

Proceso No 16519

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado ponente:

Dr. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE

Aprobado Acta No. 97 (27/08/02)

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de agosto de dos mil dos (2.002).

VISTOS :

Procede la Sala a dictar sentencia en este juicio adelantado en contra de ALFREDO NÚÑEZ PEÑA y JAIME ALFONSO REDONDO BRUGÉS, aquél, según su indagatoria, de 54 años de edad para enero de 1.999, hijo de Alberto y Julia, natural de El Banco-Magdalena, profesión abogado, estado civil casado, vinculado a la Rama Judicial desde aproximadamente 1.994, padre de tres hijos, residente en Riohacha e identificado con la cédula de ciudadanía No. 12'575.302 de El Banco y éste, de 61 años de edad para la misma época, según su indagatoria, nacido en Santa quienes fueron Marta, hijo de César y Arinda, abogado de profesión, casado, padre de cuatro hijos, vinculado a la Rama Judicial y al Ministerio Público desde noviembre de 1.969, domiciliado en Riohacha y portador de la cédula de ciudadanía No. 4'969.920 de Santa Marta, ambos acusados, mediante resolución de septiembre 9 de 1.999, por el delito de prevaricato por acción, cometido en ejercicio de las funciones que entonces les concernían como Magistrados de la Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior de

Riohacha.

LA ACUSACION:

Bajo el supuesto fáctico según el cual los procesados, en segunda instancia, conformando Sala mayoritaria, prohirieron en junio 25 de 1.998, dentro del proceso de imposición de servidumbre de gasoducto en la Finca las Marías, del Municipio de Urumita-Guajira, que Ecopetrol promovió ante el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar contra Rodrigo Dangond Lacouture, propietario del inmueble, sentencia que, en cuanto a la indemnización decretada a favor del demandado por valor de \$67'388.950,00, fue revocada para en su lugar determinarla en cuantía de \$1.800'464.430,00, acogiendo así parcialmente el dictamen pericial practicado como prueba de las objeciones que la parte demandada propuso por error grave, la Fiscalía General de la Nación, mediante resolución de septiembre 29 de 1.999, acusó a los referidos magistrados, por la presunta comisión del delito de prevaricato por acción en tanto, si bien abordaron formalmente el problema jurídico de la citada objeción, "lejos de estar sustentada la decisión se enrutó a la inmotivada cuantificación de unos perjuicios", como que, dado el fallo del a quo, debidamente analizado en la ponencia derrotada, les era exigible, en aras del debido proceso y de la doble instancia, "avocar el estudio del fallo de primera a partir del reparo formulado y de esta suerte, decidir de manera sustancial en tanto los peritazgos no resultaran tan notoriamente distanciados a propósito de la demostración o no de la objeción" ya que, de conformidad con el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, si lo primero, podían acoger como definitivo el rendido como prueba de la objeción o decretar de oficio uno nuevo con diversos expertos y, si lo segundo, podían apreciarlos conjuntamente.

No obstante lo anterior, afirma la acusación, el proyecto finalmente aprobado por la sala mayoritaria, declaró probada la objeción con indudable referente a la afirmación hecha en el dictamen practicado en el incidente, según el cual el experticio objetado adolecía de

errores graves, fácilmente apreciables, pero para ello se descontextualizaron las pericias, sin enunciarse las razones que determinaron dicha gravedad, aludiéndose simplemente a una diferencia abismal en los fundamentos y conclusiones de los dos dictámenes o a la carencia de un respaldo probatorio en el rendido por los funcionarios del ICA, o a la oposición que evidentemente surgía entre aquellos, de modo que, avalando el peritazgo rendido como prueba de la objeción, sin argumentación valorativa alguna, los acusados lo asumieron como plena prueba, no obstante que en torno a las causas que truncaron el proyecto de plantación, éstas no se aclararon en la medida en que las dos pericias las ubican en planos diferentes.

La mera transcripción, sostiene el calificadorio, no satisface la obligación de motivar, menos cuando el dictamen finalmente acogido evidencia aspectos cuestionables, como aquellos referidos a la definición y alcances jurídicos de la servidumbre, o a la determinación misma del error grave, a pesar de lo cual, sin que ello competiera a los peritos, ningún reparo les mereció a los magistrados acusados, o cuando, según jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte, que la Fiscalía transcribe sin precisar su fuente o fecha, el error grave no puede radicar en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que saquen los expertos una vez examinado cabalmente el objeto de prueba, de modo que para que el yerro de esa naturaleza prospere, no basta enfrentar un dictamen a otro, “como arbitrariamente lo decidieron los magistrados investigados al declarar probadas las objeciones por error grave formuladas por el demandado”, por eso, agrega, si éste se deriva del cambio de las cualidades propias del objeto examinado o del análisis de uno diferente al que es materia de prueba, el mal llamado cotejo de las dos pericias traducido en su descontextualizada transcripción, no permitía arribar a la demostración de la objeción, porque ambos fueron hechos sobre el mismo objeto: “el corredor en el que se impuso provisionalmente la servidumbre”.

En esos términos, continúa la acusación, ante tan profundas diferencias, que no de forma, sino sustanciales, existentes entre los dos dictámenes que, en sana lógica, impedían

adoptar una imparcial decisión en torno al aspecto principal de la objeción y consecuentemente a la indemnización, los magistrados investigados “mal podían acoger, así, sin más, el último dictamen”, cuando la legislación procesal civil prevé la posibilidad de que oficiosamente se decretara, ante situaciones como la planteada, la práctica de otro, con distintos peritos, si además, como sucedía en el asunto, se trataba de una prueba necesaria para la decisión, lo que la cuestionada corrobora al tachar el dictamen acogido por su vaguedad y carencia de fundamentación.

Además, en apreciación de la Fiscalía, resulta importante el cambio insólito de las cuantías a que se condenó en los diversos proyectos registrados por el magistrado ponente, sin que la motivación variare, lo cual no tiene explicación diferente que la oportuna intervención de la Procuraduría al ser enterada de las irregularidades en el trámite de la segunda instancia y de la anónima comunicación telefónica que daba cuenta de la posible corrupción de los magistrados, máxime que las reglas de la experiencia indican que un asunto de esa magnitud no podía despacharse en tan corto tiempo, a menos que se tuviera la idea preconcebida de acceder a las pretensiones del apelante sin más análisis que la mera transcripción de algunos apartes descontextualizados de un dictamen.

Por tanto, sostiene el calificadorio, dada la comprobada injustificación jurídica de la decisión cuestionada, porque no se trató simplemente de un pronunciamiento errado basado en criterios lógicos y razonablemente sostenibles, como que la prueba documental, la inspección judicial y la secuencia cronológica, revelan la contradicción entre la ley y lo que se resolvió, esto es, que “la existencia de los dos dictámenes, comprobadamente contrapuestos, no permitía, tal como se demostró, resolver en derecho la objeción grave, por lo que no podían los magistrados investigados acoger el ordenado para el trámite de aquella, siendo por completo necesario acudir a otro dictamen en los términos previstos en el artículo 233 del C. de P.C.”, concluyó la fiscalía en la acreditación típica del punible de prevaricato por acción.

Y en cuanto a la responsabilidad de los procesados, siendo que el interés jurídico del Estado de que las determinaciones de sus funcionarios se sometan a la legalidad y sean instrumentos que resuelvan con equidad el conflicto que se les plantea, fue menoscabado con la decisión que se cuestiona, sostiene la acusación, ante la realidad que asomaba de las pruebas allegadas, “no fue precisamente el sentido de equidad ni el de realización de la justicia material el que orientó la decisión adoptada”, pues estuvo gobernada por la parcialidad de quienes la profirieron, al admitir el último dictamen que, a más de vago e insuficiente, desbordaba el ámbito de su competencia por emitir juicios valorativos en derecho, no obstante lo cual fue el sustento para dar por probada la objeción y consecuentemente imponer una indemnización cuya cuantía se definió de manera arbitraria, según el ilegal deseo de los procesados, hecho evidente en la inconsulta descalificación que hacen del dictamen rendido por los peritos del ICA, al cuestionar la manera en que fueron designados, o al descalificar la prueba aportada por la demandante, a pesar de que se tuvo en cuenta como alegación y que formó parte de los elementos de juicio que los primeros peritos, los del dictamen extemporáneo, tuvieron a su disposición, de modo que les era exigible, en aras de aplicar una verdadera justicia material, reparar en ello para un mejor proveer.

Sin embargo, continúa la acusación, a pesar de que los magistrados procesados aceptaron esa primera pericia como alegaciones de parte y en ella se consignó la constatación de un video sobre unos hechos que no podían pasar desapercibidos, dadas sus implicaciones penales, éstos no fueron materia de apreciación alguna, demostrando con ello la malicia en el actuar que consideró plena prueba un dictamen a cuyo amparo declararon acreditada la objeción, valiéndose para eso además de una descontextualizada transcripción sin que nada se consigne sobre las razones que les permitió valorarlo como plena prueba.

“En otras palabras, concluye la acusación, los magistrados procesados falsearon la realidad probatoria y fáctica, pues los supuestos de hecho de su decisión no fueron

reales, de suerte que la argumentación para decidir, en cuanto forzada y deleznable, revela, se repite, la parcialidad que la gobernó”.

AUDIENCIA PUBLICA:

Ejecutoriada la acusación en octubre 13 de 1.999, correspondió a la Sala proseguir con la etapa de juzgamiento, en la que por virtud de la celebración de la respectiva audiencia pública, se interrogó a los acusados, se practicaron las pruebas oportunamente solicitadas y decretadas y finalmente, se escucharon las alegaciones de los diferentes sujetos procesales, que a ella concurrieron, así:

1. La Fiscalía Delegada ante la Corte, bajo el supuesto de que el cuestionamiento hecho a los acusados lo fue en relación con la decisión que adoptaron en segunda instancia, el 25 de junio de 1.998, dentro del proceso de imposición de servidumbre promovido por Ecopetrol contra Rodrigo Dangond Lacouture, sostiene que, siendo aquella el objeto de examen frente a la descripción típica del prevaricato, resulta necesario acudir a sus fundamentos para constatar, como así se demostró, que desequilibró la legalidad, por manera que el análisis no puede referirse a una tarea valorativa propia de las instancias sino al escrutinio de su conformidad con el ordenamiento en la medida en que este proceso no ha procurado establecer el acierto de la cuestionada decisión, sino su soporte jurídico, razonabilidad y equidad.

En ese orden, continúa la Fiscalía, como quiera que la parte demandada en aquél asunto civil, objetó el dictamen rendido por peritos del ICA, aduciendo un error grave por desconocimiento del alcance y naturaleza de la servidumbre, no precisar las consecuencias jurídicas del gravamen, falta de motivación en algunas de las respuestas y concurrencia de contradicciones por restringirse solamente al campo agronómico, mal podían los acusados desechar ese primer peritazgo por asentir en las referidas objeciones cuando éstas tenían que ver esencialmente con aspectos de derecho y

aceptar a cambio, con base en el segundo dictamen y en contra de la inicial ponencia, la apreciación jurídica en aquél contenida sobre la conformación del error alegado, pero sin valoración alguna de los peritazgos ni análisis crítico de la objeción propuesta, limitándose simplemente al estimativo de la indemnización rechazando para ello el dictamen de los peritos del ICA, acogiendo en su lugar, con descontextualizada transcripción, el finalmente rendido, reforzándolo con el extemporáneamente presentado al comienzo del proceso, al haberseles invocado como alegación de parte. Por tanto, sostiene la Fiscalía, si los peritos, con fundamento en la jurisprudencia invocada en la ponencia derrotada, no podían emitir juicios de valor, ni su concepto admitido si llegaban a pronunciarlos y se entendía que el error grave derivaba del cambio de las cualidades propias del objeto examinado o del análisis de uno diferente, el mal llamado cotejo que los acusados hicieron de los dictámenes no permitía arribar a la comprobación de la objeción, pues los dos fueron rendidos sobre el corredor en que se impuso la servidumbre, surgiendo así la posibilidad permitida por el ordenamiento procesal civil de que, ante la insuficiencia de la prueba técnica, se dispusiera la práctica de una tercera pericia, a la que no acudieron los acusados, no obstante evidenciarse necesaria, como que estos mismos advirtieron la vaguedad del experticio al que a la vez le daban valor de plena prueba, e indica el hecho de que la cuantía de la indemnización se iba degradando en los diversos proyectos al arbitrio de los magistrados, sin que se sustentare de forma alguna el porqué de esas disminuciones pues no aparece en ellos ningún ejercicio reflexivo, ni ninguna diferencia argumentativa que permita explicar el porqué en un proyecto se señala una cuantía y la sentencia adoptada acoge otra, manteniendo, a costa de cualquier opción legal, la decisión de recompensar, por cuenta del erario público, en tan inequitativa forma al propietario de esos escasos dos kilómetros de extensión en los que se implantó la servidumbre.

En las anteriores condiciones, concluye la Fiscalía, la decisión proferida por los Magistrados acusados es ostensiblemente contraria a la ley en cuanto infringió los

artículos 233, 238 y 241 del Código de Procedimiento Civil, menoscabando así la equidad y la realización de la justicia material al revelar una parcializada admisión de un dictamen, que se fundó en valoraciones jurídicas no reparadas por los acusados, en cuya contra solicita, por consiguiente, se profiera sentencia de condena.

2. Por su parte el Procurador Cuarto Delegado en lo Penal ante la Corte, considerando la narración de los hechos realizada en la acusación e invocando jurisprudencia de la Sala sobre la naturaleza del prevaricato, sostiene que, dado el carácter legal de la servidumbre petrolera, correspondía a la jurisdicción civil decidir acerca del monto de la indemnización que el demandante debía pagar al propietario del predio por concepto de los daños directos e indirectos causados por virtud de los trabajos realizados para ocuparlo y el valor en sí del gravamen, pero como, después de que se impusiera provisionalmente la servidumbre, surgieran hechos que incidían en la tasación de los perjuicios, se tornó indispensable que la justicia asumiera también su conocimiento para así determinar si se destruyó o no el sistema de riego que condujera al aborto del proyecto agroindustrial, si la servidumbre afectó o no el valor comercial del predio y su futura explotación económica y quién fue el autor de tales daños.

Por eso, continúa el Delegado, si se quería hacer prevalecer el derecho sustancial, los acusados, además de valorar todos los medios probatorios aportados, como aquellos que daban cuenta de la ejecución de una serie de maniobras para hacer ver falazmente la causación de unos daños por parte del constructor del gasoducto, sin desecharlos bajo un inexistente argumento de ilegalidad de la prueba, cuando en el proceso civil emergía con claridad que el a quo dispuso tenerlos en cuenta en los exámenes de los peritos, debían exponer en detalle las razones por las cuales no se acogió la primera ponencia, los argumentos que hacían procedente la objeción y los fundamentos que les permitía no compartir la orientación jurisprudencial acerca de que la diferencia en los conceptos de los peritos no podía constituir error grave; sin embargo, dice, eso no ocurrió, nada se argumentó sobre el sistema de riego, ni porqué resultaban inadmisibles las apreciaciones

de los peritos del ICA y a cambio no las del segundo dictamen sobre frustración del proyecto por el sólo hecho de que el corredor de construcción del gasoducto partió en dos el predio, pero sin ofrecer razones del porqué ese hecho implicaba una tal situación; tampoco nada dijeron acerca del daño al sistema de riego o al manantial como las causas que llevaron a la carencia de agua, ni se explicó porqué la ruptura de los tubos de conducción del líquido resultaba de tal magnitud que impedía su reparación, cuando los primeros peritos, cuyo dictamen fue declarado extemporáneo, daban cuenta de una reducción del 30% lo que permitía al menos una irrigación con el 70% restante, nada de lo cual tampoco se analizó. Por el contrario, agrega el Ministerio Público, se aceptó ese último dictamen aún incluyendo conceptos jurídicos acerca de lo que es una servidumbre y criterios sobre las limitaciones que dicho gravamen representaba para el propietario del inmueble, excediendo de ese modo lo que las pruebas y el examen del terreno llevaban a concluir. Tampoco se tuvo en cuenta que el proceso nada decía de manera precisa sobre las verdaderas limitaciones que sobrevenían con la servidumbre, pues nunca se interrogó a Ecopetrol sobre tal aspecto, limitándose simplemente la cuestionada decisión a acoger lo dicho por los peritos y la parte demandada con base en un concepto rendido por aquella empresa a la propietaria de otro predio, omitiendo que, aunque no existiera una autorización expresa de la petrolera, ella sí se encontraba implícita en la forma cómo se introdujeron los tubos del gasoducto en esa finca, pues se admitió la coexistencia de los pertenecientes al distrito de riego.

En las anteriores circunstancias, impidiendo el acopio probatorio tomar partido por uno u otro de los dictámenes, la decisión de los Magistrados acusados resultó ostensiblemente contraria a la ley, con clara evidencia de favorecer los intereses del influyente demandado, inclusive por encima de sus pretensiones iniciales, por ello también demanda el Ministerio Público se profiera sentencia condenatoria.

3. A su turno, el apoderado de la Empresa Colombiana de Petróleos, parte civil reconocida en este proceso, resaltando que para el juez de primera instancia no fue de

recibo la noción de error grave predicada del dictamen de los peritos del ICA, porque la indemnización debía coincidir con los daños causados por el paso del gasoducto, sin que se pudieran extender más allá, ni los peritos pronunciarse sobre temas de derecho y porque de todas maneras quedaba la posibilidad de continuar con el cultivo, sostiene que tales temas se quedaron, en la sentencia de segunda instancia, sin argumentación que los contrariara, como tampoco se opuso fundamentación alguna a la ponencia derrotada. Por si lo anterior no fuere suficiente, agrega, tampoco se advirtió, dado el extemporáneo concepto primeramente rendido, que los daños al mal llamado manantial, que no lo es, sino una quebrada, nunca se produjeron, menos cuando los peritos del ICA encontraron cinco mal plantas, implicando con ello que el proyecto nunca se suspendió, lo que se corrobora aún más cuando el último dictamen refiere veinticuatro mil plantas, luego no puede afirmarse que el cultivo sufrió merma a causa de la reducción del suministro de agua.

Por eso, sostiene el apoderado, la experticia que sirvió de fundamento a los acusados se contradice en la medida en que afirma que el proyecto agroindustrial se suspendió desde 1.994 y sin embargo los valores que emiten como mano de obra e inversión cobijan hasta 1.996, de ahí que, en últimas, sus conclusiones sobre frustración del cultivo, se sustenten en consideraciones jurídicas que les eran prohibidas, haciendo ver que el daño a la plantación fue consecuencia de las características legales de la servidumbre, por eso no cuantifican la disminución del manantial, no advierten el problema hídrico, pasan por alto la interconexión del distrito de riego y la concurrencia en él del Río Marquezote, y aunque los Magistrados notaron la contradicción de dicho peritazgo, la carencia de fiabilidad y la indemostración de los daños al manantial, terminan por adoptar una decisión ambivalente que evidencia que la cifra indemnizatoria fue escogida de manera arbitraria, máxime que, de haberse tenido en cuenta los documentos referidos al sistema de riego y el área por donde cruzó el gasoducto, se habría concluido en la imposibilidad de afectar la totalidad del distrito, del proyecto o de la finca. Todo obedeció, en cambio, a

una arbitraria actuación perfectamente orientada a producir una condena inconsulta de elementales principios de hermenéutica que se hace aún más evidente con los improvisados cambios de decisión, pasando de una condena por mas de nueve mil millones de pesos a una de mil ochocientos, cuando inclusive ya avanzaba la investigación de la Procuraduría, por manera que los magistrados tuvieron plena representación de la transgresión a la ley penal, y aún conscientes de que la estaban violando dictaron la cuestionada sentencia, de ahí que se reúnan los requisitos para condenar y consecuentemente, por virtud del artículo 14 del Código de Procedimiento Penal, restablecer el derecho.

4. El acusado ALFREDO NÚÑEZ PEÑA, haciendo mención a la etapa de negociación previa surtida entre Ecopetrol y Dangond Lacouture para enfatizar que ella se ciñó a los daños que se causarían solamente a la franja de terreno donde se impondría la servidumbre, en época en que aún no llegaba el gasoducto a la finca, sostiene que los valores allí mencionados, así como los pagados por Ecopetrol en relación con los predios afectados en los 761 kilómetros del gasoducto, no pueden tomarse como parámetros de la indemnización que correspondía a Dangond, como tampoco el dictamen rendido por los peritos del ICA toda vez que éstos, abrogándose funciones judiciales, se abstienen de cuantificar los daños que en su concepto existen, por considerar que no los causó Ecopetrol, máxime que la disposición del juez de primera instancia fue genérica en tanto ordenó evaluar aquellos ocasionados a la finca con el paso del gasoducto.

Por eso, agrega el acusado, no concerniendo a los peritos determinar la responsabilidad y siendo la actividad de construcción de índole peligrosa, correspondía a Ecopetrol, por inversión de la carga probatoria, demostrar que no fue ella, a través del constructor del gasoducto, la causante del perjuicio, pero en tal propósito, con desconocimiento de la normatividad procesal civil y penal, no hicieron valer ante el funcionario competente y en la debida oportunidad los medios probatorios que supuestamente acreditaban que el daño no dependía de su actividad.

Lo anterior contrasta, dice, con el último dictamen pericial, pues en este se consideró que el daño ocasionado por el constructor era cuantioso debido a que, pasando el gasoducto por una fuente de agua que irrigaba el cultivo de palma africana, su deforestación y el trabajo con maquinaria pesada trajo como consecuencia su extinción, pero aún así el a quo no advirtió, bajo unas impertinentes consideraciones, la existencia del error grave, ni tampoco la parte demandante ejecutó acto alguno de oposición, pues además de que no pidió su aclaración, desaprovechó el término probatorio de la segunda instancia y a cambio criticó fuertemente el decreto oficioso de aclaración dispuesto por la ponente inicial. Sobre tales supuestos, prosigue el enjuiciado, y habiéndose derrotado la ponencia inicial, la que tampoco tuvo en cuenta la realidad de que se habían causado serios daños a la plantación, asumió el conocimiento del asunto para, luego del estudio pertinente y realizar algunas consultas, presentar un proyecto acogiendo en su plenitud el último experticio, pero actualizando sus valores, que así sirvió de base para las correspondientes discusiones con su compañero de Sala en las que se tuvo en cuenta la imposibilidad legal de practicar otra pericia, así como la confrontación que surgía entre los dos dictámenes practicados respecto a la cual bien podían escoger uno u otro, según que prosperare o no la objeción por error grave, o valorarlos en conjunto y si lo primero, como así hicieron, les concernía asignarle un mérito probatorio que, para el caso en cuestión, fue de plena prueba en cuanto a la inversión realizada para el cultivo de palma, mas no en relación con el lucro cesante habida consideración que las pruebas informaban la existencia de plantas de diversa edad, de allí que aplicando un criterio jurisprudencial optaron por adicionarle el interés legal anual del 6% a la suma tasada como daño emergente, sin que por tales razones estimaran, entonces, necesaria la práctica de un tercer dictamen, por lo que, en consecuencia, añade, no transgredieron el artículo 238, pues éste no los obligaba a practicar un tercer experticio.

Ahora bien, prosigue el procesado, como todo se circunscribe a una diferencia

cuantitativa entre la tasación hecha en el primer dictamen y la que finalmente se fijó en la providencia cuestionada, esto implica simplemente una imputación de responsabilidad objetiva que, hallándose proscrita en el derecho penal, no puede dar lugar a una sentencia de condena pues, en frente de dos dictámenes diametralmente opuestos, la labor interpretativa, los obligaba a escoger uno de ellos para definir y así lo hicieron, aun ante la intimidación que desplegó la Procuraduría con las visitas que practicó al expediente, lo que de hecho, descartando la malicia en la decisión, pone de relieve lo equívoco de la acusación al no apreciar en su verdadera magnitud la sentencia que se dice prevaricadora, cuando, al contrario, ella, ajustada al marco legal, no contiene error alguno que pudiera considerarse punible.

5. El también acusado Jaime Alfonso Redondo Brugés, por su parte, deprecando igualmente la absolución, sostiene que, dada la inversión realizada por el demandado Dangond, en lo cual coinciden las pericias confrontadas, las diversas propuestas hechas por Ecopetrol, no resultaban razonables y mucho menos trascendentes en la cuestión litigiosa, como tampoco lo fue el pago que hizo en relación con los demás predios cuando respecto de éstos no hubo noticia alguna de perjuicios a plantaciones con grandes inversiones, por eso el análisis del conflicto sólo podía someterse al marco probatorio que obraba en el proceso regular y oportunamente practicado, excluyendo todos aquellos medios que no cumplieran con tales supuestos, como los que pretendió extrañamente hacer valer la empresa petrolera para acreditar la presunta autoría de los daños en cabeza del propio dueño de la finca, de modo que, aún con la indebida presión de la Procuraduría puesta al servicio de Ecopetrol, su voto a favor de la ponencia fue absolutamente imparcial, sin que tampoco influyere en nada la prestancia del entonces demandado.

Por ende, como las pruebas legalmente aportadas y tenidas en cuenta demostraban que cuando ocurrió el daño la plantación realmente existía y fue afectada por el paso del gasoducto en la medida en que implicaba la inutilización de la franja, sin que existiere

concertación entre las partes sobre el manejo de la misma, así como por el perjuicio ocasionado al sistema de riego desde el manantial y a éste, ya que por sus especiales y delicadas características y el lugar de su ubicación, la deforestación condujo a su agotamiento, y además como el primer dictamen, que no era intangible, fue objetado por error grave que se demostró con el segundo en cuanto sin elementos de juicio descartó la responsabilidad de Ecopetrol en la causación de los daños, la conjunta y crítica valoración de los medios de convicción los condujo, a él y su compañero de Sala, a encontrar fundada la referida objeción formulada al primer peritazgo para así acoger el segundo, en el que por lógica y experiencia resultaba admisible la grave determinación de los perjuicios que hicieron abortar el cultivo agroindustrial, máxime que ese aserto no resultaba desvirtuado, menos aún con las pruebas ilegales que quiso hacer valer la parte demandante, es decir, añade, la decisión que se les cuestiona fue dictada con estricta observación de las reglas jurídicas que rigen la apreciación de las pruebas y en particular, en relación con el error grave, se advirtió que el segundo dictamen determinó que el manantial fue deforestado con buldozer y que se taparon las fuentes de nacimiento de agua con origen en las Marías, lo que sin duda, aún intacta la tubería de riego, frustraba la plantación de palma africana, por ello aceptaron probado como daño el valor de la inversión, pero descontaron el de los elementos con destinación equívoca y descartaron la cuantificación del lucro cesante, por la vaguedad y precariedad de la fundamentación que exhibía el dictamen, debido a que la plantación no presentaba igual desarrollo e impedía una estimación concreta, de ahí que hayan recurrido a la solución jurisprudencial de aplicar el interés legal.

Así, continúa el acusado, además de que por lo anterior no se infringió ostensiblemente el rito procesal y probatorio, lo que motivó la ausencia de una decisión de compulsas de copias, tanto por virtud de la acción de tutela que se adelantó frente al fallo cuestionado, como por la calificación que del mismo, para efectos de carrera judicial, hizo esta Corporación, los indicios en que se ha venido sustentando la imputación de

responsabilidad carecen del supuesto probatorio que acrediten el hecho indicador; en esa medida, ningún efecto demostrativo del aspecto subjetivo, tiene la enunciada llamada anónima a Ecopetrol sobre el falaz cohecho a los magistrados, ni el hallazgo de un proyecto que en algo coincidía con el citado en la anónima comunicación cuando en modo alguno se demostró que le fuera conocida la existencia de aquella, como tampoco el haber tenido en cuenta por alegaciones de parte, según solicitud del demandado, las conclusiones del dictamen extemporáneo, o la omisión en decretar un tercer peritazgo, la rebaja de la indemnización en los proyectos por la improbada intervención de la Procuraduría sin aceptar que eso obedeció a un razonamiento imparcial, todo lo cual, aunado al hecho de que el ingeniero Mora no declaró en el asunto civil, ni allí Ecopetrol solicitó la práctica de prueba alguna en cualquiera de las dos instancias, ni impugnaron la segunda pericia, lo conduce, finalmente, no sin antes cuestionar de forma abstracta la función de la Fiscalía, o las que dice sofísticas afirmaciones de la parte civil sobre la cantidad de palmas, a reiterar su petición absolutoria, pues, en las condiciones dichas, no existe certeza de que se violó manifiestamente la ley, ni de haber actuado dolosamente.

6. El defensor del procesado Núñez Peña, partiendo de considerar que a los magistrados se les empezó a investigar, por parte de la Procuraduría, desde el momento en que se tuvo noticia de un supuesto cohecho sin que respecto a su existencia nada se detectara, sostiene que el prevaricato objeto de acusación es apenas un efecto que tampoco existe y surge sólo en la medida en que la Fiscalía rompe los criterios de valoración de los perjuicios tasados en el proceso de imposición de servidumbre, revelando una parcialidad hacía Ecopetrol que se aprecia inclusive desde la propia actuación del Juzgado Promiscuo Civil, a juzgar por el extraño relevo de los primeros peritos el mismo día en que éstos presentaron su dictamen, reemplazándolos por expertos del ICA, uno de los cuales, al parecer el que en realidad produjo el concepto, padecía anomalías psiquiátricas, lo que no obstó para que tomaran partido por una tesis jurídica que

exoneraba de responsabilidad a Ecopetrol, de modo que, limitándose simplemente a cuantificar los daños ocasionados en la franja de la servidumbre, motivaron la objeción que por error grave propuso el demandado y así la práctica de un nuevo experticio, por manera que el proceso civil hizo patentes tres posturas, todas por diferentes valores, aunque con el común denominador de omitir una verdadera cuantificación del lucro cesante, que habría sido bastante superior a los siete mil millones de pesos, dada la frustración de la totalidad del cultivo en cantidad de 180 hectáreas.

Precisa el defensor, con apoyo en filmas y concepto técnico de un agrónomo sobre la aerofotografía adjuntada en el juicio, que, dada la planificación del proyecto agroindustrial, según los documentos que en ese respecto se aportaron al proceso de servidumbre, la existencia del manantial, a la que se refieren todos los dictámenes, se convirtió en una fuente de primer orden que permitía la subsistencia del cultivo, de modo que su supresión o merma incidía directamente en éste, como en efecto sucedió por la deforestación que se hizo al manantial y por el paso que sobre el mismo hicieron las pesadas maquinarias. En ese sentido, dice el defensor, la existencia de dicha fuente de agua, reconocida además por Corpoguajira mediante Resolución No. 001086 de 1.991, lo que de paso evidencia que el ingeniero Mora faltó a la verdad, impregnó en todo momento el conocimiento de los magistrados que tuvieron a su cargo la solución del conflicto frente a una serie de pruebas, como el pluricitado vídeo, que además de que no fue examinado por el a quo ante la carencia de medios técnicos, nunca se aportó regular y oportunamente al proceso, arribando a la segunda instancia simplemente por la actividad parcializada de la Procuraduría a favor de Ecopetrol, por eso, llegado el momento de la decisión, los funcionarios se enfrentaron al manejo de la prueba pericial, incluido el dictamen extemporáneo por haberse solicitado fuera tenido en cuenta como alegaciones de parte por el demandado, la tomaron en conjunto, con la ampliación dispuesta por la inicial magistrada ponente, y la valoraron en la forma señalada por la ley, de modo que ante tres cuantificaciones diversas aceptan que, a

riesgo del daño ecológico, sea impuesta la servidumbre y admiten parcialmente el último dictamen para producir un fallo que señala una baja cantidad a favor del perjudicado que supuso, como lucro cesante, la aplicación del interés legal aún de manera benévola, pues solamente se computó un año y no los treinta de producción del cultivo de palma, es decir, los magistrados acusados obraron con prudencia, sin violación de norma procedimental alguna y sin ánimo de prevaricar, por eso dicha sentencia fue remitida a la Corte para que les fuera calificada y aún, a pesar de la calificación dada, no se encontró que fuera ostensiblemente contraria a la ley, como tampoco, en su oportunidad, se halló que fuera constitutiva de una falta disciplinaria o de una vía de hecho, de ahí que, con apoyo en conceptos jurídicos de litigantes, demanda la absolución de su defendido.

7. Finalmente, el defensor de Jaime Alfonso Redondo Brugés, manifiesta disentir de la posición asumida por la Fiscalía, por considerar que ella resulta parcializada, incompleta y equivocada, en la medida en que omitió ilustrar sus asertos con antecedentes de importancia, que incidieron no sólo en el curso del proceso civil, sino también en la sentencia misma que allí se profirió y porque insiste en mantener una argumentación equívoca, como la de sostener que por todo el trayecto del oleoducto se hubiese pagado una suma bastante inferior a la que se ordenó pagar por Ecopetrol en razón del sólo predio Las Marías, cuando es evidente que los daños causados en unos y en otro fueron distintos, o argüir que la indemnización se debía restringir exclusivamente a la franja de terreno ocupada, o pretender la validez de unas pruebas espúreas que, con violación del debido proceso, fueron tenidas en cuenta por los peritos del ICA.

Bajo unas tales premisas, dice el defensor, a los Magistrados acusados se les expuso en su momento, por razón del proceso cuestionado, posiciones y situaciones contrarias para que definieran cuál de ellas, según su pensamiento, correspondía a la verdad epistemológica, probatoria y procesalmente sustentada, a pesar de sus falencias, por manera que no se trata en este asunto penal de revivir o revisar el proceso de imposición

de servidumbre, sino de determinar si los acusados optaron por una de tales opciones con desconocimiento doloso de la ley aplicable, de modo que si se establece que aquellos, con base en los elementos de juicio que tuvieron para el momento de fallar, no se fundaron en soporte probatorio alguno, supusieron la prueba o los hechos, o los elementos de convicción fueron tan precarios en detrimento de los de mejor índole o calidad, para apartarse dolosa y groseramente de la interpretación legal razonada y reiterada, habría que concluir que incurrieron en el delito materia de acusación. Pero, si por el contrario, prosigue el defensor, lo que se observa es que se tuvo en cuenta el caudal probatorio en su contenido, alcance y validez formal y a las leyes le dieron una interpretación razonable, aun cuando la decisión hubiere sido equivocada, debe concluirse que su conducta no fue prevaricadora, máxime que a los magistrados acusados no se les podía reprochar el no haber acudido a un nuevo recaudo probatorio de segunda instancia, en momentos en que ya se había superado la primera ponencia, pues, ceñidos al debido proceso, a la pertinencia y a la oportunidad, esa negativa fue la manera como entendieron el ejercicio de dirección del proceso en su etapa culminante.

En ese orden, las ejecutorias, formación, personalidad, hoja de vida de los acusados resulta relevante en la dinámica del delito de prevaricato, pues de todo ello es posible establecer la capacidad delincuencia de los procesados; esos elementos y méritos, antes que soportar un aserto en contra de los procesados, evidencian su utilidad en la guarda de una independencia y carácter que les impidió ceder antes las presiones que se ejercieron y los condujo a una decisión jurídicamente sustentada, sin buscar ex profeso o dolosamente el favorecimiento de alguna de las partes.

El proceso de servidumbre, dice la defensa, no se circunscribía a determinar cuánto daño se causó en la franja ocupada, o a la tubería en ella instalada, sino sí realmente existía un proyecto agroindustrial ambicioso con una inversión ejecutada desde 1.992, en todo caso antes de la construcción del gasoducto, y si su desarrollo dependía del manantial, si éste sufrió un daño, en qué clase y proporción, o si se destruyó su arboleda, quién

produjo tal perjuicio y si éste repercutió o no en la plantación. Todas esas situaciones, planteadas a los acusados, les llegó a través de la prueba pericial, incluida la experticia de los funcionarios del ICA; con base en ella, valorada en conjunto, además porque en lo esencial las diversas pericias son coincidentes, determinaron que el proyecto de palma africana abarcaba 180 hectáreas, que el agua para su regadío provenía de un manantial, el cual fue zanjado, así como su floresta destruida, causándole un grave daño que se acentuó aún más con el apisonamiento de maquinaria pesada, conllevando que la producción del agua, proveniente de una única fuente, no obstante el contradictorio concepto de los expertos del ICA, se redujera en un 30%, lo que de todos modos resultaba suficiente para afectar de una manera importante el proyecto agroindustrial, incluidas las plantas que se hallaban en vivero y en previvero, nada de lo cual se desvirtúa por el testimonio del ingeniero Mora, o porque el constructor se tratara de Techint, pues aquél, empleado y ahora contratista de Ecopetrol, que no declaró en el proceso de servidumbre, no dijo en este la verdad en la medida en que no tenía idea del terreno, no conocía la situación, no es de la región, por eso terminó por refutar infundadamente el peritaje en el que se pretendía apoyar.

Ahora, añade el defensor, habiendo los peritos del ICA afirmado que Ecopetrol no fue el que destruyó la tubería, lo que además resulta intrascendente frente al daño del manantial, y que por eso no era responsable del lucro cesante que por el aborto del cultivo se producía, tal conclusión no era obligante para los Magistrados, pues éstos no podían asumir, con base en ese concepto, o en el cuestionado video y testimonio del falso trabajador de la finca, que los daños fueron ocasionados por terceros, cuando tales pruebas no fueron sometidas a intermediación alguna, ni judicializadas, mucho menos controvertidas, simplemente le fueron suministradas a los peritos por la parte interesada para luego ser nuevamente guardadas y finalmente aparecer en manos del Procurador, cuya actuación no podía tampoco generar las suspicacias relativas a que el proyecto inicial, tras ser derrotada la primera ponencia, de más de nueve mil millones de

pesos, se redujo a un poco más de mil debido al temor que a los acusados les produjo la intervención de aquella, pues nada de eso se encuentra demostrado en el asunto, o cuando quien verdaderamente actuó por temor fue la magistrada que finalmente salvó el voto.

Por eso, no entiende la defensa, cómo, en contra de los principios de la lógica, la decisión cuestionada no haya sido objeto de reproche disciplinario, ni se le haya considerado constitutiva de una vía de hecho y sí se le tenga por el fundamento de una imputación del delito de prevaricato, pues eso equivale a afirmar que la parte es mayor que el todo, o que una cosa puede ser y no ser al mismo tiempo. Tampoco entiende cómo pudo haberse favorecido a Dangond con la cuestionada sentencia, cuando sus pretensiones eran superiores a los siete mil millones de pesos señalados por los peritos y cuando las fundamentaciones del fallo carecen de perversidad, como para afirmar que se apartaron de la verdad en evidente favorecimiento de una de las partes y en detrimento de la otra, nada de lo cual tiene asidero en contra, menos porque Redondo Brugés hablara con el demandado, ya que esto no indica prevaricación alguna o cuando también Ecopetrol llamaba por su legítimo interés en las resultas del proceso, dada además la actitud negligente de sus abogados, pues si realmente se hubiere asumido la debida defensa de sus derechos, tuvieron tiempo suficiente para demostrar, si es que había prueba, que fueron otras personas las que destruyeron el manantial, que éste no se afectó en modo alguno, ni su caudal en la cantidad antes dicha; a cambio se ausentaron en la oportunidad probatoria del proceso de servidumbre, en el trámite del incidente de objeción no allegaron medio demostrativo alguno, tampoco ejercieron actividad probatoria en la segunda instancia y así pretenden que ahora se tomen en cuenta aquellas pruebas que no fueron aportadas validamente, instrumentalizando de ese modo este proceso penal que, en cuanto produzca sentencia de condena, se constituye en la única forma posible de eludir el pago de la indemnización determinada en el asunto civil.

Es decir, agrega, así como se apisonaron las manas con maquinaria pesada, se cegó la

vida de los milenarios árboles que sustentaban a su vez la del manantial, se pretende, para no pagar, cuestionar la conducta de los acusados so pretexto de la violación de los artículos 233, 238 y 241 del Código de Procedimiento Civil, cuando en verdad la sentencia reprochada es motivada al aceptar un medio probatorio y no el otro, y los funcionarios, sin ser un mandato imperativo, no consideraron necesaria la práctica de un nuevo dictamen, de modo que, aunque eventualmente se hayan equivocado, no prevaricaron por ese respecto, ni porque hubieren aceptado como alegaciones de parte los conceptos de la experticia extemporánea porque mediaba petición expresa del demandado, o porque, fundado el error grave, hubieren desechado el dictamen objetado pues les resultaba equívoco, fuera del análisis jurídico sobre la existencia propiamente dicha del error alegado, que se afirmara que el daño no se había producido, o que el manantial no existía o no se había afectado, de manera que antes que vulnerar el artículo 241, se ciñeron a él.

CONSIDERACIONES:

1. Facultada como se encuentra la Sala para proferir la correspondiente sentencia en este asunto de única instancia adelantado contra los doctores Alfredo Núñez Peña y Jaime Alfonso Redondo Brugés, por cuanto los hechos sustento de la acusación fueron cometidos en su condición de Magistrados de la Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, esto es, investidos del fuero de juzgamiento previsto en el numeral 4° del artículo 235 de la Constitución y 6° del artículo 75 del Código de Procedimiento Penal, se advierte que aquella, formulada por el Fiscal General de la Nación a través de Resolución del 9 de septiembre de 1.999, lo fue respecto del punible de prevaricato por acción previsto en el artículo 149 del Decreto-Ley 100 de 1.980, con la modificación que le introdujera el artículo 28 de la Ley 190 de 1.995, pues era ésta la que regía para el mes de junio de 1.998, momento de comisión del presunto delito, excluyéndose así la aplicación de la Ley 599 de 2.000 en la medida en que resulta más restrictiva toda vez que, aunque señala similares límites para la privación de libertad,

eleva el extremo máximo de la multa a doscientos salarios mínimos mensuales y el mínimo de la inhabilitación a cinco años.

2. Bajo unas tales precisiones, se tiene que los acusados lo fueron por proferir, en sala mayoritaria, la sentencia de segunda instancia de junio 25 de 1.998, a través de la cual revocaron parcialmente la que en primer grado había dictado el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar el 26 de mayo de 1.997, en cuanto al valor de \$67'388.950,00, que por perjuicios ordenó pagar por la demandante, Ecopetrol, al demandado, Rodrigo Dangond Lacouture, para ser determinados por el ad quem en \$1.800'464.430,00, dentro de un proceso de "imposición de servidumbre de gasoducto y tránsito con ocupación permanente petrolera, a perpetuidad", promovido por la empresa estatal contra el propietario del predio Las Marías, ubicado en el Municipio de Urumita.

En efecto, proyectada la construcción del gasoducto Ballena-Barrancabermeja, que atraviesa, en una longitud de 761 kilómetros los departamentos de la Guajira, Cesar y Santander, y avisados de ello los propietarios de los diferentes predios, 1.182 en total, por donde aquél pasaría, incluido Rodrigo Dangond Lacouture, dueño de la Finca Las Marías, quien, en septiembre 18 de 1.993, expresó su consentimiento para que en su inmueble se efectuaran las obras requeridas, se adelantó, en principio, cuando si bien no existía dentro de la citada finca cultivo industrial alguno, sí se tenía planeado uno de palma africana en extensión de 180 hectáreas, negociación directa entre el referido propietario y funcionarios de Ecopetrol, respecto a la indemnización que ésta habría de pagarle por la ocupación y servidumbre en una franja de su predio, en extensión de 1.988 metros por 20 de ancho, es decir 39.760 metros cuadrados, o 4 hectáreas aproximadamente, sin que entonces se llegara a acuerdo alguno, pues mientras el afectado perseguía el pago de \$358'761.353,00 discriminado en \$8'000.000,00 por el valor de la tierra, \$10'000.000,00 por el distrito de riego allí instalado, \$2'000.000,00 por el daño en los pastos de corte, \$4'672.821,00 por la inversión

inicial del cultivo de palma correspondiente a esas cuatro hectáreas y \$334'088.532,00 "valor presente neto del proyecto con un costo de oportunidad del 25% anual efectivo", la empresa oficial, habiendo cancelado un total de \$2.391'857.052,00 por la ocupación en los demás predios por donde cruzó el gasoducto, planteó pagar \$89'138.800,00 correspondientes a \$73'970.000,00 por la producción de 569 palmas durante un período de cinco años "por cuanto se permitiría nuevamente la siembra de la zona afectada", \$1'988.000,00 por daño en los pastos, \$10'000.000,00 por el distrito de riego existente en la franja y \$3'180.800,00, por la servidumbre en sí, llegando inclusive a plantearse la posibilidad de elevar la indemnización por producción de la palma afectada a \$104'057.760,00 equivalente a diez años, siempre que se dejara "como cláusula adicional dentro de la promesa la prohibición de siembra de palma africana sobre la franja en la cual se constituirá el derecho de servidumbre mediante escritura pública", y habiéndose enviado a Dangond Lacouture, en julio 14 de 1.994, aviso de obra en el cual se le ofreció indemnizar con \$67'388.950,00, de los cuales \$64'208.150,00 correspondían a las 569 palmas afectadas y el resto a la servidumbre, Ecopetrol promovió ante el citado Juzgado, en octubre de 1.994, proceso de imposición de servidumbre con cuya demanda anexó depósito judicial por la cantidad últimamente señalada, a título de indemnización.

3. Admitida dicha demanda en octubre 25 de 1.994, practicada inspección judicial al predio el 27 siguiente, en la cual además de imponerse provisionalmente la servidumbre solicitada se estableció la existencia de un cultivo de un año, con palmas que para entonces ya contaban tres de edad, designados, de la lista de auxiliares de la justicia, como peritos para que determinaran el valor de la indemnización a que hubiere lugar los señores Juan José Carrascal Molina y Armando Villar Suárez y corrido traslado de aquella por el término legal al demandado, éste, por conducto de apoderado, contestó el libelo con el que, afirmando la destrucción parcial de la única fuente de agua que se poseía para regar el cultivo de palma, la merma notable y definitiva en los niveles de

producción de agua y en consecuencia la imposibilidad material de continuar con el mismo, así como la imposibilidad jurídica derivada de la naturaleza de la servidumbre impuesta, en cuanto se prohibía cruzarla o interceptarla con la tubería de riego, adjuntó como pruebas, entre otras, el plano de curvas de nivel o estudio de suelos de la finca, plano del sistema de riego para 180 y 397.7 hectáreas, estudio geoelectrico para desarrollo del cultivo, estudio de aguas y evaluación técnico-económica sobre las indemnizaciones que, según el demandado, le debía pagar Ecopetrol, contestación que, sin embargo, fue declarada extemporánea en auto del 16 de abril de 1.995 cuando ya, para entonces, la firma Techint, contratista constructora del gasoducto, había protocolizado o depositado, y así lo hizo saber la demandante al juzgado y en su oportunidad a los peritos, ante la Notaría Tercera del Círculo de Valledupar actas de dos inspecciones practicadas por la Inspección Central de Policía de Urumita los días 25 y 30 de marzo de 1.995, de una declaración bajo juramento rendida ante la misma autoridad de policía por Alvaro Segura, así como copia de una denuncia formulada por Mauricio Antonio Buelvas García, de cinco declaraciones extraproceso, sin más identificación, 32 fotografías y tres videocasetes que corresponden a trabajos de construcción del gasoducto en la Finca Las Marías, todo lo cual, al decir de la demandante, daba cuenta de las irregularidades que por cuenta del demandado se estaban cometiendo en aras de efectuar reclamaciones por daños, infundadas.

4. En esas condiciones, posesionados los referidos peritos el 4 de abril de 1.995 y concedido que les fue un término de 15 días, prorrogado luego en 10 más, para que rindieran su dictamen, el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Juan, ante nueva solicitud de prórroga, considerándola improcedente, relevó a los expertos mediante auto de junio 6 del mismo año y dispuso, por virtud del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, nombrar como tales a aquellos dos agrónomos que designara el ICA.

No obstante lo anterior y que contra esa decisión se hubieren interpuesto recursos, por razón de los cuales el Tribunal Superior de Riohacha avaló el auto impugnado, en la

misma fecha, esto es junio 6 de 1.995, Villar y Carrascal rindieron, de todas maneras, su dictamen, en el cual, tras afirmar que visitaron el predio durante los días 7 y 22 de abril y 5 de mayo de 1.995, cuando ya el gasoducto había sido construido, que además de la observación directa del inmueble apreciaron fotografías y documentos que se hallaban en el expediente y en la Inspección de Urumita, que con base en eso notaron cómo un tramo del manantial fue deforestado, apisonadas con maquinaria pesada las venas de agua que surtían el caudal disminuyendo su volumen en un 30% y en esa misma proporción su capacidad de riego, destruido el distrito de éste en el corredor del gasoducto, independientemente de quién lo haya hecho, cosa que en su parecer no les correspondía determinar, concluyeron que se le había causado daños al cultivo de palma y al de pastos artificiales, extendiéndose no sólo a las plantas sembradas en el área de producción, sino a todo el proyecto y a la finca entera, por ejemplo “el corte del pasto se venía haciendo tres veces al año y ahora solo se podrá hacer dos veces, dependiendo de las lluvias”, máxime que Ecopetrol no admite, según lo infirieron de un oficio anexo que, en septiembre 13 de 1.993, dicha empresa le envió a Leonor Lozano de Tovar en respuesta a algunas inquietudes sobre las obras que podía realizar en un predio de Aguazul afectado con una servidumbre petrolera, la realización de trabajo permanente alguno; por eso, teniendo en cuenta que la inversión inicial para el proyecto la avaluaron en \$1.018'901.651,00, incluidos activos como maquinaria agrícola y de bombeo, equipos de comunicaciones y de computo, edificaciones, vehículos, muebles y enseres, que la producción de las 25.700 palmas, 5.843 de ellas plantadas en zona de producción, 7.000 listas para ser sembradas en esa misma área y 12.857 en vivero, fue calculada, a razón de \$110.000,00 por cada palma, según ofrecimiento de Ecopetrol al demandado, en \$2.827'000.000,00, adicionada en un 12.45% por corresponder al aumento del índice de precios al consumidor en lo corrido de enero a mayo de 1.995, los derechos de servidumbre en \$4'798.950,00, el heno dejado de cosechar por falta de riego en \$108'000.000,00, tasaron finalmente la indemnización en un total de \$4.310'722.101,00, precisando no incluir en ello la

afectación al manantial pues, aunque reiteran el grave daño que se le causó y por consiguiente a la finca, ya que es la única fuente permanente de agua de que goza, carecen de los medios técnicos para traducir su valor en términos monetarios.

Luego de rendido dicho dictamen hicieron llegar, como fundamento de sus conclusiones, copias de algunos documentos, entre ellos, de la escritura pública No. 445 de septiembre 15 de 1.994, mediante la cual el propietario de un predio constituye, ante la Notaría Única de La Paz, servidumbre de gasoducto y tránsito con ocupación permanente petrolera a favor de Ecopetrol.

5. Así entonces y luego de que fracasara la audiencia de conciliación convocada por el juzgado, ante la inasistencia de la demandante, de que el apoderado del demandado presentara una modificación a su solicitud de pruebas, a la cual el Tribunal de Riohacha, por virtud del recurso de apelación, accedió ordenando que se decretaran en su oportunidad, de que el apoderado de Ecopetrol adjuntara copia de los documentos que Techint había depositado en la Notaría Tercera de Valledupar y el de Dangond anexara copias de aquellos en que el administrador de Las Marías dice desmentir información de Techint sobre maniobras tendientes a hacer ver daños inexistentes, así como de las comunicaciones cruzadas entre Leonor Lozano y Ecopetrol, antes referidas y de que el despacho ordenara, en auto de agosto 22 de 1.995, que, por aplicación de los artículos 236 y 237, numeral 4º, del Código de Procedimiento Civil, los peritos que fueran designados para valorar los perjuicios fueran enterados del contenido de los anteriores documentos, “entendiéndolos como observaciones de las partes para efectos de la materia del peritazgo”, en febrero 28 de 1.996 se tuvieron por tales a José Vicente Meza Caballero y Gonzalo Calderón Rivero, agrónomos del ICA, quienes, tras recibir la documentación antes referida, incluidos tres videocasetes, y visitar el predio el día 16 de abril, rindieron su dictamen en mayo 2 del mismo año, en el que, respondiendo de modo asertivo gran parte de los cuestionamientos formulados por las partes, determinaron:

a. Observando el video recibido del despacho, los trabajos de construcción del gasoducto se ejecutaron protegiendo siempre la tubería del distrito de riego instalada en la franja utilizada, cuyo ancho fue finalmente de 12 metros, aunque la impuesta haya sido de 20, así como el manantial, pues para que siguiera su curso sin detenerse, le fue construido un ducto, de modo que teniendo un volumen para regar 70 hectáreas, a pesar de que haya sido zanjado y su arboleda destruida, la que podía ser reemplazada por otra de raíces no profundas, su merma en el caudal o daño, en una escala de uno a cien, fue de 0,0000001.

b. El cultivo de palma abarcaba 70 hectáreas, 50 de ellas con plantas adultas y las restantes con pequeñas, para un total de 10.010 palmas de una edad de 6 años. Aunque sí existía, en efecto, un proyecto que se extendía a 180 hectáreas, cuya tubería de riego encontraron amontonada, por eso hallaron 15.000 plantas en previvero y 1.500 en vivero.

c. No obstante que la capacidad del manantial, única fuente directa del sistema de riego, daba volumen para 70 hectáreas, ella podía ser ampliada mediante la construcción de pozos profundos y represas.

d. Para el día en que visitaron el predio, el cultivo de palma se hallaba abandonado, sin control de malezas, sin riego, semidestruido, con plantas raquíticas y deficiencia nutricional, algunas muertas por sequía.

e. La franja materia de la servidumbre, sin haber roto la continuidad de la tubería de riego, no impedía tampoco su instalación, máxime que en la práctica Ecopetrol la admite a una profundidad de 60 centímetros, ni partió en dos el cultivo de palma.

f. En el área del gravamen, de 12 metros de ancho por 1.988 de longitud, se destruyeron los pastos así como 143 plantas de palma africana, hubo tala de árboles, degradación agroecológica y apisonamiento del suelo con máquinas que pesaban entre cinco y cien toneladas.

g. Lo dejado de percibir por un cultivo de palma africana de 70 hectáreas sería de \$2.075'528.640,00 y por uno de 180 hectáreas de \$5.341'593.600,00, siendo la inversión de \$1.018'901.651,00.

Con fundamento en lo anterior, sin haber precisado el alcance de la servidumbre impuesta, entre otras cosas porque estimaron que se trataba de un aspecto legal que concernía al juez y porque a la pregunta referida al tema contestaron con mención del artículo 57 de la Constitución, por considerar que el cultivo de palma fue abandonado por decisión del dueño o abortado por acción de terceros, mas no por la actividad directa o indirecta de Ecopetrol, ya que las orugas y maquinaria no dañaron la tubería de riego, y el manantial, según lo constataron el día de la visita, cuando se puso a funcionar el motor de bombeo, no ha perdido caudal y se represa fácilmente, fijaron la indemnización en un total de \$43'270.000,00, suma inferior a la ofrecida por la demandante, discriminada así: \$4'000.000,00 valor de la servidumbre; \$3'000.000,00, destrucción de pastos; \$35'750.000,00, producción de 143 palmas a 30 años, a razón de \$250.000,00 por planta y \$520.000,00, valor de 13 árboles maderables.

6. Surtido el traslado de rigor, para efectos de contradicción del dictamen, la parte demandada, en extenso escrito que principalmente hizo relación a los alcances e implicaciones de la servidumbre que afectaba el predio, propuso incidente de objeción, de modo que invocando las mismas pruebas que anexó con la contestación de la demanda, sustentó el error grave alegado en que, siendo la merma o limitación de los atributos del derecho de dominio un asunto que corresponde precisar a los peritos y no al juez, aquellos desconocieron cuáles y cuántas servidumbres se impusieron, la naturaleza y particularidades de cada una de ellas, sus consecuencias jurídicas y prácticas, negaron las implicaciones reales y materiales de su imposición, pues, siendo la de ocupación permanente, de carácter negativo, se imposibilitaba el sistema de riego de tal modo que el proyecto de palma se abortó desde el momento mismo en que ese gravamen se impuso, ya que desde ese instante se prohibía al propietario ocupar la franja.

Sostuvo el apoderado objetante que, siendo la materia de la pericia constatar si la limitación al derecho de dominio imposibilitaba el sistema de riego permanente y por ende el proyecto agroindustrial, erraron los peritos al afirmar que ese aspecto no era agronómico y se contradijeron al sostener en principio, que la tubería sí podía atravesar la franja, para luego aducir que en ella no era posible construir obra permanente alguna, o que a pesar de los riesgos de combustión, explosión y toxicidad, que son los que justifican la ocupación, éstos no existen.

Erraron también, añadió, al afirmar que al propietario del predio no le estaba vedado realizar actos de ocupación en la franja y en eso se atuvieron los expertos simplemente a la manera en que Ecopetrol, en la práctica, ejercía sus derechos y no a lo señalado en la ley, omitiendo así considerar que las servidumbres impuestas son legales, por ende no son objeto de negociación y, una vez impuestas, no puede existir acuerdo de las partes sobre su ejercicio.

Finalmente, adujo que los peritos se contradijeron al aceptar que la única fuente de agua era el manantial y que si bien éste fue afectado por la maquinaria, reduciéndose su potencialidad productora de agua, no evaluaron, sin embargo, tal deterioro por considerar que se trataba de un asunto con valor ecológico y sentimental.

7. Dándose curso al incidente de rigor, el despacho judicial dispuso tener por pruebas las allegadas con el escrito de objeción, las mismas que se adjuntaron con la contestación de la demanda declarada extemporánea, y como alegación de parte los conceptos provenientes de terceros, haciendo con ello expresa alusión al primer peritazgo, el rendido por Villar y Carrascal que igualmente fue tenido por extemporáneo y a la vez ordenó, de manera oficiosa, se practicara una nueva experticia, como prueba de la objeción, designando para ello a Renira Daza Daza y José Díaz Cuello quienes, habiendo visitado el predio el día 5 de septiembre de 1.996, rindieron su dictamen, determinando:

- a. El proyecto de palma ha sido cortado definitivamente por falta de riego.
- b. El vivero y el previvero allí existentes se alimentan de un sistema de riego por tubería enterrada venida de un manantial muy debilitado.
- c. La finca ha sido dividida en dos, obstruyéndose la siembra de la palma por falta de agua y por la franja del gasoducto.
- d. Como quiera que desde el momento de imposición de la servidumbre se prohíbe a los propietarios ocupar el corredor, advierten evaluar el lucro cesante por lo que se dejó de percibir dado que el proyecto fue cortado definitivamente y el daño emergente desde aquél instante porque, reiteran, el dueño no podía hacer lo que quisiera en la franja ya que el gravamen supone un no hacer permanente que implicaba que el sistema de riego no podía atravesarla y en consecuencia se hacía imposible la plantación de palma y pastos por falta de agua.
- e. Por eso, considerando que el dictamen objetado sí incurrió en graves y manifiestos errores, que el manantial tenía una capacidad de regadío para 180 hectáreas, avaluaron el daño causado al mismo en \$60'000.000,00, la inversión total a 1.996 en \$1.372'994.366,00, que indexada equivale a \$2.040'988.473,00, el lucro cesante de 25.740 palmas en \$5.148'000.000,00, la imposibilidad de cosechar heno durante cinco años en \$140'400.000,00 y la servidumbre en \$7'952.000,00, para un total de \$7.397'340.473,00.

8. Con un tal panorama y habiéndose alegado por el apoderado del demandado que sin agua suficiente y el sistema de riego destruido el cultivo no podía continuar, el Juez Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar dictó su sentencia en mayo 26 de 1.997 disponiendo, sobre el predio Las Marías, imponer la servidumbre solicitada en la demanda y tras considerar no probada la objeción por error grave, ordenar que Ecopetrol pagase al demandado, a título de indemnización, la suma ofrecida en el

libelo, pues, siendo el gravamen impuesto de carácter legal y su objeto el de obtener que el dueño de un predio permita que por éste se tiendan redes de oleoductos, así como el consiguiente y necesario tránsito, implicando una serie de abstenciones para el propietario, como que debe soportar el enterramiento permanente del gasoducto, los eventuales trabajos de reparación y dejar de ejecutar ciertos trabajos u operaciones que por su naturaleza lo llegaren a dañar, pudiendo, entre otros quehaceres, adelantar actividades como cultivos y ganadería; siendo además que la indemnización debe hallarse integrada por los conceptos de daños directos e indirectos, pero sin que se extiendan a situaciones tales como la inactividad de quien los sufre y que la objeción por error grave se fundó en la falta de dominio que los peritos tendrían sobre temas jurídicos como la clase de servidumbre y sus implicaciones, le resultó claro que, planteado el problema en torno a si se había averiado o no el sistema de riego y, si lo primero, quién lo había hecho, nada de ello, ni lo uno ni lo otro, se hallaba probado en el proceso, menos cuando, de haberse acreditado la ruptura del sistema, esto no suponía, por sí, el aborto del proyecto ya que la tubería podía repararse si el afectado, a cambio de cruzarse de brazos, hubiere actuado con diligencia y prontitud.

Por eso, como los hechos dañinos que originan indemnización deben estar probados y los puntos de objeción del dictamen son de derecho, existiendo diferencia entre las experticias rendidas por la inclusión o exclusión respectiva de conceptos que darían lugar a ser estimados como indemnizables, si estuvieran no sólo probados sino demostrada su autoría y como los videos allegados al expediente y otras documentales depositadas en notaría no acreditan tales aspectos, ya que se allegaron como observaciones a los peritos y no pudieron ser vistos por el juzgado “como información”, debido a la carencia de medios técnicos, concluyó indemostrada la existencia de un error grave, desechando por ello la pericia practicada como prueba de las objeciones, mas sin acoger tampoco el dictamen objetado por resultar inferior al ofrecimiento hecho por la demandante.

9. Dicho fallo fue recurrido por el demandado quien, en lo esencial y en cuanto hace relación a la indemnización, simplemente señaló que se desconocieron los hechos probados en el último peritazgo, como que Ecopetrol fue la causante de los daños en el terreno, así como se desconoció que el perjuicio fue causado por una actividad peligrosa por cuyo ejercicio la víctima, amparada por la presunción de culpa, no estaba obligada a probar y finalmente que se olvidó que el valor de la indemnización es el señalado por los peritos y no por el juez o las partes.

10. Arribado el asunto a la Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior de Riohacha, asignado a la Magistrada María Manuela Bermúdez Carvajalino, y aclarado, según orden oficiosa, el dictamen rendido por los peritos Díaz y Daza, a través de lo cual se precisó que el sistema de riego instalado en Las Marías se hallaba interconectado de modo integral; que el manantial, con capacidad para regar 180 hectáreas, deforestado y tapadas las fuentes de nacimiento de sus aguas, nacía en la misma finca; que se construyó un puente con terraplén sobre el lecho del manantial, tapando para siempre las fuentes de nacimiento de agua con disminución del volumen de su corriente, por eso ya no habrá agua suficiente que garantice el riego de los cultivos ni su éxito, la funcionaria registró, en diciembre 2 de 1.997, un proyecto confirmatorio que al ser llevado a la discusión de Sala de febrero 20 de 1.998, fue derrotado, razón por la que el asunto pasó al Magistrado siguiente, esto es el Dr. Alfredo Núñez Peña quien, en junio 10, cuando ya se había producido una llamada anónima a la Procuraduría que daba cuenta de hechos de corrupción de los Magistrados en ese proceso civil y de que dicha entidad hubiere iniciado por tal motivo una investigación que permitió una visita al expediente en junio 11, registró su proyecto parcialmente revocatorio, ordenando en principio que Ecopetrol pagara como indemnización una suma de \$9.839'201.563,13 que luego, en un segundo proyecto fue reducida a \$1.800'464.430,00, finalmente aprobado como sentencia en junio 25 del mismo año.

11. Tuvo por fundamento la mencionada sentencia, que ahora se cuestiona dentro de

este proceso iniciado con base en denuncia que Ecopetrol, por medio de apoderado, formulara en septiembre 25 de 1.998, en cuanto a la indemnización así dispuesta, el aserto según el cual se había acreditado el error grave en el dictamen rendido por los peritos del ICA, pues éste imputó el aborto del proyecto a terceros cuando en el expediente no obra prueba alguna de tan grave acusación, ni siquiera se identifica a aquellos ni aparece medio de convicción que demuestre una actividad del demandado dirigida a destruir el manantial y la tubería de riego, olvidándose por el a quo, dice, que la construcción del gasoducto es una actividad peligrosa que implica inversión de la carga probatoria y exonera de acreditar la culpa a quien pretende la reparación; los expertos, continuó el Tribunal, se basan en unos videos para afirmar que Ecopetrol no rompió la tubería, pero esos elementos no fueron allegados como pruebas en forma regular y oportuna y por ende, sin que puedan ser fundamento de conclusión alguna, mal podían, por esa razón, negarse a tasar los perjuicios, cuando es el juez quien califica las pruebas y las valora.

En ese orden, dijo el ad quem, la conclusión del dictamen objetado sobre el paso inocuo del gasoducto por el terreno, sin afectar su explotación económica, además de que es opuesta a las del rendido por Daza y Díaz, contradice los dictados técnicos de Ecopetrol sobre las considerables restricciones y limitaciones a que queda sometido el predio gravado, por eso transcribió todas aquellas apreciaciones de la última pericia relacionadas con el alcance de la servidumbre, para luego, haciéndolas coincidentes con las expuestas por los primeros expertos, esto es Villar y Carrascal, las que tuvo como alegaciones de parte, dar a entender unos efectos absolutos del gravamen así como el agotamiento o disminución del manantial y concluir en el otorgamiento de pleno valor al final dictamen, respecto de la causa y extensión de los daños ocasionados por la construcción del gasoducto, para así, no sin antes cuestionar al juzgado de primera instancia por la forma en que designó a los peritos del ICA y por su sugerencia de que el demandado acudiera a otro proceso en aras de demostrar, con mayor afianzamiento

probatorio, los perjuicios que dijo haber padecido, y luego de excluir del daño emergente que identificó con la inversión inicial, aquellos activos que carecían de univocidad respecto al cultivo de palma, tasarlo en cuantía de \$1.266'063.916,00, que actualizados equivalían a \$1.698'551.350,00, mientras que en relación con el lucro cesante, averías al manantial y producción de heno, tachó el dictamen por vago y carente de fundamentación, desestimándolo en ese aspecto, fijando a cambio aquél rubro en el 6% anual del daño emergente, es decir, \$101'913.081,00, determinando en consecuencia el monto total de la indemnización en \$1.800'464.430,00.

12. Como la ponencia confirmatoria presentada por la Magistrada Bermúdez Carvajalino, según ya se dijo, fuera derrotada, salvó ella su voto frente a la decisión mayoritaria, toda vez que, si el error grave consiste en ir contra la sustancia misma de las cosas objeto del dictamen o contra sus calidades ontológicas, o en concebir en forma distinta o contraria a la realidad las calidades propias del bien examinado, produciendo una variación que desfigure o cambie la verdadera entidad del elemento dictaminado y es al juez, no al perito, a quien corresponde determinar las implicaciones de la servidumbre, le resulta claro que en manera alguna se probó la objeción formulada por el demandado, menos cuando el peritazgo rendido por Daza y Díaz evaluó toda la inversión sin exponer con claridad los fundamentos de esa apreciación, ni tuvo en cuenta que el estudio de riego se proyectó en tres fases para 500 hectáreas, de modo que no se estableció si aquellas estaban funcionando y si lo hacían en concurso de la otra fuente de agua prevista, cual era el río Marquezote, ni tampoco si fue que se dañaron los tres sectores de riego o cuál de ellos, ni explican cómo se interconectaron.

Además, dijo la Magistrada, tampoco fue demostrado que Ecopetrol hubiese prohibido al demandado el mantenimiento de la tubería, esa veda simplemente la deducen los peritos de la comunicación remitida por la empresa a Leonor Lozano, ni consta que Dangond le hubiese formulado solicitud alguna a Ecopetrol para que le permitiese mantener obras construidas y que ésta se hubiere negado, así como tampoco obra prueba

alguna que demuestre la autoría de la destrucción de las tuberías de riego.

13. Bajo tan necesario recuento de todo cuanto antecedió y concurrió a la emisión de la sentencia adoptada en sala mayoritaria por los Magistrados Núñez Peña y Redondo Brugés, que excluye obviamente los elementos de convicción que se adjuntaron en la actuación penal, pero que no lo fueron a la adelantada en la jurisdicción civil, así como las tachas que ahora se esgrimen sobre la salud mental de uno de los expertos del ICA, pues no de otra manera podría analizarse la inconformidad ostensible de la providencia objeto de reproche con la ley y por ende su desacierto e injusticia, razones por las que la acusación la tuvo como constitutiva de prevaricato y entendiendo que éste consiste, según la descripción típica hecha en el artículo 149 del Código Penal de 1.980 y en el 413 del actual, en el proferimiento, por servidor público, de resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, adviértese acreditada, en primer término, con la prueba idónea constituida por las certificaciones expedidas por la Secretaría General de la Corte, la cualificación de quienes en este proceso han obrado como sujetos agentes del delito materia de juicio, valga decir la condición de Magistrados del Tribunal Superior de Riohacha que, para la fecha en que fue dictado el cuestionado fallo, ostentaban los acusados Núñez Peña y Redondo Brugés.

14. Sobre un tal supuesto, se les cuestiona entonces la referida sentencia como manifiestamente contraria a la ley y en verdad que así lo es, pues aquella, encontrándose, frente a la actividad procesal de valoración probatoria, obligada, en términos del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, a apreciar las pruebas, regular y oportunamente allegadas, en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, faltó a un tal imperativo y a aquellos que regulan de modo especial la contradicción y apreciación de la prueba técnica.

En efecto, siendo que concierne al juzgador confrontar en su integridad los medios de prueba aportados legalmente al proceso para con base en ellos, y aplicación del principio

de la carga de la prueba, previsto en el artículo 177 ídem, según el cual “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, así como del método de la sana crítica, definir cuáles tienen la virtud de demostrar un determinado supuesto fáctico y cuáles no, una tal labor, por su propia naturaleza, le impide valorar de modo preeminente un específico medio probatorio, omitiendo la ineludible confrontación con el acervo recaudado, pues es obvio que dentro de la dialéctica del proceso cada posición de parte aporta lo que en su interés o conveniencia considera como criterio verídico, y es dentro de éstas, según un proceso reglado, que el fallador debe hallar la concordancia con la realidad, en aras no sólo de ajustar su decisión a la legalidad, sino también de materializar la justicia, pero en este asunto los Magistrados, con ostensible omisión de ese proceso reglado de valoración, eludieron precisamente la obligada cotejación, privilegiando una prueba que, dentro del conjunto probatorio, no podía tener los alcances que finalmente se le dieron.

15. Así, objetado el dictamen que rindieran los expertos del ICA “por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas”, en términos del artículo 238, numeral 4º, del ordenamiento procesal civil, y radicada dicha objeción, no en la omisión en sí de avaluar unos daños o en la indemostración de su autor, como lo sugiere el doctor Núñez en el curso del interrogatorio que se le formuló en la audiencia y su defensor, sino, según se infiere del escrito del demandado, en el alcance que dichos técnicos le dieron a la servidumbre entonces provisionalmente impuesta, es evidente que la labor del ad quem, por lo menos en ese referente y dada la limitación de competencia que le imponía el artículo 357 ídem, se debía enmarcar en la demostración o no del error que de tal modo se alegaba y en cuanto, sin tratarse de puntos de derecho por ser inadmisibles de conformidad con el artículo 236 de la misma obra, se avinieren ciertamente a la concepción jurídica del fenómeno invocado, en el entendido que “si se objeta un dictamen por error

grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos' (G. J. Tomo LII, pág. 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite difererenciarnos de otros defectos imputables a un peritaje, 'es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciado equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven".(G.J.Tomo CCXXV, segunda parte, pág. 455, auto de 8 de septiembre de 1993).

16. Bajo dicha premisa, tratándose, la servidumbre de gasoducto y tránsito con ocupación permanente petrolera a perpetuidad, de un gravamen o limitación al derecho de dominio, impuesto a un predio por necesidades de utilidad pública que demanda de su propietario el acatamiento de una serie de restricciones que implican la imposibilidad de alterar, disminuir o hacer más incómodo el ejercicio de la servidumbre o de realizar en el predio acto u obra alguna que pueda perturbar, alterar, disminuir, hacer incómodo o peligroso el ejercicio del gravamen, según interpretación analógica que en ese sentido es posible hacerse del artículo 30 de la Ley 56 de 1.981, no puede significar eso nada diferente que, por su naturaleza legal, que ninguna de las partes ni siquiera discutió, los alcances, características y consecuencias de una tal servidumbre los señala la ley y no el perito, y por ello surgía improcedente la sugerencia de la Procuraduría acerca de interrogar en esos efectos a la empresa estatal, así como innecesaria la concertación a que alude el doctor Redondo Brugés, sobre el manejo de la misma.

Por tanto, como ese gravamen no conlleva una expropiación, sino que evidentemente el propietario sigue siéndolo, aunque en forma limitada, pues es claro que no puede desarrollar ninguno de tales actos que afecten para el titular del derecho su ejercicio, valga decir que el uso y goce de su predio no es pleno, conlleva un tal aserto que, en

sentido contrario, sí puede ejecutar cualquier acto u obra que no perturbe, altere, disminuya o haga incómodo o peligroso el ejercicio de la servidumbre y que aún puede ejecutar todos aquellos que por convención se le permita, toda vez que es patente que el ejercicio del gravamen puede ser objeto de regulación entre el dueño del inmueble y quien ha de ejercerlo.

Bajo los anteriores supuestos, es incuestionable entonces que en ese asunto civil promovido por Ecopetrol, a ninguno de los peritos le estaba dado, como se dijo por el juez a quo y por la Magistrada que salvó el voto, así como por la Fiscalía y el Delegado de la Procuraduría, precisar los alcances e implicaciones de la servidumbre, pues además de que evidentemente se trataban de temas jurídicos, tal labor le corresponde a la ley y en su defecto al juez, por ser precisamente, se reitera, un aspecto de derecho. Y siendo ello así, síguese, de contera, que la objeción por error grave no podría fundarse en unas tales implicaciones, ni, en consecuencia, podía entenderse próspera la así formulada, pues, en esos términos es indudable, que ésta no se avenía a la concepción jurídica de error en la pericia.

17. Es que si el objetante consideraba, como en efecto lo hizo evidente en ese proceso, en un criterio absoluto y radical, que la servidumbre impedía la ejecución de cualquier acto en la franja ocupada por Ecopetrol de modo permanente y a perpetuidad, es obvio que una tal implicación, siendo de naturaleza eminentemente jurídica, porque ella se encuentra, como ya se vio, señalada en la ley, no correspondía ciertamente al objeto de una pericia, pues ésta procede, según el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, sólo en cuanto haya necesidad de verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, de modo que en ese mismo sentido era infundado objetar un dictamen rendido por agrónomos que no hubiere precisado esas consecuencias jurídicas y muchos menos podía prosperar una tal situación.

Ahora bien, a pesar de que así resultaba improcedente la invocación de un error grave,

podiera admitirse que con algo de laxitud él habría consistido, no en la implicación jurídica de la servidumbre, sino en la naturaleza incómoda, obstructiva, perturbadora o alteradora de la específica obra, pues, legalmente no todo acto le quedaba prohibido al propietario, sino aquellos ya mencionados que de alguna manera limiten el pleno ejercicio de la servidumbre, pero es patente que nada de eso fue planteado en el proceso, quedando a cambio, al descubierto una posición contraria, en la que tampoco los acusados repararon, y es que si legalmente el propietario podía realizar en el predio de su propiedad afectado toda acción u obra que no obstruyere, incomodare o pusiere en peligro la servidumbre de ocupación, gasoducto y tránsito, Ecopetrol y el propio Dangond Lacouture tuvieron siempre la certidumbre de que el distrito de riego no produciría uno de tales efectos, no alteraría, ni incomodaría el ejercicio de la limitación impuesta pues, adjuntada al proceso civil por el propio demandado, tanto con la extemporánea contestación de la demanda como con el escrito de proposición del incidente de objeción, la evaluación técnico-económica de las indemnizaciones que en su parecer le debía pagar Ecopetrol por el ejercicio del gravamen y conocedores como eran los Magistrados acusados de la etapa de negociación directa que se dio entre las partes, antes de promoverse la acción civil, según así lo señalan en la audiencia pública, era claro que tanto la empresa estatal como el dueño del predio partían del supuesto que los daños abarcarían exclusivamente la franja de terreno de 1.988 metros de longitud por 20 de ancho, partían de la premisa de que, aunque se le iba a causar eventualmente un daño al distrito de riego que atravesaba ese corredor, que el propio Dangond estimó en diez millones de pesos, se iba a permitir su instalación y funcionamiento, llegándose inclusive a plantear la posibilidad de que sobre esa franja se volviera a sembrar palma africana.

Por tanto, si el efecto legal de la limitación examinada, en un sentido positivo, necesariamente correlativo a las obvias restricciones que surgían para el propietario, es que éste podía ejecutar todo acto u obra que no entorpeciera, incomodara, estorbara,

alterara o pusiera en peligro la servidumbre y la instalación y funcionamiento del distrito de riego sobre el corredor del predio gravado, no se consideró como tal, por ninguna de las partes, porque así se demostró con la propuesta de Dangond de pretender se le indemnizara con diez millones de pesos por el daño causado al distrito de riego que atravesaba la franja y con la aceptación de Ecopetrol de que aquél, no solo siguiera funcionando, sino que además sirviera para las plantas que en ese mismo corredor aceptaba que eventualmente se volvieran a sembrar, sin que ello se desvirtuara por la comunicación cruzada entre la empresa y la señora Leonor Lozano de Tovar, la que por el contrario, servía de mayor sustento para el anterior aserto en la medida en que, si bien allí se expresaba la imposibilidad de que se instalare un acueducto permanente, se refería a él en cuanto obra de urbanismo, la que por su naturaleza y utilidad, sí implicaría, se repite, en cuanto obra de adecuación urbana, un obstáculo para el ejercicio de la servidumbre, le resultaba aún más imperativo a los Magistrados acusados, tal como lo estimó el a quo y advirtió la Magistrada disidente, dar por indemostrada la existencia del error grave, a lo cual ciertamente no concluyeron, no porque hubiere sido una posición lógica, sustentada probatoriamente, sino porque, como lo señalaron la Fiscalía, la Procuraduría y el apoderado de la parte civil, limitaron su análisis, así sesgado, solamente a una prueba, olvidando el demás conjunto que legalmente obraba en el asunto, aún con independencia de aquellos medios de convicción que Ecopetrol depositó en notaría, pues éstos resultaban intrascendentes ya que eran ineficaces para demostrar un aspecto legal, como las implicaciones de la servidumbre e inconducentes para acreditar la naturaleza obstructiva o incómoda del distrito de riego, o su inadmisión por parte de la empresa petrolera.

La apelación, en consecuencia, en punto de la objeción, si es que los enjuiciados hubieren valorado el error grave en su verdadera dimensión jurídica y en frente del universo probatorio con el cual contaban y no solamente con base en el último dictamen, el cual además no les mereció crítica alguna al señalar conclusiones que indudablemente

resultaban inadmisibles por tratarse de aspectos jurídicos, no podía prosperar a no ser que, como lo hicieron los acusados y lo indicó la acusación, falsearan los hechos y por consiguiente la realidad, por el sesgado análisis que realizaron del cúmulo de medios de convicción.

18. Sin embargo, la impugnación ciertamente, como no lo hizo la sentencia del a quo, no se restringió solamente a hacer evidente un supuesto error grave derivado de la ignorancia que los peritos tenían sobre las implicaciones jurídicas de la servidumbre, sino que también versó, como lo alegan los acusados en sus intervenciones, sobre el supuesto desconocimiento que el juez de primera instancia tuvo sobre los hechos probados en el último peritazgo, como que Ecopetrol fue la causante de los daños en el terreno, incluido el manantial y el distrito de riego, o que el perjuicio fue causado por una actividad peligrosa por cuyo ejercicio la víctima, amparada por la presunción de culpa, no estaba obligada a probar.

Pero, aún sobre un supuesto así presentado, que evidentemente se salía ya del análisis de la objeción por error, pues, se reitera, ella lo fue sólo en cuanto a las consecuencias jurídicas de la servidumbre, la sentencia cuestionada no deja de ser ostensiblemente contraria a la ley, en la medida en que también en ese análisis se falsearon los hechos bajo un examen sesgado y privilegiado de la prueba pericial, en detrimento no sólo de la demás obrante en el proceso, sino también de las consecuencias jurídicas de la presunción de culpa derivada del ejercicio de una actividad peligrosa.

En efecto, aunque sin ser expresos en ese aspecto, pues se limitaron simplemente a transcribir el dictamen rendido por Daza y Díaz con apoyo en algunas de las conclusiones a que llegaron los expertos Villar y Carrascal, tenidas en cuenta como alegaciones de parte, sin que en ello pueda encontrarse reproche alguno, pues, la ley autorizaba una tal posición, y sin analizar ninguna otra prueba, el fallo cuestionado, acaso como tesis subsidiarias a su ilegal aceptación de que el propietario del predio no podía

ejecutar absolutamente ningún acto sobre la franja afectada o de que el distrito de riego era una de aquellas obras que se le prohibían por resultar incómoda o perturbadora del ejercicio de la servidumbre, sostuvo, según lo corroboran también los acusados en su intervención durante la audiencia pública, ya no la imposibilidad jurídica del distrito de riego y de ejecución del proyecto agroindustrial, sino su imposibilidad material en cuanto a que, dada la presunción de culpa derivada de la actividad peligrosa de construcción del gasoducto, el agua de que se servía el sistema se agotó, por destrucción del manantial del cual provenía o en cuanto a que el distrito de regadío fue totalmente averiado, lo uno y lo otro por Ecopetrol, a consecuencia de lo cual, ésta debía indemnizar no sólo el daño emergente derivado de la inversión y destrucción misma, sino también el lucro cesante constituido por la producción dejada de percibir durante treinta años, por un cultivo de 180 hectáreas de palma africana.

Admitiendo entonces, con los anteriores argumentos, que la construcción del gasoducto es una actividad de índole peligrosa, lo cual, según se infiere del artículo 2.356 del Código Civil, implica que ante la producción de daños por su ejecución no está el afectado obligado a demostrar la culpa del agente y atañe a quien la despliega, en aras de eximir su responsabilidad, acreditar que el perjuicio obedeció a un elemento extraño, supusieron los acusados, obviamente dentro de la innegable parcialidad que los movió y en una ilegal aplicación de la presunción que dijeron obraba en el asunto, que al demandado no concernía demostrar el daño, ni su autor, ni la relación causal entre la actividad peligrosa y el perjuicio, pues si bien, aquella implica la inversión de la carga probatoria, extendieron esta excepción a todos los aspectos de la responsabilidad, y no sólo en aquél autorizado por la ley; en ese sentido, probada como estaba la construcción del gasoducto, nada más les bastó, para presumir la ocurrencia del daño, su autoría, la relación causal y la culpa, cuando, legalmente sólo podía presumirse de modo exclusivo ésta, debiendo el afectado demostrar el supuesto fáctico de los efectos jurídicos que invocaba, esto es el perjuicio, su autor y el nexo de conexidad, valga decir que

el daño fue producto de la actividad que se dijo peligrosa.

El proceso de imposición de servidumbre, según la cabal aplicación de esos principios que fundamentan la responsabilidad civil, demostró que ciertamente se causó un perjuicio en la franja de terreno de 20 metros de ancha por 1.988 de longitud, así lo aceptó además la empresa demandante y los diversos peritazgos, pero nada más que eso; no se demostró, por quien tenía la carga probatoria de ello, esto es quien pretendía la indemnización, sin que estuviera amparado por presunción alguna diferente a la de la culpa, que se causó un daño más allá del área directamente ocupada y que él se originó por la ejecución de la actividad que se consideraba peligrosa; de haberlo hecho, frente a una ingente destrucción que no podía descartarse, es innegable que el resarcimiento por todos los que se le hubieren causado habría sido legalmente procedente, aún con clara independencia de todo lo que pudiera haber pagado Ecopetrol durante el resto del trayecto del gasoducto, argumento que sin duda, en esas condiciones habría resultado sofístico, pues como lo han aseverado acusados y defensores, y en cierto modo lo corroboró en este asunto el ingeniero Alfredo Mora Molina, la diferencia la hacía indiscutiblemente la existencia de un proyecto agroindustrial de palma africana de gran envergadura.

19. En consecuencia correspondiendo al demandado la carga probatoria, es decir probar la destrucción del manantial, el agotamiento del agua o la irreparable avería del distrito de riego sobre la franja, elementos éstos que dicen los Magistrados acusados y sus defensores en la audiencia pública, fueron los determinantes para adoptar la decisión cuestionada, a pesar de que en el proceso civil el conocimiento o realidad procesal que se evidenciaba era la de que esa fuente acuífera nacía en la finca Las Marías, llegándose a demostrar sólo en la investigación penal que eso no era cierto, las afirmaciones tomadas como alegaciones de parte del peritazo de Villar y Carrascal y las verificaciones de los expertos Díaz y Daza acerca de que el arroyo fue deforestado en la intersección con el gasoducto, apisonadas sus venas, disminuido su caudal y capacidad de riego o

debilitado y tapadas sus fuentes de nacimiento de agua con disminución de su corriente, no podían tener, si se cotejaban con las demás pruebas legalmente aportadas al proceso, con las afirmaciones del demandado y al interior de ellos mismos, los radicales efectos que tácitamente acogieron en la sentencia y sostuvieron en este proceso los acusados, acerca de que, en dichas circunstancias el manantial efectivamente había fenecido y así desaparecido la única fuente de agua permanente con la que contaba el desarrollo del proyecto.

En efecto, aún bajo el errado conocimiento de que el manantial nacía en la finca, desconocieron los acusados que a pesar de la deforestación, del apisonamiento con maquinaria pesada, el arroyo, como lo dijeron los propios Daza y Díaz, fue protegido con un terraplén bajo el cual pasó un ducto a través del cual, a su vez siguió su normal curso; desconocieron, por lo mismo, que no había una incidencia directa del sol sobre el caudal como para pensar que por evaporación su flujo se agotaba o disminuía al punto tal de hacer inviable el desarrollo del cultivo; omitieron considerar, así fuere como alegación de parte, que en concepto de Villar y Carrascal, el caudal disminuyó sólo en un 30% y en esa misma proporción la capacidad de riego, es decir, por lo menos por ese aspecto era imposible afirmar o aceptar que el proyecto se había abortado; pasaron por alto que en la contestación de la demanda, aún a pesar de su extemporaneidad, se afirmó sólo la destrucción parcial de la fuente de agua y una merma de sus niveles, lo cual se corroboró con las alegaciones previas a la sentencia al afirmarse, no el agotamiento, sino la insuficiencia de agua; omitieron considerar que, por la verificación que hicieron los peritos Meza y Calderón el día 16 de abril de 1.996, las aguas del manantial se represaban fácilmente, indicando ello que no había perdido caudal y que el 5 de septiembre del mismo año los expertos Daza y Díaz encontraron un vivero y un previvero aún sostenidos por un sistema de riego con aguas provenientes del manantial, así éste lo tuvieran por debilitado, aunque nunca explicaron las razones de tal aserto, como tampoco lo explicaron Villar y Carrascal respecto a la disminución del 30%, a diferencia de Meza y Caballero

quienes sí experimentaron el represamiento del agua y el funcionamiento del motor de bombeo.

Es decir, dieron por demostrado los Magistrados acusados y así persisten en sostenerlo en este asunto penal, a lo cual hacen eco sus defensores, que el agua desapareció, cuando en verdad, el análisis conjunto de los medios probatorios conducía a una aseveración en contrario: que el manantial, así naciera en la misma finca, no se había agotado, que aún en 1.996 mantenía sus aguas y que así se aceptare una disminución de su caudal en el 30% de que hablaron Villar y Carrascal, era evidente que eso no conducía indefectiblemente a truncar de modo total e inevitable el proyecto de cultivo de palma africana, lo que era reconocido por el propio Dangond a juzgar porque, dada la envergadura del proyecto, los diversos y profundos estudios que lo antecedieron y sustentaron, los cuales allegó con la contestación de la demanda y con el escrito de formulación del incidente de objeción, su pretensión, en la etapa de negociación directa, sólo se refería a las cuatro hectáreas directamente afectadas, no a la totalidad de la finca, ni a la totalidad de las 180 hectáreas a cultivar, que aún no cultivadas, situación que igualmente los Magistrados omitieron siquiera considerar, pues de la inspección judicial que el a quo practicó al predio para imponer a la vez de modo provisional la servidumbre, se infiere que las primeras hectáreas sembradas, no más de 70 en todo caso, porque nunca se plantó más que eso, lo fueron en octubre de 1.993, cuando ya se había surtido la fracasada negociación directa y se le había remitido aviso de obra a Dangond, de modo que éste aún a sabiendas del cruce o construcción del gasoducto por su predio, y obviamente de que no se había accedido a su pretensión indemnizatoria, se apresuró a sembrar esas setenta hectáreas, en una finca de 785 hectáreas según información del Incora o de 485, según el certificado de matrícula inmobiliaria, precisamente en la parte noreste por donde exactamente entraría el gasoducto a su predio, es decir, la inspección judicial mencionada y la etapa de negociación directa, que los acusados aceptan haber conocido y de la cual

expresamente el doctor Núñez parte para fundamentar sus alegaciones, además porque al proceso se allegó la evaluación técnico-económica de las indemnizaciones que por la sola franja pretendía Dangond, permitían colegir, como lo hizo el Delegado del Ministerio Público, que el propietario del bien, no obstante que sí existía el proyecto, pero tan sólo en eso, aprovechó la especial coyuntura para obtener una indemnización que en otras condiciones no habría pretendido.

20. Ahora, si el proyecto agroindustrial se truncó, no por la carencia total de agua, sino porque se destruyó el distrito de riego, valga decir porque se rompieron las tuberías que se intersectaban con la franja del gasoducto, argumento cuya indemnización le valió al Juez Promiscuo del Circuito para afirmar que el daño no se había acreditado, a pesar de que las partes se inculpaban recíprocamente con pruebas que no habían sido aportadas al proceso sino como observaciones de los peritos y que el mismo despacho no pudo analizar, “como información”, ante la carencia de los medios técnicos, resulta más evidente la imposibilidad de arribar a la conclusión a que finalmente llegaron los acusados, pues, se reitera, correspondía a quien pretendía la indemnización demostrar el daño, así se presumiera la culpa, y acreditar que tal daño fue producido por la actividad del constructor del gasoducto. Pero aún así, presumido el daño, o aún más, acreditado el mismo, la conclusión no podía, jamás, como igualmente lo expresa el Ministerio Público, ser la del aborto definitivo del proyecto derivado de la actividad de la empresa estatal, porque en esas circunstancias el perjuicio, evidentemente reparable, se había restringido solamente a la avería de los tubos que pasaban por el corredor y por los cuales, en la negociación directa, el propietario del predio pretendía se le indemnizara con la suma de diez millones de pesos. Nada de eso fue tenido en cuenta por los acusados y a cambio se limitaron a apreciar solamente el peritazgo de Díaz y Daza y a darle, a último momento, unos efectos a una presunción legal que jurídicamente no los producía.

21. La manifiesta contrariedad del fallo de junio 25 de 1.998, respecto a la orden de que Ecopetrol pagara una indemnización, dictado por los Magistrados acusados,

frente a la ley, específicamente a los artículos 187, 238 y 241 del Código de Procedimiento Civil, siendo el último expresión o desarrollo del primero, surge entonces, no de la omisión en decretar la práctica de un nuevo y tercer peritazgo, porque, como lo señala el defensor de Redondo Brugés, tal alternativa se presentaba como facultad oficiosa ante un criterio de necesidad, ni, per se, de la inmotivada cuantificación del resarcimiento, o de la simple falta de motivación, ni de la mera diferencia cuantitativa a que llegaron los dictámenes según lo alega el acusado Núñez Peña, sino, como se infiere también del calificadorio, de la omisión de los imperativos legales que los obligaba a apreciar la prueba de manera conjunta y a valorar el dictamen pericial con “los demás elementos probatorios que obren en el proceso”, con base en la cual, en términos de la acusación, falsearon la realidad probatoria y fáctica, para así producir, en claro detrimento de los intereses de Ecopetrol y a favor del demandado Dangond Lacouture, una indemnización que, en esas condiciones parcializada e infundada, resultó, además, ilegal e injusta.

Es que la motivación de una decisión judicial, más aún la de la sentencia, debe, si pretende proferirse con apego a la ley, necesariamente sustentarse en toda la prueba válidamente aportada a las diligencias, bien para acogerla ora para desestimarla, mas no de manera arbitraria, ni seleccionada de un modo sesgado para aparentar justificada una conclusión a priori adoptada, pues es incuestionable que tan equívoco proceder descartaría de antemano el establecimiento de la verdad, distanciándose, ex profeso, el fallo judicial de una realidad, procesal y válidamente acreditada, y eso es lo que precisamente se les cuestiona a los Magistrados Núñez y Redondo, toda vez que, como ha quedado evidente, de todo un conjunto de pruebas, seleccionaron de manera arbitraria sólo una de ellas, para hacerle producir, en contra de lo que el resto del acervo probatorio demostraba, unos efectos que sin duda, resultaron ajenos a la realidad y a la verdad, a los que, sin duda alguna, no se habría llegado, si tal como se demostró se hubiere apreciado el demás material de prueba que válidamente se aportó pues, según se

analizó y aún con prescindencia de aquellas sobre las cuales acusados y defensores pregonaron su ilegalidad, es decir las depositadas en notaría, las que aportó el demandado y las que se allegaron como observaciones de los peritos Villar y Carrascal, así como el análisis al interior de las propias pericias confrontadas, permitían afirmar, en primer término que la objeción por error grave no podía prosperar porque se había sustentado en un asunto jurídico y, en segundo lugar, que el manantial no se había agotado o destruido y que, si éste disminuyó su caudal, en un máximo de un 30% si es que se tienen en cuenta las alegaciones de parte derivadas del concepto de Villar y Carrascal, o se destruyó la tubería sobre el corredor, tal daño no truncaba la ejecución y desarrollo del proyecto agroindustrial, menos cuando, tratándose de una avería ciertamente reparable, el afectado la había tasado en suma de diez millones de pesos, por tanto, se reitera, la manifiesta contradicción con la ley, al contrario de lo sostenido por Redondo Brugés y su defensor, no se constituye por la simple diferencia cuantitativa de la indemnización, la cual viene a ser apenas una de las consecuencias del comportamiento prevaricador en la que, de todos modos, los Magistrados lo reprodujeron, es decir, también en la determinación misma de la cuantía la valoración probatoria fue sesgada y evidentemente parcializada en la medida en que, para llegar a la tasación a la que finalmente arribaron, solamente tuvieron en cuenta lo que en ese respecto aportaba el dictamen pericial, más no los elementos de juicio que para una tal labor aportó el propio demandado.

En efecto, si bien, de modo genérico, las tres pericias producidas en el proceso, se acercan bastante al cuantificar el daño emergente e identificarlo con la inversión inicial y al evaluar el lucro cesante para corresponderlo con la producción dejada de percibir por 180 hectáreas de palma africana durante un tiempo de 30 años, resultaba claro el desfase del primero frente a los medios de convicción que el propio demandado, a través de su apoderado adjuntó, pues habiéndose allegado la evaluación técnico económica de las indemnizaciones pretendidas y obrando en el proceso las pruebas referidas a la etapa de

negociación directa surtida entre las partes, surgía incontrastable que Dangond Lacouture perseguía se le reconociera, como resarcimiento de la inversión inicial hecha en las cuatro hectáreas afectadas, la suma de \$4'672.821,00, lo cual, por una simple aplicación de una regla de tres, habría significado, de haberse demostrado obviamente el perjuicio a la totalidad del proyecto, que esa inversión o daño emergente, por las 180 hectáreas, sería de un total de \$210'276.945,00 y no los \$1.266'063.916,00 que tasaron los acusados, aún con aplicabilidad de un criterio que resultó arbitrario pues, si éste fue el de excluir de la inversión aquellos rubros que no tenían una destinación unívoca, valga decir, los que, a pesar de la hipotética extinción del proyecto, se entendían no perdidos, recuperables o destinables para otro uso, no se entiende cómo se excluyeron tan sólo unos activos, acaso los de menor representatividad cuantitativa, dejándose el de mayor entidad, de \$424'406.736,00 correspondiente al sistema de bombeo.

22. Ajustado, por consiguiente, el comportamiento de los acusados a la descripción típica del prevaricato por acción, objeto de juzgamiento, ya que, como lo señalara el defensor de Redondo Brugés, si, dentro de las posiciones contrarias que se expusieron para su decisión, optaban por una de ellas sin soporte probatorio alguno, suponiendo la prueba o los hechos, o los elementos de convicción acogidos fueron tan precarios en detrimento de los de mejor índole o calidad, habría que concluir en el delito materia de acusación, además de antijurídico, por lesionar la administración pública, tutelada ahora por el Título XV, capítulo séptimo, libro 2º del Código Penal, y afectar así la recta y cumplida administración de justicia con los consabidos efectos de pérdida de credibilidad en sus jueces y desconfianza en quienes como servidores públicos están encargados de dispensarla, creando alarma en la sociedad, su aspecto subjetivo, no derivándose éste ciertamente del favorecimiento o animadversión hacia alguna de las partes, lo que no descarta su concurrencia máxime que en este asunto el doctor Redondo aceptó haber recibido comunicaciones telefónicas de Dangond en su residencia, aunque

nunca se conoció su contenido, también se acreditó en el grado de certeza que el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal exige, pues, dada la forma sesgada de valoración probatoria y la actitud manifiesta de soslayar los medios de convicción que sustentaban una tesis contraria, fue ejecutado en concurrencia del pleno conocimiento y voluntad de infringir la ley, esto es, dolosamente, habida cuenta que, conocido por ellos el acervo probatorio que aún en su consideración era el válidamente aportado, así como la tesis contraria expuesta tanto en el fallo del a quo como en la ponencia derrotada, optaron por la que se sustentaba, según términos del defensor del doctor Redondo, en precarios elementos, en detrimento de los de mejor índole o calidad, torciendo la prueba bajo la ilegal omisión de considerar aquella que hacía evidente que la objeción por error grave no podía prosperar, o que el daño al manantial no existió, o la merma en su caudal, máximo de un 30%, no malograba el proyecto, como tampoco lo hacía la alegada destrucción de la tubería que pasaba por la franja de terreno en que se impuso la servidumbre.

El dolo del prevaricato no emerge ciertamente de algún comportamiento constitutivo de cohecho, pues otro delito habría concurrido, ni de la llamada anónima que daba cuenta de la supuesta corrupción de los Magistrados, ni de la simple diferencia cuantitativa del resarcimiento, como lo quiere hacer ver el doctor Núñez Peña, sino, como ya se analizó, del entendimiento de la manifiesta ilegalidad que los magistrados acusados tenían de la resolución proferida, y la conciencia de que con tal proveído se vulneraba, sin derecho, el bien jurídico de la recta y equilibrada definición del conflicto que estaba sometido a su conocimiento, estando obligados a dictar un pronunciamiento ceñido a la Ley y a la justicia.

23. Nada de lo anterior se desvirtúa porque la acción disciplinaria ejercida en contra de los magistrados Núñez y Redondo hubiere concluido absolviéndolos, toda vez que, sin la confusión que infundadamente pretende hacer ver el defensor de éste, en relación con los principios de la lógica, es incuestionable que además de la independencia propia de esa

acción frente a la penal, de que su objeto es ciertamente diferente, no es igual la tipicidad del prevaricato a aquella que desde el punto de vista disciplinario se les pudiera reprochar; ni porque en la acción de tutela que Ecopetrol en su oportunidad ejercitó, se hubiere afirmado que esa decisión no constituía vía de hecho, ya que, advertidas las argumentaciones que para un tal aserto se expusieron, ninguna de ellas hacía referencia a la valoración probatoria, evento, en el cual, se dijo, por el contrario, que al juez de tutela le era un campo vedado y menos porque, dada la evaluación inherente al sistema de carrera judicial, al calificarse la cuestionada sentencia, la Corte no hubiere compulsado copias para que se investigare un supuesto prevaricato, cuando es claro que dicho examen se fundamentó simplemente en la forma e intrínseco contenido del fallo, y no, además, en la confrontación con el acervo probatorio que se había aportado al proceso civil de imposición del gravamen.

24. En las anteriores condiciones, no existe duda alguna para la Sala que, de conformidad con el precitado artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, este asunto demostró con certeza todos y cada uno de los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad que permiten considerar como punible la conducta de los acusados Alfredo Núñez Peña y Jaime Alfonso Redondo Brugés a quienes, por tanto, se les condenará como coautores responsables del delito de prevaricato por acción por el cual fueron acusados, al revocar parcialmente el fallo que profiriera el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar, para en su lugar disponer que Ecopetrol pagara, como indemnización, una elevada suma de dinero que no se encontraba fáctica, ni probatoriamente, sustentada.

25. En ese orden, para efectos de la correspondiente tasación punitiva, partiendo del supuesto ya precisado según el cual la norma aplicable en este asunto es el artículo 149 del Decreto Ley 100 de 1.980, con la modificación introducida por el artículo 28 de la Ley 190 de 1.995, que así dispone, para los responsables de la comisión del examinado delito, una pena de prisión de tres a ocho años, multa de cincuenta a cien salarios mínimos mensuales legales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo

tiempo de la pena privativa de libertad, concierne igualmente establecer, cuál, de entre los dos métodos que plantea la sucesión legislativa, resulta menos restrictivo o desfavorable a los procesados.

Así, dentro de los criterios que para dichos efectos precisaba el Código Penal de 1.980, los límites punitivos previstos en aquella norma no podían ser distintos a los de ese modo abstractamente señalados; pero, frente a los nuevos “fundamentos para la individualización de la pena”, previstos en el artículo 61 de la Ley 599 de 2.000, es incuestionable que dichos parámetros 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 tres a cuatro años dos meses, los dos cuartos medios de éste límite a seis años siete meses y el último hasta ocho años, ese ámbito punitivo de movilidad se fija entre cuatro años dos meses, como límite mínimo y seis años siete meses como máximo, lo que significa que resultaría más restrictivo para los procesados, pues la tasación empezaría a partir de ese extremo mínimo, mientras que con el método derogado, tal comienzo se fija en tres años.

Por ende, sobre la base de los criterios sentados en los artículos 61, 64 y 66 el Código Penal derogado, teniendo en cuenta, no sólo la obvia, sino demostrada, gravedad del delito imputado, la personalidad y conducta anterior 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 derivado de la intervención de los dos magistrados como autores del delito materia de proceso, no puede desconocerse el alcance que tiene la posición que en la judicatura ocupaban, como que por su misma condición estaban llamados a hacer gala de una recta y cumplida administración de justicia y no generar la desconfianza que en los asociados produjo su determinación prevaricadora, así como las aminorantes

radicadas en la personalidad y buena conducta antecedente, les impondrá la Sala como pena principal, a cada uno, la de cuarenta y dos (42) meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente a cincuenta y tres (53) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

26. Ahora bien, manifiestamente contraria a la ley, como es la decisión cuestionada, que en segunda instancia profirieron los acusados, en relación con la orden de que Ecopetrol pagase a Dangond Lacouture la suma de \$1.800'464.430,00 a título de indemnización, es evidente que, dinamizando los mecanismos jurídicos y específicamente la norma referente al restablecimiento del derecho, artículo 21 de la Ley 600 de 2.000, según la cual “el funcionario judicial deberá adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por la comisión de la conducta punible, las cosas vuelvan al estado anterior y se indemnicen los perjuicios causados por la conducta punible”, se hace viable su aplicación, tal como lo solicita el apoderado de la parte civil aquí reconocida, ya que además de que nada se ha acreditado en este asunto a ese respecto, resultaría improcedente otro mecanismo, como el del recurso extraordinario de revisión civil, no sólo porque la situación aquí plasmada no se ajusta a ninguna de sus causales, sino porque el término para su interposición, de conformidad con el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil ya habría precluido, de modo que, siendo aquella orden ostensiblemente contraria al ordenamiento, dispondrá la Sala, hacer cesar sus efectos hasta en el monto de la cuantía que se ha considerado ilícita, para que, regresando, en ese específico respecto, las cosas a su statu quo, se tenga por indemnización correlativa a la servidumbre impuesta, la que se fijó en la sentencia de primera instancia proferida por el entonces Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar.

En tal virtud, habiéndose informado por el apoderado de la parte civil que con fundamento en la decisión constitutiva de prevaricato, Dangond Lacouture inició proceso de ejecución ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de esta ciudad, se le remitirá a dicho despacho

copia de esta providencia a fin de que se proceda, como ya se dijo, a cesar sus efectos en el quantum considerado como ilícito, esto es, en el excedente de la suma señalada, como ya igualmente se expresó, por el juez que en esa materia civil actuó como a quo.

Pero además, como quiera que así se impide que Ecopetrol erogue suma alguna con el propósito de pagar la cantidad que, contrariamente a la ley, se le ordenó cancelar a favor de Dangond Lacouture, es claro entonces que ningún perjuicio, que pueda considerarse indemnizable, se le ha causado a la parte civil, por ello y al no demostrarse ningún otro, salvo el innegable deterioro a la imagen de la justicia, se abstendrá la Sala de emitir pronunciamiento en tal sentido en contra de los sentenciados.

27. Finalmente, como el artículo 68 del anterior Código Penal y 63 del vigente, viabilizan 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”, en términos del último, no resulta posible en este asunto la concesión de dicho subrogado, pues ni siquiera se cumple el requerimiento cuantitativo, toda vez que la pena a imponer excede, precisamente, de tres años de prisión.

Y aunque, en principio, fuere viable sustituir por domiciliaria la privación de libertad, en términos del artículo 38 del Código Penal vigente, porque se ha procedido por punible cuya pena mínima es inferior a cinco años de prisión, deviene igualmente improcedente un tal sustituto ya que, en casos de la naturaleza del que aquí fue examinado, la honda trascendencia social que éstos tienen, implica que, en aras de las funciones que de la pena ha establecido el artículo 4º de la Ley 599 de 2.000, esto es, prevención general, retribución justa y prevención especial, la prisión carcelaria se torna en un imperativo

jurídico, pues, si de la primera se trata, la comunidad debe asumir que ciertos hechos punibles que lesionan sus intereses más preciados, como la administración pública y la de justicia en particular, merecen un tratamiento severo que no sólo expíe la conducta del autor, en tanto retribución justa, sino que además, como prevención especial, lo disuada de la comisión de nuevos hechos punibles, de modo que no quede en aquella sensación alguna de impunidad o de un trato desproporcionado, por la gracia del beneficio, frente a la gravedad del delito o a las obligaciones y especiales calidades de sus autores. Así, en función de tales fines, y dado el desarrollo personal, social y laboral que, sin duda alguna, los procesados reflejaron en los acontecimientos delictivos por los cuales serán condenados, imposible resulta deducir que no colocarán en peligro a esa sociedad, en la que ocupaban privilegiada posición por sus cargos, o que no evadirán la pena.

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

RESUELVE:

1. Condenar a los doctores ALFREDO NÚÑEZ PEÑA y JAIME ALFONSO REDONDO BRUGÉS, de las condiciones civiles y personales consignadas en esta providencia, cada uno, a la pena principal de cuarenta y dos (42) meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso y multa equivalente a cincuenta y tres (53) salarios mínimos mensuales legales vigentes, como coautores del delito de prevaricato por acción por el cual fueron acusados en resolución de septiembre 9 de 1.999.
2. Disponer, en tanto excede la cuantía que el Juzgado Segundo Promiscuo de San Juan del Cesar fijó en su fallo de primera instancia de mayo 26 de 1.997, la cesación de los efectos que hubiere producido o esté surtiendo la sentencia que los condenados, como magistrados entonces de la Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior de Riohacha, dictaron en segunda instancia, el 25 de junio de 1.998, dentro del proceso de imposición

de servidumbre que la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, promovió contra Rodrigo Dangond Lacouture.

Para tales propósitos, remítase copia de esta sentencia al Juzgado Quinto Civil del Circuito de esta ciudad, o a la autoridad ante quien se pretenda hacer valer la providencia cuyos efectos se disponen cesar.

3. Abstenerse de condenar en perjuicios a los doctores Alfredo Núñez Peña y Jaime Alfonso Redondo Brugés.

4. No suspender la ejecución de la pena impuesta en esta sentencia, ni sustituir por domiciliaria la sanción privativa de libertad antes señalada.

Por ende, dispónese la captura de los condenados.

5. 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

Salvamento Parcial de voto

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL JORGE ENRIQUE CÓRDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE JORGE ANÍBAL GÓMEZ
GALLEGO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO
MEJÍA ESCOBAR

CARLOS

EDUARDO

NILSON PINILLA PINILLA

Teresa Ruiz Núñez

secretaria