



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado ponente

SP3477-2019

Radicación N° 45367

Aprobado acta N° 217

Bogotá D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

Decide la Corte el recurso de casación presentado en nombre de FELIPE IGNACIO BARRIGA CONTRERAS, JUAN CARLOS TORRES GUZMÁN y RODRIGO EDUARDO ROBAYO TORRES, contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca que revocó la absolución dictada en favor de todos ellos en el Juzgado Penal del Circuito de Ubaté, y en su lugar condenó a los dos primeros como coautores de falsedad ideológica en documento público en concurso con peculado por apropiación, y al último en calidad de interviniente en las mismas conductas punibles.

Handwritten signature

I. SÍNTESIS FÁCTICA Y PROCESAL

1. El 6 de marzo de 2007 FELIPE IGNACIO BARRIGA CONTRÉRAS, alcalde de Cucunubá (Cundinamarca), suscribió el *Contrato de Obra Pública # 03* con la empresa *Designum Ltda.*, representada por RODRIGO EDUARDO ROBAYO TORRES, cuyo objeto era “*ejecutar todos los trabajos relacionados [con la] TERMINACIÓN Y PUESTA EN MARCHA [de] LA PLANTA DE POTABILIZACIÓN [del] ACUEDUTO URBANO*” del municipio, para lo cual, entre otras, labores, se especificó la construcción de una “*TORRE DE AIREACIÓN*”, estimada en \$4'400.000, cantidad comprendida dentro del valor total de los ítems acordados, el cual fue de \$39'790.828.

La interventoría del contrato fue asignada explícitamente a la *Secretaría de Obras Públicas y Planeación* del municipio, a cargo de JUAN CARLOS TORRES GUZMÁN, dependencia a la que, según el pacto, se impuso el deber de “*revisar que la obra cumpla con las condiciones de calidad ofrecida por el contratista y con los fines estatales para los cuales fue contratado*”, así como el de recibir “*a entera satisfacción*” “*una vez revisada la obra*”, suscribiendo para tal efecto la respectiva acta con el contratista, tras lo cual, según el texto del convenio, el municipio debía realizar “*la liquidación del contrato, previa presentación de los siguientes documentos por parte del contratista: copia del contrato, copia de actas de iniciación y terminación de la obra, copias y adiciones si las hubo, copia de los acuerdos de ajustes, revisiones y reconocimientos a que hubo lugar*”, etapa que, según reza el documento, en cualquier caso el ente territorial debía llevar a cabo, incluso de manera unilateral, mediante acto administrativo susceptible de reposición.

En desarrollo del contrato el interventor y el contratista decidieron, de manera informal, no construir la torre de

2
Rojas

aireación y en su lugar llevaron a cabo otras obras que suplían la función de aquella, entre otras, la implementación de un *“Módulo de sedimentación acelerada, tipo colmena”*, reforzar el material de los lechos filtrantes (con 50 bultos de *“GRAVAS, ARENA Y ANTRACITA”*), así como construir *“bridas”*, *“pasa muros”* y un sistema de piletas y espejos de agua escalonados.

Entre julio y septiembre de 2009 la Contraloría de Cundinamarca, realizó auditoría sobre la actividad contractual de Cucunubá 2007/2008, labor en la que al verificar las cantidades de obra del citado contrato advirtieron que en el *“ACTA DE RECIBO FINAL DE LA OBRA”*, suscrita el 15 de mayo de 2007 por BARRIGA CONTRERAS, ROBAYO TORRES y TORRES GUZMÁN, se incluyó como construida la *“TORRE DE AIREACIÓN”* y no encontraron el acta de liquidación del contrato. Con base en ello el ente de control concluyó que el ítem faltante, estimado en un *“VALOR \$5'051.200”*, habría afectado el patrimonio de la entidad territorial en igual cantidad, empero también resaltó que *“las obras ejecutadas y que fue posible verificar”* *“no presentan sobrecostos”*, *“cuentan con buena calidad y se encuentran prestando servicio a la comunidad”*, hallazgos de los cuales dio traslado a la Fiscalía General de la Nación el 15 de diciembre de 2009¹.

2. Con base en lo anterior, el 16 y 22 de julio de 2010, ante un Juez con función de control de garantías, la Fiscalía General de la Nación llevó acabo sendas audiencias de imputación contra RODRIGO EDUARDO ROBAYO TORRES, FELIPE IGNACIO BARRIGA CONTRÉRAS y JUAN CARLOS TORRES GUZMÁN, por los delitos de falsedad ideológica en documento público, peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales —según los artículos 286, 397-3 y 410 de la Ley

¹ Situación fáctica extractada de los registros procesales.

3
Rojas

599 de 2000—, delitos a los que no se allanaron los citados, y por los que, a título de coautores, presentó escrito de acusación el ente investigador el siguiente el 17 de agosto².

3. El pliego de cargos, tras varios aplazamientos, fue formalizado en audiencia celebrada el 17 de abril de 2013 ante el Juez Segundo Penal del Circuito de Ubaté (Cundinamarca), cuyo titular, luego de celebrar las audiencias preparatoria y el juicio oral en varias sesiones, el 5 de junio de 2014 profirió sentencia mediante la cual, en armonía con el anuncio del sentido del fallo, absolvió a los procesados de los delitos atribuidos en la acusación, pronunciamiento contra el cual los delegados de la Fiscalía y la Procuraduría General de la Nación interpusieron recurso de apelación³.

4. Las impugnaciones fueron resueltas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca el 9 de septiembre de 2014 en el sentido de revocar la absolución y en su lugar condenar a BARRIGA CONTRÉRAS y TORRES GUZMÁN como coautores, únicamente, de falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación en favor de terceros, así como a ROBAYO TORRES, pero en calidad de interviniente, en las mismas conductas punibles; además, la segunda instancia confirmó la exoneración de responsabilidad por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, al considerar que el obrar de los procesados al pretermitir la fase de “liquidación” del contrato devenía atípico.

En tal virtud, a los dos primeros les impuso las penas principales de setenta (70) meses de prisión, ochenta y seis (86)

² Cuaderno # 1, folios 17, 18, 21, 22 y 41-55.

³ Cuaderno # 1, folios 114, 115, 120, 145, 146, 158, 159, 203 y 284-290.
Cuaderno # 2, folios 1-35, 37-42 y 43-67.

4
Rojas

meses de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas y multa en cuantía de cuatro millones cuatrocientos mil pesos (\$4'400.000); y al último le infligió iguales sanciones por unos montos —en el mismo orden— de cincuenta y dos (52) meses y quince (15) días, sesenta y cuatro (64) meses y quince (15) días, y tres millones trescientos mil pesos (\$3'300.000), les negó a los subrogados penales y dispuso su captura, sentencia de segundo grado contra la cual los defensores de cada uno interpusieron y sustentaron el recurso de casación⁴.

II. AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

5. El defensor de RODRIGO EDUARDO ROBAYO TORRES acudió al artículo 181, inciso 1°, de la Ley 906 de 2004, para cuestionar la decisión de condena, bajo cuyo amparo propuso dos cargos con base en los cuales solicitó su revocatoria debido a la indebida aplicación de los preceptos que tipifican los delitos atribuidos a su prohijado, y a la exclusión de los artículos 11, 20 y 22 de la Ley 599 de 2000.

5.1. En la primera inconformidad el censor dirigió su crítica a evidenciar cómo de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala y de la Corte Constitucional, respecto del delito de peculado por apropiación el contratista Estatal no puede ser sujeto activo de tal conducta cuando el respectivo contrato no implica la atribución o delegación de función pública alguna, ya que en ausencia de una tal condición aquél continúa manteniendo la calidad de particular.

⁴ Cuaderno del Tribunal, folios 22-44, 60-87, 88-162 y 163-248.

5
Rafael

Luego de extensas transcripciones de las decisiones concernientes a la anterior postura, el demandante destacó que el contrato celebrado por su defendido con la alcaldía de Cucunubá no le atribuyó función pública alguna, pues se trató de la ejecución de una obra civil, y por lo tanto como su prohijado no puede ser equiparado a servidor público en los términos de los artículos 123 de la Constitución Política, 20 del Código Penal o 56 de la Ley 80 de 1993, no podía ser condenado por el delito de peculado por apropiación, el cual exige un sujeto activo cualificado que satisfaga esa condición.

Dentro de la misma inconformidad el actor planteó que en desarrollo del *Contrato de Obra Pública # 03 de 2007* celebrado por su defendido y la administración municipal, no se presentó una apropiación indebida de dineros, sino que, según las pruebas practicadas y como lo reconocieron ambas instancias, respecto de ese vínculo contractual faltó llevar a cabo la etapa de liquidación, fase en la que se habría hecho el corte de cuentas para establecer los ajustes y reconocimiento a que hubiera lugar por las obras ejecutadas por el contratista en reemplazo de la torre de aireación.

Con base en lo anterior solicitó casar el fallo de segunda instancia y dejar vigente el de primer grado en el que su representado fue absuelto del delito contra el erario.

5.2. El segundo motivo de inconformidad expuesto por el defensor de ROBAYO TORRES está vinculado a la condena por el delito de falsedad ideológica en documento público. Respecto de esa conducta aseguró que la manifestación contraria a la realidad plasmada en el acta de recibo final de la

6
F. Barriga

obra, relativa a que se había construido la torre de aireación, es una falsedad que debe considerarse como inocua, pues, precisamente atendidas las características de ese elemento o estructura, el cual supera los tres metros de altura y es un objeto visible o detectable por los sentidos, ningún efecto tuvo asegurar su construcción o entrega cuando en verdad ello no había ocurrido.

Agregó que tal y como lo aclaró el procesado JUAN CARLOS TORRES GUZMÁN en el testimonio que rindió en el juicio, la inclusión del ítem de la torre de aireación en el acta de recibo final de la obra fue un acto de torpeza en la elaboración de ese documento, debido a la falta de experiencia de aquél en ese entonces en materia de contratación, y al exceso de trabajo por la presión de la Administración para entregar la planta de tratamiento de agua en funcionamiento, aspectos que determinaron que al elaborar ese documento se trabajara sobre un formato en el cual el citado TORRES GUZMÁN se limitó a hacer un "corte y pegue", incurriendo en el desatino sin ánimo doloso de faltar a la verdad.

El demandante transcribió un fragmento de jurisprudencia relacionado con la antijuridicidad en delitos de la misma especie del aquí tratado, tras lo cual concluyó que por las razones atrás señaladas la afirmación contraria a la verdad consignada en el acta de recibo final de la obra no afectó el bien jurídico desde el punto de vista material, razón por la que solicitó que su representado fuera absuelto también frente a este delito.

6. A su turno el defensor de FELIPE IGNACIO BARRIGA CONTRÉRAS, con fundamento en el artículo 181-3 de la Ley

7
F. Barriga

906 de 2004 propuso tres quejas, cuyos fundamentos se resumen a continuación.

6.1. En primer lugar, denunció la violación indirecta de la ley sustancial debido a falsos juicios de identidad y de existencia que determinaron la exclusión del artículo 12 del Código Penal y la consecuente aplicación indebida de los artículos 286 y 397 de la misma obra.

Acerca de los aludidos errores de estimación probatoria precisó que los mismos se presentaron:

(I) Al aprehender el contenido el *Contrato de Obra Pública # 03 de 2007*, respecto del cual los juzgadores no atendieron la cláusula *vigésima* —falso juicio de identidad— en la que se asigna expresamente la función de vigilancia y control del objeto contractual a la *Secretaría de Obras y Planeación*, dirigida en ese entonces por el coprocesado JUAN CARLOS TORRES GUZMÁN, en quien residía la obligación de recibir las obras mediante acta para luego liquidar el contrato.

(II) Por falta de valoración —falso juicio de existencia— del testimonio de Juan Carlos Pinzón Peña, investigador de la Fiscalía, de cuya declaración transcribió apartes en las que el testigo reconoció que no es ingeniero civil y que no hizo un estudio físico de la obra pactada en el *Contrato de Obra Pública # 03 de 2007* en lo concerniente a la construcción de los módulos de sedimentación y el material filtrante, y que para verificar esos aspectos se pidió la visita de un ingeniero.

(III) Exclusión —falso juicio de existencia— del testimonio de Pablo Emilio Romero Pinzón, investigador de la Contraloría, de

8
Rojas

cuyo relato el actor transcribió algunos fragmentos en los que aquél indica que la verificación de aspectos tales como si lo construido coincidía con lo contratado, fue llevada a cabo por una funcionaria distinta también adscrita a la Contraloría, ya que él y los demás integrantes de la comisión auditora carecían de los respectivos conocimientos técnicos.

En relación con las aludidas declaraciones —(II) y (III)— el censor puntualizó que con base en estas es claro que la determinación de lo que fue construido mediante el *Contrato de Obra Pública # 03 de 2007* y la necesidad o no de la torre de aireación, eran aspectos técnicos que sólo podían ser evaluados o establecidos por una persona con título profesional en ingeniería o arquitectura, más no por un lego en la materia, así contara con conocimientos en administración pública o contratación estatal.

(IV) Por falta de valoración —falso juicio de existencia— del testimonio del procesado JUAN CARLOS TORRES GUZMÁN de cuya versión el censor refirió los apartes en los que aceptó que tenía asignada la función de interventoría del citado contrato, que la inclusión del ítem de la torre de aireación en el acta de recibo final de la obra obedeció a un error de parte suya, inadvertido cuando suscribieron el documento, y que dicho elemento (la torre de aireación) no se construyó porque en el desarrollo del proyecto se estableció que no era necesaria y en su lugar se implementó el sedimentador, los módulos de filtración, con todos sus componentes, obras que no estaban previstas en el contrato original, y sin las cuales la planta de tratamiento de agua no habría entrado en funcionamiento.

En cuanto a la trascendencia de los referidos desatinos en los reseñados medios de prueba, el actor argumentó que si el fallador de segunda instancia hubiese tenido presente los aspectos resaltados, habría advertido que hubo distribución de funciones frente a una tarea compleja en la respectiva contratación pública, lo cual exigía trabajo en equipo y que, por virtud del principio de confianza, cada integrante obra con la convicción —riesgo permitido— de que los demás miembros del grupo ejecutan su labor como les es exigible.

Sostuvo el recurrente que de acuerdo con los principios rectores del ordenamiento penal la sola causalidad no basta para la imputación jurídica del resultado, y que no se trata de pregonar que el procesado BARRIGA CONTRÉRAS como alcalde carecía de funciones de vigilancia respecto del *Contrato de Obra Pública # 03 de 2007*, sino que las inherentes a su rol frente a ese convenio consistían en cerciorarse de que se hubiese levantado el acta de entrega de las obras, en la que el funcionario responsable y capacitado para vigilar su ejecución certificara que los obras construidas correspondían con las acordadas o satisfacían el objeto del contrato.

Agregó el demandante que las funciones del entonces alcalde en relación con el aludido contrato no se extendían o no comprendían las de tener que verificar físicamente las asignadas al experto en la materia, esto es, al Secretario de Obras, consistentes en comprobar precios, calidad de materiales, cantidades de obra, etc., pues el burgomaestre no era experto en esos temas y una exigencia semejante haría innecesaria la participación de a quien contractualmente se le asignó esa responsabilidad.

En conclusión, aseguró el censor que sí el Tribunal hubiese valorado todo el acervo probatorio sin incurrir en los errores denunciados, habría confirmado el fallo de primer grado porque el procesado obró sin culpabilidad amparado en el principio de confianza.

6.2. Como segundo cargo (o “*Primero Subsidiario*”) el demandante por la misma senda alegó la configuración de falsos juicios de existencia que llevaron a la exclusión del artículo 32-10 del Código Penal y la consecuente aplicación indebida de los artículos 22, 286 y 397 de la misma obra.

Como sustento de esta queja refirió que la atribución de responsabilidad por las conductas punibles, desde el punto de vista objetivo, la soportó el Tribunal en el hecho de que su representado estampó su firma en el acta que certificó el recibo final de las obras acordadas en el *Contrato # 03 de 2007*, sin que en parte alguna de la sentencia se le cuestione otra conducta irregular en la contratación y, por el contrario, se reconoce que la obra construida entró efectivamente en funcionamiento y fue útil para el Municipio.

Acerca del elemento subjetivo de los respectivos delitos, señaló que el ad-quem lo hizo consistir en “*dar por cierto que la susodicha torre de aireación se construyó y pagar íntegramente el contrato*”, sin que tal obrar pueda ser excusado en “*que dicha mendacidad ocurrió por olvido, descuido, error u obrando de buena fe, cuando se trata de personas con estudios profesionales y conocedores de la contratación pública, por ende actuaron con pleno conocimiento que la torre de aireación contratada no se construyó y con base en ello se pagó la totalidad del contrato*”, lo cual “*pone de presente [que] voluntariamente quisieron apropiarse del rubro destinado para tal fin*” sin que el hecho de que

Suplen

“como la planta de tratamiento del acueducto funciona y se obtuvo el resultado esperado, es decir que se mejoró la calidad de vida de los usuarios, ello anule o desvanezca la tipicidad objetiva y subjetiva”.

Para el demandante las aludidas consideraciones están afectadas por errores probatorios que consistieron en falso juicio de existencia al dejar de valorar los testimonios de: Juan Carlos Pinzón Peña y Pablo Emilio Romero Pinzón (estos dos en cuanto coincidieron en explicar que la determinación de si los ítems contratados se construyeron o no, era una aspectos técnico que sólo podía ser conceptuado por un profesional de ingeniería o arquitectura); Luis Carlos Rodríguez Alvarado (quien como investigador de la Fiscalía sostuvo que la torre de aireación no era un requisito indispensable para el funcionamiento de la planta); Gustavo Adolfo Burbano (cuyo concepto técnico se recibió por petición de uno de los defensores, y en el mismo concordó en que para el año 2007 en la obra inherente al contrato # 03, no era necesaria la torre de aireación); Alejandro Quimbay Contreras (quien como presidente de ASOJUNTAS en Cucunubá y residente de ese municipio indicó que nunca conoció de queja alguna por la planta de potabilización de agua y que con posterioridad a su puesta en funcionamiento la calidad de ese líquido mejoró notablemente) y la declaración de JUAN CARLOS TORRES GUZMÁN (de cuya versión el actor volvió a destacar los aspectos ya mencionados en el cargo anterior, así como que él citado testigo fue enfático en que nunca enteró al alcalde de los “cambios técnicos” que él *motu proprio* dispuso en la ejecución del contrato).

Acerca de la trascendencia de los yeros expuestos destacó el actor que los tipos penales por los que fue condenado su defendido exigen como elemento indispensable tener conocimiento de que, en el caso de la falsedad en documento público, se está consignando un hecho contrario a la verdad, y en el peculado, que en provecho propio o de un tercero se lleva a cabo la apropiación de bienes del Estado. Sin embargo,

12
[Handwritten signature]

aclaró, en la situación fáctica debatida, de acuerdo con las pruebas, no hay elemento de juicio del cual pueda deducirse o con el que directamente pueda asegurarse que el entonces burgomaestre BARRIGA CONTRERAS obró con conciencia y conocimiento actualizado o actualizable de estar cometiendo los delitos endilgados.

Con base en lo anterior solicitó casar el fallo de segundo grado y absolver al citado procesado de los cargos atribuidos.

6.3. Finalmente, el recurrente propuso como tercer cargo (o "*Segundo Subsidiario*") y con apoyo en la causal de casación invocada en los otros dos reproches, la violación indirecta de la ley sustancial determinante de la indebida aplicación del artículo 397 de la Ley 599 de 2000.

Resaltó que de acuerdo con el fallo de primer grado, a pesar de que la torre de aireación pactada no se construyó y el valor del contrato se pagó en su totalidad, no hubo detrimento patrimonial porque de acuerdo con las pruebas en lugar de la estructura echada de menos (torre de aireación) fue necesaria la construcción y suministro de otros elementos como el sedimentador y los módulos filtración, así como material filtrante, pasa muros y bridas de interconexión, los cuales no solo suplieron el valor de aquella sino que dieron mejor resultado, todo lo cual fue suministrado por el contratista sin estar previsto en el contrato original.

Agregó que el juez de segundo grado no compartió esa conclusión con desatención de las pruebas que acreditan dichas circunstancias incurriendo en ausencia de apreciación de las mismas, desatendiendo el mandato legal según el cual

“los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso se podrán probar con cualquier medio de prueba” consagrado en el ordenamiento (Ley 906 de 2004, artículo 373).

Entre los elementos de convicción pretermitidos por el Tribunal citó la versión del coprocesado JUAN CARLOS TORRES GUZMÁN (en los aspectos resaltados en los otros cargos).

Y agregó que también lo habrían sido, además de los testimonios de Raúl Alejandro Quimbay Contreras y Álvaro Hernández Barriga, los de: Gustavo Adolfo Burbano, ingeniero ambiental, quien conceptuó que los elementos y obras por los que se sustituyó la torre de aireación eran necesarios para que la planta de potabilización funcionara adecuadamente, además que por las características del agua de la fuente de alimentación (una quebrada o río) no era necesaria la torre de aireación; Clara Inés Sarmiento Gómez, bióloga cuyo dictamen se recibió en el juicio y de acuerdo con el mismo la remoción en un 90% del hierro del agua en la planta de tratamiento se presenta en los sedimentadores y no de la torre de aireación; y Heberth Alejandro Barriga operario de la planta de tratamiento desde antes del *Contrato # 03 de 2007*, quien resaltó que tras la conclusión de la obra allí pactada se optimizó el proceso de potabilización y que la torre de aireación fue construida después, afuera de la planta de tratamiento y para su utilización en casos de urgencia cuando debe recurrirse a la extracción de agua del *“pozo profundo”*.

Finalmente señaló que tampoco fue apreciado el informe de la Contraloría, acogido en el fallo de la Procuraduría General, según el cual no se detectaron sobre costos, la obra ejecutada era de buena calidad y prestaba servicio a la

comunidad, además que también advirtió que hubo otros ítems a raíz del *Contrato # 03 de 2007*, que no fueron cuantificados, los cuales en el proceso disciplinario tampoco fue posible determinar por renuencia de las dependencias del mismo ente, lo cual condujo a aceptar como probables las explicaciones de los disciplinados y su consiguiente exoneración de responsabilidad desde esa arista.

Igualmente precisó que el Tribunal también sustentó la atribución de responsabilidad en que dos años después, en el 2009, fue construida finalmente la torre de aireación en la administración de otro alcalde, sin tener en cuenta el fallador de segundo grado, como fehacientemente se probó en el juicio, que la construcción de esa estructura se hizo por afuera de la planta de tratamiento y en razón a que mediante Resolución 2256 de 27 de octubre de 2008 le fue otorgado al municipio de Cucunubá una concesión para la explotación de aguas superficiales y subterráneas, y precisamente para hacer uso de éstas era necesaria la construcción de la torre de aireación, la cual sólo se utiliza cuando hay un grave daño, según lo detalló Heberth Alejandro Barriga, operario de la planta de potabilización.

Acerca de la trascendencia de los comentados vicios el censor señaló que si el ad-quem hubiese considerado los medios de prueba omitidos, no habría podido pregonar que hubo apropiación de dinero del fisco y menos asegurar la ocurrencia de éste por la omisión de la liquidación del contrato, pues debido a esa sesgada apreciación llegó a una conclusión contraria a derecho que generó agravio a su representado.

Destacó que si bien es cierto el procedimiento que el Secretario de Obras y el Contratista utilizaron para compensar una obra no ejecutada con las adicionales y que estaban previstas pudo ser incorrecto, ya que lo normal era que ese ajuste se hiciera en la liquidación del contrato la cual no se llevó a cabo, coincidiendo ambas instancias en la atipicidad de tal omisión frente al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, también es verdad que esa informalidad, como acertadamente lo observó el a-quo, no puede dar lugar a afirmar que se incurrió en el delito de peculado por apropiación, sin llevarse de calle la realidad material que impide la adecuación de la conducta al respectivo tipo penal.

Con base en lo anterior solicitó casar el fallo impugnado.

7. El apoderado de JUAN CARLOS TORRES GUZMÁN propuso cuatro cargos sustentados en las consideraciones que a continuación se puntualizan.

7.1. Como reproche principal y con estribo en el artículo 181-2 de la Ley 906 de 2004 alegó la nulidad de la sentencia de segunda instancia por ausencia de adecuada motivación, irregularidad que en criterio del actor es lesiva del debido proceso por faltar a la exigencia legal de fundamentar la decisión en una *"correcta valoración probatoria"*.

En esencia el memorialista aseguró que el fallador de segundo grado no llevó a cabo un análisis de los medios de prueba testimonial, documental y pericial con los que el de primera instancia concluyó la ausencia de responsabilidad penal de su defendido en los delitos endilgados, ni se ocupó de

Revisión

expresar las razones por las cuales no eran de recibo los correspondientes elementos de juicio o porqué los desestimó.

Por lo anterior el demandante asegura que la Corte debe declarar nula la sentencia de segunda instancia y, como el vicio indicado solo afecta ese acto, proceder a dictar la de sustitución en la que se subsane la falencia mediante la absolución del procesado con sujeción al adecuado estudio de todos los medios de prueba.

7.2. En la segunda censura y con carácter subsidiario denunció la violación directa de la ley sustancial determinada por la interpretación errada de parte del ad-quem de la norma que define o consagra el delito de peculado por apropiación.

Adujo el actor que la hipótesis típica está regida por el verbo "*apropiar*" el cual implica que el bien público debe salir del patrimonio Estatal con evidente desmedro del mismo, hacia el acervo o peculio del funcionario o de un tercero, y en el presente asunto el Tribunal entendió que la conducta se materializó con la sola comprobación objetiva de que se canceló una suma por un ítem contractual (torre de aireación) que efectivamente no se llevó a cabo, pero "*dejó de considerar la realidad fáctica acreditada con diversos medios de prueba*", según la cual a pesar de ello no hubo detrimento del erario por que la obra no ejecutada se suplió con otras de mayor precio, que además la superaron también en eficacia y permitieron la realización del objeto contratado, el cual era poner en efectivo funcionamiento la planta de tratamiento de agua potable para Cucunubá.

Con base en tal planteamiento solicita dictar fallo sustitutivo en que la Corte declare que en los hechos debatidos hay ausencia de responsabilidad de su defendido.

7.3. También con apoyo en la causal primera de casación en el tercer cuestionamiento subsidiario el demandante adujo la violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación de los principios rectores consagrados en los artículos 9 y 11 del Código Penal, según los cuales ninguna conducta típica es punible si no lesiona o pone en efectivo peligro de menoscabo, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado.

Resaltó que en este asunto el Tribunal sin argumentar la efectiva lesión o puesta en peligro de la fe pública o del patrimonio económico del Estado, condenó a su representado por falsedad ideológica en documento público y peculado.

Luego de hacer un recuento acerca del criterio decantado en la jurisprudencia de la Corte sobre el principio rector de antijuridicidad como condición de punibilidad de un comportamiento típico, concluyó que pese a la anotación errada acerca de la construcción de la torre de aireación hecha en el acta de recibo final de la obra inherente al *Contrato # 03 de 2007*, el objeto de ese documento era certificar que en efecto la planta de potabilización de agua estaba concluida y en funcionamiento, prestando servicio idóneo a la necesidad de la comunidad con el suministro de agua apta para el consumo humano con sujeción a las respectivas exigencias legales, de suerte que la inexacta constancia sobre la entrega de la torre de aireación no puso en riesgo de efectiva lesión el bien jurídico de la fe pública.

Y agregó que tampoco se ocasionó menoscabo ni se puso en peligro de daño real el patrimonio del municipio, porque con sujeción a las pruebas practicadas en el juicio, se acreditó que en lugar de la torre de aireación, el contratista ejecutó otras obras (excavación y construcción de módulos de filtración acelerado tipo colmena, suministro de material filtrante, entre otras) que no solo suplieron y cumplieron de mejor manera la función de aquella, sino que en costos la superaron sin que el mayor valor hubiese sido pagado en momento alguno en favor del ejecutor de la obra tantas veces aludida.

Con fundamento en lo anterior solicitó casar la sentencia condenatoria de segunda instancia y dejar en pie la absolutoria de primer grado, sustentada justamente en la ausencia de antijuridicidad material de los comportamientos reprochados.

7.4. Finalmente, con apoyo en la causal de casación prevista en el artículo 181-3 de la Ley 906 de 2004, el actor propone un cuarto cargo como subsidiario de los anteriores, en el que denuncia la configuración de errores de valoración probatoria determinantes de la violación indirecta de la ley, específicamente por aplicación indebida de las normas que permitieron la atribución de responsabilidad contra su prohijado por los delitos de falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación.

En concreto aseguró que no fue apreciada el acta aportada en el juicio y suscrita entre TORRES GUZMÁN y ROBAYO TORRES, en la cual establecieron las cantidades reales de obra ejecutadas y no incluidas en el acta de entrega final, dentro de las cuales está la excavación para construir el

módulo de sedimentación acelerado tipo colmena, el suministro de material filtrante, y la mano de obra, trabajos que en costos totales superan el valor de la torre de aireación inicialmente estipulada.

Refirió que también fueron dejados de valorar por parte del ad-quem:

(I) El dictamen técnico rendido por el ingeniero Gustavo Adolfo Burbano Sefair, de acuerdo con el cual para la operación y puesta en marcha de la planta de tratamiento de agua de Cucunubá no era necesaria la construcción de la torre de aireación, y en su lugar el sistema construido presta el servicio para el suministro óptimo de agua potable a la comunidad con sujeción a las exigencias legales.

(II) Los testimonios de Juan Carlos Pinzón Peña, Luis Carlos Rodríguez Alvarado y Pablo Emilio Romero Pinzón, quienes declararon por parte de la Fiscalía, y de cuyos relatos, según el censor, se desprende de manera objetiva que el ente investigador se limitó a hacer una constatación documental relacionada con el hecho de que en el acta de entrega final, que el mismo organismo confunde con un *acta de liquidación*, se registró la construcción de un ítem (torre de aireación) que en verdad no se llevó a cabo; además que los referidos testigos no suplen la ausencia de prueba técnica, documental o incluso testimonial, con base en la cual se hubiese demostrado el efectivo menoscabo del erario.

Agregó, en relación con lo anterior, que los testigos en cita reconocieron que ellos no realizaron visita técnica a la planta de tratamiento de agua de Cucunubá, con base en la

cual pudieran asegurar que en la ejecución *Contrato de obra pública # 03 de 2007* no se llevaron a cabo las obras con las que fue suplida la torre de aireación, y gracias a las cuales se consiguió el cumplimiento del objeto del contrato, consistente en “*ejecutar todos los trabajos relacionados [con la] TERMINACIÓN Y PUESTA EN MARCHA [de] LA PLANTA DE POTABILIZACIÓN ACUEDUTO URBANO*”, como en efecto lo corroboró la funcionaria de la Contraloría de Cundinamarca comisionada para ello, al dejar constancia de que la planta estaba prestando servicio a la comunidad.

(III) Aseguró el memorialista que la segunda instancia tampoco llevó a cabo la valoración de las declaraciones de Nelson Javier Varela (alcalde que sucedió en el período 2008-2011 al procesado BARRIGA CONTRERAS), José Helmunt Ruiz (interventor del Contrato 045 de 2009), Raúl Alejandro Quimbay (presidente de ASOJUNTAS de Cucunubá), Helberth Alejandro Barriga (operario de la planta de tratamiento de agua de Cucunubá), Álvaro Hernando Barriga Rodríguez (veedor ciudadano de servicios públicos de Cucunubá), José Agustín Briceño (residente del citado municipio) y Clara Inés Sarmiento Gómez (bióloga que conceptuó acerca de la calidad del agua en Cucunubá), de cuyas manifestaciones, asegura el actor, fluye, en su orden:

Que al sumir la alcaldía el nuevo burgomaestre nunca tuvo conocimiento de quejas sobre la calidad del agua, ni del funcionamiento de la respectiva planta de tratamiento, y que la construcción en el año 2009 (mediante el Contrato 045) de una torre de aireación fue determinada por la concesión al municipio de una licencia para el uso y explotación de aguas subterráneas o de pozo profundo;

Que desde el 2007 y tras la entrega de obras inherentes al *Contrato de obra pública # 03 de 2007* se presentó un cambio del 100% en la calidad del agua suministrada para el consumo humano por la planta de tratamiento, la cual de 1.5 litros por segundo pasó a procesar 7 litros por segundo; la comunidad nunca manifestó quejas o reclamos luego de que entrara en funcionamiento la nueva planta de potabilización, y según los análisis practicados aún después de la construcción de la torre de aireación, se comprobó que es en el paso por el sistema de sedimentación y los filtros tipo colmena donde se elimina el hierro del agua proveniente de la fuente permanente (Quebrada La Chorrera) que nutre la planta.

Con base en lo anterior aseguró el recurrente que si el Tribunal no omite la apreciación de los medios de prueba atrás referidos, necesariamente habría reconocido que a su defendido no le asistía interés de faltar a la verdad en el acta de entrega final, y que en efecto fue un error humano la anotación relativa a la entrega de la torre de aireación, así como que a pesar de que ese ítem no se cumplió, de todas formas la construcción de las obras realizadas en sustitución del mismo no permiten asegurar que se produjo apropiación indebida de dineros del erario, razón por la que solicita casar el fallo recurrido y dejar vigente el de primera instancia.

8. El Fiscal Delegado ante la Corte solicitó no casar el fallo al considerar carentes de acierto los errores alegados en cada una de las demandas por violación directa de la ley así como los propuestos por errores de estimación probatoria, conclusión a la que arribó tras ocuparse de cada uno de los desatinos denunciados, para finalmente concluir que los comportamientos reprochados a los acusados en efecto

configuraron los delitos de falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación a favor de terceros.

Destacó que de acuerdo con la prueba documental y testimonial aportada por el Fiscal del caso se demostró que los acusados a sabiendas faltaron a la verdad en el acta de recibo final de la obra pactada en el *Contrato 03 de 2007*, al consignar que se había construido la torre de aireación, cuando ello no ocurrió en verdad, mismo documento que fue empleado para obtener el pago total del aludido contrato, deviniendo de ello el menoscabo del patrimonio del municipio de Cucunubá, pues la referida estructura tuvo que ser construida en la administración siguiente a través del Contrato 045 de 2009, según se acreditó en el juicio.

Por lo anterior solicitó no casar la sentencia porque las consideraciones del ad-quem sobre los elementos objetivo y subjetivo de los delitos atribuidos a los procesados son ajustadas a derecho.

9. Por último, el Delegado de la Procuraduría General de la Nación coincidió en todo con el criterio del representante de la Fiscalía y, palabras más palabras menos, deprecó la confirmación de la sentencia de segunda instancia.

III. CONSIDERACIONES

10. Es criterio de la Sala que una vez ha declarado desde un punto de vista formal ajustada a derecho la respectiva demanda, le asiste la obligación de dar respuesta de fondo a

los problemas jurídicos que emergen de la inconformidad planteada por el actor, en armonía con los fines a los cuales sirve este mecanismo extraordinario de impugnación, y que no son otros distintos a los de buscar la indemnidad del derecho material, respetar las garantías de quienes intervienen en la actuación, reparar los agravios inferidos a las partes y unificar la jurisprudencia.

Observados los diferentes cargos formulados en cada una de las demandas la Sala encuentra que ninguno está llamado a prosperar por las razones que a continuación precisará en relación con los mismos, cuyo estudio acometerá con sujeción al principio de prioridad, sin perjuicio de dar respuesta conjunta, cuando a ello haya lugar, a reproches que compartan similar fundamento.

11. Dicho lo anterior, forzoso resulta ocuparse de la primera queja expuesta como principal en la demanda presentada por el apoderado de JUAN CARLOS TORRES GUZMÁN, en la cual pregonó la nulidad del fallo de segunda instancia por faltar el ad-quem, según el actor, a la exigencia legal de *"fundamentar su decisión en una correcta valoración probatoria"*.

En esos términos la postura del demandante está condenada al fracaso, pues si bien es cierto la motivación de las decisiones judiciales ha sido erigida como un derecho fundamental derivado del genérico derecho al debido proceso, también es verdad que de acuerdo con abundante y decantada jurisprudencia de la Sala, los yerros por deficiencias en la motivación en principio son: (i) la ausencia absoluta de

Handwritten signature

motivación; (ii) la motivación incompleta o deficiente y (iii) la motivación ambigua, dilógica o ambivalente.

Sólo esas tres modalidades enervan la decisión respecto de la cual se prediquen, y se presentan en el primer supuesto, cuando el funcionario pretermite el señalamiento de las razones de orden fáctico y jurídico en las que soporta su pronunciamiento; en el segundo evento, cuando omite el estudio un aspecto sustancial para la resolución del asunto, o lo hace de manera deficiente al punto de que resulta imposible identificar su fundamento; la tercera modalidad ocurre cuando los argumentos plasmados para sustentar el sentido de la decisión se excluyen entre sí de forma tal que se impide conocer el contenido de la motivación, o cuando las consideraciones aducidas en la parte motiva se contradicen con la solución precisada en la resolutive.

El demandante no se refirió a ninguna de las anteriores hipótesis o especies de vicios de motivación, sino que fundamentó su queja en la atribución de yerros de estimación probatoria, explícitamente, por falta de valoración (falsos juicios de existencia) de las pruebas documental, testimonial y pericial con cuyo análisis el juez de primer grado sustentó la decisión absolutoria.

Desde esa perspectiva, el escenario para una discusión de ese calado es el inherente la violación indirecta de la ley, sendero que justamente fue propuesto por el recurrente, con similares términos, en el cargo cuarto subsidiario de su demanda, sin perjuicio de aclarar que probablemente el censor quiso plantear la llamada "motivación sofisticada,

25
F. Barriga

aparente o falsa que en alguna oportunidad la Corte reconoció como causal de nulidad; sin embargo no reparó que esa especie de dislate, como lo aclaró tiempo después, sólo es del resorte oficioso de la Sala cuando ninguno de los cargos propuestos implica una discusión por desatinos probatorios, y urge enmendar los agravios inferidos a alguna de las partes por la evidente y grave configuración de tales desaciertos.

Con base en lo anterior el cargo no tiene vocación de prosperidad.

12. Ahora bien, en la demanda incoada en nombre de RODRIGO EDUARDO ROBAYO TORRES se postularon dos censuras con estribo en la causal primera de casación, las cuales objetivamente carecen de acierto en la demostración de la supuesta violación directa de la ley.

12.1. En efecto, en cuanto a la indebida aplicación del artículo 397 del Código Penal por el hecho de no reunir el citado procesado la condición especial inherente al sujeto activo, consistente en ostentar la condición de servidor público, impera precisar que los argumentos del demandante evidencian el desconocimiento de los fundamentos de la acusación y de la condena de segunda instancia emitida en congruencia con el llamamiento a juicio.

Revisado el audio que contiene la audiencia de formulación de la acusación se constata que el Fiscal, a solicitud del agente del Ministerio Público, precisó que la participación de ROBAYO TORRES en ambas conductas típicas

fue en condición de "*interviniente*" (Ley 599 de 2000, artículo 30, inciso final) precisamente por no reunir el citado la calidad de servidor oficial exigida tanto en el delito de peculado como en la falsedad ideológica en documento público.

Consecuente con ese derrotero jurídico establecido en la acusación, el Tribunal, tras fijar las consideraciones relacionadas con la acreditación de los elementos objetivo y subjetivo de los citados delitos, condenó a ROBAYO TORRES como interviniente en las aludidas conductas punibles y en armonía con ello le impuso la correspondiente sanción.

Lo anterior es razón suficiente para afirmar la improsperidad del primer cargo de la demanda presentada por el defensor del citado procesado.

12.2. En la segunda queja el recurrente, por la misma senda de la violación directa, adujo la ausencia de antijuridicidad tanto formal como material del comportamiento tipificado como falsedad ideológica en documento público, porque, según su criterio, asegurar en el acta de recibo final del objeto materia del Contrato 03 de 2007 la construcción de una "*Torre de Aireación*" sin ser ello cierto, constituye una "*falsedad inocua*" pues atendido el tamaño y características físicas de esa estructura, las cuales la hacen visible o de fácil observación para cualquier persona, con la referida constancia a ninguna persona se le habría engañado o convencido de la real existencia del señalado objeto.

De otro lado, también sostuvo que con base en la declaración de JUAN CARLOS TORRES GUZMÁN se estableció

que la constancia acerca de la construcción de la "Torre de Aireación" consignada en el acta de recibo final de la obra pactada en el Contrato 03 de 2007, obedeció a un error involuntario, de suerte que la desarmonía del hecho consignado en ese documento público con la realidad, careció de intención o voluntad consciente de faltar a la verdad, por lo que la conducta devendría atípica por ausencia de culpabilidad.

Las dos propuestas son equivocadas y por lo tanto inaceptables. La primera desconoce qué tan eficiente o idónea fue la mendacidad consignada en el acta de recibo final signada por los acusados el 15 de mayo de 2007, que con base en la misma se canceló al contratista ROBAYO TORRES la totalidad (o el saldo pendiente) del Contrato 03 de 2007, es decir que la falsedad consignada en tal documento público y la credibilidad ofrecida por el mismo hizo posible su eficacia como medios de prueba ante la administración municipal para el pago de un contrato que no fue ejecutado a cabalidad.

Y la segunda hipótesis soslaya que en parte alguna de las consideraciones del fallo condenatorio emitido en segunda instancia se le concede mérito a la exculpación ofrecida por TORRES GUZMÁN para justificar la constancia falsa en el acta en cuestión, luego el demandante parte de un supuesto fáctico que no fue reconocido por el ad-quem, y en consecuencia la alegada violación directa por ausencia de culpabilidad carece de fundamento.

En suma, el segundo cargo de la demanda presentada en nombre del procesado ROBAYO TORRES tampoco tiene vocación de prosperidad.

13. La defensa técnica de TORRES GUZMÁN propuso en los cargos subsidiarios segundo y tercero de su demanda igualmente la violación directa de la ley sustancial.

13.1. En la segunda censura adujo la *"interpretación errada"* del tipo penal de peculado descrito en el artículo 397 del Código Penal, con base en que el Tribunal entendió que el verbo rector *"apropiar"* se concretó con la comprobación objetiva de la cancelación o pago de un ítem contractual que en efecto no se llevó a cabo, pero para llegar a esa conclusión, agrega el censor *"dejó de considerar la realidad fáctica acreditada con otros medios de prueba"* según la cual no hubo detrimento patrimonial o apropiación alguna porque la obra no ejecutada se suplió con otras de mayor valor y eficacia.

La postulación evidencia, en principio, el craso desconocimiento del sentido del vicio denunciado en sede de violación directa, pues la interpretación errónea obliga a aceptar que el funcionario seleccionó bien y con acierto la norma que está llamada a regir el caso y que por lo tanto debe ser aplicada, pues el dislate se concreta en que el funcionario por exceso o por defecto le atribuye en alcance que no corresponde, de suerte que mal puede aducir el actor la interpretación errónea de la norma en cita cuando su reclamo se orienta a la absolución del delito de peculado lo cual se traduce en la no aplicación del respectivo precepto.

Más, aun aceptando que el sentido correcto al que apunta el discurso del recurrente es la indebida aplicación de la ley en ciernes, ocasionada -como en efecto puede ocurrir- por una interpretación errada previa a su activación, desde esa arista tampoco tiene posibilidad de éxito la queja del demandante ya que el supuesto de hecho en el que se sustenta no aparece reconocido en las consideraciones plasmadas en la sentencia de segunda instancia, y en últimas de lo que se duele el memorialista es, justamente, de una indebida valoración de las pruebas que permitirían el reconocimiento de su enunciado.

En conclusión, la réplica está orientada por la senda de la violación indirecta de la ley con planteamientos que el mismo recurrente reitera en el cargo cuarto de su libelo, razón suficiente para señalar la ausencia de prosperidad del reproche segundo subsidiario.

13.2. Situación similar se presenta en el cargo tercero subsidiario, habida cuenta que la discusión por violación directa relativa a la ausencia de antijuridicidad alegada por el demandante frente a las conductas punibles por las que fue condenado su defendido, está envuelta en un debate de orden probatorio -reiterado en el cargo cuarto- en el que el censor aspira a que con las pruebas practicadas en el juicio se reconozca que el ítem no ejecutado con ocasión del Contrato 03 de 2007, se suplió con otras obras y elementos de igual o mayor valor, y más eficaces, aspectos que según él serían los determinantes de la ausencia de efectiva lesión o puesta en peligro real de los bienes protegidos en el ordenamiento a través de los delitos de

falsedad y peculado por los que su representado fue condenado en segunda instancia.

Y, como en el reproche que antecede, esa hipótesis fáctica en la que descansa la aludida pretensión, no fue reconocida tácita o implícitamente por el sentenciador de segunda grado en las respectivas consideraciones, situación que condena al fracaso una discusión de estricto corte jurídico sobre el tema propuesto, deviniendo inevitable la improsperidad del cargo tercero subsidiario.

14. A esta altura de la disertación corresponde a la Sala abordar el cargo cuarto subsidiario expuesto en la demanda allegada en nombre del procesado TORRES GUZMÁN, capítulo en el que también atenderá el estudio de la tercera censura ("*Segundo Subsidiario*") agitada en el libelo presentado por el apoderado judicial de FELIPE IGNACIO BARRIGA CONTRERAS, como quiera que tienen en común, no solo el apoyarse en la causal tercera de casación, sino también coincidencia en los errores de valoración denunciados frente a los mismos medios de prueba.

14.1. En efecto, en ambas quejas los recurrentes señalaron que el Tribunal en la sentencia atacada incurrió en falso juicio de existencia por ausencia de apreciación de: (i) el testimonio del procesado TORRES GUZMÁN; (ii) los documentos que a través de la declaración de éste se aportaron; (iii) los dictámenes rendidos por la bióloga Clara Inés Sarmiento Gómez y el ingeniero ambiental Gustavo Adolfo Burbano Sefair; (iv) las declaraciones de Raúl Alejandro Quimbay

Contreras, Helberth Alejandro Barriga Carrillo y Álvaro Hernando Barriga Rodríguez.

Por su parte, sólo el apoderado de TORRES GUZMÁN también aseguró que el Tribunal (v) no valoró los testigos de cargos Juan Carlos Pinzón Peña, Luis Carlos Rodríguez Alvarado, y Pablo Emilio Romero Pinzón, ni (vi) la declaración de José Helmut Ruiz, en tanto que (vii) el testimonio de Nelson Javier Varela Alonso habría sido apreciado de manera fragmentada y parcial excluyendo los aspectos que favorecían.

Advierten los demandantes que por los denunciados vicios el ad-quem no tuvo en cuenta los siguientes aspectos sustanciales en la definición del caso:

A) De acuerdo con las pruebas técnicas sustentadas en el *"Reglamento Técnico del Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico"* (RAS 2000), la construcción de torres de aireación en plantas de tratamiento de agua potable sólo es obligatoria cuando los niveles de concentración de hierro y magnesio combinado se encuentran entre 5mg/L y 10mg/L;

B) Según las mismas pruebas técnicas y la testimonial, el agua con la que se surte la planta de tratamiento de agua potable del municipio de Cucunubá proviene de la Quebrada La Chorrera, en la cual la concentración de hierro, antes de ser tratada, es apenas de 1,19 mg/L;

C) Atendidas las características fisicoquímicas del agua a tratar en la planta de tratamiento de agua potable del municipio de Cucunubá, el contratista (ROBAYO TORRES) y el

interventor (TORRES GUZMÁN) en el Contrato de Obra Pública 03 de 2007, para cumplir su objeto consistente “*ejecutar todos los trabajos relacionados [con la] TERMINACIÓN Y PUESTA EN MARCHA [de] LA PLANTA DE POTABILIZACIÓN [del] ACUEDUTO URBANO*”, resolvieron no construir la torre de aireación proyectada en el ítem 2.1., y en su lugar, entre otras obras, construyeron un “*Módulo de sedimentación acelerada tipo colmena*” y reforzaron las cámaras de filtrado con “*50 bultos de grava, arena y antracita*”, elementos que incluso representaron un mayor valor que el presupuestado para la torre de aireación;

D) Esas modificaciones no fueron incluidas en el acta de recibo final de la obra suscrita entre las partes el 15 de mayo de 2007, documento en el que, por error, según lo manifestado por TORRES GUZMÁN, quedó consignada la entrega de la planta con la construcción de la torre de aireación; y

E) La aludida estructura fue construida en el año 2009 por la administración siguiente, afuera de las instalaciones de la planta de tratamiento de agua potable, no porque resultara necesaria para el funcionamiento de ésta, sino porque en el año 2008, mediante la Resolución 2256 del 27 de octubre, se le otorgó a Cucunubá la concesión para el uso de agua subterránea de un “*pozo profundo*”, la cual puede presentar elevados índices de concentración de hierro.

Rematan la pretensión absolutoria los demandante advirtiéndole que si el Tribunal hubiese tenido en cuenta esas circunstancias habría llegado a la misma conclusión del juez de primera instancia, en el sentido de que no se encuentra demostrado que los acusados se apropiaran de la suma

destinada a la construcción de la torre de aireación, y que el hecho contrario a la realidad plasmado en el acta de recibo final del objeto del Contrato 03 de 2007 no estuvo precedido por la decisión voluntaria y consciente de los enjuiciados de faltar a la verdad.

14.2. De cara a ese planteamiento, resulta imperioso recapitular o puntualizar los razonamientos que el sentenciador de segundo grado consignó acerca de las conductas punibles por las cuales revocó la absolución y en su lugar profirió la decisión condenatoria cuestionada:

14.2.1. Respecto del peculado por apropiación a favor de terceros señaló el cumplimiento del requisito objetivo, de una parte, atendida la calidad y funciones como servidores públicos de BARRIGA CONTRERAS (alcalde) y TORRES GUZMÁN (secretario de obras); y de otra, porque en el ítem 2.1 del *Contrato de Obra Pública N° 03 de 2007* se destinaron “4’400.000” para construir una torre de aireación en la *Planta de Tratamiento de Agua Potable* de Cucunubá, pero esa estructura no se construyó y sí se pagó al contratista ROBAYO TORRES con base en el acta de recibo final en la que se dejó la respectiva constancia, con lo cual “*existió una indebida apropiación de recursos*”, siendo ello tan cierto que “*en la siguiente administración, precedida (sic) por Nelson Javier Varela Alonso, tal y como lo declaró en el juicio, fue nuevamente objeto (la “Torre de Aireación”) del contrato N° 045 del 15 de septiembre de 2009*”⁵.

Acerca de la tipicidad subjetiva —dolo— puntualizó que los procesados “*voluntariamente quisieron apropiarse del rubro*

⁵ Cuaderno del Tribunal, folio 36 (página 15 de la sentencia).

destinado para tal fin —la torre de aireación— dado que, en primer lugar, *“no se liquidó el contrato y de esa manera no se estableció de manera nítida cuál (sic) lo realmente invertido, si hubo modificaciones, sus costos, y en razón de ello qué debía el municipio al contratista”,* y en segundo término, *“al dar por cierto que la susodicha torre de aireación se construyó y pagar integralmente el contrato”,* sin que esto pueda quedar excusado en una *“simple inobservancia, descuido o desatención de los precitados procesados”* porque *“la no ejecución completa de la obra contratada”* era conocida por aquéllos⁶.

14.2.2. En cuanto a la conducta de falsedad ideológica en documento público precisó que el *“acta de recibo final del Contrato de Obra Pública N° 03 de 2007 fechada el 15 de mayo de 2007”* sin duda constituye un *“documento público con aptitud probatoria”,* pues fue suscrito por BARRIGA CONTRERAS y TORRES GUZMÁN en ejercicio de sus funciones como servidores públicos, así como por el particular ROBAYO TORRES, y en el mismo hicieron *“aparecer como hecho cierto algo que en la ejecución del contrato no sucedió”,* es decir *“se consignó un hecho mentiroso, contrariando la inocultable realidad, [a saber], que la torre de aireación no se construyó”,* y gracias a la eficacia probatoria del mismo *“la Secretaría de Hacienda del Municipio de Cucunubá ... procedió a realizar el pago total del valor del contrato 03 de 2007 al contratista”*⁷.

Para terminar señaló que aun cuando la planta de tratamiento del acueducto de Cucunubá quedó funcionando *“y se obtuvo el resultado esperado, es decir, que se mejoró la calidad del agua en beneficio de los usuarios, ello [no] anula o desvanece la tipicidad objetiva y subjetiva”,* ni puede la aludida mendacidad ser excusada, como lo hizo el a-quo *“sin razón jurídica valedera ni apoyo en pruebas legalmente aportadas”,* con base en que la constancia plasmada en

⁶ Cuaderno del Tribunal, folio 37 (página 16 de la sentencia).

⁷ Cuaderno del Tribunal, folio 38 y 39 (páginas 17 y 18 de la sentencia).

el acta “*ocurrió por olvido, descuido, error u obrando de buena fe, cuando se trata de personales (sic) con estudios profesionales y conocedores de la contratación pública*”, aspecto del que colige que “*actuaron con pleno conocimiento que la torre de aireación contratada no se construyó, [y] sin embargo voluntariamente hicieron parecer (sic) en el acta de recibo final del contrato de obra que sí se construyó*”⁸.

14.3. De manera contraria a la alegación de los recurrentes, las consideraciones recapituladas permiten concluir que no se presentó el falso juicio de existencia por omisión en relación con las declaraciones de Juan Carlos Pinzón Peña⁹, Luis Carlos Rodríguez Alvarado¹⁰, y Pablo Emilio Romero Pinzón¹¹, pues aun cuando el ad-quem ciertamente no los cita por sus nombre, es el contenido tales testimonios y los documentos incorporados con aquellos, como es de fácil constatación, el que hizo posible que el juez plural, encontrara demostrado el elemento objetivo de las conductas punibles de falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación.

En efecto, al revisar conjuntamente esos medios de persuasión, los mismos permiten asegurar la existencia del Contrato 03 de 2007, así como que en desarrollo de ese pacto el contratista (ROBAYO TORRES) se comprometió con el municipio de Cucunubá a construir, entre otras obras, una torre de aireación para la terminación y puesta en marcha de la planta de tratamiento de agua potable de ese municipio. También

⁸ Cuaderno del Tribunal, folio 39 (página 18 de la sentencia).

⁹ Sesión de audiencia pública del 22 de noviembre de 2013, CD # 1, registro de audio ...433104001_4, a partir del minuto 34:10. Cuaderno N° 1, folios 160-175

¹⁰ Sesión de audiencia pública del 3 de febrero de 2014, CD # 1, registro de audio ...433104001_5, a partir del minuto 07:23., y registro de audio ...433104001_6. Cuaderno N° 1, folio 239.

¹¹ Sesión de audiencia pública del 3 de febrero de 2014, CD # 2, registro de audio ...433104001_7, a partir del minuto 16:12

acreditan que esa estructura no se llevó a cabo y sin embargo las partes contratantes (ROBAYO TORRES, BARRIGA CONTRERAS y TORRES GUZMÁN) registraron en el acta de recibo o entrega final del objeto contractual que sí había sido construida, documento público con el que se procedió al pago total de la suma acordada (\$39'720.828), la cual comprendía un presupuesto de \$4'400.000 para ejecutar el ítem omitido, el cual fue finalmente realizado, pero mediante otro contrato (el 045 de 2009) por parte de la administración siguiente.

En consecuencia, los falsos juicios de existencia frente los referidos medios de convicción carecen de real ocurrencia.

14.4. Ahora bien en lo que atañe a la ausencia de valoración de (i) el testimonio del procesado TORRES GUZMÁN¹²; (ii) los documentos que a través de la declaración de éste se aportaron; (iii) los dictámenes rendidos por la bióloga Clara Inés Sarmiento Gómez¹³ y el ingeniero ambiental Gustavo Adolfo Burbano Sefair¹⁴; (iv) las declaraciones de Raúl Alejandro Quimbay Contreras¹⁵, Helberth Alejandro Barriga Carrillo¹⁶ y Álvaro Hernando Barriga Rodríguez¹⁷, es también palmario que el Tribunal no los mencionó o no se refirió expresamente a aquellos elementos de convicción.

¹² Sesión de audiencia pública del 6 de marzo de 2014, CD # 3, registro de audio ...433104001_12, a partir del minuto 01:00:00.

¹³ Sesión de audiencia pública del 6 de marzo de 2014, CD # 3, registro de audio ...433104001_11, a partir del minuto 06:10. Cuaderno de "Elementos Materiales Probatorios", folios 103-117.

¹⁴ Sesión de audiencia pública del 6 de marzo de 2014, CD # 3, registro de audio ...433104001_11, a partir del minuto 47:00. Cuaderno de "Elementos Materiales Probatorios", folios 118 a 138.

¹⁵ Sesión de audiencia pública del 6 de marzo de 2014, CD # 2, registro de audio ...433104001_10, a partir del minuto 07:32.

¹⁶ Sesión de audiencia pública del 6 de marzo de 2014, CD # 2, registro de audio ...433104001_10, a partir del minuto 20:36.

¹⁷ Sesión de audiencia pública del 6 de marzo de 2014, CD # 2, registro de audio ...433104001_10, a partir del minuto 41:00.

Sin embargo, lo relevante para el vicio denunciado, como atrás se indicó, es que los contenidos fácticos inherentes a los medios de conocimiento de los que se predica el vicio no hayan sido sopesados o considerados, situación que puede afirmarse ocurrió respecto las aludidas pruebas técnicas y la testimonial.

Observa la Sala que el Tribunal no desconoció que en lugar de la torre de aireación los acusados realizaran otras obras para compensar el costo de aquélla y suplir la función de esa estructura de cara a la terminación y puesta en marcha de la planta de potabilización de agua de Cucunubá (aspecto al que, en términos generales, se refieren varias de las citadas pruebas), por el contrario, consideró esa situación pero como un supuesto inidóneo para negar la apropiación endilgada a los enjuiciados, porque *“no se liquidó el contrato y de esa manera no se estableció de manera nítida cuál (sic) lo realmente invertido, si hubo modificaciones, sus costos, y en razón de ello qué debía el municipio al contratista”*¹⁸.

Una evaluación semejante hizo el fallador de segunda instancia acerca de los otros aspectos relevantes que se extraen de los señalados medios de prueba, en cuanto indican que tras el Contrato 03 de 2007, la planta de potabilización entró en funcionamiento, mejoró la calidad del agua y no se recibieron quejas o reclamos de la comunidad frente al servicio público de agua potable, pues para el ad-quem tales circunstancias no *“anulan ni desaparecen la tipicidad objetiva y subjetiva”*¹⁹ de las conductas punibles endilgadas.

14.5. Tampoco supera el análisis objetivo la crítica acerca del falso juicio de identidad presuntamente cometido en

¹⁸ Cuaderno del Tribunal, folio 37 (página 16 de la sentencia).

¹⁹ Cuaderno del Tribunal, folio 38 y 39 (páginas 17 y 18 de la sentencia).

relación con la declaración de Nelson Javier Varela Alonso²⁰, bajo el entendido de que el ad-quem no tuvo en cuenta los aspectos de la narración de aquél que concuerdan con la hipótesis defensiva.

Tal reproche no solo carece de objetividad, sino que al revisar la Sala el contenido de la señalada declaración se desprende, como también así lo advirtió el ad-quem, que no es cierta la falta de necesidad o poca eficacia de la torre de aireación en el proceso de tratamiento del agua, como de manera vehemente lo arguyó la bancada de la defensa con base en la prueba técnica y acudiendo a datos abstractos acerca de las características físico químicas del agua que surte la planta de potabilización de Cucunubá.

Según lo indicó el señor Varela Alonso, en el año 2009 se vio precisado a llevar a cabo la construcción de la torre de aireación para la planta de tratamiento de agua potable del municipio de Cucunubá (del que fue alcalde en el periodo 2008-2011), debido a:

...una solicitud hecha por la Secretaría de Salud, donde pues hay que cumplir unos requisitos mínimos en cuanto a la normatividad en calidad de agua, entonces se requería bajar los niveles de hierro en el agua para dar cumplimiento a esa normatividad. Fue una solicitud también hecha por el Director de la Oficina de Servicios Públicos, porque como constantemente los están monitoreando en el tema de calidad de agua, entonces se requería mejorar ese parámetro...²¹

Al preguntársele de que naturaleza era la relación entre la necesidad de construir la torre de aireación y la de bajar los niveles de hierro, respondió:

²⁰ Sesión de audiencia pública del 3 de febrero de 2014, CD # 2, registro de audio ...433104001_8, a partir del minuto 57:19.

²¹ CD # 2, registro de audio ...433104001_8, minuto 58:37 a 59:23.

...es directa porque la torre de aireación es un elemento que permite bajar los niveles de hierro mediante un proceso físico que es airear el agua, y permite que esos contenidos de hierro bajen por evaporación, es un proceso más físico químico que la torre de aireación está establecido que hace ese trabajo...²²

Y nuevamente al ser inquirido por el Fiscal sobre el motivo por el que, previamente a la construcción de la torre de aireación se hicieron pruebas químicas al agua a tratar en la planta, respondió:

...se hicieron porque se venía observando que los niveles de hierro empezaban a subir levemente, subían cuando entraba el pozo profundo e incluso en época de lluvia fuerte se aumentaba el nivel de hierro; el Secretario de Servicios Públicos manifiesta dicha situación, salió ese parámetro, se proyectan los estudios para mejorar esas condiciones, porque si se incumple eso al municipio lo sancionan por no cumplir con la norma de calidad de agua, entonces se requirió que se construyera esa infraestructura para bajar el hierro, que es la función para la cual está diseñada (...) la calidad del agua mejoró ostensiblemente porque bajaron los niveles, entonces se dio cumplimiento a la normatividad sobre calidad de agua, la construcción de la torre de aireación era necesaria...²³

De acuerdo con los contenidos destacados, no es verdad que el sentenciador de segundo grado haya apreciado de manera fraccionada el aludido medio de prueba, pues por el contrario los comentados aspectos confirman que la construcción de la torre de aireación era una necesidad urgente y, de contera, que al no haber llevado a cabo esa obra los acusados so pretexto de su innecesaridad, pese a que fue incluida en el Contrato 03 de 2007, incurrieron en las conductas delictivas por las que fueron acusados y condenados.

²² CD # 2, registro de audio ...433104001_8, minuto 59:24 a 01:00:00.

²³ CD # 2, registro de audio ...433104001_8, minuto 03:04:43 a 03:06:30.

Las anteriores precisiones constituyen razón suficiente para afirmar la improsperidad del cargo cuarto subsidiario propuesto en la demanda allegada en nombre de JUAN CARLOS TORRES GUZMÁN y el tercero (o "*segundo subsidiario*") de la formulada en nombre de FELIPE IGNACIO BARRIGA CONTRERAS.

15. Resta por analizar las censuras planteadas en el Primer Cargo ("*Principal*") y en el Segundo (o "*Primero Subsidiario*") del libelo signado por el defensor de BARRIGA CONTRERAS, en los que, con base en la proposición de vicios de estimación probatoria, en su orden, aspira a la absolución de responsabilidad del citado, bien por las implicaciones del principio de confianza legítima respecto de la ejecución colectiva de actividades complejas, o por el reconocimiento de la causal de exculpación prevista en el artículo 32, numeral 10, del Código Penal.

15.1. Acerca de la citada primera propuesta, necesario se hace indicar que el falso juicio de existencia por omisión que predica el recurrente respecto de los testimonios de Juan Carlos Pinzón Peña, Pablo Emilio Romero Pinzón y del coacusado JUAN CARLOS TORRES GUZMÁN, no tuvo real configuración atendidas las consideraciones con las que se respondieron los cargos del apartado inmediatamente anterior, pues se comprobó que el ad-quem sí apreció el contenido de tales pruebas, pero no les otorgo mérito o peso suasorio

Luego, desde esa perspectiva la inconformidad del censor debe entenderse, más bien, en el sentido de que los aludidos medios de prueba demuestran que los requerimientos y especificaciones técnicas de obra acordada a través del

Contrato 03 de 2007, específicamente en relación con la construcción, exigían que sólo una persona, en este caso el interventor (TORRES GUZMÁN), fuera la responsable de vigilar el cumplimiento cabal del objeto contratado, quedando por lo tanto relevado el acusado BARRIGA CONTRERAS, en virtud del principio de confianza legítima y pese a su condición de ordenador del gasto del municipio de Cucunubá, de cumplir las mismas funciones o de vigilar que su subalterno las efectuara adecuadamente.

Sin embargo, un tal planteamiento no tiene acogida toda vez que el principio de confianza legítima, por regla general, opera respecto de delitos culposos y las más de las veces se ha hecho valer en accidentes de tránsito, aun cuando ocasionalmente también tiene vigencia en actividades laborales complejas, pero con determinadas restricciones, como lo ha reconocido esta Sala, cuando se presentan las siguientes circunstancias:

*(i) Cuando la ley establece expresamente a quien encomienda la labor, que lo haga bajo su responsabilidad; (ii) en los eventos en que existe división de trabajo y el que dirige la tarea dentro del ámbito de sus competencias, es garante de que las personas a su cargo lo desempeñen correctamente; (iii) siempre que se incumple un deber y por ello, se transgrede el derecho.*²⁴

En el presente evento del alcalde se predica la función de garante en la prestación de los servicios públicos propios o inherentes al ente territorial²⁵ —en este caso, el de acueducto y suministro de agua potable—, luego por mandato legal no podía el aludido acusado BARRIGA CONTRERAS, en su condición de

²⁴ CSJ. SP. 5 dic 2011, Rad. 35899; SP16915 18 DIC. 2017, Rad 48321.

²⁵ Constitución Política, artículo 315, numeral 3, y Ley 136 de 1994, artículo 92, literales b) y c).

alcalde de Cucunubá en la época de los hechos, desligarse del deber de asegurar que el Contrato 03 de 2007, destinado a la satisfacción de un servicio básico esencial, se ejecutara en los términos en que él lo suscribió, sin perjuicio de haber encomendado a un subalterno suyo la labor de interventoría en el desarrollo del comentado pacto.

Por lo anterior, el cargo no está llamado a prosperar.

15.2. Finalmente, en cuanto al no reconocimiento de la causal de ausencia de responsabilidad prevista en el artículo 32, numeral 10, la Ley 599 de 2000, se impone precisar que esa pretensión está soportada, en esencia en los mismos errores de estimación probatoria denunciados en el anterior reproche, los cuales, como ha quedado establecido no tuvieron efectiva configuración.

Además, en la disertación ofrecida por el actor es palmario que el argumento nodal de la queja se apoya en que por las características especialmente técnicas de la función que debía cumplir la torre de aireación en la planta de potabilización de agua y por la falta de conocimiento del acusado en esa materia, al firmar el acta de recibo final de la obra contratada no tuvo conocimiento y conciencia actualizada de que estaba consignado un hecho falso en ese documento —la construcción de la torre de aireación que no fue entregada— y que con el mismo propiciaba o favorecida la apropiación de recursos públicos en favor de terceros.

De cara a lo anterior baste con señalar que el conocimiento y voluntad de estar obrando en contra del orden

jurídico, no demanda en el sujeto activo el dominio o la posesión de conocimientos especiales, o una particular instrucción, pues por principio general la ley se presume conocida por todos los asociados y su ignorancia no sirve de excusa para su incumplimiento.

Ahora en el caso del aquí procesado, aun aceptando que carecía de formación académica en el área de ingeniería o en otra a fin al objeto del Contrato 03 de 2007, lo cierto es que se trata de un profesional del derecho, condición que le permitía avizorar que en razón de sus obligaciones constitucionales y legales por el cargo que desempeñaba como alcalde de Cucunubá, debía extremar los controles para estar al tanto de la correcta actividad contractual del municipio, y en razón de ello no podía simplemente firmar sin ninguna consideración cualquier documento que le fuera presentado para esos efectos.

Un proceder semejante no se compadece de una persona en las condiciones en las que se desenvolvía el enjuiciado, y por lo mismo es apenas elemental colegir que aquél estuvo en condiciones de saber y conocer que la torre de aireación no se había construido, de hecho el propio TORRES GUZMÁN refirió en su testimonio que aun cuando no le comentó al entonces burgomaestre la decisión en el comentado sentido, la ausencia de ese elemento era evidente cuando fueron a ver la puesta en marcha de la planta de tratamiento de agua potable²⁶.

Por lo anterior es indiscutible que BARRIGA CONTRERAS no obró amparado por la causal de ausencia de

²⁶ CD # 3, registro de audio ...433104001_12, minuto 04:01:50 a 04:02:20.

responsabilidad deprecada por su defensor, y en consecuencia está censura tampoco tiene vocación de prosperidad.

16. En conclusión, de acuerdo con las consideraciones que anteceden, expuesta la improsperidad de cada uno de los cargos propuestos en las demandas estudiadas, y como quiera que de la revisión integral de las pruebas y de su contraste con las consideraciones del fallado de segundo grado la Sala encuentra que la decisión condenatoria se ajusta a derecho, sin perjuicio de las garantías de los procesado, no se casará la sentencia atacada.

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

RESUELVE:

NO CASAR, con base en las anteriores consideraciones, la sentencia emitida el 9 de septiembre de 2014 en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca contra FELIPE IGNACIO BARRIGA CONTRERAS, JUAN CARLOS TORRES GUZMÁN y RODRIGO EDUARDO ROBAYO TORRES, por los delitos de falsedad ideológica en documento público en concurso con peculado por apropiación, al último en calidad de interviniente.

Notifiquese y cúmplase.

02 SEP 2019

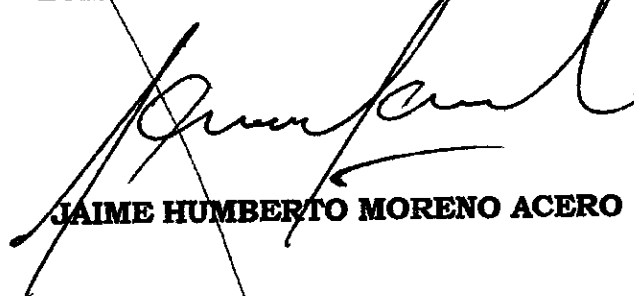
Casación N° 45367
Juan Carlos Torres Guzmán
Rodrigo Eduardo Robayo Torres
Felipe Ignacio Barriga Contreras


EYDER PATIÑO CABRERA
PRESIDENTE


JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA


EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER


LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA


JAIME HUMBERTO MORENO ACERO


PATRICIA SALAZAR CUELLAR


LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO


NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria