

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado ponente

AP2812-2015

Radicado N° 45925.

Aprobado acta No. 184.

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil quince (2015).

V I S T O S

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de JOSÉ GUILLERMO BERNAL LÓPEZ, contra el fallo de segunda instancia que profiriera el Tribunal Superior de Cundinamarca, el 16 de noviembre de 2014, mediante el cual confirmó, con modificaciones en la sanción, la sentencia emitida el 5 de agosto de 2014, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Facatativá, condenando al procesado a la pena de 48 meses y 20 días de prisión, multa por el equivalente a 42.67 salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de 49 meses y 10 días, en calidad de autor de los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de los requisitos legales. Además, se negó al acusado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, aunque se le otorgó la prisión domiciliaria.

LOS HECHOS

Fueron narrados en la sentencia de segundo grado, del siguiente tenor:

“Dentro del periodo comprendido entre el 1 de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2003, José Guillermo Bernal López, ostentaba la calidad de representante legal del municipio de Guayabal de Siquima -Cundinamarca-, porque era el Alcalde municipal por elección popular.

Corolario de ello, ostentaba también la calidad de Ordenador del Gasto de dicho municipio, celebrando en ejercicio de dicha facultad, diversos contratos, entre ellos, el de Obra N° 024-03, cuyo objeto era la construcción de 10 unidades de mejoramiento de vivienda y saneamiento.

En desarrollo de dicho contrato, se presentaron constantes quejas por parte de los beneficiarios de las unidades de vivienda, ante la Personería Municipal por causa del incumplimiento parcial de esas obras; al punto que la Doctora María Esperanza Rodríguez Buitrago, personera para la época, procedió a solicitar a la Contraloría de Cundinamarca, realizara auditoría y revisión oportuna sobre las mismas.

Ante esto, la Dirección Operativa de Control Municipal, Auditoría de la Contraloría de Cundinamarca, realizó seguimiento a los actos celebrados por el ente territorial, estableciéndose que en el referido contrato 924-03, había presuntas irregularidades por fallas técnicas de construcción y faltantes de obra, estimados en \$7.610.210.00 Mcte.

Obtenidos estos resultados, la Contraloría Distrital de Cundinamarca remitió tales hallazgos a la Fiscalía General de la Nación; ente que asumió la investigación por separado de cada contrato, al no encontrarse conexidad entre estos”.

DECURSO PROCESAL

Acorde con lo denunciado por la Contraloría Distrital de Cundinamarca, el 30 de enero de 2006, la Fiscalía Primera Seccional de Bogotá ordenó adelantar investigación preliminar.

Luego de allegar algunas pruebas, con fecha del 15 de diciembre de 2006, se dispuso apertura formal de instrucción, ordenándose vincular mediante indagatoria a JOSÉ GUILLERMO BERNAL LÓPEZ; diligencia que fue cumplida el 21 de febrero de 2007.

El 2 de marzo de 2007, fue resuelta la situación jurídica de BERNAL LÓPEZ, absteniéndose la Fiscalía de imponer medida de aseguramiento en su contra.

El 20 de febrero de 2008, se decretó el cierre de la investigación; consecuentemente, el 25 de abril de ese año se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de JOSÉ GUILLERMO BERNAL LÓPEZ, en calidad de autor de los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

En contra de lo decidido interpuso recurso de reposición el defensor del procesado. En razón de ello, con fecha del 4 de julio de 2008, el ente acusador decidió reponer su decisión y, en consecuencia, precluyó la investigación a favor de BERNAL LÓPEZ.

Como en contra de la preclusión interpusiera recurso de apelación el Ministerio Público, en auto de segunda instancia datado el 30 de abril de 2010, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Cundinamarca, revocó la preclusión y dispuso formular acusación.

Ejecutoriada la resolución acusatoria, el asunto le fue repartido, para adelantar la fase del juicio, al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Facatativá, el 2 de agosto de 2010.

La audiencia preparatoria tuvo lugar el 14 de marzo de 2009. Allí la defensa pidió anular el trámite por violación al debido proceso, pero ello fue denegado por el A quo y

confirmado por el Tribunal, en decisión del 23 de febrero de 2011, previa apelación de la defensa.

El 30 de julio de 2012, se dio comienzo a la audiencia pública de juzgamiento, que se prolongó en varias sesiones hasta que el 17 de julio de 2013, fueron presentados los alegatos finales.

El fallo de primer grado fue proferido el 5 de agosto de 2014. En este se condenó a JOSÉ GUILLERMO BERNAL LÓPEZ, a título de autor de los delitos objeto de acusación, a la pena principal de 72 meses de prisión, multa equivalente a 64 salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 74 meses.

Apelada la condena por el acusado y su defensor, con fecha del 16 de noviembre de 2014, fue emitida la sentencia de segunda instancia que confirmó la condena, pero rebajó las sanciones en los montos reseñados al inicio.

El fallo de segundo grado fue objeto del recurso extraordinario de casación sustentado oportunamente por el defensor del procesado, en escrito que ahora se analiza en su debida fundamentación.

LA DEMANDA

1. CARGO PRIMERO

Por el camino de la causal tercera dispuesta en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el demandante advierte que se violó el debido proceso en su estructura y ello condujo a que se emitiera el fallo en un trámite viciado de nulidad.

A fin de soportar su tesis, el recurrente significa que el vicio deriva de haber concedido el recurso de apelación presentado por el Ministerio Público para impugnar la decisión que aceptó la reposición interpuesta por la defensa contra la resolución de acusación y en su lugar dispuso la preclusión.

Ello, acota, porque la decisión que resolvió el recurso de reposición interpuesto por la defensa, no era susceptible de recursos a la luz del artículo 190 de la Ley 600 de 2000, en tanto, aludió de nuevo a los temas objeto de debate y decisión del proveído acusatorio inicial, aunque examinados desde óptica diferente, al punto de cambiar el criterio y conclusiones del fiscal.

Destaca de ese nuevo examen, el casacionista, cómo a partir de un análisis más detenido de las pruebas –incluso con transcripción amplia de lo dicho en la indagatoria por el procesado-, el fiscal del caso concluyó en la reposición, que el burgomaestre prácticamente, por obra de las amenazas de grupos insurgentes, no estuvo en el municipio en el año 2003, cuando se ejecutó el contrato.

Luego, realiza algunas disquisiciones en torno de las razones que llevaron al Fiscal a acusar en el primer proveído, tomando en consideración las alegaciones del Ministerio Público. A renglón seguido, reseña varios apartados de lo consignado por este sujeto procesal en el alegato precalificadorio.

Entiende el impugnante que en atención a atender la Fiscalía lo alegado por el Ministerio Público, que pidió desatender las exculpaciones ofrecidas por el procesado, el único sujeto procesal con interés para impugnar la resolución de acusación lo era precisamente el acusado. Así lo hizo, añade, a través de su defensor, que interpuso los recursos de reposición y apelación, en subsidio.

Destaca el casacionista que el argumento central de los recursos interpuestos lo fue la demostración de que efectivamente se materializaron causales eximentes de

responsabilidad -miedo insuperable-, de conformidad con la prueba recopilada en la instrucción y los argumentos consignados en el proveído atacado.

Sin embargo, sostiene el recurrente, el Ministerio Público guardó silencio, pues, no alegó en calidad de no recurrente, lo que significa que no se opuso a las réplicas del recurso.

Entiende el impugnante que en atención a las facultades que dimanar para el Ministerio Público en el artículo 277 de la Carta Política, su actuación como sujeto procesal en un determinado asunto penal lo obliga a “intervenir en forma absolutamente activa en el decurso procesal, participando en la práctica de pruebas, y entre otras intervenciones, oponiéndose o recurriendo aquellas decisiones que considere, en forme general, ilegales”.

Dado, entonces, que el representante de la Procuraduría manifestó su interés en que se acusara, prosigue el demandante, debió intervenir obligatoriamente como no recurrente cuando se impugnó esa decisión, en tanto, el traslado para ese efecto no es simple formalidad y sus deberes son “públicos”.

No haberlo hecho, agrega, significa que asentía la solicitud de la defensa, motivo suficiente para que la Fiscalía se abstuviera de dar pie a la apelación por la Procuradora desatada contra la resolución de preclusión, como quiera que no se presentaba ninguna de las opciones que reseña el artículo 190 de la Ley 600 de 2000 -nuevos puntos o asunción de interés-, para facultar la impugnación.

Dice el impugnante que si no se entendiera así el tema “se tendría que admitir, que en esas condiciones también estaba legitimada la representante de la procuraduría para apelar de la decisión acusatoria”.

Afirma, de igual manera, que lo procedente era negar la apelación y si la Procuradora se hallaba descontenta con ello, debió “acudir mediante el también recurso ordinario de queja ante el superior jerárquico. No fue este el curso de la delineada estructura que del debido proceso enmarcan las normas aludidas”.

Debió terminarse el proceso con la preclusión emitida en sede de reposición, aduce el recurrente, razón por la cual todo lo actuado en el juicio se asume violatorio del debido proceso.

Pero, además, agrega el demandante, aún si se dijera posible la presentación del recurso, el mismo debió declararse desierto por falta de sustentación.

A efectos de demostrar el punto, parte el recurrente por significar que precisamente la competencia del superior está mediada -no solo en las sentencias, sino en cualquier otra decisión de fondo-por los límites que marca la impugnación.

En concreto, después de reseñar las normas que imponen sustentar el recurso y la obligación de ambas instancias de verificar que así suceda, el demandante señala que la decisión preclusiva atacada por el Ministerio Público, se basó en determinar demostrada la eximente de miedo insuperable, así como la vigencia del principio de confianza legítima; y eran esos, afirma, los aspectos centrales que debía atacar en la apelación la Procuradora.

En el cometido de demostrar que el Ministerio Público no cubrió efectivamente dichos tópicos, el casacionista advierte que el alegato operó “abierto y generalizado” a más que parece perfilarse hacia el instituto de la insuperable coacción ajena.

Manifiesta el demandante, que “Confundida la señora Procuradora en que lo

reconocido fue la insuperable coacción ajena, a este instituto dedicó, es lo cierto, dos escuetas glosas que dejan entrever ausente la inminencia de las amenazas de las FARC y, por eso, descartado el miedo insuperable y, ya al final, en lacónico aducido, terminar afirmando que el principio de confianza tampoco opera por cuanto el alcalde no delegó funciones, y porque en su calidad de mandatario del municipio estaba obligado a vigilar estoicamente con el acompañamiento de la fuerza pública el cumplimiento del contrato, siendo esa su obligación porque para eso desde cuando postuló su nombre a la Alcaldía, asumió los riesgos que el ejercicio de un tal cargo generan”.

A continuación, transcribe el que señala apartado básico de la apelación, para después entronizar su particular visión de sus efectos, hasta concluir que el escrito “adolece (sic) de argumentaciones fácticas, jurídicas y probatorias enfiladas a contrarrestar el estatus de la excluyente de responsabilidad reconocida.”

Luego, el impugnante, aunque precisa que no constituye cuestionamiento probatorio a la condena, expone las que considera omisiones del Ministerio Público, en cuanto, desconoció elementos de juicio fundamentales para soportar la tesis eximente propuesta por el acusado.

Seguidamente, el demandante cuestiona el amplio abanico argumentativo del fiscal ad quem, dado que examinó extensamente el trámite, anulando gran parte de la actuación ante las irregularidades detectadas y solo ocupándose tangencialmente de los motivos de impugnación, al punto de reiterar la tesis del Ministerio Público.

De otro lado, el demandante reconoce que en el trámite del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, solo se propuso nulidad por falta de motivación de la apelación contra la decisión de preclusión.

Entiende, empero, que a ello no dieron adecuada y suficiente respuesta las instancias. Incluso, destaca que el fallo de segundo grado no respondió de manera suficiente la

alegada tesis de miedo insuperable.

Afirma que de no haberse presentado la irregularidad reseñada –aceptación de un recurso carente de motivación adecuada-, el asunto estaría archivado desde la decisión de preclusión.

Pide, en consecuencia, que se admita el cargo, a efectos de declarar la nulidad de lo actuado desde que se emitió el auto que concedió el recurso de apelación presentado por el Ministerio Público contra la decisión de preclusión, inclusive, a efectos de que cobre ejecutoria esta.

1. CARGO SEGUNDO

Ahora por la vía indirecta del error de derecho por falso juicio de convicción, el demandante asevera que se tuvo en cuenta de forma trascendente un elemento de juicio que solo puede servir como fuente de investigación.

Específicamente, el recurrente destaca cómo el artículo 314 de la Ley 600 de 2000, niega el carácter de prueba, en el proceso penal, a los informes de Policía Judicial.

Empero, anota, las sentencias se basan fundamentalmente en el informe emanado del C.T.I., con número 0729, del 15 de noviembre de 2006.

Añade que el informe en cuestión soportó la determinación de responsabilidad en los dos delitos atribuidos al acusado, pues, ambas instancias acudieron insistentemente al mismo, tanto para definir que las obras no fueron culminadas antes de su entrega, como que el procesado descuidó la vigilancia de las mismas, con lo cual se ocasionó detrimento patrimonial por la suma de \$7.610.210. Su importancia, agrega, implicó

que con base en el mismo se declarara abierta la investigación.

Advierte el casacionista que el informe aclara delimitada la actuación del agente del C.T.I., a inspeccionar los documentos que soportan los contratos encontrados en los archivos de la alcaldía, pero sin que el funcionario acudiera a las obras, lo que permite desechar la tesis del Tribunal referida a que se trata de un peritaje.

Afirma el demandante que sin corresponder a un ingeniero o arquitecto, el funcionario del C.T.I., se adentró a considerar que las obras no habían sido terminadas en su totalidad, pese a lo cual el alcalde, inexplicablemente, firmó el acta de recibo final de obra.

Después, transcribe las conclusiones a las que se llegó en el informe cuestionado.

Agrega que de no haber sido por el documento en cita “las pesquisas preliminares de la Fiscalía quedan en eso”, esto es, en “los hallazgos de la Contraloría Departamental sobre “simples irregularidades contractuales”.

Estima el demandante que lo consignado por el funcionario del C.T.I. en su informe, representa casi una copia del hallazgo referenciado por la Contraloría Departamental de Cundinamarca “que, igual cumple funciones de policía judicial a términos del artículo 312 del Código de Procedimiento Penal, sin que sus informes constituyan prueba a la luz del artículo 314 ibídem”.

Después señala, sin transcribir las decisiones, que las resoluciones de la Fiscalía siempre tomaron como fundamento el informe examinado; incluso, sostiene que cuando el ente investigador negó la solicitud de preclusión pedida por la defensa, hizo consideraciones que no son “más que lo censurado por el investigador del C.T.I. en el cuestionado informe”.

Resalta el demandante que si bien, el fallador de primera instancia negó el carácter de peritaje al informe, de todas formas señaló que debe dársele credibilidad; al tanto que el Ad quem sí lo reconoció en calidad de dictamen pericial y agregó que fue corroborado por los testigos de cargo.

Afirma que esas argumentaciones de las instancias se avienen con “la realidad de las consideraciones centrales del fallo”

Repite el demandante que el documento 0729 del 15 de noviembre de 2006, corresponde a un informe de policía judicial rendido antes de iniciarse formalmente la investigación y por ello no puede estimarse prueba.

Por ello, anota, si el informe no es prueba y se elimina del acopio suasorio, se queda sin fundamento la condena.

En aras de soportar su afirmación referida a que el informe citado soportó las sentencias, el recurrente cita algunos apartados del fallo de primera instancia, que une según su particular óptica para así construir la tesis.

Con base en ello concluye que “son prácticamente las censuras insertas en el informe de policía judicial cuestionado las que condenan a JOSÉ GIILLERMO BERNAL LÓPEZ”.

Después cita las conclusiones del Ad quem (que no remiten, cabe resaltar, a algún específico medio de prueba) para sostener que esas afirmaciones se basan en el informe aludido y el presentado por la Contraloría.

A continuación, ensaya argumentos para controvertir dichas conclusiones.

En contrario de la prueba que dice fundamental de condena, el casacionista advierte de la existencia de otras de descargos bastante sólidas, que demuestran la efectiva

materialidad de la causal eximente por miedo insuperable, en particular, lo relatado en la indagatoria por el acusado, dando cuenta del accionar de grupos subversivos en la zona y sus amenazas, que lo obligaron a ausentarse de la región, como lo corroboraron dos empleadas de la Alcaldía y otra ciudadana.

Añade el demandante que la intensidad de las amenazas obligó a su asistido judicial a renunciar al cargo, aunque ello no le fue aceptado, facultándosele despachar desde el edificio de la Gobernación de Cundinamarca; después, insistió en prolongar su estadía en ese lugar, cuando se derogó el decreto que le permitía ausentarse de su sede.

Destaca el demandante que incluso la Personera Municipal, quien puso en conocimiento de la Contraloría las supuestas anomalías en la entrega de las obras, “avala la exculpación del indagado acerca del miedo insuperable”.

Critica, así, que el Tribunal desechase la exculpación advirtiendo que el tema ya había sido suficientemente tratado por la segunda instancia de la Fiscalía en la acusación. Añade que el accionar del grupo armado en el municipio de Guayabal de Siquima, fue reconocido por la representante del Ministerio Público y los otros testigos traídos por la Fiscalía para soportar los cargos, uno de ellos el nuevo alcalde, quien relata cómo vio llorar al acusado por temor a retornar a su municipio.

Esas declaraciones y pruebas, en sentir del recurrente, resultan suficientes para sostener la inocencia del procesado

Señala el demandante “desacertada, asimismo, de contera, la consideración final (del fallo de segundo grado aclara la Corte) con que se demeritan los plurales testimonios recogidos en el juicio atinentes con la entrega y recibo de las 10 unidades de vivienda”.

Y agrega que se sobredimensionó el informe tantas veces referenciado, dado que se

dice que el mismo fue corroborado por los testigos de cargo, a pesar de retractarse ellos en el juicio.

Añade que “infortunadamente, Honorables Magistrados de la Corte, adolece (sic) el proceso de la pertinente y conducente prueba ordenada desde el comienzo, esto es, el dictamen pericial de un ingeniero o arquitecto”.

Esto, además, porque de las actas de entrega de obra y de diez beneficiarios entrevistados, “en solo dos quedaron apuntados faltantes”.

Pide, de conformidad con lo anotado, que se case el fallo para revocar la condena y en su lugar proferir sentencia sustitutiva de absolución.

1. CARGO TERCERO (subsidiario)

Se funda el demandante en la causal primera consagrada en el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, que remite a la violación directa de la ley, en este caso por interpretación errónea del artículo 31 del C.P.

En concreto, significa errada la dosificación que de la pena hizo el Tribunal, pues, si bien, corrigió el yerro del A quo, para lo cual partió de 48 meses por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, a los cuales incrementó 10 meses más por el delito concurrente (peculado) y luego aplicó la atemperante de la tercera parte por reintegro de lo apropiado, hasta derivar en pena de 38 meses y 20 días de prisión; de nuevo incrementó los diez meses por el peculado y por ello aplicó pena final de 48 meses.

El yerro, en sentir del impugnante, se representa evidente por incrementar dos veces

la pena por el delito concurrente, pasando por alto que expresamente el artículo 31 en cita contempla una sola adición “hasta otro tanto”.

La pena aflictiva de la libertad, por ello, debió quedar fijada en 38 meses y 20 días, en lugar de los 48 meses y 20 días finalmente dispuestos por el Ad quem.

De igual manera, el monto de sanción establecido irregularmente, señala el casacionista, condujo a que el Tribunal negara aplicar en favor del acusado la norma más favorable, contemplada en el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, que modificó el artículo 63 del C.P., en cuanto, amplió el requisito objetivo para acceder al subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, de 3 a 4 años, y, de esta manera, si se rebaja la sanción a 38 meses y 20 días, se allana el camino para obtener el beneficio, dado que el factor subjetivo se cubre a satisfacción, pues, precisamente esta fue la circunstancia tomada en consideración para permitirle la detención en sitio de residencia al procesado.

Pide el recurrente, por virtud de lo anotado, casar parcialmente la sentencia impugnada, sustituyendo la pena de prisión por la adecuada y otorgando al acusado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Previo a examinar los cargos presentados por el defensor del procesado en contra de la sentencia objeto de censura, la Corte estima tempestivo recordar que en atención a su naturaleza excepcional, la impugnación por la vía casacional implica rigor jurídico, fáctico y probatorio, de manera que la argumentación de específica causal comporte objetividad y pleno apego con lo que el trámite del proceso y las decisiones tomadas en curso del mismo representan.

Se entiende que en virtud del carácter especial del mecanismo, por completo ajeno al simple alegato de instancia, lo común es que el fallo de segundo grado, provisto de una doble condición de acierto y legalidad, no pueda ser controvertido aquí, impidiendo acudir al mecanismo excepcional.

El que se trate de un medio especial y comporte rigorismos de fundamentación, no habilita, desde luego, que se supla la inexistencia del yerro trascendente propio de la causal, con argumentaciones descontextualizadas, sesgos interpretativos, hechos ajenos a la realidad procesal o conjeturas fabricadas al amparo del particular interés del casacionista.

Ello traduce no solo deslealtad procesal, sino carencia de rigor objetivo, suficiente para desestimar los cargos.

Cubierto el proemio, abordará la Sala el estudio individual de cada cargo propuesto por el defensor del acusado, a fin de determinar su admisibilidad.

1. CARGO PRIMERO

A pesar de que el cargo por nulidad no representa las más de las veces el mismo tipo de rigorismo argumental o formal de las otras causales de casación, ello no implica que represente un alegato de libre confección, ni mucho menos, que su soporte obedezca a la muy interesada apreciación que del debido proceso o de los mecanismos de impugnación tenga el demandante.

Ello por cuanto, es necesario precisarlo desde el inicio, la alegación planteada por el recurrente no solo se ofrece abigarrada, entremezclando en un mismo cargo factores diferentes e incluso disímiles, como si se esperase que la suma de críticas construya por

simple factor de suma aritmética el elemento invalidante que no se encuentra en cada una de las circunstancias que se dicen irregulares; sino que obedece a la particular visión y subjetiva postura que adopta el impugnante, huérfana de soporte fáctico o jurídico.

Debe anotarse que la propuesta nulificante del casacionista se evidencia ostensiblemente artificiosa, en novedosa postura que remite a sui generis estudio de los deberes que asume el Ministerio Público como sujeto procesal y de las claras pautas establecidas en el artículo 190 de la Ley 906 de 2004.

Huelga reiterar que lo examinado en esta sede reclama demostrar -con ocasión de esa doble connotación de acierto y legalidad que reviste al fallo de segundo grado, antes destacada-, no solo ostensible, sino profunda y trascendente violación de derechos o del debido proceso, traducida en los llamados errores in procedendo o in iudicando.

A tan específico deber no se llega, cabe destacar, con el tipo de argumentación que soporta la solicitud del demandante, evidente como se hace que la supuesta irregularidad no deriva fruto de materializarse vulneración efectiva a los principios, derechos o normas concretas que regulan el trámite procesal y, específicamente, el procedimiento y legitimidad para interponer los recursos, sino por el bastante discutible camino de asumir una postura particular, ajena a la que gobernó la intervención de los funcionarios judiciales.

El artículo 190 de la Ley 600 de 2000, textualmente consigna:

“Inimpugnabilidad. La providencia que decide la reposición no es susceptible de recurso alguno, salvo que contenga puntos que no hayan sido decididos en la anterior, caso en el cual podrá interponerse recurso respecto de los puntos nuevos, o cuando alguno de los sujetos procesales, a consecuencia de la reposición, adquiera interés jurídico para recurrir”.

Clara en su texto y teleología, la norma siempre ha sido interpretada en su tenor literal, bajo el entendido que si bien, en principio, la decisión que resuelve el recurso de reposición no puede ser objeto de impugnación, ello se excepciona en los casos en los cuales se trataron allí puntos nuevos o, en lo que interesa al tema debatido en el cargo, cuando por ocasión de lo resuelto surge interés jurídico para recurrir.

Si se conoce, y no lo discute el casacionista, que la representación del Ministerio Público presentó alegato precalificatorio solicitando que se acusara al procesado por la comisión de los dos delitos que se le atribuyen, dado que su excusa no materializa causal eximente de responsabilidad; y además es claro que la decisión inicial cumplió con sus expectativas, en tanto, efectivamente acusó; pero se reporta que por ocasión del recurso de reposición entronizado por la defensa, el Fiscal del caso revocó la acusación y en sustitución de ello precluyó la investigación a favor del ex mandatario local; incontestable surge que, precisamente por ocasión de lo repuesto, surgió en la Procuradora el interés al que alude el artículo 190 de la Ley 00 de 2000, para que, como efectivamente ocurrió, apelara esta última decisión.

Nunca la norma, los principios que inspiran el proceso penal y ni siquiera la actividad o fines pregonados del Ministerio Público en esta tramitación, han reclamado que, en cuanto sujeto procesal, deba él -o alguna otra parte-, presentar alegato de no recurrente en los casos en los cuales otro de los sujetos procesales impugna la decisión que lo afecta, para de allí extractar el interés que le permite seguir interviniendo en el proceso en defensa de su postura.

Para todas las partes, sin distinguos, la posibilidad de presentar o no alegato en calidad de no recurrente, se ofrece meramente facultativa, sin ninguna incidencia en la legitimidad o interés que lo asiste para impugnar después las decisiones que sí afecten su postura.

Surge indiscutible que en el trámite de los recursos la legitimidad e interés devienen exclusivamente del reconocimiento como parte y la demostración de afectación con la decisión objeto de impugnación, que deriva de la específica postura adoptada previamente frente a la resolución, auto o sentencia.

Incluso, respecto del Ministerio Público y su intervención en el proceso penal, ya la Corte¹ ha fijado pautas precisas, dentro de las cuales se destaca que si como parte eludió asistir a determinada diligencia dentro de la cual se adoptó una decisión, o ninguna solicitud hizo previamente, carece de interés para impugnar dicha decisión.

Jamás, sin embargo, se ha significado que las funciones del Ministerio Público o los intereses constitucionales que protege, impongan respecto del mismo, cuando decide intervenir en el proceso penal específico, alguna carga adicional a la que se reclama de los demás sujetos procesales en punto de los recursos.

A este efecto, sobraría anotar que el interés reclamado de la parte se debe manifestar de cara a quien decide, frente al cual se postula la pretensión, y no respecto de lo que en su particular postura diga cada sujeto procesal.

El interés respecto de determinada decisión o sentido de la misma, operó para el Ministerio Público, en cuanto parte neutral, cuando solicitó acusar al procesado -allí se hizo expreso- y, como efectivamente se acusó, ya su pretensión debe asumirse satisfecha; solo al momento en que esa decisión fue revocada, nació de nuevo, conforme lo que expresamente diseña el artículo 190 en estudio, el interés para controvertir la preclusión.

Lo que sucedió en el interregno, vale decir, la interposición del recurso de reposición y presentación de argumentos de la defensa encaminados a derrumbar la decisión de acusación, apenas representa obligación concreta para esta parte, evidente que es la única afectada con la acusación; y en ello puede o no intervenir, por vía del

alegato confrontativo, el o los sujetos procesales satisfechos con la decisión.

Lo dicho,, porque ya no se trata, en estricto sentido, de legitimar una intervención o manifestar un interés -ya satisfecho con la resolución vigente- frente a una decisión del funcionario judicial, sino de pronunciarse en torno de alegatos que buscar revocarla.

Desde luego que la argumentación presentada por el demandante, soportada en las funciones constitucionales del Ministerio Público, aparece desenfocada, pues, de allí no se sigue que necesariamente deba intervenir como no recurrente -cuando es esa una obligación que no se impone a ningún sujeto procesal- y siempre será posible, por vía de citación principalística, asumir que no solo esta sino muchas otras obligaciones le caben, o que esos deberes innominados deben trasladarse a cualquiera de las otras partes.

Y, el desatino es mayor cuando se agrega que lo adecuado era inadmitir el recurso de apelación para que la procuradora pudiera acudir al de queja ante la segunda instancia, en aras de que esta decidiera si poseía o no interés.

Obvio que si se asume incontrastable la carencia de interés de la parte, como lo intenta el casacionista, esa remisión al recurso de queja asoma completamente irrelevante, dada la inocuidad de sus efectos.

En fin, que nada de lo argumentado o propuesto por el recurrente, por lo demás, carente de soporte jurídico válido, advierte de algún tipo de yerro, mucho menos trascendente, en el trámite procesal que por ocasión del recurso de apelación presentado por la Procuradora en contra del auto que repuso la providencia original y dispuso la preclusión en favor del procesado, condujo a la formulación de acusación que soportó el fallo de condena.

Algo similar, en punto de la carencia de fundamento, sucede con la afirmación concurrente del casacionista, referida a que el recurso hubo de declararse desierto ante la falta de sustentación del mismo.

Solo basta con remitir a las pocas transcripciones que el casacionista realiza de lo alegado en el recurso por la representación del Ministerio Público, para verificar la absoluta impropiedad de lo alegado.

Si está claro que la Procuradora solicitó en el alegato precalificatorio que se acusara al procesado, por estimar que objetivamente si se ejecutaron las conductas a él endilgadas y entender que su explicación no alcanza a prefigurar la eximente de miedo insuperable propuesta -precisamente la misma que dijo materializada el fiscal de primer grado, aunada al principio de confianza, cuando repuso la providencia original y decidió precluir-, es evidente que lo presentado en el recurso como alegación encaminada a revocar dicha preclusión, opera no solo pertinente, sino adecuada y suficientemente sustentado, aún si se dijera, como lo señala el casacionista, que pareció confundir ella el miedo insuperable con la insuperable coacción ajena.

En el apartado que cita el demandante, se lee sin ambages que la procuradora se refiere al soporte del miedo insuperable reconocido por el Fiscal A quo, controvirtiendo que de verdad las amenazas recibidas por el acusado de parte de grupos insurgentes, puedan conducir a dicho estado de animosidad.

En aras de llegar a la conclusión contraria, la funcionaria adscrita al ente de control definió el sentido gramatical del término “insuperable”, para colegir que en el caso examinado la coacción o amenaza no alcanzó ese rango.

Ahora, si el término en cuestión opera para ambas figuras de exoneración -miedo insuperable e insuperable coacción ajena-, no observa la Corte de donde extrae el demandante que la apelante se refirió a la segunda causal y no al

primer mecanismo.

Y, si la funcionaria de la Procuraduría se refirió a que no es posible admitir que la persona se doblegue a la actitud dominadora de otra persona, no es, como lo entroniza el defensor del acusado, porque erradamente acuda a la causal de insuperable coacción ajena, sino en atención a que, precisamente, el miedo insuperable lo hizo radicar el procesado en las amenazas y coacción de los miembros del grupo guerrillero.

De igual manera, el recurrente resume lo referido por la representante del Ministerio Público, en el tópico del principio de confianza, del siguiente tenor: “y ya al final, en lacónico aducido, terminar afirmando que el principio de confianza tampoco opera por cuanto el alcalde no delegó funciones, y porque en su calidad de mandatario del municipio estaba obligado a vigilar estoicamente con el acompañamiento de la fuerza pública el cumplimiento del contrato, siendo esa su obligación porque para eso desde cuando postuló su nombre a la Alcaldía, asumió los riesgos que el ejercicio de un tal cargo generan (sic)”.

Desde luego que esa manifestación de la apelante -ni siquiera completa, porque obedece a la reducción que en el resumen busca hacer el casacionista- representa adecuada, eficaz y suficiente controversia respecto de un tópico discutido en su esencia dogmática y no la probatoria.

Por lo demás, la Corte verificó el contenido íntegro del escrito de apelación presentado por la representante del Ministerio Público -que no transcribiré, para evitar farragosas reiteraciones- y puede advertir que allí se consignan amplias y pertinentes críticas a los dos motivos fundamentales de preclusión -miedo insuperable y principio de confianza-, al punto que el defensor del procesado entendió necesario presentar alegato de no recurrente en el cual, lejos de señalar o siquiera insinuar carente de motivación el recurso, se refirió detalladamente a los argumentos allí contenidos.

Y, para culminar, representó tanto peso la fundamentación del recurso, que precisamente atendiendo los criterios allí plasmados, la Fiscalía Ad quem revocó la preclusión y decidió confirmar la acusación.

Nada dirá la Sala respecto del apartado del cargo en el cual el demandante busca explicar por qué, en su sentir, resultaba adecuada la preclusión, pues, de un lado, ello constituye argumento abiertamente ajeno a la causal postulada, y del otro, la forma en que encaró el tópico define un inexcusable alegato de instancia impropio de esta sede.

Ahora, el que la Fiscalía de segunda instancia decidiera incursionar en otros campos, no demuestra, como postula el demandante, que lo alegado por la apelante fuera insuficiente o carente de motivación, entre otras cosas, porque desde el comienzo de la providencia el funcionario aclaró que previo al examen de lo alegado entendía indispensable referirse a algunas irregularidades procesales trascendentes, y no se duda que precisamente el análisis de lo impugnado por la apelante condujo a modificar la decisión; ni tampoco verifica inválido o ajeno a la competencia del acusador ad quem lo examinado extra petita, ostensible como surge que la facultad oficiosa para decretar nulidades en cualquier momento del proceso, permitía al Fiscal delegado ante el tribunal adelantar esa tarea con plena legitimidad.

Por último, no abordará la Corte esa manifestación del recurrente que de soslayo insinúa carente de motivación, también, la resolución del Ad quem que convocó a juicio al procesado, pues, además de que no perfila con suficiencia los criterios nulificantes, basa su postura en el mismo tipo de subjetividades que gobiernan la crítica realizada a la labor de la representación del Ministerio Público.

Suficiente, lo anotado, para inadmitir el cargo.

1. CARGO SEGUNDO

De similar factura al cargo anterior se ofrece la controversia que ahora por la vía indirecta del error de derecho por falso juicio de convicción, plantea el impugnante.

Al respecto, la forma de presentación del cargo indiscutiblemente informa del sesgo que quiere darse a lo decidido por las instancias y, en especial, a los argumentos utilizados por ellas para emitir la condena, a consecuencia de lo cual se desnaturalizan por completo las sentencias para crear un inexistente texto que cubra las necesidades del demandante.

En ese cometido, se hacen manifestaciones que no corresponden al contenido de los fallos, sesgan apartados de los mismos e incluso se construyen tesis con la suma inconexa de párrafos.

Para precisar el tópico, la Sala entiende necesario advertir que el elemento de juicio considerado por el impugnante ajeno a la posibilidad de examen como prueba, remite a un informe de Policía Judicial en el cual, exclusivamente, se verifica objetivamente que las viviendas contratadas por el municipio se entregaron sin haberse construido o dotado en su totalidad. Nada más.

Sin embargo, el casacionista no solo significa que el informe en cuestión fue pieza total que gobernó todas las decisiones tomadas a lo largo del proceso, desde luego, incluidos los fallos de las instancias, sino que extendió sus efectos hasta la determinación del elemento subjetivo de los tipos penales atribuidos al acusado, al punto de señalar que fue gracias a ese elemento suasorio que se excluyeron las causales de ausencia de responsabilidad planteadas por el acusado.

Empero, cuando el demandante sostiene que sin el informe en cuestión las pesquisas de la Fiscalía hubiesen quedado apenas en su fase germinal, pues, “solo” contaba con el informe de la Contraloría sobre “simples irregularidades

contractuales”, desconoce abiertamente el contenido y efectos probatorios específicos del trabajo de auditoría realizado por la Contraloría, cuyos resultados dieron origen a la denuncia penal.

Pero, además, ignora la esencia jurídica y material del medio en cuestión –informe de Contraloría-, para superlativizar un informe de Policía Judicial que, finalmente, no hace más que reiterar lo consignado en aquel, y minimizar las otras pruebas –de carácter testimonial-, que corroboran el hecho objetivo de incumplimiento del contrato.

A este efecto, resulta bastante infortunado hermanar el informe de policía judicial con aquel expedido por la Contraloría, bajo el supuesto argumental que, como la Contraloría ejerce funciones de policía judicial, corre la misma suerte de lo consignado en el artículo 314 de la Ley 600 de 2000, en cuanto contempla que las actividades previas a la judicialización del caso, realizadas por la policía judicial: “sólo podrán servir como criterios orientadores de la investigación”,

Pasa por alto el recurrente, que lo adelantado por la Contraloría en la alcaldía, a efectos de auditar los contratos, no corresponde a las tareas de policía judicial que defiende a esa institución el numeral 1 del artículo 312 de la Ley 600 de 2000 (por lo demás, específicamente limitadas a “asuntos de su competencia”), sino a la vigilancia de la gestión fiscal de la administración, que expresamente le atribuye el artículo 267 de la Carta Política.

Precisamente, el artículo 271 de la Constitución Política colombiana, otorga valor probatorio a esos informes, cuando especifica:

“los resultados de las indagaciones preliminares adelantadas por la Contraloría tendrán valor probatorio ante la Fiscalía General de la Nación y el juez competente”

Ya la Corte, así mismo, se pronunció sobre el valor probatorio de dichos informes², sin que el demandante exponga algún argumento que permita verificar por qué en el caso examinado los documentos en cuestión se apartan de la norma constitucional citada.

Examinado el contenido del informe trasladado por la Contraloría Departamental de Cundinamarca a la justicia penal, se concluye indubitable que del mismo no se desprenden, como lo pretende hacer ver el impugnante “simples irregularidades contractuales”.

Huelga señalar que si la Contraloría decidió dar traslado del hallazgo de auditoría a la Fiscalía, es porque precisamente advierte la comisión de conductas punibles.

Y ello es lo que hace ver el informe, entre otras cosas, porque en el folio 3 del mismo se lee que el “TRASLADO DE HALLAZGOS PENALES”, obedece a que “Se adjudicaron contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales”.

Y más adelante, en el desarrollo de lo examinado, se observa que “varios ítems (sanitarios, tanques de 250 lts y sistema séptico) se pagaron en su totalidad, cuando solamente se entregaron los materiales quedando pendiente la mano de obra de instalación. Es de anotar que el contrato contempla materiales, mano de obra, transporte, herramienta y demás actividades para entregar la vivienda terminada y no inconclusa como ocurrió. Ver fotos anexas donde se aprecia el estado de la obra a la fecha de la visita técnica”.

Esas manifestaciones del auditor operaron consecuencia de una labor amplia de examen documental y trabajo de campo, en la cual el profesional no solo evaluó cada contrato, sino que visitó las viviendas y allí, in situ, comprobó los faltantes. A todo ello acompañó los respectivos documentos.

No puede discutirse, cuando se conoce que al procesado se le vinculó, acusó y condenó

por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (remitido a la fase de liquidación del mismo, porque se pagó la totalidad sin que se concluyeran las obras) y peculado (referido al exceso de lo pagado frente a lo dejado de hacer), el enorme valor suasorio que, en torno del elemento objetivo de ambos delitos, comporta el informe de auditoría.

Frente al mismo, el informe de policía judicial, ordenado por el fiscal del caso, muy poco agrega –así lo sostiene incluso el demandante-, cuando más, una percepción diferente del monto del daño, inferior al presupuestado por la Contraloría, que fue tomada por las instancias y favorece al procesado.

Lo anotado, para advertir que no corresponde a la realidad procesal la afirmación del casacionista referida a que el informe de policía judicial fue núcleo central de la condena, o mejor, que los demás elementos de juicio se vieron opacados por el medio aludido.

Convenientemente el impugnante deja sin validez el informe de Contraloría –ya se advirtió de su plena legalidad y efectos probatorios completos-, atempera el efecto de otros medios y desconoce algunos más.

El fallo de primer grado –que, en cuanto fue confirmado y avalado sin reticencias por el Ad quem, se integra a la sentencia atacada en casación-, despliega un amplio examen probatorio en el cual da cuenta de muchos y variados medios que convergen a determinar la objetividad de las conductas.

Al efecto, citó la existencia de 43 medios de prueba referidos al “elemento material del injusto” y después abordó el tema de tipicidad objetiva del ilícito de cumplimiento de requisitos legales.

En este acápite, el juzgador partió por reseñar el contenido de los contratos de

construcción de vivienda -copias de los cuales reposan en el expediente-, para después acotar que el origen de la investigación radicó en quejas presentadas por los favorecidos con las viviendas, quienes acudieron a la Personería Municipal a referir su descontento con la terminación de las obras, conforme lo declaró bajo juramento la titular de esa dependencia.

A renglón seguido, el A quo se refiere al informe de auditoría de la Contraloría, destacando que allí se determinó la existencia de faltantes de obra. Incluso, se detallaron los faltantes de obra, individualizados, conforme la inspección de cada vivienda que realizó el funcionario adscrito a la Contraloría.

Y, si se hace alusión al informe de policía judicial, es apenas para destacar³ que se aviene completamente con el de Contraloría y que refleja un menor valor de los daños “diferencia explicable porque se tomaron valores distintos en los ítems de marcos de puertas lámina y puerta madera....”.

A continuación, el fallador de primer grado remite a lo declarado en el proceso por varios de los beneficiarios, quienes afirmaron que las obras no fueron entregadas conforme se contrató, dados los muchos faltantes.

Es más, el A quo se detiene en la retractación que varios de los favorecidos realizaron en el juicio (dos de ellos siguieron sosteniendo invariablemente que sí hubo faltantes), para desvirtuar la credibilidad de lo dicho en su segunda intervención testifical, pues, tales manifestaciones “son fácilmente controvertibles con la evidencia fotográfica aportada por la Contraloría Departamental, a folios 32 y s.s., en donde claramente se observa que la relación de faltantes corresponde con la realidad al momento de efectuar la visita, ello indica que el contrato se liquidó y canceló sin que se ejecutara íntegramente por parte de la contratista COVIDES...”.

Después, solamente agrega el A quo que las pruebas recogidas -testimonios-,

corroboran la consonancia existente entre el informe de policía judicial y “... aquellos hallazgos que refirió el informe de Contraloría cuando dio traslado de las falencias en el proceso de contratación halladas con base en las quejas presentadas por la personería cuando relacionó faltantes en la construcción e instalación de las obras de mejoramiento de vivienda(...) hechos totalmente verificados pues esos hallazgos además se sustentan en la consulta a la documentación perteneciente al contrato que se almacena en el archivo de la propia Alcaldía Municipal, amén de la copia del oficio de fecha 23 de abril de 2006 suscrito por los beneficiarios del programa de mejoramiento en el que de manera latente indican que las obras no fueron concluidas a cabalidad (fs. 213), pues habiendo transcurrido más de dos años luego de la entrega formal aún reclamaban por la terminación de las mismas, aspectos que posteriormente fueron corroborados con algunos de los declarantes en la vista pública.”

Seguidamente, el fallador delimita, una por una, las inconsistencias que registran algunas actas de entrega de viviendas, en examen de los documentos que las contienen.

En otro acápite el juzgador examinó la figura del peculado por apropiación, pero no se extendió sobre el mismo, dado que remitió a los medios de prueba antes analizados respecto del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Apenas aludió a “los informes investigativos⁴”, para señalar que el monto de lo apropiado es de \$7.610.210, inferior a lo delimitado por la Contraloría.

El detallado recuento de los fundamentos probatorios tomados en consideración por el fallador de primer grado para soportar la tipicidad objetiva de los delitos, demuestra insoslayable que no asiste la razón al demandante cuando en el análisis descontextualizado del fallo, lo dice reposar exclusivamente en el informe de policía judicial.

Todo lo contrario, dada su escasa capacidad suasoria, el informe en cuestión solo fue asumido de manera adjetiva y, es claro, se relacionaron bastantes elementos documentales y testimoniales, en especial el informe de auditoría de la Contraloría, para definir el punto esencial de tipicidad.

Ahora, si el fallo de segundo grado se refirió en concreto al informe de policía judicial, fue porque, precisamente, el defensor del acusado, en la apelación, controvertió su validez.

En razón de ello el Ad quem se explayó sobre el tema, advirtiendo que el servidor judicial, pese a lo sostenido por el apelante, sí realizó diligencia de inspección judicial al sitio y por ello lo consignado en el documento no obedece a inferencia, sino a lo que directamente percibió con sus sentidos cuando acudió a cada vivienda.

Sostuvo el Ad quem, además, que independientemente de su naturaleza, lo consignado en el informe de policía judicial había sido corroborado por otras pruebas, sobre las cuales se detuvo, no apenas de manera accesoria, como asevera el casacionista, sino a despacio, al extremo de abordar una a una las atestaciones de los beneficiarios de los inmuebles y definir el motivo por el cual no se daba crédito a la retractación realizada por algunos de ellos en el juicio.

Acerca de la falencia en la entrega de las viviendas, igualmente, remitió lo expresado bajo juramento por la personera del municipio, en cuanto, dijo ella haber verificado directamente que los inmuebles no habían sido entregados con toda su dotación, como incluso lo dijeron los propietarios en queja presentada ante la oficina a su cargo.

A ello agregó el juez colegiado lo manifestado por el alcalde del municipio en el periodo 2004-2007, en cuanto, ratificó que al visitar las obras sus beneficiarios se quejaron del incumplimiento del contratista.

Añade el fallador “Así mismo, la oportuna y acuciosa gestión de la personera Municipal y del burgomaestre sucesor del enjuiciado, desvirtúan el debate planteado por el procesado y su defensor, en torno a que el informe dela Contraloría de Cundinamarca se practicó 19 meses después que los beneficiarios del programa de mejoramiento de vivienda rural objeto de estudio, recibieron la obra; lo que por demás acredita que para acudir a la jurisdicción penal, el ente de control no actuó a la ligera, sino que verificó lo expresado por la comunidad y cuando recopiló elementos de convicción los direccionó a la autoridad competente.”

En suma, la detenida lectura del detalle y contexto de lo argumentado por las instancias para fundar el elemento objetivo de ambos delitos, hace ver contrario a la realidad lo sostenido por el recurrente en torno del soporte probatorio del mismo.

Sobra anotar que el cargo no solo se duele de inconsonancia fáctica, sino de intrascendencia, en tanto, independientemente de la validez o no de lo consignado en el informe de policía judicial, es lo cierto que amplia y contundente prueba demuestra la objetividad de los delitos objeto de acusación.

Desde luego, si se significa que los fallos se fundamentaron en mucho más que el documento cuestionado por la defensa, impertinente resulta determinar si con ello se abrió o no la instrucción, o se negó la preclusión o, en fin, fue soportada la acusación, entre otras razones, porque los fundamentos a los que acude el demandante para demostrar estos tópicos son bastante especiosos.

Así, a manera de ejemplo, se ofrece absurdo sostener que cuando la Fiscalía negó la preclusión -basada en que el acusado debió, en cuanto ordenador del gasto, vigilar y responder por cada una de las actividades realizadas bajo su mando-, ello se fundamentó exclusivamente en lo contenido en el informe de policía judicial, dado que la conclusión “no es más que lo censurado por el investigador del C.T.I. en el

cuestionado informe”.

Desde luego, el demandante se abstuvo de transcribir los apartados de la resolución que negó la preclusión y de la que ordenó la acusación, en los cuales supuestamente se delimitó como único o más saliente elemento probatorio el informe en cita.

Pero, aún más desenfocado se observa colegir que de un informe esencialmente objetivo que apenas conduce a determinar no concluidas en su totalidad las viviendas, las instancias también dedujeron el aspecto subjetivo de los delitos, o mejor, excluyeron las causales de ausencia de responsabilidad propuestas por el acusado.

No se desgastará la Sala controvirtiendo a despacio el tema, por la evidente impropiedad de lo alegado.

Apenas basta con verificar el contenido de ambos fallos de instancia para determinar que las alegaciones de los jueces individual y colegiado, en el tópico de las amenazas y coacción ejercidas por los grupos guerrilleros en la región, ni en lo probatorio, ni en lo dogmático, se basaron, por obvias razones, en la prueba que soportó la objetividad de las conductas, trátase o no del informe de policía judicial.

Ahora, es claro para la Corte que esa imposible asimilación probatoria fue utilizada por el demandante a fin de controvertir, en típico alegato de instancia que ningún yerro propio de casación perfila, la valoración realizada por el Tribunal para desestimar las alegaciones exculpatorias del procesado.

Como el cargo se soporta en premisas fácticas erradas y la argumentación abandona el campo propio de la causal alegada, necesaria deviene su inadmisión.

1. CARGO TERCERO

Asiste la razón al demandante cuando significa que el fallador de segundo grado, pese a enmendar el yerro del A quo, que en lugar de partir de los 62 meses propuestos, tomó 72, dos veces incrementó la pena por el delito concurrente en el concurso y ello vulnera el artículo 31 del C.P., que regula la dosificación de la pena en estos eventos.

Empero, el cargo no puede ser admitido porque resulta intrascendente el yerro, o mejor, de proceder la Corte a adecuar la pena a la legalidad impuesta por el artículo 31 del C.P., como solicita el recurrente, se afectaría ostensiblemente la situación del acusado (así lo sostuvo el Tribunal en el auto en el cual se negó a corregir el error aritmético del fallo, tal cual solicitó la defensa), lo que torna carente de interés la petición.

En efecto, el Tribunal no solo se equivocó al contabilizar dos veces la suma de 10 meses por el delito concurrente de peculado, sino cuando aplicó el decremento punitivo por el pago que hizo el procesado de lo apropiado indebidamente.

De esta manera, si se trata de que el acusado pagó el monto de lo que se consideró apropiación ilegal, esa circunstancia, acorde con el inciso segundo del artículo 401 del C.P., solo afecta el delito de peculado y no la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, por manera que se observa ostensible el yerro del Ad quem cuando aplicó la atemperación de la tercera parte a la suma entre del delito base (48 meses) y lo que consideró necesario incrementar por el concurrente (10 meses). Vale decir, la tercera parte de reducción operó sobre 58 meses.

Entonces, si se asumió más grave el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y es evidente que el mínimo de pena dispuesto por el Tribunal, 48 meses (aunque erradamente significó en el auto que negó la corrección, tratarse de 52 meses, pasando por alto que en su fallo consideró adecuado partir del mínimo del delito, dado que se ejecutó con dolo eventual), no puede ser afectado por la rebaja producto del pago del dinero, sigue incólume este monto como base de dosificación.

Y, dado que Ad quem consideró necesario incrementar diez meses más por el delito concurrente de peculado, a este monto se le efectúa la reducción de la tercera parte, hasta derivar en un quantum de 6 meses y 20 días.

De esta manera, la pena establecida para el concurso de delitos, haciendo efectivo lo contemplado en el artículo 31 del C.P., eliminando el doble incremento efectuado por el Tribunal respecto del delito concurrente y respetando los mínimos de los que partió el Ad quem, corresponde a 54 meses y 20 días, desde luego superior a los 48 meses y 20 días impuestos en el fallo de segundo grado.

Huelga anotar que no es posible, ni siquiera de manera oficiosa, adecuar la pena a su legalidad, vigente como se halla el principio de no reformatio in pejus, dado que la defensa se erige único impugnante en casación. Ni siquiera si se atiende su petición de aplicar en toda su extensión el artículo 31 del C.P., que para el efecto, como se anotó antes, debe asumirse carente de interés.

En virtud de lo anotado, también se inadmitirá el cargo tercero y, en general, la demanda en su conjunto, dado que la Sala, una vez verificado el trámite del asunto y el contenido de las decisiones, no aprecia irregularidad trascendente que obligue acudir a su facultad oficiosa para restañar algún daño.

En mérito de lo expuesto, La Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE

INADMITIR la demanda de casación presentada en nombre de JOSÉ GUILLERMO BERNAL LÓPEZ, en seguimiento de las motivaciones plasmadas en el cuerpo del presente proveído.

Cópiese, 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 Véase, entre otras, sentencia del 30 de abril de 2004, radicado 30214

2 Radicado 17089, del 23 de enero de 2001

3 Folio 18 del fallo de primer grado

4 Folio 22 del fallo de primera instancia