

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

Magistrado Ponente:

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aprobado Acta No. 114

Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010)

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de **Jesús Eduardo Ortiz Pacheco** contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta el 6 de marzo de 2008, confirmatoria de la decisión emitida en primera instancia por el Juzgado Tercero Penal del Circuito el 21 de febrero de 2006, que condenó al aquí procesado a la pena principal de cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión y multa en el equivalente a 22 s.m.l.m. e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo

lapso de la pena principal, como responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y lo absolvió por el de peculado por apropiación imputado.

HECHOS Y ACTUACIÓN RELEVANTE

A través de informe de Auditoría realizado por la Contraloría General de la Nación, se dio cuenta de la presencia de múltiples irregularidades en la celebración de diversos contratos por parte de **Jesús Eduardo Ortiz Pacheco** cuando se desempeñaba como representante legal de la empresa Telesantamarta. Entre dichos hallazgos estuvo el contrato de prestación de servicios de interventoría No.180-98 por \$6'000.000 con Luciano Ribón Martínez, en relación con el cual logró saberse que este ciudadano en ningún momento fue beneficiario del mismo, así como también que no se aportaron los respectivos informes parciales o finales de las labores presuntamente ejecutadas.

El 2 de julio de 2002 la Fiscalía Primera Seccional de Santa Marta dispuso la apertura de investigación, escuchándose en indagatoria al procesado (fl.47). Aportados los testimonios de Ricardo Barrios Pérez (fl.62), Luciano Ribón Martínez (fl.64), ampliada la injurada (fl.80) y efectuada diligencia de inspección judicial en la empresa Telesantamarta, se resolvió la situación jurídica del inculcado imponiéndosele detención preventiva por los delitos de

peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales (fl.159).

Adelantadas nuevas pesquisas y allegado el testimonio de Eduardo Infante Gravier (fl.235), previo el cierre instructivo, el 15 de octubre de 2004 se profirió resolución acusatoria en contra del imputado por los delitos que ameritaron su detención (fl.1 c.2), en decisión ratificada por la segunda instancia el 3 de junio de 2005 con la única modificación consistente en sustituir el delito de contrato sin requisitos por el de interés ilícito en la celebración de contratos.

En firme los cargos, en desarrollo de la audiencia preparatoria la Fiscalía encontró que debía procederse por los delitos de peculado por apropiación y contrato sin el cumplimiento de requisitos, cuya negativa por parte del Juez de conocimiento condujo el asunto por vía de apelación ante el Tribunal, disponiéndose por auto del 7 de diciembre de 2005 que se cumpliera con el trámite previsto por el art. 401.1 del C. de P.P., esto es, al de variación de la calificación jurídica.

Rituado el juicio, se emitieron las sentencias de primera y segunda instancia en los términos glosados con antelación.

DEMANDA

Con fundamento en sendas causales **tres cargos** postula el defensor del procesado contra el fallo objeto de la impugnación casacional, dos con respaldo en la tercera y uno con asidero en la primera.

El **primer** reproche acusa la sentencia de haberse proferido dentro de un proceso viciado de nulidad por desconocimiento del principio de doble instancia, toda vez que no se había dado trámite al recurso impetrado por el procesado contra la resolución que resolvió su situación jurídica, constituyendo esto irregularidad sustancial que vulnera el art. 29 de la C.P.

El **segundo** cargo, también esbozado por vía de nulidad, acusa quebrantado el principio de "preclusividad de las actuaciones procesales", que dice derivarse del hecho de "proferir el mismo M.P. el auto por medio del cual se revocó la decisión del juez de la causa, no aceptando la variación de la imputación provisional propuesta sin fundamento por la Fiscal de Audiencias".

El fallo impugnado confirmó la decisión de primera instancia, pese haberse quebrantado el anotado principio, como que el calificadorio de segundo grado no podía modificarse ante la inexistencia de error alegable ni prueba sobreviniente que controvertir en términos del art. 404 del C. de P.P.

El **tercer** ataque dice encaminarse por violación directa de la ley sustancial, esto es, del art. 39 de la [Ley 80 de 1993](#), de acuerdo con el cual para los

contratos de mínima cuantía sólo se requiere la ordenación previa y por escrito sin formalidades plenas. Sin embargo, la sentencia aludió a los presupuestos contenidos en el literal i del Decreto 855/94, respecto de la selección objetiva para afirmar una responsabilidad penal inexistente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En criterio del Procurador Primero Delegado para la Casación Penal ninguno de los reparos propuestos está llamado a prosperar.

Es así que, en relación con la **primera** tacha, a través de minuciosa reseña procesal, hace ver el Ministerio Público que la interposición del recurso de apelación en contra de la medida de aseguramiento fue extemporánea, en forma tal que no había lugar a darle trámite conforme procediera la Fiscalía en su oportunidad, por lo que alegar en casación quebranto del debido proceso cuando la decisión recurrida ya había cobrado firmeza, carece de fundamento.

Tampoco tiene razón la afirmada violación al principio de "preclusividad" a que alude en el **segundo** reparo el actor.

Dado el carácter de conocida provisionalidad que tiene el calificadorio, nada obstaba para que durante la fase del juicio la Fiscalía lo modificara, al margen, desde luego, de que el mismo se hubiera proferido en segunda instancia. Por lo demás, "Quien en principio no aceptó la calificación jurídica de la conducta

punible por parte de la Fiscalía fue el Juez de primer grado y el Tribunal lo que hace es corregir ese yerro, sin entrar en consideraciones relativas a que dicha modificación constituyera revivir un cargo descartado por la Fiscalía de segunda instancia”.

El reproche se formula y desarrolla con confusión absoluta y sin fundamento, pues emergía legítimo para la Fiscalía la variación de la calificación, conforme lo hizo.

El **tercer** reproche, enfatiza el Procurador, no fue demostrado por el actor.

La precaria disertación del actor deja indemne el notable fundamento de la sentencia. Todo cuanto hace es sostener aplicación indebida del [Decreto 855 de 1994](#) y falta de aplicación del art.39 de la [Ley 80 de 1993](#), pero sin reparar en que para el juzgador el contrato en cuestión desacató preceptos constitucionales y legales que rigen la contratación y el deber de reflejarse en dicho acto la sujeción a los principios de transparencia, economía y selección objetiva, al margen de que se estuviera en presencia de eventuales trámites de contratación directa.

Este reproche tampoco es viable.

CONSIDERACIONES

1. Las nulidades, como sanciones de los actos procesales desatentos de aquellas normas que prescriben las condiciones de modo, tiempo y lugar en que debe manifestarse el ejercicio de la actividad y trámite de una actuación judicial-o administrativa-, se han contemplado como un mecanismo de extremo rigor, que por lo mismo suele sujetarse a taxativas causales y motivos que deben comportar un agravio sustancial para la ritualidad de las formas procesales o las garantías de los intervinientes.

De esa caracterización de las nulidades no escapa, desde luego, el motivo casacional fundado en la causal tercera cuando quiera que se procura la invalidación de lo actuado a través de la proposición de argumentos que se asumen fundantes de irregularidades potencialmente nocivas para el debido proceso o los derechos de los sujetos.

Por eso bien se ha repetido en forma constante y reiterada que no cualquier pretendido desajuste de trámite en las condiciones mencionadas puede entenderse lesivo de las garantías procesales.

2. Adujo el actor en el **primer** reparo, precisamente, violación del debido proceso por quebranto al principio de la doble instancia.

Lacónica es en forma resuelta la motivación de este cargo-lo propio se afirma de los restantes-, en tanto simplemente asegura no haberse dado trámite al recurso de apelación incoado contra la resolución que dispuso detención preventiva en contra del procesado.

Y, aun cuando no desapercibe que el Tribunal se ocupó de este reparo realizando que la inconformidad fue propuesta extemporáneamente-de donde la irregularidad deprecada se entendió carente de fundamento-, omite expresar las razones de su inconformidad y la pertinencia en términos de la viabilidad del recurso interpuesto.

3. A este respecto vale recordar que si bien ciertamente los recursos han sido concebidos como instrumentos idóneos de impugnación de las decisiones judiciales, deben ser propuestos y sustentados dentro de las oportunidades señaladas en la ley, en forma tal que hacerlo por fuera de tal lapso apareja el mismo efecto que no expresar oposición a las mismas.

Similar consecuencia es predicable frente al vencimiento de la oportunidad para recurrir frente a una notificación inútil-por ya haberse surtido y agotado con rigor el mecanismo señalado en la ley para la publicidad de la decisión judicial-, pues en éstos casos tampoco es dable entender que la fecha se habilita y que los términos son ampliados, pues como certeramente lo recuerda el Procurador "La equivocada notificación de una decisión ya ejecutoriada no habilita nuevamente los términos de la impugnación y por ende el recurso interpuesto contra ella deviene inexistente".

4. Ciertamente, en el decurso de esta actuación se tiene que la definición de la situación jurídica-contenida en resolución del 12 de noviembre de 2003-, se notificó personalmente al Ministerio Público el día 14 de dicho mes y a los demás sujetos mediante remisión de sendos telegramas en intento de su comparecencia-dado que el inculcado no se encontraba privado de la libertad-, para finalmente el día 19 siguiente fijarse el estado respectivo como último instrumento de publicidad, cobrando ejecutoria consiguientemente el 24 posterior.

Presentada petición para que se disminuyera el monto de la caución prendaria impuesta-elevada por el defensor-, de la resolución que resolvió la misma se envió entonces despacho comisorio para que se notificara al procesado-pues para entonces la defensa adujo encontrarse residiendo el imputado en Bogotá-, siéndole notificado a **Jesús Eduardo Ortiz Pacheco** el 6 de enero de 2004, no solamente el proveído que impuso medida asegurativa sino el que menguó la caución aledaña a la misma.

5. Aun cuando como se ve las autoridades judiciales comunicaron al imputado junto con la decisión que atenuaba la caución el contenido de la resolución de situación jurídica, es muy evidente que esto no significaba-conforme se precisó con antelación-, estar habilitando un nuevo plazo para recurrir esta última determinación, siendo oportuno en este sentido también evocar que la secretaria judicial dejó constancia de la inocua irregularidad en el acto de comunicación, sirviendo después como sustento del pronunciamiento que se abstuvo de dar trámite al recurso de apelación-muy a destiempo-, entonces

impetrado y que, en casos similares permite afirmar su improcedencia por encontrarse el término precluido.

Suficientes motivos concurren-bajo este entendimiento-, para rechazar el pretendido vicio de trámite reclamado por el libelista, con mayor razón cuando por no constituir la decisión cuya indebida notificación se reclama supuesto procesal inherente a las posteriores actuaciones, tampoco tendría aptitud enervante invalidatoria del proceso en la forma como lo ha concebido el cargo que, por lo mismo, emerge inepto.

6. El **segundo** ataque se edifica sobre un afirmado quebranto “al principio de preclusividad de las etapas procesales” y dice derivarse de la atadura que como ley del proceso imponía el calificadorio de segunda instancia-que lo fue imputando los delitos de peculado por apropiación e interés indebido en la celebración de contratos-, en forma tal que no podía la Fiscal revivir la calificación de primer grado que lo había sido por peculado y contrato sin cumplimiento de requisitos legales y tampoco, consiguientemente, el Tribunal imponer al juez de conocimiento que aceptara dicha variación, conforme, asegura, procedió.

7. El aludido principio de la preclusividad de las actuaciones procesales suele identificar aquel concepto de acuerdo con el cual el paso de un estadio procesal a otro supone la definitiva clausura del anterior, en forma tal que lo ya cumplido cobra firmeza y no es admisible volver sobre el mismo. Esto es,

precisamente, lo que configura la preclusión, en tanto un estadio procesal cierra o clausura el anterior.

Así está presentado el escueto argumento que de manera sintética postula el reproche con el errado convencimiento de que no era dable provocar por parte de la Fiscal la variación de la calificación y, consiguientemente, que al desatar la apelación en contra de la decisión en audiencia producida que inaceptó acudir a dicho mecanismo por parte del juez a quo, el Tribunal incurrió en desatención del mismo principio procesal.

8. Se equivoca el demandante en la base fundamental de la propuesta toda vez que la calificación jurídica-así fuese establecida por decisión de segunda instancia-, no se encontraba exceptuada de ser mutante y eminentemente provisional y por lo mismo susceptible de modificación o variación dentro de los límites con este propósito señalados por el artículo 404 de la [Ley 600 de 2000](#)-máxime cuando hasta dicho momento nada obstaba para que lo fuera argumentando prueba antecedente, error en la calificación o por prueba sobreviniente-, sin que, entonces, aducir una pretendida atadura con base en el destacado principio tenga algún fundamento procesal.

No emergía por tanto inmodificable la calificación y por el contrario conforme a la ley procesal, la propuesta de variación hecha por la Fiscalía y avalada por el Tribunal al revocar la decisión del juez de primer grado que negó dicha alternativa posibilidad-sin que tomara partido por la entidad del hecho valorado sino la viabilidad del procedimiento de modificación demandado-, se

reseña como respetuosa de las formas inherentes al trámite infundido en esta actuación.

Desestimable, como lo peticiona el Delegado, surge con notable claridad esta tacha.

9. El **tercer** reparo dice tener respaldo en quebranto directo de la ley sustancial y específicamente lo normado por el art. 39 de la [Ley 80 de 1993](#) y Literal i del [Decreto 855 de 1994](#) (referido a la selección objetiva del contratista), pues para el actor la primera disposición señala que en los contratos de mínima cuantía sólo es indispensable ordenación previa y por escrito "sin formalidades plenas".

Omite en forma evidente el actor identificar el sentido de la violación que-en abstracto postula-, con un reduccionismo argumentativo ostensible, como que simplemente alude a la imposibilidad de que en contratos de mínima cuantía se pueda exigir "selección objetiva", sin reparar en que el fallo destaca el imperativo de que cualquier clase de contrato con la administración está condicionado por los principios generales de la contratación pública y que en el caso concreto el contrato 180-98 de interventoría que estuvo a cargo de **Jesús Eduardo Ortiz Pacheco** fue inconsulto de la totalidad de esos altos presupuestos contenidos en el capítulo II de la [Ley 80 de 1993](#) y en concreto fue indiferente con el marco de legalidad en la contratación administrativa concerniente a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

En este sentido la jurisprudencia de la Sala ha tenido oportunidad de precisar-Sentencia 18754 del 20 de mayo de 2003-que:

“El proceso de contratación administrativa, el mecanismo a través del cual el Estado y sus entes comprometen sus recursos, como función administrativa que es, “está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...”(art. 209 C.N.), a través de ella “las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos” (art. 4º [Ley 80 de 1993](#)), por eso se trata de un proceso reglado que necesariamente obedece a unos principios, a unos fines, a ciertas competencias e ineludiblemente al agotamiento de una serie de etapas y al cumplimiento de ciertos requerimientos que tienden a garantizar los fines generales del Estado y los específicos de la contratación, y a que el erario sea comprometido en un juego de oportunidades igualitarias y transparentes que garantice, ante los administrados, que no se va a arriesgar por el capricho o arbitrio del mandatario de turno; en fin, el proceso de contratación administrativa está sometido ineluctablemente al principio de legalidad, por ello el servidor público está obligado a hacer lo que en ese respecto le ordena el correspondiente estatuto, no puede, so pena de incurrir en un hecho punible, omitir tales deberes, ni inventarse, per se, un proceso de contratación...”

“Lo que se protege, entonces, a través del tipo penal de “contrato sin cumplimiento de requisitos legales” es precisamente ese principio de legalidad de la contratación administrativa”.

10. Así entonces, en lugar de desarrollar la censura dentro de los presupuestos propios del sentido atinente al quebranto aludido, aduce que la responsabilidad de su asistido es “inexistente”, mostrándose inconforme con las conclusiones del fallo según las cuales el dolo de su conducta es evidente en la actuación

cumplida, postura controversial inaceptable ante esta sede, máxime cuando se introduce, como fue advertido, dentro de los supuestos de la violación directa, todo lo cual conduce a la evidente improsperidad del reproche.

En razón y mérito de lo expuesto **la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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

MARIA DEL ROSARIO GONZALEZ DE LEMOS

Comisión de servicio

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO E. SOCHA SALAMANCA JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria