

Proceso No 19491

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente

MARINA PULIDO DE BARÓN

Aprobado Acta N° 058.

Bogotá D. C., mayo veintisiete (27) del dos mil tres (2003).

VISTOS

Decide la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por la defensa contra la sentencia del 13 de noviembre del 2001 a través de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar confirma la proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Chiriguaná que condena a ELIÉCER ARIAS NÚÑEZ y a Andrés Palomino Martínez como coautores del delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, a la pena de prisión por el término de cuatro (4) años, a pagar una multa equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad y a pagar una suma equivalente a seiscientos (600) gramos oro por concepto de perjuicios materiales. En la misma providencia de primera instancia se absuelve a los dos sentenciados del delito de interés ilícito en la celebración de contrato.

HECHOS

El Tribunal Superior de Valledupar sintetizó los hechos que dieron lugar a este proceso, en los siguientes términos:

“Cuenta el expediente que Andrés Palomino Martínez, como alcalde del municipio de Chimichagua (Cesar), elegido para el periodo constitucional de 1998 a 2000, el 24 de febrero de este mismo año, celebró un contrato de suministro de una motoniveladora, marca Caterpillar, modelo 120G articulada, año de fabricación 1987, con hoja de 12 pies, con el señor ELIÉCER ARIAS NÚÑEZ, en su calidad de gerente de la Cooperativa de Trabajo Asociado para el Desarrollo Construir Ltda., sin tener en cuenta lo dispuesto en el numeral 1º del Art. 24 de la Ley 80 de 1993, ya que la escogencia del contratista ha debido hacerse a través de licitación o concurso público y no efectuar una contratación directa toda vez que el presupuesto de rentas y gastos del municipio de Chimichagua (Cesar) para la época de los hechos era de \$3.805'590.000 cifra que de acuerdo a la cuantía del contrato por \$157'000.000, que costó la motoniveladora, no corresponde a la menor cuantía, a que se refieren los valores del literal a) del numeral 1º del Art. 24 de la mencionada ley, razón por la cual el ex burgomaestre en mención no debió contratar directamente y aún así no cumplió con el presupuesto de la selección objetiva consistente en realizar por lo menos dos ofertas, tal como lo dispone el Art. 3º del decreto 855 de 1994.

“En el acta que aparece a folio 17 del c.o. N° 1, con fecha 4 de marzo de 1998, rubricada por Andrés Palomino Martínez (ex alcalde de Chimichagua) y ELIÉCER ARIAS NÚÑEZ, gerente para la época de Construir Ltda., se deja constancia de la entrega, en las bodegas de Gecolsa S.A., de una motoniveladora marca Caterpillar, modelo 1206 articulada, equipada con hoja de 12 pies, al municipio de Chimichagua representado por el primero de los nombrados; sin embargo por comunicación dirigida a la Fiscalía Sexta Seccional de Valledupar, por Gecolsa y firmada por su Gerente, Zona Norte, señor Luis Adolfo Rico se hace constar que la motoniveladora en comento fue entregada al señor Jorge Luis Oñate Cárdenas en el mes de julio de 1998 (Fl. 231 lb.); lo que deja

ver que la entrega de la máquina no se produjo en la fecha del 4 de marzo, como lo consigna el acta en mención, sino en la fecha a que se refiere la comunicación de la empresa expendedora”.

ANTECEDENTES RELEVANTES

Iniciada la investigación, el sindicado ELIÉCER ARIAS NÚÑEZ fue escuchado en indagatoria y el 16 de febrero del 2000 se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva como cómplice en la celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, habiéndosele concedido libertad provisional. (Folios 166 C.O. # 1).

La acusación consta en las resoluciones del 15 de junio y 11 de agosto del 2000, proferidas por la Fiscalía Sexta Delegada ante los Jueces Penales del Circuito y la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior, respectivamente, conforme a la cual se formulan cargos contra Andrés Palomino Martínez y ELIÉCER ARIAS NÚÑEZ como presuntos coautores de los delitos de Interés ilícito en la celebración de contratos y contrato sin el cumplimiento de requisitos legales. (Folios 410 y s.s.; 453 y s.s. C.O.# 1)

El 10 de mayo del 2001, el Juzgado Penal del Circuito de Chiriguaná culminó la instancia a su cargo con la condena de Andrés Palomino Martínez y ELIÉCER ARIAS NÚÑEZ como coautores materiales del delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, por cuya responsabilidad les impuso la siguientes penas: prisión por el término de cuatro (4) años; multa de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales; e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad. Además los condenó a pagar solidariamente una suma equivalente a 600 gramos oro a favor del municipio de Chimichagua, a título de indemnización de perjuicios materiales. Finalmente absolvió a los dos sentenciados por el delito de interés ilícito en la celebración de contrato. (Fls. 66 a 111 C.O.# 3).

Al decidir el recurso de apelación interpuesto por la defensa, el Tribunal Superior de Valledupar, mediante fallo fechado el 13 de noviembre del 2001, confirmó la sentencia impugnada pero concedió al sentenciado ELIÉCER ARIAS NÚÑEZ la prisión domiciliaria. (Fls. 16 a 46. C. Tribunal).

LA DEMANDA

El defensor ataca la sentencia de segundo grado bajo dos cargos, uno por violación directa de la ley sustancial y otro por violación indirecta, según se resume a continuación.

Primer cargo.

De conformidad con el aparte primero del ordinal 1º del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, el demandante acusa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Valledupar en este proceso, por violación directa de la ley, consistente en la aplicación indebida de normas sustanciales.

Según el libelista, el yerro del ad quem radica en la escogencia de la norma porque “los hechos que emergen del proceso no corresponden a los tratados en la hipótesis legal aplicada”, que es la contemplada en el artículo 146 del anterior Código Penal, porque ella, por ser norma en blanco, se complementaba con disposiciones de la Ley 80 de 1993 o estatuto de contratación administrativa, cuyo artículo 56 creó una ficción legal para extender al particular que contrata la calidad de sujeto activo calificado del delito de contratación sin el cumplimiento de requisitos legales.

Entonces, critica al Tribunal porque circunscribió el análisis de la culpabilidad al artículo 146 del Código Penal, cuando ha debido tomar en cuenta la asimilación que hizo el legislador, por lo que debía verificar “si al momento de realizar la conducta el sujeto agente tenía la absoluta conciencia de la ilicitud de la conducta, es decir, si tenía

conocimiento de los hechos estructurales del delito y, no obstante tal conocimiento, su voluntad se precipitó hacia su comisión”.

Enseguida, aduce que al contratar con la alcaldía de Chimichagua, el procesado ARIAS NÚÑEZ actuó bajo error invencible sobre la calidad de servidor público que por esa actividad le atribuía el artículo 56 de la ley 80 de 1993, pues por tratarse de un arquitecto no tenía por qué tener ese conocimiento y la rudimentaria información que admitió tener sobre contratación administrativa no basta para concluir que conociera el texto de los artículos 56 y 57 de dicho estatuto, como tampoco eran de conocimiento del fiscal, quien al dictar la medida de aseguramiento le atribuyó la calidad de cómplice.

Por lo anterior, considera que “se le debe reconocer” al sentenciado ese error con el carácter de invencible y que en tales condiciones, la conducta de éste se acopla a la previsión del numeral 10 del artículo 32 del Código Penal actual, correspondiente con el 4º del artículo 40 del estatuto derogado, el cual consagraba el denominado error de tipo.

De esa manera, el casacionista concluye que la norma sustancial aplicable a ELIÉCER ARIAS NÚÑEZ no era la del artículo 146 del derogado Código Penal sino el 40 numeral 4º o el artículo 32 numeral 10 de la codificación hoy vigente, que consagra las causales de ausencia de responsabilidad y que el Tribunal aplicó indebidamente la primera de esas normas y violó directamente alguna de las últimas, por cuanto son las que reglan la situación jurídica del procesado.

Adicionalmente, el demandante señala como disposiciones directamente infringidas las contenidas en los artículos 52, 56 y 57 de la ley 80 de 1993 en la medida en que la responsabilidad en ellas consignada no puede ser entendida en forma objetiva, sino bajo la noción de la culpabilidad. Y en este caso, su representado actuó al amparo de una causal de inculpabilidad, desprovisto de dolo.

Segundo cargo.

En esta ocasión el recurrente ataca la sentencia de segundo grado por violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de identidad, endosándole al Tribunal la “interpretación falsa” de las pruebas aducidas, al atribuirles un alcance objetivo que no tienen; cargo que funda en varios motivos los cuales deduce de los siguientes apartes de la sentencia atacada:

1º.- Fragmento del fallo en donde el Tribunal rechaza la disculpa suministrada por el implicado:

“No resulta de recibo la exculpativa del procesado ARIAS NÚÑEZ cuando afirma en su diligencia de inquirir que no se enteró del trámite o el procedimiento articulado por la administración municipal, por cuanto esas funciones no eran de su resorte, sin embargo era consciente el procesado que, dentro del giro ordinario de las actividades de la persona jurídica que representaba, no estaba el de importar o comercializar maquinaria pesada, más aún porque dentro de las limitantes del ente cooperativo estaba el de su capital social que no superaba el monto de los \$2'000.000 y era obvio que por esta razón no tenía capacidad económica o financiera para realizar un convenio por un monto tan grande, muy a pesar de que en su condición de gerente, fuera autorizado por el Consejo de Administración, para que pudiera contratar por una suma superior a los cincuenta salarios mínimos legales mensuales ...” ... “Es decir, que sin el capital social suficiente ni ser del giro ordinario propio de sus funciones o actividades la Cooperativa Construir Ltda., bajo la dirección de ARIAS NÚÑEZ, celebró un contrato de suministro de una máquina motoniveladora con el municipio de Chimichagua (Cesar), por un preciso de \$157'000.000 lo que a simple vista aparece como ilógico e irrazonable, si se tiene en cuenta el objeto y capital social de la Cooperativa”.

Para el recurrente, lo anterior es un “medio probatorio innominado” del cual se

extrae que el procesado ARIAS NÚÑEZ debía saber que la Cooperativa de la cual era gerente no estaba dedicada a la comercialización de maquinaria pesada, ni tampoco contaba con el capital social apto para comprar la motoniveladora; hecho que corresponde a una irregularidad interna de la Cooperativa, pero que no prueba ni está llamada a demostrar la culpabilidad de ARIAS NÚÑEZ en el delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales.

En criterio del impugnante el aspecto subjetivo de la conducta punible mencionada sólo se puede establecer demostrando que, al suscribir el contrato, el sujeto agente tenía pleno conocimiento, plena conciencia de que como contratista adquiría la calidad de sujeto activo calificado del referido delito y no con “la prueba del capital social de la Cooperativa Construir Ltda., y la prueba de su objetivo social” que son los hechos señalados por el Tribunal, motivo por el cual incurrió en tergiversación de la prueba, haciéndole producir efectos que objetivamente no se establecen en ella.

Al decir del recurrente ese “desacierto probatorio” se reflejó en la declaración de justicia contenida en la parte resolutive del fallo condenatorio, que de no haber existido, habría significado que el Tribunal dictara un fallo absolutorio.

2º.- El libelista cita la afirmación del Tribunal según la cual el procesado ARIAS NÚÑEZ comprendía que “su posición era de simple intermediario, porque no disponía del objeto requerido por el municipio de Chimichagua y que no era necesario que éste hiciera una contratación directa con Construir Ltda, cuando bien hubiera podido, previo el cumplimiento de los trámites de ley, contratar el suministro de la motoniveladora...” de lo cual el sentenciador infirió que la contratación hecha por el alcalde Palomino Martínez con ARIAS NÚÑEZ transgredió los principios de transparencia y selección objetiva.

El demandante rechaza la inferencia anterior por cuanto el conocimiento que el

procesado tenía de su condición de intermediario no entraña una circunstancia inherente al delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, por cuanto esa cognición no está referida ni al tipo penal, ni a la antijuridicidad o culpabilidad de la conducta. Entonces reitera que la culpabilidad se hubiera dado si al momento de suscribir el contrato el procesado hubiera tenido la conciencia de que en ese instante actuaba como servidor público.

En su opinión la transgresión a los principios de transparencia y selección objetiva es una irregularidad atribuible al alcalde, a quien correspondía velar por el fiel cumplimiento de esos requisitos. Por lo que califica de desconcertante la tergiversación “de ese medio probatorio” al cual el Tribunal le hace producir efectos procesales que no dimanen de él “al dar por sentado que con los hechos enunciados se probaba también la culpabilidad de ARIAS NÚÑEZ”. Sin esa tergiversación el fallo habría sido absolutorio, manifiesta el impugnante.

3º.- El demandante actualiza la siguiente expresión mediante la cual el Tribunal menciona una circunstancia que presuntamente refuerza la prueba de cargo:

“... en la contratación con el municipio de Chimichagua, según lo dispuesto en el contrato de suministro de febrero 24 de 1998 debía otorgar a favor del ente territorial contratante dos pólizas de seguro, para garantizar el cumplimiento del contrato y también la calidad del bien y correcto funcionamiento (sic), sin embargo aparece en el tenor literal de las pólizas No. 07312572 y 0732571, expedidas por Confianza (sic), que el tomador es: General de Equipos de Colombia S. A. ‘Gecolsa’ y el asegurado la cooperativa ‘Construir Ltda’, cuando según la cláusula 6ª del convenio el contratista se comprometía a otorgarlas a favor del municipio de Chimichagua; o sea, que tampoco se cumplió, por parte de ARIAS NÚÑEZ, con esta exigencia del contrato, porque de manera disfrazada las garantías se prestaron por la casa vendedora, pero a favor de Construir Ltda y no del municipio de Chimichagua que quedó desguarnecido a este respecto”.

El recurrente comenta la manifestación del Tribunal consistente en que merced a la amistad existente entre los dos procesados, al alcalde Palomino Martínez no le importó transgredir la ley de contratación administrativa, a la cual el sentenciador adiciona esta conclusión:

“... cosa del cual (sic) fue consciente ARIAS NÚÑEZ al permitir en forma truculenta se celebrará un contrato con la cooperativa que regentaba, cuando ni siquiera disponía de los recursos económicos ésta para sufragar el monto de las pólizas de cumplimiento ... quedando desprotegido a este respecto el municipio de Chimichagua, mas esto no importaba porque lo se trataba (sic) era de obtener un beneficio ilícito e injustificado para si, como efectivamente ocurrió...”

Sobre el punto, el impugnante alega que las irregularidades cometidas con la constitución de las pólizas son una anomalía administrativa; que “el medio probatorio” demuestra que ARIAS NÚÑEZ pretermitió el requisito contractual de constituir pólizas de garantía a favor de la entidad contratante, pero de ninguna manera indican que el coprocesado ARIAS NÚÑEZ tenía pleno conocimiento de que al no constituir las pólizas en la forma prevista en el contrato, estaba asumiendo el carácter de servidor público y por ello era sujeto activo calificado del delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales.

Alega el defensor que el fallador de segunda instancia hizo una desmesurada tergiversación de la preterición de unas pólizas, invocando ese hecho como una de las pruebas de culpabilidad del implicado, “haciéndole generar unas secuelas que objetivamente no se establecen en dicha omisión”, lo que, en su opinión constituye un falso juicio de identidad en el enfoque probatorio, que debe ser subsanado en esta sede; dado que si el Tribunal hubiera otorgado a la prueba glosada su justa ponderación objetiva, la parte dispositiva de la sentencia habría de absolución.

4º.- Asegura el libelista que el Tribunal plantea un “cuarto elemento probatorio” demostrativo de la culpabilidad de ARIAS NÚÑEZ, basado en un hecho poscontractual, de acuerdo a estas afirmaciones:

“Robustece la prueba de cargos contra el acusado Arias Núñez el hecho de haber mentido, en lo consignado en el acta que aparece..., en la cual se dice que la motoniveladora fue entregada a Palomino Martínez, alcalde de Chimichagua, en las bodegas de Gecolsa S.A. del día 4 de marzo de 1998, en tanto esta compañía desmiente esto, mediante su comunicación de febrero 28 del 2000, en la cual expresa que la motoniveladora, marca Capillar (sic), modelo 120, serial 11w01215, se le entregó en el mes de julio de 1998 al señor Jorge Luis Cárdenas... o sea, que el objeto sólo fue entregado por la compañía expendedora cuando se le pagó la totalidad del valor convenido, sin embargo maliciosamente Palomino Martínez y ARIAS NÚÑEZ hicieron creer que la máquina la había recibido el ente territorial el 4 de marzo a que hemos hecho referencia, lo cual refuerza el interés que tenía en burlar las talanqueras y procedimientos señalados en la ley”.

No obstante admitir que existe una clara discordancia entre la fecha de recepción de la motoniveladora que aparece en el acta de entrega suscrita por Palomino Martínez y ARIAS NÚÑEZ y la fecha en que realmente Gecolsa entregó la maquinaria al señor Jorge Luis Oñate, el demandante expresa que esa discrepancia no prueba la culpabilidad de su representado en el delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, por cuanto la entrega del bien no es elemento componente del tipo penal ya que es una circunstancia accesoria o colateral al mismo. Agrega que son “pruebas innominadas” de irregularidades que se suscitaron en el decurso del contrato, que ninguna incidencia tienen en la prueba de la culpabilidad.

Para el actor, la discrepancia sobre la fecha de tradición del bien es inane porque

lo importante es que el municipio de Chimichagua recibió la motoniveladora en las condiciones previstas contractualmente; de ahí concluye que el Tribunal no entendió “esos elementos demostrativos” en su justa dimensión probatoria, sino que los tergiversó haciéndoles producir efectos jurídicos que objetivamente no dimanaban de ellos; en términos del libelista el juez plural consideró como prueba de la culpabilidad de ARIAS NÚÑEZ la demostración de unos hechos que objetivamente no comportan la demostración del elemento subjetivo del delito investigado, por lo que incurrió en falso juicio de identidad. Si el Tribunal, continua el demandante, le hubiera atribuido a esa prueba el correcto “justiprecio objetivo” la sentencia habría sido de absolución.

5º.- El demandante censura otro de los elementos que, en su opinión, tomó el Tribunal como prueba “innominada” de la culpabilidad de su protegido en la comisión del delito por el cual fue condenado en las instancias:

“No contentos los procesados con la omisión en el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley 80 (art. 24), para la celebración de un contrato de ese monto (\$157'000.000), en relación con el presupuesto del ente territorial de \$3.805'509.000, también quebrantaron lo dispuesto en el parágrafo del art. 40 id., al disponer éste que en las contrataciones estatales se podrá pactar pago de anticipo y entrega de anticipo, pero su monto no podrá exceder el 50% del valor del respectivo contrato, sin embargo el primer contado o anticipo que recibió Eliécer Arias el 16 de abril de 1998 fue de \$104'000.000, por encima del tope fijado en esa normatividad administrativa, pues esto obedeció necesariamente al interés específico de posibilitar la relación contractual de construir Ltda., con Gecolsa S.A., pues de ello dependía la obtención del provecho ilícito que derivaría si el contrato se llevaba a feliz término, como efectivamente sucedió”.

Admitiendo que dar y recibir un anticipo contractual por encima del tope fijado en la ley es una ostensible extralimitación legal, el censor aduce que es una irregularidad que está al margen de la estructura del tipo penal, que no hace parte de la esencia del

delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, como lo demuestra el hecho de que con anticipo o sin él es posible cometer dicha ilicitud. Añade que el anticipo no es de la esencia del contrato administrativo, es sólo una posibilidad, una potestad de los contratantes y por tanto contingente.

Así, bajo sus argumentos, el libelista encuentra garrafal el error de considerar esa posibilidad como adosada a la consumación del delito, así como el hecho de hacer depender la culpabilidad de la recepción de un anticipo que rebose el límite legal. En su sentir, el Tribunal incurrió en una falsa interpretación de la “pretensa prueba”; tergiversó y distorsionó sustancialmente “el hecho invocado como prueba” haciéndole producir efectos procesales que objetivamente estaban distantes de él. Agrega que la certera “ponderación objetiva” de la prueba habría provocado que la declaración de justicia fuera de absolución por ausencia de culpabilidad.

6º.- Este motivo de censura recae sobre una “apreciación” del Tribunal que “no tiene cariz de prueba”, según afirma el demandante; ella está contenida en el siguiente párrafo:

“Aún cuando ARIAS NÚÑEZ manifiesta, en su versión injurada que no se enteró del trámite seguido por la entidad territorial, por cuanto no era de su incumbencia, sin embargo no le era extraño que para celebrar y cumplir con una contratación de esta naturaleza se requieren de ciertas condiciones de carácter económico financiero y jurídicas, en la medida que no iba a contratar por una persona natural o de derecho privado una entidad si no con una entidad pública, entonces tenía la obligación de conocer no sólo el trámite que le correspondía adelantar sino hasta dónde le era permitido contratar sin quebrantar la normatividad legal sobre la materia, pues al respecto existe un estatuto de contratación cuyas preceptivas no se pueden soslayar a pretexto de ser el ente territorial a quien le correspondía obviar el trámite propio de esa clase de convenio, pues no bastaba simplemente de que (sic) se recibiera una solicitud de oferta por parte del ex

alcalde Andrés Palomino, para que automáticamente se presentara la propuesta por parte de la cooperativa a través de su gerente ELIÉCER ARIAS NÚÑEZ, porque además había que satisfacer los requisitos y condiciones exigidas para este tipo de contratación...”.

Sobre el tema referido en el párrafo anterior, el impugnante reprocha que el Tribunal lance afirmaciones temerarias sin soporte probatorio alguno, con las cuales desconoce el error de puro derecho penal o error absoluto de prohibición consagrado en el numeral 11 del artículo 32 del Código Penal que prevé las causales de ausencia de responsabilidad, porque ninguna persona que no profese el derecho está en la obligación de conocer la dispersa legislación de la contratación administrativa.

Entonces el actor llama a la citada apreciación del Tribunal un “seudo elemento probatorio” del cual no se extrae que ARIAS NÚÑEZ tuviera la conciencia o el conocimiento de los requisitos y pormenores administrativos de la contratación oficial. Sobre ese supuesto nuevamente atribuye al sentenciador de segundo grado un error por falso juicio de identidad por una “radical tergiversación del hecho invocado como prueba de la culpabilidad” de su defendido. En su criterio, si el Tribunal hubiera concedido una acertada estimación objetiva a los hechos considerados como prueba, la sentencia no habría sido de condena sino de absolución.

Tema adicional.

El demandante incluye un capítulo que dedica a la “aducción de dos seudo indicios como pruebas complementarias de la culpabilidad”.

El primero se refiere al hecho de que, en el contrato celebrado con el municipio de Chimichagua, el inculpatado ELIÉCER ARIAS NÚÑEZ se comprometió a otorgar las pólizas de garantía a favor de la entidad contratante y, en contra de lo pactado, la que tomó las pólizas fue GECOLSA S.A. en las cuales aparece como beneficiaria la Cooperativa Construir Ltda.

El casacionista alega que ese hecho indiciario ya había sido tomado en el curso del fallo como prueba directa de la culpabilidad, por lo que al apreciarlo como prueba indirecta el Tribunal incurre en violación al principio non bis in idem, aplicable a toda circunstancia procesal que desfavorezca al sujeto agente.

También denuncia un error de elaboración de la inferencia lógica de ese indicio, respecto del cual el defensor da por establecido el hecho indicador, consistente en que las pólizas de garantía no fueron otorgadas a favor del municipio contratante; no obstante aduce que ese hecho no constituye una regla de experiencia o de carácter general que permita, mediante una operación lógica, inferir la culpabilidad de ARIAS NÚÑEZ. Por tanto, advierte, no existe un nexo de causalidad entre la omisión de la constitución de las pólizas de garantía y que el procesado sea responsable del delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales. Entonces, acusa al Tribunal por haber infringido una regla de lógica jurídica por hacer surgir del hecho indiciario una inferencia lógica que resultaba imposible extraer de él.

Prosigue afirmando que, estimar que todo procesado que ha eludido el otorgamiento de una póliza es culpable, por ese solo hecho, del delito materia de este proceso, es transgredir reglas de experiencia.

Por lo demás, ensaya a decir que la omisión en constituir las pólizas de garantía no tiene la naturaleza de una regla de experiencia, ni es posible inferir la culpabilidad de ARIAS NÚÑEZ en el delito imputado.

En esas condiciones el impugnante concreta el yerro que atribuye al Tribunal en el hecho de haber inferido la culpabilidad de ARIAS NÚÑEZ de una circunstancia procesal que no es regla de experiencia, que no era de la esencia del contrato ni de la estructura del tipo penal, al cual le asigna la trascendencia de haber incidido en la resolución condenatoria de la sentencia.

El segundo “seudo indicio” grave que según el libelista utiliza el Tribunal para sustentar la demostración de la culpabilidad atribuida al procesado ARIAS NÚÑEZ lo encuentra en dos hechos que ya habían sido considerados como pruebas directas; uno, el mismo hecho indiciario anterior, esto es, que el procesado aportó unas pólizas en donde aparecía como beneficiaria la Cooperativa Construir Ltda y no el municipio de Chimichagua; el otro, estructurado por la discrepancia que existe respecto de la fecha de entrega de la motoniveladora al municipio de Chimichagua, por ello vuelve sobre el argumento de la violación del non bis in idem. Enseguida, el actor también censura que se hubieran tomado dos hechos indicadores para elaborar el indicio, lo que, en su concepto, rompe la “unidad ontológica del hecho indicador” con la dificultad que ello ofrece para determinar cual de los dos es la base del razonamiento lógico, no obstante lo cual el fallador acogió como único hecho indicador, al último, para fundamentar los indicios de falsa justificación o mendacidad.

Al decir del recurrente, el “seudo hecho indicador” lo único que puede demostrar es la incongruencia entre la fecha que aparece en el acta y aquella en que realmente se entregó la motoniveladora, hecho que a pesar de ser intrascendente fue utilizado por el Tribunal para inferir la culpabilidad de ARIAS NÚÑEZ, yerro en virtud del cual la misma corporación adoptó la decisión condenatoria cuando ha debido adoptar la de absolución.

Para terminar, el casacionista indica como normas sustanciales indirectamente violadas las contenidas en el numeral 4 del artículo 40 del Código Penal anterior, el artículo 146 del mismo código, los artículos 52, 56 y 57 de la ley 80 de 1993; transgresión “que se produjo a través de los artículos 232 y 284 del C. de P. P. ya que dada la imprecisión nominal de las pruebas directas invocadas por la sentencia, se imposibilita el señalamiento de las normas formales aplicables a las pruebas respectivas”.

La petición final del demandante está dirigida a que la Corte case la sentencia de segundo grado y en su lugar dicte la de reemplazo que en derecho corresponda.

CONSIDERACIONES

Primer cargo.

Postular en esta sede la violación directa de la ley, implica acoger los hechos que fueron objeto de investigación y juzgamiento tal y como los estima probados el sentenciador, como supuesto necesario para delimitar el marco de aplicación de las normas pues, de lo contrario el debate habrá de extenderse al campo de la apreciación probatoria, cuya vía de ataque es la indirecta.

El demandante elabora la censura inicial aduciendo que el fallador erró al escoger como norma aplicable a los hechos de este proceso la del artículo 146 del Código Penal anterior, vale decir, que pregona un error de subsunción, el cual supone que los sucesos establecidos en el proceso debían encajar en otro precepto legal. Sin embargo, enseguida concreta el reproche al hecho de que el juez no hubiera extendido el análisis del aspecto subjetivo de la conducta referido al artículo 56 de la ley 80 de 1993, complementario de la norma en blanco del citado artículo 146, de manera que termina por admitir que la disposición aplicada es la correcta.

Ante esos postulados no queda claro si se está denunciando que el artículo 146 de la legislación punitiva anterior fue correctamente aplicada o si no lo fue; o si lo que se acusa es la no aplicación del artículo 56 de la Ley 80/93.

Al desarrollar el cargo desvía la fundamentación hacia la violación de otra disposición, el numeral 4º del artículo 40 de la codificación en cita, pero esta vez por falta de aplicación, de manera que intenta probar la incorrecta aplicación de un precepto con fundamento en otro que regula un aspecto totalmente distinto; de esa forma, impropriamente entremezcla dos motivos de violación directa, el error de subsunción y la falta de aplicación, acogiendo uno como sustento del otro, sin lograr demostrar ninguno.

A ello se debe agregar que si el cargo está referido a la disposición que consagraba la antiguamente denominada causal de inculpabilidad, por violación directa, el demandante debió exponer cuáles fueron los supuestos probatorios deducidos por el ad quem sobre los cuales habría admitido la concurrencia de la causal sin haberla declarado. Pero si de lo que se trataba era de acusar al juez plural de errar en la apreciación de los elementos probatorios a través de los cuales se establecía la existencia de dicha circunstancia, debió tomar el rumbo de la violación indirecta, señalar la índole de cada error, especificando su naturaleza, vale decir si era de hecho o de derecho y la modalidad de cada uno; si lo primero, por haber incurrido en falsos juicios de existencia por omisión o suposición, en falso juicio de identidad o en falso raciocinio; si lo segundo, concretar y demostrar el falso juicio de legalidad o de convicción, agregar la respectiva demostración con la consecuente trascendencia en la decisión de justicia contenida en el fallo impugnado y finalizar con la evaluación probatoria de conjunto.

También resulta errático sustentar la censura aduciendo que el Tribunal debió “verificar” la conciencia y el conocimiento que el sujeto agente tenía al momento de ejecutar la conducta punible, con lo cual se desliza al campo probatorio, de prohibida consideración cuando lo alegado es la violación directa de la ley; y por si no fuera suficiente, el demandante pretende ese reconocimiento en esta sede, lo cual, inobjetablemente, supone un análisis probatorio distinto al efectuado por las instancias; inadecuado en forma absoluta si la transgresión a la ley se efectuó en forma directa.

Es de anotar que a los anteriores imprecisiones el demandante agrega otra cuando pretende explicar que no se ha debido aplicar el artículo 146 sino el numeral 4 del artículo 40 del Decreto 100 de 1980, puesto que no es posible aplicar ésta última si la conducta atribuida al procesado no se ha adecuado primero a una descripción típica legal; por el contrario, la segunda complementa a la primera en cuanto al aspecto subjetivo de la infracción. Si, hipotéticamente, se prescindiera del artículo 146 penal, no existiría un fundamento lógico jurídico para acudir al contenido del numeral 4 del artículo 40 ya

citado; luego ese postulado aparece lógicamente contradictorio y por ende impreciso y confuso.

Por último, el casacionista formula dentro del mismo cargo y sin desarrollo alguno otros reproches por violación directa, esta vez respecto de los preceptos de los artículos 52, 56 y 57 de la Ley 80 de 1993, lo que resulta inapropiado al recurso extraordinario, en el cual se impone desarrollar una sola violación directa de la ley, a la vez, por cuanto cada una exige una fundamentación propia. Reproches que además no pasaron a ser simples enunciados.

Así las cosas, la presentación del primer cargo no reúne los presupuestos de claridad, precisión y fundamentación apropiada exigidos por el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal; ello significa que en esta parte la demanda adolece de vicios técnicos que, en virtud del principio de limitación, impiden a la Sala una consideración de fondo, dado que en el recurso extraordinario la justicia es rogado y el Tribunal de Casación carece de la potestad para enderezar o complementar las equivocaciones de la demanda.

Segundo cargo.

Acudiendo a la vía indirecta de violación de la ley sustancial, el casacionista atribuye al Tribunal la incursión en errores de hecho por falso juicio de identidad respecto de la apreciación probatoria, los cuales suponen una distorsión, tergiversación o cercenamiento del contenido objetivo de varias pruebas, de manera que desde el punto de vista de la técnica del recurso extraordinario, al impugnante le correspondía individualizar cada una de las pruebas que fueron objeto de error, demostrar qué dice, qué le hizo decir impropriamente el fallador y la forma como esa equivocación trascendió en el fallo.

En el caso en estudio, el primer defecto técnico que se observa en la presentación de la censura consiste en que el recurrente no identifica ni individualiza cada medio probatorio que resultó maltratado por el sentenciador; enfila el ataque hacia lo que él llama pruebas

“innominadas”, cuando en verdad lo que hace es discutir las conclusiones que el Tribunal obtuvo como consecuencia del proceso de apreciación probatoria, como se expone en los siguientes párrafos.

El primer fragmento de la sentencia censurada por el libelista expresa la apreciación del Tribunal respecto al contenido de la diligencia de indagatoria de ELIÉCER ARIAS NÚÑEZ, cuyo razonamiento apoya en hechos que aparecen probados en la actuación con otros elementos probatorios no mencionados por el juzgador en el aparte citado, como son el giro ordinario de las actividades de la Cooperativa Construir Ltda., y su capacidad económica o financiera, de todo lo cual concluye que era ilógico e irrazonable que sin ser ese el desempeño habitual de la firma que presidía el procesado impugnante y con un capital social limitado a dos millones de pesos (\$2'000.000), celebrara un contrato con el municipio de Chimichagua para venderle una motoniveladora por valor de ciento cincuenta y siete millones (\$157'000.000).

El demandante admite que con ese “medio probatorio innominado” se establece que el procesado debía saber que la Cooperativa de la cual era gerente no comercializaba con maquinaria pesada ni contaba con el capital social para comprar la motoniveladora, pero objeta que sirva a la demostración de la culpabilidad de su representado. En esas condiciones, es manifiesto que no concreta el elemento probatorio distorsionado ni la verdad objetiva que la prueba tergiversada es capaz de exhibir, porque lo que ataca es el resultado de la apreciación de varios elementos de juicio, acudiendo al efecto a su propio criterio. Sus argumentos se reducen a proclamar que las conclusiones del ad quem no demuestran la culpabilidad, sin entrar a analizar cada conclusión, sin deslindar sobre qué supuestos probatorios está edificada y en cuál de ellos hubo distorsión.

Ahora bien, como lo que se advierte es que la inconformidad radica en las conclusiones judiciales, el demandante ha debido acudir a la vía de violación indirecta por errores de

hecho por falso raciocinio, en cuyo caso ha debido localizar el punto del proceso deductivo en donde se encuentra el error, aducir cuál fue la norma de lógica, de experiencia o científica infringida y demostrar cómo resultó conculcada. De manera que la postulación es antitécnica e infundada.

En el segundo motivo de violación indirecta de la ley la demostración del yerro predicado también aparece mal enfocado desde el punto de vista técnico. Según la transcripción aportada, para deducir la violación de los principios de transparencia y selección objetiva, el Tribunal acudió al argumento de que ELIÉCER ARIAS NÚÑEZ fue un intermediario innecesario en la negociación de la motoniveladora porque el municipio se la había podido comprar directamente a Gecolsa o a otra firma vendedora de maquinaria pesada. Sin embargo, el actor acusa al juez plural de haber tergiversado ese “medio probatorio”, de haber dado por sentado que con ello se probaba la culpabilidad de ELIÉCER ARIAS NÚÑEZ, siendo que, advierte la Sala, el aparte transcrito refiere un hecho que se tiene por demostrado y una conclusión que no alude específicamente a la prueba de culpabilidad del sentenciado recurrente.

En esas condiciones, la ausencia de claridad y precisión frente al reproche postulado es similar al del motivo anterior, porque no se individualizó la prueba objeto de distorsión y porque lo que el impugnante discute es una conclusión, sin que haya asumido la demostración del yerro de raciocinio por el camino y con la fundamentación que le correspondía a su naturaleza.

El tercer motivo que aduce el demandante para acusar un error por falso juicio de identidad está sustentado en dos transcripciones del fallo que contienen conclusiones basadas en las pólizas de garantía otorgadas a propósito del contrato celebrado entre Construir Ltda., y el municipio de Chimichagua, consistentes en que el Tribunal deduce que el vendedor, ARIAS NÚÑEZ, ni siquiera cumplió con esta parte del contrato porque carecía de recursos para sufragar el monto de las pólizas.

El demandante censura que a ese hecho se le hiciera generar secuelas en el aspecto de la culpabilidad, pero al manifestar su inconformidad no la refiere al alcance objetivo de los documentos que contienen las pólizas de garantía y que constituyen el soporte probatorio del hecho que tiene por demostrado el juzgador. Por el contrario, el impugnante reconoce tal circunstancia hasta el punto de tratar de justificar la conducta de su defendido alegando que se trata de una anomalía administrativa. En consecuencia, nuevamente el actor atribuye un falso juicio de identidad de una prueba sin precisar cual fue la prueba supuestamente distorsionada y sustentando el cargo en su disenso respecto de la deducción judicial. Ello implica que el reproche, respecto al motivo indicado, no es claro, ni preciso, ni aparece debidamente fundamentado, todo lo cual impide su consideración de fondo.

El cuarto motivo aducido por el libelista como constitutivo de otro supuesto error de hecho por falso juicio de identidad está apoyado en que el Tribunal tomó la mentira en que incurrieron Andrés Palomino y ARIAS NÚÑEZ al hacer aparecer en un acta que la máquina comprada había sido entregada el 4 de marzo de 1998 cuando en realidad ese evento sucedió en julio siguiente, para concluir el interés que uno y otro tenían en burlar los procedimientos señalados en la ley.

Extrañamente el ataque a esa conclusión, parte de la aceptación de que la discrepancia de fechas realmente existió; entonces, el recurrente implícitamente está admitiendo que es acertada la apreciación del acta de entrega y de la comunicación de Gecolsa que son los fundamentos probatorios de la conclusión reseñada, por lo que, indefectiblemente el propio defensor descarta el falso juicio de identidad.

En su lugar, vuelve a censurar el alcance demostrativo que el juez plural asignó a ese hecho, el cual, de haber significado un error de apreciación, debió ser demostrado por la vía del falso raciocinio, bajo cuyo imperio se debe asumir la comprobación de la transgresión de las reglas de la sana crítica, indicando la norma científica, de

lógica o de experiencia que resultó inobservada, con la incidencia que alcanzó en la decisión de justicia adoptada en el fallo censurado. Por consiguiente, esta postulación tampoco reúne las exigencias de precisión, claridad y fundamentación pertinentes al reproche anunciado, haciendo imposible que se asuma un estudio de fondo.

El demandante refiere el quinto motivo supuestamente constitutivo de falso juicio de identidad a la prueba “innominada” de culpabilidad que el Tribunal estructuró con punto de partida en que ELIECER ARIAS NÚÑEZ recibió, a cuenta del cumplimiento del contrato, un anticipo en un porcentaje superior al autorizado por la ley, hecho que condujo a esa corporación a afirmar que “esto obedeció necesariamente al interés específico de posibilitar la relación contractual de construir Ltda., con Gecolsa S.A., pues de ello dependía la obtención del provecho ilícito que derivaría si el contrato se llevaba a feliz término, como efectivamente sucedió”.

Como en el reproche precedente, el actor no discute el hecho que el juzgador tuvo por establecido, esto es que el procesado recibió un anticipo del contrato que superó el tope mínimo legal, ni objeta el elemento de juicio a través del cual se demostró, lo que significa que bajo el entendimiento del propio impugnante, no hubo prueba cercenada, tergiversada o distorsionada. La crítica la lleva al alcance que la sentencia le da a esa circunstancia, que si hubiera sido erróneo, su demostración, en esta sede, debe coincidir con los parámetros para establecer un error de hecho por falso raciocinio; sin embargo el libelista omitió esa fundamentación pues no adujo cómo pudo el Tribunal haber transgredido las normas de la sana crítica probatoria. Ese desatino obstaculiza un estudio de fondo del tema planteado.

El sexto motivo que el recurrente enlista como error de hecho atribuible a la sentencia de segundo grado, ya no corresponde, según sus propias palabras, a una prueba sino a una “apreciación”, a un “seudo elemento probatorio”, en virtud del cual el Tribunal afirma que el procesado tenía la obligación de conocer el trámite de la contratación

y hasta dónde podía contratar sin quebrantar la normatividad sobre la materia.

Para el censor, esa afirmación es temeraria, carece de soporte probatorio e implica el desconocimiento del error absoluto de prohibición consagrado en el numeral 11 del artículo 32 del Código Penal, porque nadie que no profese el derecho está en la obligación de conocer la dispersa legislación de la contratación administrativa, por ello concluye que se ha cometido una radical tergiversación del “hecho invocado como prueba de la culpabilidad”.

La simple lectura del reproche pone de manifiesto que el defensor discute los argumentos conclusivos del fallador como si estuviera alegando ante las instancias, oponiéndose a ellos con su personal criterio. A pesar de invocar un error de apreciación probatoria, no selecciona la prueba que ha sido objeto de tal yerro; en su lugar pone en tela de juicio una conclusión que, de haber sido deducida con vulneración de alguna regla científica, lógica o de experiencia, ameritaba la formulación de un cargo por error de hecho por falso raciocinio; planteamiento que el censor omitió, con lo cual la Corte no puede acceder al análisis de fondo del tema que el recurrente quería poner en discusión.

En el capítulo final de la demanda el apoderado del sentenciado, sin identificar la índole de los yerros que atribuye la juzgador, ataca los “seudo indicios” constituidos por los siguientes dos hechos: el primero, que ARIAS NÚÑEZ incumplió el contrato en cuanto que debió constituir pólizas de garantía a favor del municipio de Chimichagua y en su lugar las pólizas que se presentaron fueron constituidas por la firma Gecolsa S.A., a favor de Construir Ltda. El segundo, apoyado en la discrepancia existente entre la fecha de entrega de la motoniveladora aducida por los procesados y la certificada por el gerente de Gecolsa.

Para el recurrente, en uno y otro caso se incurrió en violación al principio non bis in idem porque esas circunstancias ya habían sido deducidas como pruebas directas de

la culpabilidad de su poderdante, por ello no podían tomarse como pruebas indirectas de la misma culpabilidad. Semejante argumento no encaja en ninguno de los diversos tipos de error que sirven de fundamento a las causales de casación; por lo demás, el libelista tampoco intenta ubicarlo en alguno de ellos.

Como culminación a la serie de equivocaciones advertidas en la demanda, se encuentra que el recurrente termina predicando la violación indirecta de los artículos 40, numeral 4, 146 del Código Penal anterior; y 52, 56 y 57 de la ley 80 de 1993, cuando en el primer cargo había postulado la infracción de las mismas normas pero de manera directa, lo que demuestra una vez más que no podía plantear la transgresión inmediata de las normas relacionadas porque no acepta los hechos como fueron deducidos por los jueces de las instancias.

Conforme a las consideraciones aquí expuestas, la demanda de casación presentada a nombre del sentenciado ELIÉCER ARIAS NÚÑEZ no cumple los requisitos esenciales impuestos por el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal para que la Corte pueda asumir el estudio de fondo de los temas en ella planteados; por ello el libelo será inadmitido.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

INADMITIR la demanda de casación presentada a nombre de ELIÉCER ARIAS NÚÑEZ por las razones consignadas en el cuerpo de esta providencia.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Comisión de servicio

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria