

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

Radicación N° 43263

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil catorce (2014)

Decide la Sala las solicitudes de nulidad y práctica de pruebas, elevadas por los sujetos procesales dentro de la causa seguida en contra del ex Gobernador de Arauca, JULIO ENRIQUE ACOSTA BERNAL.

ANTECEDENTES

1. El 19 de diciembre de 2013, el Fiscal 10 de la Unidad de Fiscalías Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, calificó el mérito del sumario seguido contra JULIO ENRIQUE ACOSTA BERNAL, profiriendo en su contra resolución de acusación como presunto autor responsable de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación tipificados en los artículos 410 y 397 del Código Penal en concurso heterogéneo, de conformidad con los siguientes hechos:

El 25 de abril de 2006, el entonces Gobernador del Departamento de Arauca, ACOSTA BERNAL, celebró el contrato No. 069 con el consorcio ECO- PARK 2006, cuyo objeto fue la construcción de la primera etapa del parque histórico y eco turístico Los Libertadores en el Municipio de Tame, departamento de Arauca, por valor de tres mil ochocientos siete

millones ciento treinta y ocho mil diecisiete pesos (\$3.807.138.017).

Se denunció que la fuente de financiación del proyecto provenían de los recursos de regalías y que no correspondía a la destinación determinada en el artículo 361 de la [Constitución Política](#) y la Ley 756 de 2002 para ese rubro; además que fue celebrado sin la preexistencia de planos arquitectónicos, constructivos, estructurales, ni plan de manejo ambiental.

En la ejecución hubo incumplimiento de las obligaciones del contratista y mal manejo del anticipo, sin embargo, la administración no hizo nada para asegurar la entrega de las obras, dar por terminado el contrato o declarar su caducidad, por el contrario, dio lugar a la suspensión del mismo, suscripción de prórrogas y adición de recursos.

2. En el mismo memorial de sustentación del recurso de reposición, el defensor del acusado recusó al Fiscal que venía conociendo el proceso; solicitó se decretara la nulidad de la actuación por considerar, en primer lugar, vulnerados los derechos de defensa y al debido proceso de su prohijado, en virtud a que con la resolución de acusación le agravó la situación sin poderse defender al atribuirle los punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en concurso heterogéneo, mientras en la indagatoria y en la resolución de la situación jurídica no le endilgó el concurso, y en segundo lugar, por cuanto la acusación no observó los requisitos formales exigidos por el artículo 398 de la Ley 600 de 2000; por último, entregó los argumentos con miras a obtener la revocatoria de la acusación.

2.1. El Fiscal Décimo Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, no aceptó la recusación el 22 de enero del presente año y dispuso el envío del expediente al Despacho del Fiscal General de la Nación, quien la declaró infundada.

Con decisión de 31 de enero de este año resolvió no reponer la resolución de acusación, entregando en la parte motiva las razones por las cuales no prosperaba la

nulidad.

El defensor del procesado nuevamente interpuso reposición contra esta decisión, en particular por no obtener la nulidad impetrada considerando esta determinación como un punto nuevo no resuelto en la acusación, al tenor de lo dispuesto por el artículo 190 de la Ley 600 de 2000.

Adicionalmente, planteó otra causal de invalidez, la supuesta falta de competencia del Fiscal que conoció el sumario, por no reunir la condición de funcionario de libre nombramiento y remoción, como quiera que al tenor de las normas constitucionales y del Estatuto Orgánico de la Fiscalía, el Fiscal General de la Nación sólo puede delegar en los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia que reúnan esa calidad, y quien ha venido actuando lo ha hecho en encargo.

2.2. Con resolución de sustanciación la Fiscalía declaró en firme la acusación, fundada en que la petición de nulidad hizo parte de la sustentación del recurso de reposición, y ésta no admite impugnación.

3. Recibido por competencia el expediente en Secretaría de la Sala se corrió el traslado dispuesto por el artículo 400 del Código de Procedimiento Penal de 2000, dentro del cual las partes presentaron las siguientes peticiones:

3.1. El defensor del acusado:

Demandó decretar la nulidad de lo actuado con arreglo a lo estipulado por los numerales 1,2, y 3 del artículo 306 de la Ley 600 de 2000, con estribo en los siguientes argumentos:

3.1.1. Nulidad por violación del derecho de defensa:

El Fiscal Décimo Delegado ante la Corte Suprema de Justicia vulneró sistemáticamente

este derecho a su protegido a partir de la resolución de acusación.

En efecto, se negó a conceder el recurso de reposición del auto por medio del cual decidió las nulidades allí planteada y no revocó la resolución de acusación, ocasionando una vía de hecho por denegación de justicia, ya que pretermitió resolver una nueva solicitud de invalidez por falta de competencia, ordenando la remisión inmediata del expediente a esta Corporación, determinación que por demás no le fue notificada.

Le causó extrañeza el traslado apresurado del proceso a la Sala sin permitirle reprochar la conducta “afanosa y atípica del Fiscal 10 (e) Delegado”; y que la Secretaría Administrativa de esa Unidad de Fiscalías adujera que la acusación ya estaba ejecutoriada de acuerdo con lo dispuesto por el Fiscal Delegado en la resolución de 19 de diciembre de 2013, cuando este fenómeno realmente ocurrió el 18 de febrero de este año.

No comparte el argumento relativo a que contra la decisión negatoria de la nulidad no procedía recursos por cuanto ellas se pueden invocar en cualquier momento procesal, máxime si tuvieron su origen en el escrito de acusación por constituir un hecho no tratado en la acusación, según lo prevé el artículo 199 de la Ley 600 de 2000.

Con el auto de 18 de febrero de 2014, insiste, se vulneró el debido proceso por negar un recurso legalmente válido, estando obligado a tramitar la nueva petición de nulidad por falta de competencia. Con estas omisiones pretermitió una etapa procesal vulnerando el derecho de defensa, al predicar la ejecutoria de la acusación encontrándose pendiente de resolver la nulidad y el recurso de reposición.

Pide investigar la actuación del Fiscal 10 (e) Delegado ante la Corte Suprema de Justicia por denegar justicia, de la Secretaría Administrativa de esa Unidad por afirmar en el escrito mediante el cual envió el expediente que la resolución acusatoria estaba ejecutoriada desde el 19 de diciembre de 2013, y porque allí se refundió el recurso de reposición que radicó el 14 de enero de 2014, contra el escrito de acusación; y de la Coordinación

de las Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia, por permitir estas irregularidades.

3.1.2. Nulidad por la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso.

Considera vulnerados el derecho de defensa y el debido proceso, porque en la indagatoria y en la situación jurídica se atribuyó a su prohijado los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, y en la resolución de acusación se adicionó el concurso de conductas punibles previsto en el artículo 31 del Código Penal, empeorando de esta manera su situación pues en su momento no le dio a conocer los cargos por los cuales ahora se le acusa de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 404 de la Ley 600 de 2000. Se restringió las posibilidades de defensa ya que a nadie se puede investigar y juzgar por hechos desconocidos, confusos o sin identificar.

Proceder con el cual estima se vulneraron los principios de integración, legalidad, defensa, actuación procesal y finalidad del procedimiento, además, el artículo 8, numerales 1 y 2 literales b y c, de la Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica sobre las garantías procesales.

De otro lado, estima, la resolución de acusación no cumple con los requisitos formales exigidos por el artículo 398 del C. de P.P. de 2000, dado que el Fiscal para la época de la calificación no se apoyó en un perito experto que confirmara la ausencia de diseños en la celebración del contrato 069 de 2006, lo que de suyo implicaba la ilegalidad de la apertura de la licitación y la adjudicación de los contratos de consultoría y de obras, y mientras ningún juez administrativo así lo decreta se presume su legalidad.

Además, las conclusiones del Fiscal se fundan en sus apreciaciones pero no en el caudal probatorio, pues, reitera, no se trajo al proceso ningún criterio técnico profesional idóneo, pareciera que el Fiscal supiera más de ingeniería que de derecho.

Estima errada la conclusión relativa a que el contrato carecía de diseño y análisis arquitectónico, confirmando de esta manera que la prueba técnica aportada no fue valorada, motivo adicional para calificar la acusación como carente de los requisitos formales, generando con ello irregularidad sustancial.

3.1.3. Nulidad por falta de competencia.

3.1.3.1. Teniendo en cuenta que los hechos ocurrieron entre los años 2005 a 2007, mientras el acusado ACOSTA BERNAL ejerció el cargo de Gobernador del Departamento de Arauca, la competencia para ser investigado y acusado, asegura, recaía exclusivamente en el Fiscal General de la Nación sin que pudiera delegar esa función, pero como así lo hizo hay nulidad a partir de la resolución que contiene esa decisión.

3.1.3.2. También predica como irregular la actuación del Fiscal Delegado de quien considera carecía de competencia constitucional, apoyado en la delegación.

Con fundamento en lo prescrito por el Acto Legislativo 06 de 2011, mediante el cual se reformó los artículos 235, 250 y 251-1 de la Carta Política, y el artículo 59 del Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, advierte que los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia tienen competencia para investigar y acusar a los aforados constitucionales, siempre y cuando sean de libre nombramiento y remoción, por lo tanto, la delegación no puede recaer en un Fiscal en interinidad o de carrera porque contravendría dichas normas, salvo disposición constitucional expresa que lo faculte por un tiempo determinado.

Como en este caso el Fiscal 10 Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, MARTÍN ANTONIO MORENO SANJUAN, dictó las resoluciones de acusación y con la que decidió el recurso de reposición y las nulidades deprecadas, carecía de facultades para investigar y acusar a su defendido por hechos ejecutados en los años 2006 y 2007, toda vez que debía ser un Fiscal de libre nombramiento y remoción y no uno en encargo; se configuró la

causal de invalidez prevista en el numeral 1 del artículo 306 de la Ley 600 de 2000.

En consecuencia, demanda se decrete la nulidad a partir en que dicho funcionario asumió la investigación.

Sobre este punto, dice, se había pronunciado esta Sala en el radicado No. 29220 de 11 de junio de 2008.

3.1.4. Solicitud de pruebas de la defensa:

3.1.4.1. Pide se traslade copia del inhibitorio dictado en el proceso No. 28167 de 22 de agosto de 2008 seguido contra NESTOR HOMERO COTRINA, con él pretende evidenciar que el acusado por su formación académica como licenciado en educación física, actúo con la convicción invencible de no contrariar la constitución ni la ley.

3.1.4.2. Se oficie a la Gobernación de Arauca para que remita copia auténtica de la Resolución No. 126 de 2001 proferida por el Gobernador FEDERICO GALLARDO LOZANO, acerca del trámite contractual en el Departamento de Arauca vigente para la época de los hechos; con el propósito de acreditar su cabal cumplimiento en este caso.

3.1.4.3. Solicitar a la Gobernación de Arauca copia auténtica del acta de recibo final de obras de 6 de diciembre de 2013, relacionada con el Acuerdo de Transacción 08-01-2011; para comprobar la culminación exitosa del contrato No. 069 de 2006 y que el parque está cumpliendo con la función social para el cual fue contratada, sin que el departamento haya incurrido en costos adicionales.

3.1.4.4. Con miras a comprobar que las vicisitudes contractuales se produjeron por el incumplimiento exclusivo del contratista, razón por la cual la ejecución la asumió la Aseguradora CONDOR S.A., y que no son ciertas las “especulaciones” de la Fiscalía sobre la exclusiva culpa de su poderdante; depreca se tengan como prueba los siguientes

documentos, los cuales deben ser certificados por la Gobernación, remitiendo fotocopia auténtica

3.1.4.5. Aspectos financieros finales y resumidos de la terminación del contrato de obra No. 069 de 2006 y su balance final.

3.1.4.6. El acuerdo de transacción entre la Compañía Aseguradora CONDOR S.A. y la Gobernación del Departamento de Arauca, por medio de la cual la primera asume en calidad de garante el contrato No. 069 de 2006.

3.1.4.7. Acta de inicio de acuerdo de transacción.

3.1.4.8. Acta de suspensión 01 acuerdo de transacción.

3.1.4.9. Acta de reinició 1 acuerdo de transacción.

3.1.4.10. Acta de suspensión 02 acuerdo de transacción.

3.1.4.11. Acta de reinicio 2 acuerdo de transacción.

3.1.4.12. Acta de reinició 4 acuerdo de transacción.

3.1.4.13. Acta de reinicio 5 acuerdo de transacción.

3.1.4.14. Acta de ejecución de obra 01 acuerdo de transacción.

3.14.15. Acta de ejecución de obra 02 acuerdo de transacción.

3.1.4.16. Acta de obra final acuerdo de transacción.

3.1.4.17. Anexo fotográfico actual de la obra terminada.

3.1.4.18. Se reciban los testimonios de OLGA PATRICIA SIERRA CASTILLO, JULIE ANDRÉA PÉREZ VILLAMIL, JORGE EDUARDO GONZÁLEZ PÁEZ, EDWIN ALEJANDRO SARMIENTO GUTIÉRREZ; con el fin de probar que el contrato No. 069 de 2006 culminó en su totalidad por el objeto inicialmente contratado con las mismas cantidades de obra y con los diseños iniciales, y confirmar, además, que técnicamente las incidencias del contrato fueron originadas exclusivamente por el incumplimiento del contratista y no del procesado.

3.1.4.19. Ampliación de los siguientes testimonios:

3.1.4.20. De LIBARDO BALAGUERA BALAGUERA, quien como Secretario de Infraestructura de la Gobernación de Arauca de la época de los hechos, aclaró las diferencias de conceptos entre licencia ambiental y plan de manejo ambiental, dilucidó y explicó a la Fiscalía los estudios previos, aportó todos los documentos de los diseños que originaron el contrato de obra y desvirtuó cualquier conclusión errada sobre la falta de planeación, entre otras; con el propósito de desvirtuar la aseveración “falsa y especulativa del Fiscal 10 (e) Delegado ante la Corte”, que no existían diseños para la obra, ni plan de manejo ambiental.

3.1.4.21. De JAIME HUMBERTO DIAZ ÁLVAREZ, supervisor del contrato de interventoría, con la intención de desvirtuar la pérdida de los recursos públicos con ocasión del anticipo y cualquier responsabilidad del procesado en el manejo de esta cuenta conjunta.

3.1.4.22. De LILIANA VIVAS PARADA, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Gobernación de Arauca en la ejecución del contrato 069 de 2006, en procura de probar que el acusado, en relación con los hechos, obró en estricto derecho y sin abuso de poder como lo quiere hacer ver la Fiscalía.

3.1.4.23. Ampliación de indagatoria de JULIO ENRIQUE ACOSTA BERNAL, para que tenga oportunidad legal de defenderse de las acusaciones.

La Sala no tendrá en cuenta el escrito adicional presentado por el defensor, el 10 de abril del corriente año, por extemporáneo.

En memorial el procesado criticó el contenido de la resolución de acusación, aseverando que el contrato cumplió todos los requisitos legales. Calificó de falsos los argumentos esbozados por la Fiscalía para soportar la decisión.

Dice debido al afán de enviar el expediente a esa Corporación le vulneró el derecho de defensa al no resolver las nulidades presentadas, ni permitirle la reposición.

3.2. Solicitud de pruebas presentada por el Procurador Tercero Delegado para la Investigación y el Juzgamiento Penal.

3.2.1. Se reciba el testimonio al Ingeniero LUIS SEPÚLVEDA para que se le ponga de presente el oficio de 13 de diciembre de 2005 dirigido a la Gobernación del Departamento de Arauca, a fin de confrontarlo con el cuestionamiento hecho por la Fiscalía sobre el desarrollo del contrato investigado sin existencia del plan de manejo ambiental, con violación del principio de planeación.

3.2.2. Escuchar en declaración a la Interventora Externa del Consorcio Parques Tame I, TATIANA GIL, con el fin de demostrar que las primeras suspensiones de las obras obedecen a factores de orden ambiental, como de tipo arquitectónico, violando el principio de economía.

3.2.3. Declaración del Ingeniero Residente de Interventoría Consorcio Parque Tame, JOHAMNY ZERPA COTRERAS para que contribuya a esclarecer los hechos, en relación con la demostración de la defraudación del erario público en favor de la firma contratista.

3.2.4. Ampliación del testimonio del Ingeniero Supervisor del contrato No. 069 de 2006, JAIME HUMBERTO DÍAZ ÁLVAREZ, con el objeto de ser interrogado acerca de la

actividad contractual desplegada en respuesta de la información recibida de la firma interventora, por cuanto destaca en su diligencia la multa impuesta al contratista de parte de la administración y señala que se terminó de declarar la caducidad.

3.3. Pruebas pedidas por el Fiscal 10 Delegado ante la Corte Suprema de Justicia.

3.3.1. Se reciba declaración al arquitecto GIOVANNY ZORRO LÓPEZ, representante del Consorcio Eco-Park 2006, para que informe las condiciones de suspensión del contrato 069 de 2006 y firma de adiciones.

3.3.2. Declaración de JOHAMNY ZERPA CONTRERAS, Ingeniero Residente de la Interventoría Consorcio Parques Tame, para que manifieste las condiciones en que verificó el avance de obras y las comunicaciones remitidas a la administración departamental sobre el estado de obra.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Pese a que el acusado JULIO ENRIQUE ACOSTA BERNAL, ya no desempeña el cargo de Gobernador del Departamento de Arauca, la Sala es competente para conocer de la causa seguida en su contra, en razón a que las conductas por las cuales ha sido acusado por la Fiscalía General de la Nación, guardan relación con las funciones que para esa época desempeñaba, de conformidad con lo normado por los artículo 235-4 de la Constitución Política y su parágrafo, y 75- 6 de la Ley 600 de 2000.

2. Solicitudes de nulidad invocadas por el defensor del procesado.

2.1. Por violación al derecho de defensa:

2.1.1. La Sala no encuentra irregularidad alguna en el proceder del Fiscal 10 Delegada ante esta Corporación, al no resolver el recurso de reposición interpuesto por la defensa

técnica contra el auto que decidió la impugnación horizontal presentada contra la resolución de acusación, y propuso una nueva causal de nulidad.

Es claro que las peticiones de nulidad en la sustentación del recurso de reposición contra la resolución de acusación deben ser analizadas como parte integral de la impugnación y no de manera independiente como lo reclama la defensa técnica y material. Veamos:

El proceso penal está constituido por una sucesión ordenada de actos con estructura legalmente establecida, en la cual se han previsto las oportunidades precisas para que las partes hagan valer sus derechos¹.

Esta situación no sólo se desprende del principio de preclusión de los actos procesales que conlleva el ejercicio oportuno de las facultades concedidas a las partes, sino de los principios de seguridad jurídica y de lealtad que debe mediar entre los intervinientes en el trámite.

En ese orden, el instituto de las nulidades se encuentra expresamente reglado por el Código de Procedimiento Penal de 2000.

En los artículos 307, 308 y 309, impone al funcionario judicial el deber de decretar oficiosamente la nulidad de lo actuado desde el momento de presentarse la causal, y disponer reponer la actuación que depende del acto anulado con el fin de subsanar el defecto, en el mismo instante que advierta la existencia de alguna de las causales previstas en el artículo 306 ibídem; y faculta a los sujetos procesales a pedir las en cualquier estado de la actuación determinando la causal, las razones en que se funda sin poder formular una nueva sino por motivos distintos o hechos posteriores, salvo en casación.

Por su parte el canon 400 ibídem prescribe que con la ejecutoria de la resolución de

acusación comienza el juicio y adquieren competencia los jueces encargados del juzgamiento. Al día siguiente de recibido el proceso el original quedará a disposición común de los sujetos procesales por el término de 15 días hábiles para preparar las audiencias preparatorias y pública, solicitar las nulidades originadas en la etapa de la investigación, obviamente no decididas pues como ya se vio está prohibido formular una nueva solicitud con fundamento en los mismos hechos.

Es decir, que en la etapa del juicio las nulidades con génesis en la instrucción sólo pueden ser invocadas por los sujetos procesales en el traslado para alistar la audiencia preparatoria, so pena de fenecerles la oportunidad, salvo en el recurso extraordinario de casación².

Así lo ha sostenido la Sala:

“El principio de preclusión, vale decir, denota que el proceso penal colombiano está constituido por una serie de etapas procesales con propósitos determinados y progresivos, cuyo sobrepaso implica el cierre de la anterior sin posibilidad de renovarla. Es decir, agotada una etapa los sujetos procesales no están legitimados para presentar peticiones pertenecientes a ella, por fenecimiento del término legal.

“Así entonces, quien no alegue nulidades con origen en la instrucción en el traslado previsto para el efecto en el juzgamiento, o se abstenga de hacerlo en relación con otras causales igualmente con fuente en esa etapa procesal, no podrá hacerlo en el trámite subsiguiente salvo en el recurso de casación”.

Así entonces, en la etapa de instrucción las partes están legitimadas para presentar este tipo de solicitudes en cualquier momento, pero con el cierre de la investigación serán los alegatos de conclusión el momento apropiado para plantearlas. Si el funcionario judicial encuentra demostrada la causal decretará la invalidez de lo actuado, pero si desecha los argumentos o no ha habido solicitud y no concurre causal que invalide el

procedimiento, entra a calificar el sumario.

Proferida resolución de acusación y los sujetos procesales consideran convergen vicios que afectan su validez, el momento apropiado para plantear la nulidad será en la audiencia preparatoria, teniendo en cuenta que contra la acusación sólo procede la interposición de los recursos ordinarios y ninguna otra actuación diferente a esa determinación procede, ya que con ella termina la instrucción.

Es posible, como en este caso, que en la sustentación del recurso interpuesto contra la acusación, en los argumentos esbozados por el inconforme manifieste la concurrencia de supuestas anomalías con origen en la propia resolución de acusación. Si el funcionario judicial las da por acreditadas adoptará la decisión correspondiente, pero si las desecha no revocará la acusación y con ello alcanzará ejecutoria culminando la fase de la instrucción.

En esta última hipótesis en la parte resolutive sólo negará la reposición sin mencionar la nulidad por no constituir una petición independiente sino parte integral del recurso, pues, tratándose del acto procesal que culmina la etapa del sumario sólo procede en su contra la interposición de los recursos ordinarios.

Si la ley permitiera la formulación de nulidades contra la resolución de acusación en la fase instructiva, no sólo desconocería la estructura fundamental del proceso penal, sino que permitiría a los sujetos dilatar el sumario hasta inclusive provocar prescripciones de la acción penal, ya que podrían presentar peticiones sucesivas e interponer los recursos contra los proveídos que las decidieran, tornando interminable la actuación.

Por lo tanto, fue legal la interpretación hecha por la Fiscalía 10 Delegado ante la Corte de resolver el recurso horizontal rechazando los argumentos orientados a comprobar la presencia de irregularidades en la propia acusación, como también decidir tan sólo en la parte resolutive no revocar la determinación, aclarando la improcedencia de

impugnaciones contra ella.

Entendimiento que reiteró en la resolución de sustanciación de 18 de febrero del corriente año, por medio del cual se abstuvo de conocer del nuevo recurso de reposición, y de la otra petición de nulidad.

No es acertado el criterio del defensor del procesado en cuanto a que la Fiscalía decidió puntos nuevos, ya que la Sala tiene establecido en relación con esta materia que los puntos novedosos son los contenidos en la parte resolutive y no en las motivaciones, con fundamento en que las razones con fuerza vinculante para las partes son las reflejadas en la parte decisoria, porque si lo nuevo pudiese apreciarse desde la argumentación el proceso sería indefinido ya que cualquier fundamento adicional en apoyo de la determinación si no es compartido por los sujetos procesales dará lugar a una cadena interminable de recursos³. Y, en éste caso la Fiscalía en el resuelve sólo negó la reposición, sin hacer lo mismo con las nulidades.

En fin, como la Fiscalía obró conforme al ordenamiento procesal penal, esta causal de nulidad no procede.

2.1.2. En cuanto a las causales en concreto aducidas por la defensa en dicha ocasión y ahora reiteradas su rechazo es evidente porque, como atrás se vio, los sujetos procesales que aleguen una nulidad deberán determinar la causal, las razones en que se funda y no podrá formular una nueva sino por causal diferente o por hechos posteriores, según lo dispone el artículo 309 de la Ley 600 de 2000.

No obstante lo anterior, para la Sala es palmar la falta de razón de la defensa, pues tanto en la indagatoria como en la situación jurídica la Fiscalía le atribuyó al procesado la autoría de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, es decir, un concurso de conductas punibles, así no lo hubiese expresado en esos términos técnicos; de modo, que ninguna violación al derecho de defensa le pudo

causar ya que siempre estuvo enterado de la imputación fáctica y jurídica posteriormente atribuida en la acusación.

Basta evocar algunos apartes de la indagatoria para corroborarlo:

“Con base en la situación fáctica expuesta en esta diligencia, se le vincula formalmente a esta investigación por “los delitos” de contrato sin cumplimiento de requisitos legales previsto en el artículo 410 del C.P., según el cual, el servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses y el delito de peculado por apropiación contemplado en el artículo 397 del C.P., así: “El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. Si lo apropiado no supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado, qué tiene que decir frente a estos cargos”.

En la resolución de la situación jurídica, concretó la imputación fáctica, así:

El 25 de abril de 2006, el señor JULIO ENRIQUE ACOSTA BERNAL, actuando como Gobernador del Departamento de Arauca celebró el contrato No. 069 con el consorcio ECO-PARK 2006, cuyo objeto fue la construcción de la primera etapa del parque histórico y eco turístico Los Libertadores en el municipio de Tame, departamento de Arauca, por valor de tres mil ochocientos siete millones ciento treinta y ocho mil diecisiete pesos (\$3.807.138.017).

Se denuncia que la fuente de financiación del proyecto se deriva de los recursos de regalías y el proyecto no corresponde al objeto de destinación que señala el artículo 361 de la Constitución Política y la Ley 756 de 2002 para ese rubro; fue celebrado sin la preexistencia de los planos arquitectónicos, constructivos, estructurales, ni plan de manejo ambiental.

En la ejecución de obra hubo incumplimiento de las obligaciones del contrato y mal manejo del anticipo; sin embargo, nada hizo la administración para asegurar la entrega de las obras, dar por terminado el contrato o declarar su caducidad; por el contrario, se dio lugar a la suspensión del mismo, suscripción de prórrogas y adición de recursos.”

En esta determinación le endilgó, además, los punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación descritos en los artículos 410 y 397 del Código Penal, los cuales describió integralmente. Adicionalmente, concretó las irregularidades observadas en el trámite del contrato y los hechos de los cuales dedujo el mal manejo de los recursos del anticipo, amén del deterioro del patrimonio económico de dicho departamento.

En el resuelve impuso medida de aseguramiento de detención preventiva como presunto autor responsable de los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, “en concurso heterogéneo”.

Es claro entonces, se reitera, que no se vulneró el derecho de defensa al procesado, por haber sido interrogado en la indagatoria respecto a las dos conductas punibles tanto en sus aspectos fácticos como jurídicos, con base en las cuales se le impuso medida de aseguramiento y posteriormente fue acusado. No fue sorprendida la defensa en ningún momento con dicha atribución en la acusación.

Si bien es cierto que en la indagatoria no se mencionó literalmente la expresión en concurso heterogéneo, no por ello se puede aseverarse que para el sindicado y su defensor era desconocida esa imputación, ya que al tenor de lo normado por el artículo 31 del Código Penal la misma se endilga a quien con varias acciones u omisiones vulnera múltiples disposiciones penales, y como atrás se vio, al procesado en la indagatoria se le endilgaron las supuestas irregularidades detectadas en el trámite de la celebración del contrato y los hechos de los cuales se dedujo el mal manejo de los dineros del anticipo, como el detrimento patrimonial del departamento.

En consecuencia, no entiende la Sala de qué manera la Fiscalía los sorprendió con la imputación de varias conductas punibles o lo que es lo mismo, del concurso heterogéneo de punibles, si desde la misma indagatoria le hizo esa imputación fáctica y jurídica.

Como no se vulneró el derecho de defensa no procede decretar la nulidad pedida.

2.1.3. De la inobservancia de los requisitos formales de la acusación.

Contrario a los argumentos expuestos por el defensor del aforado, la resolución de acusación reúne a cabalidad las exigencias del artículo 398 de la Ley 600 de 2000.

En efecto, contiene la síntesis de los hechos que originaron la investigación, la identificación del procesado, el resumen de la actuación procesal, la calificación jurídica

provisional de las conductas atribuidas al aforado como contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, en concurso heterogéneo.

En las consideraciones obran los fundamentos jurídicos respecto a la competencia de la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, la valoración de los medios de prueba que integran el expediente para determinar si concurren las exigencias procesales para acusar.

En ese orden, estimó acreditada en grado de probabilidad la tipicidad de las conductas por concurrir los elementos estructurales de los dos delitos endilgados. En cuanto al contrato sin cumplimiento de requisitos legales, alude a que se evidenció que al celebrar el contrato no verificó el cumplimiento de los requisitos legales del trámite previo.

Concluyó que celebró el contrato sin diseños, análisis arquitectónico y manejo ambiental tras ponderar el caudal probatorio, particularizando los medios de prueba en los que se apoyó, y ofreció las razones por las cuales rechazó los argumentos tanto de la defensa material como técnica.

Irregularidades con las cuales, consideró, vulneró los principios no sólo de la contratación estatal sino de la función pública en general, en particular los de planeación, economía y responsabilidad, pues no verificó previo a signar el contrato, la observancia de los requisitos legales esenciales.

Igual proceder cumplió respecto al punible de peculado por apropiación al efectuar la ponderación de los medios de prueba, concluyendo que concurren los elementos del tipo en el grado de probabilidad. En dicho ejercicio también dio respuesta a los argumentos del defensor y de los expuestos por el acusado a lo largo de la investigación.

En particular, consideró comprobado el mal manejo de los recursos del anticipo, el cual fue hecho saber al procesado por la interventoría, quien no obstante autorizó la adición.

Dedujo que la suspensión del contrato en 5 ocasiones debido a los defectos presentados en la fase precontractual, contribuyó con la defraudación del patrimonio público, y la actitud asumida por el aforado de no adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento del contrato, permitió inferir a la Fiscalía que la acción estaba orientada a la apropiación de los recursos a favor del contratista.

Debido a que no sancionó la inactividad ni dispuso mecanismos para superar el incumplimiento, y por contraste aprobó la suspensión por varios períodos de tiempo, dedujo su responsabilidad en este delito.

Como en la resolución de acusación convergen los requisitos formales exigidos por el artículo 398 de la Ley 600 de 2000, esto es, la relación sucinta de las conductas investigadas con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que la especifican; la indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación; la calificación provisional de las mismas; y las razones por las que no compartió el criterio de la defensa, es evidente que no concurre la causal de nulidad pedida por la defensa.

En lo concerniente a las críticas efectuadas a la apreciación de la prueba hecha por la Fiscalía por no estar soportada en prueba técnica, a las conclusiones a las que arribó supuestamente sin soporte probatorio; no son atendibles por corresponder a la personal valoración efectuada por el defensor propia de los recursos ordinario pero que no constitutivas de irregularidades, máxime que en esa labor la Fiscalía individualizó los medios de prueba en que se apoyó y entregó los argumentos para enervar los de la defensa.

La Sala no está facultada para decidir si la apreciación probatoria fue acertada o no, pues de hacerlo estaría usurpando la función básica de la Fiscalía de investigar y acusar, deferida a ella por la Constitución y la ley.

Así entonces, se negará esta petición de nulidad.

2.1.4. De la nulidad por falta de competencia.

2.1.4.1. Carece nuevamente de razón el defensor del acusado, al pretender se decrete la nulidad de lo actuado por considerar que el Fiscal General de la Nación no estaba facultado para delegar la investigación y acusación, en virtud a la ocurrencia de los hechos antes de entrar en vigencia el Acto Legislativo No. 06 de 2011.

En efecto, el principio de legalidad de los delitos y de las penas contemplado en el artículo 29 Superior que exige la preexistencia de una ley al acto que se imputa, cobija únicamente las normas que describen y sancionan las conductas punibles, más no las determinantes del juez natural y el trámite, las cuales son de aplicación inmediata.

El mandato superior exige que al instante de la ejecución de la conducta punible preexista una norma que la describa como delito y le imponga una sanción. Asimismo, que el ordenamiento jurídico tenga establecido el funcionario encargado de investigarla y su procedimiento. La prohibición respecto al juez natural alude a la creación de un funcionario judicial especial para conocer del delito o que trascienda la jurisdicción ordinaria.

En ese orden, el artículo 43 de la Ley 153 de 1887 prescribe que la ley preexistente prefiera a la ex pos facto en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla se refiere a leyes que definen y castigan los delitos pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40 ibídem, esto es, de manera inmediata.

Criterio prohiado por la Corte Constitucional en la sentencia C-200 de 2002, fundada en que el artículo 29 Superior contempla el principio de legalidad de los delitos y de las penas, del cual deriva la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes que crean delitos o aumentan las penas. Es decir, no puede considerarse delito, ni ser objeto de

sanción si no existe una ley que así lo señale, la norma sancionadora ineludiblemente debe ser anterior al comportamiento punible.

Adujo que para imponer sanciones penales no basta que la ley describa el comportamiento punible sino que además debe precisar el procedimiento y el juez competente para investigar y sancionar esas conductas.

La exigencia de un juez competente remite a la noción de juez natural que en el ordenamiento jurídico significa aquél a quien la Constitución y la ley le ha deferido el conocimiento de determinado asunto. Este principio encierra la prohibición de crear tribunales de excepción, o desconocer la competencia de la jurisdicción ordinaria.

Si bien al instante de la comisión de un delito debe existir un tribunal competente y un procedimiento para juzgar a su autor, ello no significa que el trámite sea inmodificable o que la competencia del juzgamiento sea siempre la misma. Se debe tener en cuenta que el legislador para consagrar disposiciones que regulen los procesos no ignore ni contraríe las garantías básicas previstas por el constituyente, pues goza de la facultad de determinar las formas de cada juicio y distribuir las competencias entre los organismos de la administración pública.

Eso sí, debe respetar que la garantía del juez natural implica la proscripción de establecer con posterioridad a los hechos jueces para el caso específico, desconocer la competencia de la jurisdicción ordinaria.

En ese mismo sentido, esta Sala se ha pronunciado en múltiples oportunidades, entre ellas la siguiente:⁴

“Así refulge que cometido un delito, toda la normatividad que lo regula en su descripción típica, en su sanción y en las normas procesales de efecto sustanciales, acompañan ad

infinitem a ese comportamiento y a su autor, salvo que con posterioridad surjan normas nuevas que favorablemente modifique tales atributos para que ésta sea aplicada retroactivamente, tal como lo autoriza la norma superior, lo precisa la Ley 600 de 2000... En cambio, lo que si choca contra aquélla -y aún con el sentido común- es que se aplique retroactivamente una nueva normatividad con efectos desfavorables. A su turno, lo que atañe a las disposiciones legales simplemente instrumentales, así como al cambio de juez (por razones de competencia) por otro igualmente existente antes de la comisión del delito, son de aplicación inmediata, sin que de su mutación -como se dijo- pueda reclamarse ingrediente alguno de favorabilidad.”

Ahora bien, de conformidad con el artículo 251, modificado por el artículo 3 del A. L.3/02 de la Carta Política, constituye función especial del Fiscal General de la Nación investigar y acusar, si a ello hubiere lugar, a los altos servidores que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución.

Armónicamente el artículo 235-4 ibídem asigna a la Corte Suprema de Justicia la atribución de juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, entre otros, a los gobernadores. Prerrogativa que se prolongara cuando el funcionario haya cesado en el ejercicio del cargo pero las conductas punibles guarden relación con las funciones desempeñadas.

Por su parte el Acto Legislativo 06 de 24 de noviembre de 2011, reformativo de los artículos 235-4, 250 y 251-1 de la Constitución Política, facultó al Fiscal General de la Nación para delegar las atribuciones de investigar y acusar a dichos funcionarios en el Vicefiscal General de la Nación, o en sus delegados de la Unidad de Fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia.

Es claro entonces que la delegación hecha por la entonces Fiscal General de la Nación al Fiscal 10 de la Unidad de Fiscalías Delegada ante la Corte para investigar y juzgar al

procesado, se ajustó al ordenamiento jurídico, por lo tanto, ninguna irregularidad concurre con mérito para decretar la nulidad como lo pide la defensa.

2.1.4.2. Que la delegación recayera en un fiscal encargado, tampoco comporta ninguna anomalía como lo sostiene la defensa.

El artículo 3-1 del Acto Legislativo 06 de 2011, que modificó el numeral 1 del canon 251 de la Carta Política, atribuye al Fiscal General de la Nación la facultad de investigar y acusar, si hubiere lugar, directamente o por conducto del Vicefiscal General de la Nación o de sus delegados de la Unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, a los altos servidores que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución.

Su texto no exige que el Fiscal Delegado en esta Colegiatura sea de libre nombramiento y remoción como asegura el peticionario, lo que es lógico pues cualquiera sea la situación administrativa que lo cubra goza de las mismas facultades discernidas por la Constitución y la ley a este tipo de funcionarios judiciales, en este caso, para investigar y juzgar a los altos funcionarios del Estado-.

Para determinar la competencia del Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, sólo impera verificar si desempeña el cargo y fue delegado por el Fiscal General de la Nación con acto expreso, sin ser necesario averiguar de acuerdo con el Estatuto Orgánico del Ente Fiscal qué clase de funcionario es.

Ahora, constituyendo el encargo una situación administrativa por medio de la cual se nombra a una persona temporalmente para asumir, total o parcialmente las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o absoluta de su titular, con el propósito de suplir las necesidades del servicio, y evitar traumatismos en el mismo, permitiendo su continuidad; es obvio que quien adquiere esta condición goza de las plenas facultades deferidas por la Carta Política y la ley para este tipo de funcionario, en tanto permanezca en

el puesto.

Palmar es entonces que el Fiscal General de la Nación no incurrió en ninguna anomalía al delegar la investigación al Fiscal 10 de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante esta Corporación, mediante la Resolución 0207 de 7 de febrero de 2012.

La Sala denegará decretar la nulidad por estos motivos.

2.2. Pruebas pedidas por la defensa.

Atendiendo la pertinencia, conducencia, racionalidad y utilidad, se decreta la práctica de la siguiente prueba de carácter documental:

2.2.1. Trasladar copia del inhibitorio dictado en el proceso No. 28167 de 22 de agosto de 2008 que se siguió en esta Sala contra NESTOR HOMERO COTRINA, con el propósito de evidenciar que el procesado debido a su formación académica actuó con la convicción errada e invencible de no contrariar la constitución ni la ley.

2.2.2. Oficiar a la Gobernación de Arauca para que remita copia auténtica de la Resolución No. 126 de 2001 proferida por el Gobernador FEDERICO GALLARDO LOZANO, sobre el trámite contractual en el Departamento de Arauca vigente para la época de los hechos.

2.2.3. Solicitar a la Gobernación de Arauca copia del acta de recibo final de obras de 6 de diciembre de 2013, relacionada con el Acuerdo de Transacción 08-01-2011.

2.2.4. Pedir a esa misma entidad territorial remita en fotocopia auténtica los siguientes documentos:

2.2.4.1. Aspectos financieros finales y resumidos de la terminación del contrato de obra No. 069 de 2006 y su balance final.

2.2.4.2. El acuerdo de transacción entre la Compañía Aseguradora CONDOR S.A. y la Gobernación del Departamento de Arauca, por medio de la cual la primera asume en calidad de garante el contrato No. 069 de 2006.

2.2.4.3. Acta de inicio de acuerdo de transacción.

2.2.4.4. Acta de suspensión 01, acuerdo de transacción.

2.2.4.5. Acta de reinició 1, acuerdo de transacción.

2.2.4.6. Acta de suspensión 02, acuerdo de transacción.

2.2.4.7. Acta de reinicio 2, acuerdo de transacción.

2.2.4.8. Acta de reinició 4, acuerdo de transacción.

2.2.4.9. Acta de reinicio 5, acuerdo de transacción.

2.2.4.10. Acta de ejecución de obra 01, acuerdo de transacción.

2.2.4.11. Acta de ejecución de obra 02, acuerdo de transacción.

2.2.4.12. Acta de obra final, acuerdo de transacción.

2.2.4.13. Anexo fotográfico actual de la obra terminada.

Atendiendo la relación que tiene con el objeto de la acusación, su conducencia y utilidad, se dispone recibir el testimonio de:

2.2.4.14. OLGA PATRICIA SIERRA CASTILLO, JULIE ANDRÉA PÉREZ VILLAMIL, JORGE EDUARDO GONZÁLEZ PÁEZ, y EDWIN ALEJANDRO SARMIENTO GUTIÉRREZ; con el propósito probar que el contrato No. 069 de 2006 culminó en su totalidad por el objeto inicialmente

contratado con las mismas cantidades de obra y con los diseños iniciales, y confirmar, además, que técnicamente las incidencias del contrato fueron originadas exclusivamente por el incumplimiento del contratista y no del procesado.

2.2.4.15. Ampliación de declaración de LIBARDO BALAGUERA BALAGUERA, Secretario de Infraestructura de la Gobernación de Arauca de la época de los hechos; JAIME HUMBERTO DIAZ ÁLVAREZ, supervisor del contrato de interventoría, y, LILIANA VIVAS PARADA, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Gobernación de Arauca en la ejecución del contrato 069 de 2006.

Para recibir este testimonio se comisiona por el término de 8 días al Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, lugar en el que reside el declarante; en tanto que para evacuar las anteriores se comisiona por el término de 15 días hábiles a la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca.

2.2.4.16. En relación con la ampliación de indagatoria del acusado, resulta improcedente, pues será al momento dispuesto por la ley procesal penal para interrogar al acusado en la audiencia pública de juzgamiento en el que éste podrá ser interrogado en procura de defenderse de las acusaciones que se le hacen.

De otro lado, la Sala no accederá a compulsar las copias solicitadas por la defensa para que se investigue al Fiscal Décimo Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, a la Secretaría Administrativa de la Unidad Delegada ante esta Corporación, y al Coordinador de esa misma Unidad, porque como atrás se vio no encontró ninguna irregularidad en el trámite del proceso.

Lógicamente que dicho sujeto procesal queda en la libertad de formular las denuncias que considere pertinentes, si le consta o tiene conocimiento de infracciones a la ley penal.

2.3. Pruebas demandadas por el Procurador Tercero Delegado para la Investigación y el

Juzgamiento Penal.

Por ser pertinentes al objeto de la causa, conducentes y útiles, se dispone escuchar los testimonios del ingeniero LUIS SEPÚLVEDA; de la Interventora Externa del Consorcio Parque Tame I, TATIANA GIL; del ingeniero residente de Interventoría Consorcio Parque Tame, JOHAMNY ZERPA CONTRERAS; y la ampliación de la declaración del Ingeniero Supervisor del contrato No. 069 de 2006, JAIME HUMBERTO DIAZ ÁLVAREZ; quienes serán interrogados de conformidad con los aspectos indicados en el memorial petitorio.

Para la recepción de estos testimonios se comisiona por el término de 15 días hábiles al Tribunal Superior Judicial de Arauca, Sala Única, lugar en donde se pueden ubicar.

2.4. Pruebas solicitadas por el Fiscal 10 Delegado ante la Corte Suprema de Justicia.

Por ser pertinente, conducente y útiles para el objeto de la acusación se ordena recibir los testimonios de GIOVANNY ZORRO LÓPEZ y JOHAMNY ZERPA CONTRERAS.

Para el efecto se comisiona a la Sala Única del Tribunal Superior de Arauca, por el término ya indicado.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia;

RESUELVE

PRIMERO: No decretar la nulidad solicitada por el defensor del acusado, JULIO ENRIQUE ACOSTA BERNAL, con base en las causales por él invocadas, con arreglo a los argumentos expuestos en este proveído.

SEGUNDO: Conforme a la motivación de este auto, se ordena las pruebas pedidas por el defensor del procesado, el Ministerio Público y el Fiscal 10 Delegado ante la Corte

Suprema de Justicia, a excepción de la ampliación de la indagatoria que se deniega por improcedente.

TERCERO: Para la recepción de los testimonios dispuestos, se comisiona al Tribunal Superior de Arauca, Sala Única y a la Sala del Tribunal Superior de Bucaramanga por el término de 15 y 8 días, respectivamente, para recibir las declaraciones dispuestas en este proveído.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FEERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 C.S.J. S.P., 5 nov. 2008, Rad. No. 23270.

2 C.S.J. S.P., 19 de nov. 2002, Rad. No. 19770.

3 C.S.J. S.P. 22 may, 2001, Rad. 8099.

4 C.S.J. S.P. 6, sep. 2007, Rad. No. 25099.