

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado Ponente

AP5478-2018

Radicado 54327

Acta 409

Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO

Decide la Corte sobre la admisión de la demanda de casación presentada por la defensora de Alba Nelly Vergara Garzón contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Riohacha (Guajira) el 22 de junio de 2018, que al modificar la decisión de primera instancia emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Adjunto de Descongestión de Villavicencio el 24 de junio de 2013, condenó a la procesada a la pena principal de 4 años de prisión y multa de 50 S.M.L.M. por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, al tiempo que declaró la prescripción de la acción penal por el delito de peculado por apropiación en favor de esta misma imputada y Blanca Ruth Arévalo Bonilla.

HECHOS Y ACTUACIÓN RELEVANTE

Los hechos de este proceso fueron denunciados por la comunidad de la vereda Jagua, Inspección de Gazaduje, en el municipio de Medina Cundinamarca, señalando irregularidades en el contrato de obra No.0041 del 30 de diciembre de 2001 celebrado entre la alcaldesa Alba Nelly Vergara Garzón y Blanca Ruth Arévalo Bonilla.

Con base en la misma, una vez adelantadas diligencias preliminares, logró la Fiscalía establecer que en efecto las procesadas suscribieron el contrato de obra 0041 en diciembre de 2001 para la construcción de una escuela en la vereda Jagua, en el municipio de Medina, con un costo inicial de \$35'501.740 y como plazo de ejecución tres (3) meses. Sin embargo, luego de múltiples suspensiones de la obra, atribuidas a la falta de planeación y de estudios previos, así como a los problemas de orden público, tal contrato fue modificado y mediante Decreto 0046 de 2004 declarada la caducidad del mismo y decidida su liquidación.

El 22 de marzo de 2005, la Fiscalía Sexta Seccional de Villavicencio dispuso apertura de instrucción (fl.34 c.1), escuchándose en indagatoria a Blanca Ruth Arévalo Bonilla (fl.53 y 80 c.1) y Alba Nelly Vergara Garzón (fl.69, 221 y 273 c.1).

La situación jurídica de las imputadas fue resuelta mediante la imposición de medida de detención preventiva por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación el 12 de marzo de 2009 (fl.1 c.2).

Clausurada la investigación el 11 de mayo de 2009 (fl.38 c.2), la Fiscalía Sexta Seccional calificó su mérito y profirió resolución acusatoria en contra de Vergara Garzón como autora de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación y a Arévalo Bonilla como determinadora de dichos punibles. Esta decisión fue modificada por la segunda instancia el 18 de enero de 2011 en relación con Arévalo Bonilla respecto de quien la acusación se concretó como interviniente de peculado por apropiación y le fue precluida la investigación por contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Tramitadas las fases preparatoria y del juicio, se emitieron las sentencias en los términos previamente glosados.

DEMANDA

Cuatro son los cargos postulados por la defensora de Alba Nelly Vergara Garzón contra la

sentencia objeto de la impugnación extraordinaria, dos como principales y dos subsidiarios.

El primero principal acusa errores de hecho que dice derivarse de falsos juicios de existencia por omisión y suposición probatoria.

Aduce la demandante que la sentencia omite la apreciación de pruebas que dan cuenta de un ejercicio de planeación y frente al 'estudio de suelos' no es requisito legal 'esencial' exigible en todos los contratos.

Asegura que no por sostener el Tribunal con un juicio ex post la ausencia de 'estudio de suelos' y 'condiciones geológicas', se puede afirmar que se trate de 'requisito legal esencial', en términos del art. 410 del C.P., ni ello se deriva de las normas citadas en las sentencias. Por el contrario, hace énfasis en que a través del Informe de Investigador de Laboratorio FPJ-13 del 21 de abril de 2008 (fl.257 y ss c.1), lo depuesto por Víctor Raúl Rojas Gutiérrez (fl.229 c.1), ampliación de indagatoria de Vergara Garzón (fl.221 c.1), los testimonios de William Clavijo (fl.172 c.1) y Javier Amórtegui (fl.210 c.1) y el Informe Policial (fl.129 c.1), que habrían sido omitidas, se da cuenta de un ejercicio juicioso de planeación, acorde con las conclusiones que dice derivarse de valorar tales pruebas y que acompaña en un cuadro en la metodología que asume para evidenciarlo.

También incurrió el fallo en falso juicio por suposición, en relación a la existencia de dolo, así como la supuesta transgresión de otros elementos o requisitos legales esenciales y la acreditación de dicha calidad.

Para la censora, se parte de la prueba de hechos que no tienen elementos que los respalden y se ignora lo que sí se evidencia del acervo probatorio y con base en lo cual debió concluirse que el proceso de contratación se cumplió con el lleno de los principios contenidos en la Ley 80 de 1993; que la etapa de planeación se adelantó en la oficina respectiva, pero manteniendo la dirección y vigilancia por la Alcaldesa Vergara Garzón, aun cuando sus labores se vieran afectadas por razones de orden público; que los estudios

previos descartaron la necesidad de un estudio de suelos; que entre los oferentes se escogió la oferta más económica perteneciente a Blanca Ruth Arévalo Bonilla y finalmente que no se podía conocer la necesidad de un estudio de suelos.

Aun cuando no se trata de un requisito esencial, se carecía de elementos de juicio para que se hiciera dicho estudio y de ser necesario configuraría un error de prohibición en cabeza de la procesada.

Solicita se case la sentencia y absuelva a la acusada.

El segundo cargo, propuesto como accesorio, se enfoca por nulidad.

Asegura que la sentencia no se ocupó de todos los argumentos presentados en la apelación. No está de acuerdo con la misma en tanto sostuvo que no fueron objeto de discrepancia los elementos objetivos del tipo imputado, pues dicho tema además del relativo a la necesidad de estudio de suelos, también se refutó.

Previa glosa de un acápite del fallo, referido a la reserva presupuestal no ordenada por la alcaldía, asegura que se trata de un argumento no mencionado en primera instancia.

Con el título 'Motivación incompleta e incluso contradictoria', cita al Tribunal, en tanto advirtió que era imperioso para la Alcaldesa realizar un estudio minucioso del contrato y que tuviera estudios que hicieran viable la construcción, pero confusamente alude a que sí existieron los mismos, lo que encuentra la libelista equívoco y ambiguo, como también cuando se sostiene que la procesada tuvo conocimiento de las anomalías y sin embargo persistió en el contrato.

Califica además la motivación del fallo de "sofística, aparente o falsa", pues no consulta la realidad fáctica ni explica cómo se acredita ese conocimiento previo que simplemente dice derivarse de la propia indagatoria, o el presunto interés en celebrar el contrato, ni la

afirmación de incumplirse los principios de la Ley 80, pues se “aterrija al caso concreto” y descarta sin motivación la existencia de “un principio de confianza”.

Entiende afectadas las garantías fundamentales de la procesada y la nulidad la única vía existente para subsanarlas, debiéndose remitir la actuación para que se profiera de nuevo la sentencia.

El tercer cargo es presentado como principal por violación directa de la ley sustancial, que condujo a no reconocer el error de prohibición a Alba Nelly Vergara Garzón.

Para la actora, todas las pruebas demostraban que la procesada obró bajo un error de prohibición invencible, pues hizo todo cuanto estaba a su alcance para ejecutar debidamente la obra de construcción conforme con lo establecido por ley, lo cual en este caso correspondió a acudir al concepto de un técnico. Así el error es de subsunción que se constituye cuando el agente conoce la norma, pero la considera no aplicable, según dice sucedió dentro del radicado 29.726 de 2017 que, en extenso cita.

Como cuarto reproche, con carácter subsidiario, acusó violación indirecta de la ley sustancial derivada de error de hecho por falso raciocinio, que condujo a menoscabar la presunción de inocencia. Para la censora la presencia de una duda razonable frente a la comisión del delito o la autoría, impone absolver a la procesada, pues bien se sabe que sólo puede condenarse frente a completa certeza.

Para la demandante, de la “valoración en conjunto de los elementos de prueba, como mínimo se debe reconocer la existencia de duda que favorece a mi representada”. De ahí que asegura, “Como mínimo existiría duda frente a”: que se adelantó el proceso de contratación con el lleno de los presupuestos de la Ley 80 de 1993 y existen pruebas de que la fase precontractual fue completa; que la etapa de planeación se concentró en la oficina de planeación y ello en nada implica la omisión de obligaciones por parte de Vergara Garzón; que en todo caso la vigilancia y control se vio afectada por razones de orden público; que

dentro de los estudios previos no se contempló la necesidad de adelantar estudio de suelos; que cumplidos los estudios de conveniencia y factibilidad se aceptó la propuesta más económica presentada por Blanca Ruth Arévalo y que de acuerdo con la información previa no se podía conocer la necesidad de adelantar un estudio del terreno.

Por lo anterior, no se estaba frente a un requisito esencial que se hubiera omitido y por ende la procesada actuó en forma diligente y responsable como garante y que de existir algún reproche frente a la omisión de un requisito se estaría en presencia de un error de prohibición en cabeza de su representada.

Finalmente, como mínimo existiría duda, asegura, que debería conducir a casar la sentencia y absolver a la procesada, como en efecto así lo solicita.

CONSIDERACIONES

1. Doctrina de la Sala por décadas consolidada en armonía con aquellos principios teóricos que definen y delimitan el recurso de casación en sus diversos matices y posibilidades de propuesta ante esta Corporación, ha precisado que cuando la ley dispone el imperativo de señalar la causal a que se acude y sus fundamentos, nada distinto está haciendo que exigir se cumpla con un enunciado lógico en el planteamiento del cargo que se hace a una sentencia ante la Corte Suprema en ejercicio del recurso de casación y que acorde con el mismo se desarrolle con claridad y precisión el fundamento que correspondientemente le debe dar demostración.

2. Ha tenido ocasión la Sala de indicar con especial énfasis, que ni siquiera en orden a afirmar con respaldo en la nueva Carta Política y los Códigos de Procedimiento Penal aprobados después de su vigencia una pretendida superación de la técnica extrema en esta clase de impugnaciones, se puede aceptar que la proposición de reproches no obedezca a tales supuestos de presentación y por el contrario no solamente comportan el mismo orden de su imperativo cumplimiento, sino que además hoy por hoy se dinamizan con los fines

mismos de la casación cada vez más consolidado como un instrumento de control de las garantías superiores dentro del proceso penal.

A este respecto bien se ha dicho que corresponde al actor el deber de señalar la causal o causales escogidas y en orden a su sentido y alcance indicar los fundamentos en que se sustenta, pues este básico deber tiene directa relación con el nexo que debe existir entre los postulados del disenso y las razones concurrentes a su demostración, que a su vez deben servir de justificación material para pretender un fallo en el fondo por la Corte, lo cual a su vez tiene que ver con la necesidad de que se produzca en orden a cumplir o satisfacer alguno de los teleológicos cometidos del extraordinario recurso.

Conforme quedó enunciado, la demandante en casación postuló cuatro censuras contra la sentencia impugnada, dos bajo el rótulo de principales y dos como subsidiarias, sin comenzar por hacer explícita la razón de dicha degradación de las pretensiones y sin que, para comenzar, comporte la misma el estricto orden que la lógica inmersa en los supuestos que les dan origen exige.

3. El cargo segundo es por nulidad y a la vez que acusa simultáneamente la presencia de diversos defectos en la estructuración de la sentencia recurrida, enrostrándole vicios de “falsa, dilógica, inexistente, ambigua, insuficiente, incompleta, deficiente, falsa y sofística”, motivación que conduciría al imperativo de anular lo actuado con miras a que en las instancia sea corregido el entuerto procesal, o como lo afirma la censora que es la nulidad la única vía existente para subsanarlas, debiéndose remitir el proceso para que se profiera de nuevo la sentencia, desapercibe que si esos son los efectos buscados con el reproche, nada distinto entonces debía hacerse que presentarlo en primer lugar por ser inherente a tal planteamiento retrotraer la actuación a las instancias, en tanto que las demás aspiraciones contenidas en los diversos cargos suponen precisamente la validez de lo actuado.

Con todo y salvo aquellas hipótesis en que la motivación emerge realmente inexistente, lo que supondría que no es dable a través del fallo de reemplazo en casación completarla o corregir el error sin tener que acudir a un fallo de reenvío, la propuesta teórica es tan profusa en el señalamiento de presuntos vicios de fundamentación de la sentencia que culmina por incurrir en una generalización sin dar razón de la descalificación que se hace del fallo en las distintas especies o defectos de motivación aludidos.

Sostener que no se respondieron la totalidad de temas que abordó la apelación, incluyendo el de la propia tipicidad objetiva del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, cuando por el contrario se analizaron los diversos elementos que estructuran el tipo penal del art. 410 objeto de imputación (siendo tema que también mereció particular detenimiento en la decisión de primer grado), emerge ostensiblemente infundado.

La sentencia, acorde con la acusación, dejó en claro que parte de los deberes al momento de celebrar el contrato que determinó lesión a la administración pública por parte de la ex alcaldesa Vergara Garzón, fue precisamente el desconocimiento de imperativos postulados de la Ley 80 de 1993 y en concreto la falta de estudios de conveniencia, factibilidad y viabilidad de la obra, de suyo suficientes para sostener concurrente el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, de modo que inocuo resulta sostener que el argumento referido a la falta de reserva presupuestal a que se aludió en la sentencia, conduzca a confusión o a que se ignore por la defensa en qué radica el marco jurídico y fáctico de la imputación. Lo propio cabe señalar respecto de la aparente confusión que dice lleva a hacer inentendible el marco del reproche, referido a si en efecto existieron o no estudios previos del terreno en donde se iría a construir la escuela de la vereda Jagua, cuando fue la propia procesada quien reconoció que los mismos sólo se realizaron con posterioridad cuando la obra hubo de ser suspendida.

Cuanto se sostiene en relación con el deber que tenía la exalcaldesa de constatar la totalidad de etapas del contrato, dado que lo suscribió, conducen precisamente a la

afirmación según la cual inexorablemente como representante del municipio ese era el límite de sus responsabilidades, aun cuando fue la burgomaestre quien en su indagatoria adujo haber confiado en lo que hacían quienes dependían de ella y además que por razones de orden público no permanecía en la sede de la Alcaldía, temas todos que en nada hacen inentendible el marco de lo cual se atribuye como asunto que la involucra en la forma como se violó el régimen de la contratación en este caso.

Las inquietudes que plantea la libelista a partir del enunciado este si ambiguo de ser la sentencia “sofística, aparente o falsa”, porque no fue acreditado el conocimiento previo o el interés que se afirma existente en celebrar en condiciones precarias el contrato, en manera alguna traducen una motivación falsa. Tal inferencia no podía ser de otra manera si apenas un mes después de realizado el desembolso del 50% del valor del contrato ya se hicieron evidentes motivos para aceptar el imperativo de suspender la obra, en forma tal que unos meses después también emergió como ineludible la necesidad de realizar estudio de suelos para poder determinar la viabilidad misma de la obra contratada. No existe, según lo entendió la Fiscalía y los fallos de primera y segunda instancia, otra manera de comprender la situación que bajo el necesario entendido de que la etapa precontractual hacía obligatorio en orden a los términos del contrato y su propia realización sin poner en riesgo el patrimonio público, el estudio de suelos y conforme también se observó, la existencia de agua, dado que lo programado construir era una escuela pública.

Pese a la multiplicidad de defectos de motivación a que alude en forma concomitante y sin la necesaria identidad la censura, fácilmente de sus propios argumentos emerge la inidoneidad formal del planteamiento.

4. El cargo primero se enfocó por violación indirecta de la ley sustancial, acusando la presencia de errores de hecho en el sentido de falso juicio de existencia por omisión y suposición probatoria.

Como es bien sabido, esta modalidad del error esencial de hecho tiene relación con aquellas hipótesis en las cuales el juzgador omite la consideración de elementos de convicción determinantes en la decisión del caso, o supone, esto es, inventa o da por existentes pruebas no allegadas al proceso.

Dentro de la primera especie, esto es las pruebas que se afirman no fueron tomadas en cuenta por la sentencia, se alude al Informe del investigador de Ingeniería Civil y lo depuesto por el Secretario de Planeación, Obras Públicas y Servicios Públicos Víctor Raúl Rojas Gutiérrez y por quien apareciera también como jefe de Planeación en las diversos Suspensiones del contrato OO41, además de ampliación de la indagatoria de Vergara Garzón.

Aun cuando no indica la casacionista el poder vinculante o trascendencia real de estas pruebas, es lo cierto que la pretensión de contrastar a través de las mismas si existía la necesidad de realizar un estudio previo de suelos a la firma del contrato, resulta francamente inocua, probado como fue en este asunto que el propio declarante Rojas Gutiérrez, como no podía ser de otro modo mediando prueba documental que así lo refrendó, apenas iniciada la ejecución del contrato declaró su suspensión por no contar el lote con suministro de agua y dada la inestabilidad del terreno para construir, forzoso resultaba antes de cualquier contrato para construir una escuela pública saber si el lote era idóneo para emprender dicha obra.

La mención de estas pruebas y testigos y en todo caso el tema que podría ser de interés para la defensa y relativo a la pertinencia, conveniencia y verdadera imperatividad de analizar antes de obligar contractualmente al municipio la idoneidad del lote para los referidos propósitos, ponen en evidencia que no existe la acusada omisión de pruebas.

Respecto de las pruebas que se reputan supuestas, comenzando con la reserva presupuestal que también reprochó la sentencia, ya se advirtió que esta referencia por el

fallo no involucra el incumplimiento de requisitos legales imputado en la acusación y también en las decisiones falladoras de primera y segunda instancia, relacionado con la ausencia de estudios de suelos e inestabilidad del terreno que, desde luego, debió cumplirse en orden a preservar los principios inherentes a la contratación pública en casos como el presente.

El Tribunal concluyó que el terreno en que se efectuó la obra no era apto para la misma, o que Vergara Garzón debió realizar un análisis juicioso de la etapa precontractual o que proceder como lo hizo implica un interés particular en el contrato. Desde luego, estas afirmaciones son inferencias extraídas del conjunto de pruebas allegadas al proceso y que procuran explicar la conducta materia de valoración. No hay forma de entender que la escuela pública objeto del contrato 0041 no podía en las condiciones del terreno edificarse dada la inestabilidad del mismo, conforme fue así declarado en el acto de suspensión fundado en dicha causa. Por lo mismo, que si apenas pasados unos días ya concurrían dos motivos para suspender la obra, esto sólo podría explicarse considerando que el período precontractual no fue adelantado con el cuidado debido ni por ende precaviendo los requisitos que dada la naturaleza del negocio contractual debían celosamente observarse. Por ese mismo motivo, sin especificar la índole o su origen, se concluyó que debía mediar cierta clase de interés en celebrar un contrato de esa manera. A este respecto no se olvide que en este trámite prescribió el delito de peculado por apropiación también imputado a Vergara Garzón y Arévalo Bonilla.

De esta censura también emerge manifiesta su ineptitud formal.

5. El tercer cargo aducido por violación directa de la ley sustancial, acusa no haberse reconocido a Alba Nelly Vergara Garzón el error de prohibición.

Afirma que “todas las pruebas demostraban” que la procesada obró bajo un error de prohibición invencible, pues hizo todo cuanto estaba a su alcance para ejecutar

debidamente la obra de construcción conforme a lo establecido por ley. Cita sin más fundamento teórico el radicado 29.726 de 2017 que asume es aplicable en este caso.

Es cierto que en el quebranto directo de la ley sustancial debe prescindirse de cualquier controversia de índole probatoria, por ser de su esencia el ámbito de teórica discusión sobre la aplicación o falta de aplicación de un precepto sustancial. Pero esto no significa que en un insólito poder sintético se supla el deber de evidenciar la concurrencia de la figura cuya aplicación se pretende, por la afirmación según la cual, precisamente, “todas” las “pruebas” indican que la misma concurre, o que todo esté dicho a través de la reproducción extensa de jurisprudencia que se aspira pertinente.

El error de prohibición se presenta cuando el agente asume que la conducta realizada está permitida o no se encuentra prohibida por la ley. Esto es, que en ningún momento considera que la conducta es delictiva. Esta clase de error recae sobre la potencial comprensión de la antijuridicidad de la conducta. Opera como causal de ausencia de responsabilidad, en tanto se esté en presencia de un error invencible.

Dadas las particularidades de este caso, resultaba exigible a la ex alcaldesa obrar con suma diligencia en la celebración del contrato 0041 y en el cumplimiento de los requisitos que para la contratación pública contempla la Ley 80 de 1993, de manera que no podía realizar un negocio jurídico sobre un lote de terreno que no era idóneo para levantar una escuela pública, con mayor razón cuando como se ha advertido tampoco tenía servicio de agua. Y estas no eran unas constataciones que representaran una gran dificultad para la funcionaria sino que debían en la etapa precontractual quedar dilucidadas por ser de la propia naturaleza del negocio a celebrar.

Esta censura tampoco está adecuadamente presentada y carece de fundamento.

6. La última censura se presentó por violación indirecta de la ley sustancial derivada de error de hecho por falso raciocinio, que condujo a menoscabar la presunción de inocencia.

Para la censora la presencia de una duda razonable frente a la comisión del delito o la autoría, impone absolver a la procesada, pues bien se sabe que sólo puede condenarse frente a completa certeza.

Presenta un alegato genérico sobre las dudas que deberían favorecer a aquella, partiendo de asumir que se cumplieron los presupuestos de la Ley 80 de 1993 y que la fase precontractual fue completa, así como que la etapa de planeación se concentró en la oficina respectiva y ello en nada implica la omisión de obligaciones por parte de Vergara Garzón y que no debía adelantarse estudio de suelos y que por ende no se estaría frente a la ausencia de un requisito esencial del contrato.

Así las cosas, ante esta tacha basta recordar que el falso raciocinio, como hace lustros lo definió la Corte al otorgarle tipología propia dentro de los predios del error de hecho en el sentido de quebranto indirecto a la ley sustancial, exige en su postulación al actor el deber de evidenciar de qué forma y cuál de los elementos que integran el método o sistema de la sana crítica en la valoración de las pruebas, ha sido transgredido por el juzgador, esto es, indicar el fundamento que avala el desconocimiento de las reglas propias de la lógica, la ciencia o la experiencia común de que el mismo emana, resultando absolutamente etéreo y generalizado, simplemente acusar por falso raciocinio, con el confuso entendido de que dicho vicio se refleja a través de un elemental enunciado de inconformidad valorativa de las pruebas.

Como sea que la demandante no realizó este necesario ejercicio de postulación, esta censura también declina en su presentación formal.

Finalmente, se considera conveniente compulsar copias a las Salas Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y Seccional de Villavicencio, para que si es del caso se investigue a los Magistrados del Tribunal de la citada ciudad y al Juez de Conocimiento, por la prescripción que hubo de decretarse por el Tribunal de Riohacha que asumió el proceso

en descongestión, en lo relativo al delito de peculado por apropiación.

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

RESUELVE

Inadmitir la demanda de casación presentada en nombre de la procesada Alba Nelly Vergara Garzón.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvanse las diligencias al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase,

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria