

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Magistrado Ponente

AP2296-2015

Radicación N°43861

(Aprobado Acta No.148)

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015).

Se pronuncia la Sala sobre la admisión de la demanda de casación presentada por el defensor de HERNANDO HURTADO CARABALÍ contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Popayán el 14 de enero de 2014, mediante la cual confirmó con modificaciones la proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Guapi con funciones de conocimiento el 17 de abril de 2013, que condenó al procesado por los delitos contrato sin cumplimiento de requisitos legales y prevaricato por omisión, y lo absolvió del delito de peculado por aplicación oficial diferente.

Hechos

El 6 de abril de 2006, HERNANDO HURTADO CARABALÍ, en condición de Alcalde Municipal de Timbiquí (Cauca), suscribió con el consorcio ACUEDUCTO YEGE, representado por el ingeniero MARTÍN ALONSO REALES MARTÍNEZ, el contrato de obra No.061, “para la construcción del acueducto inter veredal de YEGE y la estructuración, vinculación y puesta en marcha de un esquema de organización

para la prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo en el Municipio de Timbiquí”, por valor de \$2.578’326.390, de los cuales le fueron entregados al contratista, a título de anticipo, el 21 de abril de 2006, \$1.192’476.195, quien a 30 de junio de 2007 había retirado de la cuenta \$1.142.390.434, sin haber realizado obra alguna. La investigación estableció que el Alcalde, mediante resolución 050 de abril 19 de 2006, designó como interventor al Secretario de Planeación Municipal FELIPE NÚÑEZ GRANJA, no obstante que la misma correspondía a FONADE, y que en los meses siguientes al desembolso no realizó gestión alguna orientada a verificar el cumplimiento del contrato.

Actuación procesal relevante

La fiscalía vinculó al proceso mediante indagatoria a HERNANDO HURTADO CARABALÍ y MARTÍN ALONSO REALES MARTÍNEZ, y el 15 de septiembre de 2009 calificó el mérito del sumario, así: Respecto del primero con resolución de acusación por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, peculado por aplicación oficial diferente y prevaricato por omisión, y con preclusión por el delito de peculado por apropiación. Y en relación con el segundo, con acusación por los delitos de peculado por apropiación y falsedad en documento privado.¹

2. Contra esta providencia el defensor de MARTÍN ALONSO REALES MARTÍNEZ interpuso reposición y en subsidio apelación, y el defensor de HERNANDO HURTADO CARABALÍ apelación. El fiscal negó la reposición y concedió la apelación subsidiaria, pero este recurso, al igual que el interpuesto por la defensa de HURTADO CARABALÍ, fueron declarados desiertos por haber sido sustentados en forma extemporánea, causando la acusación ejecutoria el 18 de enero de 2010.²

3. En la audiencia preparatoria, sesión de 20 de abril de 2010, el Juez Promiscuo del Circuito de Guapi decretó la nulidad de lo actuado en relación con el procesado MARTÍN

ALONSO REALES MARTÍNEZ, a partir del auto que definió su situación jurídica,³ y el 17 de abril de 2013, agotado el juicio, condenó a HERNANDO HURTADO CARABALÍ a las penas principales de 70 meses de prisión, 70 s.m.l.m.v. de multa e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 82 meses, como autor responsable de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y prevaricato por omisión, y lo absolvió por el de peculado por aplicación oficial diferente.⁴

4. Apelado este fallo por la defensa, para pedir la absolución del procesado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, mediante el suyo de 14 de enero de 2014, que ahora el mismo sujeto procesal recurre en casación, modificó las penas de prisión y multa, para fijarlas en 54 meses y 53 s.m.l.m.v., respectivamente, y lo confirmó en todo lo demás.⁵

La demanda

Contiene un cargo por desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba, al amparo de la causal prevista en el numeral tercero del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, y dos con fundamento en la causal primera ejusdem, por aplicación indebida y falta de aplicación, respectivamente, de una norma legal.

Errores de apreciación probatoria

Sostiene, después de reflexionar brevemente sobre los contenidos conceptuales del debido proceso, que la fiscalía para acreditar la imputación por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales recaudó varias pruebas de índole documental, entre las que se encuentra el contrato 061 de abril 6 de 2006, para la construcción del acueducto veredal de YEGE en el Municipio de Timbiquí.

En la sentencia, sin embargo, el tribunal se sustrajo a dar cumplimiento a lo

preceptuado en el artículo 432 de la Ley 906 de 2004, que establece los criterios a seguir en la apreciación de la prueba documental, por cuanto lo que se sigue del estudio del contrato es que reúne los requisitos exigidos por la Ley 80 de 1993, y si ello es así, debe concluirse que el tribunal dejó de sopesar y valorar en debida forma este documento, con vulneración del debido proceso.

Asegura que el contrato estatal, cuando comprende obras civiles, debe cumplir, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, cuatro etapas, la preparatoria, la precontractual, la contractual y la post contractual, las cuales fueron satisfechas a plenitud en el caso analizado, tal como lo demostró el implicado en cada una de las actuaciones surtidas.

Ante esta realidad, el cargo por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales es inexistente, no puede prosperar, porque el contrato 061 de 2006 fue concebido con apego a las normas de la contratación pública, y mal puede declararse penalmente responsable al procesado por una conducta que no ejecutó.

El fallo contiene una confusión, por cuanto pretende hacer notar que la designación del interventor por el procesado hace parte intrínseca del contrato 061, lo cual es desacertado, porque una cosa es el contrato que debe celebrarse, cumpliendo las exigencias de la ley contractual, y otra muy distinta es la designación del interventor de la obra, donde no interviene el contratista encargado del desarrollo del contrato.

Aunque es cierto que el procesado designó el interventor, y que de acuerdo con el convenio suscrito entre el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (MAVDT), el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (FONADE) y el Municipio de Timbiquí, para la construcción del acueducto Interveredal de YEGE, este nombramiento debía realizarlo FONADE, ninguna ilegalidad se presenta, porque esta designación no hacía parte del contrato.

Siendo así, el procesado no podía incurrir, por este hecho, en el delito de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales que se le atribuye, sino, a lo sumo, en el punible de abuso de función pública, previsto en el artículo 428 del Código Penal, que establece que el servidor público que abusando de su cargo realice funciones públicas diversas de las que legalmente le corresponden, incurrirá en prisión de 1 a 2 años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 5 años.

Argumenta que si el tribunal hubiera valorado y sopesado, como correspondía, la prueba documental, específicamente el contrato de obra 061 de 6 de abril de 2006, en armonía con lo dispuesto en el Ley 80 de 1993 y disposiciones que la complementan, habría llegado al pleno convencimiento de que el contrato se elaboró y perfeccionó con apego a la normatividad contractual pública, pero como no lo hizo, desconoció el contenido del artículo 432 de la Ley 906 de 2004.

Insiste en los contenidos de la garantía del debido proceso para afirmar que este principio constitucional fue desconocido a lo largo y ancho de toda la actuación procesal, y en la sentencia, donde se dejó de valorar en debida forma la prueba documental y de interpretar adecuadamente la Ley 80 de 1993. Como normas violadas, cita los artículos 4, 13 y 29 de la Constitución Nacional, 432 de la Ley 906 de 2004, y 380, 404, 425, 429, 431 y 433 ejusdem.

Aplicación indebida de una norma legal

Asegura que la sentencia condenó al procesado por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, previsto en el artículo 410 del Código Penal, pero que esta conducta no ha sido ejecutada por él, porque la designación del interventor, como ya lo indicó, no hacía parte del contrato, sino que constituía una actuación administrativa independiente, que daría lugar a configurar el delito de abuso de función pública, previsto en el artículo 428 del Código Penal, del que cita sus elementos estructurales apoyado en

jurisprudencia de esta Sala.

Falta de aplicación de una norma legal

Manifiesta que la sentencia condenó también a su representado por el delito de prevaricato por omisión, que tipifica el artículo 414 del Código Penal, por no haber ejercido control sobre los dineros entregados para la construcción de la obra, ni sobre su ejecución, y haber permitido que buena parte de aquéllos se perdieran.

Pero sostiene que el tribunal dejó de valorar, “el antecedente documental obrante en la causa de marras donde se suspende la ejecución de la misma, lo que hacía, que los dineros depositados, no se podía (sic) disponer de ellos hasta nueva orden esto es hasta tanto no se levantara la suspensión de la ejecución del contrato de obras”.

Y agrega que en el proceso se encuentra debidamente acreditado que el apoderamiento de los dineros por parte del ingeniero MARTÍN ROSALES no fue producto de la complacencia del procesado, o de que éste le hubiese sugerido a la persona encargada de ejercer la interventoría, que hiciera caso omiso del cumplimiento de los deberes legales que el cargo le imponía.

Afirma también, después de citar una decisión de esta Sala donde se estudian los elementos constitutivos del delito de prevaricato por omisión, que de su contenido y del contexto del haz probatorio se puede sostener que este ilícito no fue ejecutado por su representado, porque no eran atribuciones exclusivas de su cargo ejercer la

interventoría sobre la custodia de los recursos económicos entregados, y que la fiscalía desvió la investigación al dejar de vincular al funcionario encargado de dicha vigilancia, para involucrar al alcalde y hacerlo responsable de una conducta que no cometió.

Recuerda que para el momento que el contratista se apoderó de los recursos, la ejecución del contrato no solamente se encontraba suspendida, sino que FONADE ya había contratado la interventoría para el control de la obra y el irrestricto manejo de los recursos que se invertirían, y que fue en ese momento que el contratista se apoderó de parte del dinero.

Sustentado en estos argumentos, solicita a la Sala casar la sentencia impugnada y proferir la que deba reemplazarla.

SE CONSIDERA

La Sala inadmitirá la demanda de casación que se estudia por no reunir los requerimientos mínimos de orden formal exigidos para su estudio de fondo, ni satisfacer los presupuestos básicos de idoneidad sustancial, necesarios para la realización de los fines del recurso.

Por separado, la Corte analizará cada uno de los cargos propuestos, no sin precisar, previamente, que los fundamentos normativos de las causales de casación que el casacionista invoca, y las normas adjetivas que relaciona como violadas, resultan en su mayoría impertinentes, por corresponder a la Ley 906 de 2004, y no a la Ley 600 de 2000, estatuto bajo el cual se rituló el proceso.

Errores de apreciación probatoria

La Sala ha sido insistente en sostener que cuando se plantean en casación errores de apreciación probatoria con fundamento en la causal prevista en el numeral primero, cuerpo segundo, del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, o con apoyo en el numeral tercero del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, es carga del demandante precisar la clase de error cometido y acreditar su existencia.

Esto implica tener que precisar si la violación de la ley sustancial proviene de un error de hecho por falso juicio de existencia, falso juicio de identidad, o falso raciocinio, o de un error de derecho por falso juicio de legalidad o falso juicio de convicción, y explicar por qué en el caso específico se presenta el error invocado y qué incidencia tuvo en las conclusiones probatorias de la decisión.

Esta obligación es desatendida totalmente por el libelista, pues en sus alegaciones, como se dejó visto, se limita a sostener que el tribunal omitió valorar el contrato 061 frente a los criterios de apreciación establecidos en el artículo 432 de la Ley 600 de 2004, sin identificar la clase de error cometido, ni ocuparse de su demostración, y sin tener en cuenta que esta disposición no hace parte del estatuto bajo el cual se rituó el proceso.

Sostiene también que la actuación violó del debido proceso, con lo cual pareciera estar simultáneamente planteando un error in procedendo, o de actividad, que no concreta, y que de haberlo hecho debía ser propuesto al amparo de la causal prevista en el numeral tercero del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, que permite acudir en casación cuando la sentencia ha sido dictada en un juicio viciado de nulidad.

Da a entender igualmente que la calificación jurídica de la conducta es equivocada, porque cuando más, daría pie para imputar el delito de abuso de función pública previsto en el artículo 428 del Código Penal, pero no precisa si el error provino de la apreciación de la prueba, o de un equivocado razonamiento jurídico, ni hace esfuerzo alguno por probar su existencia, ni se refiere a las implicaciones que el error tendría en la validez de la

sentencia y del proceso.

Dicha forma de alegar resulta inadmisibles en esta sede, porque la casación no es un recurso de fundamentación libre, sino de crítica vinculada, que exige el cumplimiento de unos requisitos mínimos de orden formal y sustancial para su admisión a trámite, como la enunciación de la causal propuesta, la identificación del error, la acreditación de su existencia y la demostración de su trascendencia, y una argumentación respetuosa de los principios de no contradicción, autonomía de las causales y razón suficiente, que el demandante inobserva.

Sumado a esto, el argumento en el cual descansa la pretensión casacional, consistente en que el contrato 061 no desconoce los requerimientos de la Ley 80 de 1993, carece de sentido, porque la designación del Secretario de Planeación Municipal como interventor, no solo contraviene las cláusulas décima el convenio de apoyo financiero y la tercera del contrato, sino el artículo 32 del referido estatuto legal, numeral primero, inciso segundo, que exige que en los contratos de obra celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos la interventoría se pacte con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, aspectos todos que fueron ampliamente examinados en los fallos de instancia.

También es verdad irrefutable que la designación del Secretario de Planeación Municipal como interventor, desplazando a FONADE en la potestad que le asistía de hacerlo, sin aviso de ninguna clase, se hizo con el propósito de que su subalterno suscribiera el acta de iniciación de la obra para poder obtener el desembolso de los dineros correspondientes al crédito otorgado por el Banco de Colombia, y disponer de ellos sin control alguno, como finalmente aconteció, después de haber sido trasladados a la cuenta corriente abierta a nombre del contratista MARTÍN ALONSO REALES/ Acueducto YEGE.

Aplicación indebida de una norma legal

Este cargo no constituye realmente un nuevo ataque, sino la síntesis y reiteración del anterior, pues el recurrente insiste en que el artículo 410 del Código Penal, que describe el delito de contrato sin requisitos legales, no podía ser aplicado al caso porque la designación del interventor no hacía parte del contrato, y que la actuación del procesado solo daría lugar a estructurar el delito de abuso de función pública, sin añadir nuevos argumentos, razón por la cual la Sala se remite a lo dicho en el capítulo anterior.

Falta de aplicación de una norma legal

La causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, que el casacionista invoca como fundamento legal de esta censura, consagra como causal de casación la llamada violación directa de la ley sustancial, que se presenta cuando el juzgador acierta en la valoración de la prueba y la concreción de los hechos, pero se equivoca en la declaración del derecho, porque aplica al caso una norma sustantiva que no corresponde, o deja de aplicar la llamada a regularlo, o le otorga a la correctamente seleccionada un sentido o alcance que no tiene.

De esta definición conceptual surge la regla técnica consistente en que cuando se plantea en casación violación directa de la ley sustancial, la demanda debe aceptar los hechos que los fallos declararon probados y la valoración que hicieron de la prueba, y circunscribir el debate al campo del raciocinio puramente jurídico, sin cuestionar la prueba, porque si lo hace, la censura deriva en un alegato intrínsecamente contradictorio.

Esta exigencia argumentativa es desatendida por el casacionista, pues no obstante invocar violación directa de la ley sustancial, que exige, como ya se indicó, circunscribir el ataque a cuestiones estrictamente jurídicas, arremete contra la valoración que los juzgadores hicieron de la prueba, por considerar que omitieron valorar elementos de juicio

que acreditaban que la pérdida de los dineros no sobrevino como resultado de una actividad directa o complaciente del procesado.

Siendo este el contenido del cargo, era imperativo para el libelista invocar violación indirecta de la ley sustancial, que se materializa cuando el juzgador incurre en errores de apreciación probatoria que lo llevan a equivocarse en la aplicación del derecho sustancial, y desarrollarlo siguiendo los lineamientos argumentativos que impone la lógica de la causal, es decir, con indicación del error cometido, su naturaleza, la prueba en la cual se presentó, su acreditación y la demostración de su trascendencia, labor que tampoco cumple.

Sus alegaciones se reducen a dos afirmaciones de carácter general, (i) que la investigación no acreditó que el acusado hubiese contribuido con su conducta a la pérdida de los dineros, y (ii) que no eran atribuciones de su cargo ejercer la vigilancia de la ejecución de la obra ni de los recursos entregados, pero no dice, en concreto, qué prueba o pruebas los juzgadores dejaron de apreciar o apreciaron equivocadamente, qué hechos demostraban estas pruebas, qué clase de error cometieron, ni qué trascendencia tuvo el desacierto en las conclusiones del fallo.

Sumado a esto, el ataque se revela infundado, pues no se advierte que las afirmaciones del fallo, consistentes en que el ex Alcalde HURTADO CARABALÍ omitió cumplir el deber legal de supervisión consagrado en el artículo 4° de la Ley 80 de 1993, contraríen la legalidad, ni que los hechos en que se sustenta la decisión de condena desatiendan la realidad procesal.

Contrario a lo insinuado por el casacionista, la investigación demostró que 14 meses después de la entrega del anticipo al contratista, por valor de \$1.192'476.195, solo quedaba un remanente de \$43'876.177, sin haberse realizado obra alguna, y que durante todo ese tiempo fungió como Alcalde el procesado, quien nada hizo para evitar que

el dinero se desapareciera.

Decisión

Visto, entonces, que la demanda estudiada no cumple las condiciones mínimas de orden formal ni sustancial exigidas para su estudio de fondo, se la inadmitirá a trámite, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 213 de la Ley 600 de 2000, y se ordenará devolver el proceso a la oficina de origen, no advirtiendo violaciones a garantías fundamentales que la Corte esté en el deber de proteger de manera oficiosa.

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

RESUELVE

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de HERNANDO HURTADO CARABALÍ.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Folios 1189-1200 del cuaderno original No.4A y 1201-1207 del cuaderno original No.5.
- 2 Folios 1297-1299, 1337-1352, 1355-1356 y 1363 del cuaderno original No.5.
- 3 Folios 1510-1514 del cuaderno original No.6.
- 4 Folios 1918-1974 del cuaderno original No.7.
- 5 Folios 6-44 del cuaderno del tribunal.