

Proceso No. 13775

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

MAGISTRADO PONENTE:

Dr. CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

Aprobado: Acta No. 121.

Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1.999).

VISTOS:

Se ocupa la Sala de resolver el recurso de apelación oportunamente interpuesto contra la sentencia fechada en agosto 25 de 1.997, por medio de la cual el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo condenó al Dr. LISANDRO DE JESUS PRIETO CELY, Juez Promiscuo del Circuito de Orocué, como autor del delito de prevaricato por acción.

HECHOS:

En oportunidad anterior la Corte los sintetizó así:

“Al aquí procesado LISANDRO DE JESUS PRIETO CELY, como Juez Promiscuo del Circuito de Orocué, le correspondió conocer del control de legalidad que sobre la medida de aseguramiento impuso la Fiscalía 17 Seccional de Santa Rosa de Viterbo al Alcalde de Trinidad, Víctor Manuel Solano Montoya. En tal virtud en providencia de 23 de noviembre de 1.994, cambió la tipicidad de los comportamientos imputados de

peculado por apropiación, peculado por aplicación oficial diferente y falsedad ideológica en documento público, a interés ilícito en la celebración de contrato, variando la medida de aseguramiento de detención preventiva a caución. Esta conducta de PRIETO CELY es la que se ha considerado constitutiva de presunto prevaricato por acción.”

ANTECEDENTES:

1. El 10 de mayo de 1.994 acudió ante el Procurador Departamental de Casanare un grupo de ciudadanos residentes en el Municipio de Trinidad, con el fin de solicitarle su intervención ante la Alcaldía de esa localidad para que se investigara el manejo irregular que le estaba dando al erario público el Burgomaestre Víctor Manuel Solano Montoya, procediendo uno de los reclamantes, el señor Alexander Cáceres Maldonado, a formalizar su queja en la cual manifiesta ser el propietario del grupo musical contratado por dicho Alcalde para que el 25 de diciembre de 1.993 amenizara las fiestas del municipio de San Luis de Palenque, acordando por ello un pago de \$200.000,00, los que en efecto le fueron cancelados con el comprobante No. 052 de enero 26 de 1.994, sólo que en éste figuró la cantidad de \$285.000,00 y como concepto “PAGO DE MANO DE OBRA, PINTURA GENERAL DE LA CONCENTRACION URBANA SAN JOSE”.

Añadió Cáceres Maldonado que los \$85.000,00 de excedente se los entregó, por instrucción del secretario de la alcaldía, a una señorita que había laborado en el cargo de auxiliar de servicios generales.

Se adjuntó fotocopia autenticada del precitado comprobante de pago y sus anexos, todo lo cual efectivamente coincide con las declaraciones de Cáceres acerca de la cuantía y el concepto.

2. También ante la Procuraduría rindió testimonio el odontólogo Luis Mauricio Velásquez Avila acerca de que el alcalde SOLANO MONTOYA le expidió, en julio o agosto

de 1.992, una orden de trabajo cuyo objeto fue el de prestar atención odontológica a niños del municipio por el término de tres meses a cambio de la suma de \$1'999.000,00, suma que en efecto se le pagó en julio del año siguiente pero bajo el concepto de "construcción de una alcantarilla en la vía a la vereda Santa Marta".

La Procuraduría realizó visita a la Tesorería Municipal de Trinidad hallando, en efecto, la cuenta No. 570 de junio 22 de 1.993 con base en la cual se pagó la suma indicada por el testigo y por el concepto citado, adjuntándose fotocopia autenticada del comprobante de pago y sus anexos. (Folios 172 a 177 del primer cuaderno).

3. La señora ROSALBA HERRERA DE ACOSTA declaró que a partir de agosto de 1.992 y durante 16 meses fue contratada para suministrarle alimentación a los reclusos de Trinidad, pero los pagos se le hacían por rubros de alcantarillado, construcciones o suministro de materiales, y aunque estas actividades nunca las ejecutó fue así como bajo el concepto de suministro de diez juegos de cama le fueron pagados además \$460.000,00 cuando en realidad correspondían a un almuerzo que preparó para celebrar el cumpleaños del Alcalde a comienzos de 1.994.

La visita de la Procuraduría ya referida determinó que efectivamente a la declarante se le hicieron pagos según comprobantes Nos. 375 de mayo 21 de 1.993, 326 de marzo 25 de 1.994 imputado a recursos IVA y 227 de febrero 17 del mismo año con imputación a recursos de regalías petroleras, teniendo el primero como concepto el suministro de 1.567 ladrillos con destino a la construcción de bóvedas para el cementerio, el No. 326 diez juegos de cama destinados al centro de salud y el No. 227 materiales varios para el mantenimiento de la red de acueducto municipal. (fls. 153 a 168 del primer cdno).

4. Finalmente, la visita que la Procuraduría practicó a la Tesorería Municipal permitió establecer que entre el Departamento de Casanare y el Municipio de Trinidad se celebró el convenio interadministrativo No. 095 de septiembre 22 de 1.993 con el fin de

realizar obras cofinanciadas, efectos para los cuales el Departamento invertiría la suma de cien millones de pesos, obligándose el Municipio a ejecutar las obras según los planes y valores consignados en el mismo acto, lo cual no fue óbice para que el Alcalde de Trinidad, dictando el Decreto 054 de octubre 19 de 1.993 por medio del cual incorporó ese dinero al presupuesto municipal, variara algunas partidas bien en su destinación o en su cuantía.

En efecto, además de que la asignación señalada en el Convenio con el propósito de que se hiciera un estudio topográfico para la red eléctrica de la Vereda San Pedro fuera dirigida por el Alcalde al encerramiento de la escuela, también éste modificó las cuantías de otras pues habiéndose previsto en aquel una partida de \$2'300.000,00 para la construcción de la unidad sanitaria en la vereda Bucare el Decreto la redujo a \$2'000.000,00, sucediendo similar hecho respecto de las partidas destinadas a la Vereda Sambranero que fue de \$1'300.000,00 mientras que el Decreto 054 citado solamente incluye \$1'000.000,00; a la Vereda El Porvenir que siendo de \$5'800.000,00 fue reducida mediante el acto administrativo del Alcalde a \$5'000.000,00; a la Concentración San José cuya asignación original de \$2'000.000,00 fue ampliada por el Decreto municipal a \$4'000.000,00; y a la construcción Casa del Anciano ya que la cuantía que el Convenio Interadministrativo le fijó ascendió a \$6'000.000,00 pero el referido Decreto tan sólo destinó \$4'000.000,00, variaciones todas las cuales, no obstante haberse depositado esos \$100'000.000,00 en cuentas del Municipio permitieron establecer la no inclusión en total de \$1'400.000,00 dentro de las partidas a ejecutar en el prementado Decreto 054 de 1.993.

5. También la Procuraduría dispuso la practica de prueba pericial respecto de las obras contratadas por el Alcalde determinándose la no realización de algunas y sobrecostos en otras, según se detalla entre folios 48 a 64 del primer cuaderno del expediente.

6. Coetáneamente a la investigación adelantada por el ente en mención y con fundamento en similares hechos que permitieron incluso detectar más irregularidades,

la Contraloría Departamental de Casanare, en agosto 22 de 1.994, abrió juicio fiscal en contra del alcalde de Trinidad y otras personas por un total de \$216'550.368,13.

7. Previa denuncia formulada por el Procurador 167 Judicial en lo Penal bajo consideración de ilicitud de los hechos así establecidos, la Fiscalía abrió proceso en contra del Alcalde VICTOR MANUEL SOLANO MONTOYA a quien, luego de vincularlo mediante indagatoria y con un mayor recaudo probatorio, le definió su situación jurídica con resolución fechada en agosto 26 de 1.994, disponiendo entonces la Fiscalía 17 de Orocué la detención preventiva del burgomaestre al considerar que las irregularidades cuya comisión se le imputó constituían los delitos de peculado por apropiación, peculado por aplicación oficial diferente y falsedad ideológica en documento público.(fls.65 a 109, primer cdno.)

8. El entonces defensor del procesado SOLANO MONTOYA solicitó al instructor el envío del proceso al Juez competente para que en aplicación del artículo 414-A del C. de P.P. éste controlara la legalidad de la medida de aseguramiento toda vez que, argumenta, en relación con el peculado por apropiación las pruebas demostraban atipicidad absoluta de la conducta del Alcalde, mientras que respecto al peculado por aplicación oficial diferente las mismas no permitían establecer el ingrediente normativo al punto que ni siquiera se había allegado el presupuesto aprobado para el año 92, de modo que la conducta de SOLANO en ese sentido, agrega, era relativamente atípica al igual que la falsedad ideológica por cuanto los documentos cuestionados, al no haber sido tachados de falsos, son auténticos, y si alguna alteración existió ésta no fue cometida por el Burgomaestre sino por los particulares beneficiarios de las órdenes de pago, de ahí que, concluyó el abogado, la medida de aseguramiento haya violado el principio de tipicidad como expresión del de legalidad.

Anexó con su petición fotocopia de la sentencia C-395 de 1.994 por medio de la cual la

Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la norma invocada.

9. Correspondió conocer de esa solicitud al Juzgado Promiscuo del Circuito de Orocué, a cargo del Dr. LISANDRO DE JESUS PRIETO CELY quien, al aceptarla, dispuso correr el traslado a los demás sujetos procesales, haciendo uso de él el señor Procurador Judicial 167, Dr. Alirio Jiménez Bolaños demandando se declare ajustada a la ley la medida de aseguramiento pues los argumentos del petente, afirma, no hacen relación a un control de legalidad sino a una preclusión de investigación y si se tiene en cuenta el fallo de exequibilidad de la norma, dictado por la Corte Constitucional, ha de concluirse que ningún derecho fundamental se conculcó con la medida de aseguramiento cuestionada.

10. Adelantado el trámite propio de ese instituto procesal, el Juez Promiscuo del Circuito de Orocué dictó la providencia de noviembre 23 de 1.994 declarando fundada la solicitud de control de legalidad y en tal virtud dispuso “MODIFICAR, el Numeral Primero de la Resolución de fecha Agosto veintiséis (26) de mil novecientos noventa y cuatro (1.994), en su lugar dictar medida de Aseguramiento consistente en Caución prendaria...”, así como cancelar la orden de captura emitida en contra del Alcalde de Trinidad.

Para esos efectos el Juez consideró ausentes las exigencias legales para imputar la comisión del delito de peculado por apropiación habida consideración que “Las cuentas de cobro que obran dentro del expediente una vez analizadas(sic) en su integridad a través de los diferentes medios de prueba, como son los testimonios rendidos y las indagatorias recibidas, confirman que las firmas que aparecen son las mismas que los beneficiarios o contratistas utilizan en la realización de los diferentes actos de su vida; en el caso concreto los contratistas realizaron su aceptación de los contratos al estampar su firma y el municipio egresó dineros a los mismos de acuerdo al monto total de los(sic) estipulado en las diferentes cuentas de cobro”.

Por lo anterior, colige, “la legalidad de las cuentas de cobro se corroboran por la firma de los beneficiarios o contratistas, quienes son las personas que reciben los dineros del Estado y los cuales son gastados en provecho propio y por lo tanto esa conducta Típica se marca en ellos”.

En consecuencia, concluye el Juez del Circuito de Orocué, siendo la tipicidad el primer elemento del hecho punible mal podría predicarse del Alcalde la comisión del delito de peculado cuando no se ha comprobado que se hubiera apropiado de dinero del Estado para su beneficio personal, así como tampoco resulta posible imputarle el peculado por aplicación oficial diferente porque “A nuestro modo de ver, no encaja en la conducta desplegada de VICTOR MANUEL SOLANO MONTOYA, ya que obra en cada cuenta de cobro, recibo de materiales correspondientes para determinada obra, o ejecución que debía realizarse por el contratista. Caso diferente es que el contratista o ejecutor de la obra realizara labor diferente”.

Finalmente, sobre el punible de falsedad ideológica en documento público, el Juez controlador de la legalidad de la medida de aseguramiento consideró que si bien “...es cierto que en este momento procesal de la investigación, no es posible determinar este hecho punible, por la falta de elementos técnicos y de peritos especializados en la materia... a través de los medios de prueba aportados a la investigación como son testimoniales, documentales, periciales, se puede establecer su legalidad”.

Con fundamentos tales el señor Juez, “...modifica la medida impuesta por la Fiscalía 17 de Orocué, por considerar que la conducta desplegada por el Sindicato, se encaja en el artículo 145 del Código Penal, denominado INTERES ILICITO EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS, cuya pena es de seis(6) meses a tres (3) años de prisión.”

11. Compulsadas copias de la citada providencia la Fiscalía Delegada ante el

Tribunal de Santa Rosa de Viterbo abrió investigación en contra del Dr. LISANDRO DE JESUS PRIETO CELY y acreditándose la calidad de juez que para la fecha de los hechos ostentaba, fue escuchado en diligencia de indagatoria explicando que su actuación frente al control de legalidad en cuestión se fundamentó en un artículo de prensa escrito por el abogado Antonio José Cancino y como entendió que para entonces no se daban los presupuestos legales modificó la detención preventiva por caución, máxime que en el expediente se demostraba que las obras se habían realizado.

Añade que si bien no modificó la adecuación típica de las conductas reprochadas al Alcalde sí consideró que la detención preventiva procede sólo para aquellas personas que requieren rehabilitación carcelaria y en el asunto que se sometió a su control el Burgomaestre no la necesitaba de ahí que, para protegerle sus derechos fundamentales, le trocó la detención por caución "...teniendo en cuenta las pruebas del proceso y en ese momento no se adecuaban típicamente los delitos señalados por la fiscalía...".

En la etapa del juicio el Dr. PRIETO amplió su indagatoria para aceptar el haber incurrido en equivocación al decidir sobre la petición de control de legalidad explicando que ella obedeció a una actuación de buena fe en la que trató de aplicar sus conocimientos y la doctrina existente en una materia que para entonces no presentaba claridad, agravada tal circunstancia por el hecho de que el Municipio de Orocué se encuentra bastante distante y sus comunicaciones son deficientes, por manera que el juez en muchas ocasiones se ve avocado a tomar decisiones sin saber de la vigencia o no de una norma o de la existencia de algún criterio sobre la misma.

Agrega que las pruebas recaudadas no eran del todo suficientes para adecuar típicamente el listado de delitos que consignaba la Fiscalía y que por tanto se estaba atentando contra los derechos fundamentales del sindicado en la medida en que se pretendía privarle de la libertad con base en una adecuación típica que no era compatible con las

pruebas aportadas y en consecuencia la medida de aseguramiento impuesta no era la indicada.

Precisa que si bien el agente del Ministerio Público, en uso de traslado, solicitó se denegara la petición sobre control de legalidad, su concepto no es una camisa de fuerza para el juez, pero dada la incompatibilidad de criterios que para ese momento tenían se apartó del expresado por el Procurador 167, máxime que éste creía que su posición en cualquier estrado judicial era la última palabra en derecho, por lo que de no ser compartida ofendía a su ego y procedía a denunciar indiscriminadamente.

12. Adelantada la etapa instructiva se calificó su mérito con resolución de enero 31 de 1.996 acusándose al Dr. LISANDRO DE JESUS PRIETO CELY por el delito de prevaricato por acción para luego, en la etapa del juicio, además de oírse la ampliación de indagatoria ya referida, escucharse los testimonios de Pedro Rafael Acevedo Rivera, Juez Promiscuo Municipal de Monterrey; Carlos Germán Rubiano López, Juez Promiscuo Municipal de Orocué; Luis Orlando Cepeda Fonseca, Fiscal 30 de Yopal y Carlos Alberto Barrera Avila, Jefe de la Unidad de Fiscalía de Yopal, quienes coinciden en afirmar la alta calidad moral y profesional que en el ejercicio del cargo de juez ha demostrado el acusado, lo cual también fue declarado en audiencia pública por el señor Juez Promiscuo Municipal de Pesca, Hugo Oswaldo Robayo Pedraza.

Igualmente, en la audiencia pública se escuchó el testimonio del abogado Fidalgo Javier Estupiñán Carvajal, quien hiciera la petición de control de legalidad, negando haber tenido alguna relación distinta a la de juez-litigante que hubiera podido influir en la decisión cuestionada, explica que dicha solicitud la formuló en razón a que se estaban violando los principios de legalidad y tipicidad en la medida en que las pruebas no acreditaban el concurso de delitos que se le imputaba al alcalde de Trinidad. El señor Juez del Circuito de Orocué, dice, como en otras oportunidades, resolvió, con absoluta imparcialidad y objetividad, su petición de manera favorable, no acogiendo así el

criterio del Ministerio Público quien, a propósito, le manifestó su intención de denunciar al juez ya que no era posible que éste desconociera su concepto.

LA SENTENCIA IMPUGNADA:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, con fecha agosto 25 de 1.997, dictó sentencia condenatoria en contra del Dr. LISANDRO DE JESUS PRIETO CELY por el delito de prevaricato a la pena de prisión de 14 meses, interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso y pérdida del empleo, concediéndole a la vez el subrogado penal previsto en el artículo 68 del Código Penal, pues consideró que frente al concepto legal de prevaricato por acción el comportamiento del acusado reúne todos los supuestos esenciales y descriptivos que lo integran, como que se acreditó la calidad del sujeto activo además de que con el interlocutorio cuestionado, al cambiar la descripción típica y la medida de aseguramiento sin tener en cuenta la evidencia acumulada ni el patente compromiso de responsabilidad y sin hacer un verdadero juicio de convicción, el acusado dio génesis al delito.

Siendo típico el comportamiento del acusado, puntualiza el a quo, las explicaciones del acusado no pueden salir avantes porque al confrontar la resolución Fiscal y el auto del Juez se aprecia un marcado contraste ya que mientras allí se hace una valoración jurídico-probatoria con suficiente fuerza vinculante para restringir la libertad, el acusado forma su convicción en un censurado análisis de los medios persuasivos para eliminar las conductas imputadas al alcalde, basado en hipotética descriminalización, y luego, sin argumentos, adecuarlas al tipo penal de interés ilícito en la celebración de contratos.

Expresó el Tribunal que aunque el Juez incluyó, sin poder hacerlo, en su interlocutorio un delito no considerado por la Fiscalía, tal equívoco no es causa eficiente del atentado contra la Administración Pública, ya que por ser dispositivo novedoso y sin desarrollo

jurisprudencial, eran factibles interpretaciones erróneas al aplicarlo, así como tampoco es reprochable el hecho de que el procesado hubiere cambiado la medida detentiva por caución respecto de unas conductas que en su mayoría fueron ejecutadas en vigencia de la Ley 80 de 1.993, la cual tenía señalada una pena de 4 a 12 años, pues no hay elementos que permitan deducir voluntad dirigida a incumplir el deber de actuar conforme a derecho.

El comportamiento doloso del acusado, expresa el a quo, radica en desconocer las pruebas acumuladas por Procuraduría, Contraloría y Fiscalía, en omitir un examen analítico que lo llevó a dictar su cuestionada providencia sin apreciar que en los pagos a Alexander Cáceres por interpretar música llanera, o a Rosalba Herrera por un almuerzo de cumpleaños, se dio una verdadera apropiación de los dineros del municipio; sin la debida comprensión que el alcalde, carente de autorización para gastar fondos públicos y sin regulación presupuestal, pagó a Mauricio Velásquez sus servicios odontológicos, o a la señora Rosalba Herrera el suministro de alimentación a los reclusos, y sin detenerse a examinar que el Alcalde al variar los valores y rubros presupuestales frente al convenio interadministrativo, incurrió en aplicación oficial diferente de los recursos del municipio.

Tampoco avistó el procesado, argumenta el Tribunal, que las órdenes de pago firmadas por el alcalde y emitidas a favor de Alexander Cáceres, Rosalba Herrera y Mauricio Velásquez, además de que reúnen todas las condiciones de documento público, son mendaces en su contenido esencial, encontrando a cambio, no obstante tener a su alcance todas las pruebas, descriminalizado tal acto sólo con una superficial referencia a esos medios de persuasión y a los requisitos que componen la materialidad delictual.

En consecuencia, concluye la providencia recurrida, un examen a los hechos y a las pruebas reflejaba, sin vacilaciones, que el Alcalde había lesionado la Administración y Fe Públicas, luego el enjuiciado no podía desconocer esa realidad para dictar un auto contrario

a la ley.

LA IMPUGNACION:

Interpuesto y sustentado en oportunidad el recurso de apelación contra la precitada sentencia a fin de que se revoque para en su lugar absolver al Dr. LISANDRO DE JESUS PRIETO CELY se sostiene que al haberse afirmado que el pago hecho a Alexander Cáceres constituía peculado por apropiación es desconocer, o al menos minimizar, el valor de la prueba que demuestra que la obra sí se realizó pues el que se hubiere pagado a quien no la ejecutó no evidencia el desapoderamiento de esa suma, cuando lo importante es que la obra tenía un costo, que ella se realizó y que el municipio debía pagarla.

Por eso, sostiene el recurrente, cuando el Dr. PRIETO CELY afirmó que no había prueba para decretar medida de aseguramiento por el delito de peculado por apropiación su decisión se ajustaba a derecho y, desde este punto de vista, la providencia por él dictada no es manifiestamente contraria a la ley, por tanto tampoco puede decirse que hubo dolo o que hubo daño contra la administración pública.

En segundo término aduce el impugnante que si bien a la señora Rosalba Herrera se le pagaron, sin suministrarlos, diez juegos de cama, el proceso ha demostrado que esos elementos si fueron adquiridos por el municipio y estaban en su poder, luego tampoco hay apropiación.

Refiriéndose al punible de peculado por aplicación oficial diferente que se imputaba al alcalde con fundamento en los pagos hechos a Mauricio Velásquez y a Rosalba Herrera, afirma el apelante que su configuración requiere la demostración del elemento “aplicación debida” cuya determinación corresponde a las leyes, las ordenanzas, los acuerdos o los decretos, lo que no sucede en este caso cuando es un convenio interadministrativo el que compromete la destinación de los recursos careciendo de la fuerza vinculante que sirva de punto de referencia para sostener cuál era la aplicación

de los que ingresaron al municipio por ese medio.

No obstante ser cierto, se añade, que en ese convenio se pactara que a los recursos no se les podía dar una destinación diferente, no menos acertado es que el Departamento se obligó a autorizar otra forma de distribución de los mismos si así se requiriera, sin que existiera prueba al respecto cuando se dictó la detención en contra del Alcalde a pesar de que resultaba esencial para tipificar esa clase de peculado, máxime que para que la aplicación oficial se considere diferente es necesario que aquella esté predeterminada en la ley, ordenanza o reglamento.

Además, continúa el recurrente, esta clase de peculado tenía prevista una pena privativa de libertad de seis meses a tres años, no procediendo por tanto la medida detentiva que así resultaba contraria a derecho, de modo que al cambiar el encausado la denominación a interés ilícito en la celebración de contratos no varió para nada la situación del alcalde en relación con el derecho a la libertad, pues en uno u otro caso la medida era la de caución, lo cual evidencia que la conducta del Dr. Prieto Cely no fue dolosa ni antijurídica.

Aunado a lo anterior, sostiene el impugnante, y no obstante haberse establecido en el Decreto 053 de octubre 19 de 1.993, que incorporó los recursos provenientes del Departamento al Municipio, un déficit de \$1'400.000,00 y la aplicación de recursos a obras no consideradas, tal conducta era atípica pues la simple destinación no es punible, eso sin contar con que el citado déficit nunca fue concretado en términos reales, siendo posible que haya obedecido a una equivocación irrelevante para estructurar un delito de peculado.

Refiriéndose al punible de falsedad ideológica reconoce la defensa que si bien el Dr. LISANDRO DE JESUS PRIETO CELY razona de manera equivocada al afirmar que se requieren pruebas técnicas para acreditarla, dicho desconocimiento no puede calificarse

como dolo, mucho menos cuando examinada la trayectoria del funcionario se hace entendible que no sea experto en materia de falsedad.

En conclusión, sostiene el recurrente, para imputar el delito de prevaricato al acusado se requiere la reunión de unos elementos objetivos y subjetivos; dentro de aquellos debe demostrarse que la decisión cuestionada es manifiestamente ilegal, valga decir que la discordancia sea fácilmente perceptible por el entendimiento de las personas comunes que se mueven en el medio judicial, mientras que en relación con los subjetivos el dolo implica que el funcionario conozca que su decisión es contraria a la ley y que además quiere violarla; se requiere una intención torcida y la demostración de que el funcionario conocía cuál era la decisión que correspondía en derecho y que no obstante profirió otra diferente.

CONSIDERACIONES:

1. Resulta claro para la Sala que la figura del control de legalidad introducida a nuestro ordenamiento por la Ley 81 de 1.993, presenta unas características y unos objetivos bien definidos.

Así lo expresó la Corporación en providencia de agosto 28 de 1.996 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Arboleda Ripoll señalando que “su objeto es específico y lo constituye la medida de aseguramiento -no la restante actuación procesal-, cuya legalidad se deduce genéricamente de la garantía universal del Debido Proceso, consagrada en el art. 29 de la Constitución Nacional; por lo que el juzgador, en el examen a ser efectuado, deberá constatar si ella ha sido adoptada por un hecho que primigeniamente revista carácter delictivo -típico-, si la profirió el “juez natural” o funcionario competente; y si la decisión respeta las formas propias del juicio, el derecho de defensa, y la legalidad de la prueba”, precisándose además que su finalidad apunta “a la nulidad de la medida, cuando ésta haya sido adoptada con violación del debido proceso o

del derecho de defensa, o haya sido proferida por el funcionario incompetente... a la sustitución de la medida, cuando la selección de la misma no corresponda al tipo penal por el que se procede, a la forma de participación del agente, o en el caso concreto de la detención preventiva, a las hipótesis legalmente previstas para su aplicación en los numerales 4, 5, 6 y 7 del art. 397 del Código de Procedimiento Penal; y... a la libertad del procesado, si como consecuencia de las variantes anteriores deviene aplicable la previsión normativa de su excarcelación.

“Este mecanismo de control no constituye una tercera instancia donde sea posible combatir la valoración que de la prueba hizo el instructor al deducir los requisitos sustanciales exigidos en el art. 388 del C. de P.P. para proferir medida de aseguramiento...”

2. Si bien para la fecha en que el Dr. PRIETO CELY conoció la petición de control de legalidad, que le hiciera el entonces defensor del alcalde del municipio de Trinidad, la figura resultaba novedosa, no menos cierto es que la norma no permitía la ilícita aplicación que de ella hizo el procesado, mucho menos cuando, si de pronunciamientos jurisprudenciales o doctrinales se trataba, éstos ya existían, tanto que con su petición el letrado anexó copia de la sentencia C-395 de septiembre 8 de 1.994 proferida por la Corte Constitucional, mediante la cual no sólo declaró exequible el artículo 414 A del C. de P.P. sino que además precisó algunas de las características del instituto puntualizando, entre otras, la no correspondencia a una tercera instancia ni a un recurso adicional encaminado a una nueva valoración de la prueba, puesto que solamente se trata de un mecanismo de control que apunta a la protección de los derechos fundamentales.

Independientemente por tanto de la inteligencia a que obligaba el artículo 54 de la Ley 81 de 1.993 y sabido que el juez en sus providencias sólo está sometido al imperio de la ley, resulta indudable que el procesado se adentró en el estudio del control de legalidad

con apoyo en los elementos jurisprudenciales y doctrinales con que entonces contaba, pero arribando a ilícitas conclusiones que la norma evidentemente no le autorizaba en modo alguno.

Así, no obstante comprender el juez acusado que "...cuando se presentan diferencias de criterio en asuntos de interpretación jurídica en las que no se ponen de presente violaciones flagrantes del derecho, ni postura ilógica o irregulares, ni desconocimiento claro de pruebas, ni ausencia de competencia, no es procedente el control de legalidad de las medidas de aseguramiento, como que se desnaturalizaría la finalidad de la institución y se convertiría en una tercera instancia,..." o que la legalidad alegada pudiendo ser tanto de índole sustancial, como de naturaleza formal, lo importante es que en uno u otro caso, claramente se quebranten los principios y garantías fundamentales, aparece evidente que la decisión finalmente adoptada no comporta la coherencia deseable con una tal argumentación.

3. Entendiendo el procesado, como que así lo expresó en su providencia, que podía analizar tanto lo formal como lo sustancial, en cuanto se quebrantaren principios y garantías fundamentales, lo mínimo que entonces le exigía la lógica y su obligación de administrador de justicia, era confrontar la medida de aseguramiento, objeto del control, con la norma que le había servido de fundamento, valga decir con el artículo 388 del C. de P.P., ejercicio cuya manifiesta omisión se aprecia en el hecho de que en parte alguna de la decisión cuestionada hizo el imperativo análisis del precitado artículo o de los requisitos que legalmente se exigen para dictar medida de aseguramiento, ni se detuvo a examinar si las pruebas recogidas por la Procuraduría, Contraloría y Fiscalía, que entonces obraban en el proceso, permitían o no edificar por lo menos un indicio grave de responsabilidad.

Sesgada entonces la legal finalidad del control de legalidad se le hizo producir unos efectos jamás previstos por el artículo 414 A del Código de Procedimiento Penal al punto que la providencia materia del reproche no parece referirse a la prueba legalmente

requerida para resolver la situación jurídica, sino para condenar, olvidando que para aquel momento del proceso la categoría del valor probatorio era apenas de probabilidad y no de certeza, exigiendo, fuera de toda previsión normativa, que desde los albores del proceso o para definir la situación jurídica de un indagado, aparezca prueba que responda a este carácter y no a la exigencia legal propia de esa fase del sumario.

Por tanto, desde el momento mismo en que el Dr. PRIETO CELY, omitió la confrontación de la medida de aseguramiento, cuyo control de legalidad se le solicitaba, con las exigencias contenidas en el artículo 388 del C. de P.P., encuadró su conducta en el tipo penal del prevaricato por acción previsto en el artículo 149 del C.P.

4. Aún, en gracia de discusión, aceptando la equivocada e ilícita concepción del procesado acerca de que el juez controlador de la legalidad puede realizar una nueva evaluación probatoria, tiénese que de todas maneras la efectuada por el Dr. PRIETO CELY no se compadece en nada con los postulados normativos que rigen la valoración de los medios de prueba y especialmente con aquellos que enseñan que toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación, las cuales deben ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, exponiendo el funcionario judicial siempre razonadamente el mérito que le asigna a cada prueba. (Arts. 246 y 254 C. de P.P.).

5. Sobre tales premisas devienen, entonces, infundadas las argumentaciones del recurrente que tienden a demostrar que el señor Juez procesado actuó en consonancia con la ley al considerar que no se tipificaba ninguno de los delitos de peculado, ni el de falsedad ideológica en documento, toda vez que:

a. La investigación contra el Alcalde de Trinidad demostraba que a Alexander Cáceres y a Rosalba Herrera de Acosta se les pagó con dineros del erario municipal unos servicios no prestados al ente territorial, sino al ciudadano SOLANO MONTTOYA, como que el primero, en

enero 26 de 1.994, recibió \$285.000,00 de los cuales le correspondieron \$200.000,00 como retribución por las horas de música que solicitó el Alcalde en las fiestas de San Luis de Palenque entregándose el excedente, por indicación del secretario de la Alcaldía, a una persona que prestó sus servicios como auxiliar, mientras que a Rosalba Herrera, entre los varios pagos que se le efectuaron, el día 28 de marzo de 1.994 se le canceló con dineros del Municipio la suma de \$441.600,00 a cambio del almuerzo que preparó con ocasión del cumpleaños del Alcalde SOLANO MONTOYA.

Emergía, entonces, con absoluta claridad que ni las horas de música, ni el almuerzo de cumpleaños constituían servicios a cargo del Municipio y por lo mismo resultaba ilícito pagarlos con dineros del erario cuando era obvio que mal procedía SOLANO MONTOYA al cubrir con recursos del Municipio obligaciones que eran sólo de él, de ahí que forzosamente debía concluirse la efectiva consumación del verbo rector referido en el artículo 133 del C.P., toda vez que en las circunstancias dadas indudablemente el Alcalde se apropió en provecho suyo de dineros del Estado.

Nada de lo anterior se demerita por el deleznable argumento defensivo de que el erario no sufrió desmedro alguno por cuanto finalmente las obras fueron ejecutadas y hallados en poder del ente territorial los cuestionados juegos de cama, pues lo que entonces sucedió, según esa lógica, es que el Alcalde pagó dos veces los mismos servicios, obras y suministros.

La prueba de los asertos que anteceden con que el señor Juez controlador de la legalidad contaba era abundante y en todo caso más que suficiente para al menos colegir ese indicio de responsabilidad que demanda una medida de aseguramiento; ella, incluyendo los testimonios de los beneficiarios de dichos pagos, las mismas órdenes de cancelación, la visita de la Procuraduría, el dictamen pericial, los conceptos de la Contraloría permitía demostrar que a Cáceres y a Rosalba Herrera se les pagó realmente unos servicios con falsa imputación al presupuesto municipal, irregularidad ésta que evidentemente bastaba

para que el Juez empezara a inferir la apropiación que, aunque también aparecía probada, la argüía desconocida.

En ese estado de cosas el hecho de que las obras de pintura que supuestamente se le pagaban a Cáceres se hubieran ejecutado o el que en poder del Municipio se encontraran los juegos de cama que supuestamente había suministrado Rosalba Herrera, era una circunstancia que no desvirtuaba en nada aquel según el cual el Alcalde pagó con dineros del municipio obligaciones que le pertenecían sólo a él como persona natural.

b. Si bien la abstracta descripción del punible de peculado por aplicación oficial diferente supone un marco de referencia en el que se señalen la destinación de los recursos y su monto que para el caso en análisis no sería otro que el presupuesto Municipal contenido en un Acuerdo del Concejo de Trinidad y que para el momento en que el Dr. PRIETO CELY tomó la decisión que se le reprocha no obraba evidencia de su existencia en el proceso, no menos cierto es que tal carencia, ni siquiera detectada por el Juez, no podía llegar a tener una influencia tal como para descartar la tipificación del delito cuando en el mismo proceso aparecía prueba documental que permitía inferir el indicio de responsabilidad legalmente exigido.

En efecto, es innegable que Luis Mauricio Velásquez y Rosalba Herrera, al atender aquél odontológicamente a niños de Trinidad y ésta suministrar la alimentación a los reclusos, prestaron unos servicios a cargo del Municipio que éste debía pagar y pagó efectivamente, por lo que hasta ahí ninguna reprobación merecería la conducta del Alcalde ni la fundamentación del Dr. PRIETO, resultando sí posible hacerla cuando se encuentra y así se le evidenciaba al controlador de la legalidad de la medida de aseguramiento, que dichos servicios no fueron cancelados con partida presupuestal destinada para el efecto sino con una asignación dirigida a obras y construcciones en esa localidad y a suministro de materiales, lo cual se infiere de la simple observación de las órdenes de pago como que a

Rosalba Herrera se le canceló, en marzo 2 de 1.994, la suma de \$853.120,00 por suministro de alimentación a los reclusos pero con cargo al Programa 06, Proyecto 001, segunda parte de recursos por regalías petroleras, que presupuestalmente correspondía al suministro de materiales con destino al mantenimiento de la red de acueducto municipal, en mayo 21 de 1.993 se le pagó la suma de \$238.464,00 también por alimentación a los reclusos pero los dineros provenían del Programa 006, Proyecto 001 de recursos IVA correspondiente a suministro de materiales de construcción y a LUIS MAURICIO VELASQUEZ se le canceló, en julio 2 de 1.993, \$1.990.000,00 por sus servicios odontológicos con imputación al Programa 04, Proyecto 011 recursos de regalías destinados a construcción de alcantarilla en la vía a la vereda Santa Marta.

En consecuencia, conjugada la prueba testimonial y documental recaudada en el proceso seguido contra el Alcalde Trinidad y que obviamente el Juez del Circuito de Orocué debía someter a su análisis, le resultaba a éste no sólo posible sino un imperativo legal conformar el indicio que exigía la aplicación de una medida de aseguramiento pues, se reitera, aquella le hacía patente que las irregularidades así conocidas por su despacho le permitían inferir que el Presupuesto Municipal se estaba ejecutando ilícitamente y sin embargo, sin más argumentación, simplemente se limitó a afirmar, sobre el delito de peculado por aplicación oficial diferente, que “a nuestro modo de ver, no encaja en la conducta desplegada de VICTOR MANUEL SOLANO MONTOYA, ya que obra en cada cuenta de cobro, recibo de materiales correspondientes para determinada obra, o ejecución que debía realizarse por el contratista. Caso diferente es que el contratista o ejecutor de la obra realizara labor diferente”, lo cual en verdad distaba mucho de la realidad procesal que entonces se le presentaba, máxime que tampoco se trataba de que las obras se sujetaran al Convenio Interadministrativo celebrado con el Departamento, sino al Presupuesto Municipal, al cual aquel fue incorporado, permitiendo las referidas pruebas colegir que las asignaciones se estaban

ejecutando en manera diversa a la prevista en el Presupuesto de Trinidad.

En ese sentido ninguna incidencia tenía el que no obraran unas autorizaciones o la legalización de los cambios presupuestales que el defensor echa de menos, cuando el propio Alcalde de Trinidad en su indagatoria los explica por errores contables al sentar las partidas.

Siendo por tanto fáctible y legalmente obligatorio, como en efecto lo era, imputar al Burgomaestre la probable comisión del delito de peculado por aplicación oficial diferente, el argumento del apelante, acerca de que comportando dicho punible como medida de aseguramiento una caución la decisión del Juez devenía intrascendente, resultaría fundado sólo en cuanto únicamente fuera esa la infracción penal objeto de la investigación, no siendo esto precisamente lo posible de plantearse en el presente asunto porque también existía prueba de la ejecución de delitos de peculado por apropiación y falsedad en documento público.

c. La investigación que entonces conoció el Dr. PRIETO CELY por virtud del control de legalidad demostraba que, al incorporarse por la Alcaldía los recursos provenientes del Convenio Interadministrativo al Presupuesto Municipal se presentaba una diferencia de \$1'400.000,00, la que siendo manifiesta y fundada en la visita de la Procuraduría y en el dictamen pericial y si bien por sí sola no constituía un delito sí era muy indicativa, en armonía con las demás pruebas, de que probablemente el Alcalde estaba ejecutando delitos contra la Administración Pública, pero aún así el Juez del Circuito de Orocué no encontró mérito para que se hubiera proferido la medida de aseguramiento que dictó la Fiscalía en contra del Burgomaestre de Trinidad.

d. Además de que se acepta por la defensa que en relación con el delito de falsedad documental que se imputaba a SOLANO MONTOYA el Juez del Circuito razonó equivocadamente, es evidente que su conducta trasciende al campo penal habida

consideración que resultaba indudable que en el proceso seguido contra el Alcalde aparecía ostensible que al expedirse las resoluciones de pago y las respectivas órdenes se certificaban hechos falsos como eran los conceptos o causas de emisión de dichos actos administrativos, todo lo cual fue evadido por el señor Juez que controló la legalidad simplemente argumentando que "...en este momento procesal de la investigación, no es posible determinar este hecho punible, por la falta de elementos técnicos y de peritos especializados en la materia...", sobrando por tanto argumentos para concluir cuán desacertada y contraria a la ley fue su decisión de modificar la tipicidad de los hechos imputados al Burgomaestre de Trinidad y con ello sustituir la medida de aseguramiento de detención preventiva por la de caución.

6. Significa lo analizado que el Dr. LISANDRO DE JESUS PRIETO CELY adecuó objetivamente su comportamiento a los elementos que estructuran el tipo penal de prevaricato por acción ya que, en primer término, se acreditó que para la fecha de los hechos ostentaba la calidad de servidor público, Juez de la República y en segundo lugar, que en tal condición profirió decisión manifiestamente contraria a la ley, entendiéndose por tal y bien lo precisa el recurrente, como aquella contrariedad fácilmente perceptible por el entendimiento de las personas comunes que se mueven en el medio judicial.

Una simple observación del proceso seguido contra el Alcalde, un análisis muy somero de las pruebas, obligaban a concluir que SOLANO MONTTOYA sí era probable responsable de la comisión de delitos de peculado por apropiación, peculado por aplicación oficial diferente y falsedad ideológica en documento público; que la investigación contenía pruebas no sólo de la entidad requerida por el artículo 388 del C. de P.P., sino de mayor contundencia para fundamentar una medida de aseguramiento de detención en su contra y, en consecuencia, para no asumir las decisiones que en forma ilegal tomó el señor Juez Promiscuo del Circuito de Orocué, Dr. LISANDRO DE JESUS PRIETO CELY.

La eficacia de la prueba, que sin duda persuadía al más ignorante, no permitía la actitud de variar la adecuación típica de los hechos, ni sustituir la medida de aseguramiento y mucho menos llegar a la falsa conclusión absolutamente desmotivada de que la adecuación correcta respondía al tipo de interés ilícito en la celebración de contratos, careciendo la providencia que decidió el control de legalidad de una sustentación valedera y fundada en las pruebas recogidas en el proceso de ahí que su manifiesta ilegalidad devenga de la falsa o simulada motivación sobre aspectos que ninguna trascendencia tenían en la investigación, desatendiendo en cambio todo ese cúmulo de pruebas que de manera idónea obligaba a mantener al Alcalde sujeto a la medida de aseguramiento de detención preventiva.

7. Produciendo las pruebas recaudadas en este proceso certeza de la existencia del hecho punible por cuya comisión se acusó al Dr. PRIETO CELY, también ellas tienen el mismo efecto en punto de responsabilidad, acerca de la cual el defensor sostiene su señalamiento sólo en cuanto el dolo implica que el funcionario conozca que su decisión es contraria a la ley y que además quiere violarla, la demostración de que el funcionario conocía cuál era la decisión que correspondía en derecho y que no obstante profirió una diferente.

En el delito de prevaricato, tiene dicho la Corte, “el actuar doloso requiere entendimiento de la manifiesta ilegalidad de la resolución proferida, conciencia de que con tal proveído se vulnera sin derecho el bien jurídico de la recta y equilibrada definición del conflicto que estaba sometido al conocimiento del servidor público, quien podía y debía dictar un pronunciamiento ceñido a la Ley y a la justicia...la Ley no exige para que se configure la responsabilidad en el tipo penal consagrado por el art. 149 del Código Penal, que se pruebe que un móvil específico se perseguía con el proveído manifiestamente contrario a la Ley; basta, como acaba de decirse, que se haya proferido con conocimiento de su ilicitud. Puede ocurrir que esa finalidad se establezca y pase a ser elemento útil para comprobar la existencia de dolo, sin que con ello quiera

significarse que cuando no se acredite, como frecuentemente ocurre, haya de concluirse que no hubo dolo en la actuación. No se requiere entonces, en lo que toca con la demostración del dolo en el prevaricato, de ingredientes adicionales, por ejemplo simpatía o animadversión hacía una de las partes, como lo exigía el Código Penal de 1.936. Sólo es fundamental que se tenga conciencia de que el pronunciamiento se aparta ostensiblemente del derecho, sin que importe el motivo específico que el servidor público tenga para actuar así".(Providencia de mayo 20 de 1.997. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla).

Frente a tales razonamientos es claro que la formación jurídica del Dr. PRIETO CELY, su inquietud por el estudio, su preocupación por sus obligaciones como administrador de justicia, de que dan cuenta sus colegas que declararon en el juicio, el conocimiento que tuvo de la figura a través de doctrina y jurisprudencia constitucional, el absurdo y total desconocimiento de la realidad probatoria que contenía el proceso son circunstancias que, sin duda, concurren a comprobar esos elementos, conocimiento y voluntad, y permiten afirmar que la decisión del Dr. PRIETO no obedeció a una simple disparidad de criterios, o a una equivocada comprensión del mecanismo procesal, o a una inane equivocación de buena fe, sino a una actitud dolosa que, por tanto, merece el juicio de reproche.

Significa todo lo anterior que la sentencia recurrida se encuentra debidamente sustentada en medios de prueba sólidos que han permitido la demostración cierta de los extremos que legalmente demanda el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal para proferir decisión de condena por lo cual será confirmada, máxime que no encuentra la Corte reparo alguno en las demás decisiones del Tribunal, a no ser que la suspensión condicional de la ejecución del fallo ha de entenderse únicamente en relación con la pena privativa de libertad.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Con la aclaración a que se hizo referencia en la parte motiva, CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia de 25 de agosto de 1.997 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, por medio de la cual condenó al Dr. LISANDRO DE JESUS PRIETO CELY.

Notifíquese, devuélvase al tribunal de origen y cúmplase,

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEG0

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL JORGE E. CORDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE EDGAR LOMBANA TRUJILLO

MARIO MANTILLA NOUGUES CARLOS E.
MEJIA ESCOBAR

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON NILSON PINILLA PINILLA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

secretaria