

Proceso No 23350

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Aprobado acta N° 048

Bogotá D. C., dieciocho (18) de mayo de dos mil seis (2006).

V I S T O S

Se pronuncia la Corte respecto del recurso de apelación interpuesto por el defensor de ROBERTO JOSÉ CALDERÓN CALDERÓN, en su condición de Juez 3° Penal del Circuito de Barranquilla, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de esa misma ciudad y a través de la cual fue condenado como responsable del delito de prevaricato por acción de que trata el artículo 413 del vigente Código Penal.

H E C H O S

El acontecer fáctico del que se ocupó este proceso, se concretó en lo siguiente:

Contra el señor JOSÉ AGUSTÍN ACUÑA CARMONA se adelantaba proceso penal por una Fiscalía Seccional desplegada para Foncolpuertos, como presunto responsable de la comisión del delito de peculado por apropiación, en calidad de determinador, y estafa, iniciado a consecuencia de su condición de ex-trabajador de la liquidada empresa PUERTOS DE COLOMBIA TERMINAL MARÍTIMO DE BARRANQUILLA, cuyo pasivo fue

asumido por la entidad FONCOLPUERTOS, como quiera que entró a efectuar reclamaciones de acreencias laborales ante un Juzgado Laboral de la ciudad de Barranquilla al parecer con documentos falsos.

Luego de ser escuchado en indagatoria JOSÉ AGUSTÍN ACUÑA CARMONA, le fue resuelta su situación jurídica el 29 de octubre de 2001 profiriendo en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva sin excarcelación, atribuyéndosele la comisión de los delitos de peculado por apropiación en calidad de determinador, en concurso con estafa y enriquecimiento ilícito de particulares, determinación que fue confirmada en su integridad por una Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cundinamarca en resolución del 2 de abril de 2002, modificándola en cuanto a que dejó sin efecto los cargos de enriquecimiento ilícito de particulares y estafa, este último por aplicación del principio de favorabilidad. (f. 182-239 C de anexos N° 1).

El defensor de JOSÉ AGUSTÍN ACUÑA CARMONA, afectado con la medida de aseguramiento, solicitó el control de legalidad de la medida de aseguramiento impuesta en contra de su representado, control que correspondió, por reparto, al Juzgado 3° Penal del Circuito de Barranquilla a cargo del hoy acusado, doctor ROBERTO JOSÉ CALDERÓN CALDERÓN, quien a través de auto adiado 30 de mayo de 2002, aceptando los planteamientos del peticionario, revocó la medida de detención preventiva que pesaba contra el citado sindicado con respecto al delito de peculado por apropiación en grado de determinador y, en consecuencia, ordenó la cancelación de la orden captura impartida en su contra.

ACTUACIÓN PROCESAL

Una vez proferida la decisión de revocar la medida de aseguramiento por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barranquilla, a cargo del doctor ROBERTO JOSÉ CALDERÓN CALDERÓN, la Fiscalía General de la Nación, mediante Resolución 000965 del

19 de julio de 2002, dispuso compulsar copias para que investigara el comportamiento del juez.

Considerando lo anterior, la Fiscalía 6a Delegada ante el Tribunal Superior de Bucaramanga, inició formalmente la investigación, disponiendo como primera medida escuchar en indagatoria a ROBERTO JOSÉ CALDERÓN CALDERÓN, lo que se llevó a cabo a través de comisión. Esto propició a que mediante decisión del 29 de noviembre de 2002 se resolviera su situación jurídica, profiriéndose en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva por el punible de prevaricato por acción, la que fue sustituida por la detención domiciliaria.

En proveído del 12 de diciembre de 2003, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá acusa al doctor ROBERTO JOSÉ CALDERÓN CALDERÓN como presunto responsable de la comisión del delito de prevaricato por acción, determinación que fue objeto de impugnación y confirmada por una Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia el 19 de febrero de 2004.

Celebrada la diligencia de audiencia pública, el Tribunal Superior de Barranquilla, en decisión del 16 de diciembre de 2004, dispuso condenar al acusado por el cargo formulado en la resolución de acusación, determinación contra la cual el defensor recurre en apelación, lo que propicia el conocimiento de esta Colegiatura para su resolución.

LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

El Tribunal Superior de Barranquilla decidió condenar al acusado, con los siguientes argumentos:

Luego de transcribir lo normado en el artículo 413 del Código Penal, la Corporación señaló que el bien jurídico protegido por dicha norma es la administración pública, en tanto la correcta función administrativa y pública es el objeto de protección.

Estima que se trata de dilucidar la existencia de una determinación manifiestamente contraria a la ley, por ello, entra a estudiar los presupuestos fácticos, jurídicos y normativos que rodearon la expedición de la decisión acusada de prevaricadora, específicamente para determinar si al revocar la medida de aseguramiento se incurrió en afectación a la ley penal, como quiera que las causales para proceder a la imposición de la medida de aseguramiento se concretan en los presupuestos señalados en los artículos 356 y 357 y las causales de revocatoria de tal determinación se señalan en el artículo 392.

Consideró la Corporación que la causal que aplicó el procesado para dejar sin efecto la detención preventiva proferida por la Fiscalía

contra JOSÉ AGUSTÍN ACUÑA CARMONA, fue la prevista en el numeral 2° del artículo 392 del C. de P. P., que reza:

“1. (...)

2. Cuando aparezca clara y ostensiblemente, demostrado que se distorsionó su contenido o la inferencia lógica en la construcción del indicio, o se desconocieron las reglas de la sana crítica.”

En estas condiciones, para proceder a la revocatoria de la medida de aseguramiento destaca que el juez acusado debía observar que la decisión restrictiva de la libertad personal se advirtiera de manera clara y ostensiblemente equivocada, con una falta de raciocinio y análisis del material probatorio que la apartara de la voluntad del legislador.

Es así cómo, encontró el Tribunal que la medida de aseguramiento proferida contra de Acuña Carmona, antes que verse descabellada o irracional, se presentaba como una decisión ajustada a la realidad probatoria que para nada afloraba una desproporción que

ameritara el amparo por parte del juez de control de legalidad de la medida de aseguramiento.

Al efecto, sostuvo el Tribunal:

“En concepto de la Sala, la Fiscalía al momento de decidir la situación jurídica con medida de aseguramiento que afectaba los intereses del ex-trabajador contaba en la actuación con los requerimientos probatorios y los requisitos de procedencia que demandaba los artículos 356 y 357 del C. de P. P., para imponerle a ACUÑA CARMONA la detención preventiva sin beneficio de excarcelación ni el reconocimiento de la sustitución de la detención domiciliaría, pues disponía para ello del resultado de la AUDITORIA ESPECIAL llevada a cabo por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA NACIÓN, en la que se conceptuaba que a una serie de ex-trabajadores de la empresa estatal PUERTOS DE COLOMBIA, entre ellos ACUÑA CARMONA, se les había pagado una serie de acreencias laborales falsas con imputaciones al TESORO NACIONAL, valiéndose para ello de soportes y documentos falsos acudiendo para ello a diversas modalidades tales como a través de procesos laborales instaurados ante jueces ...”

Informe de los investigadores de la Contraloría, concluye el sentenciador, que arrojó un claro resultado que no podía desconocerse flagrantemente como lo hizo el juez penal acusado, pues, dice:

“...mediante la reliquidación de todos y cada uno de los conceptos

pagados desde el momento del retiro y JOSÉ AGUSTÍN ACUÑA CARMONA, en su condición de pensionado de la extinta empresa PUERTOS DE COLOMBIA, comprendido el examen de todas las resoluciones que ordenaron pagos, en orden cronológico partiendo desde el pago de las prestaciones sociales al momento de que se retiraron e incluyó el análisis de cada uno de los documentos que reposan en la hoja de vida y en otros archivos de la entidad cruzando esta información con los printers de pago, nómina automática,

tarjeta de gananciales o tarjeta de control de salarios, mandamientos de pago o condenas por juzgados laborales de Barranquilla, conciliaciones y otros procedimientos alternos de auditoría con los cuales la comisión procedió a reliquidar las sumas pagadas a los funcionarios ...”

“Como resultado de este trabajo se establece un presunto detrimento económico del patrimonio del Estado, en cuantía de \$5.802.2 millones de pesos en razón a que ya la jurisdicción laboral ordenó de manera reiterada el pago de factores laborales a los que no tenía derecho alguno.”

“En el archivo no se evidenció que la administración FONCOLPUERTOS

haya impugnado en su debida oportunidad procesal, lo que demuestra la desidia administrativa imperante en la entidad pagando todo aquello que se pudiera con o sin justo título por parte del pensionado y/o sus distintos apoderados.”

“De conformidad con el artículo 107 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1999, el tope máximo de pensión a que tienen derecho los pensionados para el año de 1999, según es; reliquidación es de \$4'261.311,73, a cada uno. Actualmente al señor JOSÉ AGUSTÍN ACUÑA CARMONA, se le viene reconociendo una pensión de \$22'168.044,10 que representa un mayor valor en su pago de 525.77% mensualmente de su mesada real”.

Este tipo de comprobaciones no podían ser desconocidas e ignoradas por el juez cuando evaluó la legalidad de la medida de aseguramiento, dijo el Tribunal, en tanto que se concretaba el despilfarro de dineros del Estado y la “extravagancia” en el pago de pensiones, como la que venía devengando ACUÑA CARMONA.

Pero no sólo fue el desconocimiento de un elemento probatorio trascendente para determinar la posible infracción a la ley penal que existía en esos momentos, sino que también concluyó que el Juez acusado “minimizó” las pruebas trasladadas de otros

procesos y que se habían insertado a la actuación, desconociéndose que ya hasta la opinión pública sabía y conocía el modo de operar que utilizaban los antiguos trabajadores de PUERTOS DE COLOMBIA para defraudar el patrimonio de la nación.

Y fue tan ostensible el marcado contraste entre la realidad fáctica y probatoria con la determinación asumida por el ex juez CALDERÓN CALDERÓN, anota el Tribunal, que en su indagatoria a pesar de que reconoció que el procesado ACUÑA CARMONA no era inocente pues al parecer había recibido pagos ilegales, sostuvo desfasadamente que su conducta estaría encuadrada en otro tipo de delito y no el peculado por apropiación y que como no se había establecido a que funcionarios del Estado había determinado no era posible jurídicamente imputarle ni la calidad de determinador y menos tal especie delictiva.

Para llegar a tal conclusión, considera que el juez acusado efectuó una “falsa distorsión” de un concepto que como el determinador como interviniente, está claramente definido y superado normativamente por el Código Penal de 2000, ya que en su artículo 30 aplica sanción degradada “Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización...”, condición que era evidente la que se deducía a ACUÑA CARMONA, en los hechos por los que se investigaba.

Para concretar ello, el Tribunal acotó:

“La manera como y de quien había obtenido ACUÑA CARMONA los pagos ilegales, le permitía inferir lógicamente y en forma fácil al hoy encausado, como lo había dejado establecido el Fiscal en su providencia revocada por el ex-juez CALDERÓN CALDERÓN, que los funcionarios bien de FONCOLPUERTOS y otros pertenecientes a entes administrativos que hicieron el desembolso de las sumas millonarias, habían obrado determinados por JOSÉ AGUSTÍN ACUÑA CARMONA, por lo que no era dable al aquí

investigado cuestionar la prueba indiciaria tenida en cuenta por el Fiscal que había resuelto la situación jurídica del ex-trabajador de PUERTOS DE COLOMBIA.

“...”

“Prueba elocuente de ello es que en el discurrir de la etapa

de instrucción ya se registraban los nombres de los funcionarios o servidores públicos determinados por ACUÑA CARMONA, entre ellos SALVADOR ATUESTA BLANCO, LUIS HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, entre otros, a quienes la propia Fiscalía, luego de escucharlos en indagatoria, les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento sin lugar a excarcelación por los punibles de PECULADO POR APROPIACIÓN y otros, ...”

“...”

“Precisamente a estos se le origina el cargo de atentar contra el bien jurídico de la administración pública -PECULADO POR APROPIACIÓN- por haber reconocido y pagado a ACUÑA CARMONA, cuantiosas sumas sin justo título en cuantía de \$2.974'478.902,31, y el hecho de erogar, a su favor la cifra de \$22'168.044,10 como mesada pensional cuando para esa época y acorde con los derechos que le asistía y los reajustes anuales que eran pertinentes sólo esta prestación podía alcanzar la cantidad de \$4'216.311,73, ...”

De esta manera, el Tribunal advierte que el control de legalidad radica en verificar el cumplimiento al debido proceso y la legalidad de la prueba mínima exigible, mas no puede ser entendida como una tercera instancia en el que se evalúe la prueba a tal punto como lo hizo el juez acusado.

Por ello, decide condenar al doctor ROBERTO JOSÉ CALDERÓN CALDERÓN, como responsable de la comisión del delito de prevaricato por acción en su condición de Juez Tercero Penal del Circuito de Barranquilla al haber proferido una decisión manifiestamente

ilegal, reproche que aún más se solidifica cuando se advierte que el ex Juez se mantuvo al frente de la judicatura por veintitrés años, casi veinte (20) de ellos como juez penal del circuito, que le debía permitir conocer la forma en que se fraguaban los particulares atentados contra el patrimonio estatal.

Para efectos de la punibilidad, tuvo como referente el Tribunal lo normado en los artículos 60 y 61 del Código Penal, estableciendo que la movilidad para el delito de prevaricato por acción de que trata el artículo 413 de la Ley 599 de 2000 se encuentra entre TRES (3) y OCHO (8) años y multa entre CINCUENTA (50) y DOSCIENTOS (200) salarios mínimos ilegales mensuales vigentes, al igual que la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas entre CINCO (5) y OCHO (8) años.

En consecuencia y atendiendo a que carece de antecedentes el acusado y que no se le imputó circunstancia alguna de agravación, debe partirse del cuarto mínimo para la tasación de la pena, que va de 36 a 51 meses. Dentro de esta consideración, dada la gravedad del hecho por el que se sentencia, y su grado de culpabilidad a dichos 36 meses le incrementa SEIS (6) MESES más para un total de pena de CUARENTA Y DOS (42) MESES.

Como multa le impone CINCUENTA Y DOS (52) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación del ejercicio de derechos y funciones públicas de CINCO (5) AÑOS. De la misma forma, por no reunir el requisito objetivo previsto en el artículo 63 del Código Penal le niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Con relación a la prisión domiciliaria, consideró el Tribunal que si bien el requisito objetivo consignado para esa figura sustitutiva se cumple a cabalidad toda vez que la pena mínima fijada para el delito de prevaricato por acción es inferior a CINCO (5) AÑOS, concluye que el otro elemento de carácter subjetivo que se consagra para sustituir la prisión carcelaria por prisión domiciliaria, consistente en el buen desempeño

personal, familiar, social y laboral que permitan suponer fundadamente que el sentenciado no pondrá en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena, no se satisface. Así lo señaló:

“... el bien jurídico vulnerado referido a la administración pública se ha afectado de manera grave por el acto constitutivo de corrupción que se avista en el comportamiento del sentenciado que repercute

tanto en el ámbito del bien jurídico tutelado en el delito de PREVARICATO como también ese daño se extiende a la comunidad, pues este comportamiento en el funcionario judicial genera en los asociados desconcierto y desconfianza en las instituciones (justicia) de las que se espera, obviamente, un resultado además de justo y probos, imparciales y responsables.”

Por lo anterior y como quiera que en el trámite del proceso se le había concedido la detención domiciliaria, revoca dicha medida y ordena su inmediata captura para que descuenta el resto de la pena en un centro especial para recluir ex-servidores públicos.

Con relación a los perjuicios, no condena en tal sentido pues no se estableció la causación de los mismos en el desarrollo de la actuación.

SÍNTESIS DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la determinación, el defensor efectúa una serie de críticas que se condensan en las siguientes:

Comienza por advertir que no es cierto que al momento en que se produjo el control de legalidad se tuvieran vinculadas a otras personas a la investigación adelantada contra el ex empleado de Foncolpuertos, pues la vinculación de personas tales como Carlos Meneses, Jorge Tovar, Rafael Villalba y Camilo Torres, entre otros, sucedió con

posterioridad. En otras palabras, solamente, al momento de adoptarse la decisión de control de legalidad de la medida de aseguramiento, se tenía vinculado a Acuña Carmona.

De otra parte, cuestiona el hecho que la sentencia condenatoria tuviera como único sustento probatorio el informe de la Contraloría General de la Nación, además, que la condición que el Juez Calderón Calderón le otorgó a Acuña Carmona, dentro del proceso penal que adelantaba contra éste, fue la de interviniente y no la de determinador, lo que ha debido ser tenido en cuenta para efectos de comprender las motivaciones que llevaron al juez a revocar la medida de aseguramiento a consecuencia del control de legalidad que estaba ejerciendo.

En estas condiciones, el recurrente sostiene que para lograr tal punto de comprensión, se debe entrar a estudiar la legalidad de la medida implementada contra Acuña Carmona, lo cual va anejo al estudio de los “ingredientes normativos” del delito de peculado por apropiación, razón por la cual entra a describir el sujeto activo, el objeto material y la conducta, no sin antes recordar lo que a ese respecto señalaron doctrinantes tales como Alfonso Reyes Echandía. Especialmente recaba el libelista en que la condición de determinador no puede ser vista de manera aislada, sino que “... es indispensable indicar cómo y cuando se produjo la determinación, qué incentivos desplegó el determinador para cautivar y poner a su servicio la voluntad del otro agente, en qué circunstancias se aceptó el encargo y cuáles las condiciones en que se encontraban las dos partes vinculadas a la empresa indebida.”.

Esta disertación la concluye en el hecho que hay necesidad de concretar, cuando se habla del determinador, la identidad o individualización de los sujetos que fueron objeto de determinación, cosa que en su criterio se corrobora por la necesidad de que al procesado se le identifique dentro de la actuación so pena de que no pueda vincularsele, declararlo persona ausente, etc.

Y fue tal la falta de identificación o, por lo menos, la individualización, lo que sucedió en el proceso penal adelantado contra Acuña Carmona y en el que el Juez Calderón Calderón controló la legalidad de la medida de aseguramiento, pues frente al servidor público que supuestamente determinó este sindicado como para colegir la tangencial presencia del delito de peculado, no se había vinculado a persona alguna al trámite.

Seguidamente, asegura el recurrente que lo plasmado en la providencia de control de legalidad no fue otra cosa que el criterio del juez frente a un asunto que evaluó fáctica y probatoriamente, lo cual no puede ser reprochado desde la órbita y censura de lo ilegal, pues no existe contradicción a la ley cuando se plasmaron las razones que se tuvieron para proceder en tal sentido, otra cosa es que sea discutible lo que no torna en prevaricadora una determinación.

Mucho más, sostiene, cuando la prueba indiciaria fue la que se tomó en consideración, soportándola en un informe de la Contraloría que no revela directa o indirectamente a un funcionario público en particular, ni determinada oficina administrativa inmiscuida en la conocida defraudación. Al efecto, señala: “Los auditores formularon recomendaciones para que investigaran y establecieran responsabilidades de todos y cada uno de aquellos exfuncionarios, funcionarios públicos de Foncolpuertos y de otras entidades estatales que en una u otra forma contribuyeron al pago excesivo.”

Con relación a la cita que el Tribunal de Barranquilla efectúa en torno a la jurisprudencia existente sobre el determinador y la calidad de interviniente (sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 28 de noviembre de 2002), señala el recurrente que la misma no podía ser tan siquiera referida pues no tenía vida para la fecha en que se controla la legalidad de la medida de aseguramiento, que lo fue para el 30 de mayo de 2002.

Para concluir, el defensor recuerda que tanta razón tenía el juez sentenciado que

finalmente al procesado Acuña Carmona se le revocó su detención preventiva al reconocerse la participación como interviniente y no como determinador, lo que lleva a colegir que "... por lo menos el Juez avizoró la conducta de ACUÑA CARMONA, en los inicios de la investigación y aún con la escasez de medios probatorios, ...".

Por estas razones, solicita se revoque la sentencia y se absuelva a su defendido de los cargos por los que fue acusado.

ALEGACIÓN DE LA FISCALÍA COMO SUJETO NO RECURRENTE

La Fiscalía solicita se confirme la decisión condenatoria, para lo cual reliva el hecho que el juez penal al momento de entrar a controlar la legalidad de la actuación contaba con el informe elaborado luego de la auditoria especial llevada a cabo por la Contraloría General, en el que, se concluía que los pagos efectuados a varios ex trabajadores de Foncolpuertos resultaban siendo ilegales como quiera que se sustentaban en documentos falsos. Prueba ésta que no podía ser ignorada por el funcionario judicial.

Labor en la que el juez acusado minimizó las pruebas que se habían trasladado de otros procesos, con el visible propósito de justificar la supuesta legalidad de la determinación de revocar la medida de aseguramiento, revelando por ello la incursión en el delito de prevaricato por acción.

Situación anómala que se reveló aún más cuando se tenía en consideración por el sentenciado las decisiones proferidas por la Fiscalía de imponer la medida de aseguramiento en primera y segunda instancia, en las que se plasmaron consistente y razonablemente los fundamentos para proceder en tal sentido.

Igualmente comenta la Fiscalía que lo informado al proceso frente a otros procesados, se refería a la fecha de vinculación procesal, que lo es por indagatoria o por declaratoria de persona ausente mas no por la fecha de apertura de investigación, lo que desvanece la

crítica del recurrente en el sentido de que cuando el juez acusado profirió la decisión prevaricadora no se hubiera iniciado proceso contra otras personas, pues sí lo había sido, lo que no había sucedido era su vinculación mediante indagatoria o persona ausente.

LA CORTE CONSIDERA

1.- Atendiendo a las razones que se proponen como motivo de inconformidad se ocupará la Sala del estudio del presente asunto, no sin anticipar que la decisión condenatoria será motivo de integral confirmación, como quiera que de un estudio de los aspectos que han delimitado este trámite, lleva a la Sala a concluir que surge claro que ROBERTO JOSÉ CALDERÓN CALDERÓN es responsable de la comisión del delito de prevaricato por acción.

En efecto, debe decirse primeramente, como se sabe y se ha reiterado por la jurisprudencia de la Sala, que el delito de prevaricato posee un ingrediente normativo de imprescindible consideración al momento de efectuarse el proceso de adecuación, como que requiere del proferimiento de una resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley.

Esta caracterización a través de la señalada expresión legislativa, no es otra cosa que la firme y concreta determinación del legislador de cobijar solamente a través de este tipo penal a los comportamientos que el apartamiento del orden legal fuese patente, claro, transparente, pero especialmente perceptible a primera vista.

2.- En estas condiciones, así como lo señaló el Tribunal a quo, resulta claro que el juez acusado al adoptar la decisión supuestamente reflejo de garantía judicial, como lo fue el control de legalidad de la medida de aseguramiento, contenida en el auto del 30 de mayo de 2002, mostró un ostensible propósito de burlar la ley, llevando a término su firme intención de revocarla.

Conclusión a la que se arriba ante la pluralidad de hechos que indican, previo su análisis conjunto, que se profirió una determinación producto de un fin voluntariamente querido.

Veamos porqué:

Como lo señaló el Tribunal de Barranquilla, no bastó que el Juez se encontrara, al momento de efectuar el control constitucional, con una medida de aseguramiento contenida en dos decisiones producidas por la Fiscalía General de la Nación, una, de primera instancia de fecha 29 de octubre de 2001, proferida por una Fiscalía Seccional adscrita a la Unidad investigativa para Foncolpuertos y, la segunda, confirmatoria de la anterior, proferida por una Fiscalía adscrita al Tribunal Superior de Cundinamarca, de fecha 2 de abril de 2002, las que contenían un juicioso y contundente análisis de la realidad fáctica y probatoria con que se contaba hasta ese momento para proceder a la afectación de la libertad personal de un procesado a través de la detención preventiva.

Decisiones que se sustentaron, principalmente, y no de manera exclusiva, en una determinación basada en una prueba debidamente trasladada al trámite como era el informe rendido por la Contraloría, el cual había sido elaborado por agentes especiales de esa entidad destacados para el caso ampliamente conocido en la opinión pública como la “defraudación de Foncolpuertos”, investigadores fiscales que de manera acuciosa habían detectado y reportado que:

“... mediante la reliquidación de todos y cada uno de los conceptos pagados desde el momento del retiro hasta diciembre 30 de 1999 a los extrabajadores ... JOSÉ AGUSTÍN ACUÑA CARMONA en su condición de pensionado de la extinta Empresa Puertos de Colombia, comprendiendo el examen de todas las resoluciones que ordenaron pagos, en orden cronológico partiendo desde el pago de las prestaciones iniciales al momento que se retiraron e incluyó el análisis de cada uno de los documentos que reposan en la hoja

de vida y en otros archivos de la entidad, cruzando esta información con los printers de pago de nómina automática tarjeta de gananciales o tarjeta de control de salarios. Mandamientos de pago ordenados por Juzgados Laborales de Barranquilla, conciliaciones y otros procedimientos alternos de auditoría con los cuales la comisión procedió a reliquidar las sumas pagadas a los ex funcionarios.

“Como resultado de este trabajo se establece un presunto detrimento económico del patrimonio del Estado en cuantía de \$5.802.2 millones en razón a que la jurisdicción laboral de Barranquilla ordenó de manera reiterada el pago de factores laborales a los que no tenía derecho alguno. En los archivos no se evidenció que la administración de Foncolpuertos haya impugnado en su debida oportunidad procesal, lo que demuestra la desidia administrativa imperante en la entidad pagando todo aquello que se pidiera con o sin justo título por parte del pensionado y/o sus distintos apoderados. De conformidad con el artículo 107 del CCT 1989 19990, el tope máximo de pensión a que tienen derecho los pensionados para el año 1999 según ésta reliquidación es de \$4.216.311.73 cada uno, actualmente se les está pagando al señor ... José Agustín Acuña Carmona \$22.168.044.10 que representa un mayor valor en su pago de 525,77% mensualmente de su mesada real ...”.

Incluso, para la toma de la decisión por parte del juez de control de legalidad de la medida de aseguramiento, también contaba con el concepto del Ministerio Público que reclamaba la desestimación del pedido del defensor, pues advertía la evidente legalidad de la medida.

Desconociendo lo anterior, el juez, ahora enjuiciado, en la citada decisión del 30 de mayo de 2002, entró en una insulsa argumentación tendiente a descartar la condición de determinador del procesado Acuña Carmona por cuanto consideró que no podía

inferirse lógicamente que por el hecho de haber recibido pagos “ilegales” fuese partícipe de la comisión del delito de peculado por apropiación, pues, en tal criterio, era fundamental que se supiera concretamente cual fue la persona que con la condición de servidor público determinó, como tampoco se conocía la forma de esa coparticipación.

Conclusión ésta que nuevamente traída como argumento de censura por el apelante, aparece no solamente desfasada en cuanto exige un presupuesto que de ninguna manera contempla el artículo 30 de la Ley 599 de 2000, sino que tampoco aparece ceñida a la realidad procesal, pues para el momento en que se produce la decisión de control de legalidad de la medida de aseguramiento, que lo fue para el 30 de mayo de 2002, la fiscalía sí había ordenado la apertura de la investigación frente a otras personas, algunas de ellas servidores públicos vinculadas con Foncolpuertos, incluso se habían trasladado piezas probatorias de otros procesos que se adelantaban en contra de esos empelados y funcionarios estatales, otra cosa es que no se les hubiera escuchado en indagatoria en el proceso iniciado contra Acuña Carmona.

Ahora, en el hipotético caso que no se hubiera podido discriminar su participación como determinador, quedaba la figura del interviniente, como quiera que Acuña Carmona si bien no ostentaba la condición de servidor público, había logrado que cuantiosos dineros del Estado pasaran a su patrimonio. El todo es que fuera como fuera su participación, ya como determinador o interviniente, de la misma forma tampoco se le hubiera podido revocar la medida de aseguramiento tal como lo hizo el juez acusado, mucho menos cuando tal condición no podía resolverse a través del control que se estaba ejercitando en tanto que esa no era su labor ni cometido autorizado por la ley.

Corolario de lo anterior, el juez cuando abordó el control de legalidad de la medida de aseguramiento, contaba con suficientes elementos de convicción como para colegir que había prueba mínima para proferir medida de aseguramiento y que la misma no podía ser

ilegal.

Acervo al cual el Fiscal que profirió la medida detentiva le otorgó aptitud probatoria luego de colegir a la luz de la sana crítica que así procedía por contarse, entre otras cosas, con un informe serio, consistente y minucioso de la reclamación prestacional de Acuña Carmona rendido por una entidad que, como la Contraloría, fiscaliza la destinación de los recursos del erario público.

Además, se sumaba la presencia de otros elementos de prueba trasladados de otras actuaciones penales relacionadas con servidores públicos de Foncolpuertos; así como también, por ser evidente la obtención de una exagerada contraprestación pensional lograda por Acuña Carmona, que a cualquier instancia lógica y racional no podía menos que entenderse como ilegal.

Y, por último, por tratarse de una evaluación que estaba siendo efectuada por un juez penal de amplia trayectoria en la rama judicial que sabía y conocía el *modus operandi* de las organizaciones delictivas que estaban defraudando al Estado en ese particular caso.

Para llegar a la conclusión de revocar la medida de aseguramiento, el juez que intentó el supuesto control de la legalidad de la medida de aseguramiento, invocando la causal segunda de que trata el artículo 392 del Código de Procedimiento Penal que toma a la sana crítica como eje principal de la permisión del legislador de que se revise la toma de la medida, innegablemente desconoció que la sana crítica es el sometimiento de las pruebas a las leyes o reglas que regulan el razonamiento deductivo, los fenómenos materiales y las conductas frente a la sociedad, de lo admitido por ésta misma para hacer viable su existencia y verificación de sus comunes objetivos, todo cumplido en forma “sana”, esto es, bajo la premisa de reglas generales admitidas como aplicables y “crítica”, es decir, con base en los hechos objeto de valoración, que entendidos como

“criterios de verdad”, sean confrontados para establecer si un hecho y acción determinada pudo suceder, o si ello fue posible de una u otra manera, explicable dentro de las reglas de la lógica, de la ciencia y la experiencia, no ante la personalísima forma de ver cada uno la realidad, sino frente a estos postulados generales que rigen el razonamiento, las transformaciones materiales y la vida social, formal y dialécticamente comprendidos¹.

La jurisprudencia y la doctrina han establecido una serie de presupuestos que el funcionario debe acatar para la construcción del juicio de hecho. Tales son: a) apreciar sólo las pruebas legalmente allegadas al proceso; b) establecer la conducencia, pertinencia² y utilidad³ frente a los hechos que se pretende reconstruir, c) confrontar los distintos elementos de juicio con el fin de purificarlos de errores, contradicciones y discrepancias; y, finalmente, correlacionarlas o entrelazándolas formando un sola unidad sintética, coherente y concluyente.

Esto no fue nada distinto de lo que hizo la Fiscalía cuando decidió imponer la medida de aseguramiento, por ello, no podían ser suficientes la escuetas y lacónicas argumentaciones del juez en la decisión acusada de prevaricadora de señalar que por el hecho de que no advertía la presencia de la figura de la determinación y por cuanto no se había identificado al servidor público que fue determinado, no hubiera prueba mínima para así proceder, pues el control de legalidad no es una sede para cuestionar la valoración de la prueba, ni un mecanismo edificado como una tercera instancia.

Así, con lo dicho anteriormente, quedan desvirtuadas las razones de censura del recurrente, quien igualmente pretende demostrar que se está ante la presencia de una decisión legal, cuando, como se dijo y lo señaló claramente el Tribunal sentenciador, la determinación se reveló manifiestamente contraria a la ley, siendo lo procedente avalar por completo el fallo objeto de reproche por el defensor.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Confirmar el fallo impugnado por las razones expuestas.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

MAURO SOLARTE PORTILLA

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Excusa justificada

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUÍZ NUÑEZ

Secretaria

1 Sentencia de 4 de septiembre de 2002. Rad. 15884.

2 La doctrina ha distinguido el concepto de pertinencia desde el objetivo y funcional. El primero, marcado por la conexión de la prueba con el objeto procesal y determinante

de su admisibilidad; y, el segundo, ligado a la relevancia y efectividad de sus resultados para influir en el convencimiento del Juez.

3 También el concepto de utilidad debe estimarse frente al servicio que prestaría el medio de prueba para demostrar un hecho en debate y la aptitud para convencer al funcionario judicial.