

Proceso n.º 31613

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aprobado Acta No. 216

Bogotá, D. C., siete (7) de julio de dos mil diez (2010)

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de ELBERTO JOSÉ LEMUS GARCÍA contra el fallo del 16 de julio de 2008 por medio del cual el Tribunal Superior de Santa Marta, confirmó la sentencia proferida el 18 de mayo de 2007 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa ciudad con las modificaciones atinentes a la revocatoria de la absolución por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, a la variación de la calificación jurídica y a la pena que fijó en once (11) años y seis (6) meses de prisión, multa de 79.28 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena privativa de la libertad, al hallarlo autor responsable de peculado por apropiación en concurso homogéneo sucesivo y contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso material.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 16 de mayo de 2003 el C.T.I seccional de Santa Marta rindió el informe 1637,

según el cual en el período comprendido de marzo de 2001 al 25 de febrero de 2003 los recursos del establecimiento público SANTA MARTA SEGURA, creado en la administración del alcalde Hugo Alberto Gnecco Arregocés con el objeto de garantizar la seguridad y convivencia pacífica en esa ciudad, fueron manejados irregularmente. En parte de ese período, ELBERTO JOSÉ LEMUS GARCÍA en su condición de secretario de Hacienda ejerció la representación legal del ente distrital.

En los dos fólderes que fueron dejados a disposición de los investigadores por un funcionario de la oficina de impuestos, se encontraron certificados de disponibilidad presupuestal CDP para el pago de seguridad personal del alcalde y de una hermana, algunos acompañados de órdenes de pago en blanco y sin firmas, o con concepto y destino distinto para el cual se expidieron; oficios de la tesorería sobre consignaciones realizadas a ese ente en marzo y abril de 2002 sin indicar el concepto; oficios enviados a los bancos Bogotá y Granahorrar mediante los cuales se solicita la expedición de cheques de gerencia a nombre de personas naturales; facturas de compra y de blindaje de una camioneta Toyota de placas OQS 723; y, una relación de pagos a personas que prestaban seguridad al alcalde, en las que aparecen recibiendo bonificaciones en abril mayo y junio varios agentes de la policía nacional.

El 11º de julio de 2003, la Fiscalía Primera Delegada ante los Jueces del Circuito, con fundamento en el citado informe, dispuso la apertura de instrucción contra ELBERTO JOSÉ LEMUS GARCÍA, Alicia María Mejía Martínez y Hugo Alberto Gnecco Arregocés¹.

El 16 de noviembre del mismo año, fue oído en indagatoria LEMUS GARCÍA y el 27 de febrero de 2006, la Fiscalía Primera de la Unidad Nacional de delitos contra la Administración Pública le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, la cual sustituyó por la domiciliaria, como coautor responsable de los delitos de peculado por apropiación en concurso homogéneo y sucesivo y celebración de

contratos sin el cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo y sucesivo.

El 7 de junio de 2006, la Fiscal Primera dispuso el cierre parcial de la investigación² y el día 26 de julio de ese año, profirió resolución de acusación contra ELBERTO JOSÉ LEMUS GARCÍA por los mismos delitos que le imputó en la resolución de situación jurídica y de preclusión de la instrucción respecto de los delitos de falsedad ideológica en documento público y falsedad por supresión, destrucción u ocultamiento de documento público.

El Juez Tercero Penal del Circuito de Santa Marta a quien le correspondió adelantar el juicio, en la audiencia preparatoria ordenó las pruebas solicitadas por la Fiscalía y la defensa y fijó fecha para la realización de la audiencia de juzgamiento, la cual se llevó a cabo en varias sesiones.

El 18 de mayo de 2007, dictó sentencia condenatoria contra el procesado, fallo que impugnado por el Ministerio Público y la defensa fue confirmado por el Superior con las modificaciones a que se hizo referencia, siendo éste el objeto de la impugnación extraordinaria.

DE LA DEMANDA

Cargo Primero. Se aduce la violación al debido proceso con fundamento en el numeral 2 del artículo 306 de la ley 600 de 2000, en razón a que la sentencia fue proferida en un proceso viciado de nulidad, debido a la asignación o reparto de la actuación al mismo juez que condenó de manera anticipada a la coprocesada Alicia María Mejía Martínez.

En la sentencia 25407 del 21 de marzo de 2007, la Sala reconoce que la imparcialidad del juez puede verse afectada cuando ha intervenido previamente en un asunto, al ejercer el control de legalidad sobre los preacuerdos, dictar la sentencia conforme a los

mismos y luego decidir la responsabilidad del otro u otros partícipes.

Según el demandante, en esa decisión de la cual se ocupa y transcribe in extenso, se alude al surgimiento de la denominada incompatibilidad de jerarquía fundamental, conforme con la cual la apreciación de pruebas determinantes de la responsabilidad penal de los partícipes, tanto de las que eventualmente les favorecen como de aquellas que les afectan, compromete la independencia y la imparcialidad del juez en el juzgamiento de los demás copartícipes.

La apreciación probatoria regida por el sistema de persuasión racional o sana crítica es el referente de donde emana la garantía en la que se funda el concepto del juez imparcial, por lo que de ese conocimiento para condenar surge otro conocimiento al menos potencial de la responsabilidad de los otros coprocesados.

Aun cuando reconoce que esos postulados normativos los hizo la Sala frente a asuntos que se adelantan por el procedimiento previsto en la ley 906 de 2004, “los fundamentos ontológicos de la obiter dicta son anteriores y superiores a la nueva forma del proceso penal”, ya que encuentran respaldo en el preámbulo de la Carta Política y en las decisiones de la Corte Constitucional referidas a dichas garantías.

De otro lado, la misma Corte Suprema de Justicia ha señalado la existencia de similitudes entre algunas instituciones negociales de la ley 906 con la sentencia anticipada de la ley 600 de 2000, siendo más gravosa la situación en el sistema de corte inquisitivo por el principio de permanencia de la prueba que permitirá una mayor contaminación del juez.

A la instrucción, fueron vinculados ELBERTO JOSÉ LEMUS GARCÍA y Alicia María Mejía Martínez porque en distintas épocas en su calidad de Secretarios de Hacienda representaron legalmente a Santa Marta Segura. En el desarrollo de la misma y antes de disponerse su cierre parcial, Mejía Martínez solicitó sentencia anticipada lo cual

condujo a la ruptura de la unidad procesal. El Juez Tercero Penal del Circuito la condenó por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, única conducta que aceptó en la diligencia de formulación de cargos.

Al citado funcionario judicial se le asignó por conocimiento previo, así consta en el acta de reparto, el juicio contra LEMUS GARCÍA. Dado que la situación fáctica era la misma, por aquella circunstancia objetiva el juez se formó criterios anticipados para el juzgamiento de su defendido, aun cuando pudiera “pensarse que la imputación de los fácticos era claramente escindible para cada uno de los procesados, pues ejercieron la representación legal del ente Distrital en períodos diferentes”.

La existencia de una comunidad sustancial, instrumental y de prueba entre las imputaciones formuladas a Mejía Martínez como a LEMUS GARCÍA, generó en el juez la posibilidad de construir preconceptos derivados del conocimiento previo del proceso, de ahí que finalmente se le atribuya participación en contratos -suministro de combustible y compra y blindaje de una camioneta- celebrados antes de asumir la representación del establecimiento público Santa Marta Segura.

En esas condiciones, el juez con fundamento en los numerales 4 y 6 de la ley 600 de 2000 ha debido declararse impedido, o por lo menos analizar los alcances de la decisión jurisprudencial que existía para el momento en que dictó el fallo, pero nada de esto hizo como tampoco lo advirtió el ad quem. En consecuencia pide que se case la sentencia, se declare nulo todo lo actuado a partir del auto de 24 de agosto de 2006 y se disponga rehacer el juicio con acatamiento al debido proceso.

Cargo Segundo (Subsidiario). Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 397 y 410 del Código Penal derivada de interpretación errónea que condujo a la falta de aplicación de los artículos 6, 9 y 10 del Código Penal y 232 de la ley 600 de 2000.

Sostiene que la conducta descrita en el artículo 410 del código Penal contempla tres verbos rectores alternativos: tramitar, celebrar o liquidar. Con sustento en el alcance y contenido fijado por la Sala, reiterado recientemente en sentencia de única instancia, la etapa de ejecución de los contratos no se encuentra penalizada en él.

De acuerdo con la sentencia, la imputación se contrae a los contratos de blindaje de la camioneta, suministro de combustibles y contratación de escoltas, en los cuales LEMUS GARCÍA ninguna intervención tuvo en las etapas de tramitación, celebración o liquidación conforme lo sostuvo el a quo, cuando señala que el reproche se sustenta en su participación en la “ejecución” de los mismos, conclusión que el ad quem no comparte.

El Tribunal interpreta erróneamente las formas de contratación estatal previstas en el artículo 39 de la ley 80 de 1993, al concluir que la ausencia de contrato escrito da lugar a sucesivos contratos verbales, cuando lo que denota es la inexistencia de contratación o el incumplimiento de uno de los requisitos esenciales en la contratación estatal. Por lo demás, el pago tampoco constituye demostración de la existencia del contrato.

Por esa vía, aplicó indebidamente el artículo 410 del Código Penal y condenó por un concurso de hechos punibles, que llevó a imponer una pena diversa a la del peculado por apropiación.

Igualmente incurre en la violación directa de la ley por aplicación indebida del artículo 397 del Código Penal, porque la descripción típica reclama un sujeto activo calificado que debe tener relación material o funcional con los bienes o haberes sobre los cuales recae la conducta.

La imputación del delito de peculado por apropiación obedece a la acusación por el hecho punible de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales. Para las instancias, el peculado existe por ausencia de causa en el giro de los dineros, esto es, porque no hubo una contratación acorde con los parámetros legales o debido a la actitud omisiva o

pasiva del procesado en los términos del a quo.

En la sentencia se indica que la cuantía del peculado corresponde a las sumas canceladas a los miembros de la policía, de modo que si excluye la conducta alusiva a la contratación irregular, los pagos tuvieron como fuente la conducta delictual de Mejía Álvarez o el reconocimiento de gastos y viáticos derivados de su actividad sin ninguna vinculación con el salario legal.

Conforme con ello el peculado por apropiación carece de fuente fáctica para su estructuración, por lo que si se hubieran aplicado las normas rectoras, el sentido del fallo hubiera sido otro.

Pide casar la sentencia objeto de censura y en su reemplazo dictar una de carácter absolutorio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Cargo Principal. La Delegada considera que la imparcialidad e independencia que rigen las actuaciones de los funcionarios judiciales, es una de las garantías que hace parte del debido proceso, derecho inherente al Estado Social de Derecho que cuenta con fundamento constitucional a partir del derecho a la igualdad y al principio de juez natural. Las causales de impedimento y recusaciones se hallan establecidas con ese propósito.

Los antecedentes jurisprudenciales con fundamento en los cuales el actor reclama la nulidad, se remontan al 2007 cuando la Corte abordó el tema de la incompatibilidad funcional del juez, en un caso regido por la ley 906 de 2004, que condenó al coprocesado en virtud de un preacuerdo o aceptación de cargos y la posibilidad de pronunciarse respecto del otro coautor o partícipe que se sometió al trámite ordinario por los mismos hechos.

En razón a que la decisión condujo a que se plantearan impedimentos, recusaciones y nulidades bajo hipótesis semejantes y en el entendido de una variación de la línea jurisprudencial acerca del alcance de la causal de impedimento prevista en el numeral 6 del artículo 56 de la ley 906 de 2004, la Sala precisó su concepto en sentencia del 20 de febrero de 2008.

Como la afectación del principio de imparcialidad depende de la intervención y del contacto del funcionario judicial con los medios de juicio que involucren la responsabilidad de los otros procesados, se dijo que es asunto que debe examinarse en cada caso antes de separar al juez de su conocimiento, porque el instituto de los impedimentos y las recusaciones se rige por los principios de taxatividad y excepcionalidad.

La imparcialidad como norma rectora irradia al proceso penal desde la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004, por lo cual se encuentran actuaciones desarrolladas bajo la ley 600 de 2000, en las cuales el criterio del funcionario judicial pueda verse perturbado desde la nueva estructura probatoria planteada en el sistema acusatorio.

Aunque las diferencias en el régimen probatorio establecido en los modelos de enjuiciamiento de las citadas leyes son evidentes, del principio de permanencia de la prueba propio de la ley 600 de 2000 resulta menos factible que el juez comprometa su objetividad, cuando conoce de un proceso ordinario respecto de un sindicado habiendo previamente dictado sentencia anticipada al otro. Como no es una regla general, incluso en los casos regidos por esta ley, pero en situaciones particulares, podría eventualmente concluirse que sí se lesiona.

En estos casos no puede hablarse de la aplicación del principio de favorabilidad, porque la Sala introdujo una interpretación diferente atendiendo a la sistemática acusatoria, aun cuando sea cierto que mediante sentencia de abril 8 de 2008 haya

equiparado la sentencia anticipada de la ley 600 de 2000 a la aceptación de los cargos prevista en la ley 906 de 2004, posibilitando de esa manera mayores rebajas punitivas para aquella, sin que el pronunciamiento tenga cabida para resolver el presente asunto.

Frente al caso concreto, advierte que Alicia María Mejía Martínez se sometió a sentencia anticipada por el delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, conducta por la cual el mismo juzgador absolvió a LEMUS GARCÍA, por lo que esa diferencia en el sentido de las decisiones permite concluir que la imparcialidad del juez no se vio afectada por las valoraciones hechas en el fallo anticipado, de manera que carece de fuerza la suposición con la que el recurrente pretende demostrar el cargo.

Cargo Subsidiario. Señala que la Corte se ha pronunciado en múltiples oportunidades sobre la estructuración del delito de celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales y específicamente en cuanto a las etapas que lo cobija.

Con fundamento en la sentencia de septiembre 16 de 2009, radicación 25650, manifiesta que los dos verbos rectores que describen la conducta precisan la competencia de cada uno de los servidores públicos que participan en los procesos de contratación estatal, logrando establecer ámbitos y niveles de responsabilidad que evitan la impunidad por traslado, delegación o descentralización de las distintas actividades que integran el proceso contractual.

El artículo 24.8 prohíbe la actuación con desviación o abuso de poder y exige que las autoridades ejerzan sus competencias para los fines previstos de la ley, por lo que este puntual tema, al cual también se refirió el defensor en la audiencia pública, fue precisado por la Corte mediante sentencia de única instancia de febrero 9 de 2005, radicación 21547.

Encuentra que LEMUS GARCÍA en su condición de gerente de “Santa Marta Segura” con la facultad de celebrar contratos para desarrollar el objeto y funciones propuestas por el

establecimiento y ordenar los gastos por delegación legal expresa, bien mediante autorización previa de la junta directiva o la autorización y visto bueno del alcalde según fuera el caso, realizó una serie de pagos a un grupo de personas que prestaban seguridad al alcalde y canceló a una empresa el suministro de combustible, erogaciones que no tenían como fuente la celebración de un contrato estatal con los requisitos de existencia que amerita ese negocio jurídico.

De conformidad con el Estatuto de Contratación Estatal -ley 80 de 1993 y decretos reglamentarios-, para que el contrato estatal nazca a la vida jurídica debe cumplir con unos requisitos mínimos de existencia, que varían según su clase.

Considera con sustento en una decisión del Consejo de Estado que el contrato estatal es solemne y se perfecciona cuando se logra acuerdo sobre el objeto, la contraprestación y se eleva por escrito, razón por la cual su celebración esta sujeta al principio de legalidad, de suerte que la autonomía de las partes debe ceñirse a las formalidades legales para su existencia. La flexibilidad de los requisitos cuando se trata de contratos sin formalidades plenas no los convierte en consensuales, pues en todo caso debe existir un documento firmado, así se trate de una orden de pago.

Los pagos que LEMUS GARCÍA ordenó por diferentes causas sin soporte en contratos válidamente celebrados, en los cuales se plasmara con claridad y por escrito el objeto contratado y la contraprestación, se verificara la necesidad y el presupuesto, lo hacen incurso en el delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en cuanto ordenó el pago de la contraprestación sin haberse cumplido a cabalidad con el trámite contractual.

No comparte el punto del casacionista, de acuerdo con el cual el pago no demuestra la existencia del contrato, ya que las erogaciones tenían como causa en unos casos la prestación de un servicio y en otros el suministro de combustible, aunque la obligación

contractual se hubiera configurado de manera irregular.

Señala que se está en presencia de un concurso heterogéneo con el delito de peculado, porque al mismo tiempo que inobservó los requisitos legales en la celebración y trámite de los contratos, pagó la prestación del servicio de seguridad a los agentes que ya recibían por parte de la entidad emolumentos por desempeñar esa función, de suerte que la irregular contratación fue el medio para apropiarse de dineros públicos a favor de terceros, de ahí que carezca de fundamento el reproche por una supuesta interpretación errónea del artículo 397 del Código Penal.

Finalmente pide no casar la sentencia, porque los reparos no tienen vocación de prosperidad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Ajustada como lo fuera la demanda, la Sala se pronunciará de fondo sobre los reproches propuestos en ella contra la sentencia del Tribunal sin que se ocupe en puntualizar las falencias de técnica que pudiera presentar, pues una declaración de tal naturaleza presupone el cumplimiento de los requisitos mínimos para que se hubiera dispuesto su trámite.

Cargo Principal. Con fundamento en el numeral 2 del artículo 306 de la ley 600 de 2000, el demandante postula una nulidad por violación al debido proceso.

Para el recurrente, la garantía de imparcialidad que encuentra respaldo en el preámbulo de la Carta Política fue desconocida en este asunto, desde el momento en que el juez que dictó la sentencia anticipada contra la coprocesada Alicia María Mejía Martínez asumió el conocimiento de la actuación adelantada a LEMUS GARCÍA, reparo que sustenta en la sentencia de marzo 21 de 2007, radicación 25407.

En el proceso de humanización de la justicia, el derecho que tiene toda persona a ser oída y juzgada por un juez independiente e imparcial³, se constituye en una garantía judicial del debido proceso incorporada a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, civiles y políticos, como también al ordenamiento jurídico interno.

Los principios constitucionales conforme con los cuales las decisiones de la administración de justicia son independientes⁴ y los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley⁵, además de ser elevados a la categoría de normas rectoras del código procesal penal, encuentran desarrollo en la consagración de los impedimentos y de las recusaciones.

De ahí, que para preservar la transparencia, credibilidad e integridad de las decisiones judiciales, los funcionarios judiciales están obligados a declararse impedidos para conocer de un asunto cuando adviertan la concurrencia de un motivo previsto en la ley que afecta su imparcialidad, y las partes a recusarlos en caso que no lo hagan.

Ahora bien, el casacionista sustenta el reproche en un fallo de la Sala, en el cual en una actuación regida por el procedimiento previsto en la ley 906 de 2004, encontró que la imparcialidad del juez que aprobó el preacuerdo de unos coimputados se afectaba con ese conocimiento, porque al superar lo meramente fáctico para adentrarse en los linderos de la responsabilidad del partícipe que no preacordó, estaba impedido para decidir respecto de él en el trámite ordinario, razón por la cual casó la sentencia y declaró la nulidad del proceso a partir de la formulación de la acusación⁶.

Sin embargo, el casacionista desconoce u omite referirse a las decisiones que con posterioridad a aquella precisaron el alcance de dicha “incompatibilidad”⁷

, que la misma no significó una modificación de la línea jurisprudencial relacionada con el alcance de la causal 6 del artículo 99 de la ley 600 de 2000 -causal 6 del artículo 56

de la ley 906 de 2004-, y que los casos en que uno de los partícipes se allana, acepta o preacuerda y el otro se somete al trámite ordinario, además de comprobar objetivamente el juzgamiento sucesivo resultado de esas circunstancias, se debe demostrar de qué modo la intervención inicial comprometió la imparcialidad del juez.

En efecto, una mala comprensión de la decisión de la Sala, a pesar que la procedencia de la “incompatibilidad” quedó supeditada a que “el juez que aprobó el acuerdo adquirió un conocimiento que supera lo puramente fáctico y que se adentra en los linderos de la responsabilidad penal del copartícipe que no suscribió la diligencia de preacuerdo o de negociación sobre los términos de la imputación”, y aclaraba que “la incompatibilidad entre las dos funciones de juzgamiento sucesivas en cabeza del mismo funcionario tiene su núcleo en la apreciación de las pruebas que comprometen la responsabilidad penal tanto de los aceptantes, como de quien optó por someterse al trámite ordinario del proceso.”, hizo necesario precisar sus alcances.

En sentencia, también de casación la Corte señaló que

“Es equivocado entender “como regla” que la imparcialidad del juez está en entredicho siempre que tramita un proceso con múltiples vinculados y en el desarrollo del mismo unos optan por preacordar los términos de la imputación y otros no. La motivación de la sentencia del radicado número 25407 del 21/03/2007 de ninguna manera se puede convertir en instrumento para suponer causales de impedimento o de recusación donde no las hay, ni para dilatar procesos penales injustificadamente.”8.

En esas condiciones la alegación del censor carece de sustento, porque ocultando o ignorando, según se dijo, las precisiones hechas por la misma Sala, en la demanda únicamente cita la sentencia del 21 de marzo de 2007, para con fundamento en ella sostener la violación de la garantía porque el juez que conoció de la legalidad

de la sentencia anticipada fue el mismo que se ocupó en el trámite ordinario de decidir la responsabilidad de LEMUS GARCÍA.

Limitada la alegación a ese hecho, en ninguna parte del reparo hace esfuerzo por demostrar de qué manera la imparcialidad del a quo se vio comprometida, agregando a lo dicho que el sistema de apreciación probatoria de la sana crítica es el referente del cual emana la garantía de imparcialidad, pero sin ofrecer elemento de juicio alguno que le permita constatar a la Sala que tal garantía efectivamente se afectó e incidió negativamente en la situación de su representado.

Y no podía hacerlo, por una sencilla razón: el a quo absolvió a LEMUS GARCÍA del delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, conducta por la cual había condenado de manera anticipada a la coprocesada Alicia María Mejía Martínez⁹. Desde esta perspectiva, el conocimiento previo en virtud a la terminación anormal del proceso en el caso de uno de los partícipes, no incidió en el juez en razón a la naturaleza de la decisión favorable a los intereses del procesado.

Por lo demás, no está demostrado o por lo menos no lo argumentó el casacionista, que la Sala de Decisión Penal del Tribunal a la cual le correspondió desatar la apelación de la sentencia de primera instancia, hubiera conocido previamente de la sentencia anticipada, de modo que el impedimento como motivo de nulidad está referido únicamente al juez de primera instancia, en cuyas circunstancias el reparo es intrascendente.

El cargo no prospera.

Cargo Segundo (Subsidiario). Violación directa de la ley por aplicación indebida de los artículos 397 y 410 del Código Penal.

Para el casacionista, el Tribunal interpreta erróneamente la forma de contratación estatal cuando concluye que la ausencia de contrato escrito dio lugar a sucesivos

contratos verbales, sin tener en cuenta que esa circunstancia constituye motivo de inexistencia de contratación o de incumplimiento de uno de los requisitos legales.

El tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, se estructura cuando el servidor público en razón del ejercicio de sus funciones tramita, celebra o liquida un contrato sin observancia de los requisitos legales o sin verificar el cumplimiento de los mismos.

Los requisitos legales esenciales a que alude la descripción típica del artículo 410 del Código Penal, se encuentran señalados en la ley 80 de 1993 que contiene el estatuto general de contratación de la administración pública y sus decretos reglamentarios, de modo que en esas disposiciones se encuentran los principios y procedimientos a los cuales deben sujetarse las distintas fases del proceso contractual público.

Ahora bien, por regla general el contrato estatal debe constar por escrito¹⁰; sin embargo en los casos de urgencia manifiesta a que se refiere la misma ley 80 de 1993, se puede prescindir de ese requisito. Luego no es cierta la afirmación general del casacionista, según la cual, el contrato es inexistente cuando no consta por escrito.

En torno a dicha exigencia y cuando no se dan situaciones de urgencia manifiesta, el contrato estatal no se entenderá perfeccionado y tampoco surtirá efectos jurídicos entre las partes, hasta tanto se haga constar por escrito. La inobservancia de este requisito hace irregular el régimen de contratación, desconoce los principios de transparencia, responsabilidad y selección objetiva y niega eficacia al contrato estatal¹¹.

Desde el campo del derecho administrativo, en relación con la forma escrita del contrato estatal, se considera que este es un requisito de obligatoria observancia por quienes tienen interés en esa clase de negocios jurídicos; la consecuencia de su ausencia es su

ineficacia jurídica, en tanto que le impide nacer a la vida jurídica y tener efecto vinculante entre los contratantes.

Para el derecho penal la omisión de ese requisito genera efectos jurídicos. En efecto, cuando se desconoce la formalidad que exige que el contrato estatal ha de celebrarse por escrito, además de la inexistencia que lo hace ineficaz jurídicamente, se vulneran los principios que orientan la contratación administrativa.

Por eso, la Sala ha dicho que “Siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado, es acertado afirmar que los contratos estatales verbales no tienen fuerza vinculante, lo que se traduce en que no son ejecutables y, por contera, no es viable ejercer las acciones contractuales dirigidas a lograr su cumplimiento. No obstante, se configuran como faltas que pueden comprometer la responsabilidad de la entidad y del servidor público, en cuanto son una de las causas de los hechos cumplidos.”¹².

De ese modo, es inevitable concluir que si el contrato estatal es inexistente cuando no consta por escrito y carece de toda eficacia jurídica en el campo administrativo, no ocurre lo mismo en el derecho penal, ya que precisamente la ausencia de ese requisito en el trámite de su celebración es el que tiene alcances penales, pues el servidor público que ha procedido de esa manera ha dejado de observar uno de sus requisitos legales esenciales¹³.

La omisión de ese requisito torna ilegal la contratación, porque la selección de los contratistas no se hace por los cauces legales en atención a la cuantía del contrato -licitación o contratación directa- sino por el servidor público que contraviene los principios de legalidad, selección objetiva, transparencia e igualdad al ignorar la exigencia legal -constar por escrito- y desconoce de esa manera el derecho de quienes tienen interés en contratar en igualdad de condiciones.

El actor limita su argumentación a la ausencia de ese requisito que harían inexistentes

los contratos por los cuales se condena a LEMUS GARCÍA, lo cual es válido desde la óptica del derecho administrativo conforme se ha explicado, más no así acerca de las consecuencias penales porque -se reitera- la ausencia del mismo estructura la conducta de contrato sin cumplimiento de requisitos legales prevista en el artículo 410 del Código Penal, bajo la consideración que para la celebración de los contratos de suministro de gasolina y de escoltas debía sujetarse a los principios y procedimientos previstos en el estatuto general de contratación de la administración pública.

Para llegar a esa conclusión, el Tribunal tuvo en cuenta el período comprendido del 9 de agosto de 2002 al 25 de febrero de 2003, porque en su condición de Gerente del establecimiento público distrital Santa Marta Segura, con facultades para contratar servicios técnicos y personales de seguridad, adquirir bienes fungibles y muebles, celebró contratos sin el lleno de los requisitos legales con los mismos contratistas de su antecesora Alicia Mejía Martínez.

De las pruebas documentales -certificados de disponibilidad presupuestal y órdenes de pago-, de la versión de Alicia Mejía, de las inspecciones judiciales y del dictamen pericial 188012, el Tribunal advierte que ella “contrató verbalmente, sin participación en licitación, ni invitación pública ni contratación directa” el suministro de combustible a los vehículos de los funcionarios de seguridad, al personal de seguridad bajo la modalidad de contratación directa con órdenes de prestación de servicios y el pago a agentes de la policía nacional.

Lo anterior le permitió reafirmar que LEMUS GARCÍA en “calidad de secretario de Hacienda Distrital y representante de SANTA MARTA SEGURA, realizaba un pago a los llamados empleados de seguridad del Alcalde, contrataba nuevamente con estos, dado que entre las partes no existía un contrato escrito donde se determinaran las condiciones de la negociación, sino que la contratación se sucedía periodo a período de manera verbal”¹⁴.

Finalmente concluyó que el procesado “siguió celebrando contratos de suministro de gasolina con PROCERAUTOS LTDA. Y contratando verbalmente con los escoltas del Alcalde en forma verbal, sin convocatoria o aviso, estudio de necesidad, presupuesto oficial, certificados de disponibilidad presupuestal, criterios de selección, etc.”¹⁵.

En esas circunstancias, las glosas del casacionista quedan sin fundamento, pues no logró demostrar materialmente la inexistencia de los hechos que estructuran la conducta típica imputada al procesado; en ninguna parte de la demanda discute que el combustible no fuera suministrado o que el servicio de escoltas tampoco se hubiera prestado, porque el quebranto lo supedita a la ausencia del requisito -constar en escrito- que harían inexistentes los contratos de esos servicios.

Tampoco tiene vocación de prosperidad la aplicación indebida del artículo 397 propuesta en el mismo cargo, porque entienda que la imputación del peculado por apropiación deviene de la acusación de la celebración de los contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales, pero no de la relación material o funcional que exige aquella conducta.

En la sentencia se expresa que LEMUS GARCÍA en su condición de representante legal de San Marta Segura era ordenador del gasto y tenía la disponibilidad jurídica de los dineros, además que bajo su nombre manejó la cuenta número 56426940-5 del Banco de Bogotá perteneciente a dicha Entidad.

Consideraron las instancias que el procesado se apropió a favor de terceros de los recursos de la Entidad, los cuales administraba en razón de sus funciones, porque a los agentes que devengaban un salario por cuenta del Estado y que no pertenecían al Distrito, les cancelaba una “bonificación” cuantificada en setecientos mil pesos mensuales para cada uno, tal como lo aceptaran algunos de ellos cuando dijeron haber recibido el dinero y no haber firmado documento alguno.

Ningún esfuerzo hizo el casacionista por demostrar la aplicación indebida del tipo penal que describe el peculado; por el contrario, sus manifestaciones son genéricas y referidas a que dicha conducta se le atribuyó al procesado como consecuencia del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

No discute la calidad de ordenador del gasto otorgada a LEMUS GARCÍA para desvirtuar que tuviera la administración de los bienes y por esa vía demostrar la aplicación indebida del artículo 397 del Código Penal, a partir de su afirmación según la cual no tenía la relación material o funcional con los dineros, porque no desarrolla argumentos en ese sentido.

Ni tampoco demuestra la legitimidad de las “bonificaciones” recibidas por los agentes de la policía nacional, quienes devengaban un salario de la institución de la cual hacen parte, de modo que el pago de las mismas carecía de fuente legal.

Dicha conducta resulta perfectamente escindible de la prevista en el artículo 410 del Código Penal, luego el error reprochado al Tribunal carece de sustento, si a ello se agrega, que en la sentencia de segunda instancia se aclara que el monto de lo apropiado, corresponde únicamente al pago de la “bonificación” mensual a cada uno de los cinco (5) agentes de la policía nacional y durante el periodo que LEMUS GARCÍA fungió de representante legal de Santa Marta Segura.

El Cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

NO CASAR el fallo de origen, naturaleza y contenido indicados, de acuerdo con las motivaciones plasmadas en el cuerpo de este proveído.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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

MARIA DEL ROSARIO GONZALEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS YESID RAMÍIREZ BASTIDAS

JULIO E. SOCHA SALAMANCA JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Posteriormente fueron vinculados a este proceso Bienvenido Eliécer Gómez Fernández e Irina Granados Avendaño.

2 Dispuso clausurar la investigación contra Lemus García y Mejía Martínez. En razón a que ésta última en la ampliación de su indagatoria solicitó sentencia anticipada, se declaró la nulidad parcial de la resolución preclusiva de la instrucción.

3 Artículo 8. Garantías Judiciales. “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente,

independiente e imparcial,”, ley 16 de 1972 aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Artículo 14. “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial,”: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

4 Artículo 228 de la [Constitución Política](#) de Colombia.

5 Artículo 230, ídem.

6 Casación de marzo 21 de 2007, radicación 25407.

7 La Corte en autos de noviembre 8 de 2007, radicación 28648 y noviembre 16 de 2007, radicación 28735, entre otros, ya había precisado los alcances de su sentencia de marzo 21 de ese mismo año.

8 Casación de febrero 20 de 2008, radicación 28641. En el mismo sentido, autos de junio 9 de 2008, radicación 29881 y junio 18 de 2008, radicación 29252.

9 Folio 41 del cdno original 9.

10 Artículo 39 de la ley 80 de 1993.

11 Casación del 13 de mayo de 2009, radicación 30512.

12 Casación del 13 de mayo de 2009, radicación 30512.

13 Sentencia de Única Instancia del 18 de diciembre de 2006; radicación 19392.

14 Folio 39 del cdno del Tribunal Superior.

15 Folio 41 del cdno del Tribunal Superior.