

Proceso No 20281

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Aprobado Acta No. 041

Bogotá D. C., veinticinco (25) de mayo de dos mil cinco (2005).

VISTOS:

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Fiscal Sexta Delegada ante el Tribunal Superior de Pasto, y el acusado, Dr. CARLOS HERNANDO MONTENGRO URBANO, ex Fiscal 48 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de El Charco (N.), contra la sentencia por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto lo condenó como autor del delito de prevaricato por acción.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL:

1. Para el año de 1998, en la Fiscalía 48 Seccional de El Charco (N.) se adelantaba, entre otras, la investigación penal No. 719 en contra de PEDRO NEL HERRERA PUCHE, ex alcalde de dicho municipio, a quien se le había vinculado formalmente y afectado con medida de aseguramiento de detención preventiva mediante resolución del 13 de agosto de 1998, como autor de los delitos de peculado por apropiación, agravado por la cuantía, violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales, por conductas desarrolladas durante su gestión como jefe de dicho

municipio. Por los mismos delitos también era investigado en el mismo asunto, el ingeniero CARLOS ALBERTO CAICEDO GUZMÁN.

Por traslado que hiciera el Director Seccional de Fiscalías de Pasto, el 9 de noviembre de 1998 el doctor CARLOS HERNANDO MONTENEGRO URBANO asumió funciones como titular de la Fiscalía Cuarenta y Ocho Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de El Charco (N.), habiéndole correspondido, en tal virtud, pronunciarse el 14 del mismo mes y año, sobre la petición elevada por el defensor del ex alcalde atinente a la sustitución de la detención preventiva por domiciliaria. La decisión entonces, fue de carácter negativo.

La determinación anterior fue recurrida por el defensor de CAICEDO GUZMÁN. Negada la reposición se concedió el recurso de apelación.

Según Constancias Secretariales, el investigado HERRERA PUCHE había consignado en la Caja Agraria de la ciudad de Cali, valores equivalentes a \$ 45'000.000, suma que se estimó en el proveído de definición de la situación jurídica como monto de lo apropiado. Asimismo, en constancia dejada el 15 de diciembre de 1998, en esa misma fecha también se recibió telegrama y memorial remitido por fax, con petición de libertad provisional suscrito por la doctora Aida Rosa Mora Obando, abogada a quien el inculcado Herrera Puche había designado para su defensa desplazando con ella al doctor Orlando Hidalgo Hidalgo, profesional que hasta entonces estaba asumiendo la defensa del procesado.

Con base en lo anterior, al día siguiente, esto es, el 16 de diciembre del mismo año el doctor CARLOS HERNANDO MONTENEGRO URBANO, emitió resolución en la que, luego de precisar que se pronunciaba sobre tal petición atendiendo a que el despacho quedaría acéfalo por unos días por vacaciones del titular, estimó suficiente el valor del reintegro de lo apropiado por parte del investigado PEDRO NEL HERRERA PUCHE para otorgarle

libertad provisional, y procedió en consecuencia, imponiéndole a título de caución el pago de \$ 1'000.000.

Contra la anterior decisión se alzó el Personero Municipal, argumentando que la libertad otorgada no era procedente, toda vez que los delitos imputados al sindicado eran los de peculado por apropiación, agravado por la cuantía y violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, infracciones que en atención al monto de la pena establecida en la ley no permitían la excarcelación concedida.

Adujo también que no estaba probado debidamente el reintegro que servía de sustento a la decisión, y además, que conforme a la causal aducida para conceder esa libertad, esto es, el artículo 415.8 del Decreto 2700 de 1991, era necesario además, que el implicado cancelara el valor de los perjuicios ocasionados con la infracción.

Pidió, por consiguiente, se negara la libertad concedida.

Sobre dicha impugnación se pronunció el Fiscal el 1º de febrero de 1999, advirtiendo en primer lugar que el Ministerio Público pretendía dilatar la investigación, pues el escrito era apenas una “apariencia de sustentación”.

No obstante lo anterior, se refirió sobre el alcance del término “reintegrar”, precisando que en dicho asunto el investigado reintegró el valor correspondiente a uno de los delitos imputados. Para el Fiscal, el Personero estaba interpretando erróneamente la norma alusiva a dicho tema.

En cuanto al tema de la indemnización de perjuicios, anotó que en la resolución que definió la situación jurídica del involucrado no se dijo nada al respecto, y además, no se tiene prueba sobre ello. Y sobre la falta de prueba de las aludidas consignaciones afirmó que “nada oculto se maneja en el despacho”.

Resolvió entonces, “no reponer” la resolución impugnada y rechazar el recurso de apelación “que subsidiariamente propuso el señor Personero de El Charco, por cuanto su escrito ofrece una APARIENCIA DE SUSTENTACIÓN y de conformidad con la parte motiva de esta providencia” (f. 23, anexo1).

La anterior determinación, fue a su turno recurrida en reposición también por el Personero Municipal, quien adujo como sustento para ello el contenido del artículo 201 del entonces vigente Código de Procedimiento Penal, pues consideraba que quedaron por decidir aspectos planteados en el recurso.

Le recordó que en su escrito de sustentación expuso que en ese caso era inaplicable el artículo 61 del Código Penal, pues se trataba de la primera autoridad del municipio a quien la ciudadanía le había confiado el manejo de los recursos.

Igualmente, insistió en que no estaba de acuerdo en la aplicación de la causal de libertad contenida en el artículo 415.8 del Código de Procedimiento Penal, “porque sólo y a modo de discusión la sesación (sic) del reintegro de lo apropiado faltaría la indemnización de los perjuicios causados y también respecto del numeral 4to y 5to del Art. precedente (Art. 415 ley 81 de 1995, Art. 45 del C.P.P. tampoco era aplicable en ese caso), nada se responde respecto de esto en el interlocutorio, proveniente de su despacho” (f. 27 anexo No.1).

En cuanto a la negativa a conceder el recurso de apelación destacó que era al superior a quien le correspondía “calificar, aceptar o no la presentación de dicho recurso, el instructor ad- quo (sic) solo se limita a concederlo a su superior”. La decisión adoptada en tal sentido conlleva el ejercicio de dos competencias, una de las cuales le correspondía al superior.

Por último, anotó que no pretendía dilatar el proceso, y que si así había ocurrido no podía imputársele tal situación a la actuación suya como Personero Municipal.

Sobre tal escrito se pronunció el Fiscal Cuarenta y Ocho, mediante resolución del 4 de mayo de 1999. Expuso de nuevo que el escrito de sustentación era apenas una apariencia de ello, y además, si el Ministerio Público estimaba que se le debía conceder el recurso de apelación, debió interponer a su vez, el de hecho.

Afirmó también, que sí se pronunció sobre todos los temas planteados, y calificó dicho argumento como maniobra dilatoria.

Resolvió, así, declarar improcedente esa segunda reposición.

2. Por considerar que hubo interés del Fiscal para favorecer al ex alcalde investigado, el ciudadano Norman D'croz formuló denuncia penal en contra de dicho funcionario, habiéndole correspondido el trámite de la investigación respectiva a la Fiscalía Sexta Delegada ante el Tribunal Superior de Pasto, despacho que el 9 de julio de 1999 ordenó iniciar investigación previa y acreditó la calidad de servidor público del investigado con constancia expedida por la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de que el doctor CARLOS HERNANDO MONTENEGRO URBANO se vinculó a esa entidad el 14 de junio de 1996 en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de la Dirección Seccional de Fiscalías de San Juan de Pasto, con sede en la Hormiga (Putumayo). Trasladado mediante resolución No. 008 del 8 de enero de 1997 en idéntico cargo a la Unidad de Fiscalía Seccional de Tumaco (Nariño); y trasladado posteriormente, por resolución No. 2391 de 1998 a la Unidad Seccional de Fiscalía de El Charco (Nariño).

Se practicó diligencia de inspección al proceso No. 719 que se adelantaba en la Fiscalía Seccional Cuarenta y Ocho en contra del ex alcalde Pedro Nel Herrera Puche y otros, por el delito de peculado por apropiación en concurso con el de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales incorporándose copia de dicha actuación.

A las mismas diligencias se anexó la denuncia presentada en contra del citado Fiscal por Gustavo Rodríguez por el delito de prevaricato por omisión, por no haberse pronunciado oportunamente sobre una petición de preclusión de la investigación.

El 5 de noviembre de 1999, el doctor CARLOS HERNANDO MONTENEGRO URBANO, rindió versión libre y espontánea. Explicó que conoció a Norman D'croz porque desde el 11 de noviembre de 1998 fue trasladado como Fiscal Seccional al municipio de El Charco, y aunque al comienzo sus relaciones interpersonales con él se desarrollaron en términos de cordialidad, después dicha persona se disgustó con él porque dentro de una investigación que se seguía contra el alcalde de la población hizo una inspección judicial a una planta en la vereda San José del Tapaje, hecho a partir del cual ha debido afrontar varias quejas disciplinarias formuladas en su contra por dicho ciudadano, en las cuales se ha ordenado el archivo definitivo. Sobre la decisión mediante la cual le otorgó libertad provisional al ex alcalde Pedro Nel Herrera Puche expuso que reconocía su error, pues interpretó equivocadamente la norma aplicada, ya que entendía que por varios delitos procedía la imposición de una sola medida de aseguramiento, y que con el reintegro de lo apropiado el investigado tenía derecho a la libertad provisional. Por ello, no puede afirmarse que actuó malintencionadamente o con el ánimo de favorecer a esa persona. Además, porque en el ejercicio del cargo nunca había tenido un proceso de la complejidad que ese ofrecía y “apenas llevaba como experiencia en estas actividades penales más de dos años”.

En cuanto a las decisiones subsiguientes, dictadas a instancias de los recursos interpuestos por el Personero Municipal, se limitó a afirmar que en ellas se habían consignado las razones para no reponer la resolución mediante la cual le otorgó libertad provisional a Pedro Nel Herrera Puche y para no conceder el recurso de apelación. De todas maneras, dijo, es cierto que el Personero no interpuso el recurso de hecho.

Se le puso de presente el hecho de que cuando se practicó la inspección judicial a dicho

proceso habían transcurrido más de ocho meses sin que el beneficiario de la libertad provisional hubiera otorgado la caución impuesta ni suscrito la respectiva diligencia de compromiso, y aún así no se revocaba la excarcelación. Sobre ese tema respondió que después de proferida la decisión cuestionada salió a disfrutar de vacaciones, y por ende, desconocía las razones por las que el Fiscal encargado no se diera cuenta de esa situación. Además, esa función le correspondía al técnico judicial, y la secretaría tampoco dio cuenta de ello.

Se mostró extrañado del conocimiento detallado que tenía el denunciante de los procesos que él como Fiscal tenía a su cargo en la Fiscalía Cuarenta y Ocho de El Charco, e insinuó que el denunciante pudo obtener la información correspondiente a través de dicho funcionario porque a esa oficina se envían los procesos para la respectiva notificación

Enfatizó que los títulos judiciales mediante los cuales el sindicado Pedro Nel Herrera Puche reintegró los \$ 45'000.000 por cuya apropiación se le estaba investigando sí se encontraban en el proceso, y aún así en el pueblo surgió el rumor de que el Fiscal se había apropiado por ese dinero. Incluso, la Contraloría le pidió información al respecto, pues al parecer se le adelantaba un juicio fiscal por ese motivo.

Con base en lo anterior, el 23 de febrero de 2000 se abrió formalmente la investigación, se ordenó la vinculación del doctor CARLOS HERNANDO MONTENEGRO URBANO y se recaudó diversa prueba testimonial, entre la que se destaca la de José Abdegano Aguirre Góngora, quien afirmó que hizo amistad con el Fiscal porque cuando llegó al pueblo se hospedó en el hotel de su propiedad. Por eso, un día le preguntó a este qué podría hacer para ayudar a Pedro Nel y le respondió que debía cambiar de abogado, ante lo cual él le pidió que le recomendara uno y entonces, el doctor MONTENEGRO llamó a Pasto, siendo esa la razón por la que una mujer asumió la defensa del ex alcalde.

Precisó, sin embargo, que a raíz de eso comentaba que a él le habían dado \$ 5'000.000 y al aludido funcionario habría recibido la suma de \$ 17'000.000 como contraprestación a la libertad otorgada al ex alcalde Pedro Nel Herrera Puche.

Según el informe No. 082 rendido el 19 de abril de 2000, la abogada Aida Rosa Rosas Mora, quien desplazó en su labor al doctor Orlando Hidalgo Hidalgo en la investigación 719 que se tramitaba en la Fiscalía Cuarenta y Ocho Seccional en contra de Pedro Nel Herrera Puche, es vecina y amiga del doctor CARLOS HERNANDO MONTENEGRO URBANO.

El 27 de junio de 2000, el funcionario investigado rindió diligencia de indagatoria. Explicó en primer lugar que el 9 de noviembre de 1998 llegó a El Charco, pues en esa fecha llegó a ocupar el cargo de Fiscal Cuarenta y Ocho Seccional. Enfatiza que nunca conoció al procesado Pedro Nel Herrera Puche, y califica de conflictivo a su denunciante.

De Abdegano Aguirre, expuso que es la persona dueña del hotel donde se hospedó cuando llegó a El Charco, e incluso fue muy deferente y atento con él al comienzo, situación que considera se debió a que tenía propósitos ocultos.

Afirmó también que tuvo problemas con el Personero del pueblo, e incluso le atribuye la causa de su desvinculación de la Fiscalía, pues solía formular quejas en su contra valiéndose de anónimos, y al igual que Norman D'croz inventa historias.

Negó enfáticamente que hubiera solicitado el cambio de abogado en el proceso en mención y que hubiera exigido dinero por conceder la libertad provisional a Herrera Puche.

La situación jurídica le fue definida con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva como autor del delito de prevaricato por acción, al tiempo que se le otorgó libertad provisional. Como sustento de esta decisión, adujo la instructora que la decisión mediante la cual el doctor MONTENEGRO URBANO excarceló provisionalmente al ex alcalde Pedro Nel Herrera Puche es manifiestamente contraria a

la ley, toda vez que no era procedente en atención a que los delitos que se le imputaban al investigado en ese asunto eran los de peculado por apropiación, agravado, y violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, cuyos extremos punitivos impedían dicho beneficio.

Además, fue el Fiscal quien recomendó el cambio de abogado en dicho asunto, siendo solícito en atender las peticiones elevadas a nombre de Herrera Puche, comportamiento que no observó cuando se trataba de intervenciones de la defensa de Caicedo Guzmán, el otro sindicado.

Asimismo, las explicaciones dadas por el Fiscal sobre su proceder son ambiguas, pues aunque adujo a su favor un error de interpretación, pudo salir de su presunto equívoco con los recursos interpuestos por el Personero, sujeto procesal a quien le impidió el derecho a impugnar.

La anterior decisión fue recurrida en reposición y apelación. Resuelto desfavorablemente lo primero mediante escrito del 7 de septiembre de 2000, el sindicado desistió del segundo.

Ampliada la indagatoria del doctor CARLOS HERNANDO MONTENEGRO URBANO para interrogarlo sobre las imputaciones que pendían en su contra por haber sido él quien sugirió la designación de la abogada que solicitó a favor de Pedro Nel Herrera la libertad provisional que dio lugar a la decisión que se ha calificado de prevaricadora, además de las exigencias de dinero que presuntamente hizo para adoptar tal determinación, en proveído del 21 de junio de 2001 la Fiscalía instructora se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento al funcionario en mención, con respecto al cargo que de tales hechos emergía por el delito de concusión.

Perfeccionado el ciclo instructivo, el 17 de agosto de 2001 se decretó su cierre, y el siguiente 9 de octubre del mismo año se calificó el mérito probatorio del sumario con

resolución acusatoria en contra del doctor CARLOS HERNANDO MONTENEGRO URBANO, como autor del delito de prevaricato por acción; al tiempo que se precluyó a su favor la investigación, en lo pertinente al delito de concusión.

Los fundamentos de esta decisión fueron los siguientes:

1. Prevaricato por acción

Los delitos por los que estaba siendo investigado el ex alcalde Pedro Nel Herrera Puche, eran los de peculado por apropiación en cuantía superior a los 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes y violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y por tales infracciones se encontraba afectado con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin derecho a excarcelación.

De conformidad con lo regulado en los artículos 397 y 417 del Decreto 2700 de 1991, en los casos en que no fuera procedente la libertad provisional con fundamento en lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 415 ibídem, tal beneficio podría concederse siempre y cuando se reunieran los requisitos exigidos para la condena de ejecución condicional, como fue igualmente el criterio jurisprudencial.

En el aludido caso resultaba procedente tener en consideración lo dispuesto en el artículo 139 del entonces Código Penal, sobre circunstancias de atenuación punitiva para delitos contra la administración pública; además de que en el caso referido, el ex alcalde Herrera Puche hizo un reintegro parcial y sin indemnización de perjuicios. Se imponía, igualmente, tener en cuenta el incremento punitivo que correspondía hacer por tratarse de un concurso de delitos, en tanto que tal ilícito concurría con el de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, cuya pena mínima de prisión era de 4 años. Todo esto, implicaba que punitivamente no se daba el requisito

objetivo para otorgar la libertad provisional con fundamento en los requisitos del artículo 68 del Estatuto Sustantivo entonces vigente.

No se aceptó la tesis del ex Fiscal investigado y su defensor, en el sentido de que obró de buena fe y no culpablemente porque lo hizo determinado por un error de interpretación, toda vez que la exigencia de la indemnización de los perjuicios está expresamente señalada en la causal 8ª del artículo 415 de la Ley de Procedimiento que debía aplicar dicho funcionario, y “está separada por una coma”, por manera que “no es posible entonces afirmar que leyó toda la norma, y no la frase contenida en el mismo texto, que condiciona la libertad a cualquiera de esos supuestos, más la indemnización de perjuicios”.

Adicional a lo anterior, el Personero Municipal interpuso los recursos de reposición y apelación, puntualizando que no se cumplían los presupuestos de la norma para la libertad otorgada, pero el Fiscal no revisó su providencia, y por el contrario, rechazó la impugnación subsidiaria de la apelación incurriendo así en una incongruencia mayúscula, porque si el escrito le resultó suficiente para pronunciarse sobre lo primero, también debía servir de fundamento para que el superior conociera de tal decisión en segunda instancia.

Analizó a espacio las declaraciones de José Abdegano Aguirre Roldán, la abogada Aida Rosa Mora Rosas y el doctor Orlando Hidalgo, anterior defensor de Pedro Nel Herrera Puche, y concluyó que no obstante los descalificativos dados a D’croz, Aguirre Roldán y Aguirre Góngora, de ser mentirosos y tener por costumbre denigrar de los demás, en este caso las circunstancias demostradas documentalmente les otorgan la razón en los hechos denunciados en contra del doctor CARLOS HERNANDO MONTENEGRO URBANO.

Precisó que procedía reconocer a favor del procesado la buena conducta anterior, como circunstancia de menor punibilidad, y la posición distinguida en la sociedad en razón al cargo que ocupaba, como de mayor punibilidad.

1. Conclusión

Por existir duda probatoria en relación con la comisión de este delito, pues ni siquiera el propio Pedro Nel Herrera Puche refirió que el doctor CARLOS HERNANDO MONTENEGRO URBANO le hubiera solicitado dinero para otorgarle la libertad provisional, la Fiscalía precluyó la investigación por dicha infracción.

Contra la anterior decisión, el doctor CARLOS HERNANDO MONTENEGRO URBANO interpuso los recursos de reposición y apelación. Resuelto negativamente el primero, en proveído del 11 de febrero de 2002 recibió confirmación de una Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

La etapa del juicio se surtió en la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pasto.

SENTENCIA CONDENATORIA:

Habiendo comenzado por hacer una completa y clara presentación de las circunstancias que rodearon la expedición de la resolución mediante la cual el ex Fiscal CARLOS HERNANDO MONTENEGRO URBANO le otorgó la libertad provisional al ex alcalde de El Charco, Pedro Nel Herrera Puche, analizó el Tribunal el contenido de la denuncia formulada por Norman D'croz, sin dejar de lado las críticas que sobre la idoneidad moral de dicho ciudadano formuló el procesado en cuanto a la enemistad que existía con aquél, y el hecho de que su proceder en este proceso no ha sido más que un acto de retaliación.

Aún así, y siendo que la prueba testimonial no es la única fuente que permite establecer la comisión del delito de prevaricato por acción, el fallador A Quo, precisó que en este caso se cuenta con el hecho objetivo de que la resolución cuestionada no consultaba

las exigencias sustantivas y procesales para el otorgamiento de la libertad provisional, pues no solo el sindicato en dicho asunto no había cancelado el valor de los perjuicios, sino que además, la medida detentiva que pesaba en su contra lo era doblemente por los delitos de peculado por apropiación y violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la celebración de contratos.

Adicionalmente, el abogado Orlando Hidalgo, quien fungía diligentemente como defensor de Pedro Nel Herrera Puche había intentado previamente, sin éxito, la sustitución de la detención preventiva por domiciliaria. Sin embargo, “de manera inconsulta”, dicho profesional fue relevado de su cargo por la doctora Aida Mora Rosas, quien vía fax solicitó la libertad provisional del ex alcalde investigado, siéndole resuelta favorablemente al día siguiente de su recibo.

En el cuaderno de anexos aparece un telegrama con solicitud de libertad a favor de Pedro Nel Herrera Puche, “al parecer suscrita por la abogada Mora OBANDO”, cuando su apellido es Rosas, y aún así fue despachada favorablemente. También se aprecia fotocopia de fax con idéntica petición. No obstante dicha profesional declaró en el proceso negando que hubiera remitido memorial con tal contenido; que la consignación que el sindicato Herrera Puche hiciera de la suma de \$ 45'000.000 equivalente al valor de lo apropiado tenía como finalidad obtener el cambio de la medida de aseguramiento; además, que ella no pudo solicitar la libertad provisional porque su defendido nunca estuvo privado de la libertad porque la detención preventiva se le cambió por domiciliaria, y esa medida, según ella, permanecía vigente. Tales respuestas, a juicio del Tribunal solo podían explicarse desde dos perspectivas: estaba apoyando la posición asumida por el Fiscal, o carecía de la preparación suficiente para asumir la defensa en dicho asunto, dado el error conceptual en que incurrió al sostener que no podía pretender libertad condicional por encontrarse en detención domiciliaria, cuando ello precisamente supone la vigencia de la detención preventiva y la vigencia de la orden de captura.

A partir de dicho análisis, concluye que los testigos de cargo fueron veraces en sostener que el cambio de abogado solo sirvió para obtener la libertad, en la medida en que la citada profesional serviría de “puente entre el procesado y la fiscalía”; y que esa situación se dio por sugerencia del funcionario investigado.

Evidentemente, la resolución del 16 de diciembre de 1998, por medio de la cual el Fiscal acusado otorgó ilegalmente la libertad a Pedro Nel Herrera Puche, es en su contenido manifiestamente contrario a la ley. La plena conciencia que el funcionario tenía de esa ilicitud se advierte cuando de su contexto emergen afirmaciones tendientes a superar las eventuales consecuencias de su proceder, pues no de otra manera podría comprenderse la expresión allí expuesta en el sentido de que debía quedar “muy en claro para evitar suspicacias malévolas o comentarios poco ortodoxos que la majestad de la justicia no puede quedar en entredicho cuando sindicados como el ex alcalde de El Charco PEDRO NEL HERRERA PUCHE decide tomar partido por una causal de excarcelación, bajo el postulado de REINTEGRAR LO APROPIADO como efectivamente ha ocurrido bajo los parámetros de la providencia que lo cubre por imposición de la medida de aseguramiento. La medida no sufre revocatoria, ni es sustituida, simplemente la variante que aparece apunta a alcanzar el derecho a la libertad provisional, la que será despachada en forma favorable”.

Y no obstante que el Personero Municipal de El Charco interpuso los recursos de reposición y apelación, enfatizando que si en gracia de discusión procediera la excarcelación concedida, estaba condicionada, además, al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción, el Fiscal acusado resolvió negativamente la impugnación horizontal ocupándose de analizar el término “reintegrar”, y desconociendo que son las disposiciones legales las que gobiernan ese particular, al referirse a los perjuicios se limitó a sostener que la determinación adoptada por su antecesor imponiendo medida de aseguramiento no dijo nada al respecto, por no haber sido tema de la misma. Y aunque la sustentación del recurrente resultó suficiente para pronunciarse sobre la reposición, no

concedió el recurso de apelación con el argumento de que los argumentos expuestas eran una “apariencia de sustentación”.

Aún así, y pese a que el Personero insistió en su protesta recordándole la inviabilidad de aplicar en ese caso el artículo 415. 8 del entonces vigente Código de Procedimiento Penal, en esta oportunidad por la vía equivocada al interponer recurso de reposición, no se emitió ningún pronunciamiento.

Tampoco puede entenderse como un simple olvido la omisión en que incurrió la decisión referida en el sentido de mencionar que el delito de peculado que se imputaba a Herrera Puche, concursaba con otro que no era excarcelable, pues se hizo expresa referencia a que la libertad concedida se hacía con “apego fiel a las constancias procesales”, o que se trata de “de un delito contra la administración pública deducidos en concurso”.

Consideró también el fallador A Quo la amplia trayectoria que como litigante y fiscal delegado ante varios juzgados del Circuito tenía para ese momento el funcionario investigado.

Por las mismas razones, no encontró aceptable la tesis de la defensa relativa al error de interpretación de las normas reguladoras de la situación, a efectos de consolidar una causal excluyente de responsabilidad, pues las circunstancias que rodearon la expedición de la mencionada resolución denotan que el yerro no fue invencible, como quiera que el doctor CARLOS HERNANDO MONTENEGRO URBANO estuvo en condiciones de salir de su supuesto equívoco, como claramente se puede colegir de la postura asumida por el Personero Municipal, quien “casi implorándole”, le advertía que la libertad concedida no era procedente. Bastaba simplemente una lectura de las disposiciones pertinentes.

La comisión del delito con todos sus elementos y la responsabilidad del sindicado se

encuentra, pues, demostrada en grado de certeza.

A la hora de individualizar la pena, precisó el Tribunal que en este caso era procedente aplicar por favorabilidad la pena establecida en el artículo 149 del Decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 28 de la Ley 190 de 1995, vigente para la fecha de la comisión del delito, pues confrontado con la sanción prevista en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, resulta de mayor beneficio en lo que concierne a la pena de multa y a la interdicción de derechos y funciones públicas. En cuanto al sistema para la determinación de la sanción a imponer, consideró también de mayor beneficio el regulado en la legislación anterior, porque de acudir al de la Ley 599 de 2000 tendría que partir del primer cuarto medio.

Aclaró también, que encontraba adecuado partir del mínimo previsto en la ley (3 años) por concurrir la circunstancia genérica de atenuación de la buena conducta anterior, los cuales incrementó en dos meses por presentarse también el agravante genérico de la posición distinguida del sentenciado en la sociedad, dejándola definitivamente en 38 meses de prisión.

Explicó que si bien en la resolución acusatoria se dedujo “sin motivación alguna” la entonces causal genérica de agravación y la Fiscalía de segunda instancia no hizo alusión a ella y tampoco la Fiscal instructora la ratificó en la audiencia pública, un análisis de su contenido y alcances, según el desarrollo dado a dicha temática en la jurisprudencia le permitió concluir que en el presente evento sí era procedente aplicarla cuando tal posición se tiene en el lugar donde el funcionario desarrolló sus funciones y en ejercicio de ellas cometió el delito. En este caso, dijo:

“Resulta incuestionable que en la población de El Charco (N.) la calidad de Fiscal Seccional es de las más prominentes; de las más distinguidas, al punto que el funcionario debe ser un modelo de comportamiento; la situación es tan palpable que la ciudadanía

estaba pendiente de las determinaciones que en ese despacho se adoptaban, al extremo de que fueron algunos de ellos quienes pusieron en conocimiento de la justicia, entre otras, las irregularidades que se estaban presentando”.

Bajo los mismos criterios expuestos, tasó en 53 salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena de multa y por igual tiempo de la pena de prisión fijó la interdicción de derechos y funciones públicas.

En atención al monto de la pena restrictiva de la libertad, negó la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia, pero le sustituyó al sentenciado la prisión en establecimiento carcelario, por domiciliaria, por encontrar reunidos los aspectos objetivo y subjetivos exigidos para su concesión.

No se accedió a la petición de la Fiscalía de imponerle al doctor CARLOS HERNANDO MONTENEGRO URBANO la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la profesión de abogado por no existir directa relación entre el ejercicio profesional y la conducta prevaricadora por la que se le condenó.

LOS RECURSOS:

1. El procesado

Sobre dos aspectos fundamentales encamina el doctor CARLOS HERMANDO MONTENEGRO URBANO la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primer grado. Una apunta a señalar que la decisión se afianza en testimonios “parciales, mendaces e infames, producto de la venganza y/o con el texto mismo de las resoluciones dictadas”. La otra, porque, en su criterio se dio por demostrado, sin estarlo que su conducta fue premeditadamente dirigida a hacer

prevalecer su capricho por encima de la ley.

No apreció el Tribunal las pruebas que demeritan los “amañados” testimonios de Norman D’croz y las versiones de oídas de José Alejandro Aguirre y Carlos Alberto Aguirre, es decir omitió cualquier consideración a las que se llevaron al proceso para respaldar las explicaciones vertidas en la indagatoria, como ocurrió con los testimonios del Fiscal Sergio Quiñonez Rodríguez, y el técnico judicial Arnulfo Miguel Bravo Alava, quienes afirmaron que nunca observaron en él conductas que implicaran corrupción.

Si bien es cierto que se equivocó de buena fe al otorgar la mencionada libertad provisional al ex alcalde de El Charco, no puede condenársele bajo criterios personales, pasionales y parcializados frente a lo que realmente se acreditó con las pruebas.

En el mismo sentido, considera ilegalmente aportado al proceso el testimonio del doctor Orlando Hidalgo y desacertado el mérito que el Tribunal le otorgó por encima de la versión de la abogada que lo reemplazó. Lo primero porque fue allegado de espaldas al investigado y con desconocimiento del derecho de contradicción.

En cuanto a lo segundo, se tiene que dicha declaración resulta incoherente frente al memorial mediante el cual pretendía la sustitución de la medida de aseguramiento. Por eso no se puede analizar descontextualizadamente lo expuesto en la resolución del 14 de noviembre de 1998, en cuanto dijo que tal decisión se dictaba con apego y fidelidad a las constancias procesales, puesto que lo único que se quiso significar con ello, es que había

“leído y releído” las determinaciones de fondo, concretamente, la emitida por su antecesor imponiendo medida de aseguramiento, lo mismo que la proferida en segunda instancia.

Además, el 5 de octubre de 1999, dicho profesional estuvo en el municipio presentando un poder de otro alcalde y no mostró ninguna inconformidad “en relación con el cuento inventado de los testigos” atinente a que el cambio de abogado fue sugerido por él, como Fiscal.

En este sentido, y en punto del criterio interpretativo con base en el cual incurrió en el error cuyo reconocimiento ha alegado durante todo el proceso, recuerda que en resolución del 21 de enero de 1999 cuando la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Pasto, desató el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el proveído que negó la revocatoria y la sustitución de la medida de aseguramiento, afirmó que el reintegro efectuado por el ex alcalde Herrera Puche beneficiaba al ingeniero Caicedo Guzmán y por esa razón, dicho procesado tenía derecho a la libertad provisional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 415.8 del Código de Procedimiento Penal. En tales condiciones, considera que dicho funcionario también habría incurrido en el delito por el que él fue acusado; pues de lo contrario no entiende por qué a él si se lo investigó mientras que no se hizo lo mismo con el funcionario de segunda instancia.

De todas maneras, considera que no incurrió en el delito de prevaricato porque el reintegro disminuye la pena fijada para el delito de peculado, y bajo esas circunstancias sí procedía la libertad provisional. Además, en el referido caso se impuso una sola medida de aseguramiento, siendo su criterio al respecto que “cuando desaparece la medida que implique privación de la libertad, ya tiene definida su situación frente a los otros ilícitos y por consiguiente recupera su derecho a la locomoción así sea restringido”. Así lo entendió en su momento, y así los aplicó en la decisión que se califica de prevaricadora.

Fue, pues, una desafortunada interpretación de normas que no ofrecen claridad y que por el contrario son contradictorias, ya que mientras la ley sustantiva sólo exige el reintegro, la procesal requiere además la indemnización de los perjuicios.

Vuelve sobre el contenido de los testimonios rendidos en este proceso, para afirmar que el contenido de los vertidos por José Abdegano Aguirre y Carlos Alberto Aguirre, están “neutralizados” con las versiones juradas de la abogada Aida Mora Rosas, Pedro Everth Narvaez Cortés y Aristóbulo Oliveros Archer.

No le parece afortunada la expresión usada por el fallador, en el sentido de que la abogada mencionada sirvió de “puente” con el Fiscal porque existen otras circunstancias que desdibujan esa idea. Tampoco le resulta correcto poner en tela de juicio su capacidad para atender asuntos penales, ni la autoría de dicha profesional con respecto al memorial que pidió la libertad, pues, si el investigador de este proceso tenía dudas al respecto, debió investigarlas.

De todas maneras, destaca que la abogada explicó las razones de su contratación, pero el fallador la distorsionó haciéndola decir lo que no expresó, apartándose así de las reglas de la sana crítica, pues nadie insinuaría siquiera a otra persona si no se ha tratado con ella. Es por el contrario, factible que simulándose influencias se reciban o se hagan dar o prometer para sí mismo o un tercero dinero o dádiva, y eso sí pudo ocurrir en este caso con el investigado Herrera Puche, y por eso el calificativo dado al Fiscal por Oliveros Archer, de que “es un perro”.

No consideró el sentenciador que el testimonio de Pedro Everth Narvaez Cortés, puso al descubierto la personalidad de Norman D´cros. Este ciudadano los calificó a él y a los otros dos testigos de cargo, como los personajes malos que manchan el buen nombre de quienes no se presentan a sus propuestas corruptas. Además, afirmó que el desempeño del doctor MONTENEGRO como fiscal de El Charco, fue “recto y transparente”.

Aristóbulo Oliveros Archer, por su parte, también sostuvo que Abdegano Aguirre y Norman D'cros desacreditan a todos los jueces y fiscales que no se ponen de su parte en la comisión de sus ilicitudes.

También se demostró con la declaración de José Antonio Góngora Valencia que fue Norman D'cros el autor del comentario según el cual, él como Fiscal había recibido dinero a cambio de conceder la libertad al ex alcalde, y aunque, en este proceso lo negó, lo cierto es que pasados unos meses de generada esa situación, fue el mismo personaje quien decidió formular la denuncia penal en su contra, "hablando de varios hechos investigados, por la vía penal y disciplinaria, encontrándose en los autos varias Resoluciones inhibitorias. Estas documentales no han sido estudiadas en el fondo mismo de cada uno de los acontecimientos que entonces se denunciaron".

Hace un minucioso recuento de las circunstancias que rodearon su traslado como Fiscal al municipio de El Charco, enfatizando que en todo ello hubo algo oscuro, una persecución en su contra a instancias del entonces Director Seccional de Fiscalías, de quien teme, pudo incluso incidir en la instrucción de este proceso para perjudicarlo. Además, y a pesar de que cursaron varias investigaciones penales y disciplinarias en su contra por el ejercicio de sus funciones como Fiscal, de todas salió bien librado. Eso no fue valorado.

De la misma manera, considera que aparte de los desaciertos destacados en la apreciación de la prueba, fue juzgado en un juicio carente de imparcialidad, toda vez que los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión debieron separarse del conocimiento del asunto por cuanto ya habían emitido concepto al respecto al conocer de una acción de tutela fallada el 5 de abril de 2001. Igualmente, tuvo conocimiento de que el propio ponente llamó telefónicamente al Fiscal Hugo Mármol para solicitarle que pidiera el aplazamiento de la audiencia pública, mientras la titular regresaba de vacaciones. Pero contrariamente, a idéntica petición del Ministerio Público se le

respondió que
no.

De igual manera, dos hijos de los Magistrados integrantes de la Sala se encuentran vinculados a la Fiscalía gracias a la gestión del entonces Director Seccional.

Insiste de nuevo, en que incurrió de buena fe en un error de interpretación, y que además, la prueba acopiada en este asunto permite reconocer la duda a su favor en cuanto tiene que ver con el dolo exigido para la tipificación del delito. En suma, no se demostró en grado de certeza la arbitrariedad o la ilegalidad contenida en la decisión dictada otorgándole libertad provisional al ex alcalde de El Charco.

Refiere también varios apartes de la resolución acusatoria para demostrar que en dicho proveído se tergiversaron los testimonios, y se hicieron conclusiones que no se ajustan a los hechos de este asunto, pues mal podría actuar de manera premeditada cuando recién había asumido el cargo en dicha población, la decisión se tomó el 16 de diciembre, previo al inicio de las vacaciones, únicamente con el ánimo de dejar el despacho al día. Tampoco podía exigírsele que designara un perito para la tasación de los perjuicios, porque incluso el monto del valor de lo apropiado fue inferido por el Fiscal que lo antecedió en el cargo, y menos que defiriera la decisión hasta que se efectuara su cálculo porque la ley exige que las peticiones de libertad deben resolverse en tres días.

Por último, agrega que en el fallo:

“...se da por establecida una circunstancia genérica de agravación, al tenor de lo dispuesto en el artículo 66, numeral 11 del código penal anterior. Al tiempo también se reconoce la atenuación punitiva establecida en el artículo 64, numeral 1º ibídem, como también que existió la establecida en el numeral 4º por la influencia de apremiantes circunstancias personales en la producción del hecho, por las explicaciones que se dan

en esta instancia con aportación de pruebas, en cuyos eventos se deben aplicar los mínimos o los máximos, sin que sea dable desconocer el derecho a velar por la manutención de mi familia en ejercicio del de mi profesión o que se niegue el derecho a la condena de ejecución condicional, sin que sea necesario, en caso de no aceptar mi (sic) alegaciones de defensa, a permanecer en prisión domiciliaria”.

Concluye, por tanto, que no le es aplicable el artículo 60 de la Ley 599 de 2000, porque se vulnera el principio de favorabilidad que invoca la sentencia, “pero termina desconociéndolo”.

Solicita, además, que se decreten y tengan como pruebas las siguientes copias:

- * Resolución de trasalado DSAF- 2391 del 15 de octubre de 1998.

- * Escrito dirigido al entonces Director Seccional de Nariño- Putumayo.

- * Respuesta enviada por el Director de la Seccional referida.

- * Oficio OPER -0888 del 5 de noviembre de 2002, del actual Director Administrativo y Financiero de la Fiscalía General de la Nación “que expide documentos relacionados con las constancias del tiempo de trabajo del aludido Director; de los funcionarios de la Fiscalía Seccional Señor EDGAR INVÁN MONTENEGRO SARASTY, Auxiliar Judicial, hijo del Magistrado Ponente en este asunto; PAULA VANESSA URBANO OVIEDO, Fiscal Local e hija de la Magistrada GLORIA OVIEDO ZAMBRANO; las respectivas actas de posesión, los Actos Administrativos de Nombramientos de los citados funcionarios. Para acceder a esos cargos, los postuló el Director de esa época, quien guarda una amistad muy cercana con los Magistrados de la Sala que dictó la sentencia de primer grado”.

* Que se oficie a la Fiscalía General de la Nación, Despacho del Director Nacional de Fiscalías copia del escrito fechado el 23 de octubre de 1998 que envió al entonces Fiscal General de la Nación, Dr. Alfonso Gómez Méndez, poniéndole en conocimiento la persecución de la que era víctima por el citado Director Seccional de Fiscalías.

Con lo anterior, dice, pretende demostrar la ausencia de dolo y que la investigación no fue exhaustiva.

1. Fiscalía General de la Nación

La Fiscal Sexta Delegada ante el Tribunal Superior de Pasto concretó su inconformidad frente a la sentencia recurrida en el monto de la pena impuesta al sentenciado, pues si bien comparte el criterio según el cual el sistema de dosificación de la legislación anterior resulta más benéfico que el de la Ley 599 de 2000, no considera que en este caso fuera viable partir del mínimo de 3 años de prisión previsto como pena para ese delito en la Ley, e incrementar ese guarismo en dos meses por la buena conducta anterior.

El Tribunal equiparó las dos circunstancias, sin dar ninguna explicación al respecto, cuando la causal de agravación no se puede equiparar a la de atenuación. Cada una debió valorarse en su peso específico.

Explica que si bien resultaba correcto ponderar para efectos punitivos la buena conducta anterior, “esta condición era pre requisito, necesaria, imprescindible, sine qua non –si se quiere-, no solo para ocupar el cargo en la rama jurisdiccional, pues si no tenía buena conducta antes y al momento de su designación, no hubiera sido nombrado”.

“Si el doctor MONTENEGRO URBANO debía tener esa condición para ser Fiscal, no suena justo que el abuso de la posición de preponderancia, de importancia, de relevancia

social que el cargo de Fiscal le dio, al menos en el pueblo donde trabajaba, se equiparen para efectos de la sanción”.

“En síntesis: la diferencia está en que en tanto que la buena conducta anterior debía tenerla, la trascendencia por ser Fiscal Seccional de El Charco, la adquirió en función de esa posición y en el lugar donde desempeñaba sus funciones y ello significa una más grande defraudación de las responsabilidades contraídas y en consecuencia una mayor sanción penal”.

Tampoco comparte, que no se le hubiera impuesto al acusado, la sanción accesoria de la suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado, aduciendo que tal circunstancia no tenía relación con el delito cometido.

En su criterio, la naturaleza de la ilicitud investigada supone el conocimiento de la ley y el derecho, y por ello, para la Fiscalía “la relación con la profesión de abogado es más nítida, más pura, más decantada que en cualquiera otra de las profesiones que ocupe un servidor público con capacidad de ‘emitir resolución o dictamen’”.

En este caso, como se demostró en la investigación, el doctor MONTENEGRO URBANO se valió de sus conocimientos jurídicos para la comisión del delito, y por eso fue que comenzó requiriendo el cambio de defensor “para poder ayudar”; después “suplió” la falta de conocimientos de la abogada “en el campo del proceso penal en sus decisiones”, y por último concedió una libertad que no procedía, y para garantizar de alguna manera que tal determinación no tuviera controversia, negó el recurso de apelación interpuesto por el Personero Municipal, aduciendo que la motivación era apenas aparente, no obstante que con el mismo alegato resolvió oficiosamente la reposición.

No tiene pues, mayor asidero el argumento dado por la Sala para no suspender al sentenciado en el ejercicio de la profesión de abogado, como sanción accesoria.

CONSIDERACIONES:

1. Siendo competente la Sala para pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia proferida por un Tribunal Superior de Distrito Judicial (art. 75.3, Ley 600 de 2000), procede ahora a desatar el que en este caso han propuesto el sentenciado y la Fiscalía, debiéndose en todo caso precisar que el estudio estará limitado al objeto de la impugnación y a los aspectos inescindiblemente ligados a ella.
2. En el presente asunto se profirió en primera instancia sentencia condenatoria en contra del ex Fiscal CARLOS HERNANDO MONTENEGRO URBANO, por haberle otorgado, sin ser procedente, libertad provisional a Pedro Nel Herrera Puche, ex alcalde del municipio de El Charco, quien estaba siendo investigado por el despacho a cargo del citado funcionario, por los delitos de peculado por apropiación, agravado por la cuantía, violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales.

Para la época de su comisión, el delito objeto de la condena se encontraba descrito y sancionado por el artículo 149 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 28 de la Ley 190 de 1995, 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.”

Se trata, pues, de un delito que exige sujeto activo cualificado, es decir, que en él solo podría incurrir a título de autor, quien ostente la condición de servidor público, cuando la decisión o concepto emitido en ejercicio de sus funciones o cargo contraría abierta y

groseramente los mandatos constitucionales y legales a cuyo cumplimiento no solo se compromete con la posesión del cargo, sino que es una condición de legitimación del ejercicio de los diferentes poderes que el Estado desarrolla y encarna a través de sus servidores.

Los jueces, con mayor razón son los llamados a dinamizar el derecho en sus providencias a través no solo de la valoración de los supuestos fácticos a los que aplican la ley, sino a la interpretación que racional y razonablemente impone su contenido y alcances en relación con la situación que en concreto se pretende regular con miras a la solución de los conflictos que suelen suscitarse en desarrollo de la vida en comunidad y de las relaciones de ésta con el Estado, que cuando se precia de social y de derecho, es claro, que el monopolio de la fuerza y la solución de los conflictos debe darse mediante instancias previamente definidas para ello y con arreglo a la constitución y la ley, con respeto de los derechos y garantías debidas a los ciudadanos y dentro de los marcos de justicia y equidad que la comunidad espera.

El artículo 228 de la Carta Política, expresamente señala que la administración de justicia es “función pública”, eso quiere decir que esa actividad hace parte del conjunto de tareas que le compete cumplir al Estado a través de sus diferentes órganos en orden a la consecución de sus fines y los de la comunidad. Asimismo, el artículo 152 ibídem preceptuó que debía estar regulada mediante ley estatutaria, razón por la cual el congreso colombiano expidió la Ley 270 de 1996, la cual define la administración de justicia así:

“La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas con el fin de realizar la convivencia social y lograr mantener la concordia nacional”.

Eso quiere decir, como lo sostuvo la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de dicha preceptiva, que “para el logro de esos cometidos, no sobra aclararlo, resulta indispensable la colaboración y la confianza de los particulares en sus instituciones y, por lo mismo la demostración de parte de éstas, de que pueden estar a la altura de su grave compromiso con la sociedad. Así en lo que atañe a la administración de justicia cada vez más se reclama con ahínco una justicia seria, eficiente y eficaz en que el juez abandone su papel estático, como simple observador y mediador dentro del tráfico jurídico, y se convierta en un partícipe más de las relaciones diarias, de forma tal que los fallos no solo sean debidamente sustentados desde una perspectiva jurídica, sino que, además, respondan a un conocimiento de las situaciones que les corresponde resolver”.

Por idénticas razones, no puede desconocerse que si bien las decisiones de los funcionarios judiciales deben ser independientes y autónomas, eso no conlleva a desconocer que como lo manda el artículo 230 de la Carta, no se sujeten a los dictados de la Constitución y a la ley.

Siendo, pues, el anterior el bien jurídico que se pretende proteger con la sanción de comportamientos que desdican y maltrechan el buen nombre que está obligada a mantener y comprobar la administración de justicia, corresponde puntualizar, si en el caso concreto la conducta desplegada por el ex Fiscal CARLOS EDUARDO MONTENEGRO URBANO, cuya concreción se advierte en la resolución mediante la cual otorgó libertad provisional al ex alcalde del Municipio de El Charco, es manifiestamente contraria a la Ley, y si con ella se incurrió en forma consciente y voluntaria, es decir, con dolo.

3. En efecto, el funcionario sentenciado ha pretendido descalificar el fallo de primer grado afirmando que se sustentó en declaraciones malintencionadas, vengativas y mendaces, esto es las de Norman D’croz, el denunciante y las de Alejandro Aguirre y Carlos Alberto Aguirre, de quienes se afirmó en el proceso, por parte de otras personas, como la de

Everth Narvaez Cortés y Aristóbulo Oliveros Archer, se dedican a dañar el buen nombre de quienes no se prestan a sus propuestas corruptas. Tampoco se analizaron las declaraciones de Sergio Quiñonez Rodríguez y Arnulfo Miguel Bravo Alava, funcionarios de la Fiscalía que dieron cuenta de que en su comportamiento como Fiscal no observaron conductas que indicaran corrupción. Lo mismo ocurrió con la de José Antonio Góngora Valencia, con la cual se demuestra que fue Norman D'croz el autor del comentario de que el Fiscal MONTENEGRO URBANO había recibido dinero por concederle la libertad a Pedro Nel Herrera Puche.

En tales condiciones, debe precisarse que si bien no es abundante el fallo de primer grado en el cotejo de la prueba testimonial aportada al proceso, la razón que explica las omisiones de que se queja el apelante, se revelan en el contexto del análisis efectuado en torno a las circunstancias que antecedieron y precedieron la expedición de la resolución del 16 de diciembre de 1996, mediante la cual el ex Fiscal investigado otorgó la cuestionada libertad provisional al ex alcalde de El Charco, Pedro Nel Herrera Puche.

Tal apreciación permite concluir que no fueron realmente omitidas las declaraciones de quienes, respaldando la postura defensiva del investigado, concurrieron a este proceso afirmando bajo juramento que el denunciante y al igual que los señores Aguirre son personas conflictivas y de malas intenciones, o que tengan interés de perjudicarlo, pues reconoció que no obstante esos calificativos, lo que han manifestado en relación con los hechos que importan a esta investigación encontraron comprobación con otros medios de prueba.

Esa apreciación probatoria, no constituye en modo alguno las omisiones que destaca el apelante, y mucho menos desconocimiento de las reglas de la sana crítica.

Obsérvese, entonces, que la investigación procuró, y de hecho fue exhaustiva en

averiguar todas las circunstancias denunciadas por Norman D'croz, pudiéndose establecer todas las que antecedieron a la expedición de la resolución cuestionada. La imparcialidad del instructor en la búsqueda de la prueba se ve reflejada en la decisión emitida en relación con la imputación que surgió en el curso de esta pesquisa sobre el delito de concusión en el que posiblemente habría incurrido el ex Fiscal investigado, pues se afirmó por los testigos que ahora tacha de mendaces, que él habría recibido \$ 17'000.000 como contraprestación a la libertad ilegalmente concedida. Por ello, aunque trató de establecerse ese hecho en concreto, no fue posible encontrar prueba medianamente sólida que permitiera siquiera afectarlo con medida de aseguramiento, y menos de acusarlo, razón por la cual en el proveído calificadorio se precluyó la investigación a su favor por dicha infracción.

No obstante lo anterior, tal como lo sostuvo el Tribunal en la decisión de primer grado, independientemente de las condiciones morales de los testigos reprochados, en lo que concierne a la demostración del delito de prevaricato, y desde luego, el dolo requerido para su comisión, las referencias dadas por aquellos terminaron encontrando corroboración en la actuación que se aprecia en dicho expediente, lo mismo que en el cotejo apreciativo del acervo probatorio en conjunto. Eso, también se colige de las declaraciones vertidas en este asunto por los abogados Orlando Hidalgo y Aida Mora Rosas.

Confrontado el contenido de las declaraciones cuya importancia demostrativa echa de menos el apelante, importa resaltar que la declaración del Técnico Judicial de la Fiscalía Cuarenta y Ocho Seccional de El Charco, para la época de los hechos, esto es, Arnulfo Miguel Braco Alava, no aporta datos con incidencia en el objeto de la investigación, pues afirmó que trabajó como subalterno del doctor CARLOS HERNANDO MONTENEGRO URBANO un período muy corto, es decir, entre noviembre de 1998 y febrero de 1999.

De las condiciones morales de los testigos Norman D'croz Torres, José Abdegano Aguirre y Carlos Alberto Aguirre, se remitió a decir que su contacto con ellos fue ocasional, y que

su trato con los mismos era de conocidos, al punto que al ser interrogado sobre el concepto que le merecían, respondió que “eran personas comunes y corrientes de la localidad, dedicados a sus actividades comerciales como es la del restaurante los dos últimos nombrados, y del otro señor NORMAN D’CROZ, según su decir, era técnico de plantas eléctricas” (f. 884. C.O 3).

A su turno, el doctor Sergio Diógenes Quiñones Rodríguez, sostuvo en la declaración rendida en este proceso, que las personas mencionadas interferían mucho en los asuntos que tenían que ver con la administración pública. En relación con Abdegano Aguirre refirió que era objeto de comentarios generalizados de que era consumidor de droga, pero que a él no le constaba nada al respecto. Con Norman D’croz tuvo un trato esporádico, y Alberto Aguirre, le pareció “una persona correcta, buenas costumbres personales, familiares y morales”(f. 903, C.O. 903)..

Sobre el doctor MONTENEGRO URBANO, sostuvo que le constaba que no había incurrido en actos de corrupción de su parte y que, “sí se vivía por aquella época un clima pesado, tenso, incómodo, respecto de las actuaciones del doctor MONTENEGRO y ese ambiente lo generaba concretamente don JOSÉ ABDEGANO AGUIRRE, CARLOS ALBERTO AGUIRRE, NORMAN D’CROZ TORRES entre otros..” (f. 902, ibídem).

Esta declaración en particular resulta ambigua, pues el testigo se debate en la incertidumbre de respaldar la causa de su compañero de trabajo en cuanto a que era perseguido y acosado por las actuaciones entrometidas de las tres personas mencionadas. Entonces, para esos efectos así las califica, pero para emitir su concepto personal aduce un trato más bien lejano, aunque se decide a definir las cualidades de Carlos Alberto Aguirre.

Adicionalmente, no puede perderse de vista, que el hecho de que tales deponentes hubieran afirmado que no les consta que el doctor MONTENEGRO URBANO desarrollara

conductas propias de corrupción en el ejercicio del cargo, no tienen la capacidad de desvirtuar por sí solas la materialidad de la infracción y mucho menos el dolo prevaricador, pues en este sentido razón le asiste al Tribunal al sostener que independientemente de que se admita que el denunciante y los testigos Aguirre fuesen personas de tendencia conflictiva y entrometida en el desarrollo de las labores de la Fiscalía, lo cierto es que la manifiesta ilegalidad de la providencia habla por sí sola, como se expondrá más adelante con detenimiento.

De la misma manera, es cierto que las versiones juradas de Pedro Everth Narvaez Cortés y Aristóbulo Oliveros Archer, dieron cuenta de la capacidad difamadora del denunciante Norman D'Croz y los señores Aguirre, padre e hijo. Sin embargo, el primero sólo manifestó lo que conocía a partir de los comentarios de la gente sobre la reputación de dichas personas, pues dijo conocerlos únicamente de vista. El segundo, dijo que iba desde Pasto a El Charco en forma esporádica, por manera que el conocimiento que tenía de los hechos era apenas lo que se rumoraba en el pueblo. No obstante, aseguró que en conversación sostenida con Abdegano Aguirre, éste le comentó que “él le había dicho al Fiscal que hiciera una ayuda con el señor PEDRO NEL HERRERA, y efectivamente yo charlé con el Fiscal y le dije que había tal comentario, y le informé que no se fuera a meter en ese lío porque él era una justicia que tenía que impartir y no se parcializara. Porque en El Charco el señor PEDRO NEL HERRERA no alcanza a hacerle un favor a alguien y todo el mundo lo sabe, habla muy mal de todo el mundo y según él a todo el mundo compra, luego con la personalidad que en poco tiempo le conocí al señor Fiscal me parece absurdo cualquier comentario en contra del Dr. Montenegro ...”.

Obsérvese como esa evocación que desprevenidamente expuso el testigo sobre el comentario que le hizo Abdegano Aguirre de haberle pedido al doctor MONTENEGRO URBANO ayuda en relación con Pedro Nel Herrera en el proceso en el que fue excarcelado, contrariamente a lo que sostiene el apelante, corrobora en ese aspecto las circunstancias narradas por aquél en su declaración y robustece los razonamientos probatorios del

Tribunal en torno a las razones por las que se produjo el desplazamiento del doctor Orlando Hidalgo como defensor de Pedro Nel Herrera Puche, por la gestión adelantada por la doctora Aida Mora Rosas. Nótese al efecto, que del contexto de su declaración queda en claro que dicha persona desconocía los pormenores del proceso seguido en la Fiscalía Cuarenta y Ocho Seccional en contra del referido ex alcalde de El Charco, y sobre todo, los motivos e incluso el hecho mismo de que en una de las investigaciones iniciadas por su gestión al frente de la entidad municipal se le hubiera otorgado libertad. Por el contrario, desde su perspectiva cuestionó la labor de la Fiscalía atribuyéndole al constante traslado de los Fiscales, que no se hubiere podido hacer justicia en tales casos, pues a su modo de ver:

“...no se porque (sic) la justicia es tan tardada (sic) aquí en Colombia y a estas personas que hacen mal manejo a los dineros del Estado se los premia andando tranquila y llanamente por las calles, porque la misma justicia, sea cual fuere, tanto a nivel nacional, como departamental y municipal, no operan como deben operar” (f. 572, C.O. 2).

En relación con este testimonio, el recurrente descontextualiza el relato hecho sobre la expresión que según él, hiciera Abdegano Aguirre en el sentido de que el Fiscal, refiriéndose a él, “es un perro”, pues la razón no fue otra que haberse “salido del hotel y que hablado más de él (sic), más no me consta sino de acuerdo a la charla que él me informó, mientras que una vez charlaba con el señor Fiscal, le preguntaba yo porqué (sic) se había salido del hotel y me dijo que simplemente por seguridad...” (f. 570 íb.).

Ahora bien, en lo concerniente a la declaración del abogado Orlando Hidalgo Hidalgo, tampoco encuentra la Sala desacierto en la valoración que de su contenido hiciera la sentencia de primera instancia, y mucho menos, razón que justifique la afirmación sobre la vulneración al derecho de contradicción, pues en desarrollo de la

instrucción, la Fiscal encontró procedente escuchar su testimonio en aras de establecer la veracidad de las afirmaciones que en torno a las circunstancias de su desplazamiento como defensor de Pedro Nel Herrera Puche sostuvo bajo juramento Abdegano Aguirre. Por eso, en resolución del 21 de agosto de 2000 se dispuso escuchar bajo juramento a dicho profesional (F. 296B C. O. 1).

En cumplimiento de tal orden, el abogado Hidalgo Hidalgo compareció a declarar el 23 de agosto del mismo año, habiendo manifestado allí sobre el motivo de su relevo como defensor del ex alcalde Herrera Puche, que su cliente perdió la confianza en él y se “desmotivó por la suerte del asunto, dado que cada vez más se complicaba”. Por eso, creo que para primeros días del año 99, no estoy seguro” su defendido le manifestó que “había decidido otorgarle poder a la doctora AYDA MORA ROSAS, por la garantía que le daba de lograr la libertad en brevísimo tiempo; recuerdo que hasta acoté la imposibilidad de que sea en pocos días el resultado positivo, dado el estado en que quedaba el proceso” (f. 298 C.O.1).

Lo expuesto por este abogado evidentemente corrobora lo manifestado por Abdegano Aguirre sobre los motivos que dieron lugar a la designación de la doctora Aida Mora Rosas, como quiera que a pesar de que el primero venía ejerciendo como apoderado de Herrera Puche en varios de los asuntos que se tramitaban en su contra en la Fiscalía, su desplazamiento en tal condición en el asunto que dio lugar a este proceso, se hizo, como él lo afirma en su declaración, de manera “inconsulta”, toda vez que no medió de su parte memorial sustituyendo el poder, y la actuación de la aludida profesional se llevó a cabo únicamente para efectos de la solicitud de la libertad provisional que de inmediato le fue otorgada al aludido ex funcionario municipal y para respaldar la postura del Fiscal en todas las actuaciones tendientes a provocar su revocatoria.

En el mismo sentido, la afirmación del recurrente, atinente a que el 5 de octubre de

1999 el doctor Hidalgo Hidalgo estuvo en el municipio presentando un poder en un proceso contra otro Alcalde sin hacer ninguna manifestación de inconformidad sobre su cambio en el proceso de Herrera Puche ninguna contribución trae con miras a restarle verosimilitud a dicho testimonio. Por un lado, olvida que en la declaración rendida por éste, afirmó que a pesar de que los honorarios cancelados por el ex alcalde no compensaban su gestión profesional, no consideró necesario instaurar acciones por ese motivo, y mucho menos que se hubiera disgustado o molestado con la situación, pues al preguntársele si por ese hecho le pidió explicaciones a su cliente, o si éste espontáneamente se las dio contestó que: “En forma muy cordial, dijo que encontraba mejores garantías en la otra abogada, porque podría salir libre en muy pocos días. Creo que en ocho. Al punto que como ya dije antes, osado o imposible, pero como se trata del bienestar de mi cliente, no opté por reclamo alguno” (f. 298, C.O. 1). Igualmente, fue enfático y claro en sostener que en su ejercicio profesional los reparos que considera pertinente formular a las actuaciones judiciales los hace mediante memoriales, y que en este caso en particular desconoce la suerte del proceso después de que fue relevado como defensor de Pedro Nel Herrera Puche.

4. El otro argumento del recurrente consiste en que no puede atribuírsele responsabilidad penal por el delito de prevaricato porque actuó de buena fe, es decir, simplemente se equivocó en el criterio interpretativo de una disposición del Código Penal y otra del Código de Procedimiento Penal entonces vigente, que ofrecían dificultad por ser contradictorias.

En este sentido, oportuno resulta recordar, que sobre el contenido y alcance de este delito, la jurisprudencia de la Sala es profusa, pues para solo citar una, en fallo del 11 de marzo de 2003, reiterando el criterio ampliamente decantado sobre el tema, la Sala expuso lo siguiente:

“Cuando en ejercicio de la función de administrar justicia el juez interpreta la ley,

evaluando los elementos de juicio aportados al proceso y siguiendo su criterio, no puede configurarse quebrantamiento alguno del orden jurídico. Y, si dentro de esta función esencialmente dialéctica, sujeta a modificaciones producto, entre otros factores, de los cambios sociales y doctrinales, el funcionario se equivoca, no por ello incurre en prevaricato”

...

“La jurisprudencia de la Corte, a propósito del tema, ha sido copiosa en señalar que cuando se imputa a un funcionario el delito de prevaricato, no es necesario examinar si la interpretación dada por él a las normas que le sirvieron de sustento a sus proveídos fueron o no correctamente aplicadas desde el punto de vista de la certeza jurídica, pues lo que hay que indagar es si el funcionario emite providencias cuya ilegalidad es manifiesta, o si conculca arbitrariamente el derecho ajeno, o si mañosamente hace decir a la ley lo que ella no expresa; asimismo, que si el sentido literal de la norma y la específica finalidad de un texto legal no son suficientemente claros, mientras éste es complejo, o por su confusa redacción admite interpretaciones discordantes, no es posible hablar de un comportamiento manifiestamente ilegal; no basta una interpretación normativa diversa de la predominante para concluir que se está frente al delito; y no constituye prevaricato la interpretación desafortunada de las normas ni el desacierto de una determinación, pues el delito implica la existencia objetiva de un texto abiertamente opuesto a lo ordenado o autorizado por la ley.....” (Rad. 18.031, M.P., DR. Fernando Arboleda Ripoll).

Tales presupuestos, entonces, serán los que en el presente evento permitirán determinar si la decisión proferida el 16 de diciembre de 1998 es manifiestamente ilegal y si, no obstante ello, es admisible la tesis del doctor MONTENEGRO URBANO, de que se trató de una interpretación equivocada, en la que no tiene cabida un actuar doloso de atentar contra la administración de justicia.

En estas condiciones, el punto basilar a discutir en primer lugar es, si de acuerdo con la normatividad sustantiva y procesal vigente al momento de los hechos, era procedente la libertad provisional, en los términos en que fue concedida por el Fiscal investigado.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que se trataba de una investigación en contra de un funcionario público, sindicado de incurrir en los delitos de peculado por apropiación agravado, por razón de la cuantía, en concurso con el de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y contratos sin el lleno de los requisitos legales.

Para la época de los hechos, el delito de peculado, se encontraba sancionado en el artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, con prisión de 6 a 15 años, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas de 6 a 15 años; pero si el monto superaba el equivalente a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la pena se aumentaba hasta en la mitad.

El ilícito de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, descrito en el artículo 144 íbidem, con la modificación introducida por la Ley 57 de 1980, tenía señalada pena de prisión de 4 a 12 años y multa de 20 a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De la misma manera, el artículo 146 de la misma normatividad, también modificado por la Ley 57 de 1980, reprimía el punible de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales con prisión de 4 a 12 años y multa de 20 a 150 salarios mínimos legales mensuales.

Para el momento de la decisión que se ha calificado de prevaricadora, el ex alcalde investigado en dicho asunto se encontraba afectado con medida de aseguramiento

consistente en detención preventiva, pues la pena mínima de los ilícitos imputados así lo imponía, de conformidad con lo regulado en el artículo 397.2 y además, acorde con lo dispuesto en el artículo 417.4 del Decreto 2700 de 1991, entonces vigente, el delito de peculado por apropiación tenía expresamente prohibida la libertad provisional. No obstante, la medida no se estaba cumpliendo materialmente, por cuanto que no se había producido la captura de Pedro Nel Herrera Puche.

En tales condiciones, es claro que en dicho asunto no procedía la libertad provisional a favor de dicho sindicado, no sólo porque no se satisfacían todas las exigencias del numeral 8º del artículo 415 del Decreto 2700 de 1991 en relación con el delito de peculado, sino porque, atendiendo la pena señalada en la ley para los otros dos delitos concursantes, era imposible desde el punto de vista objetivo que se diera al menos uno de los requisitos plasmados en el artículo 68 del Código Penal para ser acreedor al subrogado de la condena de ejecución condicional.

La claridad de los preceptos citados no ofrece discusión y mucho menos la confusión que ha querido aducir a su favor el ex Fiscal MONTENEGRO URBANO. Es más, la comprensión de dicha norma por parte del investigado emerge del mismo texto de la providencia cuya contrariedad con la ley es manifiesta.

Al respecto, resulta oportuno destacar previamente que, no obstante que en la solicitud de libertad provisional elevada mediante telegrama por la doctora Aida Rosa Mora, hiciera alusión al artículo 415 y 439 numeral 7º (sic), en la resolución del 16 de diciembre de 1998, el doctor CARLOS HERNANDO MONTEGRO URBANO, entendió que como allí se hacía referencia a la consignación de los valores que según el CTI constituían el valor del ilícito, la causal que jurídicamente se adecuaba a dicho presupuesto fáctico no era la 7º, sino la 8ª, y expuso al respecto:

“Ciertamente que el numeral 8º del Art. 55 de la Ley 81 de 1993 introdujo modificaciones al

art. 415 del C. De Pro. Penal, el sindicado tendrá derecho a la excarcelación garantizada mediante CAUCIÓN PRENDARIA, entre otros casos, cuando se produzca el REINTEGRO DE LO APROPIADO siempre que se haga antes que se dicte sentencia de primera instancia. Advierte además esa causal, diametralmente diferente a la que invoca la defensa, pues en su escrito se indica que la causal encontrada para implorar libertad provisional es la del numeral 7º lo cual no corresponde a la legal, que se deben indemnizar los perjuicios causados, empero no contamos por el momento acreditado el perjuicio sufrido y se espera que en el curso de la investigación, quien tenga legitimación en causa para constituirse en PARTE CIVIL los pueda concretar” .

Aún así, esto es, conscientemente de que los presupuestos de la norma para el otorgamiento de la libertad provisional con base en dicha causal, prevista de manera exclusiva para los delitos de peculado, requería además del reintegro la indemnización de perjuicios, optó por relevar al sindicado del cumplimiento de la segunda obligación con el pretexto baladí de que no se encontraban estimados para ese momento, desconociendo igualmente que con tal infracción no solo concursaba la de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades como limitadamente lo han replicado la acusación y la sentencia de primer grado, sino que, conforme a la resolución de situación jurídica, también concurría el de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, punibles cuyos mínimos de pena, como se señaló atrás, es de 4 años de prisión, y a los que aplicados hipotéticamente las reglas del concurso de delitos, incluida la eventual rebaja de pena, que en caso de condena sería procedente por razón del reintegro, no arrojarían un estimado de sanción definitiva por debajo de los 3 años. Es decir, tampoco era viable la libertad provisional con fundamento en el numeral 1º del artículo 415 ibídem, como lo sostiene el sentenciado en el escrito de apelación.

Y si bien en el mismo desacierto incurrió el Fiscal Primero Delegado ante el Tribunal cuando conoció de la apelación de la resolución del 9 de noviembre de 1998, que negó la

revocatoria de la medida de aseguramiento al co procesado Carlos Alberto Caicedo Guzmán, pues en relación con el delito de peculado por apropiación concluyó que por favorabilidad correspondía otorgarle la libertad provisional, toda vez que el reintegro efectuado por Pedro Nel Herrera Puche, debía cobijarlo con los mismos efectos (f. 49, anexo 1); es lo cierto que dicho funcionario no descuidó el hecho de que a ese sindicado se le afectó con medida de aseguramiento, también por el ilícito de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Por eso, no obstante conceder la aludida excarcelación por el ilícito de peculado, la misma no se hizo efectiva, por cuanto, por la otra infracción se sustituyó la detención preventiva por la domiciliaria.

A diferencia de la decisión proferida por el doctor CARLOS HERNANDO MONTENEGRO URBANO, en tal determinación no se aprecia un ánimo doloso de proferir una decisión manifiestamente ilegal, no solo porque al no constituir objeto del recurso de apelación la decisión del 16 de diciembre de 1998, no estaba obligado el Fiscal a hacer un pronunciamiento de fondo al respecto, sino porque, la referencia a la misma denota falta de atención en la lectura de tal proveído, y en lo demás, la decisión se ajustó a la normatividad vigente.

A lo anterior, se suma que en interlocutorio del 22 de abril de 1999 (f. 97, anexo 1) al resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor de Carlos Alberto Caicedo Guzmán contra la resolución que le negó la libertad provisional, el mismo funcionario acotó que "...verificado el paginario y analizada la petición impetrada por la defensa, ella no puede prosperar, por cuanto se aparta de la normatividad adjetiva penal para su viabilidad, y si bien es verdad que equivocadamente la Fiscalía instructora le concedió la libertad al ex alcalde HERRERA PUCHE tal argumento no puede ser de recibo ..."

En tales condiciones, la Sala no encuentra elementos de juicio que impongan compulsar copias para que sea investigado por el delito de prevaricato el entonces Fiscal Primero

Delegado ante el Tribunal Superior de Pasto.

5. Continuando con los planteamientos del sentenciado MONTENEGRO URBANO, tampoco son de recibo los relacionados con la premura del tiempo para emitir tal determinación, alusivos a que acababa de ser trasladado al municipio de El Charco, y que, al día siguiente de emitida la decisión mediante la cual le otorgó libertad provisional al ex alcalde de El Charco, salía a disfrutar de su período de vacaciones.

Lo anterior, por cuanto, si a esas circunstancias atribuye lo que ha llamado desafortunada interpretación de normas confusas, ninguna explicación tiene entonces, que no obstante que a través del ejercicio de los recursos de reposición y apelación interpuestos por el Personero Municipal, se le hizo ver que la libertad otorgada no era procedente porque la causal invocada en relación con el delito de peculado por apropiación exigía el reintegro más la indemnización de los perjuicios causados y que el procesado estaba afectado con tal medida por otros delitos, tozudamente se empeñara en mantener a toda costa tal determinación, impidiendo el conocimiento del asunto por parte del superior, con el pretexto de que la sustentación lo era apenas en apariencia. Para entonces, además, el citado funcionario ya había disfrutado de sus vacaciones y se había reintegrado al cargo, como quiera que la determinación que se pronunció sobre la reposición y negó la apelación data del 1º de febrero de 1999.

Es más, con posterioridad a la resolución que se acaba de citar, de nuevo el Personero Municipal de El Charco le insistió al Fiscal la ilegalidad de la libertad provisional otorgada a Pedro Nel Herrera Puche, siendo de nuevo desoído, pues en determinación del 4 de mayo de 1999 tal intento fue de nuevo calificado de maniobra dilatoria, manteniéndose también el criterio de que la sustentación de los recursos interpuestos por dicho sujeto procesal, era aparente y no sustancial.

Ese proceder, que no es objeto de comentario alguno en la sustentación de la apelación,

deja sin piso cualquier intento por acreditar una circunstancia excluyente de responsabilidad, pues si se admitiera en gracia de discusión que cuando el ex Fiscal aquí sentenciado le otorgó la libertad provisional al ex alcalde de El Charco estaba incurso en error, tuvo de frente la oportunidad de salir de él y aún así persistió en mantener la ilegal decisión, en forma consciente y voluntaria.

Todos estos aspectos, aunados a las circunstancias que precedieron el proferimiento de la citada resolución, esto es, el desplazamiento que de manera intempestiva hiciera el procesado Herrera Puche del doctor Hidalgo Hidalgo, quien venía fungiendo como su defensor, al igual que las condiciones en que de inmediato fue solicitada la libertad provisional por parte de la abogada Aida Rosa Mora Rosas, no solo demuestran la veracidad de la prueba de cargo en el sentido de que fue a instancias del Fiscal que se produjo el cambio de defensor en dicho proceso, sino que fue también iniciativa suya la de elevar la solicitud en los términos en que se hizo, y de cuyo texto se advierte también la falta de manejo de la citada profesional en el área de lo penal, como quiera que el inadecuado uso de los términos técnicos, aparte del desconocimiento del estado en el que se encontraba la investigación No. 719.

Al respecto, debe destacarse que dicha profesional refirió vagamente que fue una familiar suya de nombre Carmen Alicia Rosas, quien la puso en contacto con Pedro Nel Herrera, por cuanto aquella era amiga de la segunda esposa del ex alcalde, precisando que inicialmente pactó \$ 5'000.000 por concepto de honorarios para asistirlo "a la indagatoria del 719" (f. 341, C.O.1), cuando evidentemente cuando ella hizo aparición en el proceso ese acto procesal ya estaba cumplido y resuelta y en firme la definición de situación jurídica. Al referirse al reintegro lo hace como la opción que encontró viable para sustituir la medida de aseguramiento por domiciliaria, pese a que la petición hecha en el proceso fue de libertad provisional, y aún así negó que hubiera elevado solicitud en tal sentido aduciendo que Herrera Puche nunca estuvo privado de la libertad por cuenta de esa investigación. Incluso negó tener conocimiento de que

efectivamente se le hubiera excarcelado, pese a estar acreditado que cuando el Personero de El Charco recurrió tal determinación, ella recorrió el traslado como no recurrente respaldando el criterio expuesto por el Fiscal para esa decisión.

El análisis expuesto en el fallo de primer grado sobre estos puntuales aspectos no resulta en modo alguno parcializado o alejado de las reglas de la sana crítica, como quiera que eso es lo que lógica y razonablemente se infiere en grado de certeza de la prueba recaudada en este asunto. No se olvide que, como se anotó en la sentencia recurrida, en relación con el proceso en comento el Fiscal investigado ya había tenido la oportunidad de ocuparse de su estudio en determinaciones anteriores a la de la libertad provisional, pues el 14 de noviembre de 1998 se había pronunciado sobre petición de revocatoria de la medida de aseguramiento y posteriormente, esto es, el 14 de diciembre del mismo mes y año, al resolver sobre los recursos de reposición y apelación interpuestos por el defensor de CARLOS ALBERTO CAICEDO GUZMÁN contra el proveído que negó la revocatoria de la medida de aseguramiento, de las cuales se desprende claramente que tenía en claro la naturaleza de cada uno de los delitos que en concurso, le fueron imputados a cada uno de los sindicados en la definición de situación jurídica.

Por último, las apreciaciones del recurrente sobre la supuesta persecución de la que afirma fue víctima por parte del entonces Director Seccional de Fiscalías al ordenar su traslado a El Charco no guardan relación con el tema objeto de la investigación y tampoco constituyeron soporte de su defensa a lo largo del proceso, por manera pues, que las pruebas que aporta en tal sentido no solo son extemporáneas sino inconducentes.

Tampoco apuntan a la demostración del delito investigado las copias de las investigaciones disciplinarias que afrontó el ex Fiscal investigado, como que no se aprecia que de haberse incluido en el cotejo probatorio hubieran permitido un juicio diferente sobre la responsabilidad que por el delito de prevaricato se le ha radicado.

Adujo también el apelante la falta de imparcialidad de los Magistrados que decidieron en primera instancia este asunto, pues debieron declararse impedidos por haber fallado con anterioridad acción de tutela que él interpusiera con ocasión de este proceso; y por la injerencia que tuvieron los mismos para que la audiencia pública se desarrollara con la intervención de la Fiscal que profirió la acusación.

Ninguno de los dos argumentos referidos puede ser de recibo en esta oportunidad. El primero porque la acción de tutela fallada el 5 de abril de 2001 por los mismos Magistrados integrantes de la Sala que profirió la sentencia de primer grado no se ocupó del fondo del asunto. Precisamente, el amparo solicitado fue negado por tratarse de una actuación en trámite, en donde el accionante disponía de los medios judiciales de defensa eficaces para el ejercicio de sus derechos.

Si el sentenciado estimaba que los Magistrados integrantes de la sala estaban incurso en una causal de impedimento, tenía a su disposición el mecanismo de la recusación y no lo hizo.

Lo segundo, porque la afirmación de que el Magistrado Ponente llamó telefónicamente al Fiscal Hugo Mármol para que solicitara el aplazamiento de la audiencia, carece de respaldo probatorio alguno. Lo que se aprecia en el expediente, es que mediante memorial del 5 de agosto de 2002 el aludido funcionario hizo tal solicitud amparado en el hecho de que la doctora María Cristina Buchelli, quien profirió la acusación, “se encuentra en vacaciones y es quien conoce el expediente” (F. 913, C.O. 3).

Lo pertinente a la aplicación del sistema de dosificación más favorable, lo mismo que la concurrencia de las circunstancias de atenuación a que hace referencia el apelante; así como lo pertinente a la sanción accesoria de prohibición del ejercicio de la profesión de abogado se responderá en el acápite siguiente, por constituir éstos el objeto de apelación por parte de la Fiscal Sexta Delegada ante el Tribunal Superior de

Pasto.

6. En tal orden, lo primero que corresponde precisar es que ni en la acusación ni en la sentencia le fue reconocida al sindicado la circunstancia de atenuación referida a las circunstancias personales en la producción del hecho, la cual tampoco se aprecia comprobada como se explicó en precedencia.

Tampoco encuentra la Sala objeción alguna en torno a la escogencia de la disposición sustantiva más favorable en punto de la punición del delito de prevaricato, pues no obstante que el artículo 413 de la Ley 599 de 2000 tiene señalada pena de prisión en monto igual a la contenida en el artículo 149 del Decreto Ley 100 de 1980, esto es de 3 a 8 años, el hecho de que la pena de multa sea mayor en el primer precepto citado, la hace más beneficiosa al procesado.

Lo mismo ocurre, con el sistema de dosificación escogido, pues en este caso la resolución de acusación dedujo como causal de mayor punibilidad la posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad; y como de menor punibilidad la carencia de antecedentes penales. Esta situación, como bien lo previó el Tribunal, conforme a lo regulado en el artículo 61 de la Ley 599 de 2000 obligaría a ubicarse en el primer cuarto medio, y en esas condiciones resulta más perjudicial a la situación del sindicado. Por eso, para individualizar la sanción aplicó los criterios del artículo 61 del Decreto Ley 100 de 1980.

Ahora bien, en punto de la circunstancia de mayor punibilidad, encuentra la Sala dos reparos fundamentales que necesariamente dan al traste con las pretensiones de la Fiscalía en el sentido de que incrementa la pena en proporción mayor a la considerada en primera instancia por tal motivo.

En primer lugar, tal como abiertamente lo reconoce el Tribunal, si bien esa circunstancia fue deducida en el pliego acusatorio, no puede perderse de vista que no

tiene motivación distinta al cargo de Fiscal que el investigado ostentaba cuando cometió el delito.

Aún así, el fallador de primer grado se esforzó por llenar de contenido dicha circunstancia a efectos de intensificar la sanción con base en ella, apoyándose para ello en la jurisprudencia entonces vigente de la Sala, en torno a dicha temática.

No obstante lo anterior, la situación que aquí se presenta resulta sustancialmente idéntica a la que fue objeto de análisis en la sentencia de primera instancia dictada el pasado 23 de febrero del año en curso, radicación 19.762, y que dio lugar a que la Sala se replanteara la tesis sostenida hasta entonces sobre este puntual tema.

Se dijo entonces, que:

“En relación con esta última circunstancia genérica de agravación punitiva o de mayor punibilidad si bien mayoritariamente la Sala ha venido sosteniendo su procedencia en eventos como el que aquí se examina, en virtud de la “misión protagónica” dentro de la comunidad que el Estado le encomienda al funcionario judicial para la solución imparcial de los conflictos sociales, situación privilegiada que facilita la comisión del delito en cuanto se aprovecha de su investidura o función para contrariar el ordenamiento e irrogar de esta manera un mayor daño social porque, “amén de agredir bienes jurídicos, rompe la independencia y la jurisdiccionalidad que son dos preciados valores institucionalmente dispuestos para enfrentar el choque social (...)”, un nuevo escrutinio de tales fundamentos orientado al respeto del debido proceso sancionatorio reclama un replanteamiento del tema, pues al infractor mal se le puede colocar en la posición de tener que expiar sucesivamente su falta por el mismo hecho, sin que ello entrañe violentar el principio de prohibición de doble valoración, o lo que es lo mismo, la inobservancia del principio non bis in idem.

En efecto, dicho postulado de raigambre constitucional -Art. 29 de la Carta Política-

tiene por finalidad evitar que el individuo pasible de pena en virtud de comportamiento contrario a derecho, sea castigado más de una vez por el mismo hecho. El principio de determinación del hecho y de la pena conlleva a la exigencia de que lo prohibido bajo conminación sancionatoria se halle claramente establecido en la ley, de modo tal que su fijación no quede librada al arbitrio del juez, como quiera que el ciudadano debe saber de antemano las consecuencias que caben derivarse de su conducta. Por consiguiente, la punibilidad debe estar sujeta a los criterios de legalidad previa, estricta y cierta, lo cual significa que la ley ha de señalar inequívocamente la naturaleza de la pena y el marco dentro del cual puede moverse el juez al aplicarla.

Un factor, téngasele por elemento o circunstancia, no puede ser sometido a más de una valoración desfavorable, esto es, como elemento del tipo legal de que se trate, y también como agravante. La prohibición de doble valoración por este aspecto, dice relación con el hecho propiamente tal y sus circunstancias relevantes; dicho de otro modo, factores que sean valorados como elementos configurantes del delito, no pueden apreciarse simultáneamente como circunstancias agravantes del mismo, y a su vez de la punibilidad. Fue el propio legislador quien dispuso respecto de las agravantes -Art. 66 del C. Penal anterior- o circunstancias de mayor punibilidad -Art. 58 de la Ley 599 de 2000- que ellas proceden “siempre que no hayan sido previstas de otra manera”.

En el caso concreto, al procesado se le dedujo la circunstancia de mayor punibilidad del Art. 58-9 del actual C. Penal, es decir, su posición distinguida dentro de la sociedad por razón del cargo que ejercía. Empero, ocurre que esa posición distinguida se hace derivar de su condición de Fiscal ante un Tribunal de Distrito judicial para el momento de la comisión del hecho, calidad de servidor público que como elemento de la figura típica de prevaricato por omisión se hace necesaria para la configuración del delito, por lo que de tomarse en cuenta aquélla para incrementar la punibilidad, se estaría conculcando el principio de prohibición de doble valoración al sancionar en más de una

vez al acusado por su investidura, es decir, como funcionario de alto rango de la Fiscalía General de la Nación, y por su calidad de servidor público” (M.P., Dr. Sigifredo Espinosa Pérez).

Tal criterio, resulta aplicable en este asunto, pues es claro que en su condición de servidor público dentro de la administración de justicia, el doctor CARLOS HERNANDO MONTENEGRO URBANO incurrió en el delito de prevaricato, circunstancia que no puede al mismo tiempo servir de soporte para tipificar la conducta punible e incrementar la pena previamente establecida por el legislador acorde a los principios y valores asignados a los diferentes bienes jurídicos que pretendió proteger con su punición.

Acorde, pues, con tal criterio se retirará la aludida circunstancia de mayor punibilidad, y respetando el criterio dosificador del Tribunal por encontrarlo acertado, se le impondrá al sentenciado pena de prisión de 3 años, pues a su favor permanece la circunstancia de menor punibilidad de la ausencia de antecedentes penales.

Lo anterior implica, reducir también al mismo tiempo la pena principal de interdicción de derechos y funciones públicas.

Ahora bien, como por la misma razón la pena principal de multa fue incrementada en 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes por encima del tope mínimo, éste también habrá de reducirse en esa proporción quedando finalmente fijada en 50.

Tal situación, obliga a ponderar la viabilidad de otorgarle al sentenciado a la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia, que en el fallo de primer grado se negó únicamente por exceder el tope fijado en la ley para su otorgamiento. Ahora, por el contrario, por motivo de la reducción de pena que se hace, quedando ésta fijada en 3 años, se cumple el primer requisito exigido en el artículo 63 de la Ley 599 de 2000.

Analizados los factores de orden subjetivo, encuentra la Sala que si bien concurren a favor del procesado la carencia de antecedentes personales, sociales y familiares, no ocurre lo mismo con la modalidad y gravedad de la conducta punible, toda vez que las intrincadas circunstancias que rodearon el acontecer delictual y la gravedad de la conducta punible no permiten concluir favorablemente sobre el otorgamiento de este mecanismo, pues no puede perderse de vista que el asunto en el que incurrió en la conducta prevaricadora desatendió los compromisos que asumió frente a la comunidad y al Estado al otorgarle la libertad provisional a un ex funcionario público que festinó dineros públicos destinados al desarrollo del municipio de El Charco, mediante la celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales y con violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, pese a que no concurrían las circunstancias para hacerlo merecedor a ese derecho.

Esta clase de comportamientos pone en entredicho la labor que le corresponde al Estado a través de las diferentes ramas del poder público, siendo claro que al ser la corrupción administrativa uno de los flagelos generadores de violencia y desestabilizadores del orden institucional, el empeño en combatirla exige mayor seriedad y compromiso de quienes encarnan desde los diferentes ámbitos las funciones que corresponde adelantar para el cumplimiento de sus fines.

7. Tampoco encuentra viable la Corte la pretensión de la Fiscal recurrente, en el sentido de que se le imponga al sentenciado la pena accesoria de prohibición del ejercicio de la profesión, pues el hecho de que constituya requisito para ejercer el cargo no puede confundirse con la relación funcional existente entre éste último y la conducta por la cual se le ha condenado.

En esta materia, la jurisprudencia de la Sala ha sostenido, que “la prohibición del ejercicio de una industria, comercio, arte, profesión u oficio hasta por un término de cinco (5) años se impone siempre que de la condición del sujeto activo y de las circunstancias

tempo-espaciales y modales que enmarcaron la comisión de la conducta punible, se evidencie el abuso de la actividad, profesión u oficio, o el desbordamiento de los parámetros que la rigen”.

Esa situación, precisamente es la que no se presenta en el presente caso, pues no fue en ejercicio de la profesión de abogado que el doctor MONTENEGRO URBANO cometió el delito de prevaricato, sino en ejercicio de un cargo público, como que amparado en el poder que le otorgaba su condición de Fiscal emitió una decisión con carácter vinculante en relación con la libertad de Pedro Nel Herrera Puche.

Por las anteriores razones, entonces, se modificará la sentencia recurrida en los términos indicados en lo que tiene que ver con las penas principales y se confirmará en lo demás.

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:

PRIMERO: Modificar la sentencia apelada en el sentido de condenar a CARLOS HERNANDO MONTENEGRO URBANO a las penas principales de 3 años de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, y multa equivalente a 50 salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha de los hechos, como autor del delito de prevaricato por acción.

SEGUNDO: Negar al procesado CARLOS HERNANDO MONTENEGRO URBANO, por las razones expuestas en este fallo, la condena de ejecución condicional.

TERCERO: Confirmar en todo lo demás la sentencia condenatoria proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en contra del ex Fiscal CARLOS

HERNANDO MONTENEGRO URBANO.

CUARTO: Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
TRUJILLO

EDGAR LOMBANA

Comisión de servicio

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN
QUINTERO MILANÉS

JORGE

LUIS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria