

Proceso No 19761

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Aprobado: Acta No. 021

Bogotá, D. C., seis (6) de abril del dos mil cinco (2005).

VISTOS

Concluida la audiencia pública, la Sala decide el fondo del asunto dentro de la causa que, por el delito de prevaricato por acción, cursó en contra del doctor Amín Yurgaqui Asprilla, en su condición de ex Conjuez del Tribunal Superior de Quibdó.

HECHOS

En marzo de 1994, los señores Apolonides Mena Ortiz, Ricardo Emiro Ríos Mosquera y Farnes de Jesús Valencia Rengifo, quienes cumplían las funciones de Pagador, Director y Almacenista, respectivamente, del Fondo Educativo Regional (FER) del Chocó, ordenaron al Banco Popular, sucursal Quibdó, el traspaso de veinte millones de pesos a una cuenta denominada “Fondo de Educación Regional”, y procedieron a girar varios cheques por diversas sumas, que consignaron o cobraron o en sus cuentas.

Luego de que los títulos se hicieron efectivos, fueron adulterados y los nombres de sus beneficiarios originales se cambiaron por el de “Norberto Rivera y/o Abarrotes

Mediterráneo”. Y para justificar el giro de los dineros, se elaboraron cuatro cuentas de cobro que describían la compra de diversos artículos con destino a la entidad.

Mediante resolución del 15 de junio de 1995, se acusó a Ríos Mosquera, Mena Ortiz y Valencia Rengifo por los delitos de peculado, falsedad material de empleado oficial en documento público y falsedad ideológica en documento público.

El 9 de noviembre de 1995, el Juzgado 2° Penal del Circuito de Quibdó absolvió a los acusados. La decisión fue apelada por el delegado de la fiscalía.

En “fallo” del 2 de diciembre de 1996, el Tribunal Superior de esa ciudad confirmó el del juzgado, mediante decisión suscrita por los doctores Ely Gómez Ortega, como ponente, y Marco Tobías Cuesta Moreno, en su condición de Conjuez.

El segundo magistrado, el doctor Carlos Alberto Coutín Padilla, no firmó el documento y en escrito del día 4 expresó que no lo hacía porque para el 2 de diciembre -fecha de la sentencia- el doctor Gómez Ortega ya no era funcionario, por cuanto había sido reemplazado por el doctor Luis Armando Vásquez García, quien tomó posesión del cargo en esa fecha.

El 16 de diciembre de 1996, argumentando que para el día 2 el doctor Ely Gómez Ortega no tenía facultades para decidir el asunto, la Sala conformada por los doctores Vásquez García y Coutín Padilla anuló la sentencia del 2 de diciembre.

Luego de superar múltiples inconvenientes para la conformación de la Sala de Decisión, finalmente fue integrada por los doctores Víctor Manuel Chaparro Borda, Harold Iván Mena Torres y Amín Yurgaqui Asprilla. El 30 de marzo de 1998, esa Sala revocó la absolución y condenó a los sindicados por los delitos de peculado y falsedad. El doctor Yurgaqui Asprilla salvó el voto, pronunciándose por la confirmación con idénticos argumentos a los de la providencia invalidada.

De otra parte, dentro de un proceso seguido en su contra, el doctor Harold Iván Mena Torres rindió indagatoria el 18 de junio de 1998. Explicó que los cargos en su contra se originaron en la circunstancia de que, designado Conjuez en aquella causa, fue del criterio de que se imponía revocar la absolución y condenar a los procesados, pero

“fui sujeto de propuestas económicas, y por esta razón de no acceder a dichas pretensiones hoy soy víctima de esta denuncia por parte del hermano del señor RICARDO RÍOS MOSQUERA... (quien) en su afán de conseguir mi concurso para su absolución me comento que había obtenido esta en primera instancia habiéndole dado plata a un juez... que había dado también una plata al Dr. ELI GÓMEZ ORTEGA, magistrado en su momento y que le había dado un dinero al conjuez que salvo el voto Dr. AMÍN YURGAKY”.

ACTUACIÓN PROCESAL

Por esos hechos, se ordenó compulsar copias con destino a las fiscalías delegadas ante los jueces del circuito, el Tribunal Superior, la Corte Suprema de Justicia y al Consejo Superior de la Judicatura.

Una de las investigaciones, originadas en esas copias, culminó con la resolución de acusación que un fiscal delegado ante los jueces del circuito profirió, el 25 de septiembre de 1998, en contra del doctor Ely Gómez Ortega por las conductas punibles de usurpación de funciones públicas y falsedad material de particular en documento público.

La determinación fue recurrida. El 13 de enero de 1999, la segunda instancia la revocó y, en su lugar, precluyó la investigación en razón de esos delitos.

El Fiscal General de la Nación asumió otra averiguación y, en providencia del 30 de abril del 2002, acusó ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia a los doctores Ely Gómez Ortega, Marco Tobías Cuesta Moreno y Amín Yurgaqui Asprilla, como

autores del delito de prevaricato por acción, previsto en el artículo 149 del Decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 28 de la Ley 190 de 1995, y precluyó la instrucción respecto del delito de cohecho.

La imputación a los dos primeros se fundamentó en que, en su condición de Magistrados del Tribunal Superior de Quibdó, profirieron la sentencia del 2 de diciembre de 1996, por medio de la cual se confirmó la absolución que, en favor de Ríos Mosquera, Mena Ortiz y Valencia Rengifo, emitió el Juzgado 2° Penal del Circuito de esa ciudad. La del doctor Yurgaqui Asprilla obedeció a su salvamento de voto al fallo del 30 de marzo de 1998.

En el mismo pliego, se abstuvo de imponerles medida detentiva con base en que era innecesaria, conforme al artículo 355 del Código de Procedimiento Penal.

El 13 de junio del 2002 fue declarado desierto el recurso de reposición interpuesto contra la resolución acusatoria.

Desde otro ángulo, mediante sentencia del 17 de julio del 2003, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (radicado 15.187) resolvió no casar el fallo del 30 de marzo de 1998, por medio del cual el Tribunal Superior de Quibdó revocó la de primera instancia que había absuelto a los señores Ricardo Emiro Ríos Mosquera, Apolonides Mena Ortiz y Farnes de Jesús Valencia Rengifo, y los condenó en razón de los delitos de peculado por apropiación y falsedad.

En esta decisión, la Corte concluyó que para el 2 de diciembre de 1996, fecha de la “sentencia” tachada de prevaricante, el doctor Ely Gómez Ortega no tenía la condición de Magistrado del Tribunal, pues ese día había sido reemplazado por el doctor Luis Armando Vásquez García. Y que, por tanto, esa decisión nunca adquirió la connotación de providencia judicial, esto es, era inexistente.

Con base en el fallo de casación, en auto del 15 de abril del 2004, la Sala dispuso separar la investigación para que los jueces penales del circuito de Quibdó (Chocó) prosiguieran el juzgamiento contra el doctor Gómez Ortega por cuanto la conducta la habría cometido en condición de particular.

A la vez, cesó el procedimiento respecto del doctor Marco Tobías Cuesta Moreno, porque habría signado como Conjuez una sentencia que no tenía vida jurídica y, por tanto, no podía haber incurrido en prevaricato alguno, esto es, que la conducta no existió.

En la Corte, la causa prosiguió exclusivamente respecto del doctor Amín Yurgaqui Asprilla, por cuanto los cargos en su contra se basaban en que había salvo el voto frente a la sentencia condenatoria del 30 de marzo de 1998, es decir, aquella dictada por el Tribunal de Quibdó, luego de la declaración de nulidad de la proferida el 2 de diciembre.

EL PROCESADO

El doctor Amín Yurgaqui Asprilla nació en Quibdó (Chocó) el 17 de enero 1953; se identifica con la cédula de ciudadanía número 11.787.747 de esa ciudad; vive en matrimonio con la señora Gilma Posso; tiene 4 hijos; es abogado; para octubre del 2001 -fecha en que rindió indagatoria- contaba con más de 15 años como abogado en ejercicio de su profesión.

LA ACUSACIÓN

El Fiscal General de la Nación fundamentó sus cargos en las siguientes razones:

1. Dentro del proceso que dio origen al salvamento de voto, había prueba suficiente para llegar a la certeza sobre la conducta punible y sobre la responsabilidad de los procesados.

2. Las pruebas documentales y periciales mostraban que, de fondos oficiales, los sindicatos giraron, endosaron y cobraron, a través de una cuenta personal, cuatro cheques por valor total de \$ 20.000.000. Que, una vez descubiertos, realizaron diversas gestiones para encubrir el delito: adquirieron bienes, adulteraron los títulos para hacer aparecer no a los imaginarios destinatarios sino a un presunto proveedor, quien explicó a la justicia lo realmente ocurrido.

3. En el salvamento de voto, el Conjuez Yurgaqui solo se refirió tangencialmente a algunas pruebas y no a las de cargo para rebatirlas.

4. El argumento defensivo consistente en que no había certeza de la comisión de la conducta punible porque los procesados restituyeron los veinte millones de pesos que habían sido objeto de apropiación, no traduce ignorancia sino malicia.

LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES EN LA AUDIENCIA PÚBLICA

1. La Fiscalía General de la Nación solicitó fallo condenatorio. Sus argumentos fueron los siguientes:

a) El prevaricato se fundamenta en la clara dejación de lado de pruebas nítidas, analizadas y demostradas por el ponente.

b) Un salvamento de voto puede constituir prevaricato, tal como lo expresó la Corte en sentencia del 4 de octubre de 1988.

c) La postura adoptada por el acusado causó daño a la administración de justicia. La falta de rectitud y de probidad con que se debe resolver todo caso, generó dilación indebida en la actuación procesal y el Departamento del Chocó se dividió en dos sectores a raíz de la decisión tomada.

d) El prevaricato se demuestra observando si hay disparidad manifiesta entre lo resuelto por el funcionario y aquello que jurídicamente debía hacer, conforme con las herramientas de juicio que tiene a su disposición.

e) Si se parangonan la decisión del Tribunal y el salvamento de voto, se percibe que aquel se pronunció de manera muy ajustada, pensada, madurada, serena, citando el caso prueba por prueba y asignándole valor racional a cada una. Mientras tanto, el salvamento fue manifiestamente dispar. A pesar de que el disidente tenía la obligación de argumentar, calló todo lo relacionado con las pruebas que pesaban y con las motivaciones esgrimidas por la Corporación judicial.

f) En materia de pruebas y de devolución del valor apropiado al cometer el peculado, es claro que al hacer la valoración correspondiente cualquier persona concluye que los procesados eran responsables.

g) Los argumentos del acusado fueron muy genéricos y se sustentaron en circunstancias como que una inspección encontró que realmente habían sido adquiridos los bienes a que supuestamente se destinaron los dineros, sin considerar que ello ocurrió luego de la apropiación y solo para ocultarla. Además, a la proveedora se la conminó para que hiciera figurar en esa condición a aquella persona cuyo nombre, previa adulteración, fue colocado como beneficiario de los cheques.

h) El Conjuez no valoró ningún testimonio, no se detuvo en prueba alguna de fondo, no vio nada. Le bastó decir simplemente que no estaba de acuerdo, cambiar el sí por el no.

i) La confrontación de los dos actos demuestra el dolo. El doctor Yurgaqui Asprilla, además, es abogado, y no cualquiera, sino de especiales condiciones, porque fue llamado a ser Conjuez y no todos los profesionales lo son. Tuvo tiempo de leer la providencia, conocía los hechos –de dominio público en Quibdó-. Aparte lo anterior, el dolo se debe mirar con sentido social, desde la perturbación que causa a la

comunidad, que en este caso fue grande.

j) El procesado no se llevó los dineros públicos que eran para los niños del Chocó, pero con su decisión, que por fortuna no pasó, patrocinaba lo que esos señores habían hecho. Por eso, la condena es necesaria.

2. El Ministerio Público se pronunció en sentido similar. Expuso:

a) La sentencia del 30 de marzo de 1998 fue sumamente clara en la exposición de los elementos de juicio demostrativos de que Ríos Mosquera, Mena Ortiz y Valencia Rengifo habían incurrido en los delitos de peculado y falsedad y que, por tanto, se imponía la revocación de la absolución proferida en primera instancia.

b) Los documentos probaban la apropiación del dinero; los testimonios, que los acusados tuvieron participación activa en el ilícito; los indicios apuntaban a lo mismo; otros elementos acreditaban la adulteración de los cheques para encubrir el delito; y el reintegro del dinero corroboraba la conducta, tanto que fue considerado como atenuante.

c) Los argumentos del procesado para salvar su voto, no hicieron ninguna alusión a esos aspectos.

d) Si el Conjuez no compartía la posición de sus compañeros, debió demostrar por qué el traslado de los dineros del Fondo Educativo Regional (FER) y su posterior salida a manos de los funcionarios, a través de cuatro cheques, no significó ninguna pérdida para el Departamento.

e) Si estimaba que la posterior adquisición de bienes subsanaba la irregularidad previa, ha debido explicar las razones por las que maniobras de ocultamiento de un delito ya perfeccionado hacían desaparecer su tipicidad.

f) En la indagatoria, el doctor Yurgaqui Asprilla no logró explicar las razones que lo llevaron a disentir.

g) El salvamento de voto es abiertamente contrario a la ley. La oposición entre la realidad probatoria y el criterio jurídico de su autor no fue fruto de equivocados conceptos, sino de su intencionalidad malsana, del deseo innegable de contrariar el ordenamiento jurídico. Ofreció una solución que de ninguna manera resultaba válida frente a lo probado en el trámite.

3. La señora Defensora se pronunció por la absolución. Dijo:

a) El procedimiento no exigía que los magistrados se reunieran en sala. Al Conjuez se le enviaba copia del expediente para su estudio.

b) Los hechos tuvieron cierta resonancia en el Chocó, por los dineros apropiados indebidamente.

c) La sentencia de primera instancia fue absolutoria y el pronunciamiento inicial en 2ª instancia también.

d) Su acudido era un profesional de amplia trayectoria, de honestidad reconocida, de escasos recursos, sin interés alguno en el resultado del proceso.

e) El sindicato explicó que se ocupó de las pruebas que consideraba daban lugar a la absolución. No se debe olvidar que los autores del peculado fueron muy hábiles y utilizaron mecanismos para hacer creer que el delito no había existido, pero luego, dada la connotación de los hechos y que había pruebas en su contra, reintegraron el dinero apropiado.

f) El doctor Yurgaqui se confundió porque creyó que la restitución restaba entidad

jurídica a la ilicitud.

g) No obstante lo lacónico del salvamento, debe tenerse en cuenta que el error jurisdiccional es propio de cualquier juez, condición que nunca tuvo el procesado, lo que pudo incidir en un momento de perturbación, de error, de no captación de las normas, de no estudio pormenorizado del expediente.

h) Para prevaricar no es suficiente que la decisión sea manifiestamente contraria a la ley. Es necesario establecer los móviles o el interés que el agente persiga. Y en todo el expediente no aparece demostrada esa motivación específica.

i) El reintegro suministraba el margen de duda que permitía aplicar el in dubio pro reo.

j) Cita una decisión de esta Sala -del 24 de junio de 1998-, que se ocupa del estudio del error y de la ignorancia en las decisiones judiciales, para concluir que tales fenómenos descartan totalmente el prevaricato por ausencia del elemento intencional, que consiste en el propósito personal de obtener provecho, imprescindible para predicar su consumación.

k) El acusado incurrió en un error judicial. Si bien no mencionó todas las pruebas existentes, se refirió a algunas.

l) El cargo fue inducido por la denuncia de alguno de los magistrados sobre la entrega de dineros. Pero se demostró que ninguna suma ingresó a la cuenta del doctor Yurgaqui, lo que impuso el descarte del delito de cohecho.

m) El acusado estuvo ausente de defensa técnica. El abogado inicial ejerció a distancia y sin ningún esmero el cargo.

n) A pesar de que todo indica que hay un pronunciamiento judicial manifiestamente contrario a la ley, en favor del enjuiciado existen esas circunstancias que evidentemente demuestran el error.

o) Su defendido pudo haber actuado con negligencia al redactar el salvamento de voto, por no adornar con mucho énfasis cada una de las pruebas que pudo observar en favor de su tesis, y esgrimir mejores argumentos en derecho.

p) La posición del sindicado es respetable porque ya existía absolución por parte del juez de conocimiento, quien tuvo la inmediación de la prueba y todo el apoyo técnico de los auxiliares de la justicia. Con mayor razón, el Conjuez, dadas sus ocupaciones múltiples, o por estar convencido de que esa era la mejor decisión, pudo no ubicar de manera adecuada y precisa el comportamiento.

CONSIDERACIONES

I. Sobre la nulidad.

En la audiencia pública, la señora apoderada del doctor Amín Yurgaqui Asprilla afirmó que el procesado careció de defensa técnica, porque el abogado inicial ejerció su cargo a distancia y sin ningún esmero.

En principio, a pesar de que dentro del traslado del artículo 400 del Código de Procedimiento Penal ese aspecto no fue postulado, la Sala se ocupa del tema, porque si la queja fuera razonable sería menester anular lo actuado, siempre que se reunieran los demás requisitos que dan nacimiento a tal instituto. Y, como es obvio, si fructificara el planteamiento, sería superfluo el estudio vinculado a la concurrencia o no de las exigencias para condenar.

Pero no hubo violación al derecho de defensa. En efecto:

1. La indagación preliminar que dispuso el Fiscal General de la Nación el 28 de diciembre de 1998, se dirigió contra los Magistrados que profirieron la “sentencia” del 2 de diciembre de 1996, posteriormente declarada nula. En su desarrollo, ordenó anexar copias del trámite.
2. Recibidas las mismas, el 18 de junio de 1999 el funcionario abrió instrucción y ordenó vincular, entre otros, al doctor Yurgaqui Asprilla, a quien inmediatamente, con oficio del 23 siguiente, le fue notificada la decisión para que ejerciera sus derechos.
3. El 16 de febrero del 2001 se ordenó escuchar en indagatoria al imputado, quien la rindió el 17 de octubre siguiente y fue asistido por un defensor de confianza. Este, el 29 de octubre y el 18 de diciembre de ese año, así como el 3 de mayo y el 18 de junio del 2002, personalmente se notificó de las siguientes providencias: a) la que ordenó el cierre de la investigación; b) la que declaró desiertos los recursos propuestos contra ella; c) la que acusó a los procesados; y, d), la que se pronunció sobre la reposición propuesta contra la última.
4. En la fase del juzgamiento, al profesional y al procesado les fueron libradas comunicaciones para enterarlos del traslado del artículo 400 de la Ley 600 del 2000 y de la fecha para realizar la audiencia preparatoria. Antes de ésta, el doctor Yurgaqui Asprilla designó a otra profesional como su defensora, quien actuó hasta la culminación del debate oral.
5. De la reseña hecha no emana la desidia técnica que pregonan la señora apoderada en audiencia. Basta tener en cuenta que la atención que prestaba el apoderado al proceso se refleja en el conocimiento personal que adquiría de cada una de las manifestaciones judiciales. Si no hizo reparos, formulaciones, u otro tipo de intervenciones, se debe, como es obvio, al libre ejercicio de su profesión, libertad acompañada, desde luego, de la táctica o estrategia trazada en pro de su defendido.

6. Durante el decurso procesal, en ningún momento el procesado y/o su defensor se quejaron de la distancia como impedimento para ejercer la controversia. Y no lo hicieron porque no había lugar a ello, pues para escuchar al primero en indagatoria, y para enterarlos de las determinaciones, siempre se enviaron las diligencias a su lugar de domicilio.

Por lo demás, la conducta imputada comportaba que los elementos de juicio, esto es, el proceso que dio origen al cargo por prevaricato y el propio salvamento de voto, se encontraran en la sede inicial, es decir, en el sitio en donde residían, circunstancia que facilitaba la consulta.

7. Finalmente, nótese cómo la censura no fue desarrollada ni demostrada. La señora Defensora simplemente afirmó, como se acaba de recordar, que quien la había antecedido en pos de la defensa del doctor Yurgaqui no se había esmerado y había ejercido el cargo a distancia. Pero no especificó, por ejemplo, cuáles actividades ha debido realizar, aparte de las ya señaladas, y cómo lo hipotéticamente no hecho habría incidido sustancialmente en la situación jurídica del acusado.

Se confirma, entonces, lo aseverado: no hubo desconocimiento del derecho de defensa.

II. Sobre la sentencia.

Para que el funcionario judicial pueda dictar fallo condenatorio, el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal del 2000 exige que las pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación, conduzcan a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del sindicado.

El Fiscal General de la Nación acusó al Conjuez del Tribunal Superior de Quibdó como autor del delito de prevaricato por acción, previsto en el artículo 149 del Código Penal de 1980, modificado por el artículo 28 de la Ley 190 de 1995. La norma define la conducta así:

“El servidor público que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo tiempo de la pena impuesta”.

Con fundamento en el principio de favorabilidad, para el acusado resulta benigna la legislación derogada, porque en la actual –artículo 413 de la Ley 599 del 2000- la sanción imponible oscila entre 3 y 8 años de prisión, multa de 50 a 200 salarios e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 5 a 8 años.

Sentados los presupuestos, la Sala abordará el estudio del asunto, así.

III. Sobre el aspecto objetivo del prevaricato.

1. Dentro del proceso seguido en contra de Ricardo Emiro Ríos Mosquera, Apolonides Mena Ortiz y Farnes de Jesús Valencia Rengifo, el Tribunal Superior de Quibdó, con ponencia del doctor Ely Gómez Ortega, avalada por el Conjuez Marco Tobías Cuesta Moreno y con salvamento de voto del doctor Carlos Alberto Coutín Padilla, el 2 de diciembre de 1999 profirió “la sentencia” confirmatoria de la absolutoria de primera instancia. Este fallo, ya se dijo, era inexistente, no nació a la vida jurídica.

Con similares argumentos, el 16 del mismo mes, la Sala del Tribunal, conformada esta vez por los doctores Luis Armando Vásquez García –ponente- y Coutín Padilla, declaró la nulidad de esa providencia y dispuso que se debía reponer, esto es, dictar la sentencia de segunda instancia.

2. Mediante Acuerdo 003 Bis del 30 de enero de 1996, la Sala Penal del Tribunal Superior nombró como Conjueces, entre otros, al doctor Amín Yurgaqui Asprilla.

El 10 de julio de 1997 el Presidente de la Sala Penal, en presencia de su Secretaria, de la lista previamente conformada, realizó un

“SORTEO DE CONJUEZ QUE HA DE INTEGRAR LA SALA PENAL DENTRO DEL PROCEOS NÚMERO 2234 SEGUIDO CONTRA RICARDO EMIRO RÍOS Y OTROS, PARA EFECTOS DE DECIDIR SOBRE LA RECUSACIÓN INTERPUESTA EN CONTRA DEL HONORABLE MAGISTRADO, DOCTOR CARLOS ALBERTO COUTÍN PADILLA”.

La designación recayó en el doctor Amín Yurgaqui Asprilla.

El acto se repitió, con igual resultado, el 15 de diciembre de 1997, esta vez para decidir la apelación interpuesta contra la sentencia de primera instancia.

3. De conformidad con el artículo 182 del Código de Procedimiento Penal de 1991 -172 de la Ley 600 del 2000- los jueces colegiados deben adoptar sus decisiones por mayoría absoluta de votos.

Este mandato es reiterado por el artículo 54 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, disposición que agrega:

“Cuando quiera que el número de los Magistrados que deban separarse del conocimiento de un asunto jurisdiccional por impedimento o recusación o por causa legal de separación del cargo disminuya el de quienes deban decidirlo a menos de la pluralidad mínima prevista en el primer inciso, para completar esta se acudirá a la designación de conjueces”.

En estas condiciones, la designación realizada consultaba la legalidad. Y, de conformidad con el artículo 61 del mismo Estatuto, el nombramiento como Conjuez del doctor Yurgaqui Asprilla, la aceptación que hizo del cargo, del que tomó posesión los días 16 de julio de 1997 y 14 de enero de 1998, según actas de estas fechas que

suscribió en compañía del Presidente y de la Secretaria, y el ejercicio de las funciones que a partir de allí asumió y adoptó, comportaba los mismos derechos y deberes de un Magistrado de la Corporación. La norma dice:

“Los conjuces tienen los mismos deberes que los Magistrados y estarán sujetos a las mismas responsabilidades de estos”.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, al declarar exequible la norma citada, afirmó que los conjuces

“cuando administran justicia no lo hacen como particulares, sino como verdaderos servidores públicos en cada caso concreto... los conjuces, cuando actúan en los negocios en que son llamados, lo hacen como servidores públicos...”.

“Desde el momento en que aceptan su nombramiento como conjuces, adquieren los designados una calidad especial: la de estar en posibilidad de ser llamados a administrar justicia en determinados negocios. Y cuando este llamado ocurre, el conjuce no solo debe aceptarlo, sino posesionarse y prestar el juramento correspondiente. Posesionado, es ya un servidor público, para todos los efectos legales en relación con el negocio en que actúe. Servidor público especial, sui generis, pero servidor público, con unas funciones determinadas en la ley y los reglamentos, como lo prevé el artículo 122 de la Constitución”.

Es claro, entonces, que el trámite seguido confirió al procesado la condición de servidor público, específicamente de Magistrado del Tribunal Superior. Por tanto, al conformar la Sala de Decisión Penal y suscribir, con salvamento de voto, el fallo del 30 de marzo de 1998, se reunían en él las condiciones de sujeto activo calificado exigidas por el tipo penal número 149 del Decreto 100 de 1980.

4. Cabría el cuestionamiento, insinuado por el delegado del Fiscal General, de si es

posible que el integrante de una Corporación que salva su voto pueda incurrir en un delito de prevaricato por acción, en cuanto, en últimas, la decisión como tal es la que adopta la mayoría y su disidencia no es vinculante. La respuesta debe ser afirmativa.

La posición de quien finalmente salva el voto, no debe ser analizada desde el simple resultado, porque antes de éste cada integrante de la sala presenta sus argumentos y tiene poder decisorio. Por modo que en los debates y votaciones está en igualdad de condiciones para “convencer” a otro de sus compañeros y lograr la mayoría.

El criterio expuesto por quien finalmente queda en minoría comporta una potencial resolución y cuando lo postula lo hace a título de Magistrado, esto es, de juez en ejercicio de sus funciones. En estas condiciones, sus argumentos, si cumplen los elementos del tipo, pueden estructurar el prevaricato por acción.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre el particular en los siguientes términos, que hoy reitera:

“Lo otro, o sea que la no presencia de los vocablos “concepto” y “providencia”, en el texto del artículo 149 del C. Penal, deja por fuera del ilícito el salvamento arbitrario de voto, porque solo es un ‘criterio’ u ‘opinión’ no vinculante y porque propiamente no es recogido por los términos “resolución o dictamen” que finalmente fue los que consignó el legislador, prescindiendo de los otros, es apuntamiento que no consulta la realidad jurídica y gramatical. El Diccionario de la Real Academia de la lengua, define la voz dictamen (del latín dictamen) como opinión y juicio que se forma o emite sobre una cosa. Es entonces incuestionable que si quien dio la opinión o suscribió el dictamen (caso del salvamento de voto), lo hace con el carácter de funcionario, consignando apreciaciones manifiestamente contrarias a la ley, o preceptos, criterios contrarios a la verdad por él conocida, incurre en prevaricato por acción, así sus afirmaciones no sean compulsivas o estén desprovistas de poder decisorio” (auto de

única instancia del 13 de octubre de 1988, radicado 2270).

5. Existe prevaricato cuando el servidor público, dolosamente, emite resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley.

Lo manifiesto es lo que se presenta con claridad y evidencia, que es patente, que está al descubierto, que es notoriamente visible. La exigencia legal apunta, entonces, a que la simple comparación entre la ley y, en este caso, lo expuesto en la sentencia, con lo expresado en el salvamento de voto, debe mostrar incuestionable la ilegalidad del último. Si la contrariedad surge luego de elaborados análisis, la atipicidad del comportamiento deriva incuestionable, porque no es ostensible.

6. La sentencia del 30 de marzo de 1998, suscrita por los doctores Víctor Manuel Chaparro Borda -Magistrado Ponente- y Harold Iván Mena Torres -Conjuez-, en 35 folios concluyó en la tipificación del delito y en la responsabilidad de los acusados. Por tanto, revocó la absolución de primera instancia. Para hacerlo, hizo las siguientes consideraciones, cada una de las cuales se encuentra soportada en las pruebas legalmente allegadas a la investigación:

a) Los hechos los concretó así: El 29 de marzo de 1994 Ríos Mosquera y Mena Ortiz, en su orden, Delegado y Pagador del Fondo Educativo Regional (FER), enviaron un oficio al Banco Popular y le solicitaron que de la cuenta de la entidad fueran trasladados veinte millones de pesos, a otra abierta con el mismo nombre.

Inmediatamente los aludidos giraron cuatro cheques a nombre de terceros: los dos primeros -por valor de cinco millones cada uno- fueron endosados y cobrados por Valencia Rengifo; el tercero -por seis millones- fue hecho efectivo por Ríos Mosquera; y el último -por cuatro millones- fue cobrado por Mena Ortiz.

A finales de abril y comienzos de mayo de 1994, Valencia Rengifo y Ríos Mosquera le

ofrecieron un millón de pesos a Norberto Rivera Agudelo, administrador del almacén “Abarrotes Mediterráneo”, para que aceptara figurar como proveedor de unos elementos para el FER, Tres días después entregaron a éste los cheques que aparecían enmendados en la parte del beneficiario, para hacer figurar en esa condición a “Norberto Rivera o Abarrotes Mediterráneo” y le solicitaron los endosara, a lo cual accedió, lo que también hizo con cuatro cuentas de cobro. Le entregaron un dinero para que lo diera a la persona que había vendido los bienes que hicieron ingresar al almacén del FER.

A mediados de mayo de 1994, Valencia Rengifo negoció con Martha Catalina Matallana la adquisición de varios enseres, que le serían pagados en efectivo; ella accedió, entregó la mercancía el 13 de mayo y aquél la condujo al almacén de Norberto Rivera, a quien le ordenó que le cancelara el valor y que los documentos los fechara en marzo y por mayor valor.

b) Censuró el fallo de primera instancia porque, al desconocer de manera burda la evidencia probatoria, contrarió abiertamente la ley; se divorció de los parámetros elementales de la valoración –sentido común, lógica, experiencia, visión conjunta-; llegó a conclusiones reñidas con la verdad y la justicia, y cohonestó la impunidad.

c) Quedó demostrado que los sindicatos se apropiaron del dinero a través del inicial traslado a una segunda cuenta, y del giro de cheques a personas inexistentes, su endoso ficticio y cobro por ventanilla o consignaciones en cuentas propias.

d) Las copias de los cheques mostraban los beneficiarios originales –personas inexistentes-; la Registraduría informó que los cupos con que aparecían los endosos de estos, o no existían o aparecían asignados a personas diferentes; y dos dictámenes concluyeron que dos de las huellas colocadas para efectos del endoso, realmente eran de Valencia Rengifo y Mena Ortiz.

e) Los funcionarios del Banco Popular, Leopoldo Hilera Rentería, Emerson Castro

Perea, Gilberto Antonio Agudelo Giraldo y Trinidad Caicedo, declararon que al momento del pago de los cheques, estos no enseñaban enmendaduras, estaban girados a los beneficiarios iniciales -no a "Norberto Rivera o Abarrotes Mediterráneo"- y fueron presentados por los acusados.

f) El testimonio de Martha Catalina Matallana Londoño dio cuenta que en mayo de 1994 Farnes Valencia la contactó para que le vendiera algunos muebles, que entregó el día 13 y aquel la condujo donde Norberto para que le pagara, que ella elaboró la factura (aportó la copia), pero Norberto le pidió que hiciera otras dos, por mayor valor y fechadas el 12 de marzo, a lo cual accedió (también entregó copias).

g) Según las declaraciones de Delia Bustamante Fontecha y Juan Mauricio Botero Gómez, Norberto Rivera se comunicó con ellos y les pidió consiguieran algunos enseres, lo que hicieron en la segunda quincena de mayo de 1994.

h) El Tribunal plasmó seis argumentos, con los cuales concluyó que esos testimonios eran plenamente creíbles.

i) Construyó siete indicios para afirmar que los tres implicados se apoderaron del dinero, y que, una vez descubiertos, trataron de hacer ver que con esa cantidad habían adquirido bienes para la entidad.

j) Afirmó la demostración de los delitos de falsedad y la responsabilidad de los sindicados, a partir de:

- . Documentos: los cheques, las cuentas de cobro, los contratos de compraventa, las órdenes de pago, las notas de pedido, las facturas y las pólizas de seguros.

- . Dictámenes: de documentología y contable, que probaron la adulteración de los títulos valores, que las fotocopias no correspondían a los originales, que las facturas no

indicaban la verdad, y que había sobrecostos.

. Testimonios: de Emerson Castro Perea, Gilberto Antonio Agudelo, Trinidad Caicedo y Martha Catalina Matallana Londoño, quienes demostraron que los cheques fueron pagados sin que mostraran enmendaduras, y que los bienes fueron vendidos a Farnes Valencia, luego de que el dinero había sido apropiado.

. Indicios: ocho pruebas indiciarias fueron elaboradas por la Corporación para colegir que los sindicatos adulteraron los cheques y elaboraron cuentas falsas para cubrir su delito.

k) Afirmó que si el 25 de julio, fecha en que la fiscalía inspeccionó el almacén, encontró los enseres adquiridos, ello no desvirtuaba las conductas delictivas, porque

“El hallazgo de esos bienes en el Almacén solo corrobora que cuando los implicados se percataron que habían sido descubiertos en la apropiación de los \$20'000.000.00, trataron de acomodar la situación para hacer ver como normal y legítimo ese desembolso para lo cual recurrieron a la falsificación de los cuatro cheques... y la creación del mismo número de cuentas de cobro, las que sustentaron con documentos cuyo contenido también se divorciaba de la realidad. Afirmar que la sola existencia de los bienes... para el 25 de julio de 1994, justifica el desembolso... y niega la configuración del delito de falsedad, significa desconocer de manera tosca que la señora Martha Catalina fue categórica en que los bienes los entregó... solo hasta el 13 de mayo de 1994 y que los mismos...” tuvieron un valor inferior al declarado en documentos.

7. El doctor Amín Yurgaqui Asprilla redactó su salvamento de voto en 6 páginas, de las cuales 3 fueron destinadas a resumir la parte resolutive del fallo y a su firma. En las restantes, consignó:

“Debo manifestar que el proyecto de fallo de segunda instancia no hace referencia a los Fondos Educativos Regionales y a su naturaleza jurídica: Decretos 3157 de 1968 y 525 de

1990”.

“En consecuencia, por esta circunstancia se dejó de aceptar o rebatir los argumentos jurídicos de dos de los defensores de confianza de los procesados”.

“Es decir, se proyecta esta sentencia con la prescindencia de los alegatos de la defensa y solo se atiende a los argumentos jurídicos del Señor Fiscal impugnante”.

“En relación con el delito de PECULADO POR APROPIACION está demostrado, por sendas inspecciones judiciales practicadas en las Oficinas y Depositos del FER-Chocó, que los bienes muebles adquiridos por este ente gubernamental al Proveedor Almacén Mediterraneo y/o NORBERTO RIVERA A., debidamente inscrito en la Cámara de Comercio de Quibdó, o fueron destinados para los fines educativos consiguientes o se encuentran en los depositos del mismo”.

“En consecuencia, las cuatro (4) cuentas de cobro, en sus Resoluciones y soportes contables, ameritarán el pago de los valores de los cuatro (4) contratos de suministro de bienes muebles, firmados por el señor Gobernador del Departamento del Chocó en su condición de Presidente de la Junta Administradora del FER-Chocó”.

“Ante esta evidencia judicial, no se puede sostener que el comportamiento de los procesados, en grado de coautores y complice, encuentre adecuación típica en el Art. 133 del C. P.”.

“Es decir, que ellos no se apropiaron indebidamente de bienes o caudales dados por el Estado para su Administración y que estuvieron bajo su disponibilidad jurídica”.

“Ahora, en lo tocante con los delitos de FALSEDAD IDEOLOGICA y FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO debo manifestar que en la falsedad IDEOLOGICA (Art. 219) se tipica cuando se insertan declaraciones falsas en un documento legítimo. Dadas las

anteriores consideraciones sobre el supuesto delito de PECULADO POR APROPIACION se impone concluir que las cuentas de cobro, las resoluciones que reconocen y ordenan unos pagos, con sus respectivos soportes, las dos primeras emitidas por el señor Gobernador del Chocó y los segundos elaborados por el Señor Almacenista del FER-Chocó, solo recogen una realidad incuestionable: que los bienes muebles adquiridos “para atender el sostenimiento y expansión de los servicios educativos en los planteles oficiales de educación elemental, media y carreras intermedias” fueron establecidos por el Fiscal Instructor en las oficinas de dicha entidad del Gobierno Nacional y en sus depositos o bodegas de almacenamiento”.

“Ni el Delegado, ni el Pagador ni el Almacenista de los Fondos Educativos Regionales celebran contratos, reconocen y ordenan pagos y esta función pública la ejerce el Señor Gobernador del respectivo Departamento o el Señor Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá”.

“Luego, no se puede predicar la tipicidad del delito de FALSEDAD IDEOLOGICA de ninguno de los procesados”.

“Ahora, en relación con el agotamiento del delito de FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO debo manifestar, con todo comedimiento, que los cuatro cheques fueron cobrados sin adulteración alguna y si ésta se hizo fué despues de sus respectivos pagos, porque resulta inexplicable cómo estos cheques ya pagados por el Banco Popular salieron del ambito de su custodia para ser alterados en relación con los nombres de los beneficiarios”.

“Hago propia la cita que hace el Doctor ELY GOMEZ ORTEGA en su sentencia del 2 de diciembre de 1996:”

““Cuando un documento está falsificado en una forma torpe y grosera, no existe, en efecto la falsificación, pero si no existe la falsificación ello se debe no a la ausencia de imitación

dolosa de la verdad, sino a que el documento resulta jurídicamente inocuo, si el daño o la posibilidad de daño constituye una circunstancia inherente al delito, es claro que no puede ser delictuoso un documento notoriamente falso...' (REGIMEN PENAL COLOMBIANO, Pag. 101)".

"En consecuencia, no existe la evidencia o certeza legal para proferir sentencia condenatoria contra los procesados ya nombrados (Art. 247 y 455 del C. de P. P.)".

8. De la observación surge incontrastable que los argumentos del Conjuez disidente para nada hicieron referencia a las razones probatorias y jurídicas que a espacio y con detenimiento expuso el fallo.

El funcionario se limitó a escribir frases genéricas; no hizo ninguna valoración probatoria; y no problematizó los exámenes realizados y trasladados a la providencia. Sencillamente acogió los motivos expuestos en una "sentencia" jurídicamente inexistente, la inicialmente dirigida por el doctor Gómez Ortega.

Fácilmente se establece que el doctor Yurgaqui eludió temas como los siguientes:

- . Que la entrega de bienes fue posterior a la comisión del delito y con la única finalidad de encubrirlo.
- . Que las cuentas de cobro fueron elaboradas con el mismo propósito, esto es, no obedecían a la realidad.
- . Que los cheques fueron cobrados sin adulteración y falsificados luego de que fueran hechos efectivos, simplemente como maniobra de ocultamiento, y que fueron girados a beneficiarios inexistentes y cobrados por los sindicatos, más no por el proveedor.

9. Como el Conjuez al salvar su voto tenía el deber de refutar los argumentos probatorios y jurídicos de la decisión mayoritaria, y el doctor Yurgaqui no lo hizo, frontalmente actuó en contra de la ley.

En verdad, el artículo 182.2 del Código de Procedimiento Penal de 1991 -172 de la Ley 600 del 2000- imponía al procesado la carga de expresar las razones de su disenso,

“tanto respecto de la parte motiva como de la resolutive de la providencia”.

Igualmente hizo caso omiso de lo ordenado en los siguientes artículos del Decreto 2700 de 1991:

2° y 445: Toda persona se presume inocente mientras no se declare judicialmente su responsabilidad. No demostró, con el análisis probatorio respectivo, la existencia de duda insalvable, ni se ocupó de resquebrajar los argumentos de la sentencia que comprobaron la certeza para condenar.

246: Las decisiones judiciales -su posición aspiraba a serlo- deben fundarse en las pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación. Las desconoció en su integridad.

247: Si los elementos de juicio conducen a la certeza sobre la conducta punible y la responsabilidad del sindicado, la decisión debe ser de condena. Obvió el mandato: no explicó por qué no se reunían esas exigencias.

254: Las pruebas practicadas válidamente deben ser apreciadas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, para lo cual el funcionario tiene el deber de exponer razonadamente el mérito que le asigna a cada una. Ninguna apreciación hizo y esquivó el debate con las realizadas en el fallo.

La comparación de la normatividad y de la decisión mayoritaria, con los argumentos disidentes, enseña que estos últimos se alejaron manifiestamente de aquellas, que sí consultaban la realidad jurídica y probatoria.

Los elementos del tipo objetivo, entonces, se satisfacen a plenitud, como en esencia las partes lo admiten, incluida la defensa, porque sus disquisiciones apuntan sobre todo a que se reconozca que el doctor Yurgaqui actuó bajo el estado que denomina “error judicial”.

10. La conducta, además de típica objetivamente, es antijurídica –artículo 4° del Decreto 100 de 1980- porque de manera real y efectiva lesionó el bien jurídico de la administración pública, entendido como el conjunto de reglas necesarias para el cumplimiento, conservación y fomento de los intereses generales y para regular las relaciones entre los asociados y el Estado. Y no se ejecutó en concurrencia de alguna de las causales que de conformidad con el artículo 29 del Decreto 100 de 1980 justificaban el hecho, como tampoco de frente a alguna de aquellas de naturaleza similar previstas en el artículo 32 del actual Código Penal.

11. Es bueno precisar a la señora apoderada que la estructura descriptiva del delito de prevaricato no exige, como ella supone y podría suceder con la definición que traía el Código Penal de 1936, la demostración de un interés específico en el funcionario trasgresor de la ley. Es suficiente que, conociendo la ilicitud de su comportamiento, voluntariamente se dirija a emitir un pronunciamiento manifiestamente contrario a la ley.

Es cierto que en la ocasión la profesional recuerda, la Corte produjo una decisión más o menos en ese sentido. Sin embargo, de inmediato aclaró el tema y de allí en adelante no repitió lo citado por la defensa. Basta tomar como ejemplo la sentencia del 15 de septiembre del 2004, dentro del radicado 21.543, en la cual la Sala expuso:

“En efecto, la jurisprudencia de esta Sala ha insistido en que aún tratándose de una prevaricación con un fin jurídicamente irrelevante o incluso noble, el delito no desaparece.

Contrario a lo que sucedía en el código penal de 1936, no se requiere actualmente de ingredientes adicionales en lo que toca con la demostración del dolo en el prevaricato, por ejemplo “simpatía” o “animadversión” hacia una de las partes. Sólo es fundamental que se tenga conciencia de que el pronunciamiento se aparta ostensiblemente del derecho, sin que importe el motivo específico que el servidor público tenga para actuar así”.

IV. Sobre el aspecto subjetivo del prevaricato.

1. El Fiscal General de la Nación atribuyó el comportamiento delictivo, en condición de autor, al doctor Amín Yurgaqui Asprilla.

Los elementos de juicio demuestran el señalamiento. Si se revisa el documento público contentivo del salvamento de voto, es fácilmente perceptible que fue creación del doctor Yurgaqui, quien lo firma, amén de que él y su representante técnico han admitido la autoría del mismo.

2. De fondo, realmente la defensa sólo ha cuestionado la “culpabilidad”, pues ha hecho hincapié en el comportamiento errado, en el equívoco y en la confusión del procesado, para concluir que la conducta del sindicado habría sido consecuencia del yerro que lo llevó a creer que la restitución “restaba entidad jurídica” a la ilicitud y generaba duda.

Sobre el particular, dígase:

a) El hipotético yerro carece de apoyo, porque con conocimiento y voluntad el Conjuez omitió la valoración de las pruebas que le permitían salir de la pretendida equivocación. Bastaba mirar el proyecto de decisión y, desde luego, el expediente.

b) Para la época de los hechos, según sus propias palabras, el doctor Yurgaqui Asprilla llevaba más de tres lustros en el ejercicio de la profesión de abogado.

Si bien se excusa con base en la inexperiencia como Conjuez, lo cierto es que el tema concreto versaba sobre la valoración probatoria, tema de uso cotidiano por parte del profesional del derecho en ejercicio.

c) El Conjuez tomó posesión del cargo el 14 de enero de 1998, fecha desde la cual tuvo conocimiento del proceso y del proyecto que posteriormente se convirtió en sentencia. El salvamento de voto lo redactó el 24 de marzo de 1998, esto es, más de dos meses después de aquella situación, de donde surge que tuvo tiempo más que suficiente para estudiar el asunto.

d) La lectura de las piezas del proceso, pero en especial del proyecto de decisión, mostraban con suficiencia los medios de juicio que acreditaban, más allá de cualquier duda razonable, las conductas punibles y la responsabilidad de los procesados. De tal manera que es inaceptable la confusión, porque la disidencia no se soportó en la supuesta perplejidad que causaba el asunto, sino en la conclusión expresa de que no había prueba para condenar, inferencia a la que se llegó tras dejar de lado los argumentos que en sentido contrario expuso la sentencia.

e) Si en verdad el reintegro del dinero por parte de quienes se lo apropiaron llevó al acusado a creer erradamente que ello desvirtuaba la conducta delictiva, le surgía el inevitable deber de confutar los estudios que a espacio, de manera detallada y concisa, hizo la sentencia para demostrar que si bien existió tal restitución, ello obedeció única y exclusivamente a una serie de maniobras encaminadas a encubrir la comisión del delito y los rastros dejados.

Pero el doctor Yurgaqui Asprilla simplemente anotó su inferencia y deliberadamente abandonó las consideraciones judiciales que concluyeron, con cita precisa de las pruebas que así lo demostraban y de los folios en donde se encontraban, que ello solo era un elemento de juicio adicional que corroboraba la responsabilidad.

Ese proceder consistente en no confrontar los análisis conocidos al leer el proyecto, ni en tener en cuenta el expediente, descarta el yerro, con mayor razón si se tiene en cuenta que, como lo dijo el mismo doctor Yurgaqui en indagatoria, el caso tuvo mucha resonancia en la región.

f) La postura defensiva que pretende soportar la perplejidad en la circunstancia de que los magistrados del Tribunal no se reunían en “sala” para discutir el asunto, demuestra lo contrario, es decir, que obró con plena conciencia y voluntad. Como es lógico, si en verdad había confusión y el estudio de la ponencia y de las pruebas del proceso generaban incertidumbre en el Conjuez, tenía el deber de debatir con sus compañeros para obtener las explicaciones respectivas. Si no lo hizo, fue porque no había tales dudas o, simplemente porque insistía en plasmar su preconcebido pensamiento.

g) En su indagatoria, el doctor Amín Yurgaqui Asprilla, ante pregunta específica de por qué no había considerado en su salvamento que los funcionarios del FER se habían apropiado de los dineros a través del giro de cuatro cheques que finalmente ellos cobraron, explicó que

“si no hice alusión a los giros de los cheques... fue porque me limité a lo tocante con la argumentación sobre la ponencia específicamente... (mis) argumentaciones mas que todo se refieren a lo tocante con la ponencia que se me presentó”.

Y resulta que concretamente la ponencia se refirió al tema -y a muchos otros excluidos en la disidencia-, lo valoró y concluyó que de ahí surgía incuestionable la responsabilidad. Por modo que esas palabras descartan el yerro y demuestran la intención clara de dejar la ley a un lado, como que si el propósito del Conjuez fue refutar sobre los aspectos del proyecto de fallo y eludió el tópico citado, tratado con suficiente holgura, surge que concientemente lo motivó esa finalidad: desconocer las pruebas y el análisis que convergían en la certeza para condenar.

h) Que la sentencia de primera instancia hubiera sido absolutoria no excusa ni demuestra el error. Al contrario, pone de presente el dolo, porque es de sentido común que si contra esa decisión se propuso apelación y la función que competía cumplir al Conjuez era la de desatar la alzada, lo menos que tenía que hacer era parangonar la providencia del A quo con los razonados argumentos del sujeto procesal recurrente, como hizo el Tribunal, trabajo del que necesariamente afluía la verdad que vio pero que no quiso compartir.

De lo anterior se infiere sin mucho esfuerzo que el doctor Yurgaqui conocía el hecho punible –artículo 36 del Código Penal de 1980- o los hechos constitutivos de la infracción penal –artículo 22 del vigente- y quiso su realización.

De acuerdo con la Fiscalía y el Ministerio Público, para la Sala es menester declarar al doctor Amín Yurgaqui Asprilla autor del delito de prevaricato por acción.

V. Sobre la punibilidad.

1. La acusación no dedujo ninguna causal de agravación. Pero la forma como se ejecutaron los hechos muestra una especial gravedad.

En efecto, el comportamiento del Conjuez estuvo encaminado a premiar con la impunidad a unos funcionarios que despojaron a una región tan olvidada, con urgentes y primarias necesidades como el Chocó, de sus escasos recursos, lo que alejaba a su población de que le fueran cubiertas obligaciones básicas. Además de que quienes así actuaron acudieron a mecanismos de toda índole para borrar los rastros de su delito.

A lo anterior se contrapone que no existe constancia de que en contra del procesado se haya proferido una sentencia condenatoria, esto es, no hay antecedentes penales en su

contra, circunstancia que el artículo 55-1 de la Ley 599 del 2000 prevé como causal de atenuación punitiva.

La Sala concluye que la sanción aplicable no puede ser la mínima legalmente prevista.

El prevaricato tiene señaladas las sanciones principales de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas de 3 a 8 años y multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos. Con los lineamientos ya indicados, es decir, los estipulados en el Código Penal de 1980, las penas quedarán en 38 meses de prisión e interdicción y 55 salarios de multa.

No se condenará al doctor Amín Yurgaqui Asprilla a indemnizar los daños y perjuicios de orden material causados al Fondo Educativo Regional, FER, del Chocó -entidad que pudo haber resultado afectada con su actuación-, por cuanto ello se hizo dentro del proceso por peculado.

2. Tenida en cuenta la sanción imponible, no es viable el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por cuanto no se satisface el presupuesto objetivo de los artículos 68-1 y 63-1 de los Estatutos penales, derogado y vigente.

Pero la Sala considera que se puede sustituir la prisión física por la domiciliaria, en los términos del artículo 38 de la Ley 599 del 2000 -aplicable por resultar benéfico al procesado-, en cuanto de su situación personal, laboral, familiar y social, se deduce que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena, como no lo hizo en el curso de la investigación.

Para ejercitar ese derecho, deberá prestar caución por suma equivalente a diez (10) salarios mínimos legales y suscribir diligencia por medio de la cual se comprometa a cumplir con los requisitos del artículo 38, so pena de que en caso de incumplimiento se haga efectiva la pena de prisión.

Para la realización de estas diligencias se comisionará al Presidente del Tribunal Superior de Quibdó.

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

RESUELVE

1. Declarar al doctor Amín Yurgaqui Asprilla, de condiciones civiles y personales relacionadas en la parte motiva, autor responsable de la conducta punible de prevaricato por acción.
2. Imponer al doctor Amín Yurgaqui Asprilla treinta y ocho (38) meses de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas, así como multa de cincuenta y cinco (55) salarios mínimos legales mensuales vigentes para 1998.
3. No imponer al doctor Amín Yurgaqui Asprilla la obligación de indemnizar daños y perjuicios.
4. No conceder al doctor Yurgaqui Asprilla la suspensión condicional de la ejecución de la pena.
5. Sustituir la prisión física por la domiciliaria, en los términos del artículo 38 de la Ley 599 del 2000. Para gozar de ella, el doctor Amín Yurgaqui Asprilla deberá prestar la caución anunciada y suscribir diligencia en donde se comprometa a cumplir con los requisitos allí previstos de inmediato, so pena de que en caso de incumplimiento se haga efectiva la sanción sustituida.

Para materializar este punto, se comisiona al Señor Presidente del Tribunal Superior de Quibdó.

Oficiar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario para el control sobre la medida sustitutiva.

6. Librar las comunicaciones de que trata el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal.

Notifíquese y cúmplase.

MARINA PULIDO DE BARÓN

Salvamento parcial de voto

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ HERMAN GALÁN CASTELLANOS

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el respeto que siempre he profesado por las opiniones y el criterio ajenos, procedo a

consignar la razón única que me llevó a separarme parcialmente de la decisión adoptada en la sentencia de aprobada según Acta No. 021 de abril 6 de 2005.

Allí, luego de expreso reconocimiento sobre ausencia de antecedentes penales del doctor AMIN YURGAQUI ASPRILLA, circunstancia que permitía tener por acreditada la causal genérica de atenuación punitiva prevista en el numeral 1° del artículo 55 de la Ley 533 de 2000, en punto de la dosificación de la pena que correspondía imponerle se concluyó que no podía partirse del mínimo fijado en la norma transgredida, por las siguientes razones:

1.- Su comportamiento “estuvo encaminado a premiar con la impunidad a unos funcionarios que despojaron a una región tan olvidada, con urgentes y primarias necesidades como el Chocó, de sus escasos recursos, lo que alejaba a su población de que le fueran cubiertas obligaciones básicas”.

2.- Además, “quienes así actuaron acudieron a mecanismos de toda índole para borrar los rastros de su delito”.

Pues bien, la anterior es la motivación que no puedo compartir, en tanto que me resulta insuficiente para incrementar la pena mínima en dos (2) meses, aumento con el cual se llega a un total de treinta y ocho (38) meses de prisión que de suyo marginó al condenado del posible acceso al mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad a que se refiere el artículo 63 de la Ley 533 de 2000, esto es, del denominado Suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Y la encuentro insuficiente porque la verdad es que la misma queda reducida a la genérica referencia a la gravedad de la conducta, porque lo cierto es que en este contexto no puede aceptarse que tenga relevancia negativa en cuanto al condenado se refiere afirmar, como se hace en el fallo del cual me aparto en forma parcial, que quienes habían incurrido en la conducta punible objeto de la investigación que en

segunda instancia estuvo a conocimiento del aquí procesado, “incurrieron a mecanismo de toda índole para borrar los rastros de su delito”.

Lo anterior porque siendo como es personalísima la responsabilidad penal, no encuentro razón alguna para que se acuda a razonamientos como el anterior, con el fin de motivar un incremento de pena que, repito, si bien se cuantificó en apenas dos (2) meses, lo cierto es que terminó dejando al condenado sin posibilidad de que se estudiara la posibilidad de suspender condicionalmente en su favor la ejecución de la pena privativa de la libertad señalada para la conducta de la cual se lo encontró penalmente responsable.

Dejo en esta forma consignada la razón única que me llevó a optar por la alternativa legal del salvamento parcial de voto.

Con toda atención,

MARINA PULIDO DE BARON

MAGISTRADA

Fecha ut supra.