

Proceso No 20652

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrados Ponentes:

Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA

Aprobado Acta # 14

Bogotá D.C., marzo tres (3) de dos mil cuatro (2004).

VISTOS:

Resuelve la Corte el recurso apelativo interpuesto por la Fiscalía contra la sentencia de diciembre 14 de 1999, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta absolvió al doctor RAFAEL EMILIO MANJARRÉS BUSTOS, Juez 1º Penal del Circuito de Ciénaga, quien había sido acusado por el cargo de prevaricato por acción.

DEL PROCESO EN EL CUAL TUVO OCURRENCIA EL POSIBLE PREVARICATO:

1. El 12 de abril de 1995 tuvo lugar en Ciénaga un Consejo de Gobierno al cual asistieron todos los secretarios, el Tesorero y el Gerente de las Empresas de Servicios Públicos Municipales. El Alcalde ALBERTO JOSÉ VIVES PACHECO, quien lo convocó, tomó la palabra una vez verificado el quórum y expresó su preocupación por los focos de infección existentes en distintos sitios de la población, vinculados a la proliferación de aguas negras, y por la agudización de la situación al llegar las lluvias debido a la falta de alcantarillado

pluvial. El Asesor Jurídico recordó las facultades previstas en la Constitución para decretar un estado de emergencia, el Secretario de Planeación manifestó que la compra de un equipo “Aquatec” solucionaría el problema y el Gerente de Servicios Públicos expuso:

“Como directo responsable del mantenimiento de la salubridad y sanidad públicas, especialmente en lo que se refiere al tratamiento de las aguas negras y el matadero municipal, considero que, en la actualidad, Ciénaga atraviesa una grave crisis, la cual podrá aumentar en proporciones extraordinarias, cuando se lleguen las temporadas de lluvia, que ocasiona la saturación y desbordamiento de las aguas negras, debido a la falta de mantenimiento de las redes de alcantarillado, por la falta de equipos, siendo necesario, por ello, dotar al municipio y a la empresa que dirijo de los equipos y herramientas que la tecnología ha creado, dentro de los cuales figura el AQUATEC, que servirán para la limpieza de los conductos que componen el sistema de alcantarillado local”.

Se decidió, entonces, por unanimidad, que se declarara el estado emergencia sanitaria, facultando al Alcalde para adoptar las medidas necesarias y conducentes a conjurar la crisis. Se hizo a través del decreto 142 del 10 de abril de 1995, en el cual se menciona la sesión del Consejo de Gobierno del 12, señalándose que mientras la permanencia del estado de emergencia podía contratarse directamente, sin consideración a la cuantía ni al procedimiento licitatorio, de conformidad con los artículos 41, 42 y 43 de la ley 80 de 1993.

El 21 de abril de 1995 el Alcalde VIVES PACHECO contrató con la firma RENTA EQUIPOS DE LA COSTA LTDA de Barranquilla, la compra de una máquina combinada de limpieza AQUATECH modelo B-3, descrita en detalle en la cotización que esa firma le había cursado al municipio el 31 de marzo de 1995. El valor del equipo de succión y alta presión con carrete trasero, montado en un camión Mitsubishi, fue de \$230.000.000.00.

2. El bien fue traído de los Estados Unidos y en el proceso de nacionalización ante la Aduana el proveedor declaró como valor de la importación la suma de US\$55.625.00, incluidos los fletes². Se lo entregó al municipio de Ciénaga el 20 de noviembre de 1993 y 7 de marzo del siguiente año Anselmo Torresblanca Gutiérrez, miembro de la Junta Directiva de la Empresa de Servicio Públicos Municipales, le envió una carta al Fiscal General de entonces, a través de la cual solicitaba la intervención de la institución a su cargo, en atención a las siguientes circunstancias que le parecían anómalas, relacionadas con el equipo AQUATECH B-3:

“...este equipo –dijo el mencionado en su condición de ciudadano—ha presentado una serie de daños en el equipo de succión y lavado, el primer daño fue la rotura de una manguera de presión a los 6 días de uso del mismo, presentó problemas en el sistema eléctrico, después en unas válvulas, después en otra manguera, posteriormente sufrió un daño interno en dicho equipo y siempre le tocó a la Empresa de Servicios Públicos Municipales de esta ciudad cancelar la reparación de esos daños”.

Agregó que no entendía por qué no se había hecho efectiva la garantía y que le parecía que esas irregularidades ameritaban una investigación. Adjuntó a la denuncia una serie de documentos relacionados con el contrato de adquisición de la máquina, pidiéndole a la Fiscalía que los examinara e identificara los posibles delitos que se hubieran podido cometer.

3. El caso se le asignó a la Fiscal 13 de la Unidad Especializada de Delitos Contra la Administración Pública de Santa Marta y la funcionaria, mediante auto del 8 de abril de 1996, dispuso la apertura de investigación preliminar. El Alcalde VIVES explicó que de acuerdo con los técnicos de la firma proveedora, los problemas en la máquina habrían obedecido a la inexperiencia de los operarios y que, precisamente por los rumores que llegaban a su despacho a través de Torresblanca Gutiérrez, pidió un examen de expertos sobre el equipo, cuyo resultado fue satisfactorio.

El 27 de mayo siguiente se dispuso abrir la instrucción. En la indagatoria VIVES PACHECO insistió en lo anterior y adujo que, según entiende, los costos de reparación del bien los asumió el proveedor. Y que en el decreto de emergencia sanitaria se ordenó enviarle al Contralor Municipal copias de la documentación tenida en cuenta para declararlo y de los contratos celebrados, pudiendo afirmar que se le enviaron pero no cuándo. El 20 de septiembre siguiente se dictó la resolución de situación jurídica⁴. En esta decisión la Fiscal instructora admitió que para cuando se declaró la emergencia sanitaria, en realidad existía una en Ciénaga y el Alcalde debía enfrentarla para evitar males mayores. Y en cuanto a los daños de la máquina (reparados todos) y el incumplimiento del contratista relativo a no entregar el manual de operación en español, estimó la funcionaria que no se colegía ninguna conducta punible del burgomaestre, aunque no accedió a declarar la preclusión de la investigación que había solicitado la defensa, por las siguientes razones:

“...nosotros queremos –afirmó la Fiscal—despejar algunas dudas que se nos presentan, por ejemplo, la batería que no funcionó del motor Johndeer, es necesario establecer si fue reparada o cambiada por el proveedor o si por el contrario por ello hubo pérdidas para el municipio, queremos también precisar los requerimientos que le hizo el Alcalde al proveedor luego de recibir el oficio de fecha enero 9 del cursante año (1996), pues ello si podría dar lugar a alguna responsabilidad, en este caso si estaría el Alcalde coadyuvando la irresponsabilidad del contratista y la pérdida pecuniaria por el municipio. También queremos establecer si realmente el proveedor asumió la garantía necesaria en el suministro de este equipo, es decir, como lo dijo el Alcalde en su versión de que él estaba dispuesto a ampliar las pólizas y a prestar las garantías”.

Concluyó la instructora, a pesar de las dudas, que no se contaba con la prueba mínima para dictar medida de aseguramiento en contra del procesado por celebración indebida de contrato o peculado, “tratando de que al seguir la instrucción practiquemos otras pruebas que nos despejen las dudas y además asesorarnos de expertos en

contratación y lo que conlleva la declaratoria de emergencia manifiesta”. Ordenó, por último, la vinculación del Contralor Municipal por “la omisión que se presenta en el ejercicio de sus funciones”.

4. El 15 de noviembre de 1996, ya obrantes en el expediente algunos documentos vinculados al trámite de nacionalización del equipo, VIVES PACHECHO fue escuchado en ampliación de indagatoria. Afirmó que se encontraba completamente seguro de que el Consejo de Gobierno fue previo a la declaración de la emergencia sanitaria, que la máquina no la entregó el proveedor en el tiempo pactado y que por esa razón, en septiembre de 1995, intentó su adquisición con la firma RAMONERRE S.A. en Funza (Cundinamarca), la cual le remitió una cotización por la suma de \$225.720.000.00 (está visible a folio 357 del anexo #1), pero igual esa compañía la debía importar y se generaría todavía más demora, además del riesgo derivado de tener que trasladarla desde ese municipio, que era donde la firma vendedora se comprometía a entregarla.

En esa diligencia se le pidió al procesado, de otra parte, que dijera si le pidió alguna explicación al contratista relacionada con la desproporción entre el valor del contrato y el que declaró ante las autoridades aduaneras, ante lo cual señaló que no recibió directamente el equipo, que no revisó los documentos y, por lo tanto, no supo del valor de la importación.

El Gerente de RENTA EQUIPOS DE LA COSTA LTDA, JOSÉ MARÍA VÁSQUEZ MONTOYA, también fue vinculado a la investigación a través de indagatoria. Pasó el 3 de febrero de 1997 y en lo esencial señaló en la diligencia que es muy difícil que alguien en el país tenga un equipo como el vendido en existencias y que el valor por el cual lo adquirió fue US\$150.000.00, aunque la licencia de importación le había sido aprobada por US\$52.100.00, es decir la misma suma por la cual quedó declarado ante la Aduana.

5. El 21 de febrero de 1997 la Fiscal Seccional a cargo del proceso detuvo

preventivamente a los sindicatos⁵. Al Contralor BERMÚDEZ, en calidad de coautor de peculado por apropiación y prevaricato por omisión; al proveedor VÁSQUEZ MONTTOYA, como coautor de peculado por apropiación y cómplice de la conducta punible de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales; y, al Alcalde VIVES PACHECO, en calidad de autor de los dos cargos anteriores. Y se dispuso la sustitución de esa medida por la de detención domiciliaria.

El primer examen que se acometió en el pronunciamiento está relacionado con la declaratoria de la emergencia sanitaria, que según la Fiscal “no habíamos analizado bien”, por no contar con claridad suficiente sobre la figura. Adujo entonces que para el 11 de abril de 1995, cuando el Gerente de las Empresas de Servicios de Ciénaga alertó sobre la emergencia que podría presentarse en la población cuando empezara a llover, la misma no se había producido:

“...no había —dice la providencia—ni hubo alerta en Juntas Comunales, ni el en Hospital ni en los servicios de salud de Ciénaga con relación a epidemias por derramamiento de aguas negras, en ningún momento hubo seguimiento a este problema, inspección por parte de funcionarios es decir, no hay alguna otra razón que sea soporte de esta declaratoria de urgencia que era lo que no entendíamos antes sobre qué debían ser los antecedentes”.

A continuación, luego de esbozar que “un manto oscuro envuelve esta contratación” y de resaltar que la fecha de la cotización de RENTA EQUIPOS fue de marzo 31 de 1995 e igual que el Consejo de Gobierno tuvo lugar sólo un día después del oficio del Gerente de Servicios Públicos y el “entuerto” relacionado con las fechas del Consejo de Gobierno y del decreto de declaración de la emergencia sanitaria, afirmó la funcionaria que “el mayor desfase y lo que nos vino a dar claridad del por qué esta serie de anomalías es el sobreprecio del valor del equipo AQUATECH...”. Inmediatamente razonó:

“Entendiendo lo que es una nacionalización de un equipo, declaración de importación y declaración del valor de Aduana encontramos con los documentos anexos y lo testificado por el propio contratista, es que estos valores son fiel reflejo de todos los documentos que soportan los mismos, dentro de los cuales se incluye la factura de compra y es así como tenemos un valor declarado incluyendo el de fletes por cincuenta y cinco mil seiscientos veinticinco dólares, fuera de esto la firma RENTA EQUIPOS DE LA COSTA pagó por impuestos de nacionalización la suma de \$17.301.624.00, esto último en pesos colombianos.

“Según comunicación del Ministerio de Transporte –sigue la cita— los gastos de homologación o inscripción tienen un costo de \$33.200.00 ... por lo que grosso modo podemos decir que los gastos ascendieron a \$72.959.824.00”.

Agregó que el Contralor, de haber examinado esas cifras como le correspondía, pudo evitar la pérdida de los dineros municipales, cuya apropiación fue permitida por el Alcalde. Insistió en la no existencia de la urgencia manifiesta para declarar la emergencia sanitaria y aunque aceptó que había “una problemática de aguas negras”, la misma ocurría de tiempo atrás –lo cual le consta pues trabajó 2 años en Ciénaga— hasta el punto que hizo parte del plan de Gobierno del Alcalde.

Y después de referirse a los principios que rigen la contratación estatal (transparencia, economía y responsabilidad), concluyó que ninguno se tuvo en cuenta en el caso examinado y, en consecuencia, “todas estas consideraciones expuestas nos demuestran que debemos variar nuestros conceptos y entrar en esta etapa procesal y debido a los indicios graves de responsabilidad que emergen con claridad en contra del alcalde de Ciénaga ALBERTO JOSÉ VIVES PACHECHO e imponerle medida de aseguramiento al igual que al Contralor FERNANDO BERMÚDEZ GARCÍA y al contratista JOSE MARÍA VÁSQUEZ MONTOYA, realmente abundan pruebas documentales, testimoniales, inspecciones, que encuadran las conductas de estos señores en concurso de

hechos punibles”.

6. A través de la resolución fechada el 1º de abril de 1997, la Fiscal Seccional decidió adversamente el recurso de reposición interpuesto por el defensor de VIVES PACHECO y le concedió el de apelación⁶, no sin antes ratificar el sobreprecio del bien como fundamento de la imputación del peculado por apropiación, precisando en uno de sus apartes lo siguiente:

“Es lógico y aquí nos atenemos a los principios que rigen la contratación a la lealtad de las partes para con la administración y comunidad, y es que consideramos que el Alcalde no debió desembolsar el 30% que le restaba al contratista, pues ya le había dado un 70% si este cumplía con el contrato, pero cuando entregó la maquinaria, es lógico que debió hacer parte de éste los documentos que amparaban este suministro y que palpablemente se veía la diferencia abismal del valor del contrato. Por qué se le dejó al contratista apropiarse olímpicamente de ciento treinta millones de pesos? Los que bien pudieron ser utilizados en otras obras en beneficio de la comunidad”.

Separadamente la Fiscal, mediante resoluciones del mismo 1º de abril, dejó sin efecto la medida de aseguramiento dictada en contra de BERMÚDEZ GARCÍA por el cargo de peculado por apropiación, dejándola sólo vigente por el de prevaricato por omisión, y varió de coautor a cómplice el título de imputación del peculado a VÁSQUEZ MONTOYA. En esos dos casos, además, les concedió el recurso de apelación.

7. La Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Santa Marta resolvió la alzada el 11 de agosto de 1997, así: Confirmó la medida de aseguramiento impuesta a los procesados VIVES y VÁSQUEZ por el delito de peculado por apropiación y la revocó en cuanto al cargo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Advirtió ahí mismo que VÁSQUEZ MONTOYA “...sí recibió, administró y se apropió de

dineros oficiales en su propio provecho”. Y que “aunque ciertamente en nuestro país hay libertad de fijación de precios y estos queden al vaivén de la oferta y la demanda, el acuerdo de voluntades que conforma el contrato puede estar viciado y ese vicio, se puede traducir en un abuso del derecho con sanción penal”. Y concluyó:

“Aquí se arribó a una conclusión no refutada por la defensa: ‘un abismal sobreprecio’ en el valor de lo contratado que supera el 300% del costo; es decir, injustificadamente se disminuyó el patrimonio del municipio de Ciénaga-Magdalena a favor de un tercero, en la compra referida en el contrato #32 del 21 de abril de 1995, suscrito entre el alcalde VIVES PACHECO y el particular JOSÉ MARÍA VÁSQUEZ, donde fácilmente se capta el interés del servidor administrador de fondos municipales públicos en contratar, pero con esa firma y no el de resolver una ‘emergencia’.

“El artículo 23 de la ley 80 de 1993 impone que los principios generales del derecho son aplicables en la contratación estatal, y hallamos como uno de esos principios la ilicitud del abuso del derecho cuya penalización depende del tipo penal hallado.

“Así, un engaño sobre los precios y las condiciones plasmadas en el contrato se pueden subsumir en varias figuras penales. Aquí aparece probado, y aceptado por la defensa, un ‘abismal’ sobreprecio que se traduce en apropiación. Por tanto se configura esta imputación, pues los contratos estatales deben estar revestidos de transparencia, economía y responsabilidad; mientras se averigua por otros aspectos pendientes de pronunciamiento que bien pudieran variar el tipo presuntamente configurado o concursar con él.

“Así pues –finaliza la cita—le resultan cargos al Alcalde por la apropiación de ese sobreprecio a favor de VÁSQUEZ MONTÓYA, ya que aún no contamos con elementos de juicio para colegir que VIVES PACHECO se apropió, para sí o algún pariente suyo

de ese dinero entregado en demasía”.

8. El 19 de agosto de 1997 el defensor del Alcalde ALBERTO JOSÉ VIVES PACHECO presentó una solicitud de control de legalidad⁸. Señaló, en primer lugar, que la medida de aseguramiento se encontraba ejecutoriada y, en segundo, que su representado no había cometido el delito de peculado.

Toda la responsabilidad que se le atribuyó –dijo–, se hizo descansar en el hecho de que el vendedor declaró, para efectos fiscales, “un valor cercano a los cincuenta millones de pesos, mientras que la venta la hacía al municipio de Ciénaga por un valor de doscientos treinta millones de pesos”.

A partir de lo anterior señaló el abogado dos posibilidades: Que en realidad la máquina haya sido adquirida en los Estados Unidos por el valor que declaró el importador ante la DIAN, o que el precio de adquisición haya sido superior y que, para evadir impuestos, haya declarado uno menor.

Frente a la primera hipótesis –señaló el abogado–, “nos encontraríamos frente a un desproporcionado precio de venta al municipio considerando el precio de costo en Estados Unidos, lo que significaría una exagerada ganancia para el vendedor”. Ante esta eventualidad, a su vez, habría dos posibilidades: Que el vendedor haya utilizado mecanismos para ocultar el verdadero costo del bien, induciendo en error a la administración, caso en el cual podría haber incurrido en una conducta punible; o que el Alcalde haya incurrido en delito, de acreditarse que tuvo conocimiento de la desproporción entre el valor de la compra y el del contrato. Para proceder en contra de su defendido, entonces, “habría de construirse el correspondiente indicio, el cual tendría como hecho indicador el conocimiento de la desproporción de los dos precios y como sucede con todo indicio, para estimarlo construido, ese hecho indicador debe estar plenamente probado”, lo cual no sucedió ni siquiera tímidamente “resultando entonces

improcedente una medida de aseguramiento en su contra en la hipótesis planteada”.

Ante la eventualidad de subfacturación ante la DIAN por parte del vendedor, “resultaría mucho más desfasada una medida de aseguramiento en contra de mi poderdante, porque en ese evento ni siquiera podría imputársele conducta punible al vendedor, mucho menos podría predicarse ello del comportamiento del doctor ALBERTO VIVES PACHECHO ya que ni siquiera tenía por qué conocer de la irregularidad evasiva del contratista”.

Para el profesional, “una global observación del proceso” indica que los hechos encuadran en esa segunda situación “y si la investigación no hubiese sido llevada dando por establecido que hubo un sobreprecio, ya tuviere la Fiscalía en estos momentos abundante material que probaba (sic) que sí hubo una subfacturación”.

“Ahora —continuó el defensor— que ésta subfacturación generó una ganancia para el vendedor mayor de la que correspondía, no cabe duda; pero ello no se hizo a expensas del erario del Municipio de Ciénaga, sino sustrayéndoselo al Estado y tampoco se hizo con la participación de los funcionarios del ente municipal y en consecuencia solo el vendedor deberá responder ante las autoridades fiscales, por su irregular maniobra, la cual inclusive ha sido confesada.

“En este orden de ideas, entonces señor Juez, no es válido imputar al señor Alcalde Municipal de Ciénaga una conducta dolosa cuando ese dolo sólo se está deduciendo de un supuesto sobreprecio que adicionó el particular-vendedor al bien objeto del contrato de compra-venta; sobreprecio que sólo podría estimarse partiendo de la comparación que se haga con el precio usual al cual se vendan los equipos aquí en el país por parte de otros comercializadores de ellos y observar entonces si la diferencia está más allá de los porcentajes lógicos dentro de los cuales fluctúan los precios determinados por las leyes de la oferta y la demanda, como es característica de los

sistemas comerciales de libre empresa.

“Pero para poder llegar a afirmar cuál sería ese precio promedio o aproximado, es indispensable que se establezca previamente cuál fue el costo total del objeto y para ello primeramente deberá contarse con el precio de adquisición en el exterior y a partir de allí se le adicionará todos y cada uno de los gastos que se requieren para importación y venta del objeto, lo que constituirá en definitiva el costo del objeto que se comercializa”.

Para mantener la medida de aseguramiento en tales circunstancias tendría que pretermirse la legalidad del proceso, ante su no concordancia con la realidad procesal, puntualizó el defensor. Y finalizó el memorial con las siguientes palabras:

“En esa misma resolución se capta la apreciación de que la administración pudo ser engañada respecto de los precios y las condiciones plasmadas en el contrato, dejando también entrever la posibilidad de un peculado culposos, pero igualmente en la parte resolutive no se concretó ninguna de esas inquietudes. Todo esto obliga, señor Juez, a que usted reconduzca el proceso por las vías de la legalidad, en espera de que la posterior prueba recuadada sí le permita a la instructora una acertada y precisa decisión en uno u otro sentido, mientras tanto, más mal que bien se haría al permitir la supervivencia de una medida de aseguramiento que sólo serviría para afectar el ejercicio del cargo de Alcalde Municipal y posteriormente desaparecer, como siempre desaparecen medidas de aseguramiento mantenidas en esas condiciones”.

9. El Juez 1º Penal del Circuito de Ciénaga, doctor RAFAEL EMILIO MANJARRÉS BUSTOS, resolvió la solicitud mediante providencia del 15 de septiembre de 1997.

Empezó por señalar en ese pronunciamiento, en el cual el funcionario incurrió en prevaricato según la Fiscalía, que el control de legalidad previsto en el artículo 414 A del Código de Procedimiento Penal de 1991 no es una tercera instancia del proceso, ni

“un recurso adicional para valorar las pruebas”, sino un instrumento dispuesto para la salvaguarda del debido proceso. Transcribió a continuación algunos apartes de una obra de la doctrina nacional de acuerdo con los cuales la medida de aseguramiento es ineficaz, por ejemplo, cuando es proferida contra una persona no vinculada legalmente; por delitos respecto de los cuales no fue interrogada; cuando se encuentra sustentada en prueba ilícita; cuando la dictó un funcionario incompetente; o careció absolutamente de motivación. Se refirió luego a la separación funcional entre acusación y juzgamiento como una forma de garantía plena de la imparcialidad judicial, y a los deberes de la Fiscalía General de la Nación de investigación integral y respeto de derechos y garantías fundamentales.

El discurso del Juez pasó por algunas de sus creencias. Escribió que entiende que el fin del proceso penal es la realización de la justicia y por ello

“quienes estamos encargados de administrar justicia no debemos escatimar esfuerzos para averiguar la verdad real de los hechos como son conocido (sic) a nuestro estudio para cumplir con es fin específico del derecho penal moderno. Pues a diferencia del civil, el proceso penal y debido a ese carácter de derecho público este no puede conformarse de una verdad ficticia o formal a consecuencia del principio del libre disposición de la que rige aquél”.

Enfatizó el deber del funcionario judicial de “desplegar toda una labor investigativa para dar con la verdad material del hecho”, observando los principios de publicidad, controversia de la prueba y derecho de información, así como

“los derechos fundamentales y las libertades públicas que nuestra actual Carta Política reconoce y garantiza a todos los colombianos que hoy en día reclamamos que el derecho penal sea mínimamente intenso o sea que no sea tal (sic) estigmatizante para las personas que infrija (sic) los mandatos y prohibiciones (sic) penales”.

Acto seguido el funcionario, antes de referirse al caso, subrayó que Colombia es un Estado Social y Democrático de Derecho y que el artículo 29 de la Constitución Nacional, así como normas internacionales, protegen los derechos del procesado en aras de evitar “que se aplique por parte de los funcionarios instructores violaciones al debido proceso y al más respetuoso de todo el derecho de defensa” (sic). Reprodujo los requisitos sustanciales para dictar medida de aseguramiento según el artículo 388 del Código de Procedimiento Penal de 1991 y señaló:

“Es bien sabido que los elementos constituido (sic) del hecho punible, la responsabilidad del procesado, se podrán demostrar con cualquier medio probatorio. Pero no olvidemos que ciertos delitos requieren de consenso de auxiliares de la justicia y determinadas pruebas para lograr el objetivo de lo peticionario (sic); que sea pronta y eficaz”.

Expresó enseguida:

“Veamos las cotizaciones que aparecen en el expediente vistos (sic) a folios 57 en donde la maquinaria tiene un valor de \$230.000.000.00 por la empresa RENTA EQUIPO DE LA COSTA LTDA. Folio 44 y siguiente del cuaderno anexo 1 por un valor de \$260.000.000.00 de la empresa MAQUINARIAS LTDA. Folio 636 del c.o. del contrato hecho el Distrito Turístico Cultural e Histórico de Santa Marta con INVERSIONES FRAGER LTDA por un valor de \$217.591.800.00, analizadas estas cotizaciones y pagos de maquinaria similares adquirida (sic) tanto por el municipio de Santa Marta como la de Ciénaga, nos quedamos perplejo (sic) con esos valores comparados con lo declarado por el importador que originado este sumario (sic) lo cual nos indica que algo está pasando, en cuanto al precio real de la maquinaria”.

Para el funcionario la instrucción no quedaría perfeccionada sino sólo cuando se escuchen las versiones de representantes legales de firmas que vendan productos

similares al equipo comprado por el Municipio de Ciénaga

“y si es el caso practicar las prueba (sic) en el exterior dirigida a los fabricantes y a las mencionadas maquinaria, que es en definitiva lo que va a contribuir la prueba vinculante (sic), que sin lugar a duda servirá de acusación en contra del Alcalde y del Contratista y así apreciar la surgida del presunto peculado por haberse adquirido un bien por un valor muy por encima de lo real”.

Y agregó:

“Ahora bien, debe tenerse en cuenta lo manifestado por el vendedor en la injurada acerca del valor de la maquinaria en el país donde la adquirió y el otro documento donde declara ante la DIAN y por lo que se puede observar ante esta última entidad la persona declara pero no aporta ninguna factura, luego entonces esa afirmación puede originar que se investiguen ante la Oficina de Impuestos Nacionales por algún tipo de defraudaciones al fisco nacional”.

“Como se ha insistido que el quid del asunto es lo consignado en el documento de la DIAN y ante la ausencia de las pruebas que hemos señalado y que son las técnicas para despejar cualquier duda, ello no es más que deben practicarse esas pruebas para establecer el precio verdadero y con ello despejar la inquietud de cuál es el valor real de la compra y venta de la maquinaria para este municipio, para en definitiva indagar cuál de los dos sujetos a que nos hemos refiriendo (sic) se aprovechó ilícitamente de los dineros del municipio de Ciénaga y responda a título de autor o autores, tal como lo señala la ley 80 de 1993 ya que el contratista deja de ser un tercero y a asimilarse a un servidor público en relación al contrato y para los efectos penales.

“Finalmente, a esta altura de la investigación lo indicado, para evitar innecesarios desgastes de la administración de justicia, debe dejar señalado la inaplazable necesidad, de aclarar, por cualquiera de los medios reconocido (sic) por la ley procesal, cuál es el

valor del equipo aquí cuestionado, porque hasta ahora la única base que se a (sic) afirmado para fijar la diferencia de precio es lo declarado en la DIAN por parte del vendedor, y en su versión jurada manifiesta otro precio esto aunado a las cotizaciones a la cual nos hemos hecho referencia (sic), lo cierto es que para abundar en razones de que presuntamente el vendedor debe ser investigado por un fraude al fisco nacional, pues obsérvese en forma desprevénida la revista motores que se publica en un diario capitalino el precio que allí se señala para un camión en el cual va montado el equipo de AQUATECH es aproximado a los valores que se presentaron en las cotizaciones”.

“Estudiado el concepto plasmado por la doctora YOLANDA CAMPO ANGULO, en su proveído 11 de agosto del corriente año (1997) visto a folio 5, como Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior sobre el caso que nos ocupa: ‘Un engaño sobre los precios y las condiciones plasmadas en el contrato se puede subsumir en varias figuras penales. Pues los contratos estatales deben estar revestidos de transparencia, economía y responsabilidad; mientras se averigua por otros aspectos pendientes de pronunciamiento que bien pudieron variar el tipo presuntamente configurado o concursar con él’. Esto se refiere –sigue el Juez—al comportamiento del Alcalde, que interpretado se refiere que dicho Alcalde pudo haber cometido otra clase de delito y no por el que se le acusa, como es el peculado culposo. No entendiendo este despacho porque (sic) esta Delegada no dijo nada al respecto.

“Siguiendo este orden de ideas y de acuerdo al pronunciamiento del doctor (...) –finaliza la cita— este Despacho en virtud de los fallos de sustitución puede corregir directamente los vicios de la medida adoptada, profiriéndose la que le corresponda de acuerdo con la legalidad del proceso”.

El tipo penal infringido por el Alcalde fue el de peculado culposo a juicio del doctor MANJARRÉS BUSTOS quien, en consecuencia, le impuso caución prendaria por el equivalente a 3 salarios mínimos legales mensuales y ordenó restituirle su derecho al

trabajo, oficiándole para el efecto al Gobernador del Departamento pues el doctor VIVES PACHECHO se encontraba suspendido en el ejercicio del cargo.

DEL PROCESO PENAL CONTRA EL JUEZ MANJARRÉS BUSTOS

1. El 22 de septiembre de 1997 aparecieron en el periódico El Informador de Santa Marta unas declaraciones del candidato al Consejo de Ciénaga Efraín Campo, entre las cuales se encontraba la siguiente:

“...en Ciénaga se comenta que la providencia que dejó libre de toda vulnerabilidad al actual alcalde municipal costó 300 millones de pesos”.

Mediante oficio 1165 del 29 de septiembre de 1997, la Directora Seccional de Fiscalías de Santa Marta puso al tanto de la anterior información de prensa a la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de esa ciudad, con el fin obvio de que se procediera a la prosecución de la respectiva indagación.

2. El 14 de octubre de 1997 se resolvió adelantar investigación preliminar, en cuyo marco el doctor RAFAEL EMILIO MANJARRÉS BUSTOS rindió versión y se escuchó en testimonio a Efraín Alfonso Campo Torres, quien simplemente afirmó –en relación con lo que dijo a la prensa— que se trató de simples comentarios que se hicieron en Ciénaga, a los cuales contribuía el hecho de que la población vivía la campaña política previa a la elección de Alcalde y Concejales.

3. Mediante resolución del 11 de febrero de 1998 se dispuso la apertura de la investigación, el 4 de marzo siguiente se produjo la vinculación procesal del imputado a través de indagatoria y el 19 de junio del mismo año la Fiscalía lo detuvo preventivamente, con libertad provisional, por el cargo de prevaricato por acción⁹, mismo por el cual, mediante providencia del 29 de diciembre de 1998¹⁰, confirmada en segunda instancia el 24 de marzo de 1999, resultó acusado. Se

consideró manifiestamente contraria a la ley la providencia que dictó el 15 de septiembre de 1997, con sustento en los siguientes argumentos que se extractan del auto confirmatorio de la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte, coincidentes con los de la primera instancia:

3.1. La facultad otorgada al Juez en el artículo 414 A del Código de Procedimiento Penal de 1991, atinente a la verificación del cumplimiento de las garantías procesales del sindicado, no se extendía al reexamen de los medios de prueba, como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia del 8 de septiembre de 1994.

3.2. Esos alcances fueron desconocidos por el Juez MANJARRÉS BUSTOS, quien adicionalmente “se sustentó en motivaciones que resultan contradictorias con lo que concluye”.

Así, aunque advirtió que el control de legalidad no era un recurso adicional para valorar pruebas, las analizó y “aplicó el sistema de tarifa legal” al descartar como prueba del sobreprecio de la maquinaria las declaraciones del vendedor y del funcionario de la DIAN que inspeccionó la mercancía, aduciendo que “ciertos delitos requieren del consenso de auxiliares de la justicia”, lo cual contradice el principio de libertad probatoria.

3.3. En cuanto existía prueba válida del sobreprecio de la maquinaria –testimonial y documental— el funcionario incurrió en falsa motivación pues “...a través de un ejercicio gratuito y abiertamente ilegal (evaluación según la tarifa legal), el Juez sindicado primero le resta valor diciendo que deja dudas y después las excluye como medios probatorios para ese efecto”.

3.4. El juez, en fin, dictó una providencia manifiestamente contraria a la ley, con abierto desbordamiento de sus facultades.

3.5. Como en el curso de la providencia dio muestras de su cabal comprensión sobre los alcances del control de legalidad y de los principios de la prueba, eso permite inferir, al actuar contrariamente a lo que expone, que lo hizo con dolo. Refuerza esta conclusión su experiencia judicial (ocupaba el cargo desde el 30 de abril de 1990), la circunstancia de que hizo un curso de especialización en la Universidad Nacional y el hecho de referirse en su decisión a unos puntos primarios y básicos que no ofrecían dificultad interpretativa.

4. Tramitado el juicio, la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta dictó el 14 de diciembre de 1999 la sentencia recurrida, de la que son notables los siguientes pilares argumentativos:

4.1. Para que se configure típicamente la conducta punible de prevaricato es menester que el funcionario, al proferir la decisión contraria a la ley, cuente con la intención de violarla. Y es un elemento que no se demostró en el presente caso “ya que el procesado al proferir la resolución ..., al considerar que se había configurado el delito de peculado culposo, lo hizo de buena fe y en ejercicio de la obligación legal que como consecuencia de este proceso analítico, el funcionario está en capacidad de aplicarla sobre el presupuesto de justicia y equidad”.

4.2. Las razones que dio el funcionario no fueron producto del capricho, de la arbitrariedad o del interés por favorecer a una parte, sino “fruto de su leal saber y entender, de acuerdo con la interpretación a los respectivos textos legales”, además que las resoluciones judiciales, mientras no se demuestre lo contrario, gozan de presunción de buena fe y en el presente caso, así sean valederas las consideraciones jurídicas de la Fiscalía, no se demostró que el doctor MANJARRÉS, de haberse equivocado, lo hubiera hecho con “malicia”.

4.3. De acuerdo con la línea jurisprudencial de la Corte, los yerros en los cuales incurren los funcionarios judiciales como producto de la buena fe, no les pueden acarrear sanción

de ninguna especie.

4.4. Y remató el Tribunal, a manera de conclusión, que “nos encontramos en un caso de error de interpretación de tipo” pues, según el procesado, su actuación obedeció a un entendimiento propio del derecho y no fue dolosa, transcribiendo en respaldo de su decisión apartes de una jurisprudencia de la Sala de Casación en la que se hizo referencia al error insuperable sobre el tipo penal como causal de inculpabilidad prevista en el numeral 4º del artículo 40 del Código Penal de 1980, de tal suerte que el doctor MANJARRÉS BUSTOS no incurrió en el delito objeto de la acusación.

5. La Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Santa Marta recurrió en apelación la referida sentencia con la definida pretensión de su revocatoria y reemplazo por otra de condena en contra del Juez, soportada en argumentos que coinciden en lo sustancial con los de la resolución de acusación. Enfatizó que el funcionario rebasó sus facultades y violó los principios de libertad y apreciación probatoria, sin que ello obedeciera a un error de interpretación como se señaló en el fallo de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. Incorre en conducta ilícita de prevaricato por acción, el servidor público que por cualquier motivo (simpatía, antipatía, amistad, enemistad, interés, capricho, coacción, dinero u otra utilidad, entre otros), sin justa causa y con el ánimo consciente y voluntario de violar la ley, profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a ella.

2. En procura de determinar si el doctor MANJARRÉS BUSTOS incurrió en ese acontecer punible, el primer interrogante que debe ser respondido es si la providencia que dictó el 15 de septiembre de 1997, a través de la cual resolvió la solicitud de control de legalidad presentada por el defensor del procesado ALBERTO JOSÉ VIVES PACHECO, fue o no manifiestamente contraria a derecho.

La Fiscalía contestó afirmativamente la pregunta en la resolución acusatoria, sosteniendo que el funcionario desbordó sus facultades legales porque –aunque anticipó que no lo podía hacer— reexaminó los medios probatorios. Se verá si es cierta esta conclusión inicial.

3. La disposición que consagraba la figura del control de legalidad cuando el Juez 1º Penal del Circuito de Ciénaga emitió el pronunciamiento cuestionado era el artículo 414A del Código de Procedimiento Penal de 1991, adicionado por el 54 de la ley 81 de 1993. Decía el precepto en la parte que interesa:

“Las medidas de aseguramiento proferidas por la Fiscalía General de la Nación o por sus agentes, una vez que se encuentren ejecutoriadas, podrán ser revisadas en su legalidad por el correspondiente Juez de conocimiento, previa petición motivada del interesado, de su defensor o del Ministerio Público”.

3.1. En la providencia a través de la cual el Tribunal Constitucional declaró exequible la norma¹¹, se indicó:

“...el control de legalidad previsto en el artículo 414A del Código de Procedimiento Penal, no constituye una injerencia indebida en las actuaciones de la Fiscalía sino que obedece a la complementariedad de las labores que desempeñan distintos funcionarios judiciales, al principio de economía procesal, ya que va a permitir subsanar posibles fallas y desaciertos, garantizando una etapa de juzgamiento depurada de vicios, y, por contera, al propósito inabdicable de proteger celosamente los derechos del procesado.

“Resulta conveniente puntualizar a este propósito, que el control de legalidad de las medidas de aseguramiento no opera de manera oficiosa, sino que requiere petición del interesado, de su defensor o del Ministerio Público; que supone la ejecutoria de la respectiva decisión, y que su promoción no suspende el cumplimiento de la providencia ni

el curso de la actuación; se prevé el rechazo de plano para solicitudes infundadas y la no admisión de recurso alguno para evitar innecesarias tardanzas. No son de recibo, entonces, los comentarios que hacen énfasis en el entrabamiento de la investigación generado por el trámite del control de legalidad de las medidas de aseguramiento, que tampoco es tercera instancia ni recurso adicional encaminado a una nueva valoración de la prueba; se repite que se trata de un control que apunta a la protección de los derechos fundamentales, y que sólo procede respecto de las providencias que efectivamente contengan medidas de aseguramiento...”.

3.2. La Sala de Casación Penal se refirió en diferentes oportunidades a la figura. Por ejemplo, en la sentencia del 28 de agosto de 1996¹², en la cual se perfilaron sus particularidades, se expresó:

“Su objeto es específico y lo constituye la medida de aseguramiento -no la restante actuación procesal—, cuya legalidad se deduce genéricamente de la garantía universal del Debido Proceso, consagrada en el artículo 29 de la Constitución Nacional; por lo que el juzgador, en el examen a ser efectuado, deberá constatar si ella ha sido adoptada por un hecho que primigeniamente revista carácter delictivo -típico—, si la profirió el ‘juez natural’ o funcionario competente; y si la decisión respeta las formas propias del juicio, el derecho de defensa, y la legalidad de la prueba.

“Su finalidad apunta:

“a) A la nulidad de la medida, cuando ésta haya sido adoptada con violación del debido proceso o del derecho de defensa, o haya sido proferida por funcionario incompetente.

(...)

“b) A la sustitución de la medida, cuando la selección de la misma no corresponda al

tipo penal por el que se procede, a la forma de participación del sujeto agente, o, en el caso concreto de la detención preventiva, a las hipótesis legalmente previstas para su aplicación en los numerales 4, 5, 6 y 7 del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal; y,

“c) A la libertad del procesado, si como consecuencia de las variantes anteriores deviene aplicable la previsión normativa de su excarcelación.

(...)

“Este mecanismo de control no constituye una tercera instancia donde sea posible combatir la valoración que de la prueba hizo el instructor al deducir los requisitos sustanciales exigidos en el artículo 388 del C. de P.P., para proferir medida de aseguramiento; ni procede contra las providencias resolutorias de situación jurídica en general, sino únicamente para las providencias en las cuales se impone medida de aseguramiento; ni puede pretenderse con él modificar la decisión de la Fiscalía en el sentido de proferir medida de aseguramiento cuando el investigador se abstuvo de hacerlo”.

Dicho pronunciamiento de la Corte fue reiterado en diferentes oportunidades, como en la providencia del 1º de marzo de 200113, en la cual se puntualizó:

“Como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la de esta Sala, este mecanismo de control no constituye una tercera instancia ni un recurso adicional en el que se pueda controvertir la valoración probatoria efectuada por el funcionario instructor al deducir los requisitos sustanciales exigidos en el art. 388 del C. de P.P. para proferir medida de aseguramiento, como equivocadamente lo entendió la Juez Penal del Circuito Especializado al cuestionar la forma como el fiscal instructor apreció los dictámenes periciales.

“El objeto de este instrumento de control es específico y lo constituye la medida de aseguramiento, cuya legalidad se deduce genéricamente de la garantía universal del debido proceso, consagrada en el art. 29 de la Constitución Nacional. El juzgador deberá constatar si tal decisión ha sido adoptada por un hecho que revista carácter delictivo, si la profirió el ‘juez natural’ o funcionario competente, si la decisión respeta las formas propias del juicio, el derecho de defensa, y la legalidad de la prueba”.

4. La apreciación probatoria realizada por el Fiscal en la medida de aseguramiento, como puede extractarse de lo dicho, no hacía parte del objeto del control de legalidad. Esto significa que el Juez MANJARRÉS BUSTOS, al incursionar en ese aspecto en la providencia del 15 de septiembre de 1997, actuó por fuera del marco de sus facultades legales.

En realidad se opuso a la apreciación probatoria realizada por el instructor y para ello no se encontraba autorizado, así sus intenciones hayan sido, como con vehemencia lo expresó en sus distintas intervenciones procesales, las de “buscar la verdad real” y producir una decisión justa.

4.1. Cuando se examina el proceso contra el entonces Alcalde de Ciénaga VIVES PACHECO, queda claro que la investigación en un principio se centró en los daños que presentó la máquina de limpieza AQUATECH B – 3 en los primeros días de operación y que al denunciante Anselmo Torresblanca Gutiérrez le pareció que ameritaban una averiguación por parte de la Fiscalía. También que el burgomaestre explicó las causas de esas averías y que la instructora, a pesar de quedar persuadida de que respecto de ellas no incurrió el funcionario en ninguna conducta punible, como lo señaló en la resolución de situación jurídica, estimó del caso proseguir la investigación para despejar algunas dudas relacionadas con la declaratoria de la emergencia sanitaria y si el municipio había sufrido alguna pérdida derivada de que el vendedor del bien no hubiera cumplido con las garantías a que se comprometió. Y pasados los días, luego de allegar al expediente los documentos de nacionalización del equipo y de preguntarle al procesado

VIVES sobre si le pidió alguna explicación al proveedor por la desproporción existente entre el valor del contrato y el declarado ante la Aduana Nacional, el Alcalde terminó detenido preventivamente (habían pasado 5 meses desde que se le resolvió la situación jurídica) por el delito de peculado por apropiación e igualmente suspendido en el ejercicio del cargo para el cual había sido elegido popularmente para el período comprendido entre 1995 y 1997.

El argumento de las instancias para hacerlo fue el “sobreprecio” del equipo y se construyó de la siguiente manera:

* El vendedor JOSÉ MARÍA VÁSQUEZ MONTOYA, de acuerdo con la declaración aduanera más un gasto menor efectuado ante el Ministerio del Transporte, invirtió \$72.959.824.00 en la adquisición y el transporte del bien.

* El Municipio de Ciénaga lo compró por \$230.000.000.00.

* El Alcalde VIVES PACHECO se apropió del sobreprecio en provecho del comprador. En \$130.000.000.00 fijó esa cantidad la Fiscal de 1ª instancia.

4.2. El profesional del derecho que solicitó el control de legalidad no precisó ninguna irregularidad probatoria en la que haya podido incurrir la Fiscalía y su alegato, en esencia, estuvo dirigido a hacer ver que aparte de la hipótesis planteada en la medida de aseguramiento existían otras, frente a las cuales no tenía cabida la medida de aseguramiento, especialmente aquella en la que a su parecer encuadraban los hechos,

que era la subfacturación del bien ante la Aduana por parte del importador para evadir impuestos. Le criticó el abogado a la Fiscalía que sin mayor despliegue probatorio hubiera dado por establecido “que hubo un sobreprecio” y que a partir de ese mismo supuesto dedujera el dolo del peculado por apropiación, cuando para acreditar el “sobreprecio” era necesario indagar por el valor de esos equipos en el país y saber el costo real de adquisición de la máquina a que se refería el proceso.

4.3. No cabe duda que el discurso de la defensa persuadió al Juez MANJARRÉS BUSTOS, quien no obstante destacar como características de la figura del control de legalidad la de no ser “un recurso adicional del proceso para valorar las pruebas”, lo que finalmente hizo fue reexaminarlas, como acertadamente se concluyó en la acusación.

La Fiscalía no falseó la prueba cuando afirmó que la máquina de limpieza, según los documentos aduaneros, le costó al proveedor del equipo en los Estados Unidos US\$52.100.00 y cuando indicó adicionalmente, según se había determinado en la investigación, que ese valor era coincidente con el de la factura de compra que debe presentarse en un trámite aduanero de nacionalización de una mercancía.

Se trató de una realidad documental en la cual creyó el organismo instructor y que, conjugada con las circunstancias anormales que rodearon la celebración del contrato (la cotización del proveedor aparece expedida varios días antes al de la celebración del Consejo de Gobierno en el que se autorizó la adquisición del equipo y la fecha del decreto de emergencia sanitaria es también previa a la del Consejo de Gobierno en el cual se concluyó que debía adoptarse la medida), lo llevaron a concluir que al pagarse como tres veces el valor del bien –incluidos transporte e impuestos—

“injustificadamente se disminuyó el patrimonio del municipio de Ciénaga – Magdalena a favor de un tercero”, en un negocio “donde fácilmente se capta el interés del servidor administrador de fondos municipales públicos en contratar, pero con esa firma y no el de resolver una emergencia”.

El Juez no podía controvertir esa fundamentación. Así no la compartiera, por débil o por poco rigurosa, o porque algunas evidencias que se allegaron al expediente con posterioridad al proferimiento de la medida de aseguramiento delineaban una realidad distinta –como efectivamente sucedió—, lo cierto es que se opuso a la apreciación probatoria del Fiscal, respecto de la cual no advirtió ninguna irregularidad de hecho o de derecho. Invadió así la órbita funcional del instructor y en esa medida produjo una decisión que no se encontraba facultado legalmente para dictar y que, en cuanto modificó la situación jurídica del procesado, es manifiestamente contraria a la ley.

Para la Corte, entonces, está acreditado el aspecto objetivo de la conducta de prevaricato que se le imputó al doctor MANJARRÉS BUSTOS, pero no el subjetivo como se pasa a ver.

5. Es de popular y pacífico entendimiento que el delito de prevaricato es imputable sólo a título de dolo. Para que se estructure es necesario que el servidor público que profiera la resolución, el dictamen o el concepto, obre con consciencia de que su conducta es contraria a la ley.

En el caso subexámine resulta palmario que en la inteligencia del Juez MANJARRÉS BUSTOS nunca habitó la idea de apartarse del ordenamiento jurídico sino que creyó en todo momento estar profiriendo una decisión justa, cuyo contenido es realmente identificable al examinarla en detalle, obviamente en el contexto procesal existente para el momento del pronunciamiento, que es el que debe tomarse en cuenta cuando se determina la posible ocurrencia de un ilícito de prevaricato, como lo tiene dicho la jurisprudencia.

En la providencia que se le cuestiona, efectivamente, además de señalar como fin del proceso penal “la realización de la justicia” y de advertir que en desarrollo de su función como Juez no podía “escatimar” ningún esfuerzo para extractar la verdad real de

los hechos puestos a su consideración, se esforzó por entender lo que estaba pasando en el proceso, arribando a las siguientes conclusiones:

* El equipo adquirido por el municipio de Ciénaga costó \$230.000.000.oo.

* Otros documentos, como el contrato a través del cual el municipio de Santa Marta adquirió una máquina similar por \$217.591.800.oo y una cotización por valor de \$260.000.000.oo, hacían pensar que el precio real del equipo no era el declarado por el importador RENTA EQUIPOS DE LA COSTA LTDA.

* La investigación, entonces, no está perfeccionada. Lo estará sólo cuando se establezca el valor del bien, lo cual se debe lograr averiguando con el fabricante en Estados Unidos e interrogando a otros comerciantes que vendan productos similares en el país.

* Frente a la ausencia de las anteriores pruebas, “que son las técnicas para despejar cualquier duda” sobre el precio verdadero de la máquina, no es posible saber si existió aprovechamiento ilícito de los dineros del municipio de Ciénaga.

* Es inaplazable, pues, la necesidad de aclarar, “por cualquiera de los medios reconocidos por la ley procesal”, el valor del bien, hasta ese momento establecido con

lo declarado ante la DIAN por el importador, quien dio otro valor en su testimonio. Esto, las otras cotizaciones y el valor aproximado de las mismas al precio –según la Revista Motor— de un camión similar a aquél en el que se montó el equipo de limpieza, hicieron advertir al Juez sobre la posibilidad de una investigación al vendedor por presunto fraude al fisco nacional.

* Finalmente, coligiendo el funcionario de lo dicho por la Fiscalía que el Alcalde pudo haber incurrido en otro delito, específicamente el de peculado culposo, determinó en virtud del control de legalidad imputarle esa conducta punible, imponiéndole como medida de aseguramiento caución prendaria y ordenando restituirlo a su cargo.

5.1. Las explicaciones del funcionario en el proceso enfatizan la percepción de que su decisión no obedeció al propósito consciente de contrariar la ley.

El interés que lo movió –dijo—fue el de “buscar la verdad”. El problema que se planteó, acorde con la propuesta del defensor, fue simple. Existían dudas fundadas sobre el verdadero valor de la máquina de limpieza y sin aclararlas no podía saberse si se presentó o no la defraudación imputada al Alcalde. Cuando se pronunció –como lo señaló en la indagatoria—, la investigación apuntaba a acreditar que el importador declaró ante las autoridades aduaneras el precio del bien por debajo del real para evadir impuestos.

Al preguntársele en esa diligencia por las razones de orden legal que lo llevaron, como conclusión del control de legalidad, a encuadrar la conducta del Alcalde VIVES PACHECO dentro del peculado culposo, expresó:

“Los que estamos aquí sabemos que se le recibe indagatoria al inculpado de acuerdo a los antecedentes consignados en el proceso, cuando digo antecedentes me refiero al conjunto

de pruebas practicadas hasta el momento que comprometen seriamente al sindicato. Cuando llega el proceso al control de legalidad sí observé que la mayoría de las pruebas estaban encaminadas a demostrar la celebración indebida de contrato, en cuanto al peculado poco o casi nada se había receptado para demostrar dicho comportamiento existían los dichos de los operarios del Aquatec, el documento poco confiable que aportaron el importador acerca del valor del Aquatec cuando paga los impuestos en la DIAN cuando las mismas ofertas que él hace al municipio contrarían lo dicho por el documento; las propuestas hechas por dos empresas más, indicaba que algo malo estaba pasando con el pago de los impuestos y que el pago no era ese, todo estaba encaminado, se recibió un vehículo por x valor y la Unidad Fiscal Instructora no se preocupó en practicar una inspección judicial de ese objeto debe ser por cúmulo de trabajo, que la maquinaria la recibieron en perfectas condiciones, pero los operarios no estaban condicionados para manejar esta clase de aparatos, todo este conjunto de pruebas aportadas por la investigación, señalaban claramente la existencia del peculado culposo y es que también el profesor JAIME BERNAL CUÉLLAR en su obra del Proceso Penal Colombiano nos enseña que cuando recibimos un expediente para el control de legalidad cuando ha existido error en la selección del tipo penal de parte del instructor, el Juez de la causa deberá hacer la corrección, sustituyendo la medida y encuadrarla en el correcto, tampoco se nos puede olvidar que debemos investigar lo favorable con igual celo que se investiga lo desfavorable para tener un punto de equilibrio en la investigación, esos fueron mis fundamentos que tuve para tomar la medida en el presente caso".¹⁴

5.2. Al emprender un juicio de valor sobre el contenido de la providencia cuestionada por la Fiscalía y el correlativo examen de las distintas intervenciones del doctor MANJARRÉS BUSTOS, surge con claridad la convicción de un Juez que actuó en la credibilidad de que su decisión era una realización de la justicia. Es cierto que se le pueden cuestionar muchas inconsistencias y contradicciones presentes en la misma, pero ello no empaña una idea fundamental en la solución de este caso que es la de un funcionario que vivió

el cambio de Constitución en 1991 y el advenimiento de una nueva visión del derecho, al que le quedó muy presente el compromiso del Juez con la búsqueda de la verdad y la justicia, y que al menos en el evento en referencia intentó esos logros seguramente desbordando sus facultades, aunque con el convencimiento errado e invencible de estar actuando de conformidad con la ley, según sus versiones de indagatoria.

En realidad las pruebas, en especial las documentales que se allegaron con posterioridad a la medida de aseguramiento, afianzaban la hipótesis de una subfacturación del equipo por parte del importador y en cuanto la misma desvirtuaba la grave imputación hecha a la primera autoridad municipal, el Juez MANJARRÉS encontró que cumplía con su deber advirtiéndole a la Fiscalía que el punto lo debía dilucidar con ciertas pruebas que le parecieron las idóneas para determinar si en realidad el patrimonio público fue objeto de defraudación y, entre tanto, decidió sustituir la medida de aseguramiento, posibilitando la restitución a su cargo al burgomaestre.

5.3. Es posible que el Alcalde de Ciénaga haya orientado su conducta a burlar la ley y que haya orquestado, por lo tanto, la idea de declarar el estado de emergencia sanitaria para tener así libre el camino y poder comprar directamente, quién sabe con qué propósito, el equipo de limpieza que se determinó adquirir en el Consejo de Gobierno del 12 de abril de 1995. Es posible igualmente que ello explique la existencia para ese instante de la cotización de marzo 31 del mismo año expedida por la firma con la cual días después contrataría el doctor VIVES PACHECO, lo mismo que la circunstancia de que el decreto de emergencia aparezca expedido en una fecha previa a la del Consejo.

Todos esos detalles, sin embargo, que llevaron a pensar a la Fiscalía que algo andaba mal en el proceso de contratación, carecían por sí mismos de la entidad suficiente para afirmar que el patrimonio del municipio de Ciénaga había sido defraudado. En consecuencia, como ya se dijo, persuadido el Juez MANJARRÉS a través de prueba documental acerca de la gran probabilidad de que el equipo de limpieza

hubiera sido adquirido sin sobreprecio y en atención a que el mismo ente investigador había advertido sobre la eventualidad de un engaño a la administración municipal y la subsunción de lo ocurrido en otras figuras penales, el funcionario optó por imputarle al procesado una conducta menos grave como lo era el peculado culposo, mientras se definía a través de medios de prueba idóneos cuál era realmente el valor de adquisición de la mercancía.

Materialmente no se trató de una decisión injusta del Juez y ello, sumado a su larga trayectoria sin tacha como funcionario judicial, enfatiza la conclusión de que actuó bajo el invencible convencimiento de no estar incurriendo en conducta delictiva alguna, lo cual se traduce en causal de atipicidad subjetiva como lo ha señalado la Sala¹⁵.

Así las cosas, se confirmará la sentencia materia de la apelación.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia del 14 de diciembre de 1999, mediante la cual el Tribunal Superior de Santa Marta absolvió al doctor RAFAEL EMILIO MANJARRÉS BUSTOS, Juez 1º Penal del Circuito de Ciénaga.

En contra de esta providencia no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN
MILANÉS

JORGE LUIS QUINTERO

YESID RAMÍREZ BASTIDAS
PORTILLA

MAURO SOLARTE

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 . Folio 307 y siguientes del cuaderno anexo #1.

2 . Cuando eso sucedió el 16 de noviembre de 1995 la tasa de cambio se encontraba a \$1.000,13 (fl. 337 c. anexo #1).

3 . Folio 255 c. anexo #1.

4 . Folio 218 c. anexo #1.

5 . Folio 502 c. anexo #2.

6 . Folio 561 c. anexo #2.

7 . Folio 609 c. anexo #2.

8 . Folio 673 c. anexo #2.

9 . Folio 170/1.

10 . Folio 226/1.

11 . CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. 395 de 1994, M.P., Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

12 . CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, proceso de única instancia 11.674, M.P., Dr. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL.

13 . CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, colisión de competencia 17.962, M.P., Dr. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

14 . Folio 82 del c.o.

15 . Cfr. CORTES SUPREMA DE JUSTICIA. Sent. – Segunda instancia 14.752, May. 2 de 2003, M.P., Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS.