

Proceso No 22900

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta N° 12

Bogotá, D. C., veintitrés de febrero de dos mil cinco.

VISTOS

Juzga la Corte en sede de casación la sentencia de segundo grado del 26 de marzo de 2004, proferida por el Tribunal Superior de Valledupar, por medio de la cual confirmó parcialmente el fallo dictado por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la misma ciudad, y en virtud de la cual los procesados JOSÉ JAIME LUNA ORTIZ y ARTURO FRANCISCO LACOUTURE BARROS quedaron condenados a las penas principales de 126 y 75 meses de prisión, respectivamente, y multa por la suma de \$64.530.000.00 cada uno, el primero como autor de los delitos de peculado por apropiación y celebración de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, y, el segundo, como cómplice del delito de peculado por apropiación.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Frente a la necesidad de ampliar y optimizar la infraestructura del acueducto y el alcantarillado del municipio de Tamalameque, Cesar, el 4 de diciembre de 1995 se celebró, con dicho propósito, un convenio interadministrativo entre el departamento del

Cesar, representado por el Gobernador de entonces, el municipio de Tamalameque y la persona jurídica denominada "Asomineros", esta última resultado de la asociación de varios municipios de explotación minera del mismo departamento, representada por su Director Ejecutivo JOSÉ JAIME LUNA ORTIZ.

En el convenio se designó como ejecutor de la obra a Asomineros, quien, se encargaría de la celebración del contrato, de la interventoría de la obra y del buen manejo de los recursos. En cumplimiento de la misión, el 13 de noviembre de 1996, la asociación celebró un contrato de suministro con la empresa Inversiones Fas & Cía Ltda., representada por ARTURO FRANCISCO LACOUTURE BARROS, distinguido con el número de serie S-006/96, por valor de \$154.856.779.00, cuyo objeto era el suministro de tubería y accesorios en PVC para la realización de la obra de acueducto y alcantarillado. Además, se pactó el valor del transporte en la suma de \$95.142.960, para un valor global de \$249.999.763.00.

En el mes de septiembre de 1998, cuando se solicitó a Findeter el último desembolso del crédito otorgado, funcionarios de esta entidad advirtieron que, según informe de la interventoría de la misma fecha, el contratista proveedor de la obra sólo había cumplido con aproximadamente el 58% del contrato mientras que se le había cancelado la suma de \$293.000.000.00, equivalentes a un 95.6% del valor total de lo pactado, quedando en entredicho un excedente de \$94.000.000.00 que fueron a parar irregularmente y por apropiación, según lo que se declaró probado, a manos del contratista LACOUTURE BARROS y el director de Asomineros LUNA ORTIZ.

Con fundamento en la documentación enviada por Findeter, la Fiscalía Quinta Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Valledupar, abrió formal instrucción ordenando la vinculación de JOSÉ JAIME LUNA ORTIZ y ARTURO LACOUTURE BARROS, a

quienes escuchó en indagatoria y mediante resolución del 23 de agosto de 1999 les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva sin excarcelación como posibles autores del delito de “peculado por apropiación, por extensión”, como autor y cómplice, respectivamente, decisión que fue modificada posteriormente por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Valledupar, que en resolución del 16 de noviembre del mismo año determinó que la medida de aseguramiento procedía por la coautoría en delito de peculado por apropiación, “el primero a favor de terceros, y el segundo como beneficiario del mismo”.

El 3 de enero de 2001 fue clausurada la investigación y el 30 de mayo del mismo año la Fiscalía Quinta Delegada profiere resolución de acusación contra los citados JOSÉ JAIME LUNA ORTIZ y ARTURO LACOUTURE BARROS como coautores de los delitos de contratación indebida, contrato sin cumplimiento de los requisitos legales y peculado por apropiación.

Del juicio conoció el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar, despacho que culminada la audiencia pública, dictó sentencia de primera instancia el 27 de agosto de 2002, condenando al procesado LUNA ORTIZ a la pena principal de 126 meses de prisión y multa por la suma de \$64.530.000.00 e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena de prisión, como autor responsable de los delitos de peculado por apropiación y celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales. A LACOUTORE BARROS se le condenó a la pena de 105 meses de prisión, al mismo monto de multa y a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad, en su calidad de cómplice de los delitos imputados al autor.

El fallo fue impugnado por los defensores de cada uno de los procesados, lo que

motivó la sentencia proferida el 26 de marzo de 2004 por el Tribunal Superior de Valledupar, en la que se confirmó la condena impuesta a JOSÉ JAIME LUNA ORTIZ, pero la que recayó contra ARTURO FRANCISCO LACOUTURE BARROS se modificó, para condenarlo a la pena de 75 meses de prisión, solamente por su complicidad en el delito de peculado por apropiación, al tiempo que se le absolvió del cargo por el delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, decisión que es ahora objeto del recurso de casación.

LAS DEMANDAS

1. Demanda a nombre del procesado JOSÉ JAIME LUNA ORTIZ.

Tres cargos contra la sentencia del Tribunal propone el defensor de LUNA ORTIZ, dos al amparo de la causal tercera de casación y uno al amparo de la causal primera, cuyo desarrollo bien puede resumirse de la siguiente manera.

Primer cargo.

Acusa la sentencia de haberse dictado en un juicio viciado de nulidad por violación al debido proceso.

La nulidad, dice, se materializa en el desconocimiento de las normas de competencia que por el factor territorial rigieron el caso, pues a pesar de que los hechos investigados sucedieron en el municipio de Tamalameque, que pertenece al Circuito de Chiriguana, Cesar, y no al de Valledupar, el juzgamiento se adelantó equívocamente en un juzgado de éste último circuito.

Agrega que si bien en la etapa de instrucción el desconocimiento de la

competencia por el factor territorial no genera nulidad, no acontece lo mismo en el juicio donde dicho factor es fundamental.

Reitera que en este caso el Juzgado 4º Penal del Circuito de Valledupar no podía asumir la competencia del juzgamiento porque el “prestatario ante Findeter era el municipio de Chiriguaná y los hechos materia de la investigación sucedieron en dicho municipio, y en el proceso referenciado la Jurisdicción del Ente Territorial-Municipal de Tamalameque pertenece al circuito de Chiriguaná”.

Sostiene que en el ordenamiento jurídico colombiano se entiende por jurisdicción la facultad genérica de administrar justicia que tienen los jueces de la República, y por competencia, la misma facultad concretada en un caso específico, es decir, la jurisdicción es el género y la competencia la especie. La norma general prescribe que cada delito debe investigarse y juzgarse en el lugar o territorio donde se cometió y sólo por circunstancias especiales se autoriza cambiar de lugar el juzgamiento a través de lo que procesalmente se conoce como cambio de radicación.

Lo anterior, dice, constituye una flagrante inobservancia del debido proceso por la “falta de COMPETENCIA del juzgador fallador de primera instancia”, con la cual se violaron los artículos 29, 229 y 230 de la Carta Política y 81 del Código de Procedimiento Penal.

Bajo lo que titula “incidencia de las irregularidades anotadas en el fallo recurrido” sostiene la imposibilidad de conocer “a ciencia cierta” el criterio de la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar sobre esta clase de nulidades, porque en otros casos la misma Sala de Decisión las ha aceptado.

Concluye solicitando a la Corte que case la sentencia impugnada y se decrete la

nulidad de la actuación procesal a partir del auto por medio del cual el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar avocó el conocimiento del juicio.

Segundo cargo

Al amparo de la misma causal tercera acusa la sentencia de haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, en esta ocasión por violación al derecho de defensa.

La nulidad, dice, se deriva de la falta de notificación de la providencia de octubre 21 de 2001 mediante la cual el Juzgado de primera instancia negó la acumulación jurídica de procesos que había solicitado el procesado JOSÉ JAIME LUNA ORTIZ.

Afirma que a pesar de tratarse de un auto interlocutorio, su representado no fue notificado personalmente, no obstante hallarse privado de su libertad, omisión que llevó a la vulneración de los artículos 29, 229 y 230 de Carta Política y 178 de la ley 600 de 2000.

Agrega que la nulidad invocada aparece prevista en el numeral 3° del artículo 306 ibídem y que además, se desconocieron los artículos 91, 94 y 95 del anterior Código de Procedimiento Penal, que dice, invoca por favorabilidad.

Según el demandante la irregularidad anotada tiene incidencia en el fallo recurrido porque la falta de notificación del auto interlocutorio impidió que el procesado pudiera acudir ante la instancia superior “donde se podía variar el concepto emitido por el juzgador y procederse a la acumulación de procesos que hubiesen facilitado una economía procesal de carácter constitucional”.

Pide en consecuencia que se case la sentencia y se decrete la nulidad de la actuación a partir inclusive del auto de octubre 24 de 2001.

Tercer cargo

Al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, acusa la sentencia de haber infringido de manera indirecta la ley sustancial, al incurrir en error de hecho por falso juicio de existencia de pruebas procesalmente válidas, violándose de esta forma los artículos 232, 233, 234 y 238 de la ley 600 de 2000, y otras afines como los artículos 397 y 410 del Código Penal.

En orden a sustentar el cargo dice que el fallador desconoció el testimonio vertido por Víctor Camacho Vega, quien aportó al proceso las pruebas documentales que demuestran que recibió la tubería por parte de inversiones Fas Ltda a solicitud de Asomineros, allegando los respectivos recibos o guías de los camiones transportadores, “y que a la postre vino a constituirse el valor (sic) del peculado endilgado al procesado LUNA ORTIZ”.

A renglón seguido acusa al fallador de haber valorado con un criterio subjetivo el testimonio del citado Camacho Vega, ex almacenista y archivador del municipio de Tamalameque, al restarle toda credibilidad, cuando el mismo fue ratificado y consolidado con la declaración jurada del ex Alcalde del mismo municipio Ricardo Chajin Florian.

A continuación hace una extensa transcripción de las razones aducidas en el memorial mediante el cual sustentó el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, para concluir que las pruebas allí reseñadas llevaban a un único diagnóstico, a saber que no existía prueba alguna en contra de los procesados.

Bajo lo que titula “incidencia de las irregularidades anotadas en el fallo recurrido”, sostiene que el “inaceptable criterio” de los juzgadores llevó a ignorar por completo la existencia y significación jurídica de las pruebas reseñadas en su memorial de impugnación de la sentencia de primera instancia, las que, de haber sido tenidas en cuenta, habrían llevado al juzgador a la conclusión opuesta, es decir que la

imputación formulada en su momento contra JOSÉ JAIME LUNA ORTIZ no tenían porque prosperar y, por tanto, se le habría absuelto de los cargos.

Finaliza solicitando que se case la sentencia y en su lugar se dicte fallo de reemplazo que necesariamente tiene que ser absolutorio.

2. Demanda presentada a nombre del procesado ARTURO FRANCISCO LACOUTURE BARROS.

Aunque el defensor formalmente formula dos cargos, en realidad trae una argumentación idéntica en cada uno de ellos, razón por la cual la Sala los resumirá en uno sólo, de la siguiente manera:

Con fundamento en la causal tercera de casación acusa la sentencia de haberse dictado en un juicio viciado de nulidad por violación al derecho de defensa.

Según el defensor, al procesado se le acusó y condenó por el delito de peculado por apropiación originado en unos hechos por los cuales nunca se le interrogó en la indagatoria tal como lo dispone el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal.

Dice que tal afirmación es verificable en el acta de la diligencia que obra en los folios 186 a 189 del expediente en la que se observa que el interrogatorio “giro en torno al incumplimiento del contrato de suministro y así sucesivamente”.

Considera que es tan grave el perjuicio irrogado por la omisión del interrogatorio con relación a los hechos constitutivos de peculado, que el procesado se confió en que su comportamiento ni siquiera se acomodaba a conducta punible alguna y, que en el más extremo de los casos, se encontraba frente “al puro y simple incumplimiento de

una obligación civil”.

Agrega que con dicha omisión se le cercenó a su defendido “el principio del contradictorio”, que de acuerdo con el artículo 251 del Código de Procedimiento Penal vigente para aquella época, le permitía al procesado “no sólo pedir y aportar, sino tachar pruebas”, ejercicio que, en el caso concreto, habría llevado al desvanecimiento de los cargos por el delito de peculado.

Concluye solicitando a la Corte que enmiende el error casando la sentencia y decretando la nulidad de lo actuado a partir de la resolución que ordenó el cierre de la investigación, advirtiendo que la nulidad proviene de haber privado de oportunidad al procesado para ejercer a plenitud y conforme a derecho su defensa material.

De las motivaciones contenidas en el segundo cargo, sólo se destaca, por ser diferente a las ya reseñadas, la afirmación según la cual la Fiscalía varió en la resolución de acusación la calificación jurídica de la conducta imputada al procesado LACOUTURE BARROS en la resolución de la situación jurídica, sin habersele escuchado previamente en ampliación de indagatoria, aspecto que ninguna atención le mereció al Juez de primera instancia.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. Frente a la demanda presentada a nombre del procesado JOSÉ JAIME LUNA ORTIZ

1. Primer cargo

Atendiendo a las circunstancias que rodearon la contratación objeto de la investigación, deduce la Procuradora Primera Delegada para la Casación Penal que si bien las obras

debían ejecutarse en el municipio de Tamalameque, tanto el convenio como el contrato fueron suscritos en la ciudad de Valledupar y la sede de la sociedad Fas Ltda Ltda., representada por el procesado LACOUTURTE BARROS, también está en la misma ciudad.

Por lo tanto, la Procuradora no comparte lo expuesto por el defensor, pues en su criterio el hecho que dio origen a la investigación penal no fue otro que la apropiación de una suma de dinero cuya destinación era la adquisición de bienes para la construcción del acueducto, y posteriormente, también le fue imputado a los procesados el delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales.

Bajo ese entendido, no es el incumplimiento por parte del contratista lo esencial en el caso, sino la celebración de un contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, además de la apropiación de dineros que debían estar destinados a la adquisición de bienes para la construcción del acueducto del municipio de Tamalameque.

De allí que, agrega, el Juez Penal del Circuito de Valledupar no desconoció la división territorial para efectos del juzgamiento porque los hechos fueron ejecutados en la ciudad de Valledupar, razón por la que no existe la nulidad invocada por el demandante, y por ello, el cargo no debe prosperar.

1. Segundo Cargo

Para la Procuradora Delegada la decisión tomada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito en auto del 24 de octubre de 2001, negando la solicitud de acumulación de procesos impetrada por el procesado, fue adecuada a la normatividad vigente.

Además, dicha decisión que también comprendió la fijación de fecha para la

celebración de audiencia preparatoria, fue comunicada mediante oficios Nos. 4262 y 4558 de 25 de octubre de 2001 al procesado LUNA ORTIZ y a su defensor, respectivamente, por lo que considera que si bien existió una irregularidad al no haberse notificado personalmente la decisión al procesado que se encontraba privado de su libertad, la misma no tiene la vocación de invalidar la actuación subsiguiente.

Ello porque, de un lado, el auto fue conocido por el procesado y su defensor y, de otro, en el trámite de la audiencia preparatoria ninguno de estos sujetos procesales se refirió a la actuación presuntamente irregular, cuando era el momento procesal oportuno, dejando precluir dicha oportunidad que el legislador previó para hacer esa clase de peticiones.

Por tanto, concluye, el cargo tampoco tiene vocación de prosperidad.

1.3 Tercer Cargo

Reseña la Procuradora que desde la resolución de acusación la Fiscalía valoró el testimonio del señor Víctor Camacho Vega, el cual también fue considerado en las sentencias de primera y segunda instancia, tal como lo demuestra con la cita de los apartes pertinentes.

Destaca que es el mismo censor quien a pesar de alegar que la prueba no fue tomada en cuenta por los falladores, a renglón seguido se refiere al análisis realizado en las instancias y a la valoración probatoria de la misma, desconociendo la técnica de casación que rige esta clase de errores.

Concluye que tanto por la errónea formulación, como por el aspecto de fondo en que tampoco acertó el censor, el cargo no debe prosperar, motivo por el cual solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada.

2. Demanda presentada a nombre del procesado ARTURO FRANCISCO LACOUTURE BARROS.

Para la Procuradora basta revisar la indagatoria rendida por el señor LACOUTURE BARROS para observar que contrariamente a lo alegado por su defensor, el interrogatorio al que fue sometido estuvo orientado justamente a esclarecer los hechos denunciados por el funcionario de Findeter, es decir, lo relacionado con la entrega del anticipo y demás sumas recibidas para la adquisición de tubería y accesorios con destino a la construcción del acueducto del municipio de Tamalameque.

En tales condiciones, el Ministerio Público considera que no es posible afirmar que el procesado fue sorprendido a última hora con la imputación de los hechos por los que finalmente fue acusado y condenado, y por lo mismo que no tuvo oportunidad de saber de qué tenía que defenderse.

Recuerda que la disposición vigente para cuando se recibió la indagatoria (artículo 360 del Decreto 2700 de 1991), solamente exigía que el funcionario judicial interrogara al imputado en relación con los hechos que originaron su vinculación, por lo que no era necesario preguntar al procesado sobre la “imputación jurídica provisional”, como sí lo reclama el actual artículo 338 de la Ley 600 de 2000.

De manera que si los hechos que motivaron la vinculación de LACOUTURE fueron aquellos relacionados con su participación en la celebración y ejecución de un contrato, la apropiación de los dineros del Estado formó parte de la controversia fáctica y jurídica durante todo el proceso, por lo que es evidente que en tales circunstancias no puede predicarse violación del derecho de defensa.

