

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada ponente

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Radicación 38144

(Aprobado Acta No. 132)

AP 2376 - 14

Bogotá D.C., mayo siete (7) de dos mil catorce (2014).

VISTOS:

Resuelve la Sala si admite o no la demanda de casación presentada por los defensores de los procesados JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS y LEONARDO OCAMPO MUÑOZ.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

1. El representante legal de la ASOCIACIÓN COMPARTIR CUNDINAMARCA, en cumplimiento del convenio para el desarrollo de servicios de administración zonal celebrado con el Fondo para la Reconstrucción y Desarrollo Social del Eje Cafetero (FOREC) y con cargo a recursos del presupuesto nacional, contrató el 17 de diciembre de 1999 a PROCON LTDA, representada por el ingeniero LEONARDO OCAMPO MUÑOZ, para la reparación de la “línea de conducción bocatoma-estación de bombeo en el municipio de Montenegro” (Quindío), de acuerdo con los términos de referencia y los especificados en la propuesta presentada por el contratista, dentro de los cuales se encontraba el suministro e instalación por parte del último de 5.406 metros de tubería GRP DN6SN 2500, valorados en \$423.603.348.oo. Se acordó el valor total del contrato en \$815.814.917.oo y su plazo de ejecución en 180 días.

El 21 de diciembre siguiente la ASOCIACIÓN COMPARTIR CUNDINAMARCA contrató la interventoría de la obra con la Empresa Sanitaria del Quindío S.A. (E.S.P.) –ESAQUIN S.A.— representada legalmente por su gerente JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS, quien en ejercicio de su labor sugirió algunas modificaciones al proyecto, finalmente admitidas por el contratante y que se reflejaron documentalmente en varios OTROSÍ y en distintas cartas y actas de reunión de los miembros de cada entidad vinculada a la labor.

Entre los cambios sugeridos estuvo el de utilizar en la canalización del acueducto tubería de polietileno. El 15 de agosto de 2000, de hecho, en el oficio a través del cual el interventor GÓMEZ ARIAS le otorgó a PROCON LTDA “acta de inicio parcial” de la obra, estableció como condicionamiento “empezar la instalación de tubería de 16” en PE 100PN6 a partir de la abcisa KO+000 (bocatoma existente) hasta la abcisa KI+079.31 (aguas debajo de la bocatoma existente”.

El 2 de febrero de 2001 el Gerente de Construcciones de la FUNDACIÓN COMPARTIR, Roberto Goldstuecker, le comunicó a LEONARDO OCAMPO que se liquidaría el contrato “una vez el valor de la tubería y su instalación más las obras preliminares y desarenador” completara \$815.814.917.00 y el 11 de enero de 2002 suscribieron “a entera satisfacción” el “acta de entrega y recibo de obras y acciones contratadas” Sandra Milena Buitrago Amariles, Jefe de la Unidad de Infraestructura y Servicios Públicos del FOREC, Gustavo A. Pulecio G., representante legal de la Asociación COMPARTIR–Montenegro y el interventor JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS.

El presidente y el secretario general de la Asociación de Usuarios de Servicios Públicos del Quindío, mediante carta fechada el 15 de marzo de 2004, le transmitió a la Defensoría del Pueblo de Armenia la preocupación sentida desde varios meses atrás por los habitantes de Montenegro, debido al “abandono en que se encuentra la obra reparación línea de conducción bocatoma-estación de bombeo, que ayudaría a la solución del gravísimo problema de suministro de agua para toda la población”.

Tras la intervención de la Contraloría General de la República se informó lo pertinente a la Fiscalía y ésta, una vez realizada la investigación de rigor, concluyó con fundamento en los estudios elaborados por la entidad de control fiscal que el trabajo contratado no se realizó en su totalidad porque solamente se instalaron 1.980,5 metros de tubería, los cuales, además, debieron cortarse en algunas partes debido a que causaban obstrucción. En consecuencia, el interventor JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS recibió una obra que no se ejecutó en su totalidad. Y el contratista LEONARDO OCAMPO MUÑOZ, al no cumplir con lo pactado sino con menos del 50%, se apropió de los recursos del Estado.

Ellos, a su turno, señalaron que la obra fue rediseñada y se llevó a cabo conforme a los nuevos términos, entre los cuales estuvo el cambio de tubería por una más costosa a la inicialmente prevista (se pasó de tubería en fibra de vidrio a de polietileno de alta densidad), lo cual condujo a canalizar menos metros de los inicialmente establecidos.

2. Al proceso, iniciado el 28 de diciembre de 2005, fueron vinculados mediante indagatoria LEONARDO OCAMPO MUÑOZ y JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS, a quienes la Fiscalía acusó el 6 de marzo de 2008. Al primero, en calidad de autor responsable de la conducta punible de peculado por apropiación (art. 397 del C.P.). Al segundo, en calidad de autor responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (art. 410 ibídem). Esta providencia fue confirmada en segunda instancia el 16 de junio de 2008.

3. Tramitado el juicio, el 12 de marzo de 2010 el Juzgado 5º Penal del Circuito de Armenia condenó a JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS a 60 meses de prisión, multa de 68.75 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 70 meses y 15 días. A LEONARDO OCAMPO MUÑOZ lo condenó a 57 meses de prisión, inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal y a la sanción intemporal prevista en el artículo 122 de la Constitución Política.

No se les concedió la condena condicional ni la prisión domiciliaria.

4. El defensor apeló ese pronunciamiento y el Tribunal Superior de Armenia, por intermedio de la sentencia recurrida en casación, dictada el 7 de septiembre de 2011, lo confirmó con las

siguientes modificaciones: fijó en 60 meses la pena de prisión deducida al acusado JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS, en el mismo lapso la sanción accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas y en 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes la multa; y estableció en 36 meses la pena de prisión al procesado LEONARDO OCAMPO MUÑOZ y en igual lapso la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Se le otorgó al último la condena de ejecución condicional.

LAS DEMANDAS:

Presentada a nombre del acusado JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS.

Primer cargo. Nulidad por violación del derecho de defensa.

Tras la apertura de la investigación el procesado fue declarado persona ausente el 30 de mayo de 2007. Para el efecto la Fiscalía sólo comisionó a un investigador de la SIJIN, quien consiguió en la Registraduría Nacional del Estado Civil la dirección que esa persona suministró cuando pidió la expedición de su cédula de ciudadanía. Se dirigió al lugar y comprobó que no residía allí.

No se cumplió “con el agotamiento de todos los medios posibles para asegurar la presencia o comparecencia del sindicado al proceso y dentro del término prudencial para su vinculación”. Había sido gerente de ESAQUIN, allí reposaba su hoja de vida, el instructor lo sabía y no la solicitó.

En consideración a la vinculación procesal tardía (17 meses después de iniciada la investigación) e irregular de GÓMEZ ARIAS al proceso, no tuvo oportunidad de controvertir la prueba documental en la cual se fundamentó la condena. Adicionalmente, no se practicaron los testimonios de los autores de dichos documentos, los cuales fueron debidamente ordenados por el juzgado del conocimiento en la audiencia preparatoria.

Le pide el censor a la Corte, pues, casar el fallo y anular lo actuado desde la vinculación del procesado.

Segundo cargo. Nulidad por violación del debido proceso. (Coincide con el primer cargo de la demanda presentada a nombre de LEONARDO OCAMPO MUÑOZ).

Se omitió correr traslado “del informe técnico” suscrito por el ingeniero Jorge Iván Sierra Muñoz, presentado en la denuncia formulada por el Contralor General del Quindío y con sustento en el cual Olga Lucía Salazar Toro y María Aleyda Roa Espinosa, funcionarias de esa entidad, llevaron a cabo el informe obrante a partir del folio 173 del cuaderno original 1.

La anomalía le impidió al procesado controvertir el medio de prueba, “solicitando las complementaciones o aclaraciones que hubiese considerado necesarias en el ejercicio de su

defensa material". Y aunque el a quo en el juicio ordenó las declaraciones del ingeniero y de las servidoras públicas, lo cual "hubiese permitido subsanar la omisión expuesta", no se practicaron.

Se trató, el informe, de la única prueba allegada al proceso y en él se apoyó la sentencia condenatoria. Si se hubiera surtido su traslado, se habrían podido "formalizar" las razones que condujeron a quienes lo rindieron, "a que se considerara después de dos años de entregadas las obras ejecutadas en razón del contrato cuestionado, y que el procesado no se encontraba como director de ESAQUIN, que las mismas nunca funcionaron y que cuando se entregaron, el acueducto del municipio de Montenegro Quindío no estaba en funcionamiento".

También se habrían podido establecer las razones que llevaron al aplazamiento en la iniciación del contrato y aclarar muchas dudas que dejó la investigación realizada por la Contraloría Departamental y que la Fiscalía no complementó en los varios meses que duró la instrucción.

Se vulneraron, en suma, los artículos 29 de la Constitución Política y 263 y 265 de la Ley 600 de 2000. En consecuencia, procede casar el fallo recurrido y anular lo actuado desde la vinculación del acusado.

Tercer cargo. Nulidad por la no práctica de pruebas decretadas en la audiencia preparatoria. (Coincide con el segundo cargo de la demanda presentada a nombre de LEONARDO OCAMPO MUÑOZ).

Se ordenaron en ese acto procesal los testimonios de Olga Lucía Salazar, Aleyda Roa Espinosa, Jorge Iván Sierra Muñoz y José Omar Londoño Rodríguez. Denunciante la primera “en representación de participación ciudadana” y suscriptores los últimos de los informes técnicos que presentó la Contraloría del Quindío. Se justificó el mandato “en la necesidad de aclarar y ratificar el informe técnico de control fiscal”. También se dispuso escuchar en declaración a Jairo Iván Castillo, “quien había emitido una certificación en su calidad de jefe de planeación del municipio de Montenegro, documento que se anexó a la denuncia formulada”.

Esas pruebas no se practicaron y se desconocen los motivos de la omisión, la cual impidió el ejercicio del derecho de defensa, “ya que los hechos u objeto de los testimonios están lejos de poder ser considerados como ineficaces, impertinente o superfluos, so pena de incurrirse en una actuación ostensiblemente arbitraria”.

Eran los únicos medios de convicción decretados por el Estado “en más de 30 meses de instrucción”. Iban a aclarar lo sucedido y significaban la oportunidad de “poder contrainterrogar” la defensa a los declarantes para que esclarecieran sus manifestaciones “en relación con la ejecución de un contrato examinado por ellos, después de dos años de haber sido liquidado y entregado en funcionamiento las obras ejecutadas”. O, en otras palabras, para que explicaran las razones de cada afirmación realizada en el informe técnico y señalaran, además, por qué desconocieron las circunstancias que llevaron a los aplazamientos en la iniciación de los trabajos, por qué no consultaron el proyecto definido por la entidad contratante y “las razones por las cuales prevalecieron apreciaciones de funcionarios diferentes al alcalde del municipio de Montenegro, y sus colaboradores inmediatos en relación con los beneficios en la ejecución del proyecto en su primera fase”. Los testimonios, adicionalmente, conducirían “a que se formalizara en el proceso” quiénes fueron los responsables del abandono de las obras y “todo” el “fundamento fáctico, para hacer las múltiples manifestaciones expresadas en el llamado informe técnico, y que son contrarias a la realidad presentada en la época de ejecución de las obras contratadas”.

Se habría conseguido con dichas pruebas un “cambio sustancial de la situación jurídica del procesado, ya que el juzgado de conocimiento iría a tener una visión diferente de los hechos investigados”.

Se transgredieron, en fin, los artículos 29 de la Constitución Política y 234 y 235 de la Ley 600 de 2000. En consecuencia, debe la Corte casar la sentencia impugnada y anular la actuación a partir de la audiencia de juzgamiento.

Cuarto cargo. Violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 146 del Código Penal.

Siempre a lo largo del proceso se le imputó al procesado el delito descrito en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000. Pero en la sentencia del Tribunal se estimó que los hechos sucedieron en 1999, en vigencia del artículo 146 del Código Penal de 1980, tipo penal éste que fue finalmente el imputado. Asumió la segunda instancia que las dos normas eran iguales, pasando por alto que la segunda exige como finalidad de la celebración del contrato sin el cumplimiento de requisitos legales “el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero” y que el mismo no fue objeto de la investigación, ni hizo parte de la acusación ni del fallo de primera instancia.

Conforme a las declaraciones fácticas de la sentencia impugnada, que se admiten sin discusión, “no aparece el hecho, menos la prueba en relación con las funciones públicas que llevaron al procesado a suscribir el contrato de interventoría, no el de obra cuestionado, en ejercicio de sus funciones públicas”. Tampoco es evidente que hubiera intervenido en el trámite del contrato cuestionado o suscrito el acta de su liquidación. Por ende, no podía adecuarse su conducta al tipo penal descrito en el artículo 146 del Decreto 100 de 1980. De haber distinguido la segunda instancia con claridad los elementos de esa disposición y los del artículo 410 vigente, la sentencia habría sido absoluta por atipicidad. Es la decisión que el casacionista espera de la Corte.

Quinto cargo. Violación indirecta de la ley sustancial derivada de error de hecho por falso juicio de existencia. (Es similar al cargo cuarto de la demanda presentada a nombre de LEONARDO OCAMPO MUÑOZ. Por tanto, la síntesis siguiente comprende los dos).

El juzgador omitió considerar los siguientes medios de prueba: 1) información del proyecto “reparación línea de conducción bocatoma estación de bombeo municipio de Montenegro”; 2) auto 02, por medio del cual la Contraloría General de la República cerró la indagación preliminar fiscal; 3) auto del 25 de agosto de 2006, mediante el cual la Procuraduría Regional del Quindío archivó la actuación seguida “por presuntas irregularidades en la primera etapa obra reparación línea de conducción bocatoma, estación de bombeo municipio de Montenegro”; 4) oficio del 6 de diciembre de 2001, suscrito por JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS; 5) Diseños “iniciales y definitivos” elaborados por la firma TRATAR INGENIERÍA LTDA; 6) estudio de suelos y cálculo estructural del proyecto de construcción; 7) oficio del 2 de febrero de 2001, dirigido al contratista por el gerente de construcciones de la Fundación Compartir; 8) actas parciales y definitivas de liquidación del contrato, en las cuales no aparece la firma del procesado; y 9) acta del 15 de agosto, a través de la cual se autoriza al contratista iniciar la ejecución del contrato.

El mérito probatorio que se debió asignar a cada uno de los documentos omitidos se precisa a continuación:

Conforme al primero, el proyecto de obra se concibió por parte de la gerencia zonal y el FOREC en la suma de \$1.501.000.000.00, girándose solamente \$889.814.917.00.

Sin omitir la prueba, el Tribunal habría entendido que “el objeto del contrato cuestionado, no representaba el valor de todo el proyecto”, que el interventor ni el contratista eran responsables del giro de los recursos faltantes para la realización de proyecto y que no se ejecutó en su

totalidad porque el FOREC dejó de transferir la suma inicialmente prevista. Habrían entendido los juzgadores, además, que la afirmación en las actas de liquidación alusivas a que se llevó a cabo el 100% de la obra, “hace referencia al 100% del presupuesto del contrato (\$889.814.917.00) y no del proyecto total radicado en los bancos de proyectos por \$1.501.000.000.00”. También que si hacer el “desarenador” y el “canal de conducción” costó \$138.457.378.48, los \$739.814.917 restantes sólo alcanzaban para la construcción de 2.8 kilómetros de tubería. Habrían comprendido, adicionalmente, que con los \$611.185.083 recortados podrían haberse construido 2,6 kilómetros más, es decir, se hubiera podido concluir el proyecto. Y que si éste no se finalizó fue debido al recorte presupuestal del FOREC y no por acciones imputables al interventor o al contratista.

Sin la omisión, en fin, “no se hubiesen hecho las manifestaciones vistas a folio 16 del fallo del ad quem, quinto inciso; que los recortes presupuestales no se evidenciaron en los OTROSÍ suscritos al contrato inicial. Las manifestaciones vistas a folio 17 del mismo fallo, sexto inciso; en relación con las disponibilidades presupuestales expedidas por el FOREC”.

El segundo documento dejado de lado, vale decir, “la queja o denuncia” recibida por la Contraloría, “tuvo que ver con el abandono de la obra ejecutada por el FOREC” y la investigación respectiva se orientó a establecer las personas responsables del hecho, así como la entidad encargada de la administración y mantenimiento de la línea de conducción bocatoma – estación de bombeo municipio de Montenegro.

De considerar esa prueba el juzgador, habría tenido claro que la denuncia fue por el abandono de la obra en su primera fase de ejecución “y no por problemas en la ejecución y liquidación del contrato”, que la investigación se orientó a demostrar “las razones del abandono” y que ESAQUIN, ciertamente, fue el depositario de todos los documentos vinculados a la ejecución de ese contrato. Habría percibido, igualmente, que con la realización del mismo no se produjo detrimento del patrimonio público –de acuerdo a como lo concluyó la Contraloría General de la República– y que “las situaciones investigadas” ocurrieron dos años después de entregada la obra, razón por la cual “no se estimó el valor de lo que supuestamente se apropió el contratista” OCAMPO MUÑOZ. La omisión aquí aludida determinó las siguientes manifestaciones contrarias a la verdad en la sentencia impugnada: que la obra “estuvo lejos de ser ejecutada en la manera prevista en el

contrato” y que no era verdad que en las dependencias de ESAQUIN reposaran “los documentos referidos a la actividad contractual investigada”. Tales afirmaciones se oponen a las conclusiones de la Contraloría General de la República.

Se corroboraba, con la decisión de la Procuraduría, relacionada como prueba omitida 3), “que no existieron irregularidades en la actividad contractual investigada”. Debía dársele “el valor probatorio correspondiente”. Sin embargo, se hicieron prevalecer otras pruebas “que por demás no fueron controvertidas”.

El mérito que se debió otorgar a la cuarta prueba documental dejada de lado, “se desprende de su mismo contenido, y de su autor”. Su omisión condujo a los juzgadores a efectuar las afirmaciones vistas en los fallos, relativas a la inobservancia de los principios contemplados en el artículo 209 de la Constitución Política por el incumplimiento de las “funciones legales del procesado” GÓMEZ ARIAS, no demostradas en el proceso. Se debía concluir de acuerdo con el medio de convicción que el contrato pudo celebrarse de la manera como se hizo, supeditándose la terminación de la obra a la consecución de los recursos faltantes para la “reparación” total de la línea de conducción y no de su “construcción”, “como erróneamente se precisó en el escrito acusatorio contra el contratista”.

De haberse valorado los demás documentos, no habría incurrido el ad quem “en las manifestaciones vistas a folio 8 del fallo en relación con el objeto del contrato”. Tampoco “en las apreciaciones generales vistas en la sentencia en contravía de que si debían instalar más o menos 5000 metros de tubería, con el correspondiente desarenador y del canal de construcción, se construyó finalmente por problemas de orden presupuestal, sólo 2500 metros lineales de tubería; la cual se entregó en funcionamiento, sólo que requería de un mantenimiento permanente, situación que al parecer no sucedió por parte de la entidad que debía administrarla en los años siguientes, sentido además de la denuncia que inició el proceso”.

Permitían visualizar, las pruebas omitidas, que la obra contratada podía fraccionarse y de allí que se haya hablado de fases “generadas por la apropiación presupuestal inicialmente considerada y luego recortada por el FOREC”. Habrían permitido entender que las obras de reconstrucción del eje cafetero “no contaron con el tiempo necesario para realizar estudios técnicos que permitieran a los presupuestos proyectados ajustarse a la realidad”.

Los presupuestos iniciales de las obras debían modificarse “dinámica y constantemente”. Entre otras circunstancias, debido a situaciones topográficas y geológicas. La terminación de un proyecto, además, se supeditaba a las apropiaciones del FOREC “y como es de conocimiento público, más en el departamento del Quindío, muchas no alcanzaron a transferirse en su totalidad, hasta el momento de su extinción y liquidación”.

Los “estudios técnicos omitidos” le permitían al juzgador entender que el objeto del contrato era la reconstrucción de una línea de conducción para facilitar el suministro de agua. Y que se implementó hasta agotar los recursos, “dejándolo empalmado y funcionando en conjunto con el antiguo sistema”. Se ratifica esto último con el oficio del gerente de construcciones de la fundación COMPARTIR visto a folio 69 del cuaderno original de anexos, “prueba igualmente omitida en su consideración, y que nos dice objetivamente, que el contrato se ejecutaba hasta agotar el presupuesto asignado en su disponibilidad presupuestal”.

Sin el error denunciado, en fin, y “con las demás declaraciones que aparecen en el proceso, en especial confrontando lo explicado por cada uno de los indagados y con otras pruebas testimoniales, otro hubiese sido el sentido del fallo impuesto” a los procesados, concluyó el censor. Y le pidió a la Sala, en consecuencia, casar la sentencia recurrida y absolver a sus representados.

Sexto cargo. Violación indirecta de la ley sustancial derivada de error de hecho por falso juicio de identidad. (Coincide con el quinto cargo de la demanda presentada a nombre de LEONARDO OCAMPO MUÑOZ).

El error recayó en los testimonios de Roberto Joaquín Goldstucker Gómez (gerente de construcciones de la fundación COMPARTIR), Luis Alberto Castaño Sáenz (alcalde de Montenegro), Javier Valencia Marulanda (gerente administrativo de la fundación COMPARTIR Cundinamarca) y los oficios de febrero 18, febrero 24, marzo 16 y agosto 14 de 2000, suscritos por JUAN CARLOS GÓMEZ y dirigidos a Roberto Joaquín Goldstucker Gómez.

