

Proceso No 15884

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE

Aprobado: Acta No. 102

Bogotá, D. C., cuatro (4) de septiembre de dos mil dos (2.002).

VISTOS:

Acusados por el Fiscal General de la Nación, en calidad de Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, como presuntos autores del delito de prevaricato por acción, los doctores MARY MONTOYA BROCHERE DE FORERO, hija de Teófilo y Eucrosina, nacida en el Líbano (Tolima) el 12 de diciembre de 1.939, casada, madre de dos hijas, identificada con la C. de C. No. 20.219.462 de Bogotá, NÉSTOR ELÍ PEROZZO GARCÍA, hijo de Néstor y Olivia, nacido en Cúcuta el 2 de junio de 1.945, casado, padre de dos hijos, identificado con C. de C. No. 13.221.551 de Cúcuta y JOSÉ RAFAEL ANGARITA ZERPA, hijo de Rafael e Idelia, nacido en Cúcuta el 14 de febrero de 1.936, identificado con C. de C. No. 2.856.935 de Bogotá, casado y con tres hijos, procede la Corte a proferir, en única instancia, la correspondiente sentencia.

HECHOS, PRUEBAS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Habiendo denunciado Lucio Antonio Pabón Gaitán, presidente de la Corporación José Raimundo S. J. al doctor Darío Ordóñez Ortega, porque éste, como Representante a la Cámara elegido para el período comprendido entre 1.986 y 1.990, no obstante haber gestionado ante esa célula legislativa un auxilio por \$4'200.000 a favor de dicha institución, logró que se cambiara el nombre del beneficiario por el de Corporación José Edmundo Becerra, S. A., cuyo representante legal, Oswaldo Alfredo Fernández Parada, fue quien finalmente lo cobró, procedió la Sala a investigar estos hechos, desconociéndose el específico paradero del entonces imputado.

En esas condiciones, y como se tornaba necesaria la vinculación al proceso del doctor Ordóñez Ortega con el fin de escucharlo en indagatoria para que explicara su real intervención en la referida actuación, se allegó al proceso, entre otros medios de prueba, información sobre sus antecedentes judiciales, obrando en ella constancia sobre una orden de captura librada en su contra por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cúcuta, la cual por aparecer vigente motivó que se solicitara a ese Despacho precisión sobre la razón de su expedición, informando que era consecuencia del fallo de primera instancia proferido por esa misma dependencia judicial el 24 de junio de 1.994, en el que se había condenado a Darío Alberto Ordóñez Ortega a la pena principal de cuatro años de prisión, multa por valor de \$200.000 e interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso al de la pena privativa de la libertad, como autor de peculado por extensión en la modalidad de apropiación, así como a María Ernestina Ortega de Ordóñez, madre de aquél, en calidad de cómplice del mismo delito, a la pena principal de dos años de prisión, multa en cuantía de \$100.000 e interdicción de derechos y funciones públicas durante dos años, concediendo a esta última el subrogado de la condena de ejecución condicional, e imponiéndoles a los dos el pago de \$31'500.000 más los intereses producidos y que se llegaren a causar, a favor del Estado colombiano, como indemnización por los perjuicios ocasionados con el delito.

Sin embargo, aclaró igualmente ese Juzgado que dicha captura ya no se encontraba

vigente, por cuanto el 21 de marzo de 1.995, al ser apelado el fallo del a quo por los defensores de los inculcados, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta integrada por los Magistrados MARY MONTOYA DE FORERO, NÉSTOR ELÍ PEROZZO GARCÍA y JOSÉ RAFAEL ANGARITA ZERPA, había optado por revocarla, para en su lugar, absolverlos, argumentando, contrario a lo considerado en la primera instancia, que el condenado Darío Alberto Ordóñez había explicado satisfactoriamente la forma como destinó el auxilio que en su condición de congresista obtuvo para la Fundación Estudiantil Futuro, habiéndose ajustado su ejecución al plan de inversión, cuyo irregular destino era objeto de esa investigación, generándose así, al menos, la duda sobre la certeza para condenar requerida por el Art. 247 del C. de P. P. vigente para esa época, esto es, el de 1.991, conforme consta en las fotocopias que de dichas sentencias se remitieron oportunamente, las cuales, al ser estudiadas por la Sala al momento de resolverse la situación jurídica a dicho sindicado, quien había sido declarado persona ausente ante la imposibilidad de su captura, motivaron la necesidad de ponerlas en conocimiento de la Fiscalía para que estimara la viabilidad de investigar las razones que tuvieron dichos Magistrados para absolver a Ordóñez Ortega y a su progenitora, pues con una tal decisión, podía haberse infringido la ley penal, como en efecto se dispuso en la decisión del 2 de julio de 1.996 en la que igualmente la Sala se abstuvo de proferirle medida de aseguramiento.

Con fundamento en ellas, y por considerar que efectivamente se podía estar frente a un delito contra la Administración de Justicia, el 25 de septiembre de 1.996, el Fiscal General de la Nación inició la correspondiente investigación, base de este juicio, allegándose a la actuación copia íntegra y auténtica de los fallos condenatorio y absolutorio a que se ha aludido (fls. 26 y 50 y ss., cdno. orig. 1), para, una vez acreditada documentalmente, según certificaciones expedidas por la Secretaría General de esta Corte, la calidad de Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, de los doctores MARY MONTOYA DE FORERO, NÉSTOR ELÍ PEROZZO GARCÍA y JOSÉ RAFAEL

ANGARITA ZERPA, que vienen desempeñando en propiedad a partir de agosto 1º de 1.985, los dos primeros, y desde el 1º de agosto de 1.977 hasta el 14 de febrero de 2.001, fecha en que le fue aceptada la renuncia al último, (fls. 101 a 106, cdno. orig.1), vincularlos mediante indagatoria, acto en el cual, cada uno de ellos, explicó el por qué habían tomado la cuestionada decisión, así:

a) La doctora MARY MONTROYA DE FORERO, quien manifestó ser abogada egresada de la Universidad Nacional, vinculada a la rama judicial desde 1.962 en donde ha ocupado los cargos de Juez Promiscuo Municipal de Cucutilla, Juez Segunda Penal Municipal de Pamplona, Juez Promiscua del Círculo Santiago-San Cayetano, Juez Sexta Penal Municipal de Cúcuta, Juez Penal del Circuito y Tercero Superior de Cúcuta y desde 1.985 Magistrada de la Sala Penal del Tribunal Superior de esta misma ciudad, luego de referir en forma general la manera como elabora sus ponencias, que dice las redacta a mano, para que luego se las pase en máquina su auxiliar, precisó, cómo en el caso en cuestión, ella era quien presidía la Sala de Decisión, que normalmente se integraba con los doctores NÉSTOR ELÍ PEROZZO GARCÍA y Fabio Peñaranda.

Sin embargo, explicó, que por habérsele admitido el impedimento que manifestó su tercer miembro, dado el parentesco que dijo tener con los procesados, fue reemplazado por el doctor JOSÉ RAFAEL ANGARITA ZERPA, quedando entonces integrada, además de ella, con los Magistrados PEROZZO y ANGARITA, quienes le revisaron el proyecto de la decisión que ahora se le censura, encontrando los tres que efectivamente existían en la actuación aspectos que concurrían a explicar las razones dadas por los procesados, no pudiendo llegar ninguno de ellos a la certeza y claridad necesarias para condenar, pues la inversión legal del auxilio estaba demostrada, ya que, el hecho de que con esos dineros se hubiere arrendado un lote de terreno rural a doña Ernestina Ortega de Ordóñez, madre del otro procesado Darío Alberto Ordóñez Ortega, de cuyo no podía comportar irregularidad alguna, toda vez que, además de ser un acto legal, el plan de inversión contemplaba esa posibilidad, al igual que la adquisición de materiales

didácticos y ayudas educativas, las cuales también se cumplieron con la adjudicación de algunas becas a estudiantes que lo necesitaban y con la contratación que se hizo de profesores, ejecutándose de tal modo los fines educativos allí propuestos.

Así, dijo, siendo que el auxilio fue por \$36'600.000, que la Contraloría le halló justificación a los excedentes de \$31'500.000 y habiendo presentado Darío Ordóñez los documentos que acreditaban el uso dado a los dineros correspondientes a los cánones adelantados a su progenitora por el arriendo del referido lote de terreno, mediante el respectivo contrato en el que consta que se trata de un predio con extensión de 150 hectáreas, a 30 meses de plazo y por la suma de \$30'000.000, a razón de \$1'000.000 mensual por hectárea, cumpliendo la promesa que previamente habían celebrado Ernestina Ortega de Ordóñez y el vicepresidente de la Fundación, un señor de apellido Hernández, así quien haya firmado luego el contrato hubiere sido el propio Darío Ordóñez como presidente, siendo el mismo quien le entregó anticipadamente el valor pactado por el arrendamiento y la misma persona que manejó esos dineros, lo cual hizo por expresa autorización de aquella y con el fin de que le efectuara unos pagos que tenía pendientes y otras inversiones por \$17'000.000, es claro que esto no constituye irregularidad alguna, así el contrato se hubiese elaborado en formato preimpreso para bienes urbanos, pues, en el texto se hablaba de un inmueble rural.

No obstante, enfatizó la Magistrada, la absolución se fundamentó fue en la duda y no por inocencia de los procesados, ya que obraban en el proceso inspecciones judiciales con las cuales se probaba la siembra de algunos cultivos en el terreno arrendado, demostrándose, igualmente, los pagos que se hicieron con esos dineros, lo cual no fue objetado, no vislumbrándose falsedad alguna en ellos ni en las declaraciones que corroboraban esas afirmaciones.

Por eso, en su ponencia, aseveró, dudó entre la responsabilidad y la existencia del hecho punible, dado que tiene el criterio de que es preferible absolver que condenar a un

inocente. La duda principal radicó, entonces, en la apropiación dolosa de los dineros, no habiendo considerado la posibilidad de condenar por peculado culposo, porque a nadie se le puede juzgar por simples hipótesis, más aún, cuando habían pruebas que concurrían a demostrar un caso fortuito respecto de los cultivos, que en últimas fue lo que incidió en las pérdidas (fls. 113 y ss., cdno. orig.1).

Bajo estas explicaciones y como se allegó al expediente constancia expedida por la Presidencia de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta y fotocopia del folio del libro respectivo, que dan cuenta de registro hecho el 24 de octubre de 1.994 por el despacho de la Magistrada MARY MONTOYA DE FORERO, en calidad de ponente, de un proyecto de sentencia en el que se confirmaba la de carácter condenatorio proferida por el Juez Sexto Penal del Circuito de esa ciudad, correspondiente al proceso No. 30.840, partida No. 40.233 “de segunda instancia, seguido en contra de DARÍO ORDÓÑEZ ORTEGA y otra por peculado” (fls. 252 y 253 cdno. orig. 1), al ampliársele la injurada para que explicara esa situación, admitió cómo efectivamente había elaborado dos proyectos para resolver esa apelación, uno primero confirmando el fallo impugnado y luego, otro, que fue el que finalmente se firmó, pero esta vez de carácter absolutorio por las razones ya expuestas.

El proyecto confirmatorio, explicó, no fue debatido ni conocido por los otros dos integrantes de la Sala, porque desde cuando lo elaboró le surgieron dudas sobre la responsabilidad del procesado, las cuales consultó con sus compañeros, quienes le dijeron que había que mirar bien el proceso. Por eso, lo estudió nuevamente y como las dudas perduraron, optó por elaborar el proyecto absolutorio, el cual junto con el expediente se lo llevaron cada uno de los otros dos Magistrados, quienes permanecieron con esos documentos aproximadamente durante una semana cada uno, botando en el cesto de la basura el primer proyecto. (fls. 468 ss., cdno. orig.1).

b) A su turno, el doctor JOSÉ RAFAEL ANGARITA ZERPA, abogado egresado de la

Universidad Libre de esta ciudad en el año de 1.963 y quien desde el año de 1.966 venía vinculado a la Rama Judicial y la Procuraduría, como Juez Penal Municipal en Cúcuta y Agente del Ministerio Público ante los Juzgados Superiores de la misma ciudad, y desde el primero de agosto de 1.977 como Magistrado del Tribunal de dicha capital, refiere que, por impedimento manifestado por el doctor Fabio Peñaranda Ortega dado su parentesco con el entonces procesado y su defensor, pasó a integrar la Sala de decisión presidida por la doctora MARY MONTROYA DE FORERO, habiendo conocido a Darío Ordóñez Ortega como político y parlamentario, teniendo de él malos recuerdos, ya que dada la condición reconocida de homosexual y su amistad con el Procurador Regional, también homosexual, en un proceso adelantado por el delito de estafa contra la Lotería de Cúcuta, declararon haber visto entrar a su casa a un señor Ojeda, comprometido con esos hechos y, además, haber estado en una comida con Fabio Peñaranda y el Juez Superior para arreglar ese negocio, razones éstas suficientes para que en ninguna forma pueda inferirse que tenía o tiene amistad con él.

Sobre el objeto de la imputación, dejando claro que para las discusiones de Sala se partía de la base de que existía un director del proceso, quien lo estudia y proyecta la decisión correspondiente, durante el trámite normal que desarrollaban en el Tribunal y específicamente en esa Sala, si se trataba de un proceso fácil se procedía a firmar el proyecto, pero si daba para discusión y el proyecto era voluminoso, se registraba y el fallo quedaba para discusión, especificó que en este caso, al habersele presentado un proyecto absolutorio y teniendo en cuenta que los hechos eran graves, tanto él como el doctor PEROZZO examinaron el proceso, lo comentaron “y después de un tiempo largo de estudio” firmaron la absolución.

En ese análisis, sostuvo, encontró que el faltante de \$31'500.000 “no tenía el soporte necesario para ese momento ... , ya que se allegaron elementos de juicio para probar el cumplimiento de los fines del auxilio, como por ejemplo, una promesa de contrato de arrendamiento, con un fin que era la explotación agrícola que estaba dentro del plan de

inversión o presupuesto de ejecución, y posteriormente mediante un contrato legalizado de arrendamiento por 30 millones de pesos, a dos años y medio, que tenía como fin la explotación agrícola, ganadera, encontré también que lo que se había aportado para probar el fin del auxilio, que era que con ese inmueble arrendado se pudiera producir cosechas o frutos procedentes del ganado, que fueran incrementando el patrimonio de la fundación Futuro Estudiantil, y que dentro de los estatutos que hablaba de la producción y además que se allegaron elementos de juicio, prueba testimonial de aparceros y de personas que cosechaban en dicha finca, como también prueba testimonial referente a auxilios para educación, que además el Cuerpo Técnico de Policía Judicial practicó inspección judicial y comprobó la existencia de la finca, de los sembradíos y además porque se hicieron unos estudios de suelo dentro de la investigación que aseguraban realmente la aptitud de esos terrenos, para la producción de papaya, de tomate, pero se daban ciertas recomendaciones referentes a cuidados que debía tenerse en relación a abonos o al agua, todo eso, realmente se aportó a la investigación y se daba a entender que realmente se estaba cumpliendo con el fin de ejecución del presupuesto de los auxilios ... y nosotros encontramos que ni en la etapa de investigación ni en la etapa del juzgamiento esos principios de prueba documentales, inspecciones, periciales, testimoniales en ningún momento se habían descalificado", y ante la falta de certeza sobre la apropiación y la presunción de inocencia, se optó por la absolución. Inclusive, dijo, se pensó por la Sala en condenar por peculado culposo, pero la prueba indicaba que la inversión se perdió por situaciones de inclemencia del tiempo, caso fortuito, con lo cual no se responde penalmente y ello a lo sumo podía originar acciones civiles por parte del Estado debido a mala administración.

Por todo ello, concluyó, no se tenía certeza sobre la apropiación, dejando expresa constancia que, por lo dicho, no tenía ningún interés ni amistad con los procesados.

c) Finalmente, el doctor NÉSTOR ELÍ PEROZZO GARCÍA, abogado egresado de la Universidad Nacional en 1.971, con especialización en derecho penal y criminología en

la Universidad Libre de Cúcuta, catedrático de la misma en derecho y humanidades desde hace 17 años y quien en la Rama Judicial y la Procuraduría General de la Nación ha ocupado cargos de Juez Tercero Penal Municipal de Cúcuta, Juez Primero Penal del Circuito, abogado coordinador para la Policía Judicial, Juez primero Superior y de Circuito de Cúcuta, Magistrado de Sala Penal del Tribunal de Pamplona cubriendo una licencia y desde 1.985 Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, cargo que continúa desempeñando, dijo haber conocido a Darío Alberto Ordóñez Ortega en la facultad de la Universidad Nacional, pero siempre rehuyó su amistad porque desde esa época se dudaba de su virilidad.

Con relación directa a lo que es materia de juzgamiento, sostuvo, que “según el plan de inversión que aparece en el proceso y que fue aceptado por la Contraloría para entregar el auxilio, se preveía allí el arrendamiento de un predio rural, con el fin de dedicar su producción para cumplir un fin educativo”, que era lo que en su concepto tenía relevancia para decidir sobre el asunto apelado, explicando, en torno a la absolución, que “la ponencia no fue aprobada de inmediato, sino que tanto el doctor ANGARITA como yo tuvimos a disposición el voluminoso expediente”, coligiendo que, de acuerdo con las explicaciones dadas por el sindicado Darío Alberto Ordóñez Ortega y la prueba aportada, “tanto en la resolución acusatoria de la Fiscalía Seccional como en la sentencia condenatoria, ninguno de estos elementos (habían sido) considerados desde el punto de vista probatorio. En ambas providencias, se considera que todo lo aportado defensivamente, es un montaje, incluso en la sentencia del juzgado se habla de esto como pruebas inverosímiles, pero sin dedicarse a valorar dentro de la sana crítica y las reglas de la experiencia, cada uno de los aportes testimoniales o documentales que un proceso de 1.500 folios muestra.

La ponencia que discutió la Sala penal de decisión, aclaró, no planteó la inocencia de los procesados, sino que llegamos a la conclusión de que si bien no existía tal mérito jurídico probatorio no existía tampoco en nuestro sentir, el grado de certeza requerido para

emitir fallo condenatorio, es decir, confirmar la sentencia. ... Por eso la ponencia se refiere, fundamentalmente, a la sentencia condenatoria apelada. Y en buena parte recogió algunos de los argumentos del recurrente porque entendió la Sala al confrontar el expediente que cuando menos había principios de prueba a favor de los procesados”.

Insistió en que tuvo duda si realmente existía la apropiación que pregonaba la sentencia condenatoria o si las cosas habían ocurrido como lo planteaban los procesados, enfatizando en que la decisión se tomó en derecho, pues en ninguno de los Magistrados existió móvil alguno, amistad o cualquier otro interés para favorecerlos (fls. 128 y ss., cdno. orig.1).

Confrontadas así estas explicaciones con la decisión objeto de cuestionamiento y las pruebas obrantes en el proceso donde se juzgó a Darío Alberto Ordóñez Ortega y María Ernestina Ortega de Ordóñez, el 14 de noviembre de 1.997 se resolvió la situación jurídica de los indagados, coligiéndose que existía mérito suficiente para confirmar el fallo condenatorio y no para absolver, imponiéndoseles, por tanto, a los Magistrados indagados, medida de aseguramiento de detención preventiva, con derecho a la libertad provisional, bajo caución prendaria equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales para cada uno de ellos. (fls. 145 y ss., 183 a 185, cdno. orig.1).

Acto seguido, Luz Zoraida Calderón Jiménez, auxiliar de la Magistrada MONTOYA DE FORERO, dio cuenta de la honestidad que a ésta le ha observado durante 18 años que lleva de trabajar con ella, quien, afirmó, estudia personalmente sus casos, no tiene tratos con los sujetos procesales y es imparcial. Con relación al materia de estudio, ratificó que inicialmente hubo un proyecto de fallo confirmatorio que fue registrado y que luego de la primera sesión “los magistrados integrantes de la sala de decisión, doctores Néstor E. Perozzo y José Rafael Angarita Zerpa me entregaron, concretamente la doctora Mary de Forero, el borrador para ser sacado en limpio de una sentencia absolutoria, aclaro que

para ese caso se reunieron varias veces” (fl. 267, cdno. orig. 1).

Igualmente, se recibió declaración a Mario Alberto Vásquez Rodríguez y a través de certificación juramentada a Carlos Arturo Arévalo Salcedo, limitándose el primero a poner de relieve la rectitud y honestidad que siempre ha caracterizado al doctor NÉSTOR ELÍ PEROZZO GARCÍA (fl. 475 cdno. orig.1), mientras que el segundo, como Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Cúcuta, corroborando la reseña que hizo el doctor ANGARITA ZERPA en su indagatoria respecto a las distantes relaciones que existían entre él y Ordóñez Ortega, dijo presumir ese alejamiento, ya que al haber tenido que escuchar en versión al doctor ANGARITA ZERPA por comisión que le impartiera la Corte, tuvo oportunidad de conocer que ello se debió a la denuncia que le formulara Ordóñez Ortega al entonces Magistrado del Tribunal, por cuanto en un proceso que se tramitaba por un delito de estafa cometido contra la Lotería de Cúcuta, el quejoso había visto entrar a la casa de aquél a Manuel Ojeda, comprometido con esos hechos, estando también en ella Fabio Peñaranda Ortega, debiendo colegir de eso, que en tales condiciones, las relaciones entre éstos no debían ser muy cordiales (fl. 477, cdno. orig.1).

A su turno, la Procuraduría Departamental de Norte de Santander, la Delegada para la Vigilancia Judicial de la Procuraduría General de la Nación y la Secretaría de la Sala Penal de esta Corte, dan cuenta de las anotaciones disciplinarias y penales que han cursado contra los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, doctores Fabio Peñaranda Ortega y JOSÉ RAFAEL ANGARITA ZERPA, de cuyo estudio no aparece que figure como quejoso o denunciante Darío Alberto Ordóñez Ortega, pero sí de la comisión a que posiblemente se refirió el Fiscal Carlos Arturo Arévalo Salcedo en la precitada certificación juramentada y que corresponde a hechos que esta Corte definió en auto de mayo 30 de 1.988 absteniéndose de abrir investigación contra los magistrados mencionados y otros, haciéndose allí mención a que en esos “chismes” hubo participación del parlamentario Darío Ordóñez Ortega (fls. 486, 488, 490 a 513, cdno. orig.1).

Allegadas al proceso, constancias y comunicaciones de apoyo que hablan sobre la probidad y honestidad de los tres magistrados acusados, incluyendo las expedidas por el mismo Tribunal, que a su turno se afirma fueron remitidas a otras Corporaciones homólogas (fls. 276, 278 a 284, 292 a 330 y 334 a 453, cdno. orig.1), también hacen parte de la investigación, fotocopias del expediente donde se investigó y juzgó a Darío Alberto Ordóñez Ortega y María Ernestina Ortega de Ordóñez, que culminó con la absolución objeto de este proceso, de cuyas pruebas importa resaltar la presencia, (aparte de las gestiones e informes con los cuales la Contraloría General de la República llegó a la conclusión que Darío Ordóñez Ortega no dio al auxilio el destino para el cual se aprobó, otros documentos, indagatorias, etc.), en fotocopia, del papel documentario AB-3163564, constitutivo del formato de “Contrato de arrendamiento para vivienda urbana”, elaborado en Sardinata el 6 de agosto de 1.990, donde figura Ernestina Ortega de Ordóñez como arrendadora de predio “El Vado”, en extensión aproximada de 150 hectáreas, por suma de \$30'000.000 por plazo de 30 meses, y como arrendataria la Fundación Estudiantil Futuro, “Presidente, DARÍO ORDÓÑEZ ORTEGA”, el cual tiene como cláusulas adicionales, las de que “este contrato comprende el producido de diez vacas actualmente de ordeño, exceptuando las crías” y que “la arrendadora se reserva el uso de doce hectáreas de terreno aproximadamente, las que están situadas al norte del predio”, con autenticación de firmas ante la Notaría única del Círculo de Sardinata del 27 de febrero de 1.991 (fls. 33 y 34 cdno. de anexos).

Igualmente, obran contratos de trabajo de profesores, comprobantes de recibo de ayudas educativas y de compra de papelería, que aunque figuran elaborados por el mes de agosto de 1.990, registran autenticaciones de firmas del mes de febrero de 1.991 (fls. 36 a 43 y 45 a 61 ídem). Asimismo, un escrito fechado el 27 de julio de 1.990, con el título de “Presupuesto de Inversión” del auxilio por \$36'688.000, firmado por Darío Alberto Ordóñez Ortega como presidente de la Fundación Estudiantil Futuro, en el cual,

sin explicación alguna, se discrimina esa anunciada inversión, así:

“Arrendamiento predio rural \$30.000.000”, “Salarios \$3.268.000”, “Ayudas Educativas \$3.000.000” y “Papelería \$420.000”, para un total igual al del auxilio (fl. 61, cdno. anexo).

LA ACUSACIÓN:

Cerrada la investigación, el 27 de abril de 1.999, el Fiscal General de la Nación, procedió a calificar el mérito probatorio del sumario, haciendo un prolijo análisis de la prueba allegada al proceso seguido contra Darío Alberto Ordóñez Ortega y su progenitora María Ernestina Ortega de Ordóñez, confrontándola con el fallo condenatorio de primer grado, que luego fuera revocado por los Magistrados ahora acusados en este proceso, para colegir que, tanto el contenido como la valoración probatoria y la estructura legal de la sentencia del a quo, no dejaba ninguna duda sobre la tipificación del delito de peculado por extensión, en la modalidad de apropiación, imputable a los inculcados como responsables de su comisión, conforme lo infirió el a quo, motivo por el cual, no quedaba otra alternativa para el ad quem, que mantener la condena apelada, siendo, por ello claro, que los Magistrados MARY MONTOYA DE FORERO, NÉSTOR ELÍ PEROZZO GARCÍA y JOSÉ RAFAEL ANGARITA ZERPA, lo que hicieron en el fallo de segunda instancia fue distraer el análisis probatorio a situaciones colaterales, como el de la validez del contrato de arrendamiento, desconociendo la abundante prueba de cargo, para terminar revocando la sentencia condenatoria y absolviendo a los acusados.

Según el Fiscal, el Tribunal, para revisar la decisión de condena, basada en el cargo que había deducido la Contraloría General de la República por la suma de \$31'500.000 contaba con pruebas de los siguientes hechos:

“1. Darío Ordóñez Ortega, en su condición de Representante a la Cámara, había conseguido que para la vigencia fiscal de 1.990 se incluyera en la Ley de Presupuesto

una partida de \$36.688.000 con destino a la Fundación Estudiantil FUTURO, dentro del rubro de “sostenimiento de entidades de divulgación cultural”, perteneciente al presupuesto del Ministerio de Educación.

2. La Fundación Estudiantil FUTURO nació a la vida jurídica el 25 de mayo de 1.990 y su presidente era Darío Alberto Ordóñez Ortega, es decir, que por la época en que fue gestionado el auxilio, ella aún no existía.

3. Dicha entidad nunca ha tenido sede domiciliaria, pues esa destinación no se puede admitir para la oficina 502 del edificio del Congreso de la República.

4. Los directivos de la Fundación son ex empleados del Congreso y un hijo del ex parlamentario Ordóñez Ortega.

5. La fundación carece de libros de contabilidad, de libros de bancos, de comprobantes de ingresos y egresos y de nómina para su funcionamiento.

6. La partida presupuestal fue recibida por Darío Alberto Ordóñez Ortega cuando ya había perdido la condición de congresista.

7. El dinero del auxilio lo manejó directamente Ordóñez Ortega concediendo becas personales para estudio, incluyendo entre los beneficiados a sus familiares, y cancelando salarios que él debía asumir, como sucedió con los pagos efectuados con un año de adelanto al rector y a tres profesores del Liceo Raimundo Yáñez Ortega que es de su propiedad, sin olvidar que parte del auxilio terminó consignado en una cuenta personal de Darío Ordóñez.

8. El remanente de 30 millones de pesos aparece representado en el valor del canon de arrendamiento del predio El Vado, de propiedad de María Ernestina Ortega de Ordóñez. Contrato que revistió las siguientes características:

- a. Fue celebrado entre Ernestina, la madre, en calidad de arrendadora y Darío, el hijo como representante de la Fundación arrendataria.
 - b. La cancelación del canon de arrendamiento por los 30 meses se efectuó por anticipado, sin que la propietaria hubiera tenido acceso directo a la millonaria suma, pues su hijo lo invirtió en una serie de negociaciones como la compra de volquetas, un automotor venezolano y ganado que se murió.
 - c. El terreno arrendado debía producir renta para invertirla en las actividades de la Fundación; sin embargo, del auxilio no se reservó suma alguna para hacerlo productivo, pues los 30 millones se imputaron al canon de arrendamiento por 30 meses.
 - d. El predio ofrecía dificultades para su producción, por lo montañoso, árido y la falta de riego, lo que exigía tecnología especializada.
 - e. La propietaria se reservó las doce hectáreas con mayor opción para cultivos, a pesar de la multimillonaria suma pagada como canon de arrendamiento.
9. Seis o siete meses después de recibido el dinero de la ayuda parlamentaria se celebraron unos contratos de aparecería en el terreno arrendado.
10. Agotada la partida presupuestal, algunos de los gastos que demandaba la explotación de la finca corrieron por cuenta del propio ex congresista, que no de la Fundación, respecto de la cual no se llegó a conocer patrimonio alguno.
11. Los treinta millones de pesos que se pagaron por el arrendamiento de El Vado durante dos años y medio no se utilizaron para el sostenimiento de una entidad de divulgación cultural.” (fls. 683 a 685, cdno. 2 de la Fiscalía).

Sin embargo, y siendo que todas ellas conducen, al valorarlas conjuntamente, a inferir

que el congresista Ordóñez Ortega se apropió del referido auxilio, pues, esta clase de beneficios no podían ser utilizados como inversión, sino directamente, ya que de conformidad con las normas que regulan el Presupuesto Nacional, Art. 14 de la Ley 38 de 1.989, las apropiaciones se deben ejecutar “tal y como la respectiva ley lo haya dispuesto”, y si en este caso lo fue para el “sostenimiento” de la Fundación, es claro que debía emplearse directa e inmediatamente en esa destinación, “sin utilizar mecanismos intermedios”, tornándose en un verdadero distractor la insistencia del ad quem en pretender demostrar una inversión, cuando la realidad probatoria demostraba que al adelantar los \$30'000.000 por concepto del arriendo del lote, nada se estaba invirtiendo.

Y si eso es lo que se perseguía, prosigue el Fiscal, lo que hubiese procedido con ese dinero era su compra, más aún, cuando de conformidad con lo dispuesto en el Art. 3º de la Ley 25 de 1.977 que había precisado el alcance del Art. 76.20 de la Constitución de 1.886, “en lo que tocaba con el fomento de empresas útiles y benéficas relacionadas con el sector de Educación, Ciencia y Cultura”, las actividades en que debían utilizarse, eran las de construcción, ampliación y sostenimiento de planteles, creación de bibliotecas, adquisición de libros, materiales docentes, fondos en el ICETEX para ayudas educativas, impresión y distribución de libros, en fin, que su empleo siempre lo era en forma directa no recurriendo a cuestionadas inversiones, menos aún, cuando en casos como el presente, de una parte, existía inhabilidad entre el ex parlamentario y sus sobrinos para las referidas ayudas educativas y además, no era legalmente posible suscribirse el referido contrato de arrendamiento, habida cuenta que de acuerdo con lo previsto en el Art. 7º de la Ley 30 de 1.978, estaba prohibido a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad de un congresista, “recibir remuneración o celebrar contratos con las entidades beneficiadas por las apropiaciones”, inclusive dos años después del vencimiento del período de elección del parlamentario o de la fecha de la aceptación de su renuncia, salvo que las apropiaciones constituyeran menos del cinco

por ciento de los ingresos brutos de aquellas durante el respectivo año, que no es este caso.

Por tanto, argumentó el Fiscal, “inocuo resultaba aducir que preexistió una promesa de contrato e interpretar las cláusulas preimpresas del documento que plasmó el convenio para justificar que en él se hubiera impuesto como exclusiva destinación la habitación del arrendatario y su familia, o que la finca arrendada no hubiera producido frutos por circunstancias fortuitas ajenas a la voluntad del arrendatario”, ni menos argüir para absolver, que el a quo, además de desconocer el mencionado contrato de arrendamiento, hizo lo mismo con “el plan de inversión” del auxilio presentado a la Contraloría, el cual incluía el arrendamiento de un inmueble rural, pues, ese informe a la entidad fiscalizadora no podía modificar la destinación original de la partida presupuestal, “consistente en darle sostenimiento a entidades de divulgación cultural y tampoco derogaba las inhabilidades que ostentaban algunos de los beneficiados para percibir ayudas educativas y para contratar con la fundación a la que se había otorgado el auxilio. Por ello, se agrega, si el juez de primera instancia no le dio trascendencia a ese informe, es sencillamente porque carecía de ella”.

No obstante, los Magistrados procesados, con el fin de dar algún viso de justificación al fallo absolutorio, a pesar de tener por lícita la conducta de los implicados por haber cumplido con el plan de inversión al ayudar educativamente a algunos estudiantes, como sus sobrinos, pagar por adelantado el salario de unos profesores del colegio de su propiedad, y simular el referido contrato de arrendamiento, terminaron acudiendo a la duda fundamentada en la falta de una precisa actividad probatoria por parte del Estado para comprobar las explicaciones de los inculpatos, cuando lo que el expediente enseña es lo contrario, como se demuestra con la práctica de “las inspecciones realizadas sobre la finca El Vado, el recaudo de la prueba testimonial y documental que refieren la contratación de aparceros, la presencia de cultivos realizados tardíamente y los pagos y gastos cumplidos con los 30 millones de pesos”, que es lo que

pretendía probar la defensa, procediendo el a quo a valorar todas estas pruebas en conjunto con las demás, “pero para descartar la justificación de la conducta asumida por el implicado en ese proceso respecto de la asignación parlamentaria que había gestionado cuando perteneció al cuerpo legislativo del país”, no resultando cierta la argumentación del Tribunal en el sentido de que estas pruebas las dejó de apreciar.

Con ello, entonces, es claro, para el Fiscal General de la Nación, que al revocarse el fallo apelado, el Tribunal produjo una resolución manifiestamente contraria a la ley, lo cual hicieron los Magistrados sindicados con voluntad y plena conciencia, sabedores de que era contraria a la ley, y en tal virtud, coligió que se imponía el proferimiento de la consiguiente resolución de acusación en contra de los indagados y para ante esta Sala de Casación Penal, como presuntos coautores responsables del delito de prevaricato por acción, consagrado en el Art. 149, Capítulo VII, Título III, libro 2º del Código Penal (Decreto Ley 100 de 1.980), como en efecto así lo decidió (fls. 659 y ss., cdno. orig. 2).

DEL TRÁMITE DE LA CAUSA Y LA AUDIENCIA PÚBLICA:

Durante la etapa del juicio adelantada ante esta Sala no se llevó a cabo la práctica de prueba alguna, dado que la única solicitada por el defensor de la acusada MARY MONTOYA DE FORERO, que fue la recepción de la declaración de la doctora Rosalba Torres de Soto, quien como Procuradora delegada 89 en la ciudad de Cúcuta había emitido concepto previo a la calificación solicitando preclusión de la instrucción a favor de Ernestina Ortega de Ordóñez y acusación contra Darío Alberto Ordóñez Ortega como autor de ilícito de peculado por extensión pero no en la modalidad de apropiación sino culposos, fue oportunamente negada por auto de 7 de septiembre de 1.999, por inconducente (fl. 21, cdno. orig. de la Corte).

Celebrada entonces la audiencia pública, se interrogó a los acusados sobre los hechos relacionados con los cargos objeto de acusación, interviniendo, en su momento, todos

los sujetos procesales, así:

1. Los procesados:

a) La doctora MARY MONTOYA DE FORERO, durante su interrogatorio, admitió haber elaborado inicialmente un proyecto confirmando la sentencia condenatoria de primera instancia proferida por el a quo contra Darío Alberto Ordóñez Ortega y María Ernestina Ortega de Ordóñez pero como tenía otros asuntos urgentes que resolver, aunque no estaba segura de su determinación, solicitó a su auxiliar que la registrara en secretaría, mientras tenía un mayor tiempo para mirar el proceso y ver en qué quedaba, registro que obedeció a vencimiento de términos y para seguridad de su proyecto.

b) Como no tenía certeza de su decisión no convocó a sus compañeros a Sala y cuando ya tuvo tiempo de examinar más detenidamente el proceso observó que el a quo no había tenido en cuenta los descargos de los acusados, que estaban respaldados con pruebas no analizadas, razón por la cual, “no se podía cerrar a la banda” solo con lo que perjudicaba, pasando por alto lo que estaba probado. Refirió que inicialmente se escandalizó por la gravedad de los hechos, pero cuando ya entró a examinar la prueba del dolo, “si el señor se había apropiado de plata, había pruebas que decían que él no se apropió, que lo dedicó a un bien inmueble que estaba autorizado para conseguirlo”, empezando a dudar sobre la culpabilidad de los inculcados, razón por la cual, el primer proyecto que elaboró no pasó de ser un borrador, que terminó en el cesto de la basura, sin haberlo discutido con sus compañeros, habiéndose limitado a comentarle el asunto al doctor PEROZZO GARCÍA, manifestándole que no estaba muy convencida, y como éste le dijo que si tenía duda mirara bien, eso fue lo que hizo.

En esas condiciones, para el segundo proyecto, como no estaba convencida de la inocencia ni la responsabilidad de los procesados, creyó que lo más sabio era absolverlos por duda e inclusive, afirmó, aún sigue dudando porque los argumentos que ha

escuchado en contra de su decisión no han logrado convencerla. Por tanto, una vez elaborado lo puso a consideración de los otros dos Magistrados, quienes, “como no son muy dados a absolver”, luego de comentarlo “vieron el proceso grande y todo eso, entonces dijeron: bueno nos lo llevamos al Despacho, cada uno se llevó la ponencia al Despacho ya en limpio y no más y entonces se discutió, lo estudiaron, luego nos volvimos a reunir” y se firmó. Sus compañeros, enfatizó, pidieron previamente el proceso, “lo llevaron para mirar mejor y leer y ver las hojas y ver el contenido de todo el expediente”, lo tuvieron más o menos 15 días cada uno y los dos estuvieron de acuerdo con la absolución, sin que ninguno de ellos se hubiera enterado del primer proyecto, en el cual se confirmaba el fallo apelado.

Ya en uso de la palabra, en ejercicio de su defensa material, que resumió igualmente por escrito, manifestó que en ningún momento tuvo interés de favorecer a Darío Alberto Ordóñez Ortega ni a Ernestina Ortega de Ordóñez, pues de haber tenido vínculos de amistad o enemistad con los mismos se habría declarado impedida. Reprochó la manera temeraria como la Fiscalía ha venido afirmando que ellos actuaron torciteramente y con intención proclive de distanciar la decisión judicial de la realidad procesal porque el proyecto inicial era de confirmación, pues todo correspondió a un estudio concienzudo del expediente, realizado por todos los magistrados.

Aceptó haber elaborado dicho proyecto confirmatorio y que el mismo fue registrado en la secretaría, recalcando que éste no fue discutido dado que tenía que atender numerosos procesos a su cargo y que merecían prelación por contar con detenidos, aprovechando ese tiempo para estudiar nuevamente el proceso, llegando a la conclusión de que no existía certeza sobre la ocurrencia del hecho ni la responsabilidad de los procesados, desconociendo para esos momentos la inhabilidad que preveía la Ley 30 de 1.978, en virtud de la cual no era posible destinar parte de dichos auxilios para ayudar en sus estudios a los sobrinos de Ordóñez Ortega, como tampoco celebrar el mencionado contrato de arrendamiento con su progenitora, a que hizo alusión la Fiscalía. Por ello,

cree, la no aplicación de dicha normatividad no puede serle atribuida en su contra, ya que ni los más idóneos legisperitos están enterados íntegramente de todos los preceptos vigentes sobre un determinado tema, más aún, cuando precisamente esa ignorancia demuestra la buena fe con que actuó, nunca guiada por el propósito de actuar torcidamente contra la ley o darle un desvío moral a la decisión tomada, careciendo así del elemento intencional necesario para la prevaricación.

Reclamó, por tanto, el proferimiento de una fallo absolutorio, ya que en los 32 años que lleva de administrar justicia con honestidad, pulcritud y ética, nunca ha sido llamada a rendir descargos, siendo reconocidas sus virtudes por la sociedad Cucuteña y por los propios miembros del Tribunal a que pertenece, como así lo certificaron en nota de estilo que aportó, siendo injusto y cruel que en el ocaso de su carrera se le despida con una condena como recompensa a sus desvelos, esfuerzo personal, sacrificio de la familia y permanente riesgo a que se ha visto sometida en el cumplimiento de sus funciones (fls. 124 a 126 y 213 a 219, cdno. orig. de la Corte).

b) A su turno, el doctor NÉSTOR ELÍ PEROZZO GARCÍA, al explicar su conducta respecto de la imputación que se le formulara en la acusación, inició por informar el desconocimiento que tenía sobre el parentesco que existía entre el doctor Fabio Peñaranda Ortega y los acusados en el proceso ahora objeto de cuestionamiento, que sirvió de sustento para que éste se declarara impedido. Después, explicó, supo que la Sala la integraba con ellos el doctor RAFAEL ANGARITA, pero aún no tenía conocimiento del proceso, como tampoco recuerda exactamente que su colega MARY le haya consultado ese caso, y menos que haya tenido duda, pero si así sucedió, seguramente, le contestó que lo estudiara bien a fondo.

En cuanto a su proceder como Magistrado para el estudio de los procesos respecto de los cuales hacía Sala, afirmó, cómo generalmente tenía la costumbre de pedir por lo menos el cuaderno de segunda instancia y algo del proceso, razón por la cual, en el caso en

cuestión, que era voluminoso, pues constaba de 1.000 o 1.500 folios, recuerda que solicitó un tiempo para ver qué podía mirar, con mayor razón cuando se trataba de la revocatoria de una sentencia condenatoria, a fin de establecer las razones citadas en el proyecto absolutorio, pues se descansa mucho en el ponente, dada la mayor actividad que le concierne.

En esas condiciones, recuerda haber visto la denuncia, el acta de visita de la Contraloría, el informe de los investigadores, la indagatoria y ampliación, la medida de aseguramiento, la resolución de acusación, deteniéndose en los alegatos de los abogados, no pudiendo afirmar el tiempo durante el cual tuvo el proceso, pero sí, expuso, debió ser menos de 15 días, llamándole la atención que tanto el instructor como quien dictó la sentencia hablaban de una visita al predio, que no la hubo sino a un centro comercial donde al parecer el señor Ordóñez tenía una oficina, como también se aseguraba que en ese terreno no había ningún sembradío, es decir que, mirando la sentencia, prácticamente era una copia de la resolución de acusación, en la cual todo lo que había afirmado el procesado era mentira, un montaje e inclusive, en la acusación daban a entender que por ser un político nada se le debía creer.

Sin embargo, no podía perderse de vista, agregó, que por lo menos había una explicación del porqué con los referidos \$30'000.000 se había arrendado el mencionado lote y no se compró, habiendo precisado Ordóñez Ortega por qué se tomó esa decisión, pues el dinero del auxilio no era para compra sino para financiación, y si se dice que no era para inversión, ello debió ser comprobado, pero esa averiguación no se hizo. Entonces, habían factores que permitían dudar sobre todo, porque básicamente se eliminó cualquier argumento defensivo sobre la base de la falacia, cuando realmente habían fotografías que correspondían a una inspección judicial y habían plantas, papayos de dos años y medio, sementeras con frijol, que produjeron una utilidad de más de seis millones de pesos de lo que entregaron los amelladeros y algo de leche que se vendió. Eso se aplicó a la escuela, que si bien no era de la fundación Futuro, sí correspondía a otra

fundación que tenía escuela pública para niños campesinos que se fue quedando sin dinero, que es cuando surge el auxilio para la fundación Futuro. Así, Ordóñez lo que hace es aplicar esos recursos a la escuela que venía ya fracasada porque no había dinero, pagó los maestros y compró materiales para la misma, siendo ésta la que iba a funcionar en el terreno de la hacienda El Vado.

Por esto, le pareció correcto el proyecto, solo que hoy día mirando la providencia debió insistirse en “esto y esto”, que no se hizo. Además, hay que creer en el Magistrado ponente “porque qué más hace, hay ocasiones en las que no puede tener el proceso porque tiene mucho trabajo”, y además se le pasó por alto el aspecto de las prohibiciones a que alude la acusación, pues ninguno de los tres lo tuvieron en cuenta.

En su intervención defensiva y en el resumen por escrito que adjuntó al proceso, luego de relacionar los cargos que ha ocupado, el ejercicio de la cátedra universitaria por más de 20 años y sus especializaciones, porque considera que al procesado ha de conocerse en todas sus facetas humanas, en lo positivo y en lo negativo, de ahí que insista en las diferentes conferencias que sobre cultura general ha dictado y en sus calificaciones obtenidas con notas excelentes como juez, pues estos ámbitos de su personalidad necesariamente excluyen la posibilidad de que se le pueda considerar como un prevaricador, debiendo creérsele que como toda persona tiene la facultad de poder dudar, y más como magistrado, cuando está obligado a hacerlo en tanto llegue a esa conclusión, afirmó no haber incurrido en el ilícito por el que se le acusa, porque en su ánimo jamás estuvo la intención de proferir una decisión manifiestamente contraria a la ley al firmar el proyecto absolutorio presentado por la doctora MARY MONTTOYA DE FORERO, de quien nunca ha tenido motivo de desconfianza, como tampoco del doctor RAFAEL ANGARITA ZERPA. E inclusive, aún sigue dudando, porque en su convicción íntima no halló la certeza requerida por el Art. 247 del C. de P. P. de 1.991 para condenar, tal vez, como lo dijo en su indagatoria, habría recomendado algunas modificaciones, pero de todas maneras estuvo y está de acuerdo con la absolución.

Así, y luego de poner de presente cómo su larga judicatura la ha realizado con esfuerzo y sacrificio, viendo con amargura y dolor que al final de su carrera se le haya erigido un proceso penal, pero con la convicción absoluta de que sus juzgadores son quienes mejor conocen de su trabajo, sacrificio y dedicación, reclama justicia para que él y sus compañeros de causa, sean absueltos del cargo formulado por el Fiscal General (fls. 79, 80 y 240 a 263, cdno. orig. de la Corte).

c) Finalmente, en cuanto a los acusados se refiere, el doctor JOSÉ RAFAEL ANGARITA ZERPA, inició sus respuestas al interrogatorio del debate público, manifestando que entró a formar parte de la Sala de decisión sólo en febrero de 1.995 por impedimento aceptado al doctor Fabio Peñaranda y aunque él también tenía razones para lo mismo, porque Darío Ordóñez lo había denunciado por costas en un proceso y había declarado en otro por concusión dizque por haber actuado ilegalmente en el ya referido proceso de la Lotería de Cúcuta, él no lo hizo.

Sobre el tema objeto del pliego de cargos, explicó, cómo el proyecto que se le presentó fue de carácter absolutorio y teniendo en cuenta el respeto que guarda al doctor PEROZZO, porque es el controlador de esa Sala, con él llevó a cabo las discusiones, leyó la providencia, encontró que era coordinada y como es sabido, no se hacen estudios minuciosos porque se cree en la seguridad del ponente, como ocurre en cualquier corporación, inclusive en esta misma Corte.

Sin embargo, y aunque la providencia era coordinada, aclara: “yo me llevé el proceso y vienen algunas consistencias (sic), en relación con la inspección judicial, en relación a otros elementos de juicio si es que había”, no encontrando, como lo dijo en su indagatoria, irregularidad alguna respecto del contrato celebrado entre Darío Ordóñez y su mamá, porque no puede entenderse que un hijo vaya a poner a delinquir a su progenitora. Así que firmó la absolución convencido que en ese proceso realmente existía duda, no compartiendo que se diga en la resolución de acusación que intencionalmente los

Magistrados se separaron retorciéndole el cuello a la gente o a la ley. Sólo conoció el proyecto absolutorio porque cuando se registró el que confirmaba aún no hacía parte de la Sala y con seguridad que si hubieran discutido el confirmatorio lo habría firmado.

Reitera que para firmar la absolución miró el proceso y se convenció de la duda al examinar algunas pruebas, pero ahora sí se ha dado cuenta que el proceder de Darío Ordóñez fue inescrupuloso al administrar un bien del Estado poniendo a contratar a la misma madre con un arrendamiento, y como lo dijo en la indagatoria: “pudo realmente haber existido esa apropiación si es una mala inversión de esos bienes que se perdieron”.

Ahora, revisando el proceso y por la investigación implacable de la Fiscalía, dice reconocer que hubo fallas en la sentencia cuestionada, pues por aquella época se manejaba muy deficientemente el decreto 222, siendo hasta sólo últimamente cuando les ha tocado estudiar el tema “porque están llegando muchos procesos de inhabilidades”, y hay que reconocer que se equivocaron porque no son infalibles, más aún, cuando es la verdad que no estudió el proceso de la primera a la última página porque no era el ponente, revisándolo, eso sí, en lo que se refería a las situaciones que mencionaba la providencia para fundamentar la absolución.

En punto de su defensa material, al igual que lo hizo en el escrito de resumen, precisa cómo el ingrediente normativo del prevaricato no ha sido probado por la Fiscalía como tampoco la responsabilidad, y no se puede con simples suposiciones llegar a la conclusión que obraron dolosamente y de mala fe, lo que también reprocha de la intervención de la representante del Ministerio Público. Por ello es, coligió, que a los jueces se les tiene respeto y a la Fiscalía terror, más ha de tenerse en cuenta que la certeza es difícil de conseguir y a los hombres no se les puede deducir un dolo objetivamente, pues hasta la Iglesia hoy en día está pidiendo perdón por su época de inquisición.

Se siente humillado, avergonzado, por la situación que está pasando luego de tanto tiempo de servirle a la justicia y de sufrir ataques bajos, innobles, oscuros, de todos los cuales ha salido triunfante y pide perdón porque siempre ha querido acertar, pero de las fallas humanas nadie está exento. E insiste, en que no es un delincuente sino un hombre con todas las flaquezas y errores que se pueden cometer, como ocurrió en el presente caso donde se le presentó un proyecto absolutorio y después de leerlo y estudiarlo lo firmó, aunque comprende debió detenerse más en su análisis. Sin embargo, de buena fe y apoyado en la duda, lo firmó, ya que al leerlo y revisar el respectivo expediente le encontró fundamento a la duda y obró convencido que acertaba, de buena fe, pero se equivocó.

Reiteró que nunca conoció proyecto confirmatorio alguno, pues lo habría firmado sin discutirlo, éste se registró el 24 de octubre de 1.994, y él apenas comenzó a integrar la Sala en febrero de 1.995. Insiste en que obró de buena fe, porque después de leer ese proyecto y discutirlo con el doctor PEROZZO, encontraron que la duda que se planteaba tenía su fundamento, pero hoy reconoce que se equivocó como humano que es, lo cual no obsta para solicitar que se le absuelva (fls. 98 a 102 y 295 a 302, cdno. de la Corte).

2. La Fiscal Delegada.

Para esta representante del Fiscal General no se puede admitir la explicación de los procesados sobre la duda respecto a la apropiación dolosa de los dineros, pues el objeto del proceso era establecer si el dinero oficial fue utilizado en el “sostenimiento de una entidad de divulgación cultural”, llamada Fundación Estudiantil Futuro, conforme lo había dispuesto la Ley del presupuesto general de la Nación para la vigencia fiscal de 1.990 o si hubo una apropiación. Y en tal sentido, no se puede divagar sobre la duda, desconociendo la prueba que realmente obra en ese proceso, con la cual se demuestra claramente el manejo ilegal que le dio Darío Ordóñez Ortega al referido auxilio, que puede sintetizarse en hechos probados, así:

a) Como representante a la Cámara fue el gestor del auxilio para la Fundación Estudiantil Futuro, que por esa época no había nacido a la vida jurídica.

b) Como presidente y representante de la fundación recibió el auxilio y dispuso del dinero otorgado para becas de estudio a varias personas, unos de su familia y otros muy allegados, pagar salarios adelantados a profesores contratados por él y la suscripción de un contrato de arrendamiento del predio rural El Vado con su propia madre Ernestina Ortega de Ordóñez, administrando y custodiando 30 millones del auxilio nacional. Del usufructo del auxilio nacional con amigos, sobrinos, subalternos, la madre y él mismo no quedaba nada para la Fundación, aparte de un contrato de arrendamiento de terreno extenso pero árido e improductivo, que para hacerlo útil requería de inversiones que la Fundación no podía asumir por falta de fondos, según el mismo lo confesó, pues de su propio peculio asumió costos de estudio de suelos y ensayo de algunos cultivos, pero que lo hizo luego que la Contraloría inició la investigación.

c) Al solicitar la personería jurídica para la Fundación Estudiantil Futuro, fijó como sede la oficina 502 del Congreso de la República y cuando los funcionarios de la Contraloría llegaron a Cúcuta a investigar se les dijo su sede era el municipio de Sardinata, constatando las autoridades de Policía Judicial que allí no había sede alguna. Ello demuestra que la Fundación no era más que un ente con personería jurídica y que no cumplía con el objetivo de su existencia ni con infraestructura en funcionamiento. Por ello, mal puede decirse que los 30 millones del canon de arrendamiento se invirtieron en la Fundación.

d) No hay duda sobre la dolosa apropiación de la partida presupuestal que pudiera surgir a la mente de un Juez, “cuando un congresista gestiona un auxilio para una fundación que en ese momento no existe, cuando el mismo congresista la funda después de otorgado el auxilio y él se constituye en su presidente; cuando obtiene la personería jurídica y fija su domicilio en las instalaciones del Congreso de la República; cuando se utiliza ese dinero

para pagar estudios de parientes del gestor del auxilio; cuando así mismo, con un año de adelanto cancela sueldos a profesores de un establecimiento educativo distinto a la propia fundación cuyo pago corría por cuenta del ex congresista para ese momento; cuando gasta 30 millones de pesos en un contrato de arrendamiento de un predio que solo producía gastos; cuando la explotación de ese predio no estaba vinculada al sostenimiento de un establecimiento educativo; cuando la fundación no tenía siquiera licencia de funcionamiento ni permiso para instruir en el área agrícola, cuando, finalmente, el dinero del auxilio termina en una cuenta personal del ex Representante, desde la cual gira diferentes sumas para adquirir bienes y cancelar deudas dentro de su núcleo familiar”.

Por tanto, en su criterio, no es de recibo la duda sobre la tipicidad de la conducta porque la situación encuadraba en el delito de peculado y si se consideraba que se ajustaba a modalidad diferente, bien pudo confirmarse la misma variando la imputación así fuera por tipo más benigno.

Por ello, no tiene caso la crítica de que las pruebas de descargo no fueron correctamente valoradas en la sentencia de primera instancia, pues lo acaecido con posterioridad al arrendamiento del inmueble no podía constituirse en justificación del hecho precedente de la apropiación de los 30 millones de pesos, máxime cuando la Policía Judicial practicó 3 visitas al predio en mayo 28, junio 5 y septiembre 25 de 1.991 y sólo en la última encontró siembras de aproximadamente 3 meses, cuando ya hacía más de un año se había recibido el dinero del auxilio a cuenta del canon de arrendamiento.

La validez del contrato civil no era materia de discusión. La experiencia enseña que muchas de las conductas delictivas se realizan a través de convenios cuyo objeto o causa son lícitos y aquí el peculado se consumó, a través de un contrato de arrendamiento cuya validez civil carecía de entidad fáctica o jurídica para hacer desaparecer el acto apropiación, y por el contrario, revela que la contratación no fue a nivel institucional

sino de confianza entre madre e hijo, con todas las informalidades del caso propicias para consumir el delito materia de examen en la primera instancia.

La acuciosidad de los Magistrados para confirmar la validez del contrato se fue al área del derecho privado pero no incursionó en el público, donde debió profundizar en la existencia de una inhabilidad que tenían madre e hijo para celebrar contratos cuyo objeto fuera el auxilio nacional.

Se dio acogida al argumento de Ordóñez que la finalidad del auxilio se cumplió porque la explotación del predio El Vado permitiría la subsistencia de la Fundación, lo que era inadmisibles porque los auxilios nacionales educativos según la reglamentación legal debían aplicarse directamente a su finalidad, como ocurre con cualquier partida específica del presupuesto nacional.

No podía, por tanto, haber duda del dolo en la apropiación, porque los Magistrados sabían que Ordóñez fue parlamentario por varios años, con esa investidura había gestionado varios auxilios nacionales y debía saber cuál es el sentido y la razón de existir de esos auxilios, como también qué normas reglamentaban su aplicación, además, contaban con otros elementos de juicio que revelaban el proceder anómalo que asumía Ordóñez con los auxilios que gestionaba, ya que el proceso tenía referencias, pues la Corte lo investigaba por otro auxilio en cuantía superior a los 28 millones de pesos, con procedimiento similar y constitución de la Fundación llamada Raimundo Ordóñez Yañez, que captaba los dineros y luego transfería a Ernestina Ortega de Ordóñez, como también que el ex congresista vendió el predio El Vado a esa Fundación, la cual procedió en igual forma a favor de su señora madre.

Con todos estos argumentos, para la representación Fiscal, fueron los Magistrados los que utilizaron mecanismos ajenos a la valoración probatoria y no el Juez de primera instancia, porque para llegar a la absolución sobre el supuesto de la duda de la

apropiación sectorizaron su actividad evaluativa tomando una parte de la verdad y con evidente traición al contenido del proceso que arrojaba hechos claros, debidamente probados y constitutivos de Peculado por apropiación y por extensión, sin que concurriera ninguna dificultad sobre el entendimiento y capacidad probatoria de los elementos de convicción, máxime si se tiene en cuenta su veteranía y la nitidez de los cargos formulados en la resolución de acusación y en la sentencia de primera instancia apelada.

Esto deja entrever, concluyó, que estamos ante dos opciones: no leyeron el expediente o quisieron fallar en contra de las pruebas que tenían a la vista. Y como aseguraron que sí lo leyeron y hasta cambiaron un proyecto de confirmación, fuerza concluir, que conscientemente y con voluntad decidieron ir en contra de lo que la ley les imponía, profiriendo una sentencia absolutoria que es un manifiesto atropello a la dialéctica, a la lógica, a la sana crítica, a la evaluación integral, a las reglas de la experiencia, violando los mandatos contenidos en los Arts. 254 y 247 del C. de P. P. aplicable al caso, lesionando el bien jurídico de la administración de justicia, con pérdida de confianza de la ciudadanía en el sistema democrático, en sus instituciones y en sus jueces frente a hechos tan graves como la irregular disposición de caudales estatales, en cuantía que para 1.990 representaba una fortuna, ya que 30 millones de esa época equivalían a 43 salarios de congresista que hoy vendrían a significar 516 millones de pesos sacados del presupuesto nacional, supuestamente para entregárselos a la mamá en calidad de un canon de arrendamiento.

En fin, insistió, en que siendo que en la actualidad ya no es necesario demostrar que se ha procedido contra la ley por simpatía o animadversión para que se configure el prevaricato, es claro que no se debe recabar en ello, pero si se quiere encontrar un motivo, no se debe olvidar, afirma, que los sindicatos eran parientes consanguíneos de uno de los integrantes de la Sala Penal, el doctor Fabio Peñaranda Ortega, por lo que se entiende que al menos quisieron favorecer a la dama muy mayor de edad de una

situación tan penosa como imponerle una condena.

Por eso, aquí no se trata de una diversidad de criterios sobre la capacidad demostrativa del proceso contra Darío Ordóñez Ortega y Ernestina Ortega de Ordóñez, sino de una transgresión manifiesta, consciente y voluntaria de la ley por parte de los Magistrados acusados, y por ello, no queda otra alternativa a la Corte que condenar a los procesados como coautores del delito de prevaricato previsto en el Art. 149 del C. P. vigente para la época de los hechos, esto es, el de 1.980 (fls. 67 a 78, cdno. de la Corte).

3. La Procuradora Delegada.

Para la representante del Ministerio Público, conforme lo afirmó el defensor de la doctora MONTOYA DE FORERO en su alegato previo a la calificación, la expresión “manifiestamente contraria a la ley” prevista en el Art. 149 del C. P. de 1.980, efectivamente tiene connotación en el ámbito objetivo del delito como ingrediente normativo del tipo e igualmente en el aspecto subjetivo referido a la culpabilidad, pues no basta que la resolución proferida por servidor público sea manifiestamente contraria a la ley, sino que se requiere el conocimiento de la ilegalidad y voluntariedad de aplicar incorrectamente la ley, produciéndose así una resolución injusta, como igualmente, es cierto que según el Art. 254 del C. de P. P. anterior, existe libertad en la apreciación de la prueba. Sin embargo, afirmó, ello no está indicando, que esa libertad sea intangible y menos equiparable a la arbitrariedad, pues la misma ley impone al funcionario la obligación de fundamentar el mérito que le asigna a cada prueba. De ahí que, al tener el Juez que dictar un fallo, al tenor de lo consagrado en el Art. 247 ibídem, si encuentra medios de persuasión que le ofrezcan certeza sobre la existencia objetiva del hecho típico y la responsabilidad, deba proferir condena, so riesgo de ser censurado.

Precisamente, en este caso, dicha certeza se extraía del proceso seguido contra Darío Alberto Ordóñez Ortega y María Ernestina Ortega de Ordóñez para que fueran

condenados, ya que de la valoración integral de las pruebas que se aportaron al mismo, no hay duda que llevan a aquella, pues el acto de creación de la Fundación Estudiantil Futuro y el contrato de arrendamiento no fueron más que maniobras con las cuales Ordóñez quiso disimular la apropiación de los dineros que para fines educativos fueron incluidos en el Presupuesto Nacional, pues, la gestión del auxilio la adelantó el entonces congresista para el supuesto beneficio de una Fundación que ni siquiera existía, es decir, que desde ese primer momento la idea delictual ya estaba concebida para ejecutarla, instrumentalizando la ley para aparentar su recta aplicación.

La sola lectura del proceso, explicó, demostraba que habían suficientes elementos de juicio para formarse la convicción que antes que darle la destinación para la cual fue otorgado el auxilio, su gestor se lo apropió en provecho suyo, a más que siguiendo el detenido análisis hecho por el Juez de primera instancia, no hay una razón lógica del por qué los Magistrados de la segunda instancia, con valoraciones que no corresponden a las críticas o la motivación del fallo condenatorio, terminaron por concluir que los elementos de juicio refutaban los conceptos, sin detenerse a relacionar cuáles fueron esos medios ni a explicar probatoria y jurídicamente los criterios que los llevaban a disentir de la determinación de condena. Ni siquiera explicaron por qué la Fundación Estudiantil Futuro no traspasaba los linderos del papel o que no realizó ninguna operación, ni les causó inquietud alguna que parte importante del dinero correspondiente a la ayuda educativa fuera a parar a su cuenta personal sin que se conociera la destinación final, ni les mereció reproche el arriendo de un bien que no tenía capacidad de producción y que desde tiempo atrás era conocido por el presidente de la Fundación, porque era de propiedad de su familia; menos les preocupó la exclusión de las únicas 12 hectáreas cultivables y provistas de riego y que justo cuando se inició la investigación por la Contraloría fueron incluidas.

Tampoco se tuvo en cuenta que si el terreno era improductivo no había cómo mejorarlo, pues con todo lo que quedó del auxilio se pagó el arriendo anticipado, a más que las

ayudas educativas fueron para dos sobrinos y hay bases para pensar que el contrato se celebró aceleradamente cuando vino la investigación de la Contraloría, pues ninguna justificación tiene que lo fuera en formato preimpreso para inmueble urbano y su autenticación en febrero de 1991, cuando se iniciaba la visita.

Todo lo anterior lo ignoró esa Sala de decisión y en cambio se enfrascó en un sofístico análisis que no constituía la razón de ser de la investigación, como la validez del contrato, llegando inclusive a sostener que no importaba la utilización que se le diera al dinero luego que pasó a manos de la arrendadora.

Por ello, no le asalta duda a la Delegada, de que objetivamente están demostrados los elementos que tipifican prevaricato, en la medida que se profirió resolución manifiestamente contraria a la ley.

Lo mismo sucede, continuó, en cuanto se refiere a la culpabilidad, ya que si bien no hay prueba que indique de manera directa que Ordóñez Ortega indujo a los magistrados a proceder en la forma desatinada como lo hicieron, es igualmente cierto, que tomando datos importantes que contiene el proceso, como la claridad probatoria, su calidad y amplia experiencia en la judicatura, las razones expuestas en el fallo de condena que revisaron, se llega a la lógica y racional inferencia que abusaron de la libertad que les asistía para valorar la prueba y se apartaron de la previsión contenida en el Art. 247 del C. de P. P., pues, contando con certeza sobre los extremos de la tipicidad y la culpabilidad, optaron por proferir fallo absolutorio, lo que se traduce en que fueron conscientes de que su decisión era manifiestamente contraria a derecho y pese a ello, tomaron determinación en ese sentido.

Por lo anterior, haciendo planteamientos en torno a la forma como fue utilizada la señora Ernestina Ortega de Ordóñez por parte de su hijo, pide se produzca fallo condenatorio contra los Magistrados acusados (fls. 131 a 143 y 198 a 209, cdno. orig. de la

Corte).

4. Los defensores.

a) El de la acusada MARY MONTOYA DE FORERO inició su intervención en la audiencia pública tratando la doble connotación objetiva y subjetiva del elemento típico, “manifiestamente contrario a la ley” que contiene el supuesto de hecho del delito de prevaricato, para luego de señalar la comprensión que le ha dado la doctrina y la jurisprudencia a esta característica típica, que dice ha deambulado entre considerarla, para unos, como referida a la culpabilidad y para otros como elemento normativo del tipo, e inclusive para algunos es factible considerar, sin problema, las dos alternativas, enfatizando que para tomar una posición al respecto, hoy en día, necesario es tener en cuenta que “la tesis ha evolucionado de 1.989 para acá y hoy día se está sosteniendo que lo manifiestamente ilegal es un ingrediente normativo del tipo”, conforme “lo ratificó en jurisprudencia de agosto 28 de 1.997” esta Corporación con decisión de la que fue ponente el Magistrado Jorge Aníbal Gómez Gallego, que cree es la tesis correcta.

Así, bajo este postulado, observó cómo no puede perderse de vista, que si bien la acusación lo fue por la forma como individualmente los Magistrados valoraron los medios de prueba, la Fiscalía no especifica en qué medio de prueba fue que se equivocaron, imputándoles genéricamente la visión conjunta del proceso, porque según el ente acusador, desviaron el núcleo del problema, que no era otro que el de determinar si el auxilio se ejecutó correctamente, procediendo a divagar sobre aspectos colaterales de la investigación, como la existencia del contrato, la idoneidad del terreno, las operaciones que se hicieron para hacer productivo el terreno, etc., desviando ese núcleo del problema, que era básicamente el de determinar si se ejecutó o no correctamente el auxilio concedido, es decir, si la forma como se manejó suponía la apropiación, y precisamente, para la doctora MARY NONTTOYA eso era lo dudoso, porque al destinar el auxilio para el

arrendamiento de la finca hubo ajuste a la ejecución, ya que el arrendamiento estaba incluido en el plan de inversión, y si ello fue así, no hubo apropiación, pues lo que hizo el doctor Ordóñez fue buscar un medio para obtener recursos con el fin de mantener la fundación, encontrando que uno de ellos era el de arrendar ese predio para ponerlo a producir, y para saber si a ello se le podía dar o no credibilidad, era lo necesario saber cómo se emplearon esos dineros, y para eso correspondía valorar ese contrato, conforme lo hizo.

Por tanto, no cree, apartándose de lo sostenido por la Fiscalía y la representación del Ministerio Público, que fuera cosa de poca trascendencia analizar si la finca había producido rendimientos para mantener la fundación y así cumpliera con los fines educativos, pues, eso era lo necesario para concluir si hubo peculado, no siendo ni siquiera válido que se hubiese entrado a considerar si la fundación se creó luego de gestionado el auxilio, si su domicilio era una oficina del Congreso, si los directivos eran amigos del Congresista o si no se llevaban libros de contabilidad, porque eso implicaba incursionar en un manejo peligroso de conceptos más de antijuridicidad formal que material, innecesario por demás, ya que al haberse cumplido los fines para los cuales se diseñó y concedió el auxilio, era claro que no había peculado, y por ello, los Magistrados estaban autorizados para revisar dentro del expediente si el arriendo de la finca había o no dado los recursos económicos suficientes para mantener la fundación, que, insistió, era el objetivo expresamente manifestado por el sindicato.

De ahí, enfatizó, que los acusados hayan dedicado tanto tiempo a analizar qué había ocurrido con el terreno, si se habían invertido dineros, si hubo o no cosechas, compra o no de vacas, si éstas se murieron o no, etc., pues, esto era tan pertinente, explicó, que uno de los varios representantes del Ministerio Público que intervinieron en ese proceso, llegó a plantear un peculado culposo, admitiendo que estuvo bien arrendado el terreno sino que el manejo de los dineros para hacerlo producir fue descuidado y negligente, hasta el punto que se perdió la inversión. Inclusive, durante la indagatoria se le preguntó si no le

pasó por la mente un peculado culposo, con lo que en algún momento el instructor pensó en esta posibilidad. Hasta pruebas hay que se dispusieron visitas por comisión para revisar las condiciones del terreno y en la resolución de acusación se hacen varias glosas, 7 cuando menos, referidas a este punto, las cuales menciona.

Así, no se puede aceptar que el análisis del contrato de arrendamiento era un aspecto marginal de la controversia, cuando en las mismas sentencias de primera y segunda instancia se abordó el tema de la apropiación, solo que con enfoques diferentes, “por considerar (los Magistrados) que mediante el contrato se hizo todo lo posible por obtener los rendimientos que estaban destinados a la Fundación, ... que a su vez cumpliría fines de carácter eminentemente educativos”, como tampoco puede extenderse igual cuestionamiento al hecho de haber centrado su atención preferencialmente sobre las diligencias que la Contraloría había realizado, pues ellas constituyeron en su momento la base fundamental para iniciar el proceso penal, y fueron objeto de análisis por el a quo.

Recayendo, en estas condiciones, el análisis sobre la apropiación de los auxilios en establecer si la hubo o no, no puede afirmarse tipicidad alguna, ya que vista la problemática desde ese punto de vista, era procedente actuar como se hizo y esto nunca tenerse como un actuar abiertamente contrario a la ley.

Sin embargo, independientemente de este enfoque, y si lo “manifiestamente ilegal” se ve en el campo de lo subjetivo por vía de culpabilidad, debe igualmente tenerse en cuenta, enfatizó este defensor, que como la Corte lo ha venido refiriendo, el Prevaricato está fundamentado en el dolo, pero la Fiscalía lo deduce de un “proyecto absolutorio (sic) que la doctora MARY MONTOYA habría inscrito en su oportunidad” confirmando la sentencia de primera instancia, cuando ello lo que indica más claramente son las dudas que se han venido planteando a lo largo del proceso y en las indagatorias y que dicen los acusados siguen manteniendo. Si hubiese existido algún interés no habría tenido objeto registrar un proyecto confirmatorio para después cambiarlo por uno

absolutorio.

Esta duda existía desde el momento del registro, llegándose a la conclusión meses después de que al no haberse podido despejar, lo conveniente era la absolución; de ahí que al deducirse el dolo de la confrontación entre la providencia de segunda instancia y el material probatorio, se desconoce la correcta interpretación del Art. 247 del C. de P. P. de 1.991, aplicado en este asunto, pues lo que corresponde ver es que las pruebas dentro del proceso han de llevar al juzgador a la convicción de la existencia del delito y de la responsabilidad de su autor, convicción que es eminentemente personal y de la cual se puede estar en acuerdo o en desacuerdo, pues no se puede, como regla general, imponer la condición del que evalúa la conducta a posteriori de quienes lo hicieron, desconociendo el grado de convicción a que aquellos llegaron. No es infrecuente que los encargados de administrar justicia se equivoquen, ni siquiera de quienes revisan en segunda instancia o inclusive por vía de casación, donde la Corte a diario se ocupa de la inaplicación de una norma sustantiva o una equivocada interpretación de la misma, sin que por ello se genere una presunción de dolo en quienes emitieron la providencia.

Y, si es sobre el aspecto probatorio, continuó la defensa, es aún más complejo el análisis del prevaricato desde el punto de vista subjetivo, pues ya no es tan evidente la contradicción con la norma, sino que el manejo de la prueba parece incorrecto, de lo cual, dice, se ha ocupado la Corte con interesantes tesis sobre tergiversación de las pruebas y errores sobre la existencia y aplicación de reglas de experiencia, que evidentemente, suponiendo un equivocado manejo de la prueba, ha llevado a casar sentencias más no por ello a investigarse la posible comisión de un prevaricato.

Aparte de lo expuesto, insiste en el hecho de no haberse probado en el proceso, la existencia de un determinado móvil atribuible a la ponente como razón de ser para delinquir, pues apoyándose en autorizada doctrina extranjera, según la cual si éste no se prueba no hay delito, aunque no hay que llegar a esos extremos, asegura cómo no se

puede desconocer que existen delitos donde el móvil desempeña una función trascendental, como ocurre con el prevaricato. Y para que prevarique una persona como la Magistrada MONTTOYA, con 35 años de experiencia en el poder judicial, sin ninguna mancha en su hoja de vida y defendida hasta por la prensa de su región, resulta difícil imaginarlo, pues para qué va a querer torcerle el cuello a una providencia cuya legalidad está en debate.

Concluyó, así, sintetizando el enfoque que le dio MARY MONTTOYA DE FORERO, afirmándolo como válido para la toma de su decisión, pues no es descabellado desde el punto de vista de cómo se invirtió el dinero, con lo que no puede hablarse objetivamente de una manifiesta contradicción entre la providencia y las normas, así no se comparta, es claro que constituye una hipótesis válida para un juzgador frente a este caso; y de otra parte, tampoco están dadas las condiciones probatorias para tener por demostrado el dolo en el sentido de haber orientado su conducta a tergiversar intencionalmente el sentido del proceso para dictar providencia contra la ley y por ello pide se le absuelva (fls. 219 a 240, cdno. orig. Corte).

b) A su turno, el defensor del Magistrado PEROZZO GARCÍA, luego de resaltar las cualidades y la personalidad que dice caracterizan a su protegido judicial para que no se le considere como un prevaricador, sostuvo que en la sentencia de primera instancia se incurrió en una transcripción acrítica de la resolución de acusación, con una base fáctica errónea y sesgada, porque no es cierto que la investigación administrativa haya demostrado la inexistencia de explotación del predio El Vado, dado que las visitadoras jamás acudieron a él, mientras que en la inspección judicial sí se encontró que en el referido predio existían cultivos de maíz (2 hects.), 1.500 matas de tomate aproximadamente (750 mts.), yuca (0.42 hects.) en 2 lotes, con agricultura semipermanente de papaya (3.69 hects. en 5 lotes) y pastos naturales, explotados en la modalidad de aparcería, en plantaciones de antigüedad superior a los 2 años pero con afecciones de virosis, lo cual fue omitido por el a quo, pudiendo inducir en error al

Juez de segunda instancia, quien no podía pasar por alto esa prueba, sometiéndola al respectivo cuestionamiento a través de la sana crítica, como en efecto sucedió.

En la desordenada sentencia el juez de primer grado, dijo, apenas mencionó tangencialmente las explicaciones de los sindicatos en torno a tales tópicos, pero para descalificarlos con juicios de caprichosas argumentaciones, minimizando las explicaciones defensivas que suministraron sobre los contratos de aparcería que constituyeron la forma de explotación del predio para beneficio de la Fundación Estudiantil Futuro, olvidando, igualmente, que ello descartaba la apropiación de los dineros recibidos por auxilios, y que además, Darío Ordóñez Ortega permaneció varios meses secuestrado en poder de las FARC, como tampoco tuvo en cuenta el fracaso de los cultivos por razones climatológicas o fitopatológicas.

El fallo de segunda instancia no podía admitir esa calificación prejuiciada y acrítica de los argumentos defensivos, dejando de lado el in dubio pro reo, cuando fue con base en suposiciones y deducciones que el a quo tomó como maniobra el contrato de arrendamiento celebrado entre la Fundación y la madre de su Presidente y con afirmaciones no ciertas, pues la promesa se autenticó el 3 de agosto de 1.990 en la Notaría única del Círculo de Sardinata y no el 27 de febrero de 1.991, como lo afirmó el juzgado para sustentar el indicio del ánimo de apropiación configurante del peculado. El contrato de arrendamiento debía celebrarse forzosamente para dar aplicación a la promesa, además que la autenticación no era requisito de validez por ser un contrato meramente consensual, es decir, hubo seriedad mucho antes de los problemas relacionados con el manejo del auxilio, lo que desvirtuaba el indicio y lleva a que se caiga la inferencia de la apropiación, dado que el dinero se utilizó para el pago del arrendamiento, por manera que no podía pregonarse la no realización del pago a la arrendadora cuyo destino estaba en documento interpartes que ha de tenerse por auténtico, según lo consagrado en el Art. 252-1 del C. de P. C., amén de que hubo prueba de los pagos hechos a terceros y que eran válidos según el Art. 1634 del C. C.

La suma restante, añadió, bien podía ser consignada a la cuenta de su hijo Darío dada la ancianidad de la arrendadora y para utilizarlo en su provecho, pues pertenecía a su peculio particular y podía disponer a su libre arbitrio, revelándose así que lo que aparentemente era una escandalosa defraudación de bienes públicos no resultaba tal o al menos no había prueba sólida como lo estimaba el Juez de la primera instancia.

En relación con la inhabilidad a que se refirió la resolución de acusación existente entre el ex parlamentario y su señora madre, como ella no se mencionó en la sentencia revocada pero sí en la acusación contra los Magistrados, ella, afirmó este defensor, no tenía entidad penal per se ni podía ser objeto de debate por ser ajena a la revisión funcional del fallo, dada su limitación. Y aunque esa prohibición la hubiera tenido en cuenta la Sala como indicio para reforzar la intención presumida por el Juez, también cabía la interpretación de contraindicio, pues para qué disfrazar una maniobra en defraudar caudales públicos con un contrato ilegal, cuando podía realizarse con cualquiera de los restantes miembros de la Fundación.

Acto seguido, y luego de repasar el contexto del fallo objeto de revisión por los Magistrados ahora procesados, coligió, cómo, en su sentir, la argumentación del a quo es una típica petición de principio, llena de términos vagos e indeterminados, que la hace ambigua, imposibilitando de suyo su verificabilidad o refutabilidad, pues todo lo que contiene son motivaciones equívocas y de difícil comprensión, que es precisamente la razón por la cual solicitó en la audiencia se le diera lectura a ese fallo, pues de ella necesariamente se puede colegir, que en el intelecto de los Magistrados tenía que surgir la duda racional en torno a la apropiación de los dineros oficiales por parte de los procesados Darío Ordóñez y su madre, máxime cuando fue sometido a un examen “desprejuiciado y garantístico de los incompletos y ambiguos argumentos de la sentencia condenatoria revocada”, que ahora la Fiscalía refuerza con supuestos indicios, y sobre todo, para quien estaba imposibilitado de examinar detalladamente la actuación y debía atenerse a lo sustentado en la providencia que debía revisar y

el proyecto de la ponente, como era el caso de su defendido, quien llegó a esa duda, como fue suficientemente expuesta en el fallo absolutorio, comprensiva tanto de la materialidad naturalística de la conducta como de su subsunción jurídico penal.

Aparte de todo lo anterior, la sentencia de primera instancia aparecía contradictoria, pues mientras trata el tema del peculado por apropiación, en la misma se daba a entender que igualmente concurría con una destinación oficial diferente, e inclusive, termina refiriéndose a una desviación hacia un peculado culposo porque la Contraloría había avalado el arrendamiento dentro del plan de inversión y declarado ajustado a la Ley orgánica del Presupuesto, Ley 25 de 1.977. En esas condiciones, prosiguió el defensor, encontrándose el asunto para fallo de segunda instancia, es claro que al Tribunal no le correspondía otra cosa que actuar como lo hizo, con una absolución por cargo anfibológicamente deducido y no comprobado, pues no podía condenar por hipótesis delictual diferente de la que se insinuaba en la acusación, como ahora lo pretende la Fiscalía, ya que tampoco estaba demostrada la tipicidad de alguna de esas últimas conductas, pues a diferencia de lo sostenido por el ente acusador, reitera, en el plan de inversión quedó consagrado el “arrendamiento de predio rural” y en eso se hizo la inversión.

Así, y pasando al aspecto subjetivo del delito que lleva a la configuración del prevaricato, concluyó, que, en estas condiciones, el análisis que hicieron los Magistrados encausados necesariamente los tenía que llevar a conclusiones contrarias a las del fallador de primera instancia, suscitándose en ellos un estado de duda sobre la configuración típica del hecho imputado y la responsabilidad de los acusados, más aún, cuando no existía en ellos motivos de afección o intimidad con el ex congresista; por el contrario, como sucedió con el doctor ANGARITA ZERPA, se suscitaron discrepancias que inclusive llegaron a estrados judiciales, por todo eso termina solicitando la absolución para su protegido (fls. 107 a 123 y 263 a 295, cdno. orig. de la Corte).

c) Finalmente, para el defensor del doctor ANGARITA ZERPA, siendo imperativo en este caso, tener en cuenta que su defendido no era el ponente sino que entró accidentalmente a integrar la Sala por las circunstancias ya conocidas, confiando en el juicio y criterio analítico de su colega PEROZZO, con quien analizó y estudió algunas pruebas del expediente y encontró que correspondían a lo que él tenía como fenómeno del conocimiento, llegando a una duda, lo importante es precisar que la esencia de lo fáctico está en el contrato de arrendamiento que se ha tenido como simulado en la acusación y que los procesados estimaron como verdadero, pues es por esta vía, que unos han creído que hubo apropiación indebida porque no se cumplió la finalidad del auxilio, mientras que para otros, fue un cumplimiento correspondiente con la finalidad del auxilio mediante la intención de explotar el predio para adquirir recursos frente a la obligación de cumplir la finalidad propuesta.

Partiendo entonces del criterio de certeza, sostiene, no se puede decir que las aseveraciones de los encausados sean opuestas a la ley; por el contrario, lo son conforme a ella, pues corresponden a la convicción que tenían sobre el asunto a fallar, ya que el proceso de juzgar y conocer no es externo sino interno, propio y personalísimo, razón por la cual, los Magistrados no podían tener la misma certeza que hoy tengan sus acusadores, ya que no basta afirmar qué podían hacer o pensar o examinar de otra manera, sino que ha de verse si al examinarlos en su interior tenían un conocimiento adecuado o la certeza que exigía el artículo 247 del C. de P. P. aplicado al caso. Por eso, explicó, la providencia se erigió sobre la duda, que no surge de las cosas, ni de los objetos y menos de las pruebas, sino del criterio del hombre, quien es el que reflexiona sobre las cosas externas para tomar una posición frente a ellas.

Es el examen de las pruebas y el análisis que de las mismas se hace lo que lleva al sujeto a dudar y con dudar no se contraviene la ley, porque es un fenómeno interior, subjetivo y personalísimo. Es la regla: si hay duda, hay que absolver, que no es otra cosa que la afirmación de la presunción de inocencia que consagra la Constitución

política y las sociedades democráticas.

Con este concepto, la única manera para afirmar que los Magistrados delinquieron es decir que no dudaron, que son hipócritas, perversos y mentirosos y que en la providencia consagraron una falsedad inmensa al decir que tenían duda, cuando como se afirmó en providencia de junio 26 de 1.998, de la cual fue ponente el Magistrado Gómez Gallego, si se parte del supuesto que no se ha mentido y hubo duda, se obró conforme a la ley y hay que absolver porque no se tenía certeza.

En la suposición, agregó, que el reproche no se haga radicar en la duda a que llegaron los acusados al momento de decidir en su interior, sino en un juicio ex post de la conducta por no examinar bien el proceso, es claro que, RAFAEL ANGARITA miró unas pruebas porque no era el ponente y confió en el juicio jurídico de PEROZZO, quien dijo haber examinado el proceso, como igualmente debió hacerlo la ponente, y todos tres llegaron a una conclusión y era que tenían duda. Entonces, se pregunta: ¿Quién es el juez para decir que no podían dudar?. ¿Y con la personalidad y tantos años de servicio de RAFAEL ANGARITA, hay bases para negar lo que éste y sus compañeros afirmaron que tuvieron duda?. La verdad es, se responde, que no hay prueba para desvirtuar la credibilidad que éstos merecen y si dijeron que dudaron nunca prevaricaron, pues ello los tenía que llevar a absolver. Es más, puede haber duda con un buen examen de la prueba, con un deficiente examen de la prueba o con una deficiente mención de la prueba, pero ello no legitima al juez para decir que se ha prevaricado. Podríamos decir que ante la contundencia de la prueba no se podía dudar, pero ese es nuestro juicio, no el de ellos. Cuanto más puede reprocharse un mal examen, que no lo hicieron con la suficiencia necesaria, colige, pero eso no constituye prevaricato.

Seguidamente y luego de referirse a la personalidad de su defendido, de resaltar su calidad de servidor judicial por más de 30 años, centrando su intervención sobre los hechos objeto de cuestionamiento, deja sentado que en el plan de inversión del auxilio

que se presentó a la Contraloría General de la República se definió un rubro correspondiente como arrendamiento de predio rural, otro como salario de docentes, uno más como ayudas educativas y otro para papelería, y por ello, el gestor del auxilio lo utilizó para tomar en arrendamiento un predio rural, que según su explicación era para sostener la educación popular en el municipio con los rendimientos de la producción que generara la finca respectiva, que tenía una extensión de 162 hectáreas. El arriendo fue por 30 millones de pesos, con Ernestina Ortega de Ordóñez, allí hubo cultivos de papayo, tomate, algunas crías ganaderas y explotación de leche, pero los planes no dieron los resultados de éxito que se esperaban por razones climatológicas y del terreno, además que la arrendadora autorizó a su hijo para que le manejara los recursos del arriendo.

Estos hechos, agregó, fueron los que analizaron los Magistrados, hoy procesados, concluyendo la existencia de la posibilidad probada de que los auxilios sí se destinaron a la finalidad proyectada de modo indirecto y que dado el supuesto de la rentabilidad esperada se satisfaría el propósito de las ayudas educativas, con lo cual se desvirtuaba, prima facie, el cargo de apropiación, pues el alcance fiscal del auxilio se hizo por falta de estudio y no porque las ayudas no hubieran llegado a las personas destinatarias. Y fue la razón de la absolución, pues en el análisis de las pruebas presentadas por el procesado y su defensor no hallaron que fueran desvirtuadas en forma clara y que apenas en el puro razonamiento abstracto se dijo en la sentencia de primera instancia el contrato por los 30 millones de pesos era aparente o supuesto, a más que respecto de las ayudas por \$1'500.000 se demostró que los hermanos Ordóñez Niño y Fanny Carrillo de Cárdenas sí adelantaron los estudios por los cuales se les auxilió en los años de 1.990 y 1.991.

Admite que la Magistrada ponente al recibir el proceso elaboró el proyecto de confirmación que registró el 24 de octubre de 1.994, pero para ese entonces el doctor ANGARITA no hacía parte de la Sala pues entró a ella el 25 de febrero de 1.995, por impedimento de un

colega que la integraba. Por eso no participó ni conoció de la actuación antes de esa fecha, es decir, no conoció proyecto alguno de confirmación redactado por la ponente, como ella lo planteó en ampliación de injurada y de manera imprecisa. Como borrador que fue se destruyó y por la duda que le fue naciendo a la ponente elaboró el proyecto de absolución que firmó la Sala, pero sustentado en la duda para condenar a Darío Ordóñez Ortega y su madre, teniendo en cuenta como pruebas la promesa de contrato de arrendamiento, el contrato, la inspección judicial al sitio del arriendo donde aparecía constancia de cultivos, una pericia que mostraba que el mismo era cultivable bajo ciertas condiciones técnicas, declaraciones de varios aparceros que ratificaron la condición de los cultivos, un documento anexo sobre entrega de 12 hectáreas que la arrendadora se había reservado, y por todo ello, como lo dice la misma sentencia absolutoria y lo explicaron los Magistrados en sus indagatorias, si bien había pruebas de cargo que permitían la probabilidad de la acusación, también existían “contrapruebas” o “pruebas de descargo” que no habían sido desvirtuadas plenamente y permitían el surgimiento de una duda sobre la apropiación, esto es, que en la comprensión de los Magistrados, no hubo apropiación sino inversión incorrecta, sin beneficio personal para el gestor. El dinero pagado a la arrendadora ya no era un auxilio sino recursos de ella, que no debía confundirse con el mismo.

Así y bajo el entendido, siguiendo a Mezger, que el prevaricato es un tipo penal de sentido final en el que cuenta la voluntad del autor y “visto que Soler ha dicho que la prevaricación consiste en la contradicción entre el derecho declarado en la providencia y el conocido por su autor (los Magistrados), no cabe el prevaricato cuando exista una fundamentación al menos atendible en la decisión de los Magistrados y su motivación: se trató de un problema de selección de aserciones, en que la Sala no pudo escoger una alternativa, porque estos conflictos internos de conocimiento siempre se han resuelto con la prevalencia del principio de inocencia, dado que el Estado no alcanza a desvirtuarlo con demostración positiva empírica. De ahí que

si no había un estado de certeza sino de duda, la Sala no podía confirmar la condena, pues los argumentos fácticos y probatorios de primera instancia no fueron creídos por el ad quem en la valoración de segundo grado que les es propio. La duda, insiste, no está afuera, ni en la prueba ni en el expediente, sino en el fuero interno del juez al momento de firmar una decisión. Y al no llegar los Magistrados acusados a un grado de certeza solo les quedaba aplicar la regla constitucional y legal del in dubio pro reo, que no es otra cosa que el principio de inocencia en funcionamiento”.

En estas condiciones y reiterando, con base en el concepto filosófico de la duda, que un tercero no puede negar a otro que esté dudando, pues, “el conocer no puede ser regido por el conocer de otro sujeto extraño a la relación de inmediación del objeto conocido y el sujeto que conoce en forma directa y personal la materia sobre la cual ejerce su función de sujeto racional del conocimiento”, si no se admitiere la corrección de su juicio, el de su defendido, ello debe ser visto, agrega, como un error en la acción, ya que las indagatorias así lo muestran, porque, “es evidente, que ni el error, ni la interpretación, ni la ignorancia, permiten surgimiento del delito de prevaricato. El doctor ANGARITA afirma que el error aleja el dolo”. Y si erró al dudar, “es evidente que no tuvo la voluntad de faltar al examen correcto de los hechos ni de la ley aplicable”, con lo cual solicita su absolución (fls. 81 a 97 y 302 a 330).

CONSIDERACIONES:

1. Por descontada la competencia que tiene la Corte para proferir la sentencia de única instancia que defina finalmente la situación jurídica de los doctores MARY MONTOYA DE FORERO, NÉSTOR ELÍ PEROZZO GARCÍA y RAFAEL ANGARITA ZERPA, dado que vienen acusados en calidad de Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, y por ende, sometidos al fuero especial previsto en el numeral 4°, Art. 235 de la C. P., en armonía con el numeral 6°, Art. 75 del C. de P. P., se tiene que la acusación elevada por el Fiscal General de la Nación contra estos Magistrados mediante

resolución del 27 de abril de 1.999, lo ha sido como presuntos responsables de delito de Prevaricato por Acción previsto exclusivamente en el Art. 149 del Decreto 100 de 1.980, dado que para el momento de la realización de la conducta imputada, la Ley 190 de 1.995 modificatoria en su Art. 28 de este precepto, que torna más gravosa la pena, aún no había entrado en vigencia, pues empezó a regir el 6 de junio de 1.995 y el cargo a ellos formulado está circunscrito a la sentencia de segunda instancia que suscribieron el 21 de marzo del mismo año, por medio de la cual revocaron la de primer grado dictada por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cúcuta, que condenó a Darío Alberto Ordóñez Ortega y María Ernestina Ortega de Ordóñez, como autor y cómplice de ilícito de Peculado por extensión en la modalidad de apropiación, respectivamente, para en su lugar, absolverlos, no siendo tampoco aplicable a este caso el nuevo C. P., Ley 599 de 2.000, en la medida en que también resulta punitivamente más grave la pena a imponer en relación con las sanciones establecidas en el primigenio texto del hoy derogado Estatuto Punitivo.

2. Así, bajo este marco fáctico, se tiene que a Darío Alberto Ordóñez Ortega y María Ernestina Ortega de Ordóñez se les adelantó investigación penal y formuló resolución de acusación, como presuntos autor y cómplice de ilícito de Peculado por extensión, en la modalidad de apropiación, por cuanto, una vez que aquél, en su condición de Representante a la Cámara de Representantes por la circunscripción electoral de Norte de Santander, obtuvo en el año de 1.989 que para la vigencia de 1.990 el Congreso de la República le aprobara un auxilio por suma de \$36'688.000 con fines educativos e imputables al presupuesto del Ministerio de Educación, conforme al ordinal 54, artículo 44, sub-ordinal 001, que sería manejado por la Fundación Estudiantil Futuro, creada por el mismo Darío Alberto Ordóñez Ortega con el objeto de apoyar la educación popular, conformada por él como Presidente, Pedro José Hernández Moncada como vicepresidente, Gerardo Alberto Ordóñez, médico cirujano e hijo de aquél como Secretario general y Luis Enrique Galvis Peña en calidad de Tesorero, con sede en Bogotá o cualquier otra parte del territorio nacional, siéndole reconocida su personería jurídica el 25 de mayo de 1.990,

por la Alcaldía Mayor de Bogotá.

No obstante, esos fines no se cumplieron, pues, se estableció que el 3 de agosto de 1.990, Darío Alberto Ordóñez Ortega abrió la cuenta 680-15775-3 en el Banco Popular sucursal CAN de esta ciudad para el manejo del referido auxilio que le fue girado tres días después, fecha en la cual libró cheques por valores de \$3'700.000, \$600.000, \$8'000.000, \$85.000 a favor de Martín Corredor, Eliodoro Montaña, Alirio Lindarte y Pedro José Hernández Moncada, respectivamente, y otro por la suma de \$17'900.000, consignado en la cuenta personal que tenía en la Corporación de Ahorro y Vivienda CONAVI, cancelando la primera el 11 de diciembre de 1.990, habiéndose suscrito, el mismo 3 de agosto, una promesa de arrendamiento de 150 hectáreas de terreno de la finca El Vado, ubicada en el Municipio de Sardinata, por valor de \$30'000.000 y con plazo de 30 meses, entre el vicepresidente de la Fundación y María Ernestina Ortega de Ordóñez, madre del ex Congresista, la cual se perfeccionó en un documento pro-forma para "Contrato de arrendamiento para vivienda urbana", el 6 de igual mes y año, esto es, cuando se recibió el dinero del auxilio, pero esta vez entre la promitente arrendadora y Darío Alberto Ordóñez Ortega, sin entregarle el dinero, autenticando sus firmas sólo hasta el 27 de febrero de 1.991.

3. Con base en estos hechos, el Juez Sexto Penal del Circuito de Cúcuta, el 24 de junio de 1.994 profirió en contra de Darío Alberto Ordóñez Ortega y María Ernestina Ortega de Ordóñez el referido fallo condenatorio, no admitiendo, bajo un análisis racional y jurídico de las pruebas, los argumentos defensivos expuestos por los defensores, tendientes a que dándoles total credibilidad a las explicaciones expuestas por los procesados, se justificara el fin que se le dio a los auxilios en cuestión, ya que dejando claro que éstas sólo correspondían a una coartada de última hora, pues el hecho de que la inculpada no hubiese inicialmente recordado los fines para los cuales autorizó a su hijo para que gastara el dinero objeto del referido contrato de arrendamiento, y cuando en su inculpada lo hizo fue leyendo las anotaciones que al respecto llevaba, la ausencia de

los cultivos para cuando se adelantó la investigación fiscal por parte de la Contraloría, que se afirmó eran para generar una inversión a favor de la Fundación, el haber adelantado el pago de maestros y precisamente para el colegio de su propiedad, el beneficiar con auxilios educativos a sus sobrinos, la ausencia de soportes contables, la tardanza en la autenticación de las firmas del contrato de arrendamiento, que lo fue ya cuando era investigado fiscalmente, el fijar como dirección de la Fundación el Congreso de la República, la cancelación de la cuenta corriente abierta para depositar el dinero del auxilio sólo pocos meses después de haberla abierto, habiendo consignado en su cuenta personal buena parte del mismo, la realidad era que con la colaboración de su progenitora, Ordóñez Ortega, se había apropiado de la casi totalidad del auxilio, esto es, de la suma por la cual le hizo cargos la Contraloría, \$31'500.000, reuniéndose así, con certeza, los requisitos exigidos para condenar por el Art. 247 del C. de P. P. de 1.991, vigente para ese entonces.

4. No obstante, para los Magistrados acusados, esta decisión debía ser revocada, como en efecto lo fue, por cuanto, al contrario de lo concluido por el a quo, había duda sobre la apropiación de los referidos auxilios por parte de los inculcados, pues existía prueba que demostraba la destinación ordenada por el "Plan de Inversión", como el contrato de arrendamiento celebrado por la Fundación presidida por Ordóñez Ortega y su progenitora y la supuesta producción agrícola que se estaba cultivando en ese predio rural, al igual que sobre los pagos a los maestros, las ayudas económicas para educación y los gastos de papelería, lo cual se tornaba imperativo, por mandato legal, tener en cuenta, ya que de no hacerlo se estaría dejando de lado las explicaciones suministradas por los inculcados para justificar las conductas a ellos atribuidas por ser presuntamente ilegales.

5. Fue así, entonces, la duda probatoria, la que según los acusados, y en el cual se ha insistido dentro de este proceso, con énfasis en la audiencia pública, la razón jurídica por la que procedieron a revocar la condena objeto de su revisión en segunda instancia, la cual, afirman, por primar ante cualquier otra clase de decisión en el proceso penal, se

imponía reconocer, pues si el juzgador llega a esa conclusión, es su obligación legal declararla. Y claro está, que desde un punto de vista teórico-abstracto, les asiste toda la razón legal y jurídica a los Magistrados, en cuanto se refiere a la validez de este postulado, pues un tal principio corresponde no únicamente a un imperativo constitucional y legal, sino precisamente, a uno de los postulados máximos que gobiernan la valoración probatoria y en general el proceso penal.

Pero, claro está, que el reconocimiento de un tal principio probatorio, en ninguna forma está significando que para su aplicación sea suficiente su sola afirmación, desconociendo que la contradicción subyacente en el proceso de valoración probatoria se quede en la dinámica primaria de su aducción, ya que, precisamente, su máxima expresión dialéctica se encuentra es en el juicio que de ellas debe hacer el juzgador, quien como titular de la jurisdicción es el que debe confrontar en su integridad los elementos probatorios allegados legalmente al proceso, para con fundamento y límite en la sana crítica, excepción hecha de aquellos casos en los que eventualmente la ley les reconozca tarifa legal, colija cuáles ameritan probar un hecho y cuáles no, labor intelectual esta que le impone una apreciación, inicialmente individual, pero, acto seguido, como en todo proceso analítico, confrontativa con el universo probatorio válidamente aportado al proceso, única forma de establecer la verdad procesal, pues el grado de certeza no puede ser abstracto sino referido a un objeto determinado, esto es, que el juicio probatorio imprescindiblemente debe fundamentarse en los medios de prueba dinamizados en la correspondiente actividad procesal, resultando intrascendente la sola afirmación de certeza o duda, según el caso, pues lo que importa es su demostración.

6. Este procedimiento, impone, entonces, la elaboración de un juicio probatorio, que de suyo, conlleva un raciocinio, una conclusión, que en el campo valorativo viene a significar la convicción que se tenga sobre la existencia de un hecho o su negación, con el ítem de que en punto de la actividad probatoria procesal, su apreciación no puede partir de

hipótesis, sino de hechos probados, los que contradictoriamente valorados, permitan o que todos los medios obtenidos para su demostración conduzcan a una sola verdad o que, por el contrario, su conjunto haga que, de la misma forma, con base en la lógica, la ciencia y la experiencia común, unos de ellos sucumban frente al objeto por demostrar, o que quedando los dos extremos en igual grado de credibilidad, imposibiliten llegar a la certeza sobre la existencia de una determinada conducta, de un hecho o de un preciso fenómeno, pudiendo, entonces, llegarse a uno de los dos extremos viables, o la certeza o la duda de su inexistencia.

7. En todo caso, sea que el sujeto cognoscente llegue a uno y otro grado de credibilidad, lo que no puede ser jurídicamente admisible es que, a priori, se pueda privilegiar el valor de una determinada prueba, dejando de lado la imprescindible confrontación que se impone concretar con la integridad de su conjunto, ya que cada una de ellas puede contener una verdad, o más precisamente, dar origen a un criterio de verdad, que como tal debe estar predispuesto a ser confrontado con los demás, para que en su universo, integrados todos, sea dable deslindar los que puedan calificarse de lógicos, no contrarios a la ciencia ni a la experiencia, y descartar aquellos que se escapan a estos cánones exigidos por la ley para efectos de la apreciación probatoria, y así, de ellos, sí inferir la conclusión que irá a producir una determinada relevancia jurídica, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, por haberse llegado a la certeza sobre el objeto que se pretende demostrar, o por el contrario, a la duda sobre el mismo.

8. Sin embargo, y a pesar de que éste fue el método y procedimiento analítico puesto en práctica por el Juez Sexto Penal del Circuito de Cúcuta al dictar el fallo objeto de apelación, en el cual descartó la duda por haber llegado a la certeza sobre la existencia del delito objeto de acusación y la atribución de responsabilidad a los procesados, Darío Alberto Ordóñez Ortega y su progenitora, como autor y cómplice del delito de peculado por extensión en la modalidad de apropiación, respectivamente, los doctores MONTOYA DE FORERO, PEROZZO GARCÍA y ANGARITA ZERPA, cercenando la unidad

probatoria y contrariando precisamente el postulado que han dicho había desconocido el juez, y que por tanto, pretendían corregir, toda vez que, bajo el hipotético supuesto de que el a quo había dejado de lado las explicaciones de los procesados a la hora de valorar las pruebas aportadas al proceso, cuando era su obligación valorarlas con igual celo, eso fue lo que ellos hicieron, ya que, al centrar y agotar el análisis probatorio en el contrato de arrendamiento del ya mencionado predio rural y en los supuestos beneficios que podrían de ese acto emanar, terminaron desconociendo el objeto mismo de la investigación, el cual no era otro distinto que el de demostrar si efectivamente el doctor Ordóñez Ortega había invertido legalmente el auxilio en cuestión, es decir, si el objetivo para el cual fue solicitado y otorgado se cumplió, o si, contrario sensu, tomó otro rumbo, desde luego, no autorizado por la normatividad positiva que para esa época lo regulaba, y para lo cual, en el expediente existían más pruebas, que imprescindiblemente había que valorarlas y confrontarlas, aplicando los criterios que imponen la sana crítica, que no es nada distinto en la explicación de su nominación y en busca de sus contenidos y fines, que el sometimiento de las pruebas a las leyes o reglas que regulan el razonamiento deductivo, los fenómenos materiales y las conductas frente a la sociedad, de acuerdo a lo admitido por ella misma para hacer viable su existencia y verificación de sus comunes objetivos, todo cumplido en forma “sana”, esto es, bajo la premisa de reglas generales admitidas como aplicables, y “crítica”, es decir, que con base en ellos los hechos objeto de valoración, entendidos como “criterios de verdad”, sean confrontados para establecer si un hecho y acción determinada pudo suceder, o si ello fue posible de una u otra manera, explicable dentro de las reglas de la lógica, de la ciencia y la experiencia, no ante la personalísima forma de ver cada uno la realidad, sino frente a estos postulados generales que rigen el razonamiento, las transformaciones materiales y la vida social, formal y dialécticamente comprendidos.

9. Es que, constituyendo la certeza un íntimo convencimiento sobre un determinado objeto del conocimiento, negativo o positivo, producto de una elaboración mental,

pero fundamentada, para los efectos jurídicos de que aquí se trata, en elementos objetivos, como es la prueba obrante en el proceso y las reglas o leyes igualmente conocidas y de imperativa aplicación, es claro que sin violentar el ámbito propio de lo estrictamente subjetivo, esto es, el criterio de valor colegido, la falsedad de la conclusión deviene, bien por la imposibilidad que tenía el sujeto cognoscente de llegar al criterio de verdad proclamado, precisamente por haberse desconocido o alterado el objeto de conocimiento o las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia imperativas para su valoración, decayendo, de suyo, la certeza argüida, en la medida en que ella no sería predicable del objeto de apreciación, sino de otro, o porque al ser reglado el método a utilizar para ello, se habría recurrido a otro o éste estaría desfigurado, pues, en derecho probatorio y específicamente en materia penal, la valoración de las pruebas no es libre, es reglada, tanto en cuanto se refiere al objeto de apreciación que no es libre, pues está constituido por todo el haber probatorio legalmente aducido al proceso, como en relación al método con el cual debe llevarse a efecto esa valoración, que como se ha visto, es, salvo excepción en contrario, el de la sana crítica.

No se trata, entonces, frente a estos grados del conocimiento, de cubrirlos con un manto de absoluto subjetivismo, carente de su objetivo sustento, que los haría incontestables, convirtiéndolos en cuanto a la problemática probatoria se refiere, en una especie de “verdad sabida y buena fe guardada”, o más estrictamente, en el reconocimiento de verdades absolutas e irrefutables, para tornar en incontrolable la función juzgadora, dejada a la postre al arbitrio del administrador de justicia, convirtiendo, asimismo, en innecesarias las pruebas allegadas precisamente como sustento del juicio y base del mismo, sino, por el contrario, de tener claro, que se trata de un grado del conocimiento al que se llega partiendo de una base objetiva, de suyo, constatable.

10. Por tanto, siendo dable, entonces, refutar un juicio de certeza por vicio en sus fundamentos o por el método aplicado para llegar a ella, como igual sería frente a la duda, sin que en eso incida negativamente el medio por el cual se llegue, esto es, que lo haya

sido en forma directa, porque a una determinada prueba, cierta en sí misma, previa confrontación integral con las demás, así lo permita, o indirectamente, es decir, acudiendo a la inferencia indiciaria, pues, para los dos eventos se requiere la apreciación de la integridad probatoria y su valoración de acuerdo con las ya referidas reglas de la sana crítica, no resulta admisible que las decisiones tomadas por un juez sean insondables e imposibles de ser confrontadas en orden a establecer su legalidad, ya que, si por el propio mandato normativo le es obligatorio integrar el universo probatorio por todos los medios de convicción legalmente aportados al proceso, y dolosamente lo sesga, esto es, únicamente valora las que arbitrariamente quiere, sabedor de que así está violando el mandato positivo que se lo prohíbe, es claro, que en ninguna forma puede afirmarse que por ser el juicio de certeza una actividad intelectual, la conclusión que la manifiesta no sea posible de ser desvirtuada, pues lo que sucede es que cuando ello se constata, lo inferido nunca puede corresponder a la verdad que constituye el supuesto de la certeza, o a su negación, y objetivamente se puede demostrar su ilegalidad por haberse desconocido la prueba o parte de ella, llegando en estas condiciones, a un juicio ilegal.

11. Y, si, como se predica en este caso, el conocimiento sobre el objeto no le brinda al sujeto, en estos eventos al juez, los elementos necesarios para afirmar o negar su existencia o sus cualidades, quedando en el intermedio de la duda, aquí igualmente, no puede afirmarse que como tal, tampoco es dable censurarla o desvirtuarla o demostrar que un corolario de esta clase pudo ser ilegal, ya que no se está juzgando el intangible intelecto en su último convencimiento en cuanto a la toma de posición, en su raciocinio, sino el cómo se llegó a ese estado de duda, esto es, el constatar si su supuesto fáctico base de la inferencia se ha integrado de acuerdo a la ley, ya que de no ser así, esa duda no podría ser predicada de la unidad constitutiva de la premisa respecto de la cual la norma positiva se la reconoce, sino que viene a convertirse en un caprichoso proceso valorativo de la prueba creado ilegalmente por el administrador de justicia precisamente

para violar la propia ley, al igual que sucedería, cuando no obstante haberse respetado el universo probatorio, se establece que se ha desconocido, omitiendo o tergiversando las reglas lógicas o las leyes de la ciencia aplicables al caso o la experiencia común no excepcionada a la conducta objeto de confrontación legal.

12. De ahí que sofístico resulte afirmar, según suele hacerse, y este caso no es la excepción, como ha quedado reseñado en las intervenciones defensivas, especialmente en la de la Magistrada MONTROYA DE FORERO, que la manifestación de la duda por parte de los juzgadores no pueda ser objeto de cuestionamiento y discrepancia, y por ende, camino vedado para que pueda ser un medio prevaricador, por cuanto, “la duda es de cada uno” y “cada cual tiene su propia duda”, ya que, en el ámbito de lo jurídico, la problemática se muestra como diversa, habida cuenta que, los supuestos para llegar a la toma de posición, están normatizados, son imperativos y, por ello, es obligatorio tomarlos de acuerdo con el mandato positivo.

13. Aquí, el a quo, con base en los hechos ya expuestos, que encuentran certera fuente en la prueba documental y testimonial aportada al proceso, tal como oportunamente se ha precisado, infirió en el precitado fallo condenatorio de primer grado, la no existencia del menor asomo de duda respecto a la tipicidad del peculado por extensión en la modalidad de apropiación objeto de la acusación, al igual que de la autoría del mismo hecho punible en cabeza de Darío Alberto Ordóñez Ortega y de su progenitora en calidad de cómplice, por cuanto el conjunto probatorio demostraba que este procesado, valido para ese entonces, de su condición de Representante a la Cámara por la circunscripción electoral de Norte de Santander, desde el momento mismo en que solicitó el auxilio a ese Cuerpo Legislativo ya tenía fijado “su propósito del fin delictivo”, esto es, la apropiación para sí de esos dineros, pues logró que el Congreso de la República le aprobara el referido auxilio por la suma de \$36'688.000 con destino a una fundación, que para el momento de la gestión ni siquiera existía jurídicamente, pues la personería de la Fundación Estudiantil Futuro de Cúcuta, apenas se le otorgó el 25 de mayo de 1.990,

conforme da cuenta de ello no solo la investigación administrativa adelantada por funcionarios de la Contraloría General de la República, sino también la documentación que sirvió de sustento para la misma, y acto seguido, figurando él como su presidente e integrando el cuadro directivo de la misma con uno de sus hijos y otras personas de rango inferior que habían laborado en el Congreso de la República, fijando como sede principal de dicha Fundación una de las oficinas del mismo ente congresional, cuando para entonces sabía que no sería ya parlamentario, pues su investidura solo iba hasta el 19 de julio de 1.990, abrió la cuenta corriente de la Fundación en la sucursal CAN del Banco Popular de esta ciudad el 3 de agosto de 1.990, es decir, el mismo día en que el Vicepresidente de la Fundación firmó la referida promesa de arrendamiento del predio rural El Vado con la madre de aquél y el mismo día en que recibió el valor del auxilio copó el mismo con el giro de varios cheques destinados no propiamente al objetivo de la Fundación, procediendo a los cuatro meses, en diciembre 11 de 1.990, a su cancelación.

Y, acreditado con la investigación inicial de carácter administrativo que para cuando la misma se inició, no existía sede definida de esa Fundación, que su Tesorero no apareció por parte alguna y que no se llevaban libros contables ni hubo presentación de soportes que ilustraran el manejo dado al alcance imputado de \$31'500.000 que se le dedujo del auxilio recibido, pues sólo se contaba para ese entonces con la promesa del contrato de arrendamiento, cuyas firmas únicamente vinieron a ser autenticadas en la Notaría única del Circulo de Sardinata el 21 de febrero de 1.991, para cuando ya se hallaba en curso la averiguación iniciada en la Contraloría General de la República, era lo imperativo colegir como no creíble, que se trataba de una simple coartada la pretendida explicación de Ordóñez Ortega respecto a que se había cumplido con el fin del auxilio porque el dinero se invirtió en el arriendo de un lote de terreno de gran extensión, lo cual habría sido por 30 meses, pues, aquí el contrato no fue celebrado con cualquier persona desconocida sino precisamente con su propia madre, cancelándole

hipotéticamente los \$30'000.000 por adelantado como cánones, cuando sabía, porque no podía desconocerlo dado los vínculos familiares, que con esa negociación estaba desapareciendo la posibilidad de cumplir con el objeto del auxilio, ya que ese inmueble había sido de propiedad de su familia, comprado a la Fundación Raimundo Ordóñez Yáñez por \$6'000.000, como igualmente sabía por igual razón, la improductividad del predio, hasta el punto de que las únicas 12 hectáreas cultivables y provistas de agua se las reservó la arrendadora, con el agregado, de que para cuando se llevó a cabo la investigación de la Contraloría, siete meses después de entregado el auxilio, no existían cultivos de ninguna naturaleza, pues, las explicaciones de algunas plantaciones y frutos de ganadería lo fueron con posterioridad, con el plus de que al carecer de recursos económicos la recién creada Fundación, ya que en esas condiciones no podía tenerlos, el pretendido mejoramiento del terreno para hacerlo productivo no iba a ser posible, sin que el hecho de que la arrendadora hubiere cedido inusitadamente las 12 únicas hectáreas productivas haya permitido cambiar la situación, pues esto sucedió cuando estaba en curso la investigación administrativa, esto es, para hacer creer que ese terreno estaba en condiciones de autosuficiencia, produciendo recursos, con lo cual se demostraba la bondad de la inversión, fuera de que, como lo enfatizó el Fiscal General en la acusación a los Magistrados, la referida contratación entre madre e hijo estaba expresamente prohibida por el Art. 7º de la Ley 30 de 1.978, al igual que los auxilios educativos a sus sobrinos.

Fue, entonces, ante este marco probatorio que el Juez Sexto Penal del Circuito de Cúcuta, entendió que el referido contrato sólo constituía una mera instrumentalización de la ley, y en ninguna forma porque apriorísticamente lo haya dejado de lado, sino que, por el contrario reconociendo su existencia lo ubicó probatoriamente donde correspondía, esto es, como medio delictivo, con el cual se pretendía darle apariencia de legalidad a la indebida apropiación del auxilio en la cuantía superior a los \$30.000.000, ya precisada, toda vez, que si bien en principio podía afirmarse que formalmente cumplía con las

exigencia de ley, y que igualmente resultaría jurídico el hecho de que la madre del ex congresista no recibiera físicamente el dinero sino que lo dejara a su hijo para que le hiciera las inversiones y pagos a que se refieren estos procesados, la realidad probatoria demostraba que esto no sucedió, pues, el mismo día que recibió los dineros del auxilio Ordóñez Ortega abrió una cuenta personal en CONAVI, el día 6 de agosto del referido año celebró el contrato de arrendamiento del mencionado predio rural con su mamá y \$17'000.000 los depositó a su favor, cancelando salarios a profesores del colegio de su propiedad también por adelantado, resultando las presuntas inversiones en compra de ganado y vehículos, curiosamente, todas fallidas, pues los vacunos se dice murieron y los automotores dañados y con situaciones no claras.

14. Sin embargo, y no obstante esta integral valoración probatoria, los Magistrados ahora acusados, decidieron desconocer el contenido del fallo del a quo y de suyo la prueba que lo sustentaba, para afirmar falazmente que en él se había parcelado la unidad probatoria, al no valorar las explicaciones de los inculcados, razón por la cual, según se dijo y se ha insistido en ello, como jueces ad quem tenían que enmendar el yerro, pues, esa era su función y su deber, y bajo este imperativo, que aquí emerge como un pretexto, limitando prácticamente el análisis al referido contrato de arrendamiento y a la demostración de los también ya mencionados cultivos, para deducir de allí la presunta inversión del auxilio gestionado por el doctor Ordóñez Ortega, dejando al margen el “objeto del conocimiento” que les era inmodificable para efectos de su valoración, aducido contradictoriamente por ellos como desconocido por el a quo, y que en este caso estaba dado por las pruebas debidamente allegadas al proceso demostrativas del conjunto de hechos indicadores, concordantes y convergentes, que ineludiblemente conducían a inferir la tipicidad del peculado imputado y su autoría por parte de Ordóñez Ortega y la complicidad de su progenitora, desvirtuando las inconsistentes exculpaciones de los inculcados, pues precisamente con fundamento en ellas, sin gran esfuerzo intelectual, se establecía que desde la misma gestación en la consecución y aprobación

del auxilio se vislumbraba la idea de la apropiación que finalmente se llevó a cabo.

Así, establecido en ese proceso, la creación a posteriori de una Fundación Estudiantil que en ningún momento cumplió la finalidad de la ayuda estatal para la divulgación cultural; el hecho de que dicha Fundación fuese creada, dirigida y conformada por un ente directivo elegido a su amañó por Ordóñez Ortega e integrado por personas que posiblemente habían sido empleados suyos cuando fue congresista, y entre ellos su propio hijo, lo cual los hacía fácilmente manejables; el haber quedado los recursos a su disposición, habiendo sido su gestor, llegando hasta depositar en su cuenta personal parte de ellos; el hecho de que la Fundación tampoco se ajustara a la reglamentación de ley sobre distribución de recursos, toda vez, que ni siquiera poseía libros contables ni soportes en debida forma, cuya sede se fijó, además, en un sitio donde no podía ni debía funcionar, como era una de las oficinas del Congreso de la República; el haber dispuesto del auxilio inmediatamente lo recibió y no propiamente para fines propios del objetivo que se le había señalado a la Fundación; la apertura de la cuenta bancaria sólo para el logro del giro del dinero oficial y a los pocos meses cancelarla, como si la Fundación se hubiese dado por terminada; el haber supuesto como justificativo del gasto del auxilio el arriendo de un predio rural que carecía de justificación alguna para los objetivos de una entidad de divulgación cultural, como la pretextada, presentando para ello un contrato celebrado, sobre extenso terreno árido, improductivo y sin riego, pagando el canon por suma muy superior al costo de la propiedad, lo cual no le era desconocido a Ordóñez Ortega, adelantando 30 meses, al igual que lo hizo respecto del pago a unos docentes por un año anticipado, fijando unas ayudas estudiantiles precisamente a miembros de su propia familia y a las personas más allegadas, torna evidente que la valoración de la prueba fue evidentemente sesgada, desconocedora de la integridad probatoria allegada al proceso, pues, nada de ello fue tenido en cuenta por los Magistrados aquí enjuiciados, resultando, así, sofístico convertir en verdad las pueriles manifestaciones del ex congresista y su progenitora, para colegir a priori que éste había cumplido con el plan de

inversión mediante una presunta legal contratación, cuando la realidad es que ese plan resultaba paladinamente preestablecido con el claro fin de apropiarse del auxilio, no siendo coincidencial que en el se destinaran \$30'000.000 para el arrendamiento de un predio rural, pues, ese lote no era ninguno distinto al de El Vado de propiedad de su madre, como tampoco que figure elaborado el 27 de julio de 1.980, es decir, muy pocos días antes del desembolso del auxilio, de acuerdo con el documento obrante al folio 31 del cuaderno 1 de los anexos, titulado como Presupuesto de Inversión, desviando en forma evidente los fines propios de la Fundación Estudiantil Futuro, más aún, cuando, como lo precisó el Fiscal con apoyo en las normas correspondientes, ya referidas en este fallo y por él concretadas en la acusación, un tal auxilio no podía destinarse a inversión alguna sino a su gasto directo para los fines culturales para los cuales fue otorgado y, desde luego, cumpliendo con los correspondiente asientos contables que lo probaren, y menos, contrariando las prohibiciones contenidas en el Art. 7º de la Ley 30 de 1.978.

¿Qué objeto tenía razonar, como lo hicieron sesgadamente los Magistrados acusados, si el contrato de arriendo era o no válido, cuando de bulto se apreciaba que su objeto buscaba rumbos ilícitos, al no cumplir con los fines para lo cual estaba destinado el auxilio?. ¿O hacer especulaciones sobre la productividad o no y futura del terreno arrendado, cuando ya se había agotado la disponibilidad del auxilio y ninguna función podía cumplir en su destinación que según la ley de presupuesto debía ser en forma directa y para fines de divulgación cultural?. Es más, ¿para qué hacer elucubraciones sobre si Darío Alberto Ordóñez Ortega podía hacer disposición sobre los dineros de su señora madre con posterioridad a la firma del contrato de arriendo, si precisamente lo que se venía cuestionado era la forma burda como, pese al haberse incluido en el plan de inversión el arrendamiento de predio rural, al final podía fácilmente inferirse que eso no tenía otro objeto que la apropiación de esa suma de dinero obtenida del presupuesto nacional?.

15. Es que la motivación de una decisión judicial, y con mayor razón la de una sentencia, debe necesariamente estar fundamentada en la prueba válidamente aducida al proceso, pero no arbitrariamente ni escogida para justificar una conclusión previamente adoptada, ni mutada en su contenido material, ya que un tal viciado procedimiento, necesariamente no conduciría a demostrar la verdad de lo ocurrido, quedando el pronunciamiento judicial convertido en un mero cumplimiento de lo formal, pero distante de lo real, que es lo que aquí ha sucedido con la decisión de los Magistrados encausados, como lo evidencia, además, el hecho de que del primer estudio que realizó del proceso objeto de la apelación la doctora MONTOYA DE FORERO, fácilmente llegó a la conclusión de que había que confirmar la decisión condenatoria del a quo, hasta registrarlo en la Secretaría del Tribunal, conforme lo certificó el Presidente de dicha Corporación (fls. 252 y 253, cdno. de la Fiscalía) y lo declaró su auxiliar Luz Zoraida Calderón Jiménez (fl. 267, cdno. ídem), lo cual sucedió el 24 de octubre de 1.994.

16. Ahora, si bien se ha debatido a lo largo del proceso, y especialmente en la causa, sobre el conocimiento que de este proyecto tuvieron los otros dos Magistrados integrantes de esa la Sala de Decisión, insistiendo en su negativa, tanto la ponente, como los también acusados PEROZZO GARCIA y ANGARITA ZERPA, dando como razón el último el hecho de que al haber pasado a integrar esa Sala por el mes de febrero de 1.995, por impedimento aceptado al magistrado familiar de quienes venían condenados, mal podía acceder a aquél, más aún, cuando, expresamente ha afirmado la doctora MONTOYA DE FORERO que por la duda surgida sobre la decisión confirmatoria que allí se tomaba, lo había destruido y había ido a parar al cesto de la basura, es lo cierto que, en cuanto se refiere a la Magistrada, la justificación que ha expuesto en el sentido de que el registro del proyecto se debió únicamente al querer evitar algún cuestionamiento disciplinario posterior por vencimiento de términos, con un tal proceder estaba logrando lo contrario, pues a la postre no lo evitó, por la sencilla razón de que al redactar el que

ella llama proyecto definitivo cinco meses después, es evidente que su explicación no resulta convincente, más aún cuando, tampoco lo es, el hecho de que ese término le sirvió para leer y estudiar las explicaciones de los implicados, cayendo entonces en la cuenta de que éstas justificaban los cargos que se les habían formulado en la acusación, ya que, ni resulta verdad que el juez de primera instancia no hubiese tenido en cuenta lo expuesto por los inculcados, ni que la Magistrada no conociese esas versiones para cuando elaboró el inicial proyecto, ya que en el fallo del a quo, precisamente, lo afirmado por Ordóñez Ortega y su progenitora, allí quedó plasmado y confrontado para no darle credibilidad, la prueba obrante en el proceso estaba consignada y analizada en esa decisión, realmente in extenso, siendo precisamente este hecho el que igualmente deja sin fundamento la explicación de los otros dos Magistrados, especialmente la del doctor PEROZZO, en el sentido de que el Juez de primer grado no tuvo en cuenta lo explicado por los procesados ni otras pruebas, como las que probaban la existencia de los cultivos en el predio tomado en arriendo por la Fundación que presidía el referido ex Congresista, pues todo esto constaba en la sentencia impugnada, que según ellos mismos lo han reconocido, la vieron, leyeron y estudiaron, cuando se llevaron el expediente para sus Despachos, habiendo transcurrido casi cinco meses hasta cuando se suscribió el fallo definitivo, que lo fue el 21 de marzo de 1.995, tiempo más que suficiente para que unos y otros, inclusive el doctor ANGARITA ZERPA, quien dijo haber integrado la Sala de decisión tardíamente, pudieran realizar un detenido estudio de la actuación, que por más que sobrepasara de 1.000 folios, no presentaba mayor dificultad en su análisis.

17. Y, como, tanto en el fallo de segunda instancia como en las indagatorias, al igual que en el debate público, han afirmado los Magistrados inculcados, que la decisión tomada se debió al grado mental de duda a que llegaron, necesario se torna aquí precisar, por el equívoco que una afirmación de esta índole puede implicar, que en ese caso, la problemática no surgió en el ámbito de los grados de credibilidad probatoria frente a

uno y otro medio de prueba, sino del objetivo desconocimiento de la prueba que comprometía a los procesados, incurriendo en una interna contradicción en el argumento defensivo, que la torna en sofística, ya que si la crítica que se le hacía al a quo era la de no haber tenido en cuenta las explicaciones de los procesados, se terminó incurriendo en la misma irregularidad, desechando sin razón la prueba que los implicaba, no obstante conocerla debidamente, quedando claro que la prueba no valorada fue conocida y voluntariamente abandonada, para que fuera por ese medio viable fundamentar la ilegal absolución que se terminó impartiendo a Ordóñez Ortega y a su progenitora, hasta el punto que como lo afirmó en el debate público el doctor ANGARITA, si hoy tuviera que tomar esa decisión, no dudaría en confirmar el fallo del a quo, como no puede ser de otra forma, ya que, las consideraciones hechas al margen de las que realmente correspondían para desvirtuar los argumentos del fallo condenatorio sobre la apropiación dolosa de los \$31'500.000 que como alcance venía determinado por la investigación administrativa de la Contraloría General de la República, no pueden constituir nada diverso a una desviación en el análisis del conjunto de la prueba que debía hacerse, que se ajusta a los cánones típicos constitutivos del ilícito de Prevaricato por acción inserto en la resolución de acusación, el cual, como ya es sabido, no exigía, como se aspira lo sea por parte de los procesados y sus defensores, que la decisión tomada como abiertamente contraria a la ley, se haya tomado por favorecimiento o animadversión hacia alguno de los sujetos procesales, pues como lo ha sostenido la Corte en diferentes ocasiones, e inclusive, en reciente sentencia de junio 19 de este año, de la cual fue ponente quien actúa como tal en este caso, "la manifiesta ilegalidad de una resolución, como ingrediente objetivo, relativo en cada caso, no se corresponde, ni debe confundirse con los elementos del dolo, ni es factible hacerse depender de la buena fe o de la malicia con que hubiere procedido el servidor público acusado, ni puede, por lo mismo, descartarse ante la afirmación de que el funcionario 'actuó con el pleno convencimiento de estar aplicando el derecho en el real sentido de la palabra actuando como siempre lo hizo durante su ejercicio en la judicatura y en la Fiscalía con

absoluta buena fe”.

18. Por tanto, es para la Sala claro que el fallo proferido por los Magistrados ahora procesados, resulta manifiestamente contrario a la ley en los términos típicos de la acusación, y que una tal acción es eminentemente antijurídica al lesionar con ella el bien jurídico tutelado por el Título III, capítulo VII, libro 2º del Código Penal de 1.980, aplicable a este caso, afectando la recta y cumplida administración de justicia, generando en la sociedad una abierta pérdida de credibilidad en sus jueces y desconfianza en quienes como servidores públicos están encargados de su dispensa, creando alarma ante la opinión pública, a punto tal que se hizo llegar a los autos queja del Comité anticorrupción de Pamplona, por el hecho que los Magistrados aquí acusados, dos de ellos, aún continúen en ejercicio de sus cargos (fl. 15, cdno. de la Corte), la cual fue realizada con plena conciencia y voluntad de infringir la ley, esto es, dolosamente, como que, habiendo conocido los acusados a plenitud el fallo de primer grado, en el cual se concretaba la prueba, a favor y contra de los procesados, allegada al expediente, y a su turno, accediendo al proceso, el cual lo tuvieron por un lapso aproximado de quince días, habiéndolo consultado en lo fundamental, es decir, que habiendo tenido conocimiento de la integridad de la prueba aducida a la actuación, resolvieron decidir en oposición a ella para colegir la atipicidad del delito de peculado por extensión en la modalidad de apropiación, fundamentándose para eso en una presunta duda, que como se vio no existía, por cuanto para aducirla les fue necesario sesgar la prueba bajo el supuesto de que la allegada a la investigación y sustento de la acusación, por sí, no podía servir para condenar.

19. Y, si bien, ante el imperativo del artículo 7º de la Ley 30 de 1.978, de conformidad con la cual le estaba prohibido a Ordóñez Ortega contratar con su progenitora, se ha aducido por los inculcados un presunto error en la antijuridicidad, que excluiría la culpabilidad en los términos del numeral 4º, Art. 40 del C. P. anterior, 32 del vigente, por cuanto sólo vinieron a conocer esta prohibición cuando se les notificó la

resolución de acusación, como principalmente lo expusieron MARY MONTOYA DE FORERO y JOSÉ RAFAEL ANGARITA ZERPA durante sus intervenciones en la audiencia pública, necesario resulta interrogarse sobre quiénes más que ellos, con una larga trayectoria en la magistratura, estaban llamados a conocer las normas que regulaban el manejo de los dineros y bienes oficiales, cuando como ellos mismos lo han admitido, la temática relativa con esta clase de delitos no les era extraña, más aún, cuando frente a casos como el presente, la motivación del fallo cuestionado estuvo enfatizada en el análisis del contrato de arrendamiento para de allí inferir que se ajustaba a los cánones legales y es precisamente, el establecer la inhabilidades contractuales el supuesto imprescindible de observar, tanto por parte de los contratistas, como de quien estudia esta clase de actos, al igual que el cumplimiento de su objeto, que como también es claro, aún para los no especialistas en la problemática administrativa contractual, se impone establecer de acuerdo con la regulación pertinente de imperativa constatación, sin que sea dable variarla, como aquí sucedió, siendo desvirtuada totalmente por el Tribunal la finalidad para la cual fue aprobado el auxilio, haciendo creer que efectivamente se había cumplido con el arrendamiento del predio rural como con los supuestos cultivos, cuando en ninguna forma se había otorgado, porque no es posible, para inversión alguna sino para emplearlo directamente en los fines culturales allí precisados.

20. Por tanto, no existe así duda alguna para la Sala que atrofie la certeza reclamada por el Art. 232 del C. de P. P. sobre lo típico, antijurídico y culpable de la conducta realizada por los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, doctores MARY MONTOYA DE FORERO, NÉSTOR ELÍ PEROZZO GARCÍA y JOSÉ RAFAEL ANGARITA ZERPA, siendo, por ello, sujetos de condena como coautores responsables del delito de Prevaricato por acción por el cual fueron acusados por el Fiscal General de la Nación, al absolver a Darío Alberto Ordóñez Ortega y María Ernestina Ortega de Ordóñez, revocando el fallo condenatorio que conocieron por vía de apelación y del cual se

ha dado cuenta a lo largo de esta sentencia, contrariando abierta y manifiestamente la ley.

21. Ahora, bajo el supuesto ya precisado según el cual la norma aplicable en este asunto es el artículo 149 del Decreto Ley 100 de 1.980, importa igualmente establecer, para efectos de la correspondiente dosimetría punitiva, cuál, de entre los dos métodos que plantea la sucesión legislativa, resulta menos restrictivo o desfavorable a los procesados.

Es claro que dentro de los criterios que para dichos efectos preveía el Código Penal de 1.980, los límites punitivos previstos en aquella norma iban de uno a cinco años de prisión, siendo los mismos para la interdicción de derechos y funciones públicas.

Sin embargo, frente a los nuevos “fundamentos para la individualización de la pena”, previstos en el artículo 61 de la Ley 599 de 2.000, es evidente que dichas cotas varían en la medida en que, concurriendo a la vez, como en efecto lo hacen, circunstancias genéricas de agravación y de atenuación punitivas, o de menor y de mayor punibilidad según la actual terminología, aquellas se sitúan en los extremos de los dos cuartos medios del “ámbito punitivo de movilidad”, esto es, que siendo el primer cuarto de uno a dos años, los dos cuartos medios de dos a cuatro años y el último de cuatro a cinco años, ese ámbito punitivo de movilidad se fija entre dos años, como límite mínimo y cuatro como máximo, por manera que resultaría más restrictivo para los procesados, en cuanto su extremo mínimo sería de dos años, al paso que con el método derogado, ese marco iniciaría a partir de un año.

22. En consecuencia, con fundamento en el precitado artículo 149 del C. P. de 1.980, en los parámetros señalados en los artículos 61, 64 y 66 del C. P., y teniendo en cuenta la gravedad del delito imputado, la personalidad y buena conducta de los inculcados y las agravantes genéricas señaladas en los numerales 7 y 11 de la última norma mencionada,

o 9 y 10 del artículo 58 de la Ley 599 de 2.000, pues, además del evidente fenómeno de coparticipación que deriva de la intervención de los tres magistrados como autores del examinado delito, no puede desconocerse el alcance que tiene la posición que en la judicatura ocupaban y que dos de ellos aún ostentan, quienes por su misma condición estaban llamados a hacer gala de una recta y cumplida administración de justicia y no generar la impunidad y desconfianza en la sociedad que produjo su determinación prevaricadora, y al lado de ellas, como aminorantes, la personalidad, conducta y buena estima en que se les tiene en su región, como ha hecho constar la comunidad donde están domiciliados y residen, mediante numerosas certificaciones, algunas de ellas inclusive criticables por provenir de la Presidencia del Tribunal de Cúcuta, de subalternos de la rama judicial, de amigos y de los medios de comunicación, deviene justo imponerles como pena principal la de dieciocho (18) meses de prisión y por igual término la de interdicción de derechos y funciones públicas para cada uno, no habiendo lugar a condena en perjuicios, dado que no hay referencia de que con la conducta imputada se haya causado alguno de índole económica, salvo el deterioro de la imagen de la administración de justicia.

A la pena principal, dado el incuestionable nexo entre los hechos materia de juzgamiento y las funciones que en su condición de magistrados desempeñan los acusados, le será accesoria, en razón del artículo 45 de la Ley 599 de 2.000 o 51 del Código Penal de 1.980, la de pérdida del referido cargo.

23. Finalmente, viabilizándose por el artículo 68 del anterior C. P. y 63 del vigente, en favor de los sentenciados, la suspensión condicional de la ejecución de la pena cuando ésta sea de prisión que no exceda de tres años, siempre que la personalidad de aquellos, por sus antecedentes de la misma índole, familiares y sociales, modalidad y naturaleza de la conducta punible, permitan al juzgador suponer que no requieren tratamiento penitenciario, según el primero o “sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena”, de acuerdo con el último, considera la Sala que las dos citadas condiciones

concurrir a favor de los procesados habida cuenta que, en primer lugar, la pena a imponérseles no excede de tres años de prisión y, en segundo término, la personalidad acreditada por los sentenciados, en cuanto se habían desempeñado en sus cargos demostrando buen comportamiento, sus condiciones frente a sus familias y a la sociedad, así como la modalidad del punible, permiten inferir que no existe, ciertamente necesidad de ejecutar la privación de libertad.

Es que, como ya tuvo oportunidad de precisarlo la Sala en decisión del pasado 25 de junio con ponencia de quien igual propósito cumple en este asunto, al juzgador no le es dable pretextar anticipadamente la prevención general, la especial o la retribución, en forma absoluta, por eso “imperioso resulta hacer un ejercicio que le permita en cada caso observar la concurrencia equilibrada de cada una de las funciones que debe cumplir la pena, mas aún cuando a partir de la Ley 599 se incluyó dentro de éstas la ‘protección al condenado’, advirtiendo que la prevención especial y la reinserción social, como expresión de aquélla, operan en el momento de la ejecución de la pena”.

“En cada caso concreto, deben conciliarse las diversas funciones que en principio pudieran aparecer como opuestas, antagónicas o excluyentes, pues pretender hacer prevalecer el sentido que con la consagración de todas ellas se busca, a través de la escogencia de sólo una sin atención de las demás, no consultaría la integralidad de la función punitiva.

“Ello implica, entonces, que cuando las particulares condiciones de un condenado lo hagan aconsejable, atendiendo a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, propios de las sanciones penales en el nuevo ordenamiento según su artículo 3º, se deba priorizar alguna de las funciones de la pena, sin desdeñar las demás, haciendo no sólo coherente el sistema, sino permitiendo que el mismo descienda desde una teórica abstracta para adquirir la dinámica que lo haga práctico, funcional y confiable para los asociados y el Juez, en la medida en que dichos principios

deben operar como delimitadores, pudiendo ser entendido que el principio de necesidad se desarrolla en el marco de la prevención, comprendiéndose ésta tanto la general como la especial”.

Por eso, examinadas las condiciones de diversa índole que en este proceso han hecho evidentes los procesados, por virtud del artículo 63 del Código Penal, dispondrá la Sala suspender, por un período de prueba de dos (2) años, la ejecución de la pena privativa de libertad, exclusivamente, efectos para los cuales se comprometerán a cumplir las obligaciones previstas en el artículo 65 ídem y prestarán caución prendaria, cada uno, por valor equivalente a cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

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

RESUELVE:

1. Condenar a cada uno de los procesados, doctores MARY MONTOYA DE FORERO, NÉSTOR ELÍ PEROZZO GARCÍA y JOSÉ RAFAEL ANGARITA ZERPA, de condiciones civiles y personales relacionadas en esta sentencia, a la pena principal de dieciocho (18) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso, así como a la accesoria de pérdida del cargo público de magistrados de Tribunal que ostentan, como coautores del delito de Prevaricato por acción por el cual fueron acusados.
2. Abstenerse de condenar en perjuicios.
3. Por el período de prueba y bajo las condiciones señaladas en la parte motiva de esta decisión, suspender, exclusivamente, la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta a los procesados.

4. Para fines de ejecución y publicidad de este fallo, líbrense los oficios a que haya lugar.

Contra esta sentencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL JORGE ENRIQUE CÓRDOBA POVEDA

HERMAN GALÁN CASTELLANOS CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO EDGAR LOMBANA
TRUJILLO

NILSON PINILLA PINILLA

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria