

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

**GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ
Magistrado Ponente**

**AP3772-2014
Radicación No. 43557
Aprobado acta No. 216.**

Bogotá, D.C., nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de las demandas de casación presentadas por los defensores de los procesados BERNARDO HOYOS MONTOYA, GUILLERMO ENRIQUE HOENISBERG BORNACELLY, CARLOS ALBERTO CAMACHO CASTRO y CARMEN ESCRIG SAIIEH, contra el fallo de segunda instancia que profiriera el Tribunal Superior de Barranquilla, fechado el 2 de diciembre de 2013, mediante el cual confirmó y modificó la sentencia condenatoria y a la vez absolutoria emitida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Adjunto de esa ciudad, en la cual se impuso, luego de la variación, pena de prisión de 120 meses, multa en cuantía de \$1.12.238.2604 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por lapso igual al de la pena principal, en contra de los dos primeros, a título de coautores de los delitos de *peculado por apropiación a favor de terceros* y *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*; pena de 48 meses de prisión y multa por el equivalente a 20 salarios mínimos legales mensuales, en contra de ESCRIG SAIIEH, en condición de autora del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*; y, pena de 48 meses de prisión, junto con multa asimilable a cien salarios mínimos legales mensuales, como autor del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, en disfavor de CAMACHO CASTRO.

A HOYOS MONTOYA y HOENISBERG BORNACELLY, se les negaron los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria; al tanto que CAMACHO CASTRO y ESCRIG SAIIEH, obtuvieron el beneficio de prisión domiciliaria. No hubo condena para el pago de perjuicios civiles.

HECHOS

Fueron narrados en el escrito de acusación, del siguiente tenor:

"La Alcaldía Distrital de Barranquilla, representada por el entonces alcalde BERNARDO HOYOS MONTOYA celebró el 20 de agosto de 1998, un contrato de promesa de compra venta respecto de un lote de terreno de 551.4 hectáreas ubicado entre los municipios JUAN MINA Y GALAPA,

Atlántico, propiedad de la SOCIEDAD AGROPECUARIA VESUBIO CURE & VILARO S en C., representada legalmente por EDITH NICOLASA VILARO de CURE, por valor de CINCO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES DE PESOS (\$5.551.000.000), con el fin de desarrollar allí un proyecto habitacional de interés social de 35.000 unidades denominado CIUADELA DON BOSCO para personas de la Ciudad de Barranquilla y su área metropolitana pertenecientes a los estratos 1, 2, 3 y carentes de vivienda. Lo anterior según informe en el que se refiere que se hace para dar cumplimiento al Objetivo de FONVISOCIAL, de deducir el déficit de vivienda en dicha ciudad en un 36%.

En desarrollo de dicho contrato, el Distrito de Barranquilla entregó entre diciembre 23 del año 1998 y abril 23 de 1999 a la Promitente Vendedora un valor total de UN MIL CIENTO DIEZ MILLONES (sic) DOSCIENTOS MIL PESOS (\$1.110.200.000), cancelado en tres (3) cuotas de \$300.000.0000 (diciembre 23 de 1998), \$300.000.000 (febrero 9 de 1999) y \$468.012.400 (abril 26 de 1999) como primer abono al contrato. Con respecto al saldo de CUATRO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$4.440.800.000), se acordó en la promesa el pago en cuatro (4) cuotas iguales a la suma de UN MIL CIENTO DIEZ MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS (\$1.110.200.000) en cuatro fechas: ABRIL 20 DE 1999, OCTUBRE 20 DE 1999, ABRIL DE 2000, y OCTUBRE 20 DE 2000, respectivamente.

Realizado el referido negocio, se inició una serie de cuestionamientos, denuncias, debates en el Concejo Distrital y las consiguientes indagaciones contra la administración presidida por el ex alcalde de Barranquilla, BERNARDO HOYOS MONTOYA suscriptor del contrato, razón por la cual, el negocio no pudo perfeccionarse.

El precio pactado y la calidad del terreno fueron los puntos sobresalientes de inconformidad y denuncia. Conforme a las denuncias, el precio de 551.4 hectáreas comprendido por dos grandes lotes el SANTUARIO y VESUBIO, no valdría los CINCO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES DE PESOS (\$5.551.000.000) pactados, por cuanto el terreno ocupaba una importante área propensa a inundaciones, inadecuada para adelantar proyectos habitacionales y que tenía vicios jurídicos”.

Añade la Corte, que la atribución penal por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros, reposa respecto de todos los acusados, por variadas irregularidades, entre ellas, omitir requerir avalúo previo del lote por parte de peritos del IGAC y no realizar estudios acerca de la condición jurídica del bien.

En concreto, se vincula a HOYOS MONTOYA, en cuanto, "evitó o impidió los procedimientos para reversar el contrato y recuperar el dinero entregado ilegalmente por él como ordenador del gasto"; en torno de HOENISBERG, en calidad de Secretario de Hacienda, y CAMACHO CASTRO, a título de Jefe de la

Oficina de Presupuesto, porque no solo se lideró todo el trámite contractual desde la primera oficina, en desmedro de FONVISOCIAL, legalmente habilitada para ese efecto, sino en atención a que *“sin soporte documental y extemporáneamente libraron los certificados de disponibilidad presupuestal, facilitando las cosas para que el dinero fuera a parar manos de un tercero”*; y, en lo que atañe a ESCRIG SAIEH, en virtud a que por su condición de asesora y perito en la negociación, no obstante conocer que no existían estudios jurídicos previos sobre los títulos de propiedad de los lotes *“remite el oficio a la Gerente de la División Jurídica, María Teresa Torres Roncallo, intentando hacer ver que las escrituras de los predios bastaban para suplir aquella exigencia, sin decir nada acerca del estudio de los títulos de propiedad, avalúos de la Lonja y del Igac, concepto jurídico de la negociación o, por lo menos, el nombre del funcionario redactor de la promesa de compra venta de 27 de agosto de 1998, documentos que por no existir, la funcionaria no podía enviar”*.

DECURSO PROCESAL

Como quiera que respecto de lo narrado, el ente instructor adelantaba investigaciones separadas, el 4 de abril de 2001, la Fiscalía Novena de la Unidad Nacional Anticorrupción, fundió en uno solo el trámite procesal.

Por virtud de ello, con fecha del 3 de diciembre de 2008, fue calificado el mérito sumarial. Allí, se acusó a BERNARDO HOYOS MONTOYA, GUILLERMO ENRIQUE HOENISBERG BORNACELLY y CARMEN SCRIG SAIEH, a título de coautores de los delitos de *peculado por apropiación en beneficio de terceros y contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

Así mismo, fue acusado CARLOS ALBERTO CAMACHO CASTRO, en calidad de coautor del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*; y se dispuso aplicar medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de todos los relacionados, aunque a CAMACHO CASTRO se le sustituyó por detención domiciliaria.

Por último, en el proveído se decidió precluir la investigación en favor de María Teresa Torres Roncallo, Alcibiades de Asís Bustillo Cervantes y Sandra Cristina Naranjo Valencia, a quienes se atribuyeron los delitos de *peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales*; de igual manera, en favor de todos los vinculados al proceso, se precluyó la instrucción por el delito de *interés indebido en la celebración de contratos*.

La decisión fue impugnada por los defensores de los cuatro acusados, lo que motivó la intervención de la Unidad de Fiscales Delegados Ante el Tribunal de Bogotá, que en resolución del 16 de marzo de 2009, confirmó en su integridad lo decidido por el *A quo*.

Ejecutoriada la acusación, el asunto le fue repartido, para adelantar la fase del juicio, al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla, despacho que adelantó la etapa del juicio, pero después fue desplazado, para el efecto, por el

Juzgado Sexto Penal del Circuito de Descongestión de esa ciudad, oficina que emitió sentencia de primer grado el 30 de septiembre de 2011.

Allí, dispuso absolver a todos los acusados por el delito de *peculado por apropiación*; determinó que BERNARDO HOYOS MONTOYA, GUILLERMO HOENISBERG BORNACELLY y CARLOS CAMACHO CASTRO, son responsables de la conducta punible de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, razón por la cual impuso en su contra pena de 48 meses de prisión y multa por el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales; y dispuso absolver a CARMEN ESCRIG SAIEH, de los ilícitos de *peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, por los cuales fue acusada.

En contra de lo decidido interpusieron recurso de apelación el fiscal, el Ministerio Público, los defensores de los procesados, excepto ESCRIG SAIEH, y uno de los acusados.

En consecuencia, con fecha del 2 de diciembre de 2013, la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, examinó lo discutido y revocó algunas de las decisiones del juzgado de primer grado, particularmente las que condujeron a absolver a todos los acusados por el delito de *peculado por apropiación en favor de terceros* y a CARMEN SCRIG SAIEH, de las hipótesis delictivas por las cuales fue acusada, aunque respecto de esta última se mantuvo la decisión favorable en lo que atiende al punible de *peculado por apropiación*.

Lo resuelto obligó redosificar o imponer efectiva sanción penal. Por virtud de ello, el Tribunal impuso pena de 120 meses de prisión y multa en cuantía de \$ 1.112.238.260, en contra de BERNARDO HOYOS MONTOYA y GUILLERMO HOENISBERG BORNACELLY, a título de coautores de los delitos de *peculado por apropiación en favor de terceros y contrato sin cumplimiento de requisitos legales*; y, sanción de 48 meses de prisión y multa de 20 salarios mínimos legales mensuales, en disfavor de CARMEN SCRIG SAIEH, en calidad de coautora del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

Oportunamente los defensores de los cuatro condenados interpusieron y sustentaron individualmente el recurso extraordinario de casación, en escritos que ahora analiza la Corte en su debida fundamentación.

LAS DEMANDAS

1. A nombre de GUILLERMO ENRIQUE HOENISBERG BORNACELLY

Once reproches, uno principal y diez subsidiarios, postula el apoderado del sindicato HOENISBERG BORNACELLY, que fundamenta de la siguiente manera:

Cargo primero (principal): nulidad.

Dice el demandante que lo enfila dentro de los linderos de la nulidad, para cuyo efecto detalla varias irregularidades que en su sentir vulneran el debido proceso, derecho de defensa, principio de legalidad, de publicidad, de contradicción, doble instancia e investigación integral:

a) Violación del derecho de defensa en atención a que *"parte de la actuación procesal se adelantó con la carencia absoluta de un defensor técnico"*.

En aras de soportar fácticamente lo enunciado, el impugnante destaca que el defensor encargado de asistir al procesado, renunció el 26 de octubre de 2005. Ello fue aceptado por la Fiscalía, que advirtió a HOENISBERG BORNACELLY, la necesidad de que nombrase abogado de confianza, so pena de asignarle uno por vía oficiosa.

Dado el silencio del procesado, agrega el recurrente, le fue asignado defensor de oficio, pero *"a este profesional del derecho nunca la fiscalía lo vinculó al proceso"*.

Finalmente, acota, el 6 de septiembre de 2007, su representado judicial designó como defensor al Dr. José Sanjuán.

Ello significa, en sentir del casacionista, que entre el 26 de octubre de 2005 y el 6 de septiembre de 2007, careció de defensa técnica, en forma absoluta, el procesado.

En punto de trascendencia, releva el demandante que aunque la investigación estuvo paralizada hasta el 2 de abril de 2007, en esta fecha se ordenó inspección judicial a la gerencia Jurídica de la Alcaldía Distrital de Barranquilla, ejecutada el 10 de abril siguiente y a la cual no pudo comparecer la defensa del acusado, sencillamente porque carecía de ella.

Junto con ello, agrega, se pidieron informes a la Gerencia Jurídica, la Oficina de Control Interno y la Secretaría de Hacienda de la Alcaldía de Barranquilla.

Además, sigue afirmando la defensa, el 24 de agosto de 2007, le fue resuelta la situación jurídica a su asistido, absteniéndose la Fiscalía de imponer medida de aseguramiento.

Y si bien, acota el impugnante, no era dable interponer recurso contra esa abstención, allí se reconocía la inexistencia del delito de peculado por apropiación a favor de terceros, motivo por el cual *"la defensa profesional hubiese podido alegar la procedencia en ese momento, de la preclusión instructiva, en busca de la necesaria coherencia entre aquél supuesto jurídico y la decisión a tomar."*

Así mismo, prosigue el defensor, el día 27 de agosto de 2007, la Fiscalía comisionó al DAS para "*decretar todas aquellas pruebas que a la postre, junto con las anteriores, vendrían a servir de fundamento para proferir la acusación*".

Entre otras, destaca el casacionista la recepción del Manual de Funciones vigente entre los años 1998 y 2000, de la Secretaría General, la Secretaría de Hacienda, Jefatura de Presupuesto, Jefatura de Presupuesto, Secretaría de Obras Públicas y Gerencia Jurídica de la Alcaldía de Barranquilla. Además, se dispuso recibir las declaraciones de Marcial Navarro Mendoza, Nelson Morales Echeverría, Luis Fernando Acosta Ossio, Orlando Salazar Velasco y Luis Muñoz Cueto.

Advierte el recurrente que previo a la práctica probatoria en cita, como incluso lo reconoció la Fiscalía, se entendía inexistente el delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

Añade que incluso el 5 de septiembre de 2007, la Fiscalía encomendó al DAS la práctica de otras pruebas, con lo cual desconoció que a las mismas pueden concurrir los defensores y los mismos procesados, por lo que debe señalarse a la Policía Judicial la dirección o ubicación de estos.

Destaca el impugnante, además, que recibidas por el fiscal las declaraciones de Marcial Navarro Mendoza y Nelson Morales Echavarría, después reiteradas en el juicio, estos denunciaron haber sido objeto de presión por parte del funcionario.

De similar manera, significa que el mismo día en el cual se posesionó el defensor asignado por el procesado, 6 de septiembre de 2007, fueron practicadas diligencias a las cuales no pudo asistir el profesional del derecho.

Reitera la defensa, que la resolución de acusación tuvo como soporte las pruebas practicadas cuando no contaba con asistencia letrada el procesado.

Por ello, sostiene, debe entenderse violado el debido proceso y derecho de defensa, cubriéndose la causal de nulidad inserta en el numeral 3° del artículo 306 de la [Ley 600 de 2000](#).

En consecuencia, pide que se case la sentencia atacada, a efectos de anular todo lo actuado, "*a partir de la Resolución expedida por la fiscalía el día 2 de abril de 2007*".

b) Violación del debido proceso y derecho de defensa por no hacerse notificaciones personales a quienes se hallaban privados de la libertad.

A efectos de soportar su crítica, el recurrente destaca el contenido del artículo 184 de la [Ley 600 de 2000](#), referido a las notificaciones personales que deben hacerse a la persona privada de la libertad.

De igual manera, cita apartado genérico de jurisprudencia de la Corte Constitucional referida al deber de notificación de las decisiones judiciales.

Después, efectúa un listado de las diligencias que dejaron de notificarse personalmente al procesado luego de su aprehensión –referidas a la notificación de la resolución de situación jurídica de otros procesados, la notificación de la resolución de acusación, negativa de solicitud de nulidad impetrada por el defensor de GUILLERMO HOENISBERG, traslado para sustentar recursos interpuestos por este, mismos traslados respecto de recursos interpuestos por su defensa o defensores de otros acusados, cierre de investigación respecto de otro procesado-, así como de aquellos actos que efectivamente se le notificaron en el reclusorio, para concluir de ello que únicamente se efectuó ese procedimiento en 8 casos y dejó de realizarse en 28.

A efectos de determinar la trascendencia del error, el recurrente asume que supuestamente el Fiscal supo que había cometido un error trascendente a partir del cual se derrumbaba la posibilidad de sostener la acusación por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros, referido precisamente a que se separó del asunto al tercero beneficiado con el ilícito.

Por ello, afirma que *"de manera silenciosa y sin comunicárselo a nadie, el 11 de diciembre de 2008, profirió un auto de cúmplase, diciendo que rechazaba esa solicitud –del tercero beneficiado pidiendo realizar una escritura por el valor de lo recibido, aclara la Corte-, porque el delito no era conciliable, cuando aquí no se trataba de ninguna conciliación"*.

Asevera el defensor, por ocasión de lo referido, que *"todo se hubiera aclarado"* si a las partes les hubiese sido comunicado *"eso"*.

Pide el demandante, acorde con lo anotado, que se declare la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de acusación, incluida esta, *"y se ordene notificar a los sujetos procesales, del auto que ordenó la práctica de unas pruebas..."*.

c) Vulneración del debido proceso y derecho de defensa por omitir la práctica de una prueba.

Señala el casacionista que una vez recibido traslado para solicitar la práctica de pruebas en el juicio, el apoderado de GUILLERMO HOENISBERG, presentó escrito solicitando la declaratoria de nulidades y allegar algunas pruebas, incluida la declaración de Olga Castro.

En la audiencia preparatoria, agrega, el juez determinó la práctica probatoria, incluyendo recabar el testimonio de Olga Castro.

Pese a ello, acota el demandante, la prueba no se practicó, lo que condujo a que los apoderados de HOENISBERG y CAMACHO, pidieran agotar la

etapa probatoria, solicitud negada por el juez, quien otorgó la palabra para presentación de alegatos, aunque después, de forma irregular, retrotrajo el trámite para allegar dictamen de perito.

Aunque las partes solicitaron la nulidad por la irregularidad del trámite, sostiene el casacionista, el juez advirtió que la resolvería en el fallo, aunque allí se abstuvo de referirse al tema.

Agrega que *"Después el Ad quem tergiversó el fundamento de la nulidad solicitada para evadir su estudio y así justificar el rechazo de la petición"*.

Al respecto, asevera el impugnante que el fondo de la solicitud de nulidad planteada por la defensa de GUILLERMO HOENISBERG, consistió en que no se practicó la prueba testimonial referida a Olga Esther Castro.

Empero, afirma, el Tribunal respondió de manera falaz a la cuestión, en tanto, sostuvo que la prueba había sido decretada de oficio por el Juzgado, cuando existe evidencia concreta de que el testimonio fue solicitado expresamente por la defensa del acusado.

A renglón seguido el demandante aborda el tema de la *"conducencia"* de la prueba en cuestión, para lo cual determina cómo en otros testimonios o documentos se referencia la intervención de Olga Castro, adscrita a la Oficina Jurídica de la Alcaldía de Barranquilla.

Además, agrega, el Tribunal sostuvo que en la negociación del lote y trámite del contrato nunca intervino esa Oficina Jurídica, como incluso lo afirma María Teresa Torres, quien asevera que allí no reposa documento sobre el particular.

Si ello es así, acota el demandante, debe decirse falaz la supuesta reunión que sostuvo CARMEN ESCRIG con GUILLERMO HOENISBERG y Olga Castro.

De allí se sigue, en consideración del impugnante, que el Registro Presupuestal fue expedido de forma legal y por ocasión de existir apropiación presupuestal.

Esa testigo, entonces, puede corroborar si es verdad o no, como lo afirmó CARMEN ESCRIG, que el acusado HOENISBERG BORNACELLY, intervino directamente en la elaboración de la promesa de compraventa del lote.

Seguidamente, el recurrente se ocupa de criticar la veracidad de lo narrado por CARMEN ESCRIG, a partir de lo cual justifica necesario acudir a la testigo echada de menos, para corroborar sus afirmaciones.

Además, realizando su propia evaluación probatoria, trata de demostrar que el documento de promesa de compraventa no se elaboró en la Oficina

Jurídica, y que tampoco la Secretaría de Hacienda, a cargo de su asistido judicial, realizó un acuerdo previo sobre el particular.

Concluye señalando que el testimonio de CARMEN ESCRIG ha sido fundamental para condenar a GUILLERMO HOENISBERG, al punto que eliminado el mismo desaparece la prueba de incriminación.

Por ello, razona, debe allegarse la declaración de Olga Esther Castro, a fin de verificar la veracidad de lo expresado por ESCRIG SAIEH.

Pide, en consecuencia, se decrete la nulidad de lo actuado, a partir de la etapa probatoria del juicio, para que se escuche el testimonio de Olga Castro.

d) *"Violación del principio de Investigación Integral al adelantarse la actuación con el expediente incompleto y afectarse el derecho de defensa"*.

Aduce el demandante que el *A quo* no tuvo cuidado de mantener ordenado y completo el expediente, razón por la cual ninguno de los fallos tuvo en cuenta la totalidad de las pruebas recogidas, con lo que se viola el principio de investigación integral.

Luego significa que el Tribunal violó el debido proceso y el derecho de defensa al emitir la condena sin contar con el expediente completo.

Destaca, al efecto, que los sujetos procesales no tuvieron a la mano todos los medios de prueba *"para el debate de los alegatos, las apelaciones y la casación"*.

Aclara que a pesar de tratarse de un proceso regido por la [Ley 600 de 2000](#), los alegatos y testimonios adelantados en la fase del juicio fueron objeto de grabación magnetofónica, pese a lo cual esas piezas procesales no fueron allegadas al Tribunal para desatar el recurso de apelación instaurado contra el fallo de primer grado, como lo demuestra la constancia de esa Corporación referida a los elementos recibidos con el expediente.

Por virtud de ello, agrega el demandante, se hizo solicitud de reconstrucción del expediente ante la segunda instancia, previo a la presentación de la demanda de casación, pero si bien, en auto del 29 de enero de 2014, el Tribunal *"reconoce la ilegalidad de la situación"*, no ofreció ninguna solución.

En concreto, el casacionista determina como cercenadas de la foliatura las declaraciones de Nelson Morales Mejía, perito del IGAC, del abogado Francisco Omar Meza, del gerente de FONVISOCIAL, Alcibíades Bustillo Cervantes, del perito evaluador Rafael Tovar Vanegas, de Luis Fernando Acosta Ossio, y del ex concejal Ernesto Doria Guell.

También anota las fechas de varias diligencias realizadas en audiencia pública, una de ellas referida a la objeción de dictámenes periciales, que tampoco se aportaron ante el fallador de segundo grado.

Entiende el impugnante que lo ocurrido afectó no solo el debido proceso, sino las formas propias del juicio, por lo que considera una mixtura entre el sistema escritural y el oral, a más que se dejaron de estimar por la segunda instancia "*pruebas trascendentales*" que hubiesen modificado el sentido del fallo.

Específicamente, sostiene el memorialista, en la prueba omitida el perito Rafael Tovar Vanegas certificó que se hallaba debidamente inscrito y autorizado por el IGAC y que, además, su informe se había basado en la nueva normatividad y no en las modificadas tomadas en consideración por los falladores.