Por consiguiente considera que el cargo no puede prosperar.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Sobre la demanda a nombre del procesado JOSÉ JAIME LUNA ORTIZ.

1.1. Primer cargo. Nulidad por falta de competencia

Si bien es cierto que la Sala tiene establecido que la incompetencia del funcionario resulta a la postre violatoria del debido proceso y puede dar lugar a la declaratoria de nulidad de la actuación, por lo que su alegación en casación procede por la causal tercera, tal como lo asumió en este caso el casacionista, no puede sin embargo aceptar el desarrollo que le imprime a la censura, pues dejó de considerar que a esta clase de desaciertos se llega por haberse incurrido en vicios in iudicando, es decir en el acto mismo de juzgar, por lo que su desarrollo debe guiarse por los lineamientos técnicos de la causal primera, optando por una de las dos vías establecidas para ella.

Así, si se opta por la directa es deber del censor indicar las disposiciones que el juzgador aplicó indebidamente y de las que correlativamente dejó de aplicar, o aquéllas en las que se equivocó en fijar su contenido o alcance y las razones jurídicas de este desacierto, sin que por dicha vía sea procedente controvertir la apreciación probatoria. Si la transgresión a la ley se originó en errores de apreciación probatoria, es su deber concretar cada uno de ellos, si de existencia, identidad, legalidad o convicción, y demostrar su incidencia en la violación de la ley, y, por ende, la falta de competencia del órgano jurisdicente con compromiso de la validez del juicio.

En este caso, según lo que se extracta de la formulación del cargo, para que la propuesta invalidatoria del casacionista tuviera alguna coherencia, debía acreditar que los juzgadores de instancia incurrieron en error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas que demostraban que los hechos tuvieron ocurrencia exclusivamente en el circuito de Chiriguaná, Cesar, y no en el de Valledupar, y que a consecuencia de esa errada apreciación probatoria se dio lugar a la falta de aplicación o la aplicación indebida

de la norma que establece la competencia y, en consecuencia, debido a esto el juzgamiento se llevó a cabo por funcionario que carecía de ella.

Pero nada de esto hizo el demandante, pues en su argumentación se limitó a decir que como el “prestatario ante Findeter era el municipio de Chiriguaná y los hechos materia de la investigación sucedieron en dicho municipio”, el juicio debió adelantarse ante el Juez del Circuito de Chiriguaná y no ante el de Valledupar, sin explicar en qué aspecto fáctico o jurídico se funda para llegar a dicha conclusión, cuál en concreto el tipo de error probatorio cometido por los juzgadores, cómo se estructura éste, ni cuál habría de ser el correcto entendimiento de la prueba que llevaba a la conclusión que pregona, con lo cual el cargo queda sin desarrollo ni demostración alguna.

Pero además del desacierto técnico, el planteamiento no tiene validez alguna, pues como con acierto lo reseña la Procuradora en su concepto, los hechos de que da cuenta el proceso señalan que si bien la obra objeto del contrato S-006/96, suscrito entre el Director Ejecutivo de Asomineros, JOSÉ JAIME LUNA ORTIZ, y el Gerente de Inversiones Fas Ltda., ARTURO LACOUTURE BARROS, debía ejecutarse en el municipio de Tamalameque, el contrato cuya ilegalidad se cuestiona por la falta de requisitos legales, se suscribió en la ciudad de Valledupar, donde también tenía su sede la sociedad Fas Ltda., a cuyo representante se le atribuye la apropiación, a título de cómplice, de dineros que debían estar destinados a la adquisición de bienes para la construcción del acueducto del municipio afectado.

A esa misma conclusión arribó el Juzgado de Valledupar cuando en auto del 25 de septiembre de 2001 resolvió la petición de nulidad invocada por el defensor de LUNA ORTIZ con base en los mismos argumentos que ahora expone en esta sede. Dijo en tal oportunidad el Juzgado que:

“Observamos que el contrato fue celebrado en Valledupar, el 13 de noviembre de 1996,

conviniendo en el mismo que el municipio sede de Asomineros es esta localidad; de donde se desprende que la celebración formal del contrato fue en este Municipio y donde ha debido allegarse o cumplirse todos los requisitos requeridos para el contrato, además las actas posteriores de giro de anticipos se hicieron en Asomineros (esta ciudad). Resulta claro que los hechos que incursionaron a delito (como la omisión de los requisitos) ha debido tener lugar en Asomineros Valledupar, donde se suscribió el contrato, así mismo los valores objeto del peculado, fueron entregados y recibidos en la misma Asociación (...)"

Por lo tanto, el conocimiento del juicio por parte del Juez Penal del Circuito de Valledupar no desconoció las normas sobre competencia territorial, porque los hechos investigados fueron ejecutados en esa ciudad, razón por la cual se descarta la configuración de la irregularidad denunciada.

En consecuencia, no prospera la censura.

1.2. Segundo cargo. Nulidad por falta de notificación de un auto interlocutorio.

En este cargo, pretende el defensor que se declare la nulidad de lo actuado a partir del auto del 24 de octubre de 2001, mediante el cual el Juzgado de primera instancia negó la acumulación de procesos por no haber sido notificado personalmente al procesado LUNA ORTIZ, quien se hallaba privado de su libertad.

En verdad que mediante el mencionado auto la entonces Juez Cuarta Penal del Circuito de Valledupar despachó desfavorablemente la solicitud de acumulación presentada por el procesado, tras considerar que los hechos que se juzgaban en los

procesos que paralelamente cursaban contra el mismo LUNA ORTIZ eran distintos a los juzgados en este caso, por lo que no concurría ninguna de las causales de conexidad establecidas en el artículo 90 del Código de Procedimiento Penal, norma que por lo demás sólo era aplicable en la etapa de la investigación.

Dicho auto interlocutorio, es cierto, no se notificó personalmente al procesado LUNA ORTÍZ en la forma establecida en el artículo 178 de la Ley 600 de 2000, esto es “leyendo íntegramente la providencia a la persona a quien se notifique, o permitiendo que ésta lo haga”, lo cual era necesario porque se hallaba privado de su libertad, limitándose el Juzgado a comunicar el sentido de la decisión mediante oficio dirigido al procesado en el centro carcelario, de cuyo efectivo recibo no se tiene constancia.

Tal forma de comunicación, debe reconocerse, no suple el método especificado en la ley, porque frente a él no se tiene la certeza del enteramiento personal al procesado detenido y, por tanto, no podría entenderse como supletoria del mecanismo contemplado en las normas de procedimiento para la notificación y publicidad de las decisiones judiciales.

Sin embargo, observa la Sala que el reproche se queda en el mero enunciado porque el demandante no demostró el influjo que tuvo ese supuesto error de actividad en la sentencia recurrida, pues conforme con lo establecido en el artículo 310 de la Ley 600 de 2000, el sistema de las nulidades en nuestro medio se fundamenta, entre otros, en los principios de trascendencia y convalidación.

Así, de un lado, quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y/o el juzgamiento (trascendencia), y, de otro, aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el

consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (convalidación).

En este caso, aceptando que el auto del 24 de octubre de 2001 no fue notificado regularmente al procesado LUNA ORTIZ, del análisis de la secuencia procesal subsiguiente, y la actitud asumida por el procesado y su defensor, se concluye que los interesados consintieron la situación procesal que se presentó, provocando, con su actitud, la convalidación de la irregularidad, pues nunca reclamaron por la omisión, concitando en cambio la prosecución del trámite procesal.

Pero además, el cuestionamiento resulta absolutamente intrascendente, pues una irregularidad de tal índole no tendría la virtualidad de afectar la eficacia del proceso, ni modificar el contenido de la sentencia, porque, de un lado, como lo reseña la Procuradora en su concepto, la decisión contenida en el auto irregularmente notificado, fue adecuada a la normatividad vigente, y, de otro, el tema discutido en la misma no tenía incidencia directa con la responsabilidad del procesado.

En síntesis, como es claro que la aducida irregularidad no podría conducir al severo efecto de la invalidación del proceso, se desestima la censura.

1.3. Tercer cargo. Error de hecho por falso juicio de existencia

Resulta evidente, de la lectura del cargo, que el reparo elevado por el censor carece del fundamento necesario para su viabilidad, pues lo que pretende enrostrar como un error de hecho en la apreciación de las pruebas, termina por convertirse en un simple desacuerdo con la manera como el sentenciador valoró el testimonio del señor Víctor José Camacho Vega, que el actor señala como omitido por el fallador.

El error de hecho por falso juicio de existencia, ha dicho la Sala, sólo es viable invocarlo cuando quiera que el juzgador omita valorar una prueba que por lo que ella

demostraba, resultaba tan trascendente en el resultado del fallo, que otra hubiera sido la decisión tomada en la sentencia objeto de ataque.

En tales eventos, no se trata de realizar una nueva propuesta de la forma como se debió analizar el acervo probatorio, pues ese tipo de apreciaciones no resultan atendibles en esta sede; el disenso del demandante no puede apoyarse en apreciaciones subjetivas, de plena convicción personal, sino en vicios objetivos de la prueba como tal, bien porque el juzgador la hubiese ignorado, imaginado o tergiversado o porque ante los vicios de formación de la misma no era viable tenerla en cuenta.

En el caso a estudio, si se examina el contenido de las sentencias, el testimonio que el libelista menciona como excluido sí fue tenido en cuenta en ambas instancias. Así reflexionó el Juzgado:

“(…) Sobre este hecho también da cuenta CESAR SERNA BLANCO, quien prestó sus servicios en la Unidad de Manejo e Interventoría de ASOMINEROS, pretendiendo hacer creer que el contrato no se cumplió en un 100% porque FINDETER no había hecho el desembolso final que como se ha visto estaba representado en una irrisoria suma, ya que se había hecho un desembolso equivalente al 95.6% del valor total de este contrato y ya para este momento el contrato se encontraba en total abandono por parte del contratista y aquí podemos aseverar que la afirmación de VÍCTOR CAMACHO VEGA es alejada a la verdad y que como almacenista del municipio de Tamalameque no contaba con información suficiente para saber cuál era el stop (sic) de tubería y accesorios que se había contratado con la LACOUTURE BARROS, para así poder precisar si en realidad había hecho entrega de la totalidad de la mercancía o si por el contrario había algún faltante, además no estaba dentro de sus funciones verificar el cumplimiento del contrato en cuestión, por lo que es evidente que su testimonio lo que pretende es favorecer a los procesados haciendo creer que cumplieron con el contrato cuestionado”.

Por su parte, el Tribunal al responder uno de los motivos de la impugnación, que precisamente reclamaba credibilidad para este testigo, avaló el análisis que frente al punto hizo el A quo, de la siguiente manera:

“Por otro ángulo, no es creíble lo explicado por VÍCTOR CAMACHO VEGA, ex almacenista y archivador del municipio de Tamalameque, para la época en que se celebró el contrato de suministro S006/96, por cuanto este no contaba con elementos de juicio suficientes para conocer cuál era el verdadero stop (sic) de la tubería y accesorios contratos por Asomineros con el señor LACOUTURE BARROS, para de ahí decir con precisión y realismo el monto de la entrega de la mercancía o sí, por el contrario, quedaba pendiente un saldo por entregar y ello obedece a que no estaba dentro de sus funciones verificar el cumplimiento de lo pactado, por lo que surge de bulto que su dicción juramentada no pretende otra cosa que terciar a favor del interés jurídico de los procesados, al hacer creer que el señor LACOUTURE BARROS entregó finalmente la cantidad de tuberías y accesorios convenidos y que la obra estaba concluida en un 95.6% faltando un tramo de carretera que había comenzado a ejecutar con el material situado en la Casa de la Cultura destinado para el acueducto y alcantarillado de Tamalameque, sin embargo como se dijo antes CAMACHO VEGA sólo desempeñaba la función de almacenista y archivador y era obvio que desconocía los intrínquilis de lo pactado pues tampoco existe prueba en la foliatura de que hubiese tenido acceso a ello porque se escapaba de la esfera de su competencia...”

Como se puede observar, el testimonio del señor Víctor Camacho Vega realmente sí fue objeto de examen por los juzgadores, razón por la cual el yerro que bajo la modalidad de error de hecho por falso juicio de existencia se denuncia, carece de fundamento en cuanto la prueba no fue ignorada o desconocida, sino desestimada ante la fuerza persuasiva de otros elementos de juicio analizados en el proveído censurado.

En consecuencia, el reparo deviene infundado.

2. Sobre la demanda a nombre del procesado ARTURO LACOUTURE BARROS

Con fundamento en la causal tercera de casación, el defensor de LACOUTURE BARROS considera que el fallo se dictó en un juicio viciado de nulidad por violación al derecho de defensa, pues en desarrollo de la diligencia de indagatoria el Fiscal instructor habría faltado al deber de concretar los cargos que posteriormente se le hicieron por el delito de peculado por apropiación, lo que supone produjo efectos negativos en la manera como con posterioridad fue afrontada la defensa, pues el procesado asumió que su comportamiento ni siquiera se acomodaba a conducta punible alguna, y que en el más extremo de los casos, se encontraba frente “al puro y simple incumplimiento de una obligación civil”.

Soportado este reproche en la precariedad del interrogatorio que acusa le fue hecho al imputado en la diligencia de inquirir, su genérica afirmación no posibilita en principio reconocer específicamente en qué términos se produjo la supuesta omisión. Sin embargo, basta observar el contenido de la diligencia de indagatoria para descartar la sostenida falencia en su desarrollo y la comprensión que sobre los hechos objeto de averiguación inexorablemente tuvo el imputado.

En este sentido debe recordarse que de acuerdo con lo que disponía el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal con sujeción al cual se adelantó la diligencia (decreto 2700 de 1991), una vez cumplidas las advertencias previas al por indagar (artículo 358 ídem), “el funcionario judicial interrogará al imputado en relación con los hechos que originan su vinculación”.

En cumplimiento de ese precepto, como lo reseña la Procuradora, la indagatoria se orientó inicialmente a la información sobre la sociedad Inversiones Fas & Cía Ltda., en la que LACOUTURE ejercía como representante legal. Posteriormente el procesado entró a explicar el desarrollo del contrato S-006 de 1996, los problemas que se presentaron por

la demora en el pago del anticipo y los posteriores por la pérdida de parte de la tubería en el propio municipio de Tamalameque.

De manera específica el Fiscal le interrogó sobre la suma de \$239.000.000.00 recibida hasta el día 7 de julio de 1997, formulándole al respecto diversas preguntas relacionadas con el objeto de la investigación y en forma especial e inequívoca, siguiendo el decurso de los acontecimientos, le formuló la siguiente pregunta: "...cuál el motivo para que habiendo recibido tal cantidad de dinero equivalente por lo menos al 90% del valor del contrato, no se haya cumplido para esa fecha con los objetivos del mismo, cuando prácticamente se había cancelado la totalidad del contrato?".

Pregunta que a continuación de la respuesta recibida fue complementada con el siguiente interrogante: "Siendo que usted para el mes de febrero de 1997 ya había recibido \$206.000.000.00 de los \$249.000.000.00 del contrato, cuál el motivo para que en la fecha subsiguiente no se entregara la mercancía que ascendía a dichos valores? "

Por tanto, no corresponde a la verdad y resulta entonces infundada la afirmación del actor según la cual, a LACOUTURE BARROS no se le inquirió sobre los hechos de este proceso, y específicamente sobre los que configuraron el delito de peculado por apropiación, como tampoco, en consecuencia desde luego lo es, que esta circunstancia hubiese determinado restricción alguna para el ejercicio de su defensa material o técnica, pues los hechos que motivaron su vinculación fueron aquellos relacionados con su participación en la celebración y ejecución del contrato S-006/96, que motivó el giro de los dineros del Estado que fueron objeto de apropiación, lo cual quedó claro durante todo el proceso.

La disposición arriba citada, vigente para cuando se recibió la indagatoria al imputado LACOUTURE BARROS, solamente exigía que el funcionario judicial interrogara al imputado

en relación con los hechos que originaron su vinculación, tal como lo hizo el fiscal instructor en este caso, por lo que para entonces no era necesario preguntar al procesado de manera específica sobre la “imputación jurídica provisional” como lo reclama ahora el actual artículo 338 de la Ley 600 de 2000 que todavía rige para las indagatorias por hechos ocurridos antes de la vigencia de la Ley 906 de 2004.

Finalmente, es confuso, incompleto y carente de desarrollo, el argumento según el cual la Fiscalía varió ilegalmente la calificación jurídica de la conducta imputada al procesado LACOUTURE BARROS en la resolución de la situación jurídica, sin escucharlo previamente en ampliación de indagatoria.

No obstante, la Sala advierte que si bien cuando la Fiscalía de primera instancia resolvió la situación jurídica de los procesados lo hizo por el delito de peculado por extensión, que tipificaba el artículo 138 del decreto 100 de 1980, tal decisión fue impugnada por el Ministerio Público, lo que motivó que la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Valledupar modificara la imputación, al estimar que la conducta se adecuaba al delito de peculado por apropiación en los términos del artículo 133 del mismo código, razón por la cual la imputación siempre giró alrededor de esta conducta.

Consecuente con esta motivación, se desestima la censura.

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

RESUELVE:

No casar el fallo recurrido.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ HERMAN GALÁN CASTELLANOS

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS MAURO SOLARTE PORTILLA

Comisión de servicio

Teresa Ruiz Nuñez

Secretaria