El Tribunal distorsionó el contenido de esos medios de convicción. Desnaturalizó “los dichos de los testigos” y parceló la prueba documental. Fue la irregularidad que condujo al proferimiento de una decisión contraria a la ley, “ya que las pruebas referidas no fueron apreciadas en su conjunto, ni valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, por el contrario, se desnaturalizaron, se desfiguraron en su contenido”.

Procede, pues, casar la sentencia impugnada y, en su lugar, absolver al procesado.

Séptimo cargo. Violación indirecta de la ley sustancial “por error de apreciación”. (Es similar al cargo sexto de la demanda presentada a nombre de LEONARDO OCAMPO MUÑOZ. Por tanto, la síntesis siguiente comprende los dos).

Tras aludir el casacionista al contenido de los contratos de obra y de interventoría, a los cinco otrosí del “contrato inicial”, al vídeo de la construcción realizado por el ingeniero LEONARDO OCAMPO, a las actas de entrega de la labor contratada y de liquidación del contrato GZ 250051999, y de referirse a la apreciación otorgada a dichos medios de prueba por las instancias, señaló que la última contraría “la lógica en sus mínimos principios y reglas”.

Los juzgadores, más precisamente, “desconocieron todos los postulados de la lógica y la experiencia, se actuó sin mediana comprensión, se actuó sin sentido común, ya que la lógica es sentido común, se actuó contrariando la verdad formal, los enunciados, las premisas consideradas sin especificarlas, no les permitía llegar a las conclusiones” a que arribaron. Riñen sus argumentos “con la experiencia que se maneja en el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los particulares en el ejercicio de una profesión liberal como la ingeniería, las exigencias puestas en cabeza del procesado (OCAMPO), para luego tenerlas por incumplidas”.

Resulta temeraria la afirmación de que la obra no se terminó ya que en el expediente aparecen documentos que dicen lo contrario. Es una conclusión a la que no podía llegarse “con fundamento en un informe no controvertido en el proceso, y recogido años después de haberse terminado la ejecución del objeto contractual”.

Apartándose “del real objeto del contrato, de los OTROSÍ suscritos”, concluyeron erróneamente las instancias “que el objeto del contrato no se cumplió; que no se cumplió con la función de suministrar agua necesaria al municipio de Montenegro”. No resulta técnico ni jurídico decir que no se ejecutó la obra “partiendo de la cuenta de metros lineales de tubería”. Lo pactado no era abastecer de agua a esa población sino “canalizar el suministro que ya existía, y que se conducía a través de un canal en terreno natural”.

El proyecto no se agotaba con la instalación de la tubería. Comprendía, además, otras estructuras como el canal de conducción y el tanque desarenador, obras éstas que se ejecutaron

simultáneamente y se entregaron terminadas, “quedando pendiente por ejecutar el 58% de la LÍNEA DE CONDUCCIÓN, más no de la obra, como erradamente lo concluye el Juez a quo y el fallador ad quem”.

La finalidad del contrato era reconstruir el canal de conducción del agua para facilitar su provisión “con menor vulnerabilidad frente a terremotos y deslizamientos”. “El nuevo sistema se implementó hasta agotar presupuesto dejándolo empalmado y funcionando en conjunto con el antiguo sistema y, de esta manera, garantizando el suministro de agua”, precisó el censor.

Agregó que en el momento en el que el contratista le entregó los trabajos al FOREC “el servicio de agua se encontraba en perfecto estado de funcionamiento”. Debía dársele mantenimiento y no se hizo. Las primeras quejas “se reciben años después, cuando se decide cortar un tramo de tubos que habían instalado”.

De haberse tenido en cuenta lo anterior el fallo habría sido diferente, “ya que razonando con un objeto de contrato no entendido, (las instancias) cuestionan su cumplimiento, sin tener en cuenta, además, circunstancias de tiempo”, como el hecho de que las irregularidades en el suministro de agua en Montenegro ocurrieron 31 meses después de entregada la obra por el contratista. Lo último ocurrió en octubre de 2001 y la queja relacionada con el mal funcionamiento del sistema de abastecimiento se presentó en mayo de 2004.

Se demuestra, pues, “en elemental raciocinio” que en ese interregno el servicio de agua funcionó normalmente y es “contrario a la lógica”, por tanto, afirmar que desde la entrega de la obra sucedió al revés. Y si se presentaron problemas durante tal lapso, se debió tener en cuenta que las construcciones se garantizaron a través de pólizas, vigentes hasta 2005, que no se hicieron efectivas “ante las supuestas irregularidades denunciadas”. Si las mismas no se cobraron, “se debió concluir en sentido lógico, que los hechos que dieron origen a los problemas de suministro

de agua, fueron sobrevinientes y que no tenían relación con la canalización parcial de dicho acueducto”.

Se razonó “indebidamente”, de otra parte, en la interpretación del vídeo, al desconocerse “el real objeto del contrato”.

Respecto del acta de liquidación del contrato, se incurrió en error de raciocinio al concluirse en la sentencia que GÓMEZ ARIAS la refrendó sin ser ello cierto. Si no lo hizo, “no se le pudo tipificar la conducta por la que se condenó”.

En el “acta de recibo de obras y acciones contratadas”, a su turno, quedó claro que a la sociedad interventora ESAQUIN únicamente se le entregaron, en calidad de depósito, “todos los documentos anexos del contrato”.

Así las cosas, lo dicho en los fallos en relación con los documentos atrás mencionados, no es “el resultado de un raciocinio conforme a la sana crítica y menos ajustado a un adecuado razonamiento”.

En el acta de entrega y de obra y acciones contratadas se expresó: “Queda por ejecutar las pendientes de 2% a la tubería según las especificaciones del diseño, una vez terminadas las obras de adición que se deben hacer a la línea de conducción bocatoma estación de bombeo”. El a quo concluyó que el 58.14% de la construcción se dejó de ejecutar. A través de tal instrumento, según el Tribunal, se dio fe de la terminación exitosa del trabajo, haciéndose constar “que quedaba por

ejecutar el 2% de la tubería”. Inexplicable para la Corporación judicial que el procesado haya suscrito esa acta “cuando las visitas de campo evidencian que faltaba por ejecutar un 38% de la obra y no un 2% como se manifestó en dicho documento”.

Para el recurrente en ningún momento se dijo en el acta que faltaba instalar el 2% de la tubería sino “ejecutar el 2% de las pendientes a la tubería”, es decir, que debía tenerse en cuenta el 2% de grado de inclinación cuando fueran puestos los tubos faltantes. Otra afirmación errada del juzgador fue señalar que al acta de entrega se adjuntó el acta de liquidación, en cuanto ésta aún no se había firmado.

Aparte de los “torpes razonamientos expuestos”, las instancias incurrieron en otro error al concluir que el procesado JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS “recibió las obras a satisfacción” cuando en realidad quien lo hizo fue el Fondo para la Reconstrucción. GÓMEZ ARIAS, como interventor, únicamente “recibe o se hace depositario de unos documentos”.

Se consideró en la sentencia impugnada, respecto de los testigos “presentados por la defensa”, que ninguno tuvo “una relación directa” con el contrato al cual se refiere el proceso y precisaron que la ejecución del proyecto se planteó en dos fases, lo cual nunca se estipuló en el convenio. Para el censor “ninguna inferencia se puede predicar de tales premisas y conclusión expuesta y menos que la inferencia sea lógica, ya que parte de premisas falsas”.

Todos esos declarantes, en primer lugar, tuvieron relación con la ejecución del contrato. Directa, los interventores. E indirecta los que suscribieron el contrato y el alcalde, responsable de la prestación de los servicios públicos. El proyecto, en segundo lugar, como lo manifestaron los testigos, “se consideró en dos fases”. El contrato, por su parte, “podía ser ejecutado en varias fases. No era de los denominados llave en mano, su objeto permitía tal evento, además la forma de pago pactada lo ratificaba, precios unitarios conforme a la obra realizada”.

No se puede concluir, “conforme a la lógica”, que las tres proposiciones anteriores no son ciertas “porque no se estipularon por escrito en la minuta contractual”.

También se afirmó en la sentencia que el comportamiento de la obra –calificado de excelente por los testigos de la defensa– no fue materia del proceso, en el cual se investigó “el recorte de manera irresponsable de material y cambios en los diseños iniciales; que se reflejan en el incumplimiento a los requisitos legales del contrato cuyo fin era el de mejorar un servicio público la calidad de vida de los habitantes de un municipio y además la pérdida de dineros del erario público invertidos en dicha obra”.

Decir que el funcionamiento de la construcción no importa en el presente caso y concluir que la finalidad contractual era ayudarle a la gente, comporta para el casacionista una contradicción. A su turno, limitar el objeto procesal al recorte de material y a cambios en los diseños, “genera una grave incongruencia entre la acusación y la sentencia; ya que en aquella, se hace referencia a un recibido irregular de las obras contratadas, y no se cuestionó en la indagatoria sobre tales recortes y cambios de diseño, y ahora concreta, justica el fallador ad quem su condena en éstos; situación que genera otro de los vicios que se deben alegar ante esta instancia; generando de paso otra de las causales de casación, ya que la conducta que concreta es respecto a la ejecución del contrato, y esta no hace parte del tipo penal por el cual se acusó y se condenó”.

Agregó el censor que el juzgador, “sin ningún razonamiento lógico” y sin acreditarse en el proceso, concluyó que se perdieron dineros públicos, desconociendo evidencia en contrario de la Contraloría General de la República, relativa a que no se presentó detrimento patrimonial. “Y tan no existió, que para efectos de poder tipificar el tipo penal al otro investigado (OCAMPO MUÑOZ) debieron suponer, que tal supuesto (sic) deterioro fue el mínimo establecido en la norma penal correspondiente”.

Durante toda la actuación, por último, “sin ninguna consideración o mínimo razonamiento”, se concluyó que el procesado JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS ostentaba la calidad de servidor público. Esta condición no se demostró en el plenario, al cual no se allegaron “los actos de nombramiento”. No se conocieron “formalmente” las funciones por él desempeñadas como gerente de ESAQUIN y tampoco se le preguntaron en la indagatoria. El contrato de obra, calificado de estatal, no lo suscribió y “las únicas obligaciones o funciones que se conocieron en el proceso lo fue en razón de la firma del contrato de interventoría con la fundación COMPARTIR, suscripción que se hizo, además, sin hacer ninguna referencia a calidad de servidor público; allí se anexó para su firma el certificado de existencia y representación legal como S.A., allí se actuó como cualquier particular bajo un proceso de selección objetiva adelantado por la entidad contratante”.

A GÓMEZ ARIAS, no obstante, se le vinculó, acusó y condenó como servidor público, “por vulneración a sus funciones, cuando en ninguna de sus actuaciones hizo referencia a ellas; y claro está, tampoco firmó el acta de liquidación del contrato, y solo firmó el de recibo de obras pero haciendo énfasis que lo hacía en calidad de interventor y como depositario de los documentos contractuales”. Dejaron de lado instructores y juzgadores “que quienes actuaron materialmente en la interventoría fueron otras personas que ostentaban la calidad de ingenieros civiles, calidad que no tenía el condenado, por ser un economista”.

Le solicitó el recurrente a la Sala casar la sentencia del Tribunal y, en su lugar, absolver a sus representados.

Demanda presentada a nombre del procesado LEONARDO OCAMPO MUÑOZ.

Tercer cargo. Violación directa por interpretación errónea de los artículos 63 y 133 del Código Penal de 1980.

El peculado por apropiación imputado al acusado sólo lo puede cometer un servidor público. El particular puede ser cómplice o determinante de la conducta, nunca autor.

En el presente caso el Tribunal justificó la atribución de la conducta en la circunstancia de que el contratista estaba desarrollando y supervisando la ejecución de funciones públicas. Invocó en respaldo de la solución la sentencia de la Corte del 1 de abril de 2009, radicación 28686, en la cual se señala que cuando el particular, con motivo de la contratación pública, asume funciones públicas propias del Estado, se encuentra cobijado con la investidura de servidor público y que no pierde la condición de particular cuando presta sus servicios para ejecutar obras de utilidad pública u objetos similares, en la medida que su labor constituya una utilidad pública por razón del servicio contratado y no una función pública.

Con apoyo en esa tesis jurisprudencial, en consecuencia, debió concluirse que OCAMPO MUÑOZ no adquirió la calidad de servidor público y que su comportamiento no constituye peculado. En acatamiento del principio de legalidad, por tanto, el procesado ha debido resultar absuelto por atipicidad de la conducta investigada. Es la decisión que el censor le pide adoptar a la Sala.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. La Sala anticipa que admitirá los cargos 5º, 6º y 7º de la demanda de casación presentada a nombre del procesado JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS y los cargos 3º, 4º, 5º y 6º de la demanda presentada en representación del acusado LEONARDO OCAMPO MUÑOZ. Menos el 3º del segundo libelo –de violación directa de la ley sustancial—, unos y otros, en estricto orden, son similares. Corresponden, todos ellos, a censuras de violación indirecta de la ley sustancial derivada de errores de hecho por falso juicio de existencia, falso juicio de identidad y falso raciocinio.

Aunque se evidencian falencias en su formulación, ellas no impiden su examen de fondo, al dejar claro tales reproches que el juzgador podría haber dejado de considerar medios de convicción indicativos de que los procesados no cometieron los delitos imputados o que fijó frente a algunos alcances equivocados, ya por desconocimiento de su contenido material o en razón de elaborar a partir de ellos juicios contrarios a la sana crítica.

Es innecesario relacionar los defectos de esos cargos. Importante sí destacar que conjugados los mismos describen una realidad probatoria no advertida por las instancias que, de confirmarse en el examen de fondo que realizará la Corte tras el concepto de rigor de la Procuraduría General de la Nación, podría dar al traste con la sentencia impugnada.

Así las cosas, con la admisibilidad de las censuras de naturaleza probatoria anunciadas, se entienden superados sus defectos técnicos y por tal motivo esta Corporación juzgará en su oportunidad, con independencia de ellos, la legalidad de la fundamentación fáctica del fallo materia del recurso extraordinario de casación.

En relación con las censuras restantes no se admitirán las demandas por las razones que enseguida se exponen.

2. En el primer cargo de la demanda presentada a nombre de JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS, el casacionista no acreditó la existencia de una irregularidad trascendente sólo remediable a través del mecanismo extremo de la nulidad.

Cuestionó inicialmente el trámite procesal previo a la declaración de persona ausente de su procurado y específicamente que no se agotaron los mecanismos adecuados de búsqueda para lograr su comparecencia al proceso. Pero aunque la razón acompañara al abogado y se concluyera anómala dicha vinculación procesal, ocurrida el 31 de mayo de 2007 (fl. 213/1), en el examen de trascendencia de la supuesta irregularidad –omitido por el censor— debía advertir que el 10 de septiembre de 2007, sin actuación relevante desde la decisión de procesar en contumacia al implicado, éste rindió indagatoria ante el Fiscal instructor.

Si el defensor no hubiera marginado de la censura la existencia de esa diligencia, habría concluido, como mínimo, que la irregularidad por él denunciada se saneó y no afectó las garantías procesales de su representado.

Los otros pretendidos abusos que relacionó el recurrente al interior del mismo cargo, no ocurrieron en realidad.

En primer lugar, no es cierto que se privara a GÓMEZ ARIAS de la oportunidad de controvertir las pruebas que fundamentaron la sentencia. Rindió indagatoria asistido de abogado de confianza el 10 de septiembre de 2007 y sólo hasta el 3 de octubre siguiente se ordenó el cierre de la investigación. Eso significa que contó con 22 días para solicitar y aportar pruebas. Y aprovechó ese

término si se tiene en cuenta que su apoderado, para probar su inocencia, presentó el 28 de septiembre de 2007 una carpeta de documentos con 127 folios, demandando de la Fiscalía, al tiempo, la clausura de la instrucción. Adicionalmente, dentro del lapso definido en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000, el defensor solicitó varias pruebas y todas ellas las decretó el Juez del conocimiento. No es verdad, entonces, que se haya obstaculizado al procesado la posibilidad de defenderse.

En segundo lugar, si la no práctica de pruebas en el juicio, como se sabe, no configura por sí misma una irregularidad procesal lesiva del debido proceso, era carga del censor acreditar que se trató de una omisión judicial inexcusable y que los medios de convicción dejados de allegar habrían determinado otra orientación de la sentencia, naturalmente favorable al acusado. Incumplió ese deber y la Sala no vislumbra una hipótesis del tipo indicado que impulse a la casación oficiosa.

Así las cosas, más allá de la impropiedad consistente en reunir en la misma censura reclamos que debían presentarse por separado, es claro que ninguno de ellos constituye una propuesta susceptible de examen en casación.

3. En el segundo cargo de la demanda a nombre de JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS, correspondiente al primero de la presentada a nombre de LEONARDO OCAMPO MUÑOZ, el defensor vinculó el quebrantamiento del debido proceso a que no se corrió el traslado del “informe técnico” suscrito por el ingeniero Jorge Iván Sierra Muñoz –allegado con la denuncia por el Contralor del Quindío—, impidiéndose con ello al procesado su controversia.

Aunque no desconoce la Corte que el artículo 265 del Código de Procedimiento Penal de 2000 establece que “los informes se pondrán en conocimiento de las partes por el término de tres (3) días para que puedan solicitar aclaraciones o complementaciones”, claramente se trata de un traslado que, al igual que el regulado frente al dictamen pericial en el artículo 254-2 ibídem, no se puede considerar de la estructura del debido proceso ni causal de nulidad. Simplemente porque

tanto el contenido del informe, como del peritaje, obran en el expediente y en esa medida los sujetos procesales tienen acceso a ellos, garantizándose de ese modo la garantía de contradicción.

No existe en el presente caso ninguna razón para pensar que a los acusados se les privó de la oportunidad de acceso al “informe técnico” mencionado y eso significa que contaron con la posibilidad en todo momento de discutir sus conclusiones. Por tanto, en relación con esta censura no hay lugar a la admisión de la demanda.

4. Sigue igual suerte el tercer cargo de la demanda a nombre de GÓMEZ ARIAS, coincidente con el segundo de la demanda a nombre de OCAMPO MUÑOZ. Se reedita a través de ellos uno de los reclamos incluido en la primera censura de nulidad planteada en representación del primero de los mencionados, con un poco más de argumentación, se reconoce, pero sin conseguir tampoco esta vez el casacionista acreditar que los medios de convicción que se echan de menos, ordenados de oficio en la audiencia preparatoria, no se practicaron por causas atribuidas al Juzgado de la causa y que los mismos habrían desvirtuado los fundamentos probatorios de la sentencia impugnada o, en todo caso, determinado un pronunciamiento más favorable al procesado.

Incumplió esa carga el demandante. Le bastó con señalar que se desconocen los motivos de la omisión probatoria y que la no práctica de los testimonios impidió el ejercicio del derecho de defensa porque no los pudo contrainterrogar.

Aunque todo parece indicar que el despacho judicial a cargo del juzgamiento no citó a ninguno de esos declarantes, dicho olvido por sí mismo no configura una irregularidad sustancial que deba remediarse mediante la nulidad. Es necesario para la invalidez procesal, se reitera, establecer que los medios de prueba dejados de allegar daban al traste con la orientación del fallo recurrido y es la obligación que eludió el defensor, quien esperaba de los declarantes unas explicaciones sobre las conclusiones expresadas en sus informes técnicos, sin precisar lo que dirían y mucho menos contrastarlo con los argumentos probatorios del juzgador.

Los informes que a juicio del censor era importante aclarar a través de los testimonios de los funcionarios que los expedieron, de todas formas, se fundamentaron en lo ocurrido en el trámite contractual objeto del proceso y en esa medida, encontrándose en el expediente allegados los documentos del mismo que permiten reconstruir con exactitud su desarrollo, la ausencia de esas declaraciones en la actuación no resulta trascendental para la Sala.

5. En relación con el 4º cargo de la demanda de casación presentada a nombre de JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS, tampoco hay lugar a la admisión de la demanda.

Cierto que el Tribunal, a diferencia de la Fiscalía y del a quo —que aplicaron la Ley 599 de 2000—, consideró que el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales imputado al citado se cometió en vigencia del Código Penal de 1980. Innegable, igualmente, que el artículo 146 de la última normatividad, modificado por la Ley 80 de 1993, distinto al 410 vigente, contenía como elemento subjetivo del tipo el “propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero”. No es verdad, sin embargo, que el mismo no haya sido materia de la acusación y de los fallos de las instancias.

Si lo central en todas esas decisiones fue que el contratista de la obra hizo suyos recursos del Estado al dejar de construir en su totalidad la obra convenida —de ahí que se le haya imputado peculado por apropiación— y que el interventor la recibió a satisfacción, dando así por liquidado el contrato, es evidente la finalidad económica en ilícito atribuido de celebración indebida de contratos.

Está fuera de lugar, en consecuencia, la pretensión de absolución por atipicidad relativa de la conducta.

Un segundo tema, traído impropriamente por el censor a colación al interior de esta censura, sin el desarrollo correspondiente, tiene que ver con la no demostración, a su juicio, de las funciones públicas desarrolladas por su representado en cumplimiento del contrato de interventoría. La Sala abordará el punto, llegado el caso, en la respuesta al tercer cargo de la demanda presentada a nombre del acusado LEONARDO OCAMPO MUÑOZ, en atención a que se trata de la misma materia.

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

RESUELVE:

1. INADMITIR las demandas de casación presentadas por el defensor de los procesados JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS y LEONARDO OCAMPO MUÑOZ, en relación con los cargos 1º, 2º, 3º y 4º de la primera, y en relación con los cargos 1º y 2º de la segunda.

2. SE ADMITEN esas demandas en relación con los demás cargos. En consecuencia, para concepto, córrase traslado a la Procuraduría por el término legal.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria