales o naturales) dispuestas por el legislador en el tipo para el sujeto activo, realiza actos de coautor material (propio o impropio), caso en el cual será sancionado con la pena dispuesta en la respectiva norma punitiva, disminuida en la cuarta parte.”

Acerca de la distinción entre autores y partícipes, en la sentencia C 05 de 2018, al estudiar la constitucionalidad del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, la Corte Constitucional expresó que la coautoría en delitos de “*infracción al deber*” corresponde al “*quebrantamiento conjunto de un deber especial conjunto*”. Eso significa que solo quien tiene el deber que le impone al sujeto activo del delito especial puede ser autor. De modo que el interviniente no puede alcanzar ese rango,

así lo quiera, y de allí que el artículo 30 del Código Penal lo incluya entre los partícipes.

Esta lectura impone, para lo que se ha de considerar, algunas precisiones:

En la coautoría impropia, aparte del dominio funcional del hecho que se expresa en un aporte conforme al plan común, la actividad debe ser esencial en la realización de la fase *ejecutiva* de la conducta, al punto que sin ella se frustra el plan común.

En los delitos comunes la coautoría propia e impropia no presenta mayores complicaciones. No ocurre lo mismo en los delitos especiales, empezando porque no es muy ortodoxo llamar *coautor interviniente* al *partícipe*, quien desde el punto de vista causal ejecuta un comportamiento que solo le puede ser imputado como autor a quien normativamente infringe el deber.

En tal sentido se debe señalar que el interviniente se diseñó para preservar la unidad de imputación entre el autor del delito especial que recorre la conducta y el extraño que la *ejecuta* sin tener la condición requerida en el tipo penal especial. Para imputar el mismo delito a autores equivalentes en cuanto ejecutan causalmente la *misma* conducta, pero que son normativamente *desiguales*. En consecuencia, en estricto sentido, solo el autor que tiene las calidades exigidas en el tipo penal especial puede dominar el hecho -entendido como concepto normativo—, el interviniente no, puesto que

carece de la sujeción normativa requerida en el tipo penal especial al cual concurre.

De allí que la Corte Constitucional en la Sentencia C 05 de 2018 citada, reiterara la tesis de la Corte Suprema expuesta en la SP del 17 de septiembre de 2008, radicado 26410, en la cual se expuso que:

“Si el servidor público y el particular se ponen de acuerdo para delinquir, de modo que aportan de manera principal (no accesoria) a su propio delito, mediando la división del trabajo necesaria para alcanzar los objetivos comunes, en la órbita de las acciones naturales se consideran coautores. En el campo normativo y a la luz del régimen penal, no son propiamente coautores.”

O en palabras de Silvina Bacigalupo², mientras en los delitos de dominio es autor quien domina el hecho, es decir, el que conduce la causalidad al resultado, en los delitos de infracción de deber, autor es quien infringe un deber que le incumbe.

Como se observa, la construcción de la participación en los delitos especiales está cifrada en la infracción al deber y, en consecuencia, el desvalor de acción es menor para el interviniente, puesto que no tiene el vínculo que supone ese juicio negativo de la conducta.

² Bacigalupo, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción al deber*. Ed. Marcial Pons.

De otra parte, tanto en delitos comunes como en delitos especiales, suelen concurrir como partícipes el determinador y el cómplice. El determinador, sin dominar el hecho, instiga a otro a realizar el comportamiento descrito en el tipo penal, tratándose de un delito común o especial. El segundo, previo acuerdo o concomitante, colabora con el autor en la ejecución de la conducta o presta una ayuda posterior. Así lo establece el artículo 30 del Código Penal.

En conclusión:

(i). solo el autor calificado puede ser autor de un delito especial.

(ii). El *interviniente* es un *partícipe* que realiza la conducta descrita en el tipo penal (constreñir o solicitar, en este caso), ya sea porque la ejecuta directamente o porque mediante división de trabajo participa en la *ejecución* de la conducta descrita en el tipo especial.

(iii). El *interviniente* requiere siempre de un autor calificado, por lo cual se rige por el principio de accesoriadad de la participación.

(iv). El *interviniente* no domina normativamente el hecho. Domina la causalidad.

Cuarto. El Tribunal atribuyó la calidad de *interviniente* a **Lucy Elvira Luna Albarracín**.

En relación con su intervención, aseveró:

[Lucy Luna Albarracín] *“participó en la conducta desplegada por Néstor Iván Moreno Rojas, quien, con abuso de la condición de senador y del parentesco con el alcalde Samuel Moreno Rojas, le exigió, a Miguel Eduardo Nule Velilla, que le asignaran, a él y su señora -hoy enjuiciada—, dos zonas aledañas a los centros de control operativos -CCO— de la concesión autopista Bogotá Girardot, con el propósito de que la acusada instalara dos estaciones de suministro de combustible, con la amenaza e intimidación de que, de no hacerlo, se podrían ver afectadas las relaciones contractuales entre el Grupo Nule y el Distrito Capital.”* (Se subraya)

El tribunal hizo de la declaración de Miguel Eduardo Nule Velilla el núcleo de su argumentación. Con base en ese testimonio concluyó que **Lucy Elvira Luna Albarracín** se encargó, junto con Luz Estela Alzate, de gestionar la fallida cesión de las áreas de uso exclusivo e incluso, por su instrucción, fue con el ingeniero Omar Mogollón a conocer las zonas de uso exclusivo.

Con base en esas pruebas, aseveró:

“Con la Resolución 915 del 5 de julio de 2006, expedida por el Consejo Nacional Electoral, quedó demostrada la condición de servidor público del entonces senador Néstor Iván Moreno Rojas, de quien, además, está claro, de conformidad con el relato de Miguel Eduardo Nule Velilla, que fue él, quien con abuso de su poder y del parentesco con el entonces alcalde de Bogotá, Samuel Moreno Rojas, su hermano, le exigió a Miguel Eduardo Nule Velilla, quien era socio de la Concesión Autopista Bogotá Girardot S. A., que le asignara a su esposa Lucy Elvira Luna Albarracín o a la empresa que ella determinara, dos zonas de uso exclusivo de los centros de

control operativo para que instalaran estaciones de servicio, con la advertencia de que, si no lo hacía, se podían ver afectadas las relaciones contractuales entre el Grupo Nule y el Distrito Capital de Bogotá. De manera que estas amenazas fueron el medio utilizado para constreñir a la víctima y tratar de conseguir los beneficios indebidos mencionados, en favor de **Luna Albarracín.**” (Se subraya)

De allí, el tribunal infirió que:

“Lucy Elvira Luna actuó como “coautora interviniente, en el entendido de que se sujetó al plan establecido y ejecutado por Néstor Iván Moreno Rojas, que la compromete al igual que este, con un resultado producto de la voluntad común, atribuible también a ella.”

Y, atendiendo las gestiones que realizó -visitas a las oficinas y áreas de cesión, trámite de proformas del contrato, etc.— concluyó que:

“su participación fue activa y su aporte esencial y definitivo en la comisión del delito, pues tenía un rol asignado, que era estar al frente de la negociación para que Nule Velilla cumpliera la exigencia efectuada por Néstor Iván Moreno Rojas.” (se subraya)

Para finalizar con que:

“la concusión se consumó con la exigencia que le hizo Néstor Iván Moreno Rojas a Miguel Eduardo Nule Velilla para obtener un beneficio indebido a favor de un tercero, **Lucy Elvira Luna Albarracín**, quien actuó conjunta y coordinadamente con el primero, de modo que por tratarse de un delito de mera conducta, no se requiere, para concluir en su consumación, que, en últimas,

se haga efectiva la exigencia, bastan el constreñimiento y la pretensión ilegal de obtener la utilidad indebida, no entregada, en este evento, por razones ajenas al receptor de la exigencia, quien como ocurrió, efectuó acciones tendientes a cumplir con su ofrecimiento y, de esta manera, conjurar la amenaza de Moreno Rojas; en otras palabras, para evitar que los negocios del Grupo Nule con el Distrito Capital se vieran afectados en la forma ya descrita.”

Después de referir que la acusada también participó en la reunión en casa de los Moreno Rojas en la ciudad de Bogotá con Iván Moreno Rojas y Miguel Eduardo Nule Velilla, en donde se habló de la cesión de las áreas de uso exclusivo, el tribunal, en un párrafo, consideró que dominaba el hecho. Señaló:

“[Lucy Luna Albarracín] ... sin duda, en esas circunstancias, conoció, avaló y actuó en consecuencia con tal conducta, como lo mencionó dicho testigo, quien dijo que ella participó en la conversación, de lo que se puede inferir que tuvo dominio del hecho.” (se resalta)

Como se puede observar, esa conclusión la infirió de la declaración de Miguel Nule Velilla y de las probadas gestiones que realizó **Lucy Elvira Luna Albarracín** ante funcionarios de la concesión vial Bogotá Girardot. Al respecto, Miguel Eduardo Nule Velilla efectivamente declaró haberse reunido en la casa de los Moreno Rojas con Iván Moreno y **Lucy Elvira Luna Albarracín**. Concretamente expresó:

“La conocí en el año 2008. El senador Iván Moreno me invitó a la casa de su madre en el barrio Teusaquillo de Bogotá, allá me la presentó.

¿Qué pasó en esa reunión?

7:06: El señor Iván Moreno Rojas me ratificó lo que había pedido con anterioridad en una reunión en Miami, en relación con dos zonas de uso exclusivo de la vía Bogotá Girardot para la doctora Lucy Albarracín o la señora Luz Alzate, para unas estaciones de gasolina...

7:50: ¿En razón de qué le pidió eso?

Como Usted bien sabe, Iván Moreno y Samuel Moreno tenían un mecanismo de presión para los contratistas, para pedir comisiones, una organización criminal en la ciudad de Bogotá, básicamente un mecanismo de presión...

8:49: El cual no lo hizo la doctora Lucy Albarracín, ella nunca me coaccionó a mí.

8:59: ¿Sabía si la señora Lucy Albarracín tenía conocimiento de esta extorsión por parte de Iván Moreno?

9:02: Pues lo que sé es que ella tenía interés en que las zonas de uso exclusivo se las entregaran a ella, y obviamente sabía que su esposo era senador y hermano del alcalde de Bogotá, o sea, yo podría inferir que ella tenía conocimiento del poder que tenía sobre un pequeño contratista.

9:49: ¿Tuvo conocimiento si ella estuvo o visitó la concesión Bogotá Girardot?

Si, ella estuvo en la concesión Bogotá Girardot. La atendió el doctor Federico Gnecco que era gerente general de la concesión para darle trámite a la concesión, pero hubo un desacuerdo entre los socios.”

De otra parte, las fallidas gestiones fueron corroboradas por quienes atendieron ese trámite e incluso se estableció que Alvaro Dávila remitió el proyecto de contrato para la entrega de las zonas de uso exclusivo. Eso demuestra que **Lucy Elvira Luna Albarracín** no estuvo sola bajo la dirección de esa causa, sino que Alvaro Dávila y Luz Estela Alzate estuvieron al tanto de esas gestiones.

En cuanto a ese tema, Miguel Nule Velilla refirió lo siguiente:

10:35: “¿Sabe quién era Rafael Monterrosa Ricardo?”

10:40: Era el representante de la constructora MR, la cual era parte de la concesión Bogotá Girardot.”

“¿Tuvo algún tipo de intervención en ese tema?”

10:51: El no tuvo conocimiento de ningún tipo de negociación. Le solicité que firmara un contrato para la cesión de una de las dos zonas, para las que se firmó una minuta de contrato que me envió Alvaro Dávila, para que se firmara y se tramitara directamente con funcionarios que indicara Iván Moreno.”

11:46: “¿A qué minutas hace referencia?”

O sea el señor Alvaro Dávila era un abogado que trabajaba como asesor para nosotros, peor también era una persona relacionada con Iván Moreno, era quien manejaba los negociados de los señores Moreno en Bogotá y era el encargado de que se les entregara las coimas a los señores Moreno; en este caso él fue quien

tramitó una minuta del contrato de la cesión de las zonas de uso exclusivo para la empresa de la señora Lucy Albarracín. Esa minuta, no recuerdo en detalle, se suscribió y se volvió.

Esa minuta la elaboró Alvaro Dávila. Me la llevó físicamente y me la envió al correo.”

Así mismo, con palabras de Nule Velilla, se debe indicar lo siguiente:

“Doctor Miguel, en la prueba número 3 de este proceso aparece un correo que voy a ponérselo de presente de la misma manera..., un correo de Luz Estela Alzate para Luis Rafael Monterrosa... martes 16 de junio de 2009, dice: asunto contrato para construir RS en la variante Melgar Girardot y dice, comillas, Señor Monterrosa, nuevamente me dirijo a Usted para que me pueda direccionar en relación con el contrato firmado entre la concesión Bogotá Girardot y la empresa Inverproyectos...para la construcción de una estación de servicios. Como le comenté en el mes pasado yo estoy encargado por la empresa para solicitar todos los permisos para iniciar la construcción y recibir los papeles por parte de la concesión... Usted se acuerda de este correo?

31:16: Me comentó Luis Alfredo de eso -no del correo en detalle—, que se había comunicado con él la doctora Alzate y efectivamente yo le dije al señor Monterrosa que se encargaría de eso el doctor Gnecco... El doctor Iván en su momento comentó que quien se iba a encargar de los permisos era la doctora Alzate y yo le pedí al doctor Gnecco, que me acompañó a una reunión en la casa de la doctora María Eugenia Rojas, en la que estaba presente la doctora Luz y el doctor Iván, de que coordinaran ellos todo lo relacionado con los permisos, las licencias, en fin.”

¿Usted habló de que la doctora Alzate y la señora Lucy visitó la concesión Bogotá, cuál fue el objeto de esas visitas?

34:04: Para hablar con el doctor Francisco Gnecco con la persona que designara el doctor Francisco para conocer la zona y hacer todos los trámites relacionados con el posible contrato que estaba pidiendo Iván Moreno.”

Por último, el testigo afirmó, refiriéndose a la acusada:

40:30: “ella estaba enterada de que se iban a entregar las zonas de uso exclusivo, no, o sea, como le dijo, delante de ella a mí no me puso una pistola Iván Moreno, o sea yo no puedo decir eso, yo no puedo decir que ella me coaccionó, ella conocía de la extorsión de Iván Moreno, o sea ella conocía, pero no puedo decir que me extorsionó a mí.”

De allí se puede concluir que efectivamente **Lucy Elvira Luna Albarracín** participó del hecho ilícito. De eso no cabe duda. También que su participación obedece a un acuerdo previo, por cuanto desde el principio, en la reunión de Miami, Iván Moreno Rojas mencionó que ella o Luz Estela Alzate recibirían el beneficio ilegal.

Es más, según se infiere de la declaración de Miguel Eduardo Nule Velilla, en el propósito de concretar la utilidad, intervinieron Luz Estela Alzate y el abogado Alvaro Dávila y no únicamente **Lucy Elvira Luna Albarracín**. Eso reafirma que el papel de esta consistió en procurar, al igual que Luz Estela Alzate y Alvaro Dávila, que la coima se entregara, y

que la coacción, epicentro de la conducta, la realizaba Iván Moreno, su esposo, no ella.

De manera que con la declaración de Miguel Nule Velilla -porque no existen otras, salvo las que refieren que estuvo al tanto de gestionar la recepción de la dádiva— queda claro que **Lucy Elvira Luna Albarracín** no coaccionó a Miguel Eduardo Nule, ni hizo la solicitud. No existe ninguna prueba que demuestre que la acusada lo haya hecho. Sí se probó, y no existe duda de ello, que sería beneficiaria del delito y como tal contribuyó a ese propósito, dirigiendo la forma como se recibiría el beneficio, en lo cual fueron importantes las gestiones de Luz Estella Alzate y Alvaro Dávila.

Manuel Sánchez Castro³³, abogado y conocido de Miguel Nule Velilla, Iván Moreno y **Lucy Elvira Luna Albarracín**, algo dijo, por comentarios del afectado, de las exigencias que le hacían. Señaló:

6:25. “Me lo contó de manera directa el señor Miguel Nule en su apartamento y en mis oficinas, angustiado por las exigencias que le estaba haciendo... él me manifestó directamente en varias ocasiones, muy desesperado, las exigencias que se le estaban haciendo, entre otras, además de dinero, que ellos debían entregar, el grupo Nule, que le estaban exigiendo Iván Moreno y su esposa, se le entregaran dos áreas, o dos espacios para ubicar unas estaciones de gasolina...”

³³ Declaración del 13 de septiembre de 2017

Si bien el abogado Manuel Sánchez Castro manifiesta que Nule Velilla le contó quién lo presionaba, dando a entender que la acusada también lo hacía, la coacción la explicó con bastante claridad Miguel Nule Velilla, quien percibió de manera directa la conducta pues fue el coaccionado (artículo 402 de la Ley 906 de 2004). Por lo tanto, su versión acerca de la forma como se ejecutó el comportamiento se debe preferir a la de quien la conoció por comentarios o la cuenta por referencias. De modo que en ese contexto la declaración del abogado se debe entender en el sentido de que **Lucy Elvira Luna Albarracín** efectivamente pretendió beneficiarse de la conducta de su esposo -está claro— y que participó de ese propósito -lo que no significa que sea interviniente—.

De otra parte, los directivos y abogados del consorcio – Collins, Monterrosa, Dávila y Gnecco— no conocieron de la exigencia directa y por eso sus versiones se limitan a narrar detalles acerca de cómo **Lucy Luna Albarracín** y Luz Estella Alzate solicitaron y tramitaron la fracasada entrega de las zonas de cesión.

En consecuencia, todo queda, pues, en la percepción directa de Miguel Nule Velilla y en declaraciones de terceros que confirman su versión en cuanto a las gestiones que realizaron la acusada y Luz Estela Alzate para “legalizar” la utilidad, no en relación con la coacción que se le atribuye a **Lucy Luna Albarracín**.

Sobre todas estas situaciones habló el Tribunal. En esa medida, porque esas reflexiones corresponden a lo probado, no existe reparo. El problema se presenta al sostener que la asistencia a la reunión en Teusaquillo en casa de los padres de Moreno Rojas y la fallida gestión son manifestaciones del dominio del hecho y que fue por tanto “*coautora interviniente*” del delito.

Quinto: El tribunal no hizo distinciones en cuanto a las diferentes formas de participación. Concluyó, sin más, que la acusada dominaba el hecho sin mostrar las diferencias entre la participación del cómplice y del interviniente.

Según lo expuesto, el interviniente no es un autor sino partícipe. Por eso no es una casualidad que se encuentre dentro de las formas de participación que define el artículo 30 del Código Penal.

La interpretación histórica de esa inclusión es sencilla: buscaba resolver el problema de unidad de imputación *entre quien realiza la conducta descrita en el tipo penal sin tener las calidades exigidas para el sujeto activo del delito especial y el autor que si las tiene*. Los dos no podían ser autores, pero tampoco cómplice quien también ejecuta el verbo rector. Por eso se consideró que el interviniente es un partícipe que si bien domina causalmente el hecho, no puede ser autor por no tener la condición normativa requerida por el tipo penal.

Esta connotación que se plasmó en la fórmula legal corresponde a una versión propia de la teoría restrictiva de autor.

Desde esta perspectiva, el tribunal trazó las bases que confirman la imputación a nivel de complicidad, pero le atribuyó a la acusada la de interviniente, con lo cual aplicó indebidamente los artículos 30, inciso final y 404 del Código Penal.

En efecto: se probó que **Lucy Luna Albarracín** no ejecutó el verbo rector del delito, ni directamente ni mediante división de trabajo, pero si colaboró en él y realizó -junto con Luz Estella Alzate— las gestiones para ser beneficiaria del mismo. De manera que el ser beneficiaria, por grave que sea la conducta y por la reconocida importancia y las relaciones familiares con Iván Moreno Rojas y la vinculación de este con numerosos actos de corrupción, no convierte al cómplice en autor.

Desde el punto de vista causal siempre será difícil distinguir entre autor, cómplice e interviniente -el asunto del campanero muestra lo difícil de establecer tales límites desde esa perspectiva⁴—, e igualmente desde el acuerdo previo, porque ese pacto anterior a la comisión de la conducta es común al cómplice y al interviniente. En esa dimensión, la participación en el nivel de coejecución de la conducta, como lo exige la coautoría impropia, permite señalar, en este caso,

⁴ SP del 10 de mayo de 1991, ID 457528 y 3 de febrero de 2021, radicado 57264

que la participación de **Lucy Elvira Luna Albarracín** fue importante en procura de lograr el beneficio ilegal, no en constreñir, inducir o solicitar, formas que constituyen el núcleo de la ilegalidad.

El delito de concusión, como se ha indicado, consiste en abusar del cargo o de la función para constreñir o inducir a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o solicitar. En esa medida, la acción del beneficiario no está en el giro de la coejecución del núcleo rector del tipo penal especial, sino en una fase distinta relacionada con la obtención del propósito. Por eso no puede ser coautor impropio interviniente sino cómplice de la conducta, lo que dicho sea de paso incide sustancialmente en la legalidad de la actuación penal.

Dicho en otras palabras: en el delito de concusión la acción consiste en coaccionar al particular, o en solicitar la dádiva. Por lo tanto, recibir el beneficio o ayudar en la consecución de la utilidad, que es la pretensión final del coaccionador, se vincula con la realización del propósito y por eso quien recibe el beneficio o se beneficia es cómplice y no interviniente.

Desde luego que la sala entiende que el comportamiento es grave y que en su ejecución participó el esposo de la acusada, quien según Miguel Eduardo Nule empleó su poder, derivado de la condición de Senador de la República y de hermano del alcalde de Bogotá para constreñir a contratistas de la ciudad capital. Pero esa situación no permite desbordar

los márgenes del derecho penal y encasillar la conducta en una forma de participación con tal de mostrar mayor rigor en el tratamiento de ciertos comportamientos indeseables. Esas situaciones las debe considerar la fiscalía para no provocar juicios que pueden complicar la validez de la actuación penal. Al fin y al cabo a las personas se las juzga por lo que hacen, no por su entorno o relación familiar, que desde luego incide en la comisión de la conducta, pero no permite ir más allá de lo efectivamente probado en el juicio.

Sexto. Por lo tanto, existe el conocimiento para decir que la acusada actuó como cómplice, no como interviniente del delito de concusión.

Desde ese punto de vista, como el delito de concusión prevé una pena de entre 90 y 180 meses de prisión (artículo 404 del Código Penal), y el cómplice incurre en la pena del autor disminuida de la sexta parte a la mitad (artículo 30 ibídem), los extremos punitivos se ubican entre 15 y 90 meses de prisión. Eso significa que la acción penal prescribió antes de dictarse la sentencia de segunda instancia.

En efecto: la audiencia de imputación se realizó el 24 de abril de 2013 y la sentencia de segunda instancia se profirió el 22 de septiembre de 2021.

Según esas fechas, como la acción penal prescribe en un término igual al de la pena máxima señalada en la ley para el cómplice (90 meses), más el incrementó de la mitad por haberse iniciado la conducta en el exterior (135 meses),

la sentencia de segunda instancia con la cual se interrumpe el término de prescripción se debía dictar 67 meses y 15 días después, considerando que el término de prescripción, desde la imputación, se reduce a la mitad.

Es decir, como la audiencia de imputación se realizó el 24 de abril de 2013, la acción penal prescribió el 14 de diciembre de 2018, incluso antes de dictarse la sentencia de primera instancia.

En consecuencia, se anulará la actuación posterior a la fecha indicada por cuanto la acción no podía proseguirse por haber prescrito la acción penal.

Por lo anterior, La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

Resuelve:

Declarar que la procesada intervino en los hechos materia del proceso en calidad de cómplice.

En consecuencia, **anular** la actuación desde el 14 de diciembre de 2018 porque no podía proseguirse por haberse operado ese día la prescripción de la acción penal.

Se **decreta** por esa misma razón la prescripción de la acción penal.

Cancelar la orden de captura número T8002258 del 26 de octubre de 2021 dictada con ocasión de la sentencia que se anula.

Notifíquese y Cúmplase



22

FABIO OSPITIA GARZÓN

Presidente

Sala C



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

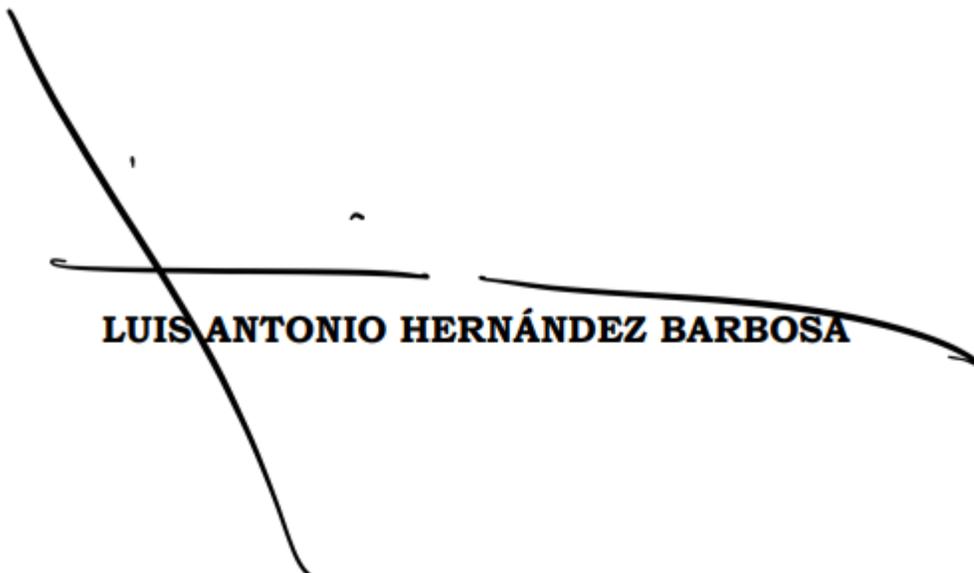


Sal

GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



HUGO QUINTERO BERNATE

Sala Casación Penal@2022

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria