

Proceso No 30292

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Aprobado acta No. 239

Bogotá, D. C., veintisiete de agosto del año dos mil ocho.

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación que presenta el defensor del procesado FREDDY ALFONSO DAZA MISATH, contra la sentencia de segunda instancia proferida el 12 de diciembre de 2007 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, mediante la cual lo condenó como cómplice del delito de peculado por apropiación.

ANTECEDENTES

1.1.- Los hechos fueron declarados por el juzgador de la manera siguiente:

“Revisado el expediente se constata que el señor Luis Rafael Rocha Díaz fue elegido popularmente como Alcalde del Municipio de Chiriguaná – Cesar en el período comprendido del primero de enero de 1998 al 31 de diciembre del año 2000, el que no terminó por problemas penales, como tal vinculó al arquitecto Freddy Alfonso Daza Misath mediante contrato de consultoría para hacer estudios de factibilidad y prefactibilidad y presentarlos ante los fondos de cofinanciación del Estado como el Fis, el Dri, Findeter y otros y ante ellos tratar de conseguir recursos para cofinanciar con el

Municipio obras de tipo social, señor este que en años anteriores conoció al arquitecto Javier Galán Hernández -natural de Bucaramanga- en San José del Guaviare, donde tuvieron vínculos por la profesión y amistad y por ello en el mes de octubre de 1998 Galán Hernández, según su versión, estuvo en Chiriguaná por dos días y su amigo le presentó al burgomaestre y otros empleados de la Alcaldía, se regresó para su lugar de origen y no volvió más a Chiriguaná, sin embargo, la Alcaldía en el mes de mayo de 1998 solicitó que los interesados presentaran sus ofertas para unas obras que se iban a realizar en el Colegio de Bachillerato del Corregimiento El Cruce y aparece el arquitecto Javier presentando los documentos respectivos para esas obras, las que fueron recibidas en la secretaría del Despacho del Alcalde por la Secretaria que se desempeñaba como tal, es así como recibidas varias propuestas, se reunieron el Burgomaestre Luis Rafael Rocha Díaz, el Secretario de Planeación Erick Johanes Álvarez Amaris, la Secretaria de Obras Públicas Sandra Lorena Ordóñez Vides, comité que escogió al Contratista Javier Galán Hernández y por eso aparece suscribiendo los contratos 054 y 055 el 21 de mayo de 1998, el primero para la construcción laboratorios Colegio Oficial de Bachillerato Corregimiento El Cruce, por valor de \$50.856.920 y el segundo para la construcción cerramiento Colegio Oficial de Bachillerato Corregimiento de El Cruce, Municipio de Chiriguaná Cesar, por la suma de \$31.196.920,00 pero el convenio 054 fue adicionado por la suma de \$22.361.656,00 para un total de \$73.218.156,00 que era el presupuesto inicial oficial para esa obra, sin embargo lo poco que se hizo en cumplimiento de los convenios estuvo a cargo del maestro de obras Pedro Mendoza Hernández y afirma que fue contratado por el arquitecto Javier Galán Hernández, presentando varias autorizaciones, en tal sentido, y para verificar la cantidad de obra terminada dos expertos del CTI de la Fiscalía, el 23 de abril de 2001 dictaminaron que el monto ejecutado en la obra del Laboratorio fue de \$22.653.535,00 aproximadamente, equivalente al 44,54% aproximado del valor del contrato y por el otro el monto ejecutado de la obra de cerramiento fue de \$11,960,675,00, aproximadamente, correspondiente al 37,24 % aproximado del valor del contrato, por lo tanto, también

fue vinculado Javier Galán Hernández y en su indagatoria negó haber firmado los contratos referenciados y las autorizaciones que aparecen en el expediente a favor del maestro de obras, lo que es ratificado por el dictamen grafológico efectuado por la Fiscalía de Bucaramanga, el 6 de julio de 2001, cuando concluye que las 25 firmas dubitadas como del señor Javier Galán Hernández, que obran en el expediente y que hacen parte del soporte de los contratos 054 y 055 de 1998 corresponden a imitaciones de la firma del señor Javier Galán Hernández y por ende son apócrifas (folio 202 c.o. #3).

“Es de anotar que la Secretaria de Obras Públicas Sandra Lorena Ordóñez Vides, en la cláusula tercera de los contratos, tenía que ejercer la función de interventora de las obras, sin embargo el burgomaestre, mediante un acto administrativo la sustituyó y delegó esas funciones al arquitecto Freddy Alfonso Daza Misath, quien rendía informes sobre la ejecución de las obras, según su decir, en la forma pactada, y por otro lado Sandra Lorena no estuvo pendiente de la ejecución de esos trabajos y sin embargo les colocaba su firma a las actas de entrega que hacían el maestro de obras y el interventor”.

1.2.- Adelantada la fase correspondiente a la instrucción y previa clausura de ésta por parte de la Fiscalía Séptima Seccional Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Bucaramanga¹, el 21 de marzo de 2002 se calificó el mérito probatorio del sumario² con resolución de acusación en contra de los procesados LUIS RAFAEL ROCHA DÍAZ, JAVIER GALÁN HERNÁNDEZ, SANDRA LORENA ORDÓÑEZ VIDES, ERICK JOHANES ÁLVAREZ AMARIS y FREDDY ALFONSO DAZA MISATH, como coautores presuntamente responsables “de los punibles de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, ejecutado en concurso material, homogéneo y sucesivo por los dos primeros sindicados y en las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar descritas en las motivaciones de este proveído, en perjuicio de la administración pública”.

Decidió igualmente “dictar resolución de acusación contra LUIS RAFAEL ROCHA DÍAZ, JAVIER GALÁN HERNÁNDEZ, FREDDY ALFONSO DAZA MISATH y SANDRA LORENA ORDÓÑEZ VIDES, como coautores responsables del delito de peculado por apropiación, ejecutado en concurso material, homogéneo y sucesivo con el mismo punible y de carácter heterogéneo con el de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar referidas al motivar esta providencia, en perjuicio de la administración pública”.

En esa misma providencia decidió precluir la investigación adelantada contra JOSÉ NELSON PABA ROYERO por los delitos de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación.

Contra esta determinación la defensa de los procesados Javier Galán Hernández, Sandra Lorena Ordóñez Vides y Luis Rafael Rocha Díaz, interpuso recurso de apelación que el 23 de julio de 2002 la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bucaramanga, resolvió en el sentido de confirmar la acusación proferida por la primera instancia contra Sandra Lorena Ordóñez y Rafael Rocha Díaz, y revocarla con relación a Javier Galán Hernández, respecto de quien precluyó la investigación³.

1.3.- La etapa de juicio fue asumida por el Juzgado Penal del Circuito de Chiriguaná⁴, Cesar, en donde se llevó a cabo la vista pública⁵, y el 18 de enero de 2007, se puso fin a la instancia condenando a los procesados LUIS RAFAEL ROCHA DÍAZ y FREDDY ALFONSO DAZA MISATH, a las penas principales de 72 meses de prisión y multa en cuantía de \$ 37.061.212, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena privativa de la libertad, al tiempo que les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, como consecuencia de hallarlos penalmente responsables del delito de peculado por apropiación imputado en la resolución de acusación.

Igualmente, condenó a SANDRA LORENA ORDÓÑEZ VIDES, a las penas principales de 36 meses de prisión y multa en cuantía de \$ 18.530.606.00, como cómplice penalmente responsable del delito de peculado por apropiación, al tiempo que le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Asimismo, absolvió a los procesados LUIS RAFAEL ROCHA DÍAZ, FREDDY ALFONSO DAZA MISATH, SANDRA LORENA ORDÓÑEZ VIDES y ERICK JOHANES ÁLVAREZ AMARIS, del delito de celebración indebida de contrato sin el lleno de requisitos legales 6.

5.- Recurrida esta decisión por la defensa de DAZA MISATH⁷ y ORDÓÑEZ VIDES⁸, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, por medio del fallo proferido el 12 de diciembre de 2007 resolvió modificarla en el sentido de condenar al procesado FREDDY ALFONSO DAZA MISATH a las penas principales de 48 meses de prisión y multa en cuantía de \$37.061.212.00, e interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 5 años, como consecuencia de encontrarlo cómplice penalmente responsable del delito de peculado por apropiación.

Asimismo absolvió a la procesada SANDRA LORENA ORDÓÑEZ VIDES de los cargos que le fueron formulados y confirmó en lo demás la providencia recurrida, al conocer en segunda instancia de la apelación interpuesta⁹.

6.- Contra la sentencia de segunda instancia, el defensor del procesado FREDDY ALFONSO DAZA MISATH interpuso recurso extraordinario de casación¹⁰, el cual fue concedido por el ad quem¹¹ y presentó la correspondiente demanda¹², sobre cuya admisibilidad se pronuncia la Corte.

LA DEMANDA

Con apoyo en las causales tercera y primera de casación, dos cargos formula el

demandante contra el fallo del Tribunal en los que lo acusa de haber sido proferido en juicio viciado de nulidad por trasgresión del derecho de defensa (primer cargo), y en violación indirecta de la ley sustancial a consecuencia de incurrir en errores de hecho en la apreciación probatoria (segundo cargo).

En el primer cargo, enunciado como principal, sostiene que la sentencia fue dictada en juicio viciado de nulidad por violación del derecho de defensa, la cual se configuró “al no haberse accedido a su petición de practicar una nueva inspección judicial con personal idóneo en el ramo específico de la ejecución de la obra, toda vez que era en el terreno mismo de los hechos donde se realizaba la obra, la prueba por excelencia para que mi defendido hubiese podido ejercer el derecho a la contradicción del informe”.

Después de resumir los hechos y de aludir a la actuación llevada a cabo en las instancias, sostiene que “la prueba reina” en la investigación que se llevó a cabo en este proceso, es el informe del C.T.I. en el que se plantea que en la ejecución de los dos contratos no se invirtieron la totalidad de los dineros entregados como anticipo, de donde se concluye que hubo una apropiación de dichos dineros.

Por esto, considera que para ejercer el derecho de contradecir dicho informe, era válida la solicitud de practicar una inspección judicial en el terreno de los hechos “con el fin de poner de presente las condiciones físicas que resultaban tangibles a los sentidos y sus intereses como quiera que él pretendía mostrar aquellas condiciones precarias que hacían crítica la compactación del terreno, como por ejemplo el altísimo nivel freático del mismo, que era una circunstancia totalmente desconocida al momento de hacer los estudios de factibilidad del proyecto y que al ser descubierta implicaba un notorio desequilibrio contractual al tener que incrementarse los costos de la obra como consecuencia de esta falencia física a nivel de resistencia o compactación física del suelo”.

Por esta razón, dice, su asistido “exigía la práctica de esa prueba que resultaba no sólo idónea desde el marco referencial de la pertenencia sino de su propia defensa, si tenemos en cuenta que esa falla en la consistencia del suelo se tradujo en la necesidad de realizar unos trabajos que no estaban previstos”, la cual, pese a ser imperiosa para ejercer el derecho de defensa, no le fue decretada.

Sostiene que de haberse practicado dicha prueba, su defendido estaba en posibilidad de explicar sobre el terreno que no hubo apropiación indebida de esos faltantes, sino que dichos dineros se invirtieron en otros componentes de la obra que se presentaron de manera imprevista en la ejecución del contrato y que no figuraban en el plano o diseño original.

En lo que el casacionista denomina “alcance de la nulidad”, refiere que la pretensión que expone, tiene plena justificación por las implicaciones que el hecho que la origina tuvo en el derecho de defensa, y que se tradujo en el sentido del fallo, pues de haberse accedido a la práctica de la prueba su defendido estaba en la posición de haber podido explicar que en realidad no se presentó un faltante de dinero, sino que lo ocurrido fue un hecho extraordinario e imprevisto que forzosamente había que enfrentarlo a través de unos gastos extras para precaver el eventual levantamiento de muros, dando la solución que corresponde ante una falta de compactación física del terreno.

Con fundamento en lo expuesto solicita casar la sentencia recurrida y decretar la nulidad de lo actuado a partir del cierre de investigación.

SEGUNDO CARGO (subsidiario). Error de hecho por falso juicio de existencia por

omisión.

Manifiesta que el yerro tuvo lugar porque el juzgador dejó de apreciar la declaración de Pedro Mendoza, la cual obra a folio 2 del cuaderno original No. 3, “quien en calidad de maestro de la obra explicó el hurto de muchos elementos que se había cometido sobre la obra, anexando la respectiva denuncia sobre estos hechos”.

Como consecuencia de ese “error esencial de hecho”, el Tribunal incurrió en violación indirecta por aplicación indebida del artículo 397 del C.P. que tipifica el delito de peculado por apropiación, cuando lo correcto habría sido la aplicación del principio in dubio pro reo, que no fue aplicado, pese a que en estas circunstancias no existía la certeza requerida para haber condenado a su patrocinado.

Con la pretensión de demostrar el cargo, sostiene que la “prueba reina” del proceso está determinada por el informe del CTI donde se establece el aparente faltante de la inversión de la obra, y su imputación como apropiación ilícita por parte de su asistido, por haber sido él la persona encargada de avalar las actas de pago parcial de lo que se fuera construyendo, en su calidad de interventor de la misma, y dicha conclusión fue definitiva para fundamentar su condena.

Afirma que la inspección judicial que se llevó a cabo para rendir el informe, “se hizo demasiado tarde cuando la obra se encontraba no sólo suspendida formalmente en forma definitiva, es decir, por acta que suscribía el contratista y el señor Alcalde, debido a los incumplimientos del Municipio en la cancelación de los pagos, sino que se encontraba totalmente abandonada, expuesta a todo tipo de riesgos y sometida al deterioro normal que ello implica con el deterioro así mismo de los valores invertidos en ella, debiendo agregar que la misma fue objeto de saqueos por vándalos como lo declara el maestro de obra PEDRO MENDOZA quien anteriormente ya había denunciado estos hurtos, aportando fotos de la viga de concreto perimetral que constituía el soporte físico

de la malla para el encerramiento la cual fue hurtada en su totalidad en el mes de octubre de 1998”.

No obstante, dice, esta declaración fue desconocida en la sentencia de condena, configurando con ello un error esencial de hecho, si se tiene en cuenta que en dicha declaración refiere la pérdida de unos elementos muy costosos en los términos del contrato, a lo que se suma el pésimo estado de abandono en que se encontraba la obra cuando se practicó el informe del CTI.

Es decir, dice, el señor MENDOZA es explícito en declarar sobre las contingencias se presentaron en la realización parcial de la obra y en el saqueo de la misma, lo cual es importante para determinar si realmente se presentó una apropiación de recursos, si se trató de sobrecostos que se presentaron por la necesidad de atender unos imprevistos que súbitamente surgieron debido a las fallas de compactación del terreno, o si esos faltantes obedecen al saqueo de la construcción como fueron denunciados en su oportunidad.

Anota que al haberse omitido la citada prueba, se desconocieron los recursos invertidos y que fueron hurtados, presentándose una duda acerca de si realmente se presentó un faltante, o si por el contrario el menor valor de lo encontrado se debe al valor hurtado de los elementos señalados y que fueron desconocidos por la sentencia.

Considera que de esta manera se llega a una incertidumbre sobre un aspecto de la investigación que debía estar plenamente probado, como es la real cuantificación del hecho, en este caso del valor económico de lo presuntamente apropiado, o lo que es lo mismo la existencia del hecho punible, ya que resulta extravagante pretender formular una imputación de responsabilidad cuando no se tiene certeza sobre la ocurrencia del hecho.

En el acápite que denomina “trascendencia y alcance del error de hecho”, manifiesta que si se toma en cuenta que la Fiscalía ordenó practicar una inspección judicial al sitio de los hechos con el fin de cuantificar los distintos renglones o variables que se requería para la construcción del encerramiento y del laboratorio, era porque el sentido común así lo aconsejaba por corresponder a la metodología específica para precisar si realmente los dineros de los anticipos habían sido invertidos en la ejecución de los contratos. También resultaba importante valorar todo aquello que de una u otra forma incidiera en la cuantificación, “lo que permite colegir que el error de hecho en la omisión de valorar la denuncia y declaración del maestro de la obra permea la totalidad del sentido del fallo, como quiera que recae sobre el aspecto vital del injusto y por ende de la declaratoria de responsabilidad penal”.

Agrega que el informe de la inspección judicial practicada al sitio de los hechos, se realizó aproximadamente a los 30 meses de haberse dispuesto formalmente la suspensión definitiva de la obra por los sucesivos incumplimientos del municipio en hacer los aportes.

Sostiene que “el Municipio no canceló un solo centavo del que le correspondía por mandato del convenio, lo que se tradujo en el factor definitivo para que la obra se hubiera suspendido provisionalmente en 4 oportunidades hasta llegar a la suspensión definitiva que implicó su abandono total y su respectivo deterioro físico y monetario a tal extremo que fue la negligencia en el incumplimiento de sus aportes que el contrato no se llevó a la fase de la liquidación”.

Anota que en el informe de gestión rendido por su defendido, éste reiteraba la necesidad de asignar los recursos para la terminación de la obra, pues a medida que el tiempo avanzaba la situación se tornaba más difícil por el incremento de los precios, y de manera subsidiaria que se procediera a la liquidación del contrato, ninguna de cuyas solicitudes tuvo respuesta de parte del Alcalde de la época, “porque él, más que nadie,

sabía que era el Municipio quien había incumplido con sus aportes”.

En su criterio, de no haberse presentado ese error esencial de hecho, resultaba imposible establecer si realmente existió o no la apropiación de los recursos, y como dicha incertidumbre no era posible eliminarla con otra prueba, impide llegar al grado de certeza sobre la apropiación, “entre otras razones porque el contrato nunca se liquidó y como tal resultaba imposible determinar el estado de cuenta de los contratantes”. Considera que dentro de la lógica de lo razonable, resultaba acertado haber concedido el beneficio del in dubio pro reo, cuyo principio se dejó de aplicar y ello se tradujo en una aplicación indebida de la disposición que tipifica el peculado.

Con fundamento en lo expuesto, solicita a la Corte casar la sentencia objeto de recurso y absolver a su cliente de los cargos que le fueron formulados.

SE CONSIDERA:

1.- Reiteradamente la Corte ha indicado que la casación no es instancia adicional que permita presentación informal de argumentos de disenso contra los fallos de segunda instancia, ni constituye una prolongación del juicio en que se posibilite continuar el debate fáctico y jurídico propio del trámite regular del proceso.

Insistentemente ha precisado que su postulación debe obedecer a la denuncia y demostración de haber sido transgredida la ley con el fallo, y que el escrito a través del cual se ejerce necesariamente debe cumplir rigurosos requisitos de forma y contenido, establecidos por el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal, a fin de que pueda superar el juicio de admisibilidad al trámite extraordinario que le compete realizar a la Corte.

Entre dichos presupuestos, se encuentra la obligación de presentar precisa y claramente los fundamentos fácticos y jurídicos del motivo de casación que se aduce, para lo cual debe tomarse en cuenta que cada causal tiene naturaleza autónoma, por lo mismo se halla sometida a parámetros demostrativos propios y distintos de las demás, y que su configuración trae aparejada consecuencias de diversa índole para el proceso.

En relación con la causal primera, la Sala tiene establecido que cuando se acude a la violación indirecta de disposiciones de derecho sustancial, para denunciar la configuración de errores de hecho por falso juicio de existencia por omisión de la prueba, compete al casacionista concretar no solamente la parte del expediente en que se ubica ésta, sino indicar qué objetivamente se establece de ella, cuál el mérito que le corresponde siguiendo los postulados de la sana crítica, y cómo su estimación conjunta con el arsenal probatorio que integra la actuación, da lugar a variar las conclusiones del fallo, y en relación de determinación la norma de derecho sustancial que mediatamente resultó excluida o indebidamente aplicada, es decir, debe demostrar, cómo, de no haber ocurrido el yerro, el sentido del fallo habría sido sustancialmente distinto y opuesto al impugnado, integrando de esta manera la proposición del cargo y su formulación completa.

Esta tarea comprende la obligación de realizar un nuevo análisis del acervo probatorio en que se corrija el error, sea valorando las pruebas omitidas, cercenadas o tergiversadas, o apreciando acorde con las reglas de la sana crítica aquellas en cuya ponderación fueron transgredidos los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o los dictados de experiencia; y, de ser ese el caso, excluyendo las supuestas o ilegalmente allegadas o valoradas.

Todo ello no debe ser realizado de manera insular, sino en confrontación con lo acreditado por las pruebas acertadamente apreciadas, tal como lo ordenan las normas procesales

establecidas para cada medio probatorio en particular y las que refieren el modo integral de valoración, y en orden a hacer evidente la falta de aplicación o la aplicación indebida de un concreto precepto de derecho sustancial, pues es la demostración de la transgresión de la norma de derecho sustancial por el fallo, la finalidad de la causal primera en el ejercicio de la casación¹³.

Del mismo modo, en tratándose de la causal tercera o de nulidad, la jurisprudencia tiene por sentado¹⁴, que los motivos de ineficacia de los actos procesales no son de postulación libre, sino que por el contrario se hallan sometidos al cumplimiento de precisos principios que los dotan de sentido y los hacen operantes.

De acuerdo con éstos, solamente es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley (taxatividad); no puede invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio, salvo el caso de ausencia de defensa técnica (protección); 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); 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, además, que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte (residualidad).

De manera que, en sede de casación, no basta con solamente invocar la existencia de un motivo de ineficacia de lo actuado, sino que compete al demandante, precisar el tipo de irregularidad que alega, demostrar su existencia, acreditar cómo su configuración comporta un vicio de garantía o de estructura, y la trascendencia frente al fallo cuestionado. Si lo que se persigue es denunciar la presencia de varias irregularidades, cada una de ellas con entidad suficiente para invalidar la actuación o

parte de ella, resulta indispensable que se sustenten en capítulos separados y de manera subsidiaria si fueren excluyentes, pues sólo así puede acatarse la exigencia de claridad y precisión en la postulación del ataque y respetarse los principios de autonomía de los cargos y de no-contradicción.

Pero además, también la jurisprudencia de esta Corte¹⁵ ha sido insistente en indicar que cuando en sede extraordinaria se postula violación del principio de investigación integral por omisión en la práctica de pruebas, para que el ataque pueda entenderse completo resulta indispensable concretar en la demanda los medios de prueba que fueron dejados de practicar por el funcionario instructor; demostrar la procedencia de su práctica; y, finalmente, acreditar su trascendencia.

La primera exigencia implica que el demandante debe señalar, en concreto, las pruebas que los funcionarios judiciales soslayaron en su recaudo, y no limitarse a consignar afirmaciones generales sobre la existencia de una supuesta inactividad probatoria, sin descender al campo de las concreciones.

La segunda, dice relación con los conceptos de conducencia, pertinencia, racionalidad y utilidad de la prueba o pruebas no practicadas, e implica acreditar que son legalmente permitidas; que guardan relación con los hechos, objeto y fines de la investigación; que son razonablemente realizables; y, que no son superfluas. La tercera, impone confrontar, dentro de un plano racional de abstracción, el contenido objetivo de las pruebas omitidas con las que sustentan el fallo, en orden a demostrar que sus conclusiones sobre los hechos o la responsabilidad del procesado habrían sido distintas y opuestas de haber sido aquéllas practicadas¹⁶.

“Se hace esta primera precisión, ha sido dicho, para dejar sentado que la demostración de esta especie de reparo no se agota con el simple señalamiento de las pruebas que los funcionarios judiciales omitieron practicar en concreto dentro de una

determinada investigación, ni mucho menos en la presentación de una variedad de hipótesis probatorias producto de la capacidad imaginativa del demandante, sobre las que se especula a partir de la certeza de los resultados del proceso, sino en el cumplimiento claro y preciso de los requerimientos que vienen de ser indicados.

“Sostener que las cosas habrían sido distintas si la investigación se hubiese enderezado en tal o cual sentido, o hubiesen sido practicadas tales o cuales pruebas, o que se violó el principio de investigación integral porque las pruebas que teóricamente podrían haberse recaudado no se realizaron, nada demuestra. Es necesario acreditar, frente al caso concreto, que las pruebas omitidas surgían necesarias o trascendentes para la definición del asunto, que eran jurídicamente procedentes, que eran materialmente realizables, y que dejaron de practicarse por inactividad endilgable a los funcionarios judiciales encargados del adelantamiento de la investigación”¹⁷.

Lo anterior por cuanto las nulidades no surgen por la sola circunstancia de haberse incurrido en una irregularidad, sino porque habiéndose configurado el desacierto y siendo éste de carácter sustancial, afecta realmente garantías de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción o juzgamiento.

2.- En el presente caso, resulta evidente que ninguno de los cargos propuestos en la demanda formulada contra la sentencia impugnada, logra cumplir estas exigencias básicas. La falta de claridad, precisión y de debida sustentación, cuando no manifiesta ausencia de corrección material, son el elemento común en cada uno de ellos. Las inconsistencias de fundamentación y técnicas son de tal magnitud y entidad, que impiden establecer el verdadero alcance de la pretensión, lo que determina que el libelo no pueda ser admitido al trámite casacional con miras a un pronunciamiento de fondo, en términos que seguidamente pasan a precisarse.

2.1.- Como se recuerda del resumen que se hizo de la demanda, en la primera

censura -postulada al amparo del motivo tercero de casación-, se denuncia que la sentencia resulta viciada de nulidad por haberse violado el principio de investigación integral como componente del derecho de defensa, al sostener el casacionista que se dejó de practicar una diligencia de inspección judicial sobre el terreno de las obras contratadas, a fin de establecer “el altísimo nivel freático” de la superficie, que ello se tradujo en la necesidad de realizar unos trabajos que no habían sido previstos originalmente y que por tanto no hubo apropiación indebida de recursos sino que dichos dineros se invirtieron en otros componentes.

A este respecto es de decirse que la censura no trasciende su sólo enunciado en cuanto carece de desarrollo y demostración con el rigor exigible en sede extraordinaria, toda vez que el casacionista no mencionada para nada el cumplimiento de los presupuestos de pertinencia, conducencia, aptitud demostrativa, utilidad, posibilidades de realización y trascendencia del medio que extraña, lo cual hace que el cargo así presentado resulte inidóneo para admitirlo al trámite casacional por presentar insuperables vacíos de fundamentación.

Esto por cuanto, como ha sido dicho por la Corte, incluso en la providencia que párrafos arriba se evoca y ahora se reitera, “el vicio que concita la nulidad por inactividad investigativa no se demuestra afirmando simple y llanamente que la investigación dejó de incorporar determinadas pruebas, sino explicando y acreditando que los medios que dejaron de practicarse eran necesarios o importantes para resolver el asunto, que su práctica estuvo al alcance de los funcionarios investigadores, que nada se hizo, o que no se hizo lo suficiente para allegarlas, y desde luego, que su práctica es todavía posible”.

Si el libelista guarda silencio sobre dichos presupuestos, ninguno de los cuales puede suponer la Corte sin trasgredir el carácter técnico, lógico y rogado que la casación ostenta, carece de sentido decretar la nulidad que reclama con el fin de ordenar la

práctica de una prueba de la cual se desconoce no solamente sus posibilidades de realización sino la importancia que podría tener en la definición del asunto, pues no puede olvidarse que uno de los reparos que el recurrente formula al informe del CTI rendido con ocasión de la diligencia de inspección judicial practicada en el lugar en que habrían de realizarse las obras contratadas, es que el mismo se presentó “aproximadamente a los 30 meses de haberse dado formalmente la suspensión definida de la obra”¹⁸, lo cual implicó “su abandono total y su respectivo deterioro físico y monetario”, condiciones en las cuales la utilidad de la prueba queda en entredicho.

Pero aún si la Corte llegase a suponer que la propuesta impugnatoria es formalmente completa, se advierte que la misma resulta insubstancial, en cuanto los sentenciadores sí consideraron la hipótesis defensiva presentada a favor de DAZA MISATH, relativa a la necesidad de realizar obras adicionales, sólo que no le confirieron el mérito persuasivo que el casacionista reclama.

Tanto es esto, que en el fallo de primera instancia el juzgador hizo alusión a la petición que el presunto contratista hizo a la Alcaldía Municipal en el sentido que se le aprobara la realización de obras adicionales a las inicialmente pactadas, en los siguientes términos:

“Con fecha julio 2 de 1998 aparece comunicación dirigida al alcalde ROCHA DÍAZ donde la contratista solicita aprobación de obra adicional para terminación de los laboratorios por valor de \$22.361.656,25 de acuerdo a descripción técnica de los ítems y que cuenta con el visto bueno del jefe de planeación ÁLVAREZ AMARIS, del alcalde ROCHA DÍAZ y la firma de la jefe de obras públicas, folio 190 y 191.

“Con fecha 21 de julio de 1998 se profiere la resolución No. 268 en la que el alcalde LUIS RAFAEL ROCHA DÍAZ aprueba mayores cantidades de obra de acuerdo a la solicitud del

contratista y su apropiación presupuestal se hará con cargo al proyecto 62B del presupuesto de la vigencia 1998, folio 189”19.

Pese a que esto resulta de suyo suficiente para denotar la falta de sustento objetivo en la censura, debe decirse que para que la propuesta del censor tuviera alguna coherencia lógica, le resultaba indispensable confrontar sus asertos con las consideraciones del sentenciador para proferir fallo de condena. Como no lo hizo dejó de advertir que el sentenciador tuvo en cuenta que el contrato y demás documentos que respaldarían la ejecución de las obras, son espurios, y que dicha falsedad fue el mecanismo ideado y utilizado para la ilícita apropiación de los recursos del erario municipal:

“Establecido como quedó, que los documentos a través de los cuales el nacimiento, ejecución y suspensión de la obra, le fueron falsificados a JAVIER GALÁN HERNÁNDEZ y que el nombre de aquél fue burdamente utilizado para llevar fraudulentamente dichas actividades en las cuales tuvieron intervención directa los tres señores arriba mencionados, no cabe otra conclusión que la de inferir que existió una verdadera confabulación entre aquellos, plagada de autorizaciones, documentos y actas que aparecen firmadas por JAVIER GALÁN HERNÁNDEZ, cuando está probado que aquél jamás suscribió dichos documentos.

“En este orden de ideas, estamos ante la presencia de un contratista ficticio, fantasma que si bien es cierto acudió a esta municipalidad, traído de las selvas del Guaviare por FREDDY ALFONSO DAZA MISATH y presentado al ex alcalde ROCHA DÍAZ, esto no es indicativo que él haya suscrito los contratos, las evidencias nos indican que nunca apareció por el lugar de la respectiva obra, como tampoco designó a un maestro de obra para desatenderse de aquella. Todo fue una maña ideada por FREDDY DAZA MISATH interventor de la obra quien era el encargado de vigilar el cumplimiento del contrato y decidió apersonarse de la obra utilizando el nombre de GALÁN HERNÁNDEZ donde ésta nunca

realizó acto de contratación, nunca le pagaron un peso por los contratos asignados, sino que fue el maestro de obra quien para el efecto también fungió como administrador y que el que recibió el dinero como si fuera propio seguramente para entregárselo a ROCHA DÍAZ quien era su amigo personal”²⁰.

Como el casacionista no dedica espacio alguno a controvertir estas consideraciones del fallo, ningún sentido tendría establecer si el terreno sobre el que se inició la construcción del laboratorio del colegio presentaba o no un nivel freático alto, que ameritara la necesidad de realizar obras adicionales a las inicialmente contratadas, pues una tal argumentación sólo podría resultar admisible si en la sentencia no se hubiese dejado expresamente consignado que la investigación estableció la falsedad de la documentación contractual, de modo que el aludido contrato de obra nunca pudo haber nacido a la vida jurídica “porque simplemente jamás hubo contratista”.

Es precisamente por razón de la desconexión entre los argumentos del casacionista y la objetividad que la sentencia ofrece, que aquél pretende justificar la solicitud de anulación de lo actuado en la particular consideración de que a su asistido se le impidió acreditar que el nivel freático alto del terreno sobre el que se habría de construir el laboratorio del colegio indicaba que “realmente estábamos frente a una circunstancia extraordinaria que modificaba sustancialmente el equilibrio en términos económicos del contrato y exigía unos sobrecostos para garantizar la calidad de la obra”, pues ello sólo podría resultar admisible si el sentenciador hubiere declarado la validez del contrato y no su falsedad.

Se evidencia así que la demanda resulta sustancialmente inidónea para desvirtuar la doble presunción de acierto y legalidad que ampara la sentencia de segunda instancia, la

cual, en los términos del libelo permanece inconvencible, pues, precisamente por no combatir las consideraciones que allí se exponen por parte del juzgador, no logra superar el juicio de admisibilidad al trámite casacional.

2.2.- Esta misma situación de desapego por la naturaleza extraordinaria del recurso y la objetividad de éste, concurre respecto del segundo cargo que el demandante formula, en el cual denuncia que el sentenciador incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia por dejar de apreciar la declaración rendida por Pedro Mendoza, quien, en palabras del recurrente, “en calidad de maestro de la obra explicó el hurto de muchos elementos que se había cometido sobre la obra, anexando la respectiva denuncia sobre estos hechos”.

No se percata, que el juzgador sí ponderó el medio de convicción a que se alude en la demanda, sólo que no le confirió el mérito que el casacionista reclama, y que, en tal medida, el reparo que propone, cae en el vacío.

Para demostrar lo que viene de anotarse, baste con traer a colación el siguiente aparte del fallo de primera instancia, que para los efectos de la casación se integra al de segunda, formando una unidad jurídica inescindible en aquellos aspectos que no hubieren sufrido modificación con ocasión de la alzada interpuesta:

“Las pruebas documentales allegadas con la denuncia, y el informe de la Contraloría General de la Nación eran de por sí lo suficientemente dicentes y graves como para no dudar de la configuración de conductas atentatorias contra el bien jurídico de la administración pública. Que de acuerdo con el avance de la investigación y de las pruebas sobrevinientes que empezaron a llegar empezó a dejarse ver en toda su magnitud a medida que fueron llamados a rendir versión libre de apremio aquellas personas que de una u otra forma fueron vinculadas en los hechos motivo de investigación y que

fueron llegando al instructivo diferentes pruebas periciales y testimoniales.

“Al plenario llegó la versión entregada por el supuesto contratista el arquitecto JAVIER GALÁN HERNÁNDEZ, quien asegura que él jamás presentó oferta, ni contrató con el Municipio de Chiriguana, ni inició, ejecutó o supervisó obras de ningún tipo con aquella administración municipal, ni mucho menos recibió dinero mostrándose sorprendido en los documentos en que aparece firmando el contrato, diferentes actas, otorgando poderes y demás relacionadas con su supuesta labor como contratista.

“Esta declaración, avalada por el respectivo dictamen grafológico que obra dentro del proceso, es circunstancia indicadora de una falsedad que pudo haberla realizado el ex burgomaestre LUIS RAFAEL ROCHA DÍAZ, el interventor de la obra FREDDY ALFONSO DAZA MISATH y el maestro de obra PEDRO MENDOZA HERNÁNDEZ cuando afirman que el señor JAVIER GALÁN HERNÁNDEZ fue elegido para realizar la obra en el punto conocido como El Cruce a las afueras de la localidad de Chiriguana. Todos los dichos de estos tres personajes son falaces, falsos y mentirosos” 21 (se destaca).

Además de la manifiesta carencia de sustento objetivo en el reparo que el casacionista formula, con lo cual denota distanciamiento con el deber de fidelidad que las partes deben a la realidad que la actuación ofrece, es lo cierto que el censor tampoco indica cómo el presunto hurto de elementos de la obra, supuestamente denunciado por el testigo, tendría la posibilidad de convertir en auténtico un contrato probadamente espurio, de manera que pudiera ser liquidado, ya que en su concepto este procedimiento “se hacía necesario para saber en definitiva quién debía a quién y de esta manera si el Municipio resultaba airoso podía exigir las pólizas de cumplimiento, como se los planteó mi defendido en el informe sobre su gestión donde reiteraba la necesidad de asignar los recursos para la terminación de la obra”22.

Lo ofrecido en el libelo, no es, entonces la intencionalidad concreta de

demostrar que el fallo transgredió normas de derecho sustancial, juicio para el cual ha sido instituida la casación, sino oponerse a su cumplimiento mediante una exposición particular sobre cómo ha debido decidirse la causa conforme al alcance persuasivo que, en su criterio, poseen algunos medios de prueba allegados al proceso.

Se observa así, que en lugar de ajustarse a los presupuestos de admisibilidad legalmente establecidos, la libelista acude a este instrumento extraordinario como forma de prolongar el debate para lograr una revaloración probatoria por fuera de la llevada a cabo por el sentenciador, desconociendo que el proceso concluyó con el fallo de segundo grado, hallándose a estas alturas amparado por la doble presunción de acierto y legalidad, la cual era de su carga desvirtuar y lejos está de poder lograr.

3.- Siendo entonces ostensibles los defectos que la demanda acusa, pues, como se deja expuesto, de ella no se desentraña precisa y claramente los fundamentos de las causales invocadas, y no pudiendo la Corte corregirla por virtud del principio de limitación que rige su actuación, lo procedente será inadmitirla, declarar desierto el recurso y ordenar la devolución del expediente al despacho de origen, conforme así se establece de los artículos 197 del decreto 2700 de 1991 y 213 de la ley 600 de 2000.

Esto último, si se considera que de la revisión de lo actuado tampoco se observa violación de garantías fundamentales que tornen viable el ejercicio de la oficiosidad por parte de la Sala.

Contra estas decisiones no procede recurso alguno.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

R E S U E L V E:

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor del procesado FREDDY ALFONSO DAZA MISATH, por lo anotado en la motivación de este proveído. En consecuencia se DECLARA DESIERTO el recurso.

Contra este auto no procede recurso alguno.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

Comisión de servicio

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Fls. 245 cno. 3

2 Fls. 294 y ss. cno. 4

3 Fls. 7 y ss. cno. 5

4 Fls. 47 cno. 5

5 Fls. 199 y ss. cno. 5

6 Fls. 491 y ss. y 531 cno. 5

7 Fls. 530 cno. 5

8 Fls. 534 cno. 5

9 Fls. 79 y ss. cno. Trib.

10 Fls. 95 cno. Trib.

11 Fls. 108 y ss. cno. Trib.

12 Fls. 121 y ss. cno. Trib.

13 Cfr. Cas. agosto 6 de 2002. Rad. 19330

14 Cas. Agosto 1º de 2002. Rad. 12091

15 Cfr. por todas, Cas. de 11 de julio de 2007. Rad. 27778.

16 Cfr. cas. de 27 de febrero de 2001. Rad. 15402

17 Cfr. Sentencia de casación. Mayo 4 de 2006. Rad. 22328.

18 Fl. 133 cno. Trib.

19 Fl. 495 cno. 5

20 Fl. 501 cno. 5

21 Fl. 500 cno. 5

22 Fl., 133 cno. Trib.