

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

EYDER PATIÑO CABRERA
Magistrado ponente

AP2374-2019

Radicación n° 48.773

(Aprobado Acta No. 151)

Bogotá D.C., dieciocho (18) de junio de dos mil diecinueve (2019).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Examina la Corte las bases jurídicas y lógicas de la demanda de casación presentada por el defensor de **JOSÉ FÉLIX OCORÓ MINOTTA** contra la sentencia proferida el 3 de junio de 2016 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó, con modificaciones¹, la impartida el 4 de agosto de 2015 por el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esta ciudad, mediante la cual lo condenó por los delitos de peculado por apropiación a favor de terceros agravado e interés indebido en la celebración de contratos.

¹ En torno al título de imputación del punible de peculado por apropiación agravado y la pena intemporal de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. La cuestión fáctica fue sintetizada por el *a quo* en los siguientes términos:

Para el 1° de octubre de 2008, el acusado JOSÉ FÉLIX OCORÓ MINOTTA, en calidad de Alcalde del municipio de Buenaventura – Valle, suscribió escritura pública No. 527, ante la Notaría 3ª del c[í]rculo de esa ciudad, con la empresa ECOFERTIL S.A. representada por Camilo Suárez Casas, celebrando contrato de PERMUTA, consistente en la entrega por parte del municipio de Buenaventura, de un lote de terreno, ubicado en la carrera 7 C No. 17 A. 51 en el barrio El Tabor a ECOFERTIL S.A., por la suma de \$3.300.000.000.00, a cambio que la mencionada empresa entregara al municipio otro lote de terreno, ubicado en la Calle 4 A No. 17 D-51 en el barrio El Jorge, por valor de \$500.000.000.00, más \$1.600.000.000.00 que entregaría en cheque al municipio, y la suma de \$1.200.000.000.00, representada en la futura construcción de las instalaciones de la Secretaría de Infraestructura Vial para el municipio de Buenaventura.

Frente a esa construcción ofrecida como parte de pago por la empresa ECOFERTIL S.A., se tiene que dicha obra se construyó posteriormente con ocasión a esta negociación, es decir que, al momento de adquirir el municipio el bien inmueble, en este no existía edificación alguna.

De acuerdo a lo referido, observado el interés desmedido por parte del señor JOSÉ FÉLIX OCORÓ MINOTTA en favorecer a la empresa ECOFERTIL S.A., el municipio de Buenaventura al realizar una negociación con dicha empresa, pagó un sobrecosto por el lote de terreno que recibió de ECOFERTIL S.A. [\$347.485.699.48], más un sobrecosto por la construcción de las oficinas y el hangar de la Secretaría de Infraestructura Vial [\$148.288.577, para un total de \$495.774.277.48]. Así mismo, el señor OCORÓ MINOTTA suscribió contrato bajo la figura de la permuta, cuando en realidad debía haberse efectuado un contrato de compraventa mediante la contratación directa y observando las normas de contratación estatal vigentes.

Celebrado el contrato de permuta, se efectuó una obra de construcción de locaciones públicas, la cual también debió haber

observado la norma para contratación estatal en modalidad de licitación pública, lo que no se hizo en el presente caso.²

2. Previa orden de captura librada el 13 de octubre de 2011 contra **JOSÉ FÉLIX OCORÓ MINOTTA** por el Juzgado Dieciséis Penal Municipal con función de control de garantías de Buenaventura³, el 18 de ese mes, su homólogo Tercero, a petición del Fiscal 5º Delegado ante el Tribunal, le impartió legalidad a la captura y a la imputación, por los delitos de peculado por apropiación agravado –con la circunstancia de mayor punibilidad del artículo 58.10 del Código Penal-, interés indebido en la celebración de contratos, contrato sin cumplimiento de requisitos legales –este, en concurso homogéneo-, fraude procesal y falsedad ideológica en documento público –los tres primeros a título de coautor, el cuarto de autor y el último de determinador- (cánones 397 inciso 2º, 409, 410, 286 y 453 del Código Penal).

Ahí mismo, le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro de reclusión.⁴

3. El 12 de diciembre de ese año, se presentó el escrito de acusación, con la modificación consistente en eliminar los últimos dos punibles reseñados⁵, asunto repartido al Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la citada ciudad.

² Cfr. folios 293-394 de la carpeta original 5.

³ Cfr. folio 4 de la carpeta original 1.

⁴ Cfr. folios 9-10 del cuaderno de la Corte y Cd contentivo de las audiencias concentradas.

⁵ Cfr. folios 31-50 de la carpeta original 1.



4. Como quiera que la Fiscal Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá solicitó el cambio de radicación, y la Sala de Casación Penal así lo autorizó mediante auto CSJ AP 26 ene. 2012, rad. 38.200⁶, disponiendo la remisión de la actuación a los juzgados penales del circuito de la capital, ella pasó al conocimiento del Juzgado Dieciocho, ante quien se formuló la acusación el 15 de marzo de 2011⁷.

5. El 25 de abril y 10 de mayo de 2012 tuvo lugar la audiencia preparatoria⁸ y el juicio oral se desarrolló en varias sesiones (23 de agosto⁹ y 3¹⁰, 14¹¹ y 24¹² de septiembre del señalado año, 12¹³, 19¹⁴ y 26¹⁵ de febrero, 12 de marzo¹⁶, 2¹⁷ y 16¹⁸ de abril, 7¹⁹ y 14²⁰ de mayo, 18 de junio²¹, 13²² y 27²³ de agosto, 4²⁴ y 20²⁵ de septiembre, 1^o²⁶, 8²⁷ y 22²⁸ de octubre, 19 de noviembre²⁹ y 9 de diciembre de 2013³⁰, 11³¹

⁶ Cfr. folios 80-87 *ibidem*.

⁷ Cfr. folios 112-113 *ibidem*.

⁸ Cfr. folios 152-159 y 171-200 *ibidem*.

⁹ Cfr. folio 288-289 *ibidem*.

¹⁰ Cfr. folios 308-309 *ibidem*.

¹¹ Cfr. folios 316-317 *ibidem*.

¹² Cfr. folios 4-5 de la carpeta original 2.

¹³ Cfr. folios 26-27 *ibidem*.

¹⁴ Cfr. folios 46-47 *ibidem*.

¹⁵ Cfr. folios 26-27 *ibidem*.

¹⁶ Cfr. folio 77 *ibidem*.

¹⁷ Cfr. folios 78-79 *ibidem*.

¹⁸ Cfr. folios 80-81 *ibidem*.

¹⁹ Cfr. folio 89 *ibidem*.

²⁰ Cfr. folio 90 *ibidem*.

²¹ Cfr. folios 95-96 *ibidem*.

²² Cfr. folios 111-112 *ibidem*.

²³ Cfr. folios 113-114 *ibidem*.

²⁴ Cfr. folios 115-116 *ibidem*.

²⁵ Cfr. folios 118-119 *ibidem*.

²⁶ Cfr. folios 120-122 *ibidem*.

²⁷ Cfr. folios 124-125 *ibidem*.

²⁸ Cfr. folio 126 *ibidem*.

²⁹ Cfr. folios 131-132 *ibidem*.

³⁰ Cfr. folios 155-156 *ibidem*.

³¹ Cfr. folios 173-175 *ibidem*.



de abril y 16³², 24³³ y 30³⁴ de julio de 2014 y 6 de mayo³⁵ y 2 de junio de 2015³⁶).

Al final del debate, una nueva juez escuchó los alegatos de cierre y expresó sentido del fallo condenatorio por los delitos de peculado por apropiación agravado –en calidad de coautor- e interés indebido en la celebración de contratos – como autor-, y absolutorio por el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en la medida que lo declaró subsumido en el anterior.

6. Mediante sentencia del 4 de agosto posterior, la Juez de conocimiento condenó, en los referidos términos, a **JOSÉ FÉLIX OCORÓ MINOTTA**, a las penas principales de doscientos veinticinco (225) meses de prisión, cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso de la sanción aflictiva de la libertad. Además, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria³⁷.

7. El fallo fue apelado por la defensa³⁸ y el 3 de junio de 2016 la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá lo confirmó, con las modificaciones consistentes en variar el título de imputación de coautor a autor respecto del reato de

³² Cfr. folios 211-212 *ibidem*.

³³ Cfr. folios 213 *ibidem*.

³⁴ Cfr. folios 214-215 *ibidem*.

³⁵ Cfr. folios 10-11 de la carpeta original 5.

³⁶ Cfr. folios 29-30 *ibidem*.

³⁷ Cfr. folios 42-294 *ibidem*.

³⁸ Cfr. folios 2-26 de la carpeta original 4.

peculado por apropiación e imponer la sanción intemporal de que trata el artículo 122 de la Constitución Política³⁹.

8. El defensor de instancias interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación⁴⁰ y un nuevo apoderado presentó, en tiempo, el libelo correspondiente⁴¹.

LA DEMANDA

Una vez el censor sintetiza la cuestión fáctica y compendia la actuación procesal, postula tres cargos.

1. Primero

Al amparo de la causal segunda acusa el fallo de segunda instancia de haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, *«por desconocimiento de la garantía del debido proceso, por afectación de su estructura»*⁴², concretamente, de los principios de inmediación y concentración.

Al efecto, asevera que el juicio oral estuvo presidido por dos jueces, uno ante el cual se practicaron las pruebas y otra que escuchó los alegatos finales, anunció el sentido del fallo y dictó sentencia de primer grado.

Sobre el particular, luego de reprobar al Tribunal por considerar que el cambio de funcionario judicial no generaba

³⁹ Cfr. folios 18-114 del cuaderno del Tribunal.

⁴⁰ Durante la audiencia de lectura de fallo.

⁴¹ Cfr. folios 129-154 del cuaderno del Tribunal

⁴² Cfr. folio 135 *ibidem*.

la invalidación de lo actuado porque solo procedía cuando se demostraba la afectación real de dichos postulados, asegura que, en este caso, también se lesionaron los axiomas de oralidad, publicidad y contradicción, además que *«el contacto directo entre el juez y el órgano de prueba (...) no se supe, (...) escuchándose los audios, pues ello implicaría volver al sistema mixto de tendencia inquisitiva, (...) al tenor del superado principio de permanencia de la prueba (...)»*⁴³.

En este punto, sostiene que la inmediación busca que el juez *«forme su convencimiento a través del análisis del lenguaje gesticular del mismo, de sus actitudes, esto es, que perciba si el declarante se colorea, suda, tiembla, guarda silencios sospechosos ante determinadas preguntas, duda al contestar, es vacilante, etc.»*⁴⁴

Lo contrario, afirma, llevaría a concluir que, en los procesos rituados conforme a la Ley 600 de 2000, se satisface la inmediación con el registro escrito del testimonio, el cual puede ser leído y releído y tiene ventaja sobre los audios que, en su concepto, invitan al sueño y frente a los que *«es muy difícil captar las incoherencias y contradicciones del declarante»*⁴⁵.

Para el letrado, la inmediación implica la formación del convencimiento respecto a cómo relata el testigo lo percibido directamente.

⁴³ Cfr. folio 137 *ibidem*.

⁴⁴ Cfr. folio 138 *ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.



Aunque considera que la reconstrucción del juicio es difícil y costosa de cara a la comparecencia de los deponentes, estima que, en Colombia, ello no es tan complicado porque, dado el cúmulo de trabajo, el tiempo entre la citación y la realización de la diligencia puede ser de meses y hasta años.

Resalta, asimismo, que en un Estado de derecho el fin no justifica los medios, sino que la legitimidad de estos legitima al primero, razón por la que *«un fallo basado en la simple audición de las grabaciones, no es legítimo»*⁴⁶.

Tras reivindicar el alcance del principio de legalidad, solicita retomar las consideraciones plasmadas en la sentencia CSJ SP, 28 nov. 2007, rad. 28.656.

Luego de señalar que, con el cambio de juez también se vulneró el principio de concentración –concepto que define-reconoce, con apoyo en la sentencia CSJ SP 20 ene. 2010, rad. 32.556, que este postulado y el de inmediación no son absolutos, pero, adviera que, en este caso, no se está en alguna de las excepciones allí previstas, esto es, cuando la prueba practicada por el juzgador predecesor no tiene incidencia en el sentido del fallo, el juez ante quien se practica alcanza a anunciarlo y el nuevo funcionario respeta esa decisión.

⁴⁶ Cfr. folio 239 *ibidem*.



Pide casar el proveído demandado y declarar la nulidad de lo actuado desde el inicio del juicio oral.

2. Segundo

Por la senda de la causal tercera, y específicamente en relación con el delito de peculado, censura la sentencia de segundo nivel por incurrir en errores de hecho -no los identifica-, que condujeron a la aplicación indebida del artículo 397 del Código Penal, vulnerando, a su vez, los principios de presunción de inocencia y legalidad de la pena.

En desarrollo del reproche, parte por reseñar que el peculado se dedujo del detrimento patrimonial de **\$495.774.277.00**, resultante de i) la diferencia entre el valor de \$500.000.000.00 por el que el alcalde de Buenaventura recibió en permuta el lote situado en el barrio El Jorge de ese municipio y el valor del avalúo realizado por el perito GERMÁN TORRES RAMOS de \$152.514.300.00, para un valor de **\$347.485.700.00** y ii) el sobreprecio de la construcción del edificio de la Secretaría de Estructura Vial, pagado por el ente territorial estimado en **\$148.288.577.00.**, en la medida que aquella obra se tasó en \$1.051.711.423.00, pero se acordó un costo de \$1.200.000.000.00.

Así mismo, recuerda que la permuta consistió en la entrega, por parte del municipio, de un bien inmueble ubicado en el barrio el Tabor de Buenaventura en cuantía de \$3.000.000.000.00, a cambio de un lote localizado en el barrio El Jorge, de propiedad de ECOFERTIL S.A. por

\$500.000.000.oo, la construcción de la mentada edificación por \$1.200.000.000.oo, y \$1.600.000.000.oo en cheque.

Enseguida, enlista los siguientes “errores de hecho”:

i) Se omitió la valoración de la estipulación No. 9, consistente en el avalúo catastral del bien localizado en el barrio Tabor por \$3.170.475.000, de manera que, al permutarlo por \$3.300.000.000.oo, quedó a favor del municipio un saldo por \$129.525.000.oo, que disminuye el monto del perjuicio causado, porque *«dentro de elementales principios de lógica, el contrato de permuta debe ser tomado globalmente»*⁴⁷, de forma que se debe analizar *«qué gana o qué pierde cada uno de los contratantes, o si hubo equilibrio»*⁴⁸.

ii) Se dejó de apreciar la Escritura Pública No. 638 de 17 de abril de 2008 y los libros de contabilidad de la empresa ECOFERTIL S.A., que dan cuenta sobre el valor que esta pagó a OFELIA CASSIERRA por el lote del barrio El Jorge, en cuantía de \$450.000.000.oo.

Si se hubiera evaluado, arguye, se habría establecido que el lote costaba \$500.000.000.oo, pues era razonable ya que *«nadie, medianamente conoce[do]r de los negocios de finca raíz, vende por el mismo precio por el que compró»*⁴⁹, sobre todo si el predio aledaño a la Alcaldía era de difícil acceso, estaba abandonado y constituía un botadero de

⁴⁷ Cfr. folio 244 *ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Cfr. folio 245 *ibidem*.

basura, y al anexarse al otro inmueble obtenía el beneficio de ampliarse y obtener salida a la calle 18.

De igual manera, de haber sido apreciados esos medios de convicción, el testimonio del perito GERMÁN TORRES RAMOS –quien no era experto en avalúos- no sería creíble, dado que *«una empresa multinacional cuenta con expertos asesores económicos y comerciales, de manera tal que no paga una suma por un predio, si no está convencida de que ese es el valor comercial»*⁵⁰.

iii) Aunque en la sentencia se advirtió que el perito RICARDO MEJÍA reconoció que, en el costo de la obra, omitió tener en cuenta los valores del cerramiento por \$8.000.000.00 o \$9.000.000.00, la puerta, la gravilla en la vía de acceso al edificio nuevo y los andenes por \$27.000.000.00, esto se consideró intrascendente, bajo el supuesto que esos montos no superan la diferencia hallada y tampoco modifica los extremos punitivos, lo que significa que *«no se apreció para establecer el valor del presunto perjuicio económico»*⁵¹.

De todo lo anterior, se sigue que el aparente desequilibrio tan solo es de \$32.764.000.00, diferencia que, *«dentro de un contrato de mutuo (sic), a favor de uno de los contratantes, no rompe el equilibrio, no configura apropiación indebida, máxime si se tiene en cuenta, (...) que el predio del barrio El Jorge se entregó al municipio por un precio un poco mayor al de compra»*⁵², que el lote que previamente tenía el

⁵⁰ *Ibidem.*

⁵¹ Cfr. folio 246 *ibidem.*

⁵² Cfr. folio 247 *ibidem.*

municipio aumentó su valor porque obtuvo salida a la vía pública, pues la que tenía era precaria ya que había que pasar por un terreno donde estaba una vivienda y, por ende, que al no existir daño, la conducta es atípica.

Solicita casar el fallo impugnado y absolver a su representado.

3. Tercero (subsidiario)

Con apoyo en la causal tercera, denuncia la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del numeral 10 del artículo 58 del Código Penal, que habría contraído la lesión del principio de legalidad de la pena.

Tras mostrarse de acuerdo con el Tribunal en que bien pueden concurrir las calidades de coautor, cómplice, determinador e interviniente con la circunstancia de agravación genérica de "obrar en coparticipación criminal", se muestra inconforme con que se dedujera dicha causal en contra de su cliente, pese a que en el fallo de segundo nivel se modificó el título de imputación de coautor a autor, porque -consideró el *ad quem*- no se precisó el plan común delictual, quiénes participaron en el mismo, ni la contribución de cada uno en la realización del resultado.

Añade que, esa circunstancia tampoco se puede inferir de la participación de varias personas en el peculado, esto es, de los beneficiados con el punible, porque ello vulnera el principio de *non bis in idem*, en la medida que, ese hecho

estaría sancionado como elemento integrante del tipo penal y como circunstancia genérica de agravación, pues es lo que sucede en los delitos de encuentro y convergencia, en los que el tipo exige la concurrencia de varias personas –*verbi gratia*, rebelión, asonada, concierto para delinquir, aborto-.

CONSIDERACIONES

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 180 del Estatuto Adjetivo actual, el recurso extraordinario de casación tiene como finalidad «*la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia*».

Con tal propósito, el inciso 2° del canon 184 *ejusdem* fijó las reglas mínimas de admisión, estableciendo que no se seleccionará el libelo en el que i) el demandante carezca de interés para acceder al recurso, ii) no se invoque la causal conforme a la cual se edifica el reproche de las contempladas en el artículo 181 *ibidem*, iii) omita desarrollar los cargos correspondientes o, iv) fundadamente se logre establecer que no se requiere de la sentencia para cumplir las finalidades previstas en el aludido precepto 180; lo anterior, salvo que alguno de esos propósitos permita superar los defectos técnicos que exhiba el libelo y decidir de fondo.

También tiene decantado la jurisprudencia que la demanda debe ser íntegra en su formulación, suficiente en

su desarrollo y eficaz en la pretensión, de tal suerte que ha de soportarse en los principios que rigen el recurso extraordinario, en especial, los de claridad, precisión, fundamentación debida, prioridad, no contradicción, corrección material, crítica vinculante y autonomía, sin que sea viable argumentar a la manera de un alegato de instancia. La proposición de los cargos exige escoger adecuadamente la causal y el sentido de la violación y, concretar el disenso en términos de trascendencia.

El libelo que se examina no satisface los requisitos mínimos que exige el referido canon 184 para su admisión, empezando porque omitió referirse a las finalidades que persigue con el recurso. Las siguientes son las razones:

1. Primero

1.1. La declaración de una nulidad está atada a la comprobación cierta de yerros de garantía o de estructura insalvables que hagan que la actuación y la decisión de segunda instancia pierdan toda validez formal y material, por lo que corresponde al libelista expresar, conforme al principio de taxatividad, la irregularidad sustancial que afecta la actuación, determinar la forma en que ella rompe la estructura del proceso o lesiona las garantías de los intervinientes, la fase en la que se produjo y demostrar que ninguno de los axiomas que se erigen alrededor de la invalidación de la actuación ha operado en el caso concreto.

Si el vicio denunciado corresponde a una violación del debido proceso, es necesario que el actor identifique el vicio sustancial que alteró el rito legal, pero si infringe el derecho de defensa, se debe especificar la actuación que conculcó esa prerrogativa; en cada hipótesis, la argumentación ha de estar acompañada de la solución respectiva.

Igualmente, la fundamentación del ataque se debe hacer a la luz de los apotegmas que rigen la declaración de las nulidades, esto es, los de convalidación⁵³, protección⁵⁴, instrumentalidad de las formas⁵⁵, trascendencia⁵⁶ y residualidad⁵⁷, pues si se avizora que el defecto denunciado no alcanza a transgredir, en grado sumo, el desarrollo de la actuación, ni alterar lo decidido en el fallo censurado, no hay lugar a la admisión del reproche.

1.2. Aunque el censor acertó al seleccionar la ruta a través de la cual es viable censurar la violación de los principios de inmediación y concentración que rigen el sistema penal acusatorio, esto es, la causal segunda, así como en señalar que dicho tipo de irregularidad, eventualmente, podría constituir, a la vez, vicio de garantía y de estructura, con la entidad de lesionar el derecho al debido

⁵³ Las irregularidades pueden convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado.

⁵⁴ El sujeto procesal que con su conducta no haya dado lugar a la configuración del vicio, es el único que lo puede alegar, salvo que se trate de ausencia de defensa técnica.

⁵⁵ Como las formas no son un fin en sí mismo, siempre que se cumpla con el propósito que la regla de procedimiento pretendía proteger, no habrá lugar a la declaración de la nulidad.

⁵⁶ La magnitud del defecto debe tener incidencia en el sentido de justicia incorporado a la sentencia.

⁵⁷ La declaratoria de nulidad debe ser el único remedio procesal para superar el yerro detectado.



proceso, dejó de lado el deber de señalar la causal específica de nulidad que se avendría al caso (artículo 457 de la Ley 906 de 2004), así como omitió acreditar la trascendencia del reproche, falencia argumentativa que se predica de similar alegación en sede de apelación.

En efecto, pese a que, con apoyo en jurisprudencia de esta Corporación (CSJ SP 27 feb. 2013, rad. 37.228), el Tribunal sostuvo que i) el cambio de juez en el juicio oral no conduce inexorablemente a la anulación del trámite, sobre todo si se cuenta con los registros audiovisuales, ii) es necesario que se demuestre el daño o perjuicio -efectivo-causado con el cambio de juzgador; y iii) el defensor, al sustentar el recurso de apelación, se limitó a alegar que el funcionario que emitió la sentencia no fue quien presenció las pruebas, el casacionista dejó de lado el deber de explicar, con suficiencia, de qué manera el cambio de juez afectó verdaderamente los intereses de **OCORÓ MINOTTA**.

En realidad, el censor se limitó a señalar que también se vulneraron los principios de oralidad, publicidad y contradicción –sin justificar cómo es que ello ocurrió–, que el contacto directo entre el órgano de prueba y el juez no se suple con la escucha de los audios, y que no se presenta ninguna de las circunstancias que la Corte ha admitido como motivos de flexibilización del postulado de inmediación (cuando la prueba practicada por el juzgador predecesor no tiene incidencia en el sentido del fallo; el juez ante quien se practica alcanza a anunciarlo y el nuevo funcionario respeta esa decisión), pero nada señaló, se insiste, de cara a la

delimitación del perjuicio causado con la asunción del proceso por parte de otro funcionario judicial.

Al respecto, la Corte ha tenido oportunidad de precisar que, no siempre que el sentenciador de primera instancia es diferente del que presenció el debate probatorio procede la anulación de la actuación, por cuanto lo realmente importante es que se identifique la afectación real de los derechos y garantías procesales de las partes e intervinientes, o la distorsión de las bases fundamentales del procedimiento.

Es así que, esta Corporación ha sido del criterio que, cuando el juicio oral es adecuadamente registrado en audio o video, de manera que no se adviertan daños o averías que dificulten o imposibiliten la auscultación de su contenido, es posible que un juzgador diverso al que presenció el debate oral pueda tener una aproximación bastante certera a lo sucedido en las diligencias, máxime cuando, como en este caso, muchas de las pruebas corresponden a estipulaciones probatorias asentadas en documentos (CSJ SP17660-2017, rad. 44819; CSJ, AP1868-2018, rad. 52632).

Sobre ese particular, de vieja data, se ha señalado que (CSJ SP, 7 sep. 2011, rad. 35192):

(...) no puede desconocerse cómo al día de hoy los adelantos tecnológicos, facultan remplazar con una fidelidad bastante aceptable la verificación in situ que realiza el juez dentro de la audiencia”.



Y, entonces, si los registros de lo sucedido en la práctica probatoria permiten esa auscultación directa del funcionario encargado de emitir el fallo, sin desnaturalizar el contenido esencial del medio, nada obsta para que el examen se adelante por quien reemplazó al juez anterior.

De igual forma, la Corte sostuvo (CSJ AP 26 oct. 2016, rad. 43392):

(...) ha insistido la Corte que se preservan los principios de oralidad, intermediación y concentración, cuando además, según lo ordena el mismo ordenamiento procesal (artículo 146 de la Ley 906 de 2004), las actuaciones son aseguradas por el empleo de medios técnicos que permiten la fidelidad de lo acontecido en los diversos pasos procesales. Medios que, igualmente, permiten en segunda instancia y en sede de Casación su examen y valoración.

1.3. En el caso de la especie, se tiene que el jurista no da cuenta de alguna avería en los registros magnetofónicos del juicio oral y le basta señalar que la juez que dictó sentencia, emitió sentido del fallo y escuchó los alegatos de cierre del juicio oral no tuvo la oportunidad de percibir el lenguaje corporal y gesticular de los testigos –que no identifica-, pero deja al margen que, i) el juicio oral fue documentado en video, ii) en el mismo son comprensibles las actitudes de los deponentes, iii) el demandante no explica por qué esos medios tecnológicos, necesariamente, invitan al sueño y *«es muy difícil captar las incoherencias y contradicciones del declarante»*⁵⁸ y, finalmente, iv) como lo destacó el Tribunal, el *a quo* hizo un completo, pormenorizado y detallado recuento del dicho de cada uno de los testigos frente a lo cual el libelista no hace ninguna crítica.

⁵⁸ Cfr. folio 138 de la carpeta del Tribunal.



Para la Sala, resulta igualmente incomprensible que, en aras de justificar la conveniencia de la declaración de invalidación de la actuación, se afirme que, pese a lo costoso y difícil que podría resultar la reconstrucción del juicio, en Colombia no lo es tanto, debido a que, el cúmulo de trabajo genera que el período entre la emisión de las citaciones y la celebración de las diligencias, sea de meses y hasta años, sobre todo si lo que dice procurar el defensor es que la memoria entre lo percibido por el juez y lo declarado por los deponentes no se vea afectado por las interferencias del tiempo y la falta de inmediación judicial.

En ese orden de ideas, es palmario que no procede la admisión de la censura.

2. Segundo

2.1. El letrado acudió correctamente a la causal tercera para denunciar la presencia de sucesivos errores de hecho en el fallo impugnado, los cuales se inscriben en la infracción indirecta de la ley sustancial, pero omitió identificar el tipo específico de yerro al que se contraen las críticas, lo cual se tornaba indispensable para delimitar el cumplimiento de los presupuestos de lógica y debida argumentación en cada caso.

2.2. En efecto, aunque el jurista aseveró que se dejó de valorar la estipulación No. 9, contentiva del avalúo catastral del inmueble localizado en el barrio El Tabor de Buenaventura por \$3.170.475.000, así como la Escritura



Pública No. 638 de 17 de abril de 2008 y los libros de contabilidad de la empresa ECOFERTIL S.A., que muestran lo que esta sociedad pagó a OFELIA CASIERRA por el lote del barrio El Jorge, en cuantía de \$450.000.000, no indicó que tales presuntas falencias serían del resorte del falso juicio de existencia por omisión, como habría sido necesario.

2.2.1. Al margen de esa incorrección formal, la Sala advierte que dicho avalúo no corresponde al bien sobre el que recayeron las inquietudes generadas frente a su verdadero valor, pues se trata del lote que originalmente era de propiedad del municipio, permutado por el de ECOFERTIL S.A., que, por ende, no constituía el objeto de prueba de la materialidad de la conducta punible de peculado por apropiación.

Además, es claro que, el letrado no explica razonadamente por qué el ente territorial estaba obligado a permutar su inmueble conforme al monto establecido en el avalúo catastral (\$3.170.475.000) y no al pactado de \$3.300.000.000, cuando es usual que el precio de los inmuebles se fije más cerca del valor comercial que del catastral y es obvio que el mayor valor equivale al margen de valorización del predio, el cual no se observa desproporcionado.

En ese orden, no podría descontarse, como lo pretende el defensor, a manera de compensación, la diferencia entre esas dos sumas, del monto del detrimento patrimonial total generado por los sobrecostos del predio entregado en



permuta por ECOFERTIL S.A. al municipio de Buenaventura y de la edificación contratada.

En este punto, está bien señalar que, el letrado vulneró los postulados de autonomía y no contradicción, en la medida que, a la par que acusó la falta de valoración del citado avalúo catastral, adujo conculcados los principios de la lógica, según los cuales *«el contrato de permuta debe ser tomado globalmente»*⁵⁹, de forma que se debe analizar *«qué gana o qué pierde cada uno de los contratantes, o si hubo equilibrio»*⁶⁰, propuesta que, entonces, hubiera supuesto admitir que el medio de prueba sí fue analizado y edificar el reproche por la senda del error de hecho por falso raciocinio.

De igual manera, se constata que, la premisa que el censor cataloga como principio de la lógica –recién transcrito– no se inscribe en alguna ley de la sana crítica que debiera respetar la judicatura y más bien obedece al particular criterio del abogado, el cual aspira a sobreponer, sin ninguna fórmula de juicio, por encima del de los falladores.

2.2.2. Así mismo, es manifiesto que el recurrente vulneró el principio de corrección material al aseverar que los juzgadores no valoraron la escritura pública a través de la cual OFELIA CASIERRA le transfirió el derecho de dominio a ECOFERTIL S.A., sobre el lote ubicado en el barrio El Jorge por \$450.000.000, que a juicio del censor demuestra que ese fue el precio de esa transacción, pues las sentencias de

⁵⁹ Cfr. folio 244 *ibidem*.

⁶⁰ Cfr. folio 244 *ibidem*.



primera⁶¹ y segunda⁶² instancias hicieron expresa referencia a ese aspecto, aunque lo entendieron como un acto jurídico simulado o irreal.

Al respecto, consideraron que i) dicha negociación se hizo poco antes de celebrarse el negocio de permuta, ii) no existe ninguna razón que justifique el alza del precio a más del doble en un mismo año -«en enero de 2008 la señora Ofelia Casierra de Olaya compró el predio contiguo al suyo al señor Raúl Moreno, por valor de sesenta millones de pesos (...), con ello, posteriormente en septiembre de 2008 procedió a englobar los terrenos que eran de su propiedad, y así, en el mismo mes de septiembre de 2008 vendió esos terrenos englobados a la empresa ECOFERTIL S.A. con un costo de cuatrocientos cincuenta millones de pesos»-, iii) el valor de los predios contiguos es muy inferior y; iv) no se trata de un inmueble especial porque no es cierto que no se tuviera acceso al mismo o fuera ciego, razones todas estas, entre otras, que condujeron a los sentenciadores a darle plena credibilidad al avalúo realizado por el perito de la Fiscalía, quien dio cuenta de que el bien apenas alcanzaba los \$152.514.300.52.

En este punto, el defensor vuelve a quebrantar el principio de autonomía porque aunado a que aduce que no se apreciaron las pruebas que indicarían que el precio que pagó ECOFERTIL S.A. por el lote que luego permutó al municipio fue de \$450.000.000, afirma vulneradas las reglas

⁶¹ Cfr. folio 89 de la carpeta original 5.

⁶² Cfr. folio 78 del cuaderno del Tribunal.

consistentes en que *«nadie, medianamente conoce[do]r de los negocios de finca raíz, vende por el mismo precio por el que compró»*⁶³, considerando que el predio aldaño era de difícil acceso, estaba abandonado y constituía un botadero de basura y al anexarse al otro inmueble se beneficiaba con la ampliación y la salida a la calle 18 y que *«una empresa multinacional cuenta con expertos asesores económicos y comerciales, de manera tal que no paga una suma por un predio, si no está convencida de que ese es el valor comercial»*⁶⁴, alegaciones estas que debió elevar, por ende, conforme al error de hecho por falso raciocinio.

En todo caso, es manifiesto que tales proposiciones no son acordes con los criterios de universalidad y generalidad que se predicán de las reglas de la experiencia y tampoco se inscriben en los postulados de la lógica no formal o de la ciencia, ni mucho menos refutan el criterio del juez unipersonal en el sentido que la libertad para establecer los términos y condiciones de las negociaciones entre particulares no son aplicables cuando se contrata con el Estado

*ya que los valores de los bienes no corresponden al capricho y acuerdo de los intervinientes en la negociación, sino a los parámetros establecidos por la ley para cada contrato, y en este caso, lo que se requería para establecer el valor del lote a recibir como parte de la "permuta", era un avalúo, el cual brilla por su ausencia en la documentación aportada para correr la escritura pública que contiene el negocio de permuta y por ello, fue necesario que la Fiscalía a través de un experto, determinara el valor real del predio como se dio en el presente caso, y que obtuvo los resultados ya conocidos.*⁶⁵

⁶³ Cfr. folio 345 *ibidem*.

⁶⁴ Cfr. folio 245 *ibidem*.

⁶⁵ Cfr. folio 82 de la carpeta original 5.



2.2.3. Ahora, es cierto que no se examinaron los libros de contabilidad en punto de idéntico tópico; no obstante, como el tema fue dilucidado, en extenso, por los falladores a partir de otros medios de conocimiento, incluso para desvirtuar la pericia de la defensa que pretendió desacreditar la de la fiscalía en materia del avalúo del predio, el reclamo deviene intrascendente.

2.4. De otro lado, en la demanda se afirma que el Tribunal no evaluó el testimonio del perito RICARDO MEJÍA en el aparte en el que reconoció haber omitido, en el análisis del costo de la obra, los valores del cerramiento por \$8.000.000.00 o \$9.000.000.00 y de la puerta, la gravilla en la vía de acceso al edificio nuevo y los andenes por \$27.000.000.00, reparo que se contraería, entonces, a un falso juicio de identidad por cercenamiento, que, sin embargo, no fue postulado así por el demandante; es el mismo libelista quien admite que dicho aspecto sí fue analizado aunque en sentido diverso al pretendido por el jurista, lo que denota, entonces, la ruptura del principio de no contradicción.

Además, es palmario que este reproche se ofrece, de nuevo, contrario al axioma de corrección material, habida cuenta que si bien los falladores señalaron que el descuento de dichas sumas se tornaba irrelevante porque no afectaba la cuantía de lo apropiado ni la punibilidad de la infracción, se constata que, en todo caso, ambas instancias sí aplicaron el costo indirecto del cerramiento que el perito de la Fiscalía, por error, había dejado de incluir en su estudio de cantidad



de obra analizada, equivalente a \$9.103.460, de forma que estimaron que el valor real de la construcción de la Secretaría de Infraestructura ascendió a \$1.051.711.423, producto de la diferencia entre \$2.169.729.835 (cantidad de obra total liquidada) y el valor del sobrecosto preliminar detectado de \$218.018.412 (producto de restar \$227.121.872 -valor inicialmente reportado en la experticia respectiva- y \$9.103.460 -por concepto del cerramiento-).

En este punto, es necesario precisar que, la cuantía del detrimento por razón de la mentada obra pública se circunscribió, por parte de los sentenciadores, a \$148.288.577, por cuanto se mermó aquella parte que excedía los \$1.200.000.000 pactados en la permuta.

Igualmente, es de resaltar que, la censura del letrado se erige de espaldas a las reflexiones de los falladores según las cuales no era viable considerar el valor de las vías de acceso, la puerta de entrada, un andén en concreto y la gravilla de acabado de las zonas de ingreso, que fueron cuantificadas por el perito ingeniero de la defensa en \$27.000.000, justamente, porque no se discriminaron en la liquidación de la obra, información que aparece corroborada con el dicho del perito ingeniero de la Fiscalía, al aseverar que, en su análisis, no tuvo en cuenta el valor del referido andén, dado que era una cantidad de obra que no constaba en el acta de liquidación final porque según el mismo constructor no fue quien la edificó.

Es obvio, así también, que el libelista erró al mencionar que se trató de un contrato de mutuo, pues, como se sabe, el negocio celebrado fue de permuta, pero aun así, la conclusión a la que llega, de que fue equilibrado, dadas las deducciones que habrían de hacerse al monto del detrimento patrimonial, por las diferencias entre los precios de los bienes permutados y los avalúos y los montos de algunos ítems no incluidos en las cantidades de obra y que la conducta no es típica porque el valor apropiado solo sería, en su opinión, de \$32.764.000.00, carece de toda verificación, por cuanto las compensaciones que pretende el libelista solo tienen sustento en el marco de la especulación y, en todo caso, es claro que, la cuantía menor de un peculado no torna atípico el comportamiento delictivo, sino que, si acaso, tiene incidencia en las circunstancias de agravación o atenuación específicas.

Finalmente, si el actor estaba interesado en descalificar el mérito suasorio conferido al perito técnico ingeniero que se ocupó de tasar el sobrecosto de la obra, como su idoneidad profesional, ha debido hacerlo por la senda del falso raciocinio, estableciendo cuáles son las reglas de la experiencia, los postulados lógicos y, en especial, las leyes de la ciencia, vulneradas por los juzgadores, cometido no emprendido por el libelista, en tanto se limitó a señalar que carecía de experiencia y nada indicó, en cambio, frente a la validez científica de sus conclusiones.

En ese orden, no se admitirá el cargo.

3. Tercero (subsidiario)

3.1. Recuérdesse que cuando se intenta la postulación de la censura por la ruta de la violación directa de la ley sustancial, el recurrente debe hacer completa abstracción de lo fáctico y probatorio y, en ese sentido, admitir los hechos y la apreciación de los medios de convicción fijados por los sentenciadores, de manera tal que le corresponde desarrollar el reproche a partir de un ejercicio estrictamente jurídico, en el que establezca la vulneración del precepto normativo en el caso concreto, a través de cualquiera de las tres modalidades de error: falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea y seguidamente, demuestre la trascendencia del yerro en el sentido de la decisión impugnada.

Mientras la falta de aplicación opera cuando el juzgador deja de emplear el precepto que regula el asunto, la aplicación indebida, deviene de la errada elección por el fallador de una disposición que no se ajusta al caso, con la consecuente inaplicación de la norma que recoge de forma correcta el supuesto fáctico. La interpretación errónea, en cambio, parte de la acertada selección de la disposición aplicable, pero conlleva un entendimiento equivocado de la misma, que le hace producir efectos jurídicos que no emanan de su contenido.

Según el casacionista, como consecuencia de la variación del grado de participación de coautor a autor por parte del Tribunal se sigue que es imposible deducirle a su

cliente la circunstancia de mayor punibilidad, descrita en el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal, relativa a la coparticipación criminal, por cuanto, bajo las consideraciones de la segunda instancia, tal agravante genérica solo es procedente cuando en la conducta punible concurren otros sujetos: cómplice, determinante, interviniente pero, en este caso, el peculado solo habría sido ejecutado por el procesado.

Esta última consideración, es decir, la relativa a que el punible fue cometido exclusivamente por el acusado, es la que no responde al postulado de corrección material, pues, si bien es cierto, el *ad quem* estimó que no está acreditado que **OCORÓ MINOTTA** desarrolló la acción criminal peculadora a título de coautoría y que lo condenó en calidad de autor, no descartó la existencia de otros partícipes, justamente, los que se beneficiaron con el detrimento patrimonial.

Ahora bien, asegura el libelista que dicha agravante genérica no se puede inferir de la participación de dichos sujetos en el peculado, porque ello vulnera el principio de *non bis in idem*, dado que se trata de un delito de encuentro y convergencia –como la rebelión, la asonada, el concierto para delinquir, el aborto- en el que el tipo exige la concurrencia de varias personas.

Sin embargo, se equivoca el censor al incluir el delito de peculado en la categoría dogmática señalada, pues aquél es monosubjetivo, es decir, no es de sujeto activo plural y, en ese orden, está estructurado de manera que una sola

persona puede realizar la conducta descrita, por lo que la mayor punibilidad se predica del actuar en cooperación con otra, cuestión que, en esas condiciones, procura lograr el aseguramiento del resultado con la intervención de más de un individuo.

Esta forma de ejecución de la conducta añade al desvalor del resultado un especial e intenso desvalor de la acción, ya que el sujeto activo, en esas condiciones, obtiene una evidente ventaja que hace más probable la producción del resultado delictivo.

Así las cosas, se concluye que era perfectamente posible la imputación de la circunstancia de mayor punibilidad relativa a la coparticipación criminal en el caso concreto y se descarta la posibilidad de admitir el reproche.

4. Es indispensable recordar que al amparo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, cuando la Corte decide no darle curso a una demanda de casación, es procedente la insistencia, cuyas reglas, en ausencia de disposición legal, fueron definidas por la Sala desde el auto del 12 de diciembre de 2005, radicación 24.322 y precisadas en el auto CSJ AP, 25 jun. 2014, rad. 42.597.

5. Anuncio de casación oficiosa

Si bien el recurso extraordinario de casación no constituye una oportunidad para rebatir el criterio del juzgador como si se tratara de una instancia adicional, sí



comporta un control de legalidad y constitucionalidad concreto frente al fallo recurrido, que propende por la eficacia de los fines previstos en el artículo 180 del ordenamiento procesal penal vigente, estos son, la guarda de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios, la unificación de la jurisprudencia y la realización del derecho material.

En ese orden, el artículo 184, inciso 3° de la Ley 906 de 2004, faculta a la Corte a actuar oficiosamente cuando, aun inadmitiendo la demanda de casación, advierta la necesidad de hacer efectiva alguna de las mencionadas finalidades, por razones distintas a las planteadas en el libelo.

Esta es la ocasión, pues la Sala observa la posible vulneración del principio de legalidad de las penas, en torno a la tasación de la pena de multa, lo que amerita un pronunciamiento oficioso de la Corte, a fin de restablecer las garantías probablemente trasgredidas al enjuiciado.

Así las cosas, una vez emitida esta decisión y cumplido el rito de la insistencia, el expediente regresará al despacho del Magistrado Ponente con el propósito de que la Sala se pronuncie oficiosamente acerca de la posible vulneración de derechos fundamentales, conforme se ha indicado.

6. Como quiera que, de la verificación preliminar del expediente, surge que, eventualmente, los particulares que contrataron con el municipio de Buenaventura en la permuta objeto de este proceso pudieron haber infringido la ley penal,



se dispone compulsar copias de todo lo actuado ante la Fiscalía General de la Nación, para lo de su competencia.

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

RESUELVE

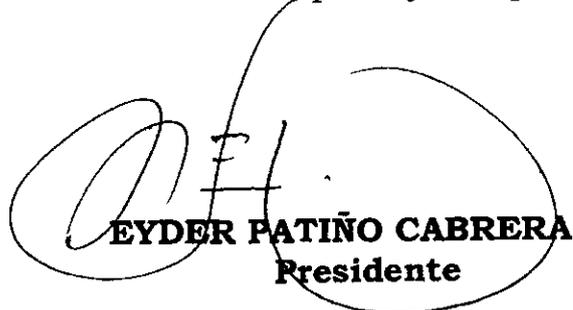
Primero. Inadmitir la demanda de casación presentada por el defensor de **JOSÉ FÉLIX OCORÓ MINOTTA** contra la sentencia proferida el 3 de junio de 2016 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

Segundo. Conforme al inciso 2° del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004, procede la insistencia.

Tercero. En firme la anterior decisión y cumplido con el referido trámite, procede el regreso de la actuación al despacho del Magistrado Ponente para que la Sala se pronuncie oficiosamente acerca de la posible vulneración de garantías fundamentales.

Cuarto. Compulsar las copias de que trata el numeral sexto de la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese y cúmplase.



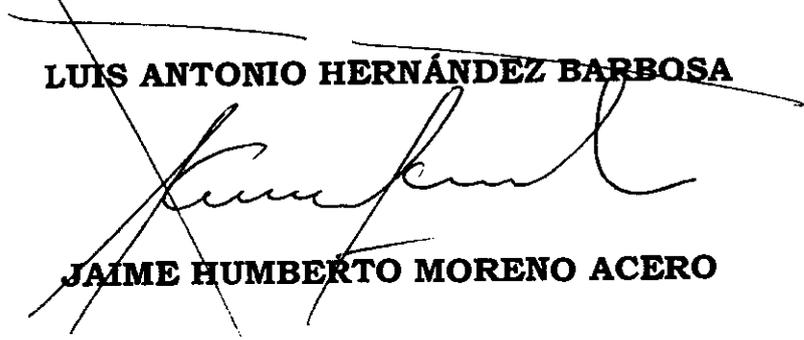
EYDER PATIÑO CABRERA
Presidente



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR



LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO



Nubia Yolanda Nova G. F.
NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

19 JUN. 2019