En el mismo sentido, advierte que de haberse tomado en cuenta los alegatos finales, referidos al contenido de la [Ley 550 de 1999](#), "*la apreciación sobre las pruebas y en especial el peculado, hubiera cambiado*"; de haber escuchado al testigo Francisco Omar Meza, no se habrían realizado afirmaciones falsas sobre una escritura "*igualmente mutilada en el expediente*"; de haberse tomado en consideración los dictámenes periciales, no hubiese colegido el Tribunal que existió apropiación por parte de un tercero o detrimento patrimonial para la administración municipal; y, de escucharse al ex concejal Ernesto Doria Guell, era posible constatar que existió certificado previo de disponibilidad presupuestal.

Pide el demandante, en consonancia con lo resumido antes, que se declare la nulidad de lo actuado "*desde el momento en que se escucharon los testimonios en el juicio, los cuales deberán escucharse nuevamente*".

e) Violación del derecho de defensa y el debido proceso por omitir examinar el recurso de apelación.

Sobre el particular, el recurrente señala que su prohijado judicial directamente sustentó el recurso de apelación contra el fallo de primer grado, pese a lo cual el Tribunal omitió pronunciarse al respecto.

Ello, significa el libelista, contraviene el mandato expreso del artículo 170 de la [Ley 600 de 2000](#), en cuanto, postula que la sentencia ha de contener un resumen de los alegatos y el análisis de los mismos.

En concreto, reseña el casacionista que HOENISBERG BORNACELLY en su apelación delimitó el origen del testimonio de Olga Castro, detalló las normas vigentes para la suscripción del contrato y estableció la inexistencia del delito de peculado por corresponder a recursos custodiados en la [Ley 550 de 1999](#), dado que el Distrito de Barranquilla y la Sociedad vendedora acordaron una nueva forma de pago.

Empero, acota, el Tribunal ninguna referencia hizo a dichas argumentaciones, con lo cual, además de pasar por alto la norma ya citada, desconoció el debido proceso.

Dice el recurrente, en términos de trascendencias, que de no haber pasado por alto el recurso sustentado por GUILLERMO HOENISBERG, el Tribunal hubiese advertido cómo el perito evaluador Rafael Tovar, realizó directamente el peritaje por hallarse inscrito y autorizado por la Lonja.

Además, agrega, en el folio 226 del cuaderno 7, se verifica que el peritaje en cuestión solo se halla firmado por el perito, lo que torna un exabrupto sostener que la firma impresa por CARMEN ESCRIG, determina que fue ella quien elaboró la experticia.

Añade el demandante que en los alegatos de conclusión, así mismo, el procesado HOENISBERG BORNACELLY, precisó que para el peritaje se acudió al [decreto Nacional 1420 de 1998](#), en cuanto permite acudir a un perito registrado y autorizado por la Lonja.

A continuación, se ocupa de controvertir las razones en contrario presentadas por los juzgadores, realizando su particular examen de las pruebas y sus consecuencias, hasta llegar a sostener que sí existía registro presupuestal previo.

Deprecia el casacionista, en consideración a lo anotado, que se anule lo actuado desde que se recibió el expediente en la segunda instancia para examinar el recurso de apelación.

f) Violación del principio de congruencia

Fincado en la causal de casación establecida en el numeral segundo del artículo 207 de la [Ley 600 de 2000](#), el demandante acude a jurisprudencia que examina el tema en sede de la [Ley 906 de 2004](#), para de allí significar que los hechos considerados por el Tribunal en el fallo de segundo grado, son ajenos a los consignados por la Fiscalía en la resolución de acusación.

En aras de soportar su tesis, toma algunas afirmaciones fragmentarias realizadas por el Ad quem, para confrontarlas con la acusación –aunque ninguna transcripción realiza de esta pieza procesal- a efectos de significar novedosas las primeras.

Al respecto, se ocupa del perito y la supuesta inexistencia de vinculación o autorización para la presentación del experticio base del contrato, tratando de demostrar que en la acusación nunca se discutió el tópico atinente a su vinculación contractual con el distrito o FONVISOCIAL.

Estima también incongruente que se haga referencia, en el fallo de segundo grado, al ingrediente de provecho ilícito, dado que la Fiscalía *"precluyó la investigación a favor de todos los encartados por el delito de INTERES INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS..."*.

En similar sentido, critica el recurrente que el Ad quem haga relación a los certificados de reserva presupuestal, en tanto, se confunde el *"certificado de disponibilidad presupuestal con registro presupuestal"*, pasando por alto, así mismo, que la Fiscalía siempre se refirió a los certificados.

Asevera el actor que, en la acusación, al procesado HOENISBERG BORNACELLY, solo se le atribuyó una actividad concreta, referida a la expedición del registro presupuestal, de lo cual se defendió él, pero en el fallo de segunda instancia se agregaron nuevos comportamientos, referidos a que ayudó a celebrar el contrato o que derivado de este se colige el peculado.

Luego, el censor transcribe algunos apartados de la resolución de acusación, con lo que pretende establecer que el soporte de la vinculación penal por el peculado estribó en los sobrecostos del contrato, razón por la cual se equivoca el Tribunal cuando sostiene que no fue ese el basamento del llamamiento a juicio por el delito en cuestión.

A continuación, aborda algunas afirmaciones del *Ad quem*, para pretender desvirtuarlas conforme su análisis de las pruebas y las normas regulatorias del tema.

Solicita, de conformidad con el cargo postulado, que se anule lo actuado a partir del fallo de segundo grado, para exigir del Tribunal ceñir la decisión a los hechos presentados en la acusación.

Cargo segundo (subsidiario): falso juicio de existencia.

Muta su controversia el demandante hacia la violación indirecta de la ley por errores de hecho, que parte por referenciar a partir del que postula falso juicio de existencia por omisión, referido a ignorar la existencia de certificado de disponibilidad presupuestal previo a la suscripción del contrato de promesa de compraventa.

A fin de desarrollar el cargo, transcribe algunos apartados de los fallos de primera y segunda instancia, de los cuales concluye que para los sentenciadores *"los certificados y los registros presupuestales fueron expedidos extemporáneamente a la suscripción de la promesa de compraventa"*.

Seguidamente, enumera las que considera pruebas que soportan la tesis contraria, aunque no determina si ellas, o sus efectos, fueron o no examinadas por las instancias, pero le sirven para concluir que *"el presupuesto es de la Alcaldía de Barranquilla"* (con ello, al parecer busca oponerse a la conclusión

contraria del Tribunal, referida a que se tomaron fondos destinados a FONVISOCIAL).

Incluso, sostiene el recurrente que *"después del juicio"*, se aportó un certificado que demuestra la disponibilidad presupuestal previa al contrato, *"pero como dice el dicho no hay peor ciego que no quiere ver"*.

Y concluye *"No tiene lógica que el Director de presupuesto y el alcalde no hubiese expedido y contado con un certificado de disponibilidad presupuestal, para la suscripción de la promesa de compraventa, cuando existía una apropiación presupuestal de \$5.933 millones, de acuerdo al peritazgo (sic) de la técnico judicial..."*.

Pide el casacionista, por consideración de lo anotado, que se case la sentencia atacada a efectos de revocarla y en su lugar absolver a GUILLERMO HOENISBERG de los delitos objeto de acusación.

Cargo tercero (subsidiario): falso juicio de identidad.

Lo ubica el actor también por el camino indirecto, pero ahora dentro de la senda del falso juicio de identidad por tergiversación, referido a la afirmación de las instancias, que entienden haberse materializado una aplicación irregular de los recursos de FONVISOCIAL, en cuanto fueron destinados a la celebración del contrato de promesa de compraventa.

Para el recurrente esa conclusión del *Ad quem* parte de haber distorsionado el contenido de la inspección judicial realizada, en particular, sobre la copia del presupuesto general de gastos y rentas del Distrito de Barranquilla, para la vigencia fiscal de 1998.

Asume el impugnante, entonces, su singular examen del presupuesto en cita, para significar diferentes los distintos rubros presupuestales, al extremo de señalar que *"los presupuestos son distintos, uno es el presupuesto de inversión asignado a la Secretaría de Hacienda en su Subprograma, totalmente diferente y otro es el presupuesto de FONVISOCIAL, identificado en una sección 19"*.

Termina diciendo que, diferente a como lo entiende al Tribunal, el llamado *"APORTE INTEGRAL A FONVISOCIAL"*, corresponde no a destinación específica, sino a un rubro discrecional del alcalde.

Luego, cita una prueba que, en su sentir, desnaturaliza la manifestación del *Ad quem*, pues, demuestra que el alcalde está facultado para realizar cualquier tipo de contrato.

Más adelante, transcribe un fragmento del fallo atacado, en el cual el Tribunal afirmó que el lote adquirido no se imputó en el presupuesto de FONVISOCIAL, sino en el Distrito de Barranquilla, para advertir que ello no se

soporta en ninguna prueba, sino *"en la distorsión de la misma"*. En aras de demostrarlo, asume su particular interpretación de varios elementos de juicio arrimados al expediente.

Deriva de lo referenciado en precedencia, el defensor del acusado, la solicitud de casar el fallo atacado, que debe conducir a la revocatoria de la condena y la consecuente emisión de sentencia absolutoria en torno de los dos delitos objeto de acusación.

Cargo cuarto (subsidiario): falso juicio de identidad.

Apela el demandante al error de hecho por falso juicio de identidad, que remite al estudio realizado por el ad quem respecto a los títulos de propiedad del inmueble objeto del contrato de promesa de compraventa.

Para comenzar su crítica el demandante manifiesta su preocupación, basada en que el fallo atacado acude a *"sofismas, juego de palabras e inversión de términos para justificar una maldad contra unos sujetos procesales"*.

Después, sostiene que el Tribunal confunde los estudios de títulos con el principio de planeación, el estudio de factibilidad y el artículo 209 de la Carta Política, referido a los principios tutelares de la función administrativa.

En consecuencia, emprende la tarea de explicar la diferencia planteada, tratando de demostrar que en la realización del contrato se cumplieron las normas legales y los principios antes resaltados, conclusión que antepone a la del fallador de segundo grado, que entiende equivocada en atención a que *"se tergiversaron las pruebas para alterar la verdad material del expediente"*.

Igual ejercicio realiza con otras de las afirmaciones puntuales del juzgador de segunda instancia, que controvierte bajo su especial verificación de lo que estima contiene la prueba en su conjunto o las normas regulatorias de los contratos estatales o figuras jurídicas tales como la nulidad y simulación de los mismos.

Igual que en los dos cargos anteriores, pide el casacionista se case la sentencia para revocar la condena y en su lugar absolver al acusado HOENISBERG BORNACELLY.

Cargo quinto (subsidiario): falso juicio de existencia.

Ahora dentro del error de hecho por falso juicio de existencia, la defensa aborda el examen de los distintos dictámenes allegados al expediente, para de ellos extractar que efectivamente existía en los balances el anticipo para el contrato y en los pasivos dicha obligación.

De ello concluye: "...según los informes o dictámenes contables, los activos, el patrimonio y específicamente las inversiones del distrito se aumentaron en el año 1998 y allí está el activo adquirido en la promesa de compraventa suscrita el 20 de agosto de 1998 y representada en el anticipo entregado a la Sociedad Agropecuaria, por lo tanto contablemente, no hay prueba técnica-contable, que certifique que hubo detrimento patrimonial".

Añade el demandante que el Tribunal desechó esos dictámenes y por ello terminó condenando en una decisión que sí representa detrimento patrimonial, pues, obliga a devolver el bien a la sociedad, a pesar de que ahora tiene un valor muy superior al de adquisición.

Destaca, así mismo, que el juzgado Séptimo Penal del Circuito absolvió a los vendedores de la acusación por el delito de peculado por apropiación, con lo que existen dos sentencias contradictorias.

Pide, entonces, que se case la sentencia para absolver al acusado del delito de *peculado por apropiación*.

Cargo sexto (subsidiario): falso juicio de existencia.

De nuevo dentro del espectro del falso juicio de existencia por omisión, el censor advierte que al significar inexistente la autorización para que el perito Rafael Tovar efectuara la experticia que se acompañó al contrato de promesa de compraventa, el Tribunal pasó por alto que efectivamente al expediente se allegó una certificación otorgada por el Colegio Inmobiliario de Barranquilla, donde se señala que el profesional es miembro del mismo y a la vez coordinador del comité de avalúos de esa institución.

En sentir del actor, la certificación en cita representa la autorización a que alude el artículo 8° del [Decreto Ley 1420 de 1994](#) "*debido a que el perito estaba registrado y autorizado para hacer avalúos de carácter general y no particular, como pretenden los juzgadores con base en unas normas modificadas y derogadas*".

Estima "*increíble*", el recurrente, que las instancias descalifiquen al perito y lo digan no autorizado para hacer peritajes, no obstante demostrarse que presta sus servicios al IGAC.

Pide, así, que se case el fallo para efectos de absolver a GUILLERMO HOENISBERG, del cargo por el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

Cargo séptimo (subsidiario): falso juicio de identidad.

Retorna el impugnante al error de hecho por falso juicio de identidad.

Sin mayores elementos argumentativos, para soportar el cargo sostiene que en el asunto examinado debe acudirse a lo contemplado en la [Ley 550 de 1999](#), dado que se trata de un "DELITO EN BLANCO", el de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

Sin embargo, agrega "se puede inferir, el desprecio del Tribunal Superior por acudir al examen de la ley 550, en el presente caso, al darle un tratamiento de menosprecio, como si ella no interfiriera en la actuación judicial y eso es romper con el equilibrio, justo, racional y objetivo...".

Aborda a continuación lo concerniente a la norma que dice desconocida por el Tribunal, dedicando amplio espacio a soportar que por virtud de lo allí consignado, el Distrito de Barranquilla tiene un efectivo derecho sobre el inmueble objeto de negociación, como así se registra en los libros del ente municipal.

De igual manera, prosigue, el Distrito de Barranquilla aceptó como uno de sus acreedores a la sociedad vendedora del bien, por un monto de \$4.440.800.000, lo que representa una nueva obligación por este monto.

Con ello, pretende controvertir el casacionista la afirmación realizada por el Tribunal, atinente a que no es atípica la conducta porque el inmueble ahora aparezca como activo fijo del Distrito con ocasión de lo contemplado en la Ley 550 arriba relacionada.

En contrario, el memorialista examina jurídicamente el tema y significa que el Tribunal no realizó adecuadamente la integración del tipo en blanco con la norma que lo complementa, hasta concluir que, en cambio, la decisión de condena sí representa detrimento patrimonial para el Distrito de Barranquilla.

Depreca, en consecuencia, que se case el fallo para que su representado judicial sea absuelto de los dos delitos objeto de acusación.

Cargo octavo (subsidiario): falso juicio de identidad.

Dentro del camino del error de hecho por falso juicio de identidad, el demandante realiza algunas consideraciones referidas a lo que entiende excelente negocio en la compra del bien inmueble, para advertir que los intereses en discusión han enrarecido el trámite procesal, hasta derivar en que se toma como requisito esencial cualquier elemento del contrato.

Después, asume un muy particular y descontextualizado examen de las normas que regulan la contratación, para de allí derivar que ninguna de ellas exige realizar un estudio de factibilidad o títulos del bien que pretenda adquirirse.

Advierte, por ello "...*inexplicable que a pesar de la existencia y vigencia de estas normas, los falladores no hayan tenido una visión integral en la evaluación de las pruebas y solo a partir de su criterio personal y de una prueba incompleta como lo fue un concepto sobre los títulos, hayan distorsionado y tergiversado la prueba...*".

Pide el demandante que se case la sentencia, para que en reemplazo de la condena se absuelva al acusado de los delitos de *peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

Cargo noveno (subsidiario): violación directa.

Lo rotula el recurrente como "*Falta de aplicación de la norma existente*".

En particular, sostiene que no se aplicaron los artículos 9, 11, 13 y 14 de la [Ley 9 de 1989](#); los artículos 13, 24, 25, 39, 40 y 41 de la [Ley 80 de 1993](#); el artículo 898 del Código del Comercio; y, los artículos 19 y 20 del [decreto 568 de 1996](#).

Ello, añade, condujo a que se aplicase indebidamente el artículo 146 del [Decreto Ley 100 de 1980](#), hoy recogido en el artículo 410 de la [Ley 599 de 2000](#).

A renglón seguido, el demandante transcribe el contenido de las normas que dice no aplicó el Tribunal, o sucintamente define qué contienen.

En consideración a esto, señala que en razón de su elección como alcalde, el burgomaestre de Barranquilla presentó un plan de desarrollo y consignó en el Banco de Proyectos la necesidad de invertir en viviendas de interés social, aunque no se incluyeron recursos específicos porque se buscaba obtener financiación nacional. Empero, con destino a la adquisición del lote se destinaron recursos para FONVISOCIAL en el presupuesto de la Secretaría de Hacienda.

En el trámite de adquisición de los predios, dice el demandante, la reglamentación cambió para evitar el monopolio del IGAC, hasta permitir que el perito evaluador pudiera ser persona natural o privada, con el único requisito de que estuviera registrado y autorizado en general.

Luego de detallar cómo debe adelantarse legalmente la contratación, el recurrente significa que el contrato de promesa de compraventa objeto de discusión no contiene vicios que generen nulidad absoluta, dado que no fue pretermitida ninguna solemnidad sustancial en el mismo, conforme lo establecido en el artículo 44 de la [ley 80 de 1993](#) y las normas del Código Civil referidas al tema.

Por ello, anota el impugnante, las diferencias o incongruencias advertidas por los falladores no pertenecen a la esencia del contrato.

Para demostrar el aserto, procede a transcribir apartados del fallo de segundo grado en los cuales se alude a las que estimó el Tribunal exigencias básicas del contrato –aunque no se incluyeron las explicaciones dadas por el *Ad quem* para soportar esas manifestaciones-.

De allí colige el libelista, con solo citar las que dice normas aplicables, que tales factores "*no generan la ilicitud del objeto del contrato*", en tanto, al día de hoy sigue vigente la promesa, ya que ninguna de las partes la ha dado por incumplida, ni ha sido declarada nula por sentencia judicial.

A continuación, busca establecer las diferencias entre un contrato de promesa y uno de compraventa, en aras de determinar cuáles vicios producen o no nulidad absoluta y cuáles pueden ser saneados, de lo que concluye la inexistencia de vicios trascendentes que puedan conducir al remedio extremo y, entonces, debe asumirse errada la interpretación del fallador de segundo grado.

Consecuentemente con lo anotado, solicita el recurrente que se case parcialmente el fallo a efectos de revocar la condena por el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

Cargo décimo (subsidiario): violación directa.

También dentro de la vía directa de la violación de la ley sustancial, el casacionista asume similar ejercicio al adelantado en el cargo anterior, pero ahora respecto del delito de *peculado por apropiación*, para señalar que se dejaron de aplicar los artículos 6, 7, 8, 9, 22 -2, 3, 4, 5 y 10, de la [Ley 599 de 2000](#), lo que condujo a aplicar indebidamente el artículo 397 de la misma obra.

En sustento del cargo, comienza por transcribir los argumentos con los cuales el Tribunal definió la responsabilidad por el referido ilícito y ello lo contrasta con lo que doctrina y jurisprudencia han establecido a título de requisitos fundamentales del tipo penal.

De allí concluye completamente errada la tesis del Tribunal, pues, en sentir del demandante "*...dice que el peculado está dado por "la irregular forma de contratación" o por "la ilícita forma de contratación" que dan paso al desembolso de dineros públicos*".

Critica el recurrente, además, que el Tribunal recurra a jurisprudencia de la Corte^[1], de la cual extracta que la prueba del peculado lo es el delito de prevaricato, en la que considera el impugnante irregular lectura, pues, en dicha providencia la Sala advierte vinculado al peculado el detrimento patrimonial sufrido por la administración.

Seguidamente, en el acápite que destina a la comprobación de la supuesta ausencia de un elemento típico en el delito de peculado despejado

por el *Ad quem*, destaca que los fallos deben "...pronunciarse de manera igualitaria para todos los sujetos procesales y en el presente caso, de manera sugestiva, el que se apropió de los dineros el tercero, fue sobreseído mediante una providencia del juzgado Séptimo penal del Circuito de Barranquilla".

A renglón seguido, advierte que lo ejecutado es atípico, carece de antijuridicidad y no registra responsable alguno.

Al efecto, detalla que para el fallador de segunda instancia no es trascendente, en la definición del delito de peculado, el detrimento patrimonial, sino la forma de contratación, con lo cual desconoce el carácter autónomo de la ilicitud, pues, de lo contrario todo delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* derivaría en un *peculado por apropiación*.

Dice el demandante, además, que el Tribunal "*no aplica el contexto específico de la norma penal sobre antijuridicidad*", aunque no desarrolla la afirmación, limitándose a reiterar que en el caso examinado no hubo detrimento patrimonial.

Después asume el contexto de responsabilidad para sostener que a su representado judicial no puede reprochársele haber expedido el Registro Presupuestal, dado que es esa una obligación impuesta por la ley.

Por último, atinente al dolo, cita un pequeño apartado del fallo en el cual el Tribunal asume el examen de la exculpación ofrecida por otro de los procesados, BERNARDO HOYOS MONTOYA, para concatenarlo con el hecho que la Fiscalía decidió precluir la investigación en lo que atiende al delito de *interés indebido en la celebración de contratos* y así concluir: "*en consecuencia se vulnera el principio de legalidad y de igualdad, al pretender el Tribunal, retrotraer, esta inferencia bajo la denominación de interés ilícito*".

Pide el actor, en consonancia con lo alegado, que se case el fallo a fin de revocar la condena y en su lugar absolver a su defendido de los delitos por los que se le llamó a juicio.

Cargo undécimo (subsidiario): violación directa.

Para culminar la demanda y siguiendo el derrotero de la violación directa de la ley sustancial, el casacionista parece reprochar que no se hubiese concretado en la sentencia atacada el tipo de participación trascendente de GUILLERMO HOENISBERG en las ilicitudes que se le atribuyen.

Para soportar el cargo, parte el recurrente por transcribir lo que reseñó el tribunal en punto de la coautoría atribuida a HOENISBERG BORNACELLY.

Luego, sostiene que si lo atribuido a su representado judicial es haber expedido el Registro Presupuestal –distinto del certificado de disponibilidad presupuestal- después de la firma del contrato de promesa de compraventa,

ello debe entenderse posterior a cualquiera de las fases que regulan el mismo, a más que no constituye requisito esencial del negocio jurídico examinado.

Luego de citar jurisprudencia de la Corte en la cual se precisa que la ayuda posterior no puede representar el fenómeno de la coautoría, el impugnante destaca que si la promesa fue suscrita careciéndose del Registro Presupuestal, ello demuestra que el acusado HOENISBERG BORNACELLY no tenía dominio del hecho, concluyendo entonces meramente accesorio su intervención, en la modalidad de cómplice, lo que obligaba hacer uso del artículo 30 de la [Ley 599 de 2000](#).

Pide el recurrente, de conformidad con lo expuesto, que se case el fallo para efectos de atemperar la pena hacia la condición de cómplice que delimita lo ejecutado por el acusado.

2. A nombre de BERNARDO HOYOS MONTOYA.

La defensa técnica del procesado HOYOS MONTOYA formula cuatro censuras en contra del fallo del *Ad quem*, que sustenta de esta forma:

Cargo primero: nulidad.

Con apoyo en la causal tercera de casación, el censor considera que la actuación debe anularse desde el inicio de la práctica probatoria de la audiencia pública, por la violación del debido proceso, toda vez que el juzgador de segundo grado resolvió el recurso de apelación sin tener a disposición todos los elementos probatorios, "*necesariamente influyentes*", que fueron recaudados durante la etapa del juicio.

En soporte de sus asertos, repasa someramente los hechos y la actuación procesal y transcribe la parte resolutive de la sentencia de segunda instancia, destacando que uno de los defensores solicitó al Tribunal que reconstruyera el expediente, haciendo mención de las pruebas faltantes y su trascendencia, pero la petición fue rechazada mediante auto en el que se estimó innecesario ello, del cual trasunta lo pertinente.

Agrega que aunque éste asunto ha venido tramitándose bajo los lineamientos de la [Ley 600 de 2000](#) que establece un sistema escritural, el *A quo* aprovechó las instalaciones provistas al sistema penal acusatorio para realizar las audiencias oralmente, vigilando que quedaran registradas en los respectivos audios. Precisamente, de las diligencias realizadas en abril 2010 no aparece el cd correspondiente, a pesar de que se mencionan en actas y son necesarias para dictar sentencia y desatar los recursos ordinarios y extraordinarios.

Esas actuaciones, enuncia a continuación el libelista, consisten en (i) testimonio del perito Nelson Morales Mejía y concepto jurídico del abogado Francisco Omar Meza, (ii) declaraciones del gerente de Fonvisocial,

Alcibiades Bustillo Cervantes, y del perito evaluador Rafael Tovar Vanegas; (iii) deponencia de Luis Fernando Acosta Ossio; (iv) objeciones a los dictámenes periciales; y (v) testificación del exconcejal Ernesto Doria Guell. Incluso, cuando el proceso se reasignó a otro despacho, en el inventario se dejó constancia de 11 discos compactos correspondientes a las audiencias, que luego no se dejaron a disposición del *Ad quem*; no se conocen, por tanto, la controversia que suscitó la interposición de "*varios recursos*", ni lo ocurrido en las sesiones de la vista pública del 30 de junio, y 1 al 4 de agosto de 2011.

Dichos elementos de juicio, insiste, eran necesarios y trascendentales para desatar la segunda instancia y el recurso extraordinario de casación, pues, su valoración por parte del superior, habría conducido a una decisión sustancialmente distinta; en efecto, del testimonio de Tovar Vanegas se desprende que el perito sí tenía autorización de una entidad inmobiliaria para realizar el avalúo, con la declaración del exconcejal se certifica que sí había disponibilidad presupuestal, el abogado Meza habla del estudio jurídico sobre el bien, el perito Morales Mejía se pronuncia sobre las presiones que recibió y la falsedad del avalúo de "*Jojoa*", y el gerente de Fonvisocial ilustra sobre las transferencias del Distrito, descartando también que hubo usurpación de funciones públicas.

Como de la anterior manera, dice el actor, también se vulneraron las normas que regulan la necesidad de la prueba y su valoración conjunta, el Tribunal debió declarar oficiosamente la nulidad por infracción de las garantías del debido proceso y de defensa, y procurar la recuperación de unos medios de convicción extraviados, con los que se desvirtúa la acusación de la Fiscalía. De ahí que dedique un amplio apartado a criticar su decisión de no ordenar la reconstrucción del expediente, restándole importancia a la prueba echada de menos por haberse allegado sin la observancia de las formalidades legales.

Para terminar, diserta ampliamente sobre el debido proceso, a partir de su consagración en el artículo [29](#) de la Constitución Política y con apoyo en jurisprudencia sobre el tópico; enlista las disposiciones de la [Ley 600 de 2000](#) que estima quebrantadas –artículos 2, 6, 15, 147, 155, 158, 232, 238, 306 y 307-; y solicita que se case la providencia demandada, declarando la nulidad por la comprobada existencia de irregularidades que lesionan aquella prerrogativa, a partir del envío de la actuación al despacho de descongestión.

Cargo segundo: nulidad.

A pesar de que lo mencionó expresamente en el anterior reparo, el defensor apela al mismo fundamento normativo y supuesto fáctico para aducir la nulidad de la actuación, esta vez por violación del derecho a la defensa, habida cuenta que al proferir la sentencia de segundo grado, el Tribunal no tuvo "*en su poder las copias de las audiencias desarrolladas durante el juicio público, en las cuales se practicaron diversos testimonios solicitados por la defensa y ordenados en la audiencia preparatoria*".

Así, insistiendo en que dichos elementos de convicción eran necesarios para desatar la alzada y lo son ahora para resolver el extraordinario recurso, pide nuevamente que se case el proveído censurado, invalidando la actuación desde la remisión del expediente al juzgado de descongestión.

Cargo tercero: violación directa.

Con fundamento en el numeral 1° del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal de 2000, el actor plantea la violación directa de la ley sustancial por la aplicación indebida del artículo 410 de la [Ley 599 de 2000](#) y la falta de aplicación del artículo 146 del [Decreto Ley 100 de 1980](#), que consagran el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

Para sustentar el reproche, resume los hechos, alude a algunos fragmentos del fallo atacado y compara los citados preceptos, destacado que el ingrediente subjetivo contenido en la legislación de 1980, concerniente al propósito de obtener un provecho ilícito, desapareció en la de 2000.

El error del fallador, precisa con dificultad, consistió en que no obstante reconocer que los hechos tuvieron su génesis antes de la vigencia de la Ley 599, alude varias veces a su artículo 410 para soslayar *“la obligación de demostrar un provecho ilícito para el contratante, el contratista o para un tercero, como lo predica el mismo Tribunal”*.

En tales condiciones, agrega el casacionista, cuando el *Ad quem* aplica la norma posterior para decir que no es necesario probar uno de los elementos que configuran el tipo, viola normas constitucionales y legales y los principios de legalidad, favorabilidad, tipicidad, debido proceso, presunción de inocencia y carga de la prueba, pues, no puede emitirse condena si no obran los elementos de juicio acerca de la existencia del delito, *“con todos sus elementos, componentes o verbos rectores, y la responsabilidad del acusado”*.

Por último, señala que no comparte lo resuelto por el fallador, en el sentido de que el aprovechamiento no solo puede ser patrimonial sino de otra índole; cita precedente de la Sala en el que se aboga por establecer el provecho ilícito en este tipo de delitos; enuncia las normas que considera conculcadas –artículos [29](#) y [230](#) de la Constitución Política; 1 a 6 y 146 del Código Penal de 1980; y 2, 7 y 232 del Estatuto Procesal Penal de 2000-; y depreca que se case la providencia impugnada, profiriendo sentencia absolutoria de reemplazo a favor de su prohijado.

Cargo cuarto: violación directa.

En el último reparo, el demandante recurre al mismo precepto para acusar al fallo de segundo grado de violar directamente la ley sustancial, por haber interpretado erróneamente el artículo 133 del [Decreto Ley 100 de 1980](#) e inaplicado los artículos 2 y 3 *Ibidem*, pues, se dictó el mismo por el

delito de *peculado por apropiación*, "sobre la base errada del ingrediente normativo del tipo, esto es, la apropiación".

En orden a fundamentar su censura, resume los planteamientos que esbozó el fallador para determinar la conducta punible en comento, luego de lo cual explica en qué consiste el ingrediente normativo del tipo concerniente al hecho de "apropiarse", apoyándose en jurisprudencia de esta Corte, la cual "tiene sentado que es la utilización que en últimas se les dé a los bienes del Estado o auxilios oficiales por parte de sus destinatarios u ordenadores del gasto, y no en el trámite administrativo surtido para la aprobación y otorgamiento de los mismos, cuestión esta última más propia de una investigación disciplinaria que penal".

Lo anterior, agrega el memorialista, fue desatendido por el juzgador, ya que con la misma argumentación y supuesto fáctico fundó la condena para los delitos de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* y *peculado por apropiación*, "cuando para que se configure éste último se debe demostrar es la apropiación que de los bienes del Estado se haga, más no el trámite para aprobar u otorgar aquellos bienes", es decir, a pesar de que es atípico, el Tribunal se apoyó en las irregularidades en la contratación para configurarlo, además "haciendo una interpretación deshilvanada y errónea del tipo penal, lo despoja de la necesidad de demostrar el ingrediente normativo con que fue creado por el legislador, cual es, la apropiación de los bienes confiados al servidor público".

A partir de lo considerado por el fallador en dos fragmentos que cita de su pronunciamiento, también le critica porque además de señalar que se incurre en el hecho típico sin importar si se produce o no detrimento patrimonial, reconoce la falta de prueba frente a la apropiación de bienes, lo cual es inaceptable porque se trata de un elemento del tipo, tal como lo consagra el artículo 133 del Código Penal de 1980, que trasunta a continuación.

De la anterior forma, añade el impugnante, se apeló a la teoría finalista, la cual, si fuera aplicable a este caso, "solamente podría condenarse por el delito fin, que según el Ad Quem sería el Peculado; sin embargo, sino se estructura como lo es, la Contratación sin Requisitos Legales, no se tipificaría el Peculado enrostrado".

Acorde con lo anotado, reitera que si no hubiese interpretado erróneamente las normas invocadas, el juzgador habría determinado la atipicidad de la conducta de peculado, por la falta de acreditación del ingrediente normativo consistente en la apropiación, teniendo en cuenta, además, que del inmueble objeto de litigio apenas se ha pagado una quinta parte "del precio justo del lote prometido en venta", descartándose así un detrimento patrimonial para la ciudad de Barranquilla.

Reclama, por tanto, que una vez reconocida la atipicidad del hecho, se case la sentencia recurrida, profiriendo fallo sustitutivo de absolución en favor de su defendido.

3. A nombre de CARLOS ALBERTO CAMACHO CASTRO.

Luego de una exhaustiva reseña de los fallos de las instancias y el decurso procesal, la defensa técnica de CARLOS ALBERTO CAMACHO CASTRO postula tres cargos en contra de la sentencia del Tribunal, con fundamento en el numeral 1º del artículo 207 de la [Ley 600 de 2000](#), los cuales desarrolla de la siguiente manera:

Cargo primero (principal): violación directa.

El casacionista sostiene que el juzgador violó directamente la ley sustancial por la falta de aplicación del numeral 3º del artículo 32 del Código Penal, que consagra la causal de ausencia de responsabilidad por obrar en estricto cumplimiento de un deber legal, así como los artículos [23](#) y [74](#) de la Constitución Política y 5 y 7 del [Decreto 01 de 1984](#), todos los cuales se refieren al derecho de petición y al acceso a documentos públicos.

Seguidamente, alude a las hipótesis de violación directa de la ley y la forma en que se aducen en casación, con el fin de insistir en la configuración de la referida circunstancia excluyente de responsabilidad, manifestando que los argumentos que al respecto expuso en la apelación, no fueron tenidos en cuenta por el Tribunal.

Pide, por consiguiente, que se case el proveído impugnado, para en su lugar absolver a su prohijado del cargo imputado, reconociendo que obró en estricto cumplimiento de un deber legal.

Cargo segundo (subsidiario): falso juicio de existencia.

El demandante asegura que el fallador violó indirectamente la ley sustancial, inaplicando la norma que contiene la causal eximente de responsabilidad originada en el obrar en estricto cumplimiento de un deber legal y el artículo 238 del C.P.P. sobre apreciación probatoria, a causa de un error de hecho por falso juicio de existencia por omisión, al dejar de considerar el oficio del 28 de julio de 1998, dirigido por el alcalde de Barranquilla, Bernardo Hoyos Montoya, a su defendido, entonces Director de Presupuesto del Distrito, solicitándole la *"expedición de certificación de recursos disponibles para vivienda de interés social –Fonvisocial–"*.

Así, tras ilustrar sobre las distintas clases de errores de hecho, vuelve a citar los artículos [23](#) y [74](#) de la Constitución Política y 5 y 7 del [Decreto 01 de 1984](#), para aseverar que también fueron inobservados por el Tribunal, ya que aluden al *"derecho-deber"* que tienen los funcionarios públicos de responder oportunamente las peticiones que les sean formuladas. En este evento,

precisa, a su prohijado como Jefe de Presupuesto entre los años de 1998 y 2000 le correspondía, de acuerdo con el Manual de Funciones, expedir los certificados de disponibilidad presupuestal que le solicitasen los funcionarios encargados de ejecutar el presupuesto, incluidos sus superiores.

Bajo el entendido, entonces, que el sindicato obró en estricto cumplimiento de un deber legal, lo cual consta en el documento omitido, depreca que se case el fallo recurrido, profiriendo sentencia absolutoria de reemplazo.

Cargo tercero (subsidiario): falso raciocinio.

Dice el memorialista que en el examen probatorio acerca de la configuración de los delitos de *peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, el fallador, además de quebrantar los artículos 232 y 238 de la [Ley 600 de 2000](#), incurrió en falso raciocinio.

En orden a fundamentar su censura, transcribe los citados preceptos y reseña nuevamente las modalidades de errores de hecho, para seguidamente concretar que la resolución de la situación jurídica, la acusación y la sentencia condenatoria, se erigieron sustancialmente con base en "*tres pruebas documentales*", consistentes en la copia del contrato de promesa de compraventa sin fecha, los certificados de registro de compromiso presupuestal y el dictamen del arquitecto Rafael Tovar Vanegas sobre la ineptitud de los terrenos, las cuales fueron valoradas por el juzgador "*a espaldas de las pautas o reglas de la sana crítica*".

Efectivamente, respecto del contrato de promesa, denuncia que desconoció los postulados de la experiencia y el sentido común, e incluso los de la lógica, por no haber tenido en cuenta las incidencias que rodearon su firma y omitir un examen conjunto de la prueba. Con las certificaciones, las cuales enuncia, se demostró que sí había apropiación presupuestal y que el contrato no fue, como lo determinó el fallador, producto "*de la improvisación, el capricho y subjetivismo*". Y, con relación a la pericia, anota que obra abundante prueba de la misma naturaleza y documental aclarando "*hasta la saciedad que la presunta inundabilidad*" allí referida, "*es un lamentable lapsus*" de su autor.

A continuación, el impugnante anuncia su propósito de desvirtuar los "*sobrecostos*" que sustentan el delito de peculado, a cuyo efecto se refiere a veinte elementos de prueba, consistentes en las diversas declaraciones de Rafael Tovar Vanegas, el experticio de Samuel Manga Peláez, la injurada y un memorial de Bernardo Hoyos Montoya, el acta de visita al predio, el avalúo de la finca Las Margaritas, un oficio notificando avalúos, las ofertas comerciales y propuestas de venta, los testimonios de Juan Cure Vilaró y José Manuel Rosado Reales, la indagatoria de Alcibiades de Asís Bustillo Cervantes, los oficios de la Secretaría de Planeación, el memorando con el informe de Víctor Rodríguez y

José Rosado, y el oficio del Instituto Geográfico Agustín Codazzi; de las cuales apenas enuncia algunas y de otras destaca los apartados que le interesan.

En contraposición del citado acopio probatorio, agrega, se tienen otras probanzas, como la testificación del contralor distrital Luis Monsalvo Alvarado -descalificado y denunciado por el procesado Hoyos Montoya, por tratarse de un funcionario corrupto-, el avalúo del ingeniero Luciano Jorge Guerrero Jojoa - que ilustra ampliamente, refiriendo que fue sometido a aclaraciones y objeciones, y analiza en conjunto con la deponencia de Marcial Navarro Mendoza-, el oficio mediante el cual el perito Guerrero Jojoa responde los cuestionamientos de uno de los defensores -resume su contenido y con relación a una de sus afirmaciones, asegura que fueron desmentidas por un funcionario catastral-, y el concepto del arquitecto Álvaro Pío Zapata García - del que simplemente trasunta algunos apartados-.

Luego de su reseña, el recurrente manifiesta que el correcto análisis de las pruebas enunciadas, en los términos de los artículos 232 y 238 del C.P.P. de 2000, permite determinar que los juzgadores incurrieron en el yerro de raciocinio, *"tomado en el contexto o como una modalidad del falso juicio de identidad, al dejar de apreciar todo el acervo probatorio discriminado"*, añadiendo que se apreciaron selectivamente, con desatención de las reglas de la sana crítica por el desconocimiento de los *"postulados de la lógica, ciencia, experiencia o sentido común"*.

Para terminar, expone su propia conclusión probatoria, insiste en que no se acreditó la certeza requerida para pregonar la estructuración de los delitos imputados, exalta la solicitud de preclusión de la investigación que elevó el Ministerio Público en su alegato precalificatorio, vuelve a decir que la prueba aportada permite descartar el sobrepeso, y depreca que se case la sentencia demandada, con el objeto de que se absuelva a los acusados de las conductas punibles por las que fueron condenados.

4. A nombre de CARMEN ESCRIG SAIEH.

Cargo único: nulidad.

Lo formula el demandante dentro de la órbita de la causal tercera dispuesta en el artículo 207 de la [Ley 600 de 2000](#), por estimar que se violó el debido proceso cuando el Tribunal desbordó su competencia y examinó circunstancias ajenas al motivo de la impugnación presentada por la Fiscalía contra el fallo de primer grado que absolvió de los dos delitos por los que fue acusada ESCRIG SAIEH.

Específicamente, advierte que la apelación de la Fiscalía en lo que compete a su defendida, radicó en su inconformidad con que se le hubiese absuelto por el delito de peculado, pero nada se señaló en torno del ilícito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, no obstante lo cual, el ad quem terminó condenando por este último punible.

Con esta actuación, agrega el casacionista, se pasó por alto lo consignado en el artículo 204 de la [ley 600 de 2000](#), remitido a la competencia funcional del fallador de segundo grado, sin que pueda entenderse, resalta, que condenar por un delito ajeno al que se pide condena, constituya asunto inescindiblemente ligado al objeto de impugnación.

En aras de soportar su tesis, el recurrente parte por significar cómo el sentenciador de primer grado absolvió a ESCRIG SAIEH, de los dos cargos objeto de acusación en su contra.

En particular, agrega, respecto del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* dijo el *A quo* que la acusada no tenía las calidades de sujeto activo calificado; y sobre el punible de peculado sostuvo que no había detrimento patrimonial.

Así mismo, la apelación sustentada por la Fiscalía expresamente remite a la decisión de absolver a los acusados por el delito de peculado por apropiación, al punto que todo el discurso impugnatorio se concentra en este delito, como lo demuestra con citación expresa de amplio apartado del documento en cuestión.

De igual manera, continúa el recurrente, en ningún apartado de la apelación se relaciona, así fuese adjetivamente, la condición particular de CARMEN ESCRIG SAIEH, y en concreto, la absolución decretada a su favor por el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

Ya luego, aborda el impugnante lo consignado en el fallo de segundo grado, para advertir cómo, si bien, existe un error allí al significar que la absolución de ESCRIG SAIEH, en lo que compete al delito de peculado, obró por consideración a que no se reputa servidora pública (ese argumento sirvió para absolverla del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, aclara el casacionista), en todo caso, sí se comprendieron a cabalidad las razones de la impugnación presentada por el Fiscal, pues, jamás hizo alusión a la posibilidad de condenar a la acusada por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, cual se desprende de la citación amplia que hace del contenido de la parte pertinente de la sentencia del *Ad quem*.

Seguidamente, el casacionista cita el apartado concreto en el cual el Tribunal, estima, desbordó su competencia, referido a la manifestación expresa de que ESCRIG SAIEH ejecutó el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* y debe ser condenada como responsable del mismo.

Entiende el recurrente que lo efectuado por dicho juzgador vulnera el derecho de defensa, principio de contradicción y garantía de la segunda instancia.

Luego de citar jurisprudencia de la Sala atinente al tema planteado, la defensa solicita que se corrija el daño causado, no con nulidad, sino revocando el numeral tercero del fallo de segundo grado, en el cual se determinó condenar a CARMEN ESCRIG SAIIEH por el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, para, en defecto de ello, absolverla.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Cuestión previa.

La demanda de casación, como ya amplia y reiteradamente lo ha venido significando esta Corporación, no representa un simple alegato de instancia ni tiene como finalidad ofrecer una nueva oportunidad para que se contrapongan los argumentos de las partes a efectos de obtener satisfacción a sus pretensiones.

Precisamente por su connotación de mecanismo extraordinario, el recurso de casación implica para el demandante la carga procesal de fundamentar adecuadamente su postulación, dentro de precisos requisitos que obedecen a principios lógicos y jurídicos universales, en el entendido que a esta sede arriba el fallo prevalido de un doble carácter de acierto y legalidad, solo destronable a partir de la definición precisa y objetivamente fundamentada, de que la sentencia comporta un yerro de tal magnitud, que su manifestación en el proceso asoma ostensible y tiene por sí misma la virtualidad de obligar la revocatoria de lo decidido o, cuando menos, su modificación trascendente.

No se trata, entonces, de que la parte vencida en ambas instancias, o en la segunda, busque de nuevo traer a colación los argumentos allí planteados de forma infructuosa, con la esperanza que ahora sí tengan eco ellos, sólo porque se contraponen a la decisión más autorizada del fallador.

Se agrega, además, que en atención a su connotación de vicio profundo y trascendente ajeno a la simple discusión de instancia, no aparece normal o natural que en la generalidad de los casos operen causales que permitan acudir a la vía excepcional de la casación.

La singularidad del yerro, así mismo, implica que su demostración se alcance si se quiere elemental, pues, lo evidente e importante no demanda de alambicados discursos para su demostración.

Es en razón de lo anotado que ya de entrada se verifica insólito postular en una misma demanda la existencia de muchos y variopintos errores, cuya sola enunciación advierte de la sinrazón de lo propuesto, pues, sobraría anotar, la especialidad del recurso repugna la presentación de cargos al garete, con la equivocada concepción de que muchas irregularidades intrascendentes o inanes inadvertencias pueden confeccionar un todo sólido suficiente para derrumbar la doble presunción de acierto y legalidad que nimba la sentencia controvertida.

Lo anotado, a manera de proemio general que servirá de norte al análisis obligado de hacer respecto de las argumentaciones contenidas en las cuatro demandas de casación allegadas oportunamente, que si bien, serán examinadas individualmente para mejor comprensión de la decisión, reclaman el examen conjunto de los cargos comunes entre ellas, en aras de evitar reiteraciones innecesarias. La Sala, entonces, advertirá ese caso concreto.

2. Demanda a nombre DE GUILLERMO ENRIQUE HOENISBERG BORNACELLY.

Cargo primero (principal): nulidad

Es de recordar que el cargo primero lo postuló el demandante dentro de un contexto global de violaciones al debido proceso o derecho de defensa, distribuido en varias irregularidades específicas que abordó individualmente.

De esa misma forma asumirá su estudio la Corte, pero antes estima necesario realizar algunas precisiones globales respecto de las causales de nulidad, su naturaleza y la forma de argumentarse en casación (CSJ AP, 26 feb. 2014, Rad. 43026):

*«En efecto, en el **primer cargo** denuncia al Tribunal desconocer la estructura del debido proceso y la garantía debida a las partes.*

A este respecto, pertinente es recordar el criterio de la Sala acorde con el cual las censuras sustentadas en el mencionado motivo de casación deben contener, como mínimo, la identificación de la irregularidad, la expresión clara de sus fundamentos, el señalamiento de si se trata de un vicio de estructura o garantía, la indicación de la norma o normas violadas, la mención del momento procesal en donde se presentó la anomalía y de las actuaciones afectadas con la misma, así como motivar su trascendencia, demostrando a la Corte que la nulidad se erige como el remedio único y extremo para enmendar la incorrección procesal, surgiendo así indispensable el fallo de casación.

Además, en un mismo cargo por nulidad no puede proponerse simultáneamente el quebranto del debido proceso y del derecho de defensa, porque se trata de vulneraciones que afectan dos ámbitos suficientemente delimitados y delimitables, conforme lo ha sostenido pacíficamente la jurisprudencia de esta Corporación. Ello, por cuanto la vulneración del debido proceso constituye un vicio de estructura, mientras que el quebranto del derecho a la defensa, comporta un vicio de garantía, características distintivas que imposibilitan su invocación conjunta, con fundamento en los mismos supuestos de hecho procesales y con apoyo en las mismas razones críticas.

Tiene dicho también la Corte que si lo pretendido es denunciar la presencia de varias irregularidades, cada una de ellas con entidad suficiente para

invalidar la actuación o parte de ella, resulta indispensable que en la demanda se sustenten en capítulos separados y de manera subsidiaria si fueren excluyentes, pues sólo así puede acatarse la exigencia de claridad y precisión en la postulación del ataque y respetarse los principios de autonomía y de no contradicción de los cargos en sede extraordinaria».

Hecha la precisión, corresponde examinar cada una de las circunstancias de invalidación postuladas por el demandante:

a) Violación del derecho de defensa en atención a que *"parte de la actuación procesal se adelantó con la carencia absoluta de un defensor técnico"*.

La Sala, conforme lo consignado en el primer cargo por el recurrente, observa que, en efecto, hubo un período de tiempo durante el cual el procesado HOENISBERG BORNACELLY estuvo privado de efectiva defensa técnica, como quiera que el profesional del derecho designado por la Fiscalía ni siquiera fue informado del encargo.

Empero, ello no significa, como lo entiende el impugnante, que la sola circunstancia de carecer de defensa durante algún lapso automáticamente conduzca a la invalidación de lo actuado, pues, huelga referir, la definición de trascendencia asoma necesaria en la auscultación del tema, excepto cuando se trata de toda una etapa gobernada por el vicio.

Al efecto, se ofrece obligado señalar que no toda irregularidad conduce a la determinación de nulidad, en tanto, aunque efectivamente las normas constitucionales y legales propenden porque el vinculado penalmente cuente durante todo el tiempo con defensa técnica, de allí no se desprende que la simple omisión temporal, sin efecto objetivo concreto respecto de las posibilidades procesales o probatorias de la persona, alcance el grado de afectación y trascendencia suficientes para acudir al remedio extremo.

Sobre el particular, en reciente decisión esto anotó la Sala (CSJ SP, 4 dic. 2013, Rad. 36324):

«No obstante, igualmente ha precisado la Corte que la ausencia de defensor o el abandono de la gestión sólo son susceptibles de invalidar la actuación procesal cuando en las circunstancias particulares del caso concreto terminan siendo relevantes:

"[S]i en un momento determinado el procesado dejó de tener asistencia técnica, ello no significa que la actuación así cumplida devenga en ineficaz por ese solo motivo, ya que en virtud del principio de trascendencia que orienta la declaración de nulidades, sólo si la irregularidad afecta de manera irreparable las garantías del sujeto procesal, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, resulta inevitable su criterio.

Tal posición encuentra arraigo en que si la irregularidad es oportunamente corregida, de manera que el abogado designado pueda ejercer adecuadamente los actos defensivos que pudo haber realizado durante el tiempo que el procesado careció de defensa técnica, debe entenderse que el derecho no ha sido conculcado o que se ha restablecido, pues ningún sentido tendría invalidar el proceso para que la defensa vuelva a tener una oportunidad que ya tuvo»^[2].

Respecto de la declaratoria automática de nulidad cuando ella abarca toda una etapa procesal, esto se anotó también (CSJ SP, 11 jul. 2007, Rad. 24297):

«En este sentido, ya suficientemente tiene decantado la Corte que la prosperidad del cargo que remite a la ausencia de defensa técnica o su abandono demanda demostrar efectivamente causado un daño trascendente, de tanta singularidad él que necesariamente incidió en el fallo, a la manera de entender, por vía contraria, que de haber contado con un profesional del derecho ejerciendo eficientemente su labor en ese preciso momento procesal, el resultado final hubiese sido otro, dígase la absolución, o cuando menos una atemperación de la responsabilidad penal.

Al efecto, la Corte ha establecido de antaño, pacíficamente, que únicamente en los casos en los cuales el abandono defensivo operó durante una etapa completa del proceso, dígase la instrucción o el juicio, se determina automática la nulidad, dado que una tan profunda carencia representa clara violación de las mínimas garantías procesales y ostensible quebrantamiento de la estructura misma de la actuación penal. En los demás casos, cabe agregar, dando cumplimiento al principio de trascendencia, es menester demostrar efectiva afectación del derecho de defensa para que tenga eco la solicitud de nulidad»^[3].

Trasladada la jurisprudencia al caso concreto, lo primero que cabe anotar es la imposibilidad de decretar la nulidad por la sola determinación de que durante algún tiempo no contó con defensa técnica el acusado, pues, de la demanda y el recuento cronológico allí realizado fácil se advierte que el dicho lapso no cubrió toda una etapa, incluso porque, como así lo acepta el recurrente, gran parte de ese término discurrió completamente inoficioso.

Debió el impugnante, en consecuencia, demostrar que esa omisión defensiva trajo efectivo desdoro a la situación *sub iudice* de su representado judicial, para así sustentar el factor de trascendencia que obligaría la anulación de lo realizado sin presencia del profesional del derecho.

En ese cometido, el actor detalla todas y cada una de las pruebas que fueron recogidas en el periodo definido como propio de la carencia de defensa técnica, arriesgando una muy particular interpretación de su contenido y efectos.

Empero, dicha tarea asoma completamente inane para el factor menesteroso de comprobación, en tanto, lo que se reputa dañoso no es que se practiquen sin la intervención de la parte acusada, y ni siquiera que ellas posean mayor o menor efecto incriminatorio –pues, ello conduciría a decretar la nulidad en todos o casi todos los casos-, sino la efectiva afectación del derecho de defensa y contradicción, que precisamente comporta una amplia gama de posibilidades.

Entonces, para que pueda tener buena fortuna la pretensión nulificante del casacionista, indispensable se yergue demostrar con objetividad que esos elementos de juicio recogidos no permitieron controversia, ora con la presentación de prueba en contrario, ya con la solicitud de un nuevo llamamiento a comparecer en la etapa del juicio para explorar determinados tópicos confusos, contradictorios o necesitados de interrogatorio concreto.

Es claro que ello no existió, no solo porque el demandante se guarda de significarlo en su escrito, sino en atención a que expresamente asevera en el cargo que fue precisamente por virtud del llamamiento realizado en el juicio, que dos de los testigos pudieron significar alguna especie de presión a la que fueron sometidos en su inicial atestación, por el fiscal.

Ahora, que esas pruebas recopiladas sin actividad de la defensa, hubiesen sustentado el escrito de acusación, tal cual afirma el demandante, es asunto que en nada modifica el prisma que gobierna la resolución de lo discutido, como quiera que precisamente la razón de ser de las mismas es llevar al funcionario un conocimiento necesario para adoptar las decisiones propias del proceso.

En otras palabras, cimentada la controversia en la vulneración o no del derecho de defensa de manera trascendente, lo importante no es examinar, en principio, cuál fue el efecto de las pruebas, sino cómo ellas pudieron ser controvertidas efectivamente.

Pero además, si se trata de significar que la ausencia del profesional del Derecho en su práctica o aducción, representó ostensible afectación para la postura del acusado, era indispensable significar, de manera objetiva y no simplemente especulativa, cómo de verdad la intervención del abogado hubiese mutado el efecto incriminatorio concreto del medio de conocimiento.

Por último, tímidamente el libelista asume que también la expedición del auto que resolvió la situación jurídica de su representado, le representó afectación al no haber sido notificada al defensor, por carecer del mismo, no empece que allí se abstuvo la Fiscalía de imponer en su contra medida de aseguramiento.

Dicha afectación, no obstante, se queda en el mero enunciado, dado que para soportarla jurídicamente se limita a especular, aceptando la imposibilidad de controvertir el auto dado que favorece al procesado, que *"la defensa hubiese podido alegar la procedencia en ese momento, de la preclusión instructiva, en*

busca de la necesaria coherencia jurídica entre aquel supuesto jurídico (inexistencia de delito, aclara la Corte) y la decisión a tomar”.

Desde luego que a partir del contenido de una decisión claramente favorecedora de la condición del vinculado penalmente, no pueden construirse, sustentado en la ausencia de defensor que fuera informado de ella, hipotéticas actuaciones futuras que ni siquiera se precisan en su fundamentación legal o posibilidades de éxito.

En suma, como en contra de la reiterada y pacífica jurisprudencia de la Corte, el recurrente busca eludir la determinación de trascendencia del yerro asumiendo que por sí misma la ausencia prolongada de defensa técnica genera la nulidad invocada, necesaria se alza la inadmisión del cargo.

b) Violación del debido proceso y derecho de defensa por no hacerse notificaciones personales a quienes se hallaban privados de la libertad.

Igual de artificiosa al cargo anterior, se ofrece la presentación remitida a que al acusado no se le notificaron en el interior de su reclusión, todas y cada una de las decisiones tomadas en el trámite procesal, muchas de ellas, incluso, completamente ajenas a su condición particular o intereses.

No puede el demandante, se le reitera, convertir en rasero único de definición del tópico, el referido a la materialización externa de la irregularidad, como quiera que con ello desconoce de manera flagrante que el proceso y todas las aristas que lo conforman, particularmente, la notificación de lo sucedido a su interior, comporta una relación de medio a fin, a la manera de significar que el enteramiento personal de las decisiones opera como mecanismo de protección de otros derechos que pueden activarse por ocasión de ese necesario conocimiento.

Como el acto no se justifica en sí mismo, el principio de trascendencia, total a la determinación de la irregularidad y sus efectos, reclama de quien asevera su materialización, demostrar de manera cabal y objetiva el daño concreto que respecto de los dichos derechos produjo la omisión criticada al funcionario judicial.

De esta manera, cuando se busca significar que era imprescindible haber notificado un determinado acto procesal, decisión, diligencia o traslado, independientemente de que de forma general la norma consagre esa forma de enteramiento personal de aquellos privados de la libertad, lo obligado de quien plantea la controversia con pretensión nulificante es definir en concreto cómo ese acto, decisión, diligencia o traslado, interesa al confinado en centro de reclusión.

No basta, cabe anotar, con esa inicial definición de interés, dado que la trascendencia del yerro no parte de vinculaciones abstractas o genéricas, sino de comprobaciones concretas de daño, referidas necesariamente a la verificación de que la ausencia de notificación personal impidió ejercer un derecho específico – dígame, para el efecto, impugnar una decisión contraria- y ello no fue posible

sanarlo por otra vía o posteriormente –como cuando la decisión no fue notificada personalmente al detenido, pero sí a su defensor y este la impugnó oportunamente-.

Ninguno de estos parámetros fue el seguido por el impugnante en el cargo examinado, en tanto, apenas hizo una extensa relación de las diligencias, actos o decisiones dejados de notificar a HOENISBERG BORNACELLY en su sitio de reclusión, sin especificar cómo estos lo afectan positiva o negativamente, ni mucho menos delimitar el daño individualizado y objetivo que la omisión le produjo.

Apenas enuncia el actor, para cumplir con tan precisa carga, que por el delito de peculado debió haber sido condenado también el vendedor del predio, pero como ello no ocurrió, la Fiscalía al advertir el desaguisado dejó de hacer una comunicación al procesado, atinente a la negativa de realizar un acto conciliatorio con aquel.

De tal contenido especulativo el tópico referido por el censor, que apenas produce perplejidad ante la nula posibilidad de soportar la sustentación de trascendencia requerida.

En consecuencia, la precaria formulación del yerro conduce a la inadmisión del cargo.

c) Vulneración del debido proceso y derecho de defensa por omitir la práctica de una prueba.

En el cargo, vulnerando el principio de autonomía que gobierna la discusión en sede de casación, el recurrente pretende entremezclar dos circunstancias diferentes, referidas a la violación del derecho de defensa, fruto de omitir practicar una prueba pedida por la defensa de HOENISBERG BORNACELLY, y del debido proceso, consecuencia de no haber cerrado en debida forma la etapa probatoria del juicio a fin de dar lugar a la fase de alegatos.

Es claro para la Corte que se trata de dos situaciones distintas que, por su naturaleza y efectos, debió examinar en capítulos separados el demandante, pues, su planteamiento y discusión en el mismo espacio generan evidente confusión e impiden determinar a cabalidad cuál es la pretensión básica del casacionista.

Confusa es, así mismo, la argumentación que se presenta para soportar el vicio de procedimiento, en tanto, se hace un recuento de cómo el fallador de primer grado luego de cerrar la etapa probatoria retrotrajo el trámite cuando ya habían presentado sus alegatos de cierre el fiscal y el Ministerio Público, aunque no practicó la prueba testimonial pedida por la defensa, y señaló que la solicitud de nulidad sería resuelta en el fallo, pero no existió pronunciamiento al respecto en la sentencia y el Tribunal *"tergiversó el fundamento de la nulidad solicitada, para evadir su estudio y así justificar el rechazo a la petición"*.

Lo primero que debe señalar la Sala frente al galimatías procedimental expuesto por el demandante, es que de allí no se observa evidente ni sustancial vulneración del debido proceso y, en particular, de los intereses que animan a la defensa de HOENISBERG BORNACELLY, pues, aunque puede estimarse irregular el comportamiento de retrotraer el trámite cuando ya se habían escuchado los alegatos de Fiscalía y Ministerio Público, a lo sumo esa práctica probatoria nueva y la imposibilidad de pronunciarse de fondo sobre ella, podría perjudicar a estas dos partes, si no se les concedió de nuevo al palabra, pero no a la representación profesional del acusado, ni a este mismo, ante la evidente constatación que su turno incluyó todos los elementos de juicio recopilados y en nada se vulneró el llamado "*Derecho a la última palabra*".

Ahora, si se estima que la prueba practicada cuando ya había sido cerrado ese ciclo, asoma ilegal o inválida, pues, así debió haberlo alegado el casacionista, en tema sobre el cual guardó absoluto silencio.

Respecto del segundo tópico, la omisión en responder la solicitud de nulidad por parte del juez de primera instancia, es necesario precisar que nunca el demandante especifica por qué la solicitud de nulidad debía ser resuelta *in situ* y no en el fallo, como lo advirtió el *A quo*, o cómo la remisión al acto de fondo -sentencia- que resuelve todas las cuestiones planteadas, desquicia las bases mismas del procedimiento o sus estructura antecedente-consecuente.

Se queda, así, en simple enunciado la manifestación del recurrente.

Por lo demás, tampoco precisa el daño causado con la omisión del fallador de primer grado en resolver la cuestión, o mejor, por qué no puede entenderse saneada dicha imprevisión con la intervención del Tribunal, que expresamente se pronunció sobre el tópico.

En este sentido, la alegación del demandante en el cargo desvía su norte de vulneración del debido proceso, en cuanto vicio *in procedendo* enunciado superficialmente, para significar que el yerro en la respuesta del Ad quem remite a un error *in iudicando*, pues, partió de presupuestos errados para estimar correcta la decisión del juez de no practicar el testimonio de Olga Castro.

De esta manera, el grueso de la argumentación del defensor de HOENISBERG BORNACELLY, se centró en la necesidad de recibir el testimonio en cita, para lo cual partió por advertir errado el pronunciamiento del Tribunal cuando señaló que la atestación correspondió a prueba de oficio decretada por el *A quo*.

Y, en efecto, asiste la razón al recurrente cuando significa deprecada esa prueba por la defensa, en tanto, la verificación de lo sucedido en la fase del juicio permite advertir cómo en escrito recibido el 3 de agosto de 2009 por el despacho de conocimiento, el abogado anterior de HOENISBERG BORNACELLY, además de invocar la nulidad de parte de lo actuado, expresamente solicitó "*Recibirle*

declaración a OLGA ESTHER CASTRO, para que en su condición de entonces asesora jurídica externa de la Alcaldía del Distrito de Barranquilla, aclare al juicio cuáles son las normas que según ella debían aplicar para la adquisición de inmuebles y aclara si ella redactó la promesa de compra venta cuestionada...".

En la audiencia preparatoria realizada el 13 de agosto de 2009, el juzgado de manera concreta aceptó, entre otros testimonios, recibir la declaración de Olga Esther Castro, conforme lo solicitado por el apoderado de HOENISBERG BORNACELLY.

Incluso después el defensor, al parecer ante la dificultad de hallar a la testigo, pidió allegar de la alcaldía del Distrito de Barranquilla, su hoja de vida, en cuanto, antigua empleada del ente municipal, para efectos de conocer la dirección de su residencia.

Conforme lo anotado, surge evidente que el Tribunal erró al señalar decretada de oficio la práctica del testimonio de Olga Castro.

Sin embargo, no fue esa la única razón que sustentó la negativa del *Ad quem* a declarar la nulidad solicitada por la defensa, y tampoco es posible afirmar, en seguimiento del principio de trascendencia que gobierna el tema de la invalidación del trámite procesal, que la sola omisión en la práctica probatoria, aún definida su conducencia y pertinencia, pues, precisamente por ello fue aceptada, conduce al remedio extremo en cuestión.

Respecto del pronunciamiento del Tribunal en punto de la nulidad solicitada por la defensa de HOENISBERG BORNACELLY en el escrito de apelación, si bien infortunada su remisión a la prueba de oficio, es lo cierto que la Sala de Decisión asumió el examen material de lo que la prueba puede contener de frente a las expectativas de la defensa, para significar que no es cierta la afirmación de los recurrentes consignada allí –similar a la que ahora soporta el cargo en casación-, atinente a que esa atestación habría de modificar la sentencia condenatoria de primer grado.

En sustento de lo adverbado, el *Ad quem* determinó absolutamente especulativa la manifestación de los apelantes, en tanto, no se conoce si lo expresado por la declarante habría de incidir positiva o negativamente en su postura y evidente surge que la decisión de primera instancia no se basó en "*lo hecho o dejado de hacer o dicho o dejado de decir por esta ciudadana*".

Es más, puntualmente el Tribunal estableció, respecto de lo pretendido con la prueba dejada de allegar^[4]:

"Consuno a lo anterior, no podemos pasar por alto que dentro del sistema mixto que rige la cuerda procesal que rige el caso objeto de estudio, se da la denominada permanencia de la prueba, por ello, el material inmerso en el expediente de marras, inclusive desde sus primeros folios, puede ser objeto de valoración por todos los intervinientes, ya que en sí mismos

constituyen pruebas, con las cuales, aplicando el sistema de la libre valoración de la prueba, sana crítica y reglas de la experiencia, se pueden crear estrategias defensivas, con las cuales, de encontrar eco en la psiquis del administrador de justicia, se puede sacar adelante cualquier tesis defensiva. Por lo tanto, si lo que se pretendía con esta declaración era restar credibilidad al dicho de la señora Escrig Saieh, en el entendido que la Dra. Olga Castro nunca tuvo contacto con la documentación de la cual se desprendió la promesa que hoy ocupa la atención de la Sala, fácilmente pudo hacerse uso por parte del hoy peticionario, del documento que aparece inmerso a folio 123 del cuaderno de Anexos N° 1, a través del cual la precitada desconoce cualquier contacto con la asesora inmobiliaria vinculada a FONVISOCIAL o con la documentación relacionada al lote denominado "El Santuario"."

Es evidente, acorde con lo transcrito, que la nulidad deprecada por los apelantes, no fue negada exclusivamente bajo el argumento de la oficiosidad de la prueba.

Pero, además, nunca en el cargo presentado en casación el demandante se ocupa de examinar -ni siquiera alude al mismo- o controvertir el apartado argumental concreto en el que el Tribunal advierte especulativo el resultado de la prueba omitida -porque nunca se pudo precisar si esta favorecería o no la tesis defensiva- e incluso sostuvo que para controvertir la atestación de ESCRIG SAIEH, perfectamente podía acudir a lo expresado por Olga Castro en el oficio inserto en el expediente.

Son esas manifestaciones del *Ad quem*, las que debe abordar el casacionista para demostrar el error del fallo, y no sus muy particulares e interesadas posturas acerca de lo que la prueba dejada de practicar pudo arrojar, reiterando lo que fue sustento de la apelación.

En este sentido, nada agrega para el debate reiterar cuál puede ser la "*conducencia*" de la prueba (aunque en estricto sentido la argumentación remite a su pertinencia), pues, se supone que esa discusión ya fue objeto de consideración por parte del fallador, cuando precisamente dispuso su admisión.

Sucede, sin embargo, que la controversia en sede de nulidad discurre por apartados diferentes, remitidos a la efectiva demostración, cabal y objetiva y no simplemente especulativa, de que la omisión produjo un daño específico, de tal trascendencia que sin ella el fallo habría sido diferente.

Cuando el fallador de segundo grado aseveró que la condena impuesta no tuvo como soporte lo que dijo o pudo decir la testigo tantas veces citada y agregó que de ella ya se poseía una manifestación testimonial contenida en un documento, estableció unas pautas objetivas que debieron ser contradichas por el recurrente.

Alejado de ello, en el cargo estudiado la defensa de HOENISBERG BORNACELLY despliega abundante espacio en significar qué pudo haber dicho la declarante –sin precisar nunca en qué basa la aseveración meramente hipotética-, todo radicado en la necesidad de desvirtuar la prueba de incriminación contenida en lo atestiguado por la coprocesada ESCRIG SAIEH.

Empero, basta observar lo alegado en la apelación y lo consignado en los otros cargos plasmados en la demanda, de los cuales la Corte se ocupará a despacio en líneas posteriores, para evidenciar cómo lo dicho por la acusada ESCRIG SAIEH, ha sido controvertido por múltiples medios probatorios, incluida esa atestación documental que de Olga Castro se registra en el expediente, por lo que se desnaturaliza esa superlativización del criterio de necesidad al que acude el demandante.

Mírese, a manera de ejemplo que corrobora lo señalado, que en el escrito de apelación del fallo de primer grado, el defensor para ese entonces de HOENISBERG BORNACELLY, sostuvo^[5]:

"Olga Castro de acuerdo al oficio que obra en el folio 219 del cuaderno de Anexo 7, aclara y explica las afirmaciones que obran en el oficio del 13 de abril del año 2.000 (sic), suscrito por Carmen Escrigh, y allí ella desmiente que se hayan dado discusiones previas en la Secretaría de Hacienda".

El tópico central que dice la defensa se determina con la declaración de Olga Castro, esto es, la inexistencia de reuniones previas en la Secretaría de Hacienda, fue objeto de prueba documental en la que reposa lo dicho por ella al respecto, sin que el demandante explique por qué se torna indispensable que esa misma manifestación se haga de manera oral en audiencia pública.

Así las cosas, dado que el demandante confunde en un solo cargo disímiles circunstancias que dice atentan contra el debido proceso o el derecho de defensa, pero primordialmente en atención a que nunca logra demostrar la trascendencia de las irregularidades, se hace necesario inadmitir el cargo.

d) Violación del principio de investigación integral y de los derechos al debido proceso y defensa, por adelantarse la actuación con el expediente incompleto.

Previo a responder las inquietudes del actor, la Corte aclara que dada la identidad temática con los planteamientos esbozados en los **cargos primero y segundo del libelo casacional alegado por el defensor de BERNARDO HOYOS MONTOYA**, la contestación a los mismos se hará conjuntamente en esta oportunidad.

Ahora bien, la Corte verifica, al inicio, que efectivamente las pruebas reseñadas en los cargos por los demandantes, fueron oportuna y legalmente practicadas; pero además, que los registros magnetofónicas de las mismas no se acompañaron a los cuadernos del expediente enviados al Tribunal para efectos

de resolver la apelación planteada por todas las partes en contra del fallo de primer grado.

No obstante, la omisión carece de los efectos que pretenden darle ambos casacionistas -reiterar la práctica probatoria-, conforme se analizará seguidamente.

En primer lugar, entonces, se torna indispensable significar cómo también en este cargo se mezclan errores *in procedendo* con vicios *in iudicando*, sin establecerse jerarquía o independencia entre ellos, al extremo de confundir el principio de publicidad con el debido proceso y el derecho de defensa. Ello abarca ambas demandas, en tanto, aunque el defensor de HOYOS MONTOYA separa en dos cargos su crítica, finalmente confunde en ambos la violación al debido proceso y el derecho de defensa.

Pero además, se muestra inconsecuente que la solicitud final del cargo postulado por la defensa de HOENISBERG BORNACELLY, se encamine a que deban de nuevo practicarse la pruebas cuyos registros magnéticos debieron enviarse a la segunda instancia, cuando es claro que con solo allegar esos registros, si se dijera necesarios para la decisión del *Ad quem*, se suple la omisión.

Esto porque, como se deja certificado por la Corte en las correspondientes constancias secretariales, esos registros sí existen y estuvieron siempre custodiados por el juez de primer grado, quien los hizo llegar a la Sala oportunamente.

La discusión, por lo anotado, estriba en determinar si para el Tribunal era indispensable conocer dichos elementos de juicio, en su esencia de contenido testimonial; o si de verdad, como postulan los dos actores en los cargos comunes cuyo análisis hace conjuntamente la Corte, las manifestaciones de los testigos se alzan de tanto valor que con ellos necesariamente la decisión hubiese devenido absoluta.

Respecto de lo primero es tempestivo puntualizar que por ocasión del principio de limitación, inserto en el artículo 204 de la [Ley 600 de 2000](#), la intervención del superior en sede de apelación del fallo de primer grado, tiene como hito fundamental el objeto de impugnación y "*los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados*" a este.

Por manera que no es posible exigir del Tribunal abordar de nuevo todos y cada uno de los elementos que componen la definición de existencia del delito y responsabilidad penal de todos los acusados, ni tampoco reclamar que también en reiteración a lo efectuado por el A quo, examine individualmente y en su conjunto la totalidad del acopio probatorio.

No. Ese principio de limitación implica que la injerencia del ad quem se limite a los tópicos esencialmente planteados por el impugnante, de conformidad

con los argumentos precisos presentados en su apoyo, sean estos fácticos, jurídicos o probatorios.

Al efecto, lo primero que cabe significar es que ni de manera expresa, ni tácitamente, los apelantes –que aquí fungen en calidad de casacionistas respecto del cargo en estudio- invocaron del ad quem, cuando postularon su inconformidad con el fallo de primera instancia, la verificación de los elementos suasorios contenidos en los registros obviados de enviar al Tribunal, ni tampoco acudieron a pruebas distintas de las consideradas por el *A quo* en su fallo.

La sentencia de segunda instancia, por tal virtud, estuvo ceñida estrictamente al objeto de apelación y las circunstancias fácticas, probatorias y jurídicas allí consignadas, sin que las demandas de casación o el cargo conjunto bajo análisis significaran, así fuese por vía adjetiva, que dejaron de resolverse las cuestiones fundamentales o no se tuvieron en cuenta elementos de juicio directa o indirectamente referenciados en los escritos impugnatorios.

Por lo demás, verificado el contenido íntegro de los escritos de apelación presentados por la defensa de los acusados HOYOS MONTOYA y HOENISBERG BORNACELLY, evidente se observa que las pruebas ahora reclamadas nunca fueron invocadas allí, ni mucho menos soportaron la tesis central de inocencia pregonada.

Así, el profesional del derecho encargado de atender los intereses judiciales de HOYOS MONTOYA, en el escrito de apelación dirigió su crítica a atacar la estructuración del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, particularmente, en lo que atañe a la materialización del ingrediente subjetivo del tipo.

Para tal efecto, alude al tipo penal y la que entiende forma de interpretación de sus ingredientes, hasta concluir en la inexistencia de certeza respecto a que en la tramitación o ejecución del contrato de promesa de compraventa del terreno, exista el propósito de obtención de provecho.

Con el mismo propósito, diserta extensamente acerca de los principios de legalidad y seguridad jurídica.

En suma, la discusión planteada no superó el campo estrictamente jurídico.

A su turno, el defensor de HOENISBERG BORNACELLY, se ocupa inicialmente de plantear irregularidades que a su juicio conducen a decretar la nulidad de parte de lo actuado (alegación reiterada en sede de casación).

Luego, advierte de la inconsistencia de la Fiscalía, que en cada momento procesal entrega una diferente circunstancia para determinar la tipicidad del delito de peculado por apropiación, asumiendo, a renglón seguido, el examen dogmático de la ilicitud en cuestión y los ingredientes que la nutren, hasta

concluir en que no existe afectación patrimonial para el Distrito de Barranquilla, dado que actualmente posee una cuarta parte del lote adquirido y si paga el dinero restante podrá hacerse a un terreno valorado en \$42.567.262.560.

Ahora, en el escrito de apelación se hace alusión a un peritaje, pero precisamente al que tuvo en cuenta el fallador de primer grado y consideró el ad quem, que refiere al valor estimado del lote adquirido.

Atinente al delito de *celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, el apelante, basado en pruebas diferentes de las que ahora se dice omitidas en su traslado al fallador de segundo grado, busca desvirtuar lo consignado en el fallo de primera instancia, para lo cual dice preexistente la disponibilidad presupuestal, cumplido el principio de especialización presupuestal, inadecuadamente aplicadas las normas regulatorias del tema y cabalmente apegado a la ley el contrato de promesa de compraventa, sin ningún tipo de vicio respecto a sus requisitos esenciales.

Y si bien, se menciona a Francisco Omar Meza y Rafael Tovar Vanegas – dos de los declarantes cuyo registro de lo declarado en el juicio no fue enviado a la segunda instancia-, no se hace para remitir a sus dichos del juicio, sino a un documento enviado por el primero y al avalúo ejecutado por el segundo con antelación a la firma de la promesa de compraventa.

Por último, en amplio escrito el procesado HOENISBERG BORNACELLY sustentó su apelación al fallo de primera instancia, con variados argumentos que van desde la solicitud de nulidad por la omisión en la práctica de una prueba estimada trascendental, hasta la particular determinación de que en el contrato de promesa de compraventa se respetaron a cabalidad las exigencias legales.

En curso de la impugnación el recurrente referencia variadas pruebas, las más de ellas documentales o periciales, pero no hace alusión a aquellas omitidas en su traslado magnetofónico a la segunda instancia.

Y aunque alude de manera accesoria a un "*concejal*" que ratificaría lo dicho por el jefe de presupuesto, no detalla quien es él, si bien especifica que lo declarado por este también reposa "*en una certificación que está en el Cuaderno del Despacho de este juzgado...*".

En fin, que la revisión de los motivos de apelación y los elementos probatorios que los sustentan, permite definir inconcuso que lo dejado de enviar en registros magnetofónicos resultaba ajeno a ello y, por contera, de haberse allegado ninguna incidencia habría tenido en la decisión hoy controvertida en casación.

Pero, de igual manera, la justificación de trascendencia que soporta los cargos presentados de consuno, respecto del tema, por los defensores de HOENISBERG BORNACELLY y HOYOS MONTOYA, quienes de forma extemporánea pretenden darle a las pruebas en cuestión una importancia que

nunca advirtieron cuando impugnaron el fallo de primera instancia, se observa precaria, por decir lo menos, pues, sin siquiera detallar qué en concreto dijeron los testigos o abordar las razones específicas que nutrieron la condena atacada, de buenas a primeras, en afirmación genérica y descontextualizada, concluyen que por ocasión de esos elementos de juicio terminan completamente desnaturalizados los motivos soporte del fallo.

Al efecto, nunca reseña el defensor de HOENISBERG BORNACELLY, qué en particular dijeron Francisco Omar Meza, Luis Fernando Acosta Ossio o Nelson Morales Echeverría, no empece lo cual concluye que de haberse tenido en cuenta, habría sido descartado "*el supuesto vicio de los títulos*".

Ni tampoco específica qué dijo el perito Rafael Tovar Vanegas en el juicio, diferente de lo expuesto en sus otras intervenciones durante el proceso, que permita advertir efectivamente importante lo dejado de examinar por el *Ad quem*.

En este sentido, desde luego que resulta ajeno a lo discutido sostener, como lo hace el citado defensor en el cargo estudiado, que "*si se hubiera hecho un análisis de los dictámenes periciales, se hubiera encontrado que jamás ha existido apropiación apoderamiento y detrimento por parte (sic) del tercero*", ostensible como surge que esos dictámenes no hacen parte del acopio que se dice no trasladado a la segunda instancia.

Por último, resulta inexplicable que el mismo profesional del Derecho diga haber sido afectado con la omisión de envío de los registros magnetofónicos, dado que supuestamente no conoció esas pruebas, cuando se parte del supuesto de que ellas fueron practicadas en la audiencia pública a la que asistió la defensa de los acusados.

De esta forma, sea porque procesalmente no le era exigible al Tribunal examinar la prueba contenida en los registros magnetofónicos dejados de enviar por el *A quo*; o porque su trascendencia jamás fue justificada, deben inadmitirse los cargo de nulidad propuestos por los defensores de GUILLERMO ENRIQUE HOENISBERG BORNACELLY y BERNARDO HOYOS MONTOYA, aquí estudiados conjuntamente.

e). Violación del derecho de defensa y el debido proceso por omitir examinar el recurso de apelación

La Sala tiene que referir, frente al cargo propuesto por la supuesta omisión del Tribunal en considerar lo expresado por HOENISBERG BORNACELLY, en uso de su defensa material, mediante el escrito de sustentación de la apelación suscrito por él, que también la obligación de respuesta asoma material y, entonces, el que no exista en el fallo de segundo grado un acápite formal que resuma esos alegatos, o que expresamente se omita decir a quién se contesta cuando se hace una determinada afirmación, de ninguna manera representa

vulneración a los principios de doble instancia y contradicción, o al derecho de defensa.

Variados, como jueces o Tribunales existen, pueden ser los estilos de argumentación consignados en las sentencias, de cuyo contenido no se exigen formulas preestablecidas o estándares comunes, sino adecuada respuesta al objeto de discusión y las alegaciones de las partes.

Entonces, si la sentencia optó en su redacción formal por tratar de manera genérica los temas, sin discriminar respuesta para cada alegación, o incluso si ella olvidó resumir lo argumentado por uno de los impugnantes, pero en su fondo examinó la discusión central planteada, de ninguna manera es posible derivar afectación a los derechos arriba citados, en tanto, el asunto fue debatido y respondido.

Tampoco es factible pregonar omisión fundamental si la decisión no examina al detalle todas y cada una de las aristas fácticas, probatorias y jurídicas consignadas en la impugnación, pues, si del texto general se asume superada la controversia, o mejor, solucionado el tópico con otra visión, desde luego contraria a la del recurrente, ello por sí solo representa respuesta tácita a los argumentos.

En fin, que la discusión de omisión trascendente reclama la verificación concreta del daño a partir del examen del contenido íntegro de la providencia, en contraste, no con específicas manifestaciones del impugnante, sino con el objeto y sustento básico de la impugnación.

Para el caso concreto, lo primero que debe destacar la Sala es la consonancia temática entre lo impugnado por el acusado y el contenido del escrito de apelación signado por su defensor, en cuanto, hermanan su crítica a la validez de lo actuado, por no recabarse un testimonio, el de Olga Castro, estimado fundamental, y luego asumen el estudio detallado del contrato de promesa de compraventa para advertirlo ceñido a la legalidad, hasta derivar, también con particular examen probatorio, en que no hubo detrimento patrimonial para la administración y, en consecuencia, carece de tipicidad la acusación por el ilícito de peculado por apropiación a favor de terceros.

Es más, puntualmente, respecto de uno de los dos fragmentarios aspectos abordados por el casacionista como propios de la apelación directa del acusado y desconocido por el *Ad quem* –la necesidad o no de registro presupuestal previo y su efectiva existencia-, se advierte cómo en el escrito de impugnación del fallo de primer grado suscrito por el entonces defensor, expresamente se examina el tema en un capítulo rotulado "*La expedición de los certificados y registros presupuestales se hicieron en el marco de la ley*"^[6].

Esos, todos, fueron asuntos tratados detalladamente por el fallador de segundo grado, solo que examinó las pruebas y normas de manera diferente a como lo hicieron los apelantes.

Entonces, de manera general es fácil advertir que los motivos de disenso consignados en la apelación suscrita por HOENISBERG BORNACELLY, sí fueron tratados y respondidos en el fallo ahora controvertido en la sede casacional.

Desde luego que allí, como sucedió con los argumentos plasmados por todos quienes apelaron la sentencia, incluida la Fiscalía, no se tomó detalladamente cada afirmación o soporte de los muchos escritos sustentatorios, sino que se respondió ampliamente a partir de la específica visión que del asunto tiene el ad quem, cuya preferencia por determinadas pruebas o cuerpo normativo, de ninguna manera puede señalarse omisiva, sino simplemente contraria a la distinta visión del afectado con la sentencia.

El demandante, sobre el particular, asevera que si de verdad el *Ad quem* hubiese considerado las argumentaciones de HOENISBERG BORNACELLY, con seguridad hubiese tomado otra decisión, dado que el impugnante ofreció elementos probatorios y normativos que a ello conducen.

Sin embargo, esos que dice factores novedosos el casacionista, no pasan de representar los elementos de juicio o la valoración interesada que de la ley y las pruebas hace el acusado, no compartidos por el Tribunal.

Es que, sostener ajeno a la valoración del Ad quem, lo contenido en los dictámenes periciales brindados por Álvaro Tovar Vargas, o la actuación que en el trámite tuvo CARMEN ESCRIG SAIEH, o incluso la existencia de variada normativa para regular la intervención del dicho perito, representa craso desconocimiento del fallo atacado y sus fundamentos, pues, incluso en el cargo el demandante transcribe apartados de la sentencia en la que se abordan los temas en cuestión.

Y, no puede ser suficiente soporte para la discusión manifestar que no se escogió determinado cuerpo normativo, o que en la foliatura existen pruebas que controvierten lo dicho por el Tribunal, cuando es lo cierto que en su labor intelectual ese cuerpo colegiado dio mayor prelación a otras normas o elementos suasorios, sin que se ocupe el hoy impugnante de hacer un estudio contextualizado de la parte motiva del fallo.

Todo lo contrario, a fin de soportar su particular tesis el recurrente apenas transcribe algunos apartados de la sentencia y a ello opone las normas o pruebas que en su criterio informan lo contrario, con lo cual la argumentación deriva hacia típico alegato de parte en el que se busca hacer valer la propia interpretación a la más autorizada del fallador, actividad ajena al escenario de casación.

Y, además, si solo se toma en consideración uno de los apartados del fallo, o mejor, apenas una o algunas de las tantas razones que condujeron a determinar carente de requisitos legales el contrato de promesa de compraventa, deja de demostrarse la trascendencia del yerro, como quiera que el cometido de

la demanda de casación no se supera con la simple postulación de la irregularidad.

Se repite, para que el cargo pueda tener buena fortuna, se obliga no solo determinar objetivamente la omisión en el sustento de la sentencia –que supuestamente no consideró los argumentos del apelante-, sino la trascendencia de ello, que demanda superar la explicación fragmentada e interesada de lo que contienen pruebas y normas, para incursionar en el examen conjunto de las razones que llevaron a la condena.

Como jamás el casacionista trajo a colación de forma objetiva todas y cada una de las razones que condujeron a la definición del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y consecuente responsabilidad penal dilucidada por el Ad quem, para sobre ello entronizar los argumentos presentados por el apelante y así demostrar fehacientemente que la decisión hubiese sido otra, resulta quebrantado el principio de suficiencia, consustancial a la demanda de casación.

En suma, nunca el cargo permite dilucidar que de verdad el Tribunal omitió considerar razones torales de la apelación signada por el acusado HOENISBERG BORNACELLY, ni mucho menos asumió la tarea de demostrar la trascendencia del yerro, si se hubiese presentado, motivos que impelen su inadmisión.

f) Violación del principio de congruencia.

Cuando al inicio de estas consideraciones se aludió a cómo la materialización de múltiples irregularidades trascendentes, emerge asunto ajeno a la generalidad de los procesos, y se advirtió que la evaluación nunca pasa por el tópico cuantitativo, quiso hacer alusión la Sala al tipo de cargos de construcción artificiosa, del tenor del que ahora se examina.

En efecto, cuando se hace alusión al principio de congruencia, necesariamente se remite a la identidad fáctica y jurídica que ha de gobernar la consonancia entre la resolución de acusación y el fallo, para efectos de preservar el principio de contradicción y el derecho de defensa, en el entendido que la acusación marca el hito fundamental del juicio para facultar del procesado y su asistencia letrada presentar efectivos mecanismos que la contrarresten.

Así mismo, por virtud de la naturaleza y efectos de la acusación, se ha entendido que el apartado fáctico de la misma resulta siempre inamovible, lo que no ocurre con la delimitación jurídica de lo ocurrido, en cuanto, incluso puede modificarse, en sede de la [Ley 600 de 2000](#), en curso de la audiencia pública de juzgamiento, una vez culminada la práctica probatoria, acorde con lo estipulado en el artículo 404 de la normatividad reseñada.

Empero, el que se rotule de inamovible el apartado fáctico de la acusación no significa, como lo entiende el demandante, que deba existir una absoluta

consonancia entre las circunstancias despejadas por el Fiscal, incluido el análisis probatorio particularmente realizado por él, con lo que el fallo consigna, pues, un tal unanimismo se antoja por esencia absurdo si en cuenta se tiene, entre otros aspectos, que la dinámica misma del proceso penal y la reconstrucción que allí se hace de una verdad histórica a partir de niveles de conocimiento progresivo, implica ir construyendo ese supuesto de hecho hasta la definición final contenida en el fallo.

Por lo demás, el fundamento mismo del principio de independencia judicial reclama para cada funcionario que asume el conocimiento del asunto, respeto por su particular visión o examen del mismo, en una flexibilización tal que si bien, le faculta verificar pruebas y circunstancias a partir de su criterio y conocimientos, desde luego, siempre bajo el tamiz valorativo de la sana crítica, por otro lado le impide desnaturalizar lo ocurrido, hasta derivar en conducta marcadamente diferente.

De esta manera, lo que se pide del sentenciador, en respeto del principio de congruencia, no es asumir los hechos y circunstancias de manera exacta a como fueron formulados por el acusador, sino mantener la esencia del delito y su consideración jurídica.

En este sentido, nunca podrá alegarse vulneración del principio de congruencia si conforme las nuevas pruebas allegadas en el juicio, o una diferente evaluación de las recogidas desde la investigación, el fallador de primer grado, o el de segundo, o la Corte en casación, cabe aclararse, admiten que efectivamente la conducta se realizó, pero soportan la materialidad de la misma o la responsabilidad del acusado, en pruebas o fundamentos diferentes.

De ninguna manera, con ello, se han modificado los hechos sustanciales, delimitados bajo consideraciones de adecuación típica específica, ni tampoco se ha violentado el derecho de defensa.

Siempre será posible que por el camino dialéctico, incluso respondiendo inquietudes de las partes, consignadas en los alegatos de cierre o impugnaciones, se adquiera una diferente visión de lo ocurrido o las pruebas que lo soportan, y ello es connatural al proceso penal y sus aristas.

Es en atención a esa posibilidad que el cuerpo esencial del principio de congruencia supera cualquier postura idealista irrealizable y remite necesariamente al hecho en sus componentes básicos para confeccionar el delito.

De esta manera, para penetrar en el caso concreto, si no se discute que la acusación se hizo consistir, respecto del apartado fáctico, en el contrato de promesa de compraventa celebrado por el Distrito de Barranquilla con un particular, al cual se le adelantó millonaria suma de dinero como parte de pago del lote sujeto a adquisición, derivándose de allí la materialización de los delitos de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* –por estimarse que no se cubrieron a cabalidad las exigencias esenciales establecidas por la Constitución y

la ley para el efecto- y *peculado por apropiación a favor de terceros* – entendiéndolo acusador y fallador que hubo detrimento patrimonial para el contratante-, resulta completamente desenfocado indicar incongruente el fallo de segundo grado, que exactamente esos mismos hechos determinó ejecutados, sólo porque privilegió circunstancias distintas a las tomadas en cuenta en la calificación del mérito sumarial o verificó las pruebas –algo apenas obvio si se tiene en cuenta que el juicio permitió allegar nuevos elementos de juicio- de forma diferente.

Es precisamente por efecto de esa nueva prueba o mejor examen de la recogida en la investigación, que se faculta legalmente modificar la forma de responsabilidad penal o fragmentar la materialidad del delito e incluso mutarlo hacia otro de menor entidad, sin necesidad de acudir a lo preceptuado en el artículo 404 de la [ley 600 de 2000](#); o acudir a la posibilidad de modificación cuando ello afecta al procesado.

Huelga anotar que esas modificaciones de la forma de participación o incluso del tipo penal asimilable al hecho, marcan severa diferencia con el análisis jurídico y verificación probatoria realizados por el acusador, solo que la ley así lo faculta bajo determinadas condiciones.

Igual sucede con las circunstancias que gobiernan la determinación de materialidad del delito y responsabilidad del acusado, que de ninguna manera pueden representar un calco de la acusación y por ello son permitidas, pero tienen como límite, en guarda del derecho a la defensa, la descripción fáctica nuclear que contiene la acusación.

Consecuentemente, todos esos elementos que el demandante dice diferencian la acusación de la sentencia de segundo grado, se inscriben en el ámbito de discrecionalidad, autonomía e independencia judicial, sin que desborden su naturaleza para afectar el principio de congruencia, pues, siempre permaneció incólume el núcleo central de la convocatoria a juicio, que no se discute por el casacionista.

Agréguese que tampoco el recurrente precisó cómo específicamente se violó el derecho de defensa con los postulados novedosos atribuidos al Tribunal, en tanto, se limitó a realizar el comparativo entre la acusación y el fallo, incluso apartándose del cargo con refutaciones puntuales de las razones esgrimidas por el ad quem para soportar la existencia del delito y consecuencial responsabilidad del procesado, sin que jamás detallara la trascendencia del error, ni señalara así fuese de forma adjetiva por qué esos aspectos ajenos a la acusación no fueron conocidos o examinados en el juicio, impidiendo el derecho de defensa.

Los yerros de argumentación y falta de soporte jurídico del cargo obligan su inadmisión.

Cargos segundo a octavo (subsidiarios): errores de hecho.

Como quiera que en estos apartados de la demanda el recurrente asume la demostración de plurales errores de hecho, la Sala estima necesario, dado que advierte en los cargos ostensible desconocimiento de la naturaleza y efectos de los mismos, que redundan en inadecuada formulación, traer a colación lo que desde antaño y pacíficamente ha consignado su jurisprudencia acerca de la forma de alegarlos (CSJ AP, 10 oct. 2007, Rad. 22597):

«2. En efecto, la violación indirecta de la ley sustancial, vía de ataque preferida por el libelista para censurar el fallo de segundo grado, está ligada a la materialización de vicios de naturaleza probatoria de dos clases distintas: de derecho y de hecho.

Los errores de derecho se subdividen en: falso juicio de legalidad y falso juicio de convicción vicios que son ontológicamente diferentes. El juicio de legalidad se relaciona con el proceso de formación de la prueba, con las normas que regulan la manera legítima de producir e incorporar la prueba al proceso, con el principio de legalidad en materia probatoria y la observancia de los presupuestos y las formalidades exigidas para cada medio, de suerte que el dislate se cristaliza cuando el fallador valora o aprecia un medio de prueba que desconoce alguna de esas ritualidades, o porque califica de ilegal una que sí las satisface y por tanto es válida.

El juicio de convicción consiste en una actividad de pensamiento a través de la cual se reconoce el valor que la ley asigna a determinadas pruebas, presupone la existencia de una "tarifa legal" en la cual por voluntad de la ley corresponde a las pruebas un valor demostrativo predeterminado o de persuasión único que no puede ser alterado por el intérprete; en consecuencia, se incurrirá en error por falso juicio de convicción cuando se niega a la prueba ese valor que la ley le atribuye, o se le hace corresponder uno distinto. Sin embargo, al desaparecer la tarifa probatoria en materia procesal penal, sustituida por el sistema de la sana crítica previsto en los artículos 238,257, 277, 282 y 287 del Código de Procedimiento Penal ([Ley 600 de 2000](#)), en principio, no es posible para los jueces incurrir en errores de derecho por falso juicio de convicción, porque la legislación penal en materia de pruebas no somete, por regla general, su raciocinio a evaluaciones dependientes de una tarifa legal probatoria.

Los errores probatorios de hecho, a diferencia de los de derecho, obligan a quien los invoca a aceptar que la prueba respecto de la que los alega fue reconocida por el funcionario como legal, regular y oportunamente allegada al proceso, toda vez que lo discutido constituye vicios fácticos que se desarrollan en tres modalidades: falso juicio de existencia, falso juicio de identidad y falso raciocinio.

Incorre en falso juicio de existencia el fallador que omite apreciar el contenido de una prueba legalmente aportada al proceso (falso juicio de existencia por omisión), o cuando, por el contrario, hace precisiones

fácticas a partir de un medio de convicción que no forma parte del proceso, o que no pertenecen a ninguno de los allegados (falso juicio de existencia por suposición).

El falso juicio de identidad se diferencia del anterior en que el juzgador sí tiene en cuenta el medio probatorio legal y oportunamente practicado, pero, al aprehender su contenido, le recorta o suprime aspectos fácticos trascendentes (falso juicio de identidad por cercenamiento), o le agrega circunstancias o aspectos igualmente relevantes que no corresponden a su texto (falso juicio de identidad por adición), o le cambia el significado a su expresión literal (falso juicio de identidad por distorsión o tergiversación).

La acreditación de un falso juicio de existencia o de un falso juicio de identidad, por tratarse de vicios objetivo contemplativos, es en extremo elemental. En el primer caso basta con identificar el contenido de la prueba omitida y el lugar en el que ésta se halla adosada a la actuación, o con señalar la precisión fáctica que corresponde a un medio de prueba extraño a la actuación o que no pertenece a alguno de los legalmente aportados; y en el segundo, es suficiente con la comparación de lo que de manera fidedigna revela la prueba, con la síntesis o aprehensión que su contenido hizo el funcionario, en aras de evidenciar el cercenamiento, la adición o la tergiversación de su texto.

Finalmente, el falso raciocinio difiere de los anteriores en que el medio de prueba existe legalmente y su tenor o expresión fáctica es aprehendida por el funcionario con total fidelidad, sin embargo, al valorarla, al sopesarla, le asigna un poder suasorio que contraviene los postulados de la sana crítica, es decir, las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o sentido común, o las leyes de las ciencias, y en tales eventos el demandante corre con la carga de demostrar cuál postulado científico, o cuál principio de la lógica, o cuál máxima de la experiencia fue desconocido por el juez, e igualmente tiene el deber de indicar cuál era el aporte científico correcto, o cuál el raciocinio lógico, o cuál la deducción por experiencia que debió aplicarse para esclarecer el asunto.

No sobra destacar que, adicionalmente, como es sabido, bien se trate de errores de derecho o ya de hecho, tras demostrar objetivamente el dislate, es perentorio acreditar su trascendencia o, lo que es lo mismo, que de no haberse incurrido en él, la declaración de justicia hecha en sentencia habría sido distinta y favorable a la parte que alega el respectivo desaguisado».

Efectuada la anterior aclaración, frente a cada reparo se tiene:

Cargo segundo (subsidiario): falso juicio de existencia.

La Corte apenas puede advertir sesgada e inconexa la argumentación presentada por el demandante aquí, en tanto, determinado que se trata de un

error que dice relación no con la valoración de la prueba, sino con su auscultación objetiva, lo menos que puede esperarse para determinar que, en efecto, se trata de prueba pertinente dejada de lado -postulado como fue un error de hecho por falso juicio de existencia por omisión-, es detallar, transcribiéndolo, qué en concreto contiene cada elementos suasorio citado.

Si el recurrente dice que el Tribunal omitió tomar en consideración elementos de juicio, certificados, que determinan inconcusa la existencia de apropiación presupuestal previa a la celebración del contrato de promesa de compraventa, necesariamente debe dar a conocer todos los elementos que reputan efectivamente valiosa esa prueba, particularmente, su aducción legal, pero más importante aún, la conducencia, pertinencia y utilidad de la misma, que de ninguna manera pasa por obligar de la Sala acudir al medio y verificar su contenido y efectos, no solo porque con ello se vulnera el principio de suficiencia, connatural a la demanda de casación, sino en consideración a que compromete la imparcialidad de la Corporación.

El recurrente menciona certificados y documentos que en su sentir atienden a la tesis propuesta, significando de manera global que contienen apropiaciones presupuestales u orden de las mismas, pero jamás transcribe el contenido específico de ellos, ni su consonancia con el contrato de promesa de compraventa y lo que allí se determina pagar, vale decir, no delimita por qué esos elementos suasorios remiten sin ambages a la negociación y sus efectos.

Cuando se conoce que las instancias tomaron en consideración un específico certificado de apropiación presupuestal, para con base en el mismo significar que esa apropiación operó posterior a la firma del contrato, se torna indispensable contrastar las que se dice pruebas no examinadas, con la evaluada por el fallador, para efectos de determinar errada la conclusión del sentenciador.

Pero además, el principio de trascendencia no se satisface con la valoración individual, en tanto, a renglón seguido, como se ha dicho desde el principio, es menester que el casacionista examine la totalidad del conjunto suasorio, despojado del yerro o, para el caso, entronizada la prueba que se dice dejada de considerar, en aras de determinar inconcuso que ya la sentencia de condena no se mantiene.

Tan precaria la forma de abordar el tema por el recurrente, al punto de impedir conocer qué es realmente lo que contiene lo dejado de asumir presuntamente por el Tribunal o a dónde conduce ello, que indispensable se torna su inadmisión.

Cargos tercero y cuarto (subsidiarios): falsos juicios de identidad.

La Sala aborda de manera conjunta estos cargos, pues, fueron justificados de similar manera y se duelen de los mismos defectos de argumentación.

Debe, decirse, en consecuencia, que de igual manera a los errores de hecho por falso juicio de existencia, el yerro por falso juicio de identidad, sea en su vertiente de cercenamiento, en la de agregación o por virtud de tergiversación, se representa objetivo y dice relación exclusiva con la lectura inadecuada de lo que contiene un medio de prueba específico.

Por tal razón, su demostración también se reclama objetiva –porque no se trata de un vicio valorativo-, fruto de contrastar lo que contiene el medio, con lo que de él leyó el Tribunal, en cuyo cometido obligatoria se hace la transcripción de los apartados pertinentes del medio y de la sentencia.

La simple presentación de los cargos examinados y su desarrollo, permite verificar que lo propuesto por el casacionista abandona por completo la causal que le sirve de soporte, para incursionar en el camino, prohibido en casación, del simple alegato de instancia, a partir del cual apenas busca contrastar su particular e interesada valoración del acopio probatorio, con la realizada por el Tribunal, pasando por alto que a esta sede llega el fallo de segundo grado prevalido de una doble connotación de acierto y legalidad, pasible de atacar únicamente con la debida demostración de uno de los yerros propios del recurso.

Si bien, al inicio del cargo tercero el casacionista sostiene que el Tribunal distorsionó el contenido de la inspección judicial, la afirmación se queda en mero enunciado, como quiera que en lugar de transcribir lo que la diligencia en cita contiene, para confrontarla con lo que de ella leyó equivocadamente el Ad quem, ocupa la argumentación en traer a colación, sin transcribirlas tampoco y apenas en resumen de lo que le interesa, pruebas que en su sentir avalan tesis contraria.

Cuando el recurrente toma lo que en su sentir contiene una prueba –sin transcribir su contenido literal- y luego advierte que el Tribunal llegó a conclusiones contrarias, evidencia patente que la discusión no opera por la senda objetiva del falso juicio de identidad planteado, en tanto, no se refiere a lo que el elemento suasorio contiene y la distorsión en la lectura del mismo, sino a las conclusiones, en cuanto valoración, contrarias del Ad quem, insertando la discusión en el campo del falso raciocinio, aunque, cabe anotar, nada hizo para verificar materializada la violación a la sana crítica que signa la causal.

Patente el yerro argumentativo del impugnante, cuando termina afirmando en el cargo tercero que *“De lo anterior podemos colegir que para los sentenciadores, sin mayor evaluación llegaron a unas conclusiones que no corresponden con la verdad material de las pruebas existentes en el expediente”*.

Y, de forma similar, cuando en el cargo cuarto sostiene: *“Ahora, otra tergiversación que hace el Tribunal, es mezclando el estudio previo de beneficios y costos o de conveniencia, para la adquisición del lote y otra cosa distinta es el estudio previo del proyecto en sí para la contratación de la obra de construcción de las 35 mil unidades de vivienda y el cual se presentó ante el INURBE y se le otorgó un préstamo de 100 mil millones de pesos”*.

Lo transcrito deja claro que la discusión planteada por el demandante se inscribe en la refutación de lo valorado por el *Ad quem* a través de la presentación de otra visión de la prueba y sus efectos, en argumentación completamente ajena al recurso de casación, incluso si se dijera mejor elaborada la tesis o de más hondo calado la auscultación probatoria.

Es necesario precisar al impugnante que esa intervención de libre confección no puede soportar el recurso extraordinario de casación, precisamente en atención a la naturaleza excepcional de este, que no representa una tercera instancia, ni medio para hacer valer tesis derrotadas anteriormente, sino escenario particular y exclusivo de determinación de vicios específicos que indispensablemente han de ser definidos conforme la causal propuesta y sus efectos.

De esta manera, si lo buscado es controvertir las conclusiones a las que llegó el sentenciador en el examen probatorio, debe demostrarse que lo valorado vulnera las reglas de la sana crítica en su triple vertiente de ciencia, lógica o experiencia, como en el apartado jurisprudencial transcrito por la Corte en precedencia se deja sentado.

Cualquier otro tipo de argumentación que busque controvertir esas conclusiones, así implique honda verificación probatoria o contenga argumentos razonables, cae en el vacío y obliga su inadmisión.

Evidente el desacierto en la argumentación, deberá inadmitirse el cargo.

Cargo quinto (subsidiario): falso juicio de existencia.

El casacionista sigue utilizando las causales de casación apenas como requisito formal, dado que en lugar de desarrollarlas conforme su naturaleza y finalidades, desvía su argumentación hacia el que desde un comienzo se adivina querer primordial, no otro diferente al de contraponer su criterio valorativo de la prueba y las normas regulatorias del asunto, al del fallador.

Ese cometido, ya se ha dicho reiteradamente, no es propio de la casación y conduce indefectiblemente a la inadmisión del cargo.

No puede admitirse, entonces, como adecuada sustentación del falso juicio de existencia por omisión propuesto, la controversia que el demandante quiere plantear a partir de acusar a los falladores de desconocer materias contables, para después introducir como verdad incuestionable la conclusión que extracta de los estados contables del Distrito de Barranquilla.

Es obvio que la propuesta casacional no se refiere a que los falladores ignorasen esos estados de cuenta, sino a que de ellos no extrajeran las consecuencias positivas que en pro de la inocencia de su representado judicial aquí pregonan.

Basta observar la motivación que contiene el fallo de segundo grado en punto de la materialidad del delito de peculado por apropiación, para verificar que la decisión no viene signada porque se desconozcan los dictámenes contables o la forma en que el bien se encuentra registrado como inversión en los activos financieros del Distrito de Barranquilla, dentro de lo regulado en la [Ley 550 de 1999](#); ni mucho menos pasa por alto el Ad quem lo verificado por los peritos respecto del valor del inmueble adquirido.

Al efecto, esto dijo el Tribunal en el fallo impugnado^[7]:

"Así las cosas, atiendo (sic) las citas en precedencia, pareciera que el juez a quo, hubiese olvidado que el tipo penal en mención se encuentra ubicado dentro del Título XV, Capítulo I, de los delitos contra la Administración Pública, y da la sensación que lo hubiera ubicado, desatinadamente dentro del bien jurídico del Patrimonio Económico, toda vez que habla de atipicidad del comportamiento en mención, por el hecho de encontrarse inmerso a folios peritazgo que da cuenta que, presuntamente el avalúo que emitiera el arquitecto Rafael Tovar Vanegas no estaba muy alejado de la realidad, o que finalmente el contrato de compraventa que se suscribió entre el Distrito de Barranquilla y la sociedad Agropecuaria Cure & Vilaro en el año de 1998, se encontraba muy por debajo del precio que allí se establece.

(...)

Es decir, como quiera que de la ilícita forma de contratación deviene el desembolso del dinero de las arcas del Estado, salta de bulto así la responsabilidad de los encartados dentro del presente asunto, inclusive no ha lugar los planteamientos impugnatorios, cuando señalan que no es menester emitir condena, por cuanto el predio se encuentra dentro de la ley 550, y que los contratantes renunciaron al dinero recibido en calidad de arras, y por ende hacen parte de los mil cien ciento diez millones doscientos mil pesos, del total de la obligación, no haciéndose descontable tal cifra como penalización por mora en la ejecución del contrato. Por cuanto tal y como ya se ha decantado aquí, el fin esencial que el estado pretende proteger no lo es del patrimonio económico, por eso inclusive, cuando el bien se restituye en su totalidad, lo que da lugar es a un atenuante punitivo, tal y como lo consagra el artículo 401 del Código Penal, pero esto jamás ni nunca torna la conducta atípica, ni mucho menos desaparece la antijuridicidad material...".

De esta manera, cuando el recurrente sostiene que "Técnica, contable y financieramente no hay detrimento patrimonial", apenas busca contraponer este como argumento, a aquel diferente planteado por el Tribunal, sin que la distinta visión del elemento de antijuridicidad material implique el error de hecho presentado como rotulo del cargo.

Observado, así, que la sustentación de la causal abandona por completo su esencia, tornando el debate en simple alegato de instancia, obligado se impone inadmitir el cargo, como se anunció desde el comienzo.

Cargo sexto (subsidiario): falso juicio de existencia.

No es, como se asevera en el cargo, que el Tribunal hubiese omitido una prueba puntual que contenga *"la autorización del perito para hacer avalúos"*, sino que el casacionista entiende dejada de aplicar una norma a partir de la cual entender efectivamente otorgada esa autorización.

Desde luego que en la foliatura, como dice el demandante, existe una certificación del Colegio Inmobiliario de Barranquilla, en la cual se verifica que el arquitecto Rafael Tovar es miembro de esa institución.

Ello no fue desconocido por las instancias –y así termina por sostenerlo en el cargo el demandante–, sino que estas significan indispensable no solo una autorización específica para el avalúo concreto, sino la previa solicitud del Distrito de Barranquilla que así lo hubiese habilitado.

La discusión, por ello, abandonó desde el comienzo el campo probatorio, desnaturalizando por completo la causal invocada, para ingresar en el tópico estrictamente jurídico de lo que la norma consagra y su aplicación, terreno propio del error directo por violación de la ley sustancial, que jamás asumió en su complejidad el recurrente, en cuanto, se limitó a significar que la [Ley 1420 de 1998](#) es la aplicable al caso y que ello permite colegir cómo *"...el perito estaba registrado y autorizado para hacer avalúos de carácter general y no particular, como pretenden los juzgadores con base en unas normas modificadas y derogadas"*.

Cabe aclarar al impugnante que la simple lectura de los fallos permite colegir cómo los Tribunales no desconocen esas afiliaciones del perito en reseña a la lonja o incluso al Instituto Geográfico Agustín Codazzi, sino que echan de menos una específica delegación para realizar el peritaje objeto de cuestionamiento, producto de previa solicitud expresa de la entidad contratante, documentos que no existen y, desde luego, no pueden ser reemplazado por las certificaciones de afiliación a las dichas instituciones.

Esto anotó el fallador de segundo grado al respecto^[8]:

"Por otro lado, si o que se pretende es alegar que, con fundamento en el [Decreto 2150 de 1995](#), vigente para la época de los hechos, que enseñaba que en cuanto que los avalúos de este tipo, es decir, para la compra de inmuebles por parte de entidades públicas, se pueden realizar por IGAC o por una persona natural o jurídica de carácter privado que se encuentre autorizada y registrada por la lonja de propiedad raíz del lugar donde esté ubicado el bien, y que como quiera que el arquitecto RAFAEL TOVAR VANEGAS se encontraba adscrito según número de matrícula 036

R.A.P. se encuentra subsanado dicho trámite, pues no, por cuanto es el mismo decreto en mención el que establece en su "Parágrafo. Si la entidad pública escoge la opción privada, corresponderá a la lonja determinar, en cada caso, la persona natural o jurídica que adelante el avalúo de bienes inmuebles", no encontrándose en ninguna parte del expediente la delegación de la labor encomendada al arquitecto en mención, por parte de la lonja, esto sin lugar a dudas, por cuento (sic) nunca se sometió a consideración de ésta".

Como el cargo carece de soporte fáctico y se dirige a cuestiones completamente ajenas a la causal propuesta, que tampoco se sustentan adecuadamente, la Corte lo inadmitirá.

Cargos séptimo y octavo (subsidiarios): falsos juicios de identidad.

Ya proverbial debe entenderse la manera en que el actor pasa por alto los mínimos rudimentos de la causal propuesta y se adentra en el alegato de instancia superado con la decisión de segundo grado.

Nada dentro de lo soportado argumentalmente en estos cargos permite significar así fuese por vía accesoria que de verdad pudo presentarse el falso juicio de identidad alegado.

Se limita el demandante, en la sustentación, ora a defender la razón por la cual la inclusión en el trámite de reestructuración de pasivos contenido en la [Ley 550 de 1999](#), de la deuda adquirida por el Distrito de Barranquilla por la compra del lote, desvirtúa la existencia del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales; ya a destacar las que entiende normas favorables de la [Ley 80 de 1993](#), "porque sería un despilfarro hacer un estudio de suelos, de ingeniería y del proyecto, sin antes comprar el inmueble", y no hay norma que obligue a hacer estudio de títulos antes de comprar directamente un inmueble o realizar promesa de contrato de compraventa sobre el mismo.

De entrada reconoce, eso sí, que el Tribunal tuvo en consideración la [Ley 550 de 1999](#) –que no es prueba, huelga anotar, y con ello se elimina cualquier posibilidad de delimitar el falso juicio de identidad propuesto–, solo que con "desprecio", para después dirigir su argumento a determinar los efectos que sobre el contrato de promesa de compraventa produce ese acuerdo posterior.

Nunca dice, cabe resaltar, cómo el trámite subsecuente –que dice relación con los efectos del negocio jurídico celebrado– restaña o elimina la existencia del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, el cual se estimó ejecutado mucho antes de la reestructuración en cita.

Y, en punto del cargo octavo, lejos de delimitar que el fallador leyó erradamente lo que contiene determinado medio suasorio, o lo cercenó o adicionó, termina por dolerse de que los sentenciadores "no hayan tenido una *visión integral en la evaluación de las pruebas*", asunto que parece tornar la

discusión en valorativa, aunque no pasa de allí el enunciado, como quiera que nunca desarrolla la posibilidad de vulneración de las reglas que signan la sana crítica.

Desde luego, el que al final asuma como objeto de examen la promesa de compraventa, no significa que allí sí, efectivamente, determine el yerro propuesto en el rótulo del cargo, dado que el debate no lo plantea en el escenario de lo que en concreto contiene el documento en cuestión, sino dentro de la órbita estrictamente jurídica de cuál es la naturaleza de este tipo de negocios y de la capacidad contractual de la vendedora.

Sobra relacionar que si bien, en ambos cargos el demandante pide se absuelva al procesado por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, obvia asumir en conjunto la prueba que gobernó la sentencia, para ver de demostrar que ya eliminados los supuestos yerros, no se mantiene en pie la condena, esto es, dejó de lado por completo el aspecto de trascendencia, sin que, cabe relevar, ello se supla con afirmaciones contundentes que apenas representan su criterio interesado.

Independiente de lo que pretenda explicar el casacionista, es lo cierto que en nada se emparenta con la causal propuesta y tampoco efectúa un tipo de argumentación suficiente para advertir demostrada otra, razón suficiente para inadmitir el cargo.

Cargo noveno (subsidiario): violación directa.

Apelando a la violación directa de la ley sustancial, el recurrente dice que por tratarse, el tipo penal de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, de una norma penal de las llamadas "en blanco", se hace necesario completarla con otros preceptos, particularmente, los que regulan la celebración de contratos por las entidades públicas, y al efecto hace un recorrido por las que considera normas puntuales aplicables al caso.

Todo ello en inútil esfuerzo por certificar que el contrato de promesa de contrato de compraventa respetó en su integridad los requisitos esenciales que lo tornan válido, en seguimiento de normas civiles y comerciales de carácter general.

Empero, la argumentación presentada por el impugnante no desborda el típico debate estéril de instancia, pues, en lugar de realizar un examen jurídico detenido de las normas que cita y los requisitos reclamados por los falladores, asume una tesis que entiende por sí misma indiscutible, referida incluso a circunstancias ajenas, como aquellas remitidas al plan programático que como candidato propuso el alcalde, al amparo de lo cual sostiene que en tanto incluido un plan de vivienda, este debía ser adelantado.

En fin, que todo lo discutido conduce, en primer lugar, a afirmar invariable que el peritaje previo sí cumplió con las exigencias legales, pues, manifiesta, con

la sola autorización general para realizar este tipo de actividades, ya se habilitaba del profesional dicha intervención, de conformidad con lo que, dice, contienen los artículos 2, 3 y 8 del [Decreto 1420 de 1998](#), que no cita textualmente y ni siquiera examina en su contenido.

En este punto, quiere la Corte resaltar la manera sibilina en que el demandante pretende hacer valer una normatividad que lejos de apuntalar su tesis, la desvirtúa, en procura de lo cual referencia de manera descontextualizada y genérica las que entiende normas específicas de apoyo, pero convenientemente oculta la esencia del articulado y su detallada regulación del tema.

Lo dicho, porque la verificación de lo dispuesto en su integridad por la [Ley 1420 de 1998](#), permite definir que, si bien, allí se faculta a personas particulares o privadas afiliadas a las Lonjas, para realizar los avalúos previos la adquisición de predios por las entidades oficiales, ello sí reclama, tal cual afirma el Tribunal, de expresa autorización para cada caso concreto y además, exige que exista anterior solicitud formalizada del ente público.

No es cierto que baste con la inscripción del evaluador ante la Lonja, ni mucho menos que pueda adelantare la actividad de peritaje con la sola solicitud verbal de un miembro de la administración, como aquí sucedió con lo pedido al perito por CARMEN ESCRIG SAIH.

En contrario, esto dicen los artículos omitidos por el casacionista:

Artículo 10º.

Las lonjas de propiedad raíz interesadas en que los evaluadores que tiene afiliados realicen los avalúos a los que se refiere el presente Decreto, elaborarán un sistema de registro y de acreditación de los evaluadores.

El registro que llevará cada lonja de sus evaluadores deberá tener un reglamento que incluirá, entre otros, los mecanismos de admisión de los evaluadores, los derechos y deberes de éstos, el sistema de reparto de las solicitudes de avalúo, el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y prohibiciones de los evaluadores, las instancias de control y el régimen sancionatorio.

Artículo 11º.

La entidad privada a la cual se le solicite el avalúo y la persona que lo adelante, serán solidariamente responsables por el avalúo realizado de conformidad con la ley.

Capítulo tercero.

Procedimiento para la elaboración y controversia de los avalúos.

Artículo 12°.

La entidad o persona solicitante podrá solicitar la elaboración del avalúo a una de las siguientes entidades:

Las lonjas o lonja de propiedad raíz con domicilio en el municipio o distrito donde se encuentren ubicados el o los inmuebles objeto de avalúo,. La cual designará para el efecto uno de los peritos privados o avaluadores que se encuentren registrados y autorizados por ella.

El Instituto Geográfico Agustín Codazzi o la entidad que haga sus veces, quien podrá hacer los avalúos de los inmuebles que se encuentran ubicados en el territorio de su jurisdicción.

Parágrafo. *Dentro del término de la vigencia del avalúo, no se podrá solicitar el mismo avalúo a otra entidad autorizada, salvo cuando haya vencido el plazo legal par elaborar el avalúo contratado.*

Artículo 13°.

La solicitud de realización de los avalúos de que trata el presente Decreto deberá presentarse por la entidad interesada en forma escrita, firmada por el representante legal o su delegado legalmente autorizado, señalando el motivo del avalúo y entregando a la entidad encargada los siguientes documentos:

- 1. Identificación del inmueble o inmuebles, por su dirección y descripción de linderos.*
- 2. Copia de la cédula catastral, siempre que exista*
- 3. Copia del certificado de libertad y tradición del inmueble objeto del avalúo, cuya fecha de expedición no sea anterior en más de tres (3) meses a la fecha de la solicitud.*
- 4. Copia del plano del predio o predios, con indicación de las áreas del terreno, de las construcciones o mejoras del inmueble o motivo de avalúo, según el caso.*
- 5. Copia de la escritura del régimen de propiedad horizontal, condominio parcelación cuando fuere del caso.*
- 6. Copia de la reglamentación urbanística vigente en el municipio o distrito, en la parte que haga relación con el inmueble objeto del avalúo. Se entiende por reglamentación urbanística vigente aquella expedida por autoridad competente y debidamente publicada en la gaceta que para el efecto tenga la administración municipal o distrital.*
- 7. Para el caso del avalúo previsto en el artículo 37 de la [Ley 9 de 1989](#), deberá informarse el lapso de tiempo durante el cual se imposibilite la utilización total o parcial del inmueble como consecuencia de la afectación.*

Parágrafo 1º. Cuando se trate del avalúo de una parte de un inmueble, además de los documentos e información señalados en este artículo para el inmueble de mayor extensión, se deberá adjuntar el plano de la parte objeto del avalúo, con indicación de su linderos, rumbos y distancias.

Parágrafo 2º. El plazo para la realización de los avalúos objeto del presente Decreto es máximo de treinta (30) días hábiles, salvo las excepciones legales, los cuales se contarán a partir del día siguiente al recibo de la solicitud con toda la información y documentos establecidos en el presente Artículo.

Artículo 14º.

Las entidades encargadas de adelantar los avalúos objeto de este Decreto, así como las lonjas y los evaluadores no serán responsables de la veracidad de la información urbanística que afecte o haya afectado el inmueble objeto del predio en el momento de la realización del avalúo. El evaluador deberá dejar consignadas las inconsistencias que observe; o cuando las inconsistencias impidan la correcta realización del avalúo, deberá informar por escrito de tal situación a la entidad solicitante dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al conocimiento de las mismas.

Artículo 15º.

La entidad solicitante podrá pedir la revisión y la impugnación al avalúo dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que la entidad que realizó el avalúo se lo ponga en conocimiento.

La impugnación puede proponerse directamente o en subsidio de la revisión

Artículo 16º.

Se entiende por revisión el trámite por el cual la entidad solicitante, fundada en consideraciones técnicas, requiere a quien practicó el valúo para que reconsidere la valoración presentada, a fin de corregirla, reformarla o confirmarla.

La impugnación es el trámite que se adelanta por la entidad solicitante del avalúo ante el Instituto Agustín Codazzi, para que este examine el avalúo a fin de corregirlo, reformarlo o confirmarlo.

Artículo 17º.

Corresponde a la entidad y al perito que realizaron el avalúo pronunciarse sobre la revisión planteada dentro de los quince (15) días siguientes a su presentación.

Al Instituto Geográfico Agustín Codazzi le corresponde resolver las impugnaciones en todos los casos.

Una vez decidida la revisión y si hay lugar a tramitar la impugnación, la entidad que decidió la revisión enviará el expediente al Instituto Geográfico Agustín Codazzi dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la de la fecha del acto por el cual se resolvió la revisión.

Parágrafo 1º. *Al decidirse la revisión o la impugnación, la entidad correspondiente podrá confirmar, aumentar o disminuir el monto del avalúo.*

Parágrafo 2º. *El plazo para resolver la impugnación será de quince (15) días hábiles y se contará desde el día siguiente a la fecha de presentación de la impugnación.*

Artículo 18º.

En cuanto no sea incompatible con lo previsto en este Decreto, se aplicarán para la revisión e impugnación lo previsto en los artículos 51 a 60 del Código Contencioso Administrativo o demás normas que lo modifiquen o sustituyan.

Artículo 19º.

Los avalúos tendrán una vigencia de un (1) año, contados desde la fecha de su expedición o desde aquella en que se decidió la revisión o impugnación”.

Nada más cabe agregar para significar la absoluta impropiedad que encierra lo alegado por el censor cuando acude a lo disciplinado por el [Decreto 1420 de 1998](#).

De otra parte, cuando el libelista asevera que "para incurrir en la conducta penal, se debe haber pretermitido alguna solemnidad sustancial que la ley exige para formación de la promesa o se haya omitido alguno de los elementos esenciales", confunde las notas de validez del contrato con los elementos típicos de la conducta punible, como quiera que, tal cual reconoció en líneas anteriores del mismo cargo, la regulación del tema no solo está imbuida por exigencias civiles o comerciales, sino por los principios de "planeación, transparencia, economía y escogencia objetiva", consagrados en la [ley 80 de 1993](#).

El casacionista dice que las irregularidades advertidas por las instancias "no son propias de la esencia del contrato", en seguimiento de las normas civiles, para después sostener que "ni siquiera vulneran los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad", en aseveración carente de soporte, con lo cual se incurre en evidente error lógico

argumentativo de petición de principio, al dar por sentado lo que precisamente debe demostrar.

Nada tiene que anotar la Corte, vista su improcedencia, a lo referido por el recurrente cuando para desnaturalizar las razones esgrimidas por el Tribunal en aras de considerar abiertamente irregular el contrato de promesa de compraventa, aduce que *"a pesar de estar en interdicción judicial, con la presente actuación, sigue VIGENTE, ninguna de las partes lo ha dado por incumplido, lo ha demandado, lo ha declarado prescrito y mucho menos ha sido declarado nulo por sentencia judicial"*.

De otro lado, esa diferencia que pretende plantear el defensor entre el contrato de promesa de contrato de compraventa y el de compraventa, nada aporta al debate, habida cuenta que remite siempre a las normas civiles o comerciales que regulan las causales de invalidez o la forma de refrendar lo pactado, en circunstancias que ninguna incidencia tienen sobre la razón fundamental de la acusación y condena, remitida, se repite a la vulneración de criterios de transparencia, selección objetiva, moralidad, imparcialidad, publicidad, economía, celeridad y eficacia.

Y si, tal cual adviera el impugnante, con posterioridad se trató de refrendar el contenido de lo asumido por las partes, o buscó evitarse daño económico con la inclusión del pasivo en normas de restructuración, ello apenas representa un hecho consecuencial al delito que en nada incide en su previa consumación, entre otras cosas, porque el bien jurídico protegido no lo es el patrimonio económico.

En suma, el casacionista utilizó el cargo apenas para tomar de forma descontextualizada y a su interesado amaño las normas que favorecen su tesis, a partir de lo cual construyó un perfil ideal de contratación, pero dejó de lado, o simplemente descartó su justeza o efectos, las motivaciones específicas que determinaron materializado el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

El cargo, así planteado, debe significarse huérfano de sustento.

Cargo décimo (subsidiario): violación directa.

El demandante desvía lo que efectivamente dijo el Tribunal, para crear una inexistente paradoja a partir de asumir que el fallo de segundo grado equiparó o los entendió conexos o incluso subordinados, los delitos de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* y *peculado por apropiación*.

Como esta misma apreciación la plantea **el defensor de BERNARDO HOYOS MONTROYA en el cuarto cargo de su demanda**, una vez más la contestación se hará de manera conjunta.

En efecto, afirma dicho libelista que no acreditó el elemento “*apropiación*” del delito de peculado, cuya estructuración hizo depender el fallador del análisis concerniente a de celebración indebida de contratos. Por ello, estima que aquella hipótesis delictiva es atípica.

Acorde con lo indicado por ambos actores, debe partir por señalarse que no es cierto que el *Ad quem* haya supeditado un delito a otro en su conformación típica.

Solo que, sobra anotar, en tratándose de una relación de medio a fin, se estimó que a partir de la irregular contratación –que por sí misma configura el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*-, se buscó favorecer a los propietarios del predio vendido, quienes obtuvieron una gruesa suma de dinero en detrimento del Distrito de Barranquilla.

Ahora, que los censores estimen beneficioso para el Distrito el contrato, o que consideren inexistente el detrimento, ello es asunto ajeno al cargo que por la vía directa propone, e incluso a ese debate abstracto que respecto del tema de tipicidad aborda, pues, se trata de circunstancias fácticas que debe aceptar y respetar para adecuar su tesis con la causal.

El Tribunal, se recuerda, en el fondo de lo analizado respecto del delito de peculado, citó doctrina y jurisprudencia –que no le mereció atención a los recurrentes- referida al bien jurídico protegido con la norma penal que regula delictuoso el delito de peculado, a partir de la cual señaló cómo para el perfeccionamiento de la ilicitud no es menester la efectivización del daño patrimonial, en tanto, su finalidad es^[9] “*la protección de la administración pública o asimilada a pública, es decir, del interés del estado relativo a la organización, al regular funcionamiento y al decoro de los órganos públicos, y no se descarta, desde luego, el que no se presente el daño patrimonial en particular*”.

Pero, además, en lo tocante con el menoscabo patrimonial sufrido por el Distrito, el fallador de segundo grado es claro en referir que por virtud del irregular contrato se extrajo una millonaria suma de las arcas del Distrito de Barranquilla, que pasó a manos de particulares “*y por lo tanto pagados los mil ciento diez millones doscientos mil pesos (\$1.110.200.000.00), existe a la fecha un menoscabo del erario público...*”.

Incluso, más adelante el sentenciador advierte que ninguna incidencia tiene en la definición del delito y su consumación, lo ocurrido con posterioridad, con lo cual se trató de evitar el daño patrimonial efectivo, en tanto, adujo, se trata de hechos posteriores al efectivo desembolso del dinero que, cuando más, de producir efectos concretos conducirían a atemperar la pena.

Cita el Tribunal, para corroborar su aserto, lo contenido en la resolución de acusación, en especial, el apartado en el que se anota^[10]:

"El delito de peculado por apropiación se consumó desde cuando los sindicados, cumpliendo a cabalidad la tarea repartida dentro del plan delictivo, compartido y dominado por todos, consintieron entregar al promitente vendedor la suma de un mil cien millones doscientos mil peos (sic) (\$1.110.200.000), dineros entregados al tercero promitente vendedor, sociedad Agropecuaria el VESUBIO CURE VILARO S. en C.

Tomándola y beneficiándose esta de ella desde mil novecientos noventa y ocho (1998), siendo ese valor el desfaldo económico patrimonial en contra del distrito de Barranquilla, o lo que es mejor, el daño material efectivo ocasionado al erario público".

Entonces, si es claro que el Tribunal efectivamente estimó desembolsada una fuerte suma de dinero a favor de terceros –determinó también que el delito es consumado aún en los casos en que no se obtenga el lucro perseguido para sí o un tercero-, pero además, que la referencia al delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* operó no en atención a una inexistente subordinación del *peculado por apropiación*, sino en relación de medio a fin y en calidad de elemento de prueba del dolo, carece de soporte fáctico lo propuesto por ambos casacionistas.

Ahora bien, las otras propuestas casacionales incluidas en el mismo cargo por parte del defensor de HOENISBERG BORNACELLY –y que por ello vulneran ostensiblemente el principio de autonomía- asoman completamente desenfocadas, pues, se limita a señalar el recurrente, sin mayor desarrollo argumental o jurídico, que a su representado judicial se le condenó porque expidió un Registro Presupuestal al que lo obligaba la ley, "*cosa distinta es que lo hubiera expedido con exceso de saldo disponible*"; o que se dejó de aplicar el artículo 22 del Código Penal, "*respecto al dolo*".

En consecuencia, éste cargo y el cuarto de la demanda del defensor de BERNARDO HOYOS MONTOYA, serán inadmitidos.

Cargo undécimo (subsidiario): violación directa.

Bastante especioso se advierte el último cargo propuesto por el demandante, como quiera que a partir de sutilezas cronológicas pretende desvirtuar la intervención activa que se atribuye a HOENISBERG BORNACELLY en el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

El que se haya realizado la firma del contrato con anterioridad a la expedición del certificado de reserva presupuestal –uno de los factores fundamentales advertidos por el fallador para verificar su contrariedad con claros principios contractuales-, pretende hacerlo valer a su favor el defensor, arguyendo que, entonces, esa certificación representa acto ajeno al punible en cuestión.

Pasa por alto el casacionista, evidentemente, que dicha certificación busca dotar de legalidad el trámite contractual en cuestión y, además, faculta que lo consignado allí se ejecute, pero además, como expresamente lo dejó consignado la sentencia atacada, que esa actuación hace parte de una compleja tarea acordada previamente entre todos los involucrados, encaminada a vulnerar los principios propios del acto negocial, para así favorecer a los terceros que recibieron la gruesa suma de dinero.

Ahora, la afirmación del impugnante respecto a que no se requiere el Registro Presupuestal con anterioridad a la firma del contrato de promesa de compraventa, choca de frente con el hecho contrario afirmado por el Tribunal, que sí lo reclama con antelación, planteando un tipo de discusión diferente al de la vía de violación directa de la ley consignado en el introito, en tanto, si dice que se aplicó indebidamente el artículo 29 o se excluyó el artículo 30 del C.P., ello implica demostrar que, en efecto, el Tribunal tomó como cierto que no hubo coautoría ni determinación, y en cambio sí complicidad, pero pese a ello condenó en la primera modalidad.

Empero, fácil se advierte del fallo de segundo grado que siempre el ad quem estimó coautor al acusado, en el entendido que hubo acuerdo previo de voluntades, codominio del hecho y reparto de roles, como así expresamente se dijo en el proveído atacado.

De esta manera, como lo buscado por el recurrente es contravenir la manifestación de la segunda instancia atinente a que el procesado participó del plan criminal y desarrolló apartado trascendente del mismo, necesariamente debe referirse a las pruebas o inferencias de las cuales dedujo ello el fallador, temática que desborda el ámbito de violación directa.

Pero, lejos de penetrar a fondo en una discusión de ese tenor, el impugnante en unas cuantas líneas pretendió zanjar la discusión entronizando su particular visión de lo que debe asumirse como Registro Presupuestal, en precaria sustentación que nada aporta.

Pasa por alto el casacionista, así mismo, que el Tribunal detalló ampliamente la intervención de GUILLERMO HOENISBERG en los delitos por los cuales se le condenó y, particularmente, en el tema de la promesa de contrato de compraventa, sin limitar dicha participación a la simple expedición de los Registros Presupuestales extemporáneos.

Es más, directamente el ad quem acudió a lo referido por el coprocesado HOYOS MONTOYA, a fin de significar que fue en la oficina a cargo de HOENISBERG BORNACELLY, Secretaría de Hacienda, que se adelantó todo el trámite previo y concomitante a la celebración del tan mentado contrato de promesa de compraventa.

Y, perfeccionando la responsabilidad del Secretario de Hacienda para la época, el Ad quem reseñó que fue esta la única dependencia donde se encontró

copia del contrato en mención; que su titular expidió el Registro Presupuestal a sabiendas que la actividad correspondía desarrollarla a otra dependencia FONVISOCIAL, que jamás fue llamada a intervenir, como así lo dejó claro el a la sazón Gerente de la misma; y que la coprocesada CARMEN ESCRIG SAIEH, envió un documento, después corroborado en indagatoria, en el cual advierte que adelantó todo el trámite precontractual y contractual por orden expresa de GUILLERMO HOENISBERG BORNACELLY.

Se transcribió en la sentencia un apartado de la indagatoria de ESCRIG SAIEH, en el cual ella manifestó: "...a mi (sic) me ordenó el secretario de Hacienda que era el doctor GUILLERMO HONEISGBERG que hiciera todo ante la Alcaldía Distrital que era donde manejaban eso de los rubros o algo así y las reservas...".

Es claro, entonces, que para la segunda instancia el acusado HOENISBERG BORNACELLY, contrario a lo expresado en el cargo por su defensor, realizó una tarea activa y amplia en el cometido criminal despejado, nunca limitada a la expedición de los Registros Presupuestales, aún si pudiera discutirse la naturaleza de estos.

Carente por completo de soporte fáctico y jurídico lo expresado por el demandante en el cargo, inconcusa asoma su inadmisión.

3. Demanda a nombre de BERNARDO HOYOS MONTOYA.

Cargos primero y segundo: nulidades por violación del debido proceso y el derecho de defensa.

Como ya la Sala anunció la inadmisión de los dos primeros reparos, se remite a la argumentación conjunta contenida en el cargo primero, literal d), de la respuesta al escrito casacional presentado por la defensa técnica de GUILLERMO ENRIQUE HOENISBERG BORNACELLY.

Cargo tercero: violación directa.

El memorialista acusa a la sentencia del Tribunal por haber violado directamente de la ley sustancial, toda vez que aplicó indebidamente el artículo 410 de la [Ley 599 de 2000](#) e inaplicó el artículo 146 del [Decreto Ley 100 de 1980](#), que consagran el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*. Ello, porque pese a que el ingrediente subjetivo contenido en la legislación de 1980, concerniente al propósito de obtener un provecho ilícito, desapareció en la de 2000, el fallador, desconociendo que los hechos tuvieron su génesis antes de la vigencia de la Ley 599, alude varias veces a su artículo 410 para soslayar "*la obligación de demostrar un provecho ilícito para el contratante, el contratista o para un tercero, como lo predica el mismo Tribunal*".

Opina, por consiguiente, que no puede emitirse condena si no obran los elementos de juicio acerca de la existencia del delito, *“con todos sus elementos, componentes o verbos rectores, y la responsabilidad del acusado”*.

Pues bien, la Corte no solo tiene claro que los hechos aquí investigados ocurrieron en vigencia del Código Penal de 1980, sino también que el artículo 146 de esa codificación, que consagraba el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, establecía expresamente el *“propósito de obtener un provecho ilícito”*, que fue suprimido del artículo 410 encargado de tipificar esa hipótesis delictual en la codificación sustantiva penal de 2000.

No obstante la diferencia que pudiera advertirse entre ambas legislaciones, la Sala ya tiene decantado que la misma es más aparente que real, explicando que el propósito contenido en el artículo 146 del [Decreto Ley 100 de 1980](#), si bien se ha entendido que es de carácter patrimonial, es lo cierto que podría ser también de cualquier otra índole, derivada de la transgresión de los principios que rigen la contratación estatal, como cuando se incumplen los requisitos legales que deben observarse en ese tipo de negociaciones (CSJ AP, 20 ago. 2002, Rad. 18911).

De manera más exhaustiva, en la CSJ SP, 13 oct. 2004, Rad. 18911, se hizo el siguiente análisis sobre el tópico:

«El delito de celebración indebida de contratos sin cumplimiento de requisitos legales se define en los artículos 146 del [decreto 100 de 1980](#) (modificado por las leyes 83 de 1993 y 190 de 1995) y 410 de la [ley 599 de 2000](#), como aquella conducta en que incurre el servidor público que por razón el ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o lo liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos.

La diferencia entre una y otra descripción radica en que en la disposición de la legislación derogada, la conducta debía obedecer a la finalidad de obtener provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, mientras que en la nueva tipicidad se eliminó expresamente esa ultrafinalidad. Desde ese punto de vista se podría pensar que la descripción anterior es mucho mas exigente que la nueva y que esa fórmula, a la cual algunos le confieren alcances patrimoniales, es mucho mas restrictiva que la del código de ahora.

No obstante, la Sala ha interpretado que las diferencias que se pretenden encontrar son mas aparentes que reales. En efecto, sobre esta temática se ha entendido que “el propósito allí referido (haciendo alusión al artículo 146) no solo puede ser patrimonial sino de cualquier otra índole derivada de la transgresión de los principios que rigen la contratación estatal, lo cual resulta claro cuando se elude el procedimiento establecido, se privilegian unos contratistas en detrimento de otros, se contrata en condiciones técnicas que no corresponden al objeto del contrato, o se viola

el principio de selección objetiva, entre otras eventualidades, pues es claro que un contratista resulta beneficiado con la adjudicación de un contrato tramitado irregular e ilícitamente⁽¹¹⁾.

Pues bien, tomando como perspectiva el tipo penal, nótese que el bien jurídico de la administración pública es polivalente y protege diversos valores propios de la actividad estatal; en realidad, tiene una significación estrecha con el funcionamiento del sistema, con la forma cómo se actúa y cómo se ejecutan las decisiones públicas. No por otra razón, los tipos penales vinculados con el bien jurídico de la administración pública protegen el interés general, la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que son entre otros, valores esenciales de la administración pública, a mas de sus bienes materiales».

En este orden de ideas, cualquier alusión que se haga al precepto sancionador de 2000 es irrelevante, pues, el propósito de obtener el provecho ilícito que se mencionaba de manera expresa en la norma de 1980, está implícito en el objeto jurídicamente tutelado, en este caso la administración pública, a través del cual se pretende proteger la actividad estatal frente a las actuaciones irregulares de los servidores públicos.

Dicho de otra manera, la alusión directa a esa finalidad no marca ninguna diferencia entre una y otra disposición, dado que, siempre se exigirá ese provecho ilícito que, conforme lo señaló la Corporación, no es necesariamente de carácter patrimonial, ya que puede verse reflejado cuando se infringen los principios que rigen la contratación estatal, como cuando se elude el procedimiento establecido, se privilegian unos contratistas en detrimento de otros, se contrata en condiciones técnicas que no corresponden al objeto del contrato, o se viola el principio de selección objetiva, entre otras posibilidades, siendo claro que de esta forma un contratista resulta beneficiado con la adjudicación de un contrato tramitado irregular e ilícitamente.

Así las cosas, si en este asunto se acreditó en las instancias que los sindicatos *"incurrieron en flagrantes violaciones de los principios, procedimientos y requisitos esenciales exigidos en materia de contratación pública"*, no es cierto entonces, como lo afirma el recurrente, que los juzgadores soslayaron analizar ese ingrediente normativo, el cual, vuelve a decirse, independientemente de su mención expresa en la norma, forma parte integral del bien jurídico que se pretende tutelar.

Descartada así la infracción directa denunciada, el cargo será objeto de inadmisión.

Cargo cuarto: violación directa.

En la respuesta al cargo décimo de la demanda del defensor de GUILLERMO ENRIQUE HOENISBERG BORNACELLY, quedaron consignadas las razones por las cuales esta censura también es objeto de rechazo.

Por consiguiente, a ellas remite la Corte.

4. Demanda a nombre de CARLOS ALBERTO CAMACHO CASTRO.

Cargo primero (principal): violación directa.

Aunque el recurrente considera que el Tribunal violó directamente la ley sustancial, por cuanto inaplicó los artículos 32-3 del Código Penal, 23 y 74 de la Constitución Política y 5 y 7 del Decreto 01 de 1984, nunca explica las razones de su denuncia, en la medida en que se limita a decir que debió haber reconocido que su defendido obró en estricto cumplimiento de un deber legal.

La Corte, por sustracción de materia, poco tiene que manifestar frente a la propuesta casacional de la defensa, pues, pese a que enuncia las hipótesis de violación directa de la ley y la forma en que se aducen en casación, lo cierto es que omite sustentar su postura, en tanto, peticiona genéricamente que se reconozca la aludida causal de ausencia de responsabilidad.

En la violación directa de la norma, el censor debe concretar y explicar si esta provino por la falta de aplicación (exclusión evidente), por aplicación indebida (falso juicio de selección) o por interpretación errónea (sobre su existencia material, validez o sentido o alcance).

Como en este evento el libelista no desarrolla ninguna de las mencionadas posibilidades, ya que entiende que es suficiente con simplemente aseverar que el juzgador se equivocó al no reconocer la circunstancia excluyente de responsabilidad, se hace necesario destacar que ese desacuerdo con el criterio del fallador no está previsto como un motivo para acudir al recurso extraordinario de casación, dado que, el fallo proferido arriba a esta sede prevalido de una doble connotación de acierto y legalidad que implica otorgarle mayor validez.

En la violación directa, reitera la Sala^[12], el actor debe tomar el texto de la sentencia y sobre su construcción, sin referirse a los hechos establecidos, los cuales debe aceptar a plenitud, mostrar el error de juicio en que incurrió el juzgador, fenómeno que no acontece en el caso que nos ocupa, en tanto no expone razón alguna y tampoco confronta los razonamientos y relaciones argumentativas contenidas en la sentencia, por manera que el ataque resulta ininteligible y, en consecuencia, se demanda imperiosa su desestimación, ante la falta de claridad y precisión en su indicación, exposición y fundamento.

No bastaba entonces con que apenas invocara la causal de ausencia de responsabilidad, sin explicar el por qué no son de recibo los argumentos expuestos por los falladores para determinar configuradas las conductas punibles imputadas, omitiendo la obligación de realizar un exhaustivo análisis jurídico sobre el contenido del fallo –debido a que acá la discusión es de puro derecho–, y dar a conocer y discutir, igualmente, ese estudio esgrimido por las instancias,

con el fin de confrontarlo con el suyo, acorde con el cual la actuación de su representado se enmarca en el cumplimiento del deber legal.

Como nada de ello atiende el defensor, es claro que las deficiencias argumentativas conducen, indefectiblemente, a inadmitir la censura principal de su libelo.

Cargo segundo (subsidiario): falso juicio de existencia.

Insistiendo en la configuración de la causal eximente de responsabilidad originada en el obrar en estricto cumplimiento de un deber legal, el casacionista asegura que en el examen probatorio el juzgador incurrió en un error de hecho por falso juicio de existencia por omisión, al dejar de considerar el oficio del 28 de julio de 1998, dirigido por el alcalde de Barranquilla, Bernardo Hoyos Montoya, a su representado, entonces Director de Presupuesto del Distrito, solicitándole la "*expedición de certificación de recursos disponibles para vivienda de interés social -Fonvisocial-*".

Explica que CAMACHO CASTRO, con fundamento en los artículos 23 y 74 de la Constitución Política y 5 y 7 del [Decreto 01 de 1984](#), cumplió con el "*derecho-deber*" que tenía como servidor público de responder oportunamente la petición que le formuló su superior.

Pues bien, recuérdese que incurre en falso juicio de existencia el fallador que omite apreciar el contenido de una prueba legalmente aportada al proceso (falso juicio de existencia por omisión), o cuando, por el contrario, hace precisiones fácticas a partir de un medio de convicción que no forma parte del proceso, o que no pertenecen a ninguno de los allegados (falso juicio de existencia por suposición).

En el falso juicio de existencia –se señaló antes pero se considera procedente reiterarlo–, el error de hecho, por ser protuberante, suele descubrirse con un examen sencillo de las actuaciones, o con la confrontación directa y física del acopio probatorio y las motivaciones del fallo. Lo esencial es que se verifique que el análisis excluyó el elemento probatorio o el hecho que contiene. Es decir, el yerro no se concreta si en la sentencia, pese a no mencionarse de modo expreso el medio de convicción, se aborda su contenido, se valora el hecho que revela y se fija su alcance suasorio^[13].

Para su fundamentación, ha señalado la Corte que es deber del demandante concretar en qué parte del expediente se ubica la prueba, qué objetivamente se establece en ella, cuál es el mérito que le corresponde siguiendo los postulados de la sana crítica y cómo su estimación conjunta en el arsenal probatorio que integra la actuación, da lugar a variar las conclusiones del fallo y, por tanto, modificar la parte resolutive de la sentencia objeto de impugnación extraordinaria.

Nada de ello hizo el memorialista, quien simplemente se limita a mencionar que el contenido del oficio fue ignorado, pero se abstiene de mencionar cuál es el mérito que le corresponde siguiendo los postulados de la sana crítica, ya que aventura conclusiones sin un análisis previo en el que sustente debidamente las reglas de la experiencia, los postulados de la lógica o las leyes científicas que se desconocieron en este evento, para luego de ello enseñar cómo su estimación conjunta en el arsenal probatorio que integra la actuación, da lugar a variar las conclusiones del fallo y mutarlo favorable a los intereses de su representado. Para ello, debió sopesar, como lo hizo el Tribunal, las pruebas que fueron tenidas en cuenta para deducir la responsabilidad del acusado.

De todos modos, no es que lo echado de menos por la defensa haya sido soslayado por los falladores, pues, objetivamente se tiene por acreditado en la actuación que el alcalde de Barranquilla –Bernardo Hoyos Montoya- le solicitó al entonces Director de Presupuesto, el procesado CAMACHO CASTRO, que expidiera el certificado de disponibilidad presupuestal para viviendas de interés social.

Por ello, el debate no se centra en determinar de dónde provino la orden que finalmente cumplió, sino en el contenido de la misma, que fue catalogado de ilegal por los juzgadores, en la medida en que formó parte del entramado delincencial que tenía como propósito celebrar un contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales y afectar el patrimonio de la entidad pública.

En efecto, en el fallo de primera instancia, que conforma una unidad jurídica inescindible con el de segunda, de manera expresa se hace mención al referido documento en la enunciación de las pruebas objeto de análisis, así:

"58) Oficio de Julio 28 de 1998 suscrito por BERNARDO HOYOS MONTOYA, entonces Alcalde de Barranquilla y dirigido a CARLOS CAMACHO CASTRO, entonces Director de Presupuesto del Distrito de Barranquilla, mediante el cuál solicita expedición de certificación de los recursos disponibles para vivienda de interés social –FONVISOCIAL-"^[14].

Más adelante se explica que a CAMACHO CASTRO se le acusa junto con los otros funcionarios, por cuanto en su calidad de servidores públicos *"incurrieron en flagrantes violaciones de los principios, procedimientos y requisitos esenciales exigidos en materia de contratación pública"*^[15].

En concreto, se dice que expidió los certificados *"con posterioridad a la celebración del contrato contraviniendo abiertamente la normatividad que nos enseña que la expedición de Certificado de Disponibilidad Presupuestal se debe hacer de manera previa a iniciar cualquier proceso contractual que celebre la administración sin importar la naturaleza del contrato ni la cuantía del mismo y además sin observar que el destinatario de tales apropiaciones era FONVISOCIAL, quien finalmente era el ente encargado de ejecutar proyectos de vivienda de interés social"*.

A su turno, en la providencia del *Ad quem* se señala:

"A folios 19 y 20 se encuentran los registros de compromisos presupuestales, los cuales debe decirse se encuentran fechados 11 de septiembre de 1998, no siendo estos documentos impersonales o que se efectúan a manera de certificado, sino que por el contrario se encuentran direccionados a favor de la sociedad Agropecuaria Vesubio Cure V S-C, por concepto del contrato de compraventa del inmueble ubicado en la jurisdicción de Galapa denominado 'El Santuario'. Siendo la totalidad de los recursos que se destinaron para esto de aporte integral a FONVISOCIAL. Resaltándose de esto tres situaciones de las cuales devienen con claridad diáfana la irregular forma de contratación y la intervención activa de Hoenigsberg Bornacelly y Camacho Castro, tal y como lo es la extemporaneidad de la expedición de los mismos, la falta de soporte documental de dichos certificados, y que pese a estar los recursos destinados a FONVISOCIAL, las negociaciones se hicieron al interior de la Secretaría de Hacienda Distrital y a espaldas del director del fondo de vivienda de interés social, quien era la persona con capacidad para lo propio. Lo anterior encuentra respaldo en las declaraciones del director de FONVISOCIAL y de la directora del departamento jurídico de la Alcaldía, donde se da fe que en dichas dependencias no reposa documento ninguno del lote denominado el Santuario.

Véase la extemporaneidad de los certificados de reserva presupuestal, los cuales fueron un elemento indispensable en procura de revestir de legalidad la amañada forma de contratación, inclusive dentro de la injurada del Alcalde de la época, éste señala que firmó la negociación creyendo en la buena fe de las personas que integraban su gabinete, los cuales entre otras le aseguraron que existían los recursos para la compra del lote, afirmación esta que solo podía venir de la boca de Camacho Castro por ser este el jefe de la dependencia que expedía las precitadas constancias.

Aunado a ello, refulge la declaración del Ingeniero Alcibiades Bustillo, quien para la época fuera el gerente del FONVISOCIAL, que al aperibirse del manejo que le estaban dando a los recursos que la alcaldía estaba destinando al ente que regentaba, se dirigió al Dr. Camacho Castro, quien le manifestó que la ejecución de esos dineros fue en plenas facultades del ordenador del gasto, quien para el año 1998, lo era Hoyos Montoya"¹⁶¹.

Vistas así las cosas, resulta absolutamente intrascendente aducir ahora que la orden de emitir el certificado de disponibilidad presupuestal haya provenido del burgomaestre local –procesado Hoyos Montoya- y que el sindicato CAMACHO CASTRO simplemente la ejecutó en estricto cumplimiento de sus deberes, siendo claro que lo que se reprocha no es la expedición de la constancia en comento, sino que al hacerlo se desviase del correcto ejercicio de sus funciones, pues, por la forma en que la emitió –lo cual no es atacado en este

cargo-, es evidente que quiso disfrazar la ilicitud de unas contrataciones que se celebraron desatendiendo los requerimientos legales.

Significa lo anterior, que el yerro de hecho denunciado nunca tuvo ocurrencia, motivo por el cual también se desechará el cargo segundo de la demanda.

Cargo tercero (subsidiario): falso raciocinio.

Según el impugnante, en el examen probatorio acerca de la estructuración de los ilícitos de *peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, el fallador incurrió en falso raciocinio. Dice que ello se presentó incluso en las resoluciones de la situación jurídica y acusatoria, pues, se erigieron sustancialmente con base en “*tres pruebas documentales*”, consistentes en la copia del contrato de promesa de compraventa, los certificados de registro de compromiso presupuestal y el dictamen del arquitecto Rafael Tovar Vanegas sobre la ineptitud de los terrenos, las cuales fueron valoradas “*a espaldas de las pautas o reglas de la sana crítica*”.

Para sustentar el yerro, el recurrente adopta una particular metodología, acorde con la cual alude de manera fragmentaria al contenido de esos tres elementos de juicio que cataloga de documentales, dejando de lado que uno de ellos es prueba pericial, aspecto éste que si bien pareciera intrascendente, de entrada evidencia la incoherencia de su discurso.

Luego, expone sus propias conclusiones y advierte genéricamente que se quebrantaron los postulados de la experiencia y el sentido común, e incluso los de la lógica, por no haber tenido en cuenta las incidencias que rodearon la firma del contrato y omitir un examen conjunto de la prueba, dejando así entrever otro dislate en su argumentación, toda vez que el estudio integral de los medios de convicción arrojados obedece a una obligación legal y no a la observancia de algún axioma de la lógica.

Seguidamente, sin haber intentado demostrar las equivocaciones de los juzgadores en el análisis de las referidas probanzas, acomete un nuevo examen, esta vez aludiendo a veinte elementos de juicio –que incluye declaraciones, pericias y documentos–, de los cuales apenas enuncia algunos y de otros destaca los apartados que le interesan, a los que contrapone otras pruebas de la misma naturaleza, resumidas amañadamente, con las que, aduce, se desvirtúan los “*sobrecostos*” que fundamentan el delito de peculado.

De la anterior forma, insiste en que no hubo una valoración conjunta de la prueba y en la incursión en el yerro de raciocinio, “*tomado en el contexto o como una modalidad del falso juicio de identidad, al dejar de apreciar todo el acervo probatorio discriminado*”, añadiendo que se apreció selectivamente, con desatención de las reglas de la sana crítica por el desconocimiento de los “*postulados de la lógica, ciencia, experiencia o sentido común*”.

Puede apreciarse, entonces, que al margen de la indeterminada alusión que hace el censor acerca de la vulneración de los principios de la sana crítica, su alegación constituye un híbrido incoherente, pues, al tiempo que reprocha una y otra vez que se hayan quebrantado dichos postulados para sustentar el falso raciocinio, asegura igualmente que se incurrió en falso juicio de identidad, que la prueba se seleccionó y que no se tuvieron en cuenta otros elementos de juicio (lo que configuraría un falso juicio de existencia por omisión), asertos con los que pareciera querer denunciar otros yerros de hecho, los que de todos modos apenas enuncia.

Con la postulación del reparo en los términos indicados, el libelista dejó de lado que recurrir al error de hecho por falso raciocinio originado en la violación de los postulados de la sana crítica, como ha sido suficientemente destacado por la Sala en pacífica jurisprudencia –se itera en aras de la claridad–, lo obligaba a señalar lo que objetivamente expresa el medio probatorio sobre el cual se predica el error, las inferencias extraídas por el juzgador de él y el mérito suasorio que le otorgó. A renglón seguido, es necesario indicar el principio de la lógica, la ley de la ciencia o la regla de la experiencia desconocidas o vulneradas, y dentro de ellas referirse a la correctamente aplicable, hasta, finalmente, demostrar la trascendencia del error en punto de lo resuelto, significando cómo la exclusión del medio criticado, indispensablemente, dentro del contexto general de lo aducido probatoriamente, conduciría a una más favorable decisión para la parte actora^[17].

Contrario a ello, en este evento todo indica que la inconformidad del defensor con la sentencia de segunda instancia remite a la discrepancia con la apreciación de la prueba. Y si bien es claro que busca acomodarse a los rigores de fundamentación previstos para la vía de ataque casacional seleccionada, en su escrito no logra su cometido, dado que, ninguna de sus manifestaciones destaca asunto diverso al simple rechazo de las consideraciones que dieron pie al Tribunal para condenar al procesado por los delitos imputados, de manera que no es viable desarrollar el ataque bajo la forma del falso raciocinio en el entendido genérico de que valoraron de determinada manera los elementos materiales probatorios, cuando es evidente que para la estimación de tales probanzas nuestro sistema probatorio predica la libre apreciación, dentro del contexto de la sana crítica.

Está claro, en consecuencia, que el casacionista desacata las directrices señaladas, pues, además de que el soporte central de su alegato lo constituye su particular apreciación probatoria, nunca especifica cuál es el postulado de la sana crítica infringido.

Como si fuera poco, ni siquiera da a conocer el contenido de los medios probatorios cuestionados, pues, de ellos extracta fragmentos y resúmenes acomodados, como tampoco transcribe qué fue lo estimado por el fallador de

segundo grado, con el fin de determinar cuál fue, en últimas, el sustento de la condena.

En síntesis, como ningún yerro de raciocinio logra demostrar el demandante, la censura será rechazada.

5. Demanda a nombre de CARMEN ESCRIG SAIEH.

Como quiera que se entiende adecuadamente postulada y fundamentada la censura que remite a una supuesta causal de nulidad, la Sala admitirá la demanda de casación presentada por el defensor de la sindicada ESCRIG SAIEH.

6. Decisiones.

Como consecuencia de lo antes expuesto, la Sala inadmitirá las demandas de casación presentadas por los defensores de los enjuiciados GUILLERMO ENRIQUE HOENISBERG BORNACELLY, BERNARDO HOYOS MONTOYA y CARLOS ALBERTO CAMACHO CASTRO.

Asimismo, admitirá el libelo casacional presentado a nombre de la procesada CARMEN ESCRIG SAIEH, motivo por el cual ordenará surtir el traslado de que trata el artículo 213 de la [Ley 600 de 2000](#), a la Procuraduría delegada en lo penal.

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

RESUELVE

1. INADMITIR las demandas de casación presentadas por los defensores de los procesados GUILLERMO ENRIQUE HOENISBERG BORNACELLY, BERNARDO HOYOS MONTOYA y CARLOS ALBERTO CAMACHO CASTRO, en seguimiento de las motivaciones plasmadas en el cuerpo de este proveído.

2. ADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de la sindicada CARMEN ESCRIG SAIEH; en consecuencia, se ordenará surtir el traslado de que trata el artículo 213 de la [Ley 600 de 2000](#), a la Procuraduría delegada en lo penal.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, 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