

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado ponente

AP861-2015

Radicado No. 44815.

Aprobado acta No. 77.

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

VISTOS

Con el fin de constatar si satisface las condiciones de admisibilidad, la Corte examina la demanda de casación presentada por el defensor de Ferney Santofimio Fajardo, contra la sentencia de segundo grado proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, que revocó el fallo absolutorio dictado por el Juzgado Penal del Circuito de Lérica y, en su lugar, condenó al procesado a la pena principal de 48 meses de prisión, multa de 50 s.m.l.m.v. e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por 5 años; al tiempo que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por haberlo declarado autor penalmente responsable del delito de interés indebido en la celebración de contratos.

ANTECEDENTES

Los hechos fueron fijados en el fallo de segundo grado, como se transcribe a continuación:

Se extrae de la investigación que el alcalde municipal de Lérica Tolima, Ferney Santofimio Fajardo, adelantó el trámite contractual para la adquisición de 1.029 contadores o medidores de agua; luego de la invitación pública se presentaron tres propuestas, dentro de las que salió elegida la presentada por Hernán Díaz Cruz, con quien se suscribió el contrato de suministro No. 003 del 19 de julio de 2002 por valor de \$69'972.000,00, es decir, que cada uno de los contadores le costó a la administración municipal \$68.000,00.

Con posterioridad, se conoció que el citado contratista había adquirido los contadores a \$35.000,00 la unidad, por lo que se consideró que existía un detrimento patrimonial para la administración pública de Lérida por el sobrecosto entre el precio de adquisición y el valor final de venta. Así mismo se planteó que Hernán Díaz Cruz intervino en el trámite de contratación en asocio y con la asesoría de Jhon Alexander Santofimio, sobrino del Alcalde de Lérida, que fue quien realmente adquirió los medidores ante la empresa Coltavira S.A. y, en consecuencia, que existió un interés indebido en dicho trámite contractual.

Finalmente, se conoció que los 1.029 medidores de agua arribaron al almacén del municipio de Lérida y fueron entregados a la Empresa de Servicios Públicos de Lérida, EMPOLÉRIDA, y que el gerente de esta entidad ordenó, el 27 de septiembre de 2002, al almacenista José Omar Brand Zúñiga, que entregara 700 contadores a José Helí Avilés, quien los devolvió el 30 de octubre de esa misma anulaidad. La investigación adelantada permitió determinar que los contadores prestados fueron utilizados para cumplir con un contrato de similar naturaleza con el municipio de Cajamarca, ente territorial con el que Jhon Alexander Santofimio también contrató el suministro de medidores.

ACTUACIÓN PROCESAL

En atención al informe de policía judicial No. 1078-FGN-CTI-SIA del 29 de octubre de 2002[1], que daba cuenta de algunas irregularidades en la adquisición y destinación de unos medidores de agua por parte del municipio de Lérida, el día 30 de los mismos mes y año la Fiscalía 24 de la Unidad de Reacción Inmediata de Ibagué, ordenó una investigación previa[2].

Las diligencias se le asignaron a la Fiscalía 39 Seccional de Lérida que el 30 de enero de 2003[3] ordenó continuar el trámite, en curso del cual practicó varias pruebas que sirvieron de sustento para que el 23 de abril del mismo año, decretara la apertura de instrucción[4]. En la misma providencia dispuso vincular mediante indagatoria a Ferney Santofimio Fajardo[5], Luis Fernando Rojas Torres[6], José Ómar Brand Zúñiga[7], José Helí Avilés[8] y a Jhon Alexander Santofimio[9].

El 4 de marzo de 2004, Luis Fernando Rojas Torres-Gerente de la empresa de servicios públicos de Lérida, EMPOLERIDA– aceptó su responsabilidad en el delito de peculado por uso y solicitó la emisión de sentencia anticipada.[10] En razón de ello, con esa finalidad se le formularon cargos el 10 de diciembre de 2004[11] y se decretó la ruptura de la unidad procesal el 12 de enero de 2005[12]

Se definió la situación de los sindicatos el 7 de octubre de 2004, absteniéndose de imponerles medida de aseguramiento[13].

Por auto del 6 de octubre de 2005[14], la Fiscalía 39 Seccional de Lérida decretó el cierre de la investigación y el 15 de noviembre de 2005, calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra Ferney Santofimio Fajardo, como presunto autor de interés indebido en la celebración de contratos, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, y contra José Ómar Brand Zúñiga, José Helí Avilés y Jhon Alexander Santofimio, como presuntos autores responsables de peculado por uso[15].

La resolución de acusación fue recurrida en reposición y subsidiariamente apelación por el defensor de Ferney Santofimio Fajardo y en apelación por el defensor de José Helí Avilés y Jhon Alexander Santofimio. Negada la reposición[16], se concedió la alzada vertical y por auto del 12 de diciembre de 2006, la Fiscalía 6 delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué decretó la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de acusación, argumentando la violación del debido proceso, en consideración a que nada había dicho el Fiscal a quo en relación con el delito de interés

indebido en la celebración de contratos, que le había imputado fáctica y jurídicamente a Jhon Alexander Santofimio; y, tampoco se pronunció acerca de la conducta punible de destrucción, supresión u ocultamiento de documento público imputada a José Ómar Brand Zúñiga[17].

El 4 de abril de 2007, en cumplimiento de lo ordenado por el superior, la Fiscalía 39 Seccional de Lérida calificó nuevamente el mérito de la instrucción y acusó a Ferney Santofimio Fajardo, como presunto autor responsable de interés indebido en la celebración de contratos, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, y a José Ómar Brand Zúñiga, José Helí Avilés y Jhon Alexander Santofimio, como presuntos autores responsables de peculado por uso. En la misma providencia, precluyó la investigación a favor de Jhon Alexander Santofimio y de José Ómar Brand Zúñiga, por los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y destrucción, supresión u ocultamiento de documento público, respectivamente[18].

De nuevo los defensores de Ferney Santofimio Fajardo, José Helí Avilés y Jhon Alexander Santofimio se alzaron contra la providencia en reposición y apelación el primero y en apelación el otro. El a quo resolvió reponer la calificación parcialmente y llamar a juicio a José Helí Avilés como determinador de peculado por uso[19] y ordenó remitir el expediente ante la Fiscalía delegada para que se surtiera la segunda instancia.

La Fiscalía 6 Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué, el 24 de julio de 2008, confirmó la resolución de acusación proferida contra Ferney Santofimio Fajardo y declaró la prescripción de la acción penal en el caso de José Helí Avilés y Jhon Alexander Santofimio[20].

El conocimiento en la etapa del juicio se le asignó al Juzgado Penal del Circuito de Lérida[21], que celebró la audiencia preparatoria el 26 de mayo de 2009[22] y la vista pública el 16 de junio del mismo año[23].

La sentencia de primera instancia se profirió el 5 de marzo de 2010[24], de cuya naturaleza y contenido se hizo mérito en el acápite inicial de esta providencia, revocada parcialmente mediante la que es objeto del recurso extraordinario, por parte del Tribunal Superior de Ibagué[25].

LA DEMANDA

Tres cargos dice postular el defensor de Ferney Santofimio Fajardo. Uno violación indirecta de la ley sustancial, el segundo por violación directa de la ley sustancial y el otro por nulidad.

Primer cargo. «CAUSAL PRIMERA DE CASACIÓN. VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL POR ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.»

Inicia afirmando que Ferney Santofimio Fajardo no cometió el delito de interés indebido en la celebración de contratos, porque los cargos se le imputaron a raíz de una errónea interpretación de los hechos. A su juicio no se desvirtuó la presunción de inocencia.

Señala que con el fallo se desconoció el principio de legalidad procesal que consagra la Ley 600 de 2000.

Luego explica que en relación con el delito de interés indebido en la celebración de contratos, el Tribunal consideró que de los elementos de juicio existentes podía deducirse que el procesado había incurrido en dicha conducta, en su condición de alcalde de Lérída, «...pues a su criterio aparece acreditado que en la celebración del contrato de suministro No. 003 del 19 de julio de 2002 intervino con el fin de favorecer a un tercero, específicamente, a su sobrino Jhon Alexander Santofimio, quien fue la persona que realmente adquirió los medidores suministrados a esa entidad territorial y, por lo tanto, tenía un interés personal en la concreción de dicha contratación. (Falso juicio de existencia porque no hay una sola prueba que diga que Ferney Santofimio Fajardo, sabía que su sobrino estaba detrás de la contratación). La respectiva Sala de decisión equivocó y valoró ilegalmente los elementos de convicción, distorsionando sus alcances.»

Además, el hecho de que el testigo Miguel Ángel Rojas Pinzón, gerente regional de mercadeo de la empresa Coltavira S.A., declarara que el negocio de los medidores lo celebró con Jhon Alexander Santofimio, no demuestra que el procesado conociera la participación de su pariente.

Explica el actor que el Tribunal también se refirió a Hernán Díaz Cruz y explicó que éste tenía interés en los procesos de contratación en los que resultaron seleccionados Jhon Alexander Santofimio y José Helí Avilés «...quienes presentaron propuestas que diferían en \$1.000 y \$3.000 con el fin de que Jhon Alexander Santofimio fuera el contratista beneficiado en Cajamarca lo que, de acuerdo con la perspectiva del Tribunal, permite evidenciar una actuación mancomunada dirigida a obtener beneficios en los distintos escenarios contractuales.»

Califica esa consideración de conjetura y afirma que en nada relaciona al procesado con el delito, porque no demuestra que él tuviese conocimiento de las circunstancias y aún así celebrara y ejecutara el contrato de suministro.

Explica que Coltavira S.A. certificó haber recibido de Jhon Alexander Santofimio dos pedidos de medidores: uno a su nombre por la cantidad de 1.000 y otro a nombre de Hernán Díaz por la cantidad de 1.025; y que José Helí Avilés pidió 700 medidores para que se entregaran a la empresa Empolérída el 30 de octubre de 2002.

Circunstancia que destruye la conjetura del Tribunal en el sentido de que Jhon Alexander Santofimio, aprovechó, dirigió y coordinó la contratación de medidores en los municipios de Cajamarca y Lérida a través de terceras personas, pues de ser así habría realizado los tres pedidos para cumplir con el objeto de los tres contratos.

Aduce que José Helí Avilés, al rendir indagatoria, explicó que Empolérída le había prestado 700 medidores y que para devolvérselos hizo un pedido por la misma cantidad a Coltavira S.A.

No se demostró-continúa- la adjudicación del contrato ni que el procesado quisiera favorecer a su sobrino por intermedio del contratista Hernán Díaz Cruz.

Argumenta que la sentencia condenatoria se soportó únicamente en el testimonio de Miguel Ángel Rojas Pinzón, quien informó haber celebrado el negocio de los medidores con Jhon Alexander Santofimio, «...pero no se evidencia la existencia de varias circunstancias que examinadas concatenadamente, a través de un proceso lógico deductivo propio de la construcción indiciaria permitiera acreditar el interés indebido de mi defendido al celebrar el tan mencionado contrato de suministro.»

Advierte que la Fiscalía precluyó la investigación que adelantaba contra Jhon Alexander Santofimio por «interés indebido de contrato».

Cita apartes de la sentencia C-128 de 2003 y explica que en esa oportunidad la Corte Constitucional aclaró que el interés al que aluden los tipos penales consagrados en los artículos 409 de la Ley 599 de 2000 y 145 del Decreto 100 de 1980, «...es el que se exterioriza por el servidor público en desconocimiento de su deber de imparcialidad en la gestión contractual...» y concluye que «Al respecto no se encuentra prueba que dé cuenta del interés indebido y su exteriorización, por parte del procesado, para la celebración del contrato 003 del 19 de julio de 2002.»

Agrega que William Carvajal Prada, empleado de Empolérída, viajó al municipio de Cajamarca por instrucción del gerente de la citada empresa, pero no por orden del alcalde Ferney Santofimio.

No hay pruebas que demuestren que Jhon Alexander Santofimio, Hernán Díaz Cruz y José Helí Avilés actuaron de común acuerdo para que el primero «...ejecutara y obtuviera el pago de los contratos con el fin de eludir el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.»

Estima que se aplicó erróneamente el artículo 409 del Código Penal.

Solicita que se case la sentencia impugnada y se absuelva a Ferney Santofimio Fajardo.

Segundo cargo. Violación directa de la ley sustancial.

Considera el demandante que al proferir la sentencia impugnada, dejó de aplicarse el artículo 38 del Código Penal, a pesar de estar demostradas todas las exigencias que permitían conceder la prisión domiciliaria, sin que sea suficiente argumentar que la Ley 1709 de 2014 prohíbe conceder la prisión domiciliaria en caso de delitos como el que es objeto de este proceso, pues para la época de los hechos no existía esa disposición que resulta desfavorable.

Así violó normas sustanciales como el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 6 del Código Penal. El directo quebranto por no aplicación de las disposiciones citadas, consagra indebida aplicación de la Ley 1709 por cuanto se fundó en ella a pesar de la prohibición enunciada en el artículo 6, se repite.

En su sentir, como el Tribunal dejó de aplicar los artículos 6 y 38 del Código Penal, debe enmendarse el error porque se cumplen todos los requisitos para que se le conceda al procesado la prisión domiciliaria.

Tercer cargo. Subsidiario. Nulidad por violación de los derechos al debido proceso y defensa.

Señala que la congruencia que debe existir entre la acusación y la sentencia, forma parte del debido proceso.

Afirma que la «incongruencia» está consagrada como causal de casación tanto en la Ley 600 de 2000 como en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004 y destaca que ese principio está integrado al debido proceso y al derecho de defensa, puesto que la sentencia «debe guardar una adecuada relación de conformidad con la resolución de acusación. En lo personal, fáctico y jurídico.» De esa forma, no se sorprenderá al procesado «con situaciones fácticas o conductas punibles, agravantes, que no fueron materia de debate jurídico.»

Advierte que el procesado no puede ser condenado por hechos que no constan en la acusación, ni por delitos por los que no se hubiese solicitado condena.

En el caso bajo estudio, la resolución de acusación (de fecha 04 de abril de 2007) proferida por la Fiscalía treinta y nueve seccional, atribuyó a mi representado la comisión de los delitos de celebración indebida de contratos y peculado por apropiación, no obstante, se observa una inconsistencia protuberante, pues la celebración indebida de contratos corresponde al Capítulo Cuarto, del Título XV del Código Penal, que trata de los delitos contra la administración pública.

Dentro de dicho capítulo se describen varias conductas, verbigracia, violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Por lo anterior, la inconsonancia advertida ha vulnerado el debido proceso y el derecho de defensa, por cuya razón se solicita casar parcialmente la sentencia para excluir la conducta de interés indebido en la celebración de contrato (sic), contenida en la sentencia.

Nótese que la sentencia incluyó la modalidad de interés indebido en la celebración de contrato (sic) no contemplada en la acusación.

Cita fragmentos de la resolución de acusación que se refieren a conductas punibles que no se le atribuyeron a Ferney Santofimio Fajardo, como el peculado por uso e insiste en que el delito por el que fue condenado no forma parte de la acusación y que como a su sobrino Jhon Alexander Santofimio se le precluyó la investigación por considerar que no había tomado parte en los hechos, entonces la segunda instancia no podía sorprender a su asistido con la inclusión de una conducta de la que no había podido defenderse.

Con fundamento en los reproches que vienen de reseñarse, solicita de la Corte:

A) Consecuencia de los cargos formulados es que la Corte debe casar el fallo atacado y dictar sentencia absolutoria en favor de FERNEY SANTOFIMIO FAJARDO porque están demostradas las causales propuestas.

B) En su defecto, casar la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué revocando la negativa de la prisión domiciliaria y, en su lugar, otorgar a FERNEY SANTOFIMIO FAJARDO el beneficio consagrado en el artículo 38 del Código Penal.

C) Subsidiariamente, decretar la nulidad de lo actuado, a partir de la Resolución de acusación, inclusive.

CONSIDERACIONES

Conforme lo ha señalado reiteradamente la Sala, la casación atiende a unos fines superiores que se concretan en la reparación de los agravios inferidos a las partes en la sentencia recurrida, la efectividad del derecho material y de las garantías fundamentales de los intervinientes en la actuación, y la unificación de la jurisprudencia (Ley 600 de 2000, artículo 206).

Sin embargo, de ninguna manera se puede entender que la naturaleza de este mecanismo sea de libre configuración, desprovisto de todo rigor y que tenga como finalidad abrir un espacio procesal semejante al de las instancias para prolongar el debate respecto de los puntos que han sido materia de controversia.

Ha de resaltarse que mediante la proposición del recurso el censor debe sujetarse a las causales taxativamente señaladas en el ordenamiento procesal y con observancia de los presupuestos de lógica y adecuada argumentación inherentes a cada motivo extraordinario de impugnación, para persuadir a la Corte de que con el fallo de segunda instancia se ha originado el quebranto de alguna de aquellas finalidades.

De entrada se advierte que el escrito presentado por el defensor de Ferney Santofimio Fajardo, no cumple las mínimas exigencias de admisibilidad que consagra el artículo 212 de la Ley 600 de 2000, como que sólo identificó a uno de los sujetos procesales (su defendido); apenas sí hizo alusión a la sentencia demandada; presentó los hechos desde su particular perspectiva; y, aunque hizo un resumen de la actuación procesal, omitió formular los cargos indicando de forma clara y precisa sus fundamentos.

Con todo, el principio de limitación que rige en casación le impide a la Sala corregir las deficiencias anotadas, en tanto no le corresponde asumir la carga argumentativa exclusiva del recurrente para complementar, adicionar o enmendar el libelo, porque la casación no es otra instancia ordinaria; su finalidad es promover un juicio técnico y jurídico contra la sentencia que pone fin a un proceso, en orden a demostrar su ilegalidad.

No obstante que de acuerdo con lo anotado puede considerarse que los reproches presentados por el impugnante se han respondido negativamente, considera la Sala oportuno recabar en la esencia de los presupuestos necesarios para demostrar una causal acorde con la naturaleza constitucional y legal del recurso, sin que ello constituya la imposición de un método determinado, sino la indicación de las exigencias que debe colmar, en cada caso, la formulación de los cargos y específicamente de aquellos que trató de esbozar el apoderado especial del procesado.

Primer cargo. «CAUSAL PRIMERA DE CASACIÓN. VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL POR ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.»

Considera que no se desvirtuó la presunción de inocencia. Reprocha que el Tribunal afirmara que los elementos de convicción señalaban al procesado como responsable del delito de interés indebido en la celebración de contratos. A juicio del demandante tal aseveración constituye «Falso

juicio de existencia porque no hay una sola prueba que diga que Ferney Santofimio Fajardo, sabía que su sobrino estaba detrás de la contratación.» Además, el testimonio de Miguel Ángel Rojas Pinzón, quien declaró que el negocio de los medidores lo celebró con Jhon Alexander Santofimio, no demuestra que el procesado supiera que su pariente estaba participando en el proceso de contratación con el municipio de Lérida.

Aduce el actor que «...no se evidencia la existencia de varias circunstancias que examinadas concatenadamente, a través de un proceso lógico deductivo propio de la construcción indiciaria permitiera acreditar el interés indebido de mi defendido al celebrar el tan mencionado contrato de suministro.»

Resulta evidente que la formulación del primer cargo que trata de proyectar el apoderado especial de Ferney Santofimio Fajardo, no resiste el mínimo análisis, porque su propuesta de casación invoca específicamente la violación indirecta de la ley sustancial, pero omite señalar si lo que denuncia es un error de hecho o de derecho; tampoco expone la clase de yerro, es decir, falso juicio de existencia, falso juicio de identidad o falso raciocinio, en el primer caso; falso juicio de convicción o falso juicio de legalidad, en el segundo caso.

Apenas se atreve a proponer que las consideraciones del Tribunal, dirigidas a afirmar la responsabilidad penal del procesado, atienden a un falso juicio de existencia porque ninguna prueba demuestra que Santofimio Fajardo, sabía que su sobrino estaba participando en la contratación pública.

Sin embargo, omite explicar si el falso juicio provino de suponer las pruebas o de omitir la valoración otras que se hubiesen allegado legalmente. Y, en cualquiera de los dos casos, tampoco informó cuáles fueron las suposiciones ni cuáles las pruebas que dejaron de apreciarse.

Debe agregarse que además insinúa la concurrencia de errores en la prueba indiciaria, empero también omite precisar si tal desacierto se cometió respecto de los medios demostrativos de los hechos indicadores, la inferencia lógica o en el proceso de valoración conjunta al apreciar su articulación, convergencia y concordancia, para llegar el juzgador a una conclusión equivocada.

En cualquiera de esos eventos, tenía el deber de señalar cuál fue el indicio equívocamente apreciado y, al respecto precisar-si es que el reproche recaía en el hecho indicador-, cada una de las pruebas con las que se tuvo por acreditado, con la indicación de si respecto de ellas los jueces cometieron errores de hecho o de derecho y cuál de ellos específicamente.

Pero, si la censura se encaminaba a la inferencia lógica, le competía aceptar sin reparos la construcción del hecho indicador y presentar el yerro por vía del falso raciocinio, puesto que por tratarse de un defecto de valoración, era necesario que demostrara la vulneración de las reglas de la sana crítica y, en concreto, tenía la carga de demostrar cuál o cuáles de esos postulados se desconocieron, es decir, si los principios de la lógica, las leyes de la ciencia o las máximas de la experiencia.

Pero, dada la naturaleza de este medio de prueba, si el yerro se presenta en el análisis de la convergencia y congruencia entre los distintos indicios, y de estos con los demás medios, o al asignar la fuerza demostrativa en su valoración conjunta, ello no puede dejarse de precisar en la demanda, demostrando que en ese razonamiento se infringieron los postulados de la sana crítica

Esa particular forma de argumentar, le impide a la Corte asumir el estudio de los yerros denunciados porque, en últimas, no es posible determinar cuál fue la clase de error denunciado.

Si la intención del recurrente era atacar la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, al tenor de lo dispuesto en el cuerpo segundo del artículo 207-1° del Código de Procedimiento Penal, en primer lugar tenía la obligación de identificar con exactitud el yerro, es decir, establecer si se trataba de un error de hecho o de derecho al apreciar la prueba.

Tratándose de los primeros, debía precisar si se produjo (i) bien porque pese a obrar en el diligenciamiento no fue valorada (falso juicio de existencia por omisión); porque sin figurar en la actuación se supuso su presencia allí y la tuvieron en cuenta en la decisión (falso juicio de existencia por suposición); (ii) porque al considerarla distorsionaron su contenido cercenándola, adicionándola o tergiversándola (falso juicio de identidad); o, (iii) atendiendo a que, sin incurrir en alguno de los desatinos referidos, derivaron del medio probatorio deducciones contrarias a los principios de la sana crítica, esto es, los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de la experiencia (falso raciocinio).

En relación con el error de derecho, era necesario que afirmara y demostrara que (i) se le había negado a determinado medio probatorio el valor conferido por la ley o le fue otorgado un mérito diverso al atribuido legalmente (falso juicio de convicción), o (ii) que los funcionarios al apreciar alguna prueba la asumieron erradamente como legal aunque no satisfacía las exigencias señaladas por el legislador para tener tal condición, o la descartaron aduciendo de manera equivocada su ilegalidad, pese a que se cumplieron cabalmente los requisitos dispuestos en la ley para su práctica o aducción (falso juicio de legalidad).

En el primer caso-falso juicio de existencia por omisión– le corresponde al recurrente indicar cuál fue la prueba que no se valoró, cuál es la información que objetivamente suministra, el mérito demostrativo al que se hace acreedora y cómo su estimación con el resto del acervo probatorio variaría las conclusiones del fallo censurado.

Cuando el propósito es alegar el falso juicio de existencia por suposición, debe el casacionista identificar cuál era el aparte del fallo carente de soporte demostrativo en la actuación y precisar su injerencia en el sentido de la decisión, esto es, cómo al excluir la suposición, la sentencia sería diversa y en todo caso beneficiosa a los intereses de su procurado.

Pero, si la pretensión se encamina a demostrar un falso juicio de identidad, se tiene que identificar a través del cotejo objetivo de lo dicho en el medio probatorio y lo asumido en el fallo, el aparte de la prueba que se omitió o se añadió, los efectos producidos a partir del cercenamiento o la adición y cuál sería la trascendencia del yerro en la parte resolutive de la sentencia atacada.

Si el reparo se orienta a denunciar un falso raciocinio, es obligación del demandante establecer qué dice concretamente el medio probatorio, qué se infirió de él en la sentencia atacada, cuál fue el mérito persuasivo otorgado, determinar el postulado lógico, la ley científica o la máxima de experiencia cuyo contenido fue desconocido en el fallo, debiendo igualmente indicar su consideración correcta, identificar la norma de derecho sustancial indirectamente excluida o indebidamente aplicada y luego, demostrar la trascendencia del error expresando con claridad cuál debe ser la adecuada apreciación de aquella prueba, con el inexcusable compromiso de acreditar que la enmienda del yerro daría lugar a un fallo esencialmente diverso y favorable a los intereses de su representado.

De plantearse un falso juicio de convicción, es obligatorio que el impugnante demuestre la infracción de la tarifa de valoración dispuesta por el legislador, así como su injerencia en el sentido del fallo.

Por último, refiriéndose al error de derecho por falso juicio de legalidad, es obligación identificar el medio probatorio que tacha de ilegal, indicando las disposiciones cuyo quebranto determina tal ilegalidad y demostrar la efectiva ocurrencia de lo denunciado; o, comprobar la legalidad de la prueba desechada por el juzgador.

En todo caso, se tiene el deber de acreditar la trascendencia del desacierto en las conclusiones del fallo, esto es, demostrar que con la marginación de la prueba que se dice ilegal, las restantes evidencias conducen a una decisión sustancialmente diversa de la atacada, o que con la incorporación del medio de prueba que el actor estima legal, las conclusiones serían distintas a las que contiene la sentencia impugnada.

En suma, no cumplió con esa carga argumentativa el impugnante, porque-se insiste- no identificó la clase de error, no ilustró a la Corte acerca de las pruebas que hubiese supuesto u omitido valorar el Tribunal; y, en este último caso, tampoco señaló su ubicación ni presentó su contenido integral; mucho menos explicó en cuál o cuáles indicios recaía alguna clase de yerro.

Esas falencias-se insiste- le impiden a la Corte asumir el estudio del cargo, mismo que será inadmitido.

Segundo cargo. Violación directa de la ley sustancial.

Considera que el quebranto obedece a la exclusión evidente de los artículos 38 y 6 del Código Penal y la indebida aplicación de la Ley 1709 de 2014, en consideración a que se le negó a su

asistido el sustituto de la prisión domiciliaria argumentando que la Ley 1709 de 2014 prohíbe concederla cuando se trata de delitos contra la administración pública, lo que contraría el principio de favorabilidad, porque esa norma no estaba vigente cuando sucedieron los hechos.

Al presentar el reproche, el defensor limitó sus argumentos a asegurar que el Ad quem dejó de aplicar una norma favorable y sólo tuvo en cuenta las prohibiciones que consagra la ley para acceder a la prisión domiciliaria.

El ataque, en fin, se limita a asegurar que su asistido tiene derecho al beneficio de la prisión domiciliaria, circunstancia que le imponía, al menos, si es que pretende propiciar una decisión en la que se analice la posibilidad de otorgar al procesado tal sustituto, definir los argumentos tenidos en cuenta para negar aquel beneficio, oponiéndose con una adecuada contradicción que tome en cuenta esa posición, los hechos concretos y las normas que regulan el tema.

El desarrollo del cargo ni siquiera contiene la premisa fáctica que configuraría la eventual violación directa de la ley sustancial por exclusión evidente de los artículos 38 y 6 del Código Penal.

En síntesis, siendo esa la propuesta, lo primero que debió señalar el recurrente fue la circunstancia de que en el fallo se hubiesen declarado probados los elementos propios de la prisión domiciliaria y pese a ello no se reconoció el derecho. Empero, ello no tuvo ocurrencia, porque sobre ese punto se pronunció el Tribunal en los siguientes términos:

Conforme a la sanción a imponer, se debe precisar que para la concesión de los subrogados penales y los mecanismos sustitutos de la pena de prisión se debe tener en cuenta el principio de favorabilidad frente a las disposiciones de la Ley 1709 de 2014.

Efectuada la anterior precisión, se tiene que la pena por imponer a Ferney Santofimio Fajardo es de 4 años pero la conducta ejecutada se enmarca dentro de las prohibiciones del art. 68A del Código Penal (quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública), lo que indefectiblemente conduce a que no se hace acreedor al otorgamiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural, por expresa prohibición legal.

Por lo demás, conforme lo ha venido sosteniendo esta Corporación de antaño (CSJ AP, 27 jun. 2007, Rad. 26931; CSJ SP, 19 oct. 2006, Rad. 25724; CSJ AP, 6 may. 2009, Rad. 31.340; CSJ AP 6 jul. 2011, Rad. 36526; CSJ AP, 30 jul. 2014, Rad. 42188) y ahora lo reitera, el de la prisión domiciliaria no es un tema que deba resolver la Sala de Casación Penal de la Corte, porque su denegación no es razón suficiente para demostrar la ilegalidad de la sentencia de segunda instancia objeto del recurso extraordinario. Mucho menos cuando es el Juez de ejecución de penas el competente para conceder o negar la sustitución de la medida, autoridad judicial que, además, está facultada para dirimir el asunto en relación con sus momentos y efectos, siempre frente a los condicionamientos previstos en los artículos 38 y 38B del Código Penal, quedando a cargo del procesado o del defensor presentar la solicitud, argumentando en todo caso las razones por las cuales estima que el sentenciado cumple los presupuestos normativos para hacerse acreedor al mecanismo sustitutivo de la pena privativa de libertad..

Se observa que la decisión objeto de censura en la sentencia impugnada, referida a la prisión domiciliaria, se ajustó a las normas legales que la regulaban.

En efecto, la improcedencia del mecanismo sustitutivo es manifiesta, por cuanto en la situación del procesado no convergen los requisitos de índole objetivo que lo harían viable, porque tal conducta está inserta entre las que se excluyen del beneficio, de acuerdo con el artículo 38B, num. 2, del Código Penal.

Antes de que se profiriera la sentencia de segunda instancia, entró en vigencia la Ley 1709 del 20 de enero de 2014 que introdujo modificaciones importantes a los requisitos que permiten la prisión domiciliaria, como puede constatarse en el artículo 23, por el que se adicionó el artículo 38B a la Ley 599 de 2000, por lo que el Tribunal, como acaba de reseñarse, descartó expresamente su procedencia en este específico evento, frente a la prohibición que introdujo para tales delitos.

No estima necesario la Corte hacer otras consideraciones para inadmitir este cargo.

Tercer cargo. Subsidiario. Nulidad por violación de los derechos al debido proceso y defensa.

A pesar de que este proceso se rigió por la Ley 600 de 2000 y el demandante admite que la incongruencia está consagrada como causal de casación en ese específico ordenamiento, decidió postular el cargo por nulidad, argumentando que la sentencia impugnada no se dictó en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación, puesto que ésta se profirió por celebración indebida de contratos y peculado por apropiación; no obstante, se le condenó por

interés indebido en la celebración de contratos, vulnerando de esa forma el debido proceso y el derecho de defensa. En razón de ello, pide la invalidación de lo actuado a partir, inclusive, del llamamiento a juicio.

Debe destacarse que de no ser porque el defensor se equivocó al seleccionar la causal, sería necesario indicarle que ha debido acatar el principio de prioridad que gobierna la técnica del recurso de casación, en virtud del cual se imponía que la censura fundada en la causal tercera fuera presentada en forma prevalente.

Sin embargo, ninguna trascendencia tiene ahora esa equivocación, porque de acuerdo con la legislación procesal (art. 217 num. 1º, L. 600/2000), la consecuencia jurídica que se deriva de una violación de esta naturaleza no es, sin embargo, la nulidad de lo actuado desde la resolución de acusación, como lo plantea la defensa, sino el restablecimiento del principio de congruencia, porque la afectación recaería exclusivamente sobre la sentencia y a la Corte-de prosperar el cargo– le correspondería dictar la que deba reemplazarla.

Con todo, la Sala encuentra que la premisa de la cual parte la censura es absolutamente falsa, puesto que la Fiscalía Seccional, desde cuando dictó la primera resolución de acusación (15 de noviembre de 2005)[26], dijo que convocaría a juicio al procesado Ferney Santofimio Fajardo en condición de autor de peculado por apropiación: «Código Penal, en su Libro Segundo, Título XV, Capítulo Primero, artículo 397» y de «interés indebido en la celebración de contratos», y contrato sin cumplimiento de requisitos legales: «Código Penal, en su Libro Segundo, Título XV, Capítulo cuarto, artículos 409 y 410»[27].

No obstante que la Fiscalía delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué declaró la nulidad de esa providencia[28], la acusación se dictó de nuevo en los mismos términos[29]:

De la conducta por la cual se procede contra FERNEY SANTOFIMIO FAJARDO, se ocupa el Código Penal en su Libro Segundo Título XV capítulo primero artículo 397, que trata del peculado por apropiación, y capítulo IV artículo 409 que trata del interés indebido en la celebración de contrato (sic) y artículo 410 que trata del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.[30]

Conforme se explicó al reseñar los antecedentes procesales, Santofimio Fajardo fue absuelto en primera instancia y en la sentencia de segunda instancia, claramente se advierte que se le condenó por interés indebido en la celebración de contratos, conforme se desprende de las consideraciones, específicamente de la dosificación punitiva y de la parte resolutive, en las que se puede leer:

Le asiste razón al recurrente en cuanto no ha debido absolverse al procesado Ferney Santofimio Fajardo por el delito de interés indebido en la celebración de contratos, por el que fuera acusado por la fiscalía. (...)

En tales condiciones no cabe duda que en la presente actuación se encuentra acreditada en grado de certeza tanto la materialidad de la conducta de interés indebido en la celebración de contratos, como la responsabilidad de Ferney Santofimio Fajardo en calidad de autor, lo que impone revocar la absolución emitida a su favor y en su lugar proferir sentencia condenatoria. En consecuencia, debe procederse a señalar las consecuencias jurídicas que a dicha conducta corresponde.

De acuerdo con el artículo 409 del Código Penal, la pena para este ilícito se extiende de 4 a 12 años de prisión y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco a doce años.(...)

Primero. Revocar parcialmente la sentencia proferida el 5 de marzo de 2010 mediante la cual el Juzgado Penal del Circuito de Lérida absolvió a Ferney Santofimio Fajardo de los cargos de interés indebido en la celebración de contratos, celebración de contrato sin cumplimiento de los (sic) requisitos legales y peculado por apropiación (...), para en su lugar DECLARAR penalmente responsable al ciudadano Ferney Santofimio Fajardo (...), de la conducta punible de interés indebido en la celebración de contratos prevista en el artículo 409 de la Ley 599 de 2000, en calidad de autor, condenándose a la pena de 48 meses de prisión y multa de 50 s.m.l.m.v. para el año 2005, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término de 5 años, comportamiento punible realizado cuando se desempeñó como Alcalde del Municipio de Lérida, conforme a las circunstancias de tiempo, modo y lugar precisadas en esta decisión.

Ha reiterado la Corte que la inconsonancia entre la acusación y el fallo tiene lugar cuando se afecta la estructura lógica del proceso, en cuanto el fallo introduce nuevas conductas punibles, agrega circunstancias específicas o genéricas de agravación, desconoce las específicas de atenuación tenidas en cuenta al momento de calificar o hace más gravosa la forma de intervención en el delito y, ante una eventualidad de esa magnitud, le correspondería al actor aceptar que la acusación es correcta y la sentencia incorrecta y que por ello la solución al asunto precisa de un nuevo fallo que se sujete al marco fáctico y jurídico de la calificación del mérito sumarial.

Entonces, no puede admitir la Corte que el Tribunal introdujo la modificación que denuncia el actor.

Es evidente la inexistencia del yerro denunciado, porque, conforme acaba de señalarse, la condena se profirió por una conducta punible deducida en la resolución de acusación.

El actor no logra demostrar ningún yerro tendiente al desquiciamiento del pronunciamiento judicial, por lo que los cargos carecen de fundamento.

Ante el abandono del demandante por las exigencias previstas en el artículo 212 de la Ley 600 de 2000, en sus atributos de forma, lógica, claridad y precisión, la demanda será inadmitida.

Por último, ha de señalarse que revisada la actuación no se advirtió la concurrencia de alguna de las hipótesis que le permitirían a la Corte obrar de conformidad con el artículo 216 de la Ley 600 de 2000.

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

R E S U E L V E

INADMITIR la demanda de casación presentada a nombre de Ferney Santofimio Fajardo, por su defensor.

Contra este auto no procede recurso alguno, conforme lo disponen los artículos 213 y 187, inc. 2, de la Ley 600 de 2000.

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

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

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

[1] C. No. 1, fol. 1 al 18.

[2] Ídem, fol. 19.

[3] Ídem, fol. 49 y 50.

[4] Ídem, fol. 65 al 67.

[5] Ídem, fol. 176 al 181 Se le recibieron los descargos el 22 de julio de 2003.

[6] Ídem, fol. 107 al 110. Se le recibieron los descargos el 14 de mayo de 2003.

[7] Ídem, fol. 139 al 145 Se le recibieron los descargos el 4 de junio de 2003.

[8] Ídem, fol. 123 al 130. Se le recibieron los descargos el 15 de mayo de 2003.

[9] Ídem, fol. 196 al 201. Se le recibieron los descargos el 7 de octubre de 2003.

[10] Ídem, fol. 228.

[11] C. No. 2, fol. 18 y 19.

[12] C. No. 2, fol. 20.

[13] Ídem, fol. 284 al 289.

[14] C. No. 2, fol. 25.

[15] Ídem, fol. 53 al 74.

[16] Ídem, fol. 115 al 132.

[17] Ídem, fol. 162 al 167.

[18] Ídem, fol. 206 al 227.

[19] C. No. 3, fol. 26 al 30.

[20] Ídem, fol. 46 al 58.

[21] Ídem, fol. 63.

[22] Ídem, fol. 162.

[23] Ídem, fol. 168 al 171.

[24] Ídem, fol. 178 al 205.

[25] C. No. 4, fol. 5 al 29.

[26] C. No. 2, fol. 53 al 74.

[27] Ídem, fol. 65.

[28] Ídem, fol. 162 al 167.

[29] Ídem, fol. 206 al 227.

[30] Ídem, fol. 217.