

Proceso No 26497

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No.245

Bogotá D.C. cinco (5) de diciembre de dos mil siete (2007).

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación presentado por el defensor de CARLOS ALBERTO ZULETA HINCAPIE y por el procesado ALFREDO ANTONIO NARANJO HURTADO, contra la sentencia del Tribunal Superior de Distrito de Antioquia que confirmó, excepto en cuanto a la pena de multa y la cuantía de los perjuicios, la del Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro, por cuyo medio fueron condenados como autores penalmente responsables, el primero, de fraude a resolución judicial, y el segundo, de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 11 de febrero de 1991, mediante Resolución N° 070, la Corporación Autónoma Regional Rionegro - Nare, (CORNARE), otorgó a la Junta de Acción Comunal de la vereda El Molino del municipio de Guarne (Antioquia), una concesión de aguas de uso doméstico, para ser captada de las quebradas La Vizcaína y La Gallego, con el objeto de surtir el acueducto que la comunidad de esa vereda tenía proyectado construir. Sin embargo, dado

que los beneficiarios no cumplieron con los planos y demás requisitos técnicos exigidos por ese ente para hacer efectiva la concesión, el proyecto se estancó, aun cuando los recursos que en cantidad de \$ 10'000.000 había destinado el municipio (\$ 4'000.000, en la vigencia fiscal de 1992 y \$ 6'000.000 en la de 1993), sí se emplearon comprando materiales -tubería- para adelantar la obra.

Una vez elegido ALFREDO ANTONIO NARANJO HURTADO como alcalde del municipio de Guarne, para el periodo 1995-1997, éste tomó la dirección del proyecto y a partir de julio de 1996, sin contar con memorias y planos aprobados por CORNARE, inició su ejecución construyendo un tanque de almacenamiento y uno desarenador y extendiendo las redes de distribución, pero no con el fin de hacer un sólo acueducto, sino uno multiveredal, que beneficiara a aquélla, y que también cubriera las necesidades de las veredas La Popa, Romeral, Sierra Linda y La Pastorcita, empleando los recursos materiales y económicos destinados durante su administración para los acueductos de esas localidades, así como aportes y mano de obra suministrada por los habitantes de éstas.

Sin embargo, el macroproyecto despertó la inconformidad del presidente de la Junta de Acción Comunal de la vereda El Molino, porque con la merced de agua se beneficiaban comunidades que no tenían derecho a su usufructo, y por ello elevó queja ante CORNARE, entidad que, luego de constatar que para adelantar la susodicha obra el burgomaestre no presentó los documentos pertinentes para acreditar su ejecución técnica y así obtener la respectiva autorización de ese organismo, emitió la Resolución N° 2686 de 3 de junio de 1997, mediante la cual ordenó suspender la captación y construcción del acueducto multiveredal.

No obstante el burgomaestre continuó adelantando el proyecto, razón por la que el citado ente, mediante Resolución N° 6207 de 9 de diciembre, al tiempo que otorgó al municipio de Guarne una concesión de agua para las veredas La Popa y Romeral de la

“fuente sin nombre número 4 (FSN 4)”, formuló pliego de cargos al alcalde por su obrar irregular e inició procedimiento sancionatorio contra el municipio, decisión impugnada por el mandatario local y confirmada por CORNARE mediante Resolución N° 0106 de 26 de enero de 1998, en la que además sancionó al ente territorial, representado para ese momento por CARLOS ALBERTO ZULETA HINCAPIE, nuevo alcalde electo para el periodo 1998-2000, con cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Paralelamente, el presidente de la Junta de Acción Comunal de la vereda El Molino, con base en la Resolución N° 2686 de 3 de junio de 1997, ante su desatención por parte del en ese entonces alcalde de Guarne, promovió ante el Tribunal Administrativo de Antioquia una acción de cumplimiento, negada en primera instancia y concedida por el Consejo de Estado, al desatar el recurso de apelación interpuesto por el interesado, mediante sentencia de 30 de julio de 1998, en la que ordenó al alcalde del citado municipio “...localizar y utilizar legalmente fuentes de abastecimiento de agua diferentes a La Vizcaína y Los Gallegos, con los cuales se deberá alimentar el acueducto multiveredal, asegurándose que en el proceso de transición o posteriormente no se le cause perjuicio grave a los actuales usuarios de las respectivas veredas...”, para lo cual concedió un plazo de cinco meses desde de la ejecutoria de esa decisión.

Por último, como con base en el aludido fallo el mismo interesado, inició un incidente por desacato, el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante decisión de 9 de agosto de 1999, confirmada por el Consejo de Estado, el 17 de febrero de 2000, al encontrar que el burgomaestre del municipio de Guarne, CARLOS ALBERTO ZULETA HINCAPIE, fue negligente en el desarrollo de actividades para cumplir oportunamente la sentencia de 30 de julio de 1998, lo sancionó con dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Además de los escritos también presentados por el presidente de la Junta de Acción

Comunal de la vereda el Molino ante la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría para investigar a los citados funcionarios por los anteriores hechos, igualmente formuló denuncia ante la Fiscalía General de la Nación, y una vez abierta la investigación penal, a la misma fueron vinculados mediante indagatoria ALFREDO ANTONIO NARANJO HURTADO, CARLOS ALBERTO ZULETA HINCAPIE, José Yuri Arboleda Rengifo —secretario de obras públicas en la administración del último— y Carlos Alberto Zapata Venegas —contratista administrador de las obras del acueducto multiveredal—, a quienes, una vez resuelta la situación jurídica de manera provisional, el 20 de febrero de 2001 el Fiscal 108 Seccional de Antioquia, formuló pliego de cargos, en términos generales, por los delitos de peculado por apropiación, falsedad ideológica en documento público, fraude a resolución judicial y abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, de acuerdo con los artículos 133, 152, 184 y 219 del Decreto Ley 100 de 1980.

El anterior pronunciamiento fue impugnado por los defensores de de los procesados, y la Unidad de Fiscalías Delegada ante el Tribunal Superior de Antioquia, mediante resolución de 23 de mayo de 2001, lo revocó parcialmente, para en su lugar dictar preclusión de la investigación en favor CARLOS ALBERTO ZULETA HINCAPIE, José Yuri Arboleda Rengifo y Carlos Alberto Zapata Venegas, respecto de los cargos por peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público que a cada uno le fueron atribuidos, y confirmar la acusación por el delito de fraude a resolución judicial atribuido a ZULETA HINCAPIE y el de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto endilgado a ALFREDO ANTONIO NARANJO HURTADO.

La etapa de la causa fue adelantada en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro, despacho en el que el 28 de enero de 2005 se dictó sentencia condenatoria contra los dos referidos acusados por los respectivos cargos a ellos formulados, y en tal virtud a NARANJO HURTADO, por el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (artículo 416 de la Ley 599 de 2000) le fue impuesta como pena

principal uno coma cinco (1,5) unidades de multa y pérdida del empleo o cargo público, en tanto que a ZULETA HINCAPIE, por la conducta punible de fraude a resolución judicial (artículo 184 del Decreto Ley 100 de 1980), le fueron impuestos siete (7) meses de arresto y multa de tres mil (3.000) pesos, así como la interdicción de derechos y funciones públicas, como pena accesoria, por el mismo lapso de la privativa de la libertad.

Los procesados fueron también condenados solidariamente a pagar los perjuicios ocasionados, cuantificados en \$ 65'088.008,35, en favor de la Junta de Acción Comunal de la vereda El Molino, la cual en el curso de la actuación se constituyó en Parte Civil.

Del expresado fallo apelaron tanto los defensores de los acusados, como el representante de la Parte Civil, y el Tribunal Superior de Antioquia, mediante el suyo de 7 de abril de 2006, lo confirmó parcialmente, pues revocó la pena de arresto que le fue impuesta a ZULETA HINCAPIE, e incrementó la cuantía de los perjuicios a 181'570.524,90, decisión de segunda instancia contra la que los apoderados de los procesados interpusieron recurso de casación.

LAS DEMANDAS

1. El defensor de CARLOS ALBERTO ZULETA HINCAPIE, acudiendo a la vía discrecional, formula al fallo de segundo grado seis cargos, los cuales, para su presentación y desarrollo, agrupa en tres capítulos de la siguiente manera:

1.1. Capítulo primero – Nulidades.

1.1.1. En el cargo primero sostiene que la sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad porque desde el momento en que se formuló la denuncia, el profesional del derecho que afirmó actuar como apoderado especial de la Junta de Acción Comunal de la vereda El Molino, carecía de facultad y personería para actuar en el proceso.

Refiere que el letrado no contaba con poder debidamente conferido, ya que en el mandato anexo a la denuncia, si bien hay nota de autenticación de la firma de éste ante una Notaría, "...no aparece constancia de la autenticación ni de la presentación personal del representante legal de la entidad denunciante", y además al respaldo del libelo se consignó una fecha y hora de recibido "...sin que se acredite ni por quién fue recibido ni qué entidad lo recibió, ya que sólo aparece una rubrica ilegible".

Indica que por lo anterior los actos desarrollados "en nombre del inválido mandato", incluida la demanda de constitución de Parte Civil, "son igualmente inválidos... ni siquiera nacen a la vida jurídica... mal puede predicarse validez alguna de todos los actos procesales surgidos como consecuencia de su actuación".

Tras recordar que la titularidad de la acción penal descansa en el Estado, ejercida en la etapa instructiva por la Fiscalía General de la Nación, y en la de juzgamiento los jueces competentes, resalta que "...sin estar legitimado como Parte Civil, el Dr. Silvio Arturo Gómez Duque, se abrogó la titularidad del Estado en la acción penal y violentó con ello las formas propias del juicio a que tenía derecho...CARLOS ALBERTO ZULETA HINCAPIE".

Asegura, por último, que aun cuando con posterioridad, en la etapa de la causa, se otorgó nuevamente poder al profesional del derecho en cuestión "esta vez si cumpliendo los ritos establecidos en la ley", ese hecho no legitima las actuaciones anteriores "...las que como se dijo están viciadas de nulidad...".

1.1.2. Predica en el segundo cargo igualmente que la sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad, porque para cuando se vinculó mediante indagatoria al procesado, ya se había aceptado la demanda de constitución en Parte Civil, y a éste nunca se le notificó el respectivo auto, lo cual, a juicio del censor, comporta violación de lo dispuesto en el artículo 87 del Código de Procedimiento Civil, y engendra el motivo de invalidación

previsto en el artículo 140, numeral 8, de la misma codificación.

Considera que por lo “...expuesto es claro que el proceso es nulo, porque se surtió sin notificar en debida forma la demanda de parte civil, en la que además se soporta la sentencia en que se condena en perjuicios...” a su representado.

1.2. Capítulo segundo – Violación de la ley sustancial.

1.2.1. En el tercer cargo arguye la violación indirecta de la ley sustancial a consecuencia de un falso juicio de existencia porque se omitió la valoración del acta N° 1 del 13 de junio de 1996 de la “Junta Pro acueducto de la vereda el Molino”, visible a folios 588 a 591, en la cual, según el actor, quien estaba facultado para disponer del bien jurídico, emitió su consentimiento para extender el acueducto a otras veredas.

Afirma que por lo anterior la acción de cumplimiento que dio origen al proceso carecía de causa, desvirtuándose así la responsabilidad penal del procesado con base en el artículo 32, numeral 2, del Código Penal, norma que según el actor dejó de aplicarse al omitir la evaluación de la aludida prueba, cuyo contenido transcribe.

Indica que en la reunión de que da cuenta la citada acta, entre la administración municipal de Guarne y la Junta de Acción Comunal de la vereda el Molino, se trató la construcción del acueducto multiveredal para ésta y las veredas de La Popa y El Romeral, así como la conformación de una junta destinada a tratar los temas relacionados, eligiéndose a Juan Francisco Ossa Yepes como su presidente, y sin embargo éste formuló, el 4 de mayo de 1999, la denuncia penal bajo el supuesto de que el alcalde municipal del Guarne de “manera inconsulta, arbitraria e ilegal se apropió de los derechos de agua obtenidos por la Junta de Acción Comunal de la vereda El Molino en cuyo nombre actuaba, para utilizarlos en la construcción de un acueducto Multiveredal”, ocultando que el burgomaestre obró con el consentimiento del titular del bien jurídico.

1.2.2. En el cuarto cargo el libelista denuncia igualmente la violación indirecta de la ley sustancial, pero esta vez debido a un error de hecho consistente en “falso raciocinio o falso juicio de apreciación de la prueba”.

Con el fin de demostrar el yerro asegura que de acuerdo con las pruebas el acusado siempre procuró acatar lo dispuesto por el Consejo de Estado, y para ello adelantó los trámites conforme a la orden impartida consistente en “localizar y utilizar legalmente fuentes de abastecimiento de agua diferentes” para el acueducto que atendía las veredas de La Popa y El Romeral, así como asegurar que “en el proceso de transición o posteriormente no se le causara perjuicio grave a los actuales usuarios de las respectivas veredas”, labores que debía llevar a cabo “en un plazo de 5 meses contados a partir de la ejecutoria del proveído”.

Señala que el Tribunal calificó de negligente su obrar porque, supuestamente, sólo once meses después de la orden del Consejo de Estado, fue entregado a CORNARE el diseño relacionado con la fuente “FSN4” para el acueducto de las citadas veredas, pero lo cierto es que, por el contrario, en la actuación obran pruebas que nunca fueron valoradas a la luz de la sana crítica y que evidencian cómo las obras sí venían implementándose, tal y como constata con los contratos para diseñar los acueductos de La Pastorcita, y el de La Popa-Romeral, tomando la fuente “FSN 4”, y la construcción de la bocatoma, tanque desarenador y de almacenamiento de este último (f. 1206 a 1232), además de las fotografías y actas de recibo de las respectivas obras (f. 695, 696, 1265 y 1275).

Destaca que esos elementos de convicción determinaron al fiscal que resolvió la situación jurídica de su patrocinado a abstenerse de imponerle medida de aseguramiento, pues evidenció que no se había sustraído dolosamente al cumplimiento de la orden, criterio compartido por el agente del Ministerio Público al presentar sus alegatos precalificatorios.

Refiere que el juez de segundo grado tampoco valoró lo afirmado por la ingeniera Silvia Alejandra Calderón Gómez, gerente de la firma encargada del diseño de los acueductos La Popa-Romeral y La Pastorcita-Sierra Linda, a quien al preguntarle si con esos diseños se suplían las necesidades de estas veredas, afirmó que sí, pero debían construirse los dos acueductos, ya que uno solo era incapaz de atender a las otras dos comunidades, manifestación acorde con el dicho de José Yuri Arboleda Rengifo, en el sentido de que si se desconectaba totalmente la fuente Los Gallegos se afectaría el suministro a algunos usuarios de la vereda la Pastorcita, de manera que se necesitaba de un bombeo adicional de las fuentes para atender la demanda.

Resalta que de acuerdo con esos elementos de convicción es claro que la fuente “FSN 4” no podía servir a todas estas veredas y en consecuencia distinto a como se sostiene en el fallo impugnado, una motobomba no bastaba para dar cumplimiento a la decisión del Consejo de Estado, pues, a pesar de ello se carecía de caudal suficiente.

Agrega que la misma Sala de Decisión del Tribunal que profirió la condena, en relación con la situación fáctica debatida, conoció en segunda instancia de la tutela concedida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito contra las resoluciones mediante las cuales CORNARE ordenó la desconexión del acueducto de la fuente La Gallego (No. 112-0065 y No. 112-2145), advirtiéndole que la decisión adoptada por aquel ente ponía en peligro el suministro del líquido vital para las comunidades y en consecuencia confirmó la suspensión de aquéllas, conforme lo dispuso el juez de tutela de primera instancia, con base en el Decreto 2591 de 1991, artículo 8 (f. 2051 a 2069 y f. 2071 a 2090).

Concluye el cargo afirmando que “...no hubo una apreciación racional y con sana crítica de las pruebas aportadas al proceso. Se produce el fallo desconociendo otras realidades probadas en el proceso que hicieron imposible el cumplimiento de la orden judicial”.

1.2.3. Propone como subsidiario del anterior reproche un quinto cargo, en el que alega la violación directa de la ley sustancial.

Imputa a la sentencia un yerro acerca del sentido de los artículos 184 del Decreto Ley 100 de 1980, reproducido por el 454 de la Ley 599 de 2000, y 6º, 9º y 10º ibídem, por cuanto la conducta endilgada a su prohijado es “atípica”, toda vez que “se presenta una inexistencia del delito de Fraude a Resolución Judicial” por cuanto solo se produjo un desacato de la orden impartida por el Consejo de Estado según lo consagra el artículo 29 de la Ley 393 de 1997.

Indica que el error de hermenéutica ocurrió porque el Tribunal le atribuyó a la norma aplicada un sentido que no le corresponde al estimar que bastaba el solo hecho de sustraerse al cumplimiento del fallo del Consejo de Estado, ignorando que conforme a criterio de autoridad, la negativa debe obedecer a “cualquier tipo de argucia, mentira, engaños, etc., que desacata una orden legítima que se está obligado a cumplir y por ello el comportamiento debe reprimirse penalmente”¹, de lo contrario, simplemente se incurre en desacato, el cual, por lo demás, en este caso, fue sancionado (f.592 a 605).

Agrega que también se desconoció el contenido de los artículos 6, 9 y 10 del Código Penal por cuanto el juzgador no sustentó por qué el procesado se había sustraído fraudulentamente a la orden del Consejo de Estado con mentiras, engaños o argucias, para poder calificar de típica su conducta.

1.3. Capítulo tercero – Nulidad

Finalmente, en el sexto cargo el memorialista nuevamente alega que el fallo se dictó en un juicio viciado de nulidad, por pretermisión del debido proceso consagrado en los artículos 29 de la Constitución Política, habida cuenta que no se observó lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 81 de 1993, cuyo texto reproduce el artículo 115 del actual

Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), en concreto su numeral 4º, que exige resolución motivada y la notificación a los sujetos procesales para proceder al desplazamiento de un fiscal.

Destaca que el Fiscal Seccional de Guarne remitió la actuación a la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia sin mediar fundamento legal para ello, pues nunca se presentó una causal, por impedimento o recusación, que justificara la reasignación del proceso, y tras recordar a quién correspondió conocer de nuevo, reitera la falta de una resolución motivada que justificara el cambio, la cual, insiste, debía notificarse a las partes, aspecto en el que estriba el desconocimiento del debido proceso.

2. El procesado ALFREDO ANTONIO NARANJO HURTADO, invocando su condición de abogado inscrito, presentó la respectiva demanda de casación, a través de la cual formula dos reparos al fallo de segundo grado, cuyos fundamentos son:

2.1. Aduciendo acudir a la casación discrecional, formula un primer cargo como principal, en el que acusa la sentencia de violar en forma directa, por indebida aplicación, los artículos 416 y 31, inciso primero, de la Ley 599 de 2000, lo cual aparejó la violación igualmente en forma directa, pero por falta de aplicación, de los artículos 9-1, 10-1, y 13 ídem.

Luego de transcribir los preceptos invocados, indica que el dislate ocurrió al considerar los falladores, equivocadamente, como constitutivos del delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e Injusto los siguientes hechos a él imputados:

(a) Disponer la construcción del acueducto sin la autorización previa del ente administrativo competente;

(b) Proseguir con la obra a pesar de la orden de suspensión, y

(c) Desatender la resolución mediante la cual se otorgó a la Junta de Acción Comunal de la vereda El Molino una merced para extraer aguas de las quebradas la Vizcaína y Los Gallegos, y en contravía del aludido acto, usar esas fuentes para alimentar el acueducto que abastecería a aquella vereda, así como a las veredas de La Popa, Romeral, La Pastorcita y Sierra Linda.

Señala que corresponde entonces examinar si esos actos son “arbitrarios e injustos”, y de entrada admite que sustraerse al cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos comporta un acto contrario a derecho en la medida que entraña una conducta diversa a la jurídicamente impuesta.

Expresa que teniendo en cuenta que el derecho penal es la “última ratio”, “es claro que por excepción un comportamiento de dicha naturaleza puede generar responsabilidad de ese carácter”, dado que es posible acudir a otras esferas del derecho para restablecer el orden jurídico quebrantado, tal como sucedió en este caso, donde el ente administrativo competente resolvió ordenar la suspensión de las obras, así que el primer hecho, es decir, disponer la construcción del acueducto sin la autorización previa, no puede considerarse como un “acto arbitrario e injusto”.

Respecto del segundo de los supuestos fácticos, estos es, proseguir con la obra a pesar de la orden de suspensión, destaca que si bien desde el punto de vista jurídico no es inane, tampoco puede calificársele de arbitrario e injusto, por cuanto para sancionarlo existen dentro del ordenamiento jurídico otras herramientas, como la acción disciplinaria, la cual en el caso particular se utilizó por la Procuraduría General de la Nación.

Sostiene que si bien en relación con las providencias de carácter judicial en ocasiones es necesario acudir como “última ratio” al derecho penal para garantizar su cumplimiento, no era a través del abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto que debió reprenderse la conducta, atendido su carácter residual, sino del fraude a

resolución judicial, por lo que, según el libelista, se está frente a un error en la selección de la norma.

Respecto del tercero de los eventos, expresa que no atender la resolución que reguló la captación del agua, es comportamiento frente al cual cabe hacer las mismas argumentaciones ofrecidas para el segundo de los supuestos, pues como viene de señalarse “solo por excepción puede declararse como punible, mas no a título de abuso de autoridad sino de fraude a resolución judicial”.

Agrega que en este último caso el desacato no puede entrañar el punible de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, porque el mismo Tribunal se abstuvo de negar las bondades de la construcción del controvertido acueducto, por lo que califica la decisión del ad-quem de contradictoria al estimar arbitrario e injusto no solo el desconocimiento de la aludida resolución sino su interés por beneficiar a habitantes de la vereda en cuyo favor originalmente se autorizó la obra, así como porque aprovechó a los moradores de otras localidades.

Señala que prueba de la ausencia de arbitrariedad e injusticia en su obrar es que CORNARE aprobó luego la ampliación del caudal inicialmente permitido, con el fin de atender la necesidad no de una sino de varias veredas (Resolución No. 5373 del 31 de octubre de 1997), y que nada de arbitrario e injusto tuvo su conducta, pues como alcalde del municipio estaba obligado a cumplir los postulados del Estado social de derecho y por ende procurar la mejor la calidad de vida del mayor número de habitantes de su jurisdicción, incluyendo a los de la vereda El Molino.

Estima que su gestión fue importante porque a pesar de que la comunidad de la vereda El Molino había sido autorizada años atrás para captar el agua de las fuentes, no contaba con los medios para construir el acueducto, lo cual sólo fue posible gracias a la intervención de la administración municipal que vio en ese proyecto la oportunidad de extender el

servicio a otros sectores, situación que no puede calificarse como un abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

2.2. De manera subsidiaria al anterior reproche, en el segundo cargo igualmente el actor alega la violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación de los artículos 2.341, 2.343, inciso primero, y 2.344, inciso primero, del Código Civil, así como de los artículo 94 y 96 de la Ley 599 de 2000.

Destaca que el Tribunal consideró que dos personas halladas responsables dentro de un mismo proceso cada una por diferente conducta punible, podían ser condenadas en forma solidaria a pagar la totalidad de los perjuicios resultantes de sumar los daños causados individualmente por los respectivos delitos.

Afirma que si bien el ad-quem reconoció que cada uno de los procesados nada tuvo que ver en la comisión de la conducta punible imputada al otro, indebidamente acumuló todos los perjuicios, sin especificar a quién correspondía responder por cada uno de ellos, en especial sin tener en cuenta los periodos en que los procesados fungieron de alcaldes y la conducta punible por la que fueron condenados.

Agrega que al proceder de la forma anotada, es evidente que el ad-quem aplicó indebidamente las citadas normas sustanciales, las cuales impiden acumular los perjuicios de una conducta punible cometida por otra persona, y en consecuencia pide casar el fallo con el fin de establecer por cuáles debe responder individualmente, visto el periodo en que fungió de alcalde.

Señala que el recurso extraordinario en este cargo procede por razón de la cuantía, de acuerdo con el artículo 366 del Código de Procedimiento Civil.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

El Procurador Cuarto Delegado para la Casación Penal, tras una fuerte crítica a las demandas por la inobservancia de las exigencias técnicas en cada uno de los cargos propuestos, acerca de los respectivos dislates señala lo siguiente:

1. Respecto de los cargos presentados en la demanda a nombre de CARLOS ALBERTO ZULETA HINCAPIE

1.1. En primer lugar asume el estudio del cargo sexto, indicando que el mismo no tiene vocación de éxito, como quiera que nada de irregular tuvo en el presente caso el cambio de un fiscal por otro, haciendo ver, en principio el Delegado que la norma citada por el demandante en verdad no fundamenta su pretensión, porque en éste caso no se trató de un relevo de fiscales dispuesto por el Fiscal General de la Nación, y porque además se trataba de funcionarios de idéntica categoría, adscritos a la misma Unidad Seccional de Fiscalía.

Agrega que de acuerdo con el criterio jurisprudencial de esta Sala, el cambio de un fiscal por otro de la misma categoría no conspira contra el debido proceso ni las garantías de las partes, y en consecuencia considera que el cargo no debe prosperar.

1.2. Respecto del cargo primero refiere que el “vitium in omettendo” que se propone de fondo bajo el argumento de la falta de poder debidamente conferido al representante de los intereses privados ni siquiera se presenta, pues la lectura de la normatividad vigente para cuando se presentó la demanda de constitución de parte civil, así lo permite afirmar, además que la nueva legislación mantiene la misma regulación.

Destaca que si bien es cierto que el artículo 46 del Decreto 2700 de 1991 preveía que “quien pretenda constituirse en parte civil dentro del proceso penal, si no fuere abogado titulado, otorgará poder para el efecto”, en modo alguno allí o en otra norma se exigía o exige ahora una formalidad específica para hacerlo, pues si la hubo y la hay, es para el apoderado del procesado según se lee en los artículos 139 y

154 del decreto en mención.

Agrega que la censura no se pliega a las categorías del procedimiento civil para alegar la nulidad, pues al fundarse en el numeral séptimo del artículo 140 de la respectiva codificación, basta observar su contenido para pronto percatarse que no se presenta irregularidad alguna por cuanto “sólo se configurará por carencia total de poder para el respectivo proceso” y ese no es el supuesto de hecho que pacíficamente señala la actuación y admite el actor.

Precisa que de acuerdo con la jurisprudencia de la materia (civil), el demandante no tiene legitimación para promover la nulidad, porque ello es del exclusivo resorte de quien se vea perjudicado con la indebida representación y aquí sucede que en modo alguno la Junta de Acción Comunal de la vereda El Molino mostró objeción frente a su representante judicial, por el contrario, ratificó su voluntad de mantenerle el mandato en las postrimerías de la etapa del juicio.

Por último indica que lo aducido por el actor en el sentido de que el apoderado de la parte civil, en virtud del supuesto poder irregular se abrogó “la titularidad del Estado en la acción penal”, carece de acierto por cuanto en nuestro Estado de derecho la participación de la víctima en el proceso penal a través de su representante judicial cuando se trata de delitos que se adelantan de oficio, exclusivamente se remite a concretar los principios de verdad, justicia y reparación, y en modo alguno a dirigir la actuación o adoptar decisiones judiciales a su interior.

Con base en lo anterior solicita la improsperidad de la censura.

1.3. Respecto del cargo segundo puntualiza el Delegado que el Decreto 2700 de 1991 bajo cuya vigencia se aceptó el libelo, en su artículo 47 señalaba la admisión de la demanda de constitución en Parte Civil debía hacerse a través de providencia interlocutoria, resaltando que con estricto apego a ello el funcionario instructor de

turno procedió y notificó a quienes por esa calenda eran parte, decisión que cobró firmeza el 20 de octubre de 1999.

Agrega que aun cuando el 1 de diciembre siguiente fue vinculado formalmente mediante indagatoria el procesado y es claro que a partir de allí éste tuvo conocimiento de la actuación de forma íntegra, incluida por supuesto la demanda de parte civil.

Señala que el sofisticado argumento del censor desconoce el principio de preclusión, según el cual quien arriba al proceso lo asume en el estado en que se encuentra, y que la misma actuación se encarga de despejar cualquier duda, porque por conducta concluyente aquél se enteró de la existencia de la parte civil y la demanda, pues se notificó personalmente del proveído por medio del cual se denegaba el recurso interpuesto por el representante de ella contra la decisión que le resolviera la situación jurídica de manera provisional.

Precisa que, adicionalmente, las irregularidades en la notificación de la demanda no es posible alegarlas por quien tuvo oportunidad de hacerlo durante el proceso y guardó silencio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 143 del Código de Procedimiento Civil.

Estima el agente del Ministerio Público que las razones anotadas conducen a la improsperidad del cargo.

1.4. En cuanto al tercer cargo en el que el demandante alega la violación indirecta de la ley sustancial como consecuencia de un error de hecho consistente en falso juicio de existencia, señala que el planteamiento es equivocado, ya que el delito atribuido al acusado es el de fraude a resolución judicial y si lo discutido es la aplicación del artículo 32, numeral 2°, del Código Penal, con base en que el representante legal de la Junta de Acción Comunal de la vereda El Molino consintió en la construcción del acueducto como lo hizo el respectivo alcalde, no se observa la relación del argumento frente al caso

concreto.

Señala que al parecer el actor confundió el rumbo de la defensa, porque en gracia de discusión un ataque de ese talante se correspondería de manera más lógica con la situación jurídica del otro acusado, a quien se le imputa el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto por haber construido el referido acueducto en contra de lo autorizado para la vereda en cita, la que de paso, recuerda el Ministerio Público, opuso resistencia a ello por las vías legales.

En estas condiciones el ataque carece de toda trascendencia, e incluso traiciona el contenido material de la prueba que reclama como omitida, esto es, el acta No. 1 del 13 de junio de 1996, por cuanto en parte alguna de ella se consignó la autorización que pregona el recurrente, además que en opinión del Delegado, contrario a lo denunciado por el actor, el Tribunal sí valoró ese elemento de convicción y por ende hasta el presunto error de hecho por falso juicio de existencia por omisión no concilia la realidad procesal.

Estima, en consecuencia, que el cargo no está llamado a prosperar.

1.5. En relación con el cargo cuarto, en el que el libelista igualmente denuncia la violación indirecta de la ley sustancial, pero a consecuencia de un error de hecho por falso raciocinio, el colaborador de la Procuraduría es del criterio que el demandante tácitamente aludió al desconocimiento de la máxima de la experiencia según la cual nadie está obligado a lo imposible, pues en palabras del actor los juzgadores no tuvieron en cuenta que conforme a la realidad probada en el proceso “se hizo imposible el cumplimiento de la orden judicial”.

Así, tras referirse al contenido de las pruebas en las que se fundamentó la decisión de condena en las instancias, el agente del Ministerio Público refiere que lo importante es que en esa valoración se reconocieron las dificultades presupuestales que enfrentó el

procesado para dar cumplimiento al fallo del Consejo de Estado, y que en consecuencia el Tribunal en contra de las leyes de la experiencia, porque ignora que para realizar gestiones en la administración pública existe un intrincado ordenamiento positivo, pero además, que conforme lo señalaran las pruebas, una sola fuente de agua no abastecía a la comunidad, concluye que el comportamiento del procesado fue doloso, cuando es eminentemente culposo, tal y como lo reconoce en varios pasajes que trae del Consejo de Estado, en los que se señala que el acusado actuó con “negligencia”, factor generador de la culpa.

Destaca que, contrario a lo estimado por el Tribunal, no es suficiente con conocer de la existencia de la decisión judicial y aún dejarla de cumplir, sino que surge como necesario que la omisión sea exclusivamente dolosa y no siéndolo aquí la conducta deviene en atípica, porque el procesado definitivamente no se separó de su obligación por cuanto los hechos que incluso admite el Tribunal y califica de extemporáneos son tozudos en señalar lo contrario.

Con base en lo anterior afirma que el cargo debe prosperar.

1.6. Finalmente, en cuanto al quinto cargo que de manera subsidiaria propone el libelista por violación directa de la ley sustancial, el Delegado de la Procuraduría sostiene que en el mismo se incurre en plurales defectos formales relacionados con el principio de autonomía, porque al denunciar la interpretación errónea de una norma de derecho de carácter sustancial llamada a resolver el caso y al consistir ello en que el Juzgador selecciona correctamente el precepto pero le da un alcance que jurídicamente no le corresponde, a la par no podía discutir la “atipicidad” de la conducta, pues por esta vía niega de su aplicación.

Destaca que el desacierto se complementa cuando alega que el Juzgador no atinó a sustentar en el fallo que el procesado se había sustraído fraudulentamente a la orden del

Consejo de Estado, porque dos situaciones nuevas se desprenden de aquí: o la sentencia tiene una motivación deficiente, lo cual de suyo traslada el tema a una irregularidad que afecta el debido proceso; o de otro lado, como parece ser el sentido de lo expuesto en la censura, no está demostrada la sustracción del procesado en los términos que recoge la norma aplicada, es decir, el fraude a resolución judicial.

Agrega que en todo caso, de omitirse lo anterior, la Corte Suprema de Justicia no podría examinar la censura expresada en los términos en que lo hace el actor, por cuanto le correspondería tomar partido por una de las tesis planteadas, es decir, o hubo un error del Juzgador en relación con el alcance de la norma de derecho de carácter sustancial que resuelve el caso y por tanto debe fijar su sentido y consecuencias, o definitivamente la conducta es atípica y por ende así ha de declararlo.

Destaca que ninguna de esas alternativas es posible acoger, porque en cuanto hace al supuesto error de hermenéutica, es claro que lo denunciado en realidad es la aplicación indebida del artículo 184 del Decreto Ley 100 de 1980 (hoy artículo 454 de la Ley 599 de 2000) por una errónea interpretación de lo que ha de entenderse por “sustraer” y según lo señalado al examinar el cargo anterior, no debe asimilarse a la expresión “fraude”, por tanto, si a ello se contrajo el cargo, no logra su propósito, pues a lo que refiere ese verbo es a la decisión deliberada (dolosa) que se manifiesta en el designio de burlar toda acción orientada a lograr el cumplimiento de la resolución judicial.

Con base en lo anterior considera que el reproche no tiene vocación de éxito.

2. Respecto de los dos cargos presentados en la demanda sustentada por el acusado ALFREDO ANTONIO NARANJO HURTADO, refiere el delegado de la Procuraduría lo siguiente:

2.1. En cuanto a la violación directa que como cargo principal expone el demandante, es del criterio el agente del Ministerio Público que la argumentación allí contenida no

pasa de un alegato de instancia, con el que se pretende imponer una valoración diferente a la precisada en las instancias.

Destaca que de los tres supuestos fácticos que el demandante dice le fueron atribuidos como constitutivos del concurso homogéneo de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, sólo el tercero coincide con los hechos imputados tanto en la acusación como en los fallos, y que como el argumento para refutar la estructuración de la conducta punible lo esgrimió por parejo respecto de los tres, en todos los eventos llega a la equivocada conclusión de que mientras existan medios alternativos al derecho penal, como en este caso lo fueron la orden administrativa de suspensión de las obras y la sanción disciplinaria que en efecto le fue impuesta, no se configura el delito consagrado en el artículo 184 del Decreto Ley 100 de 1980.

Refiere que con tal concepción el demandante ignora que el legislador dentro de su libertad de configuración del ordenamiento jurídico puede prever sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales respecto de un mismo comportamiento, como en efecto ocurre aquí, conforme ya se tuvo oportunidad de indicar al examinar el cargo inmediatamente anterior.

Agrega que el desarrollo del cargo traiciona el principio lógico de no contradicción por cuanto si lo demandado es la atipicidad del comportamiento, no tiene asidero que el actor alegue que el comportamiento no estructura el delito de abuso de autoridad, pero sí el de fraude a resolución judicial por el desconocimiento de las resoluciones de CORNARE acerca de las limitaciones para la concesión de aguas.

En síntesis, el Ministerio Público estima que por las contradicciones de que hace gala el reproche y la ausencia de razón del mismo, el cargo no debe prosperar.

2.2. Considera el Delegado frente al cargo subsidiario, que el mismo no debe prosperar ya que parte de un equívoco imperdonable, cual es desconocer el nexo causal entre la

conducta desplegada por el recurrente y el resultado del daño por él causado, resultando inocultable que bajo su administración se dio inicio a las obras irregulares del acueducto multiveredal las que luego dieron lugar al perjuicio señalado por el Tribunal.

Sostiene que para dar la razón al impugnante, en cuanto que sólo debía responder por las consecuencias producidas hasta cuando fue alcalde del municipio, habría tenido que demostrar en el proceso —y por supuesto no lo hizo— que tras culminar su mandato oficial a pesar de sus ingentes esfuerzos no le fue posible impedir la continuación de las obras, pero visto está que por el contrario abandonó todo interés en ello, en consecuencia debe responder solidariamente por todos los daños causados.

Indica el Delegado que al ponerse al margen de la ley y por ende omitir lo dispuesto en la resolución a través de la cual se autorizó a la Junta de Acción Comunal de la vereda El Molino la construcción de su acueducto con unas limitaciones para captar aguas de las fuentes La Vizcaína y Los Gallegos, todo cuanto por ello se produjo le es atribuible al procesado.

Por último precisa que tampoco debe preocupar al recurrente que se le haya condenado por la totalidad de los perjuicios, pues bien puede intentar luego librarse de aquella carga, repitiendo en la parte que corresponda, contra el coprocesado que fue junto con él, condenado al pago solidario de los perjuicios.

3. Finalmente el Ministerio Público demanda la intervención oficiosa de la Corte, para casar el fallo de condena respecto de NARANJO HURTADO, ya que de acuerdo con la jurisprudencia por favorabilidad debe aplicarse la actual codificación penal sustantiva en punto de la descripción típica del delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, pues en la resolución de acusación y de acuerdo con la legislación en ese entonces vigente, al procesado se le atribuyó la condición de “arbitrario” a su comportamiento, deviniendo atípico tal proceder frente a la nueva legislación que exige

las dos condiciones para perfeccionar el encuadramiento en la norma.

Además solicita que en el evento de que no se acceda a esta sugerencia, sea retirada la pena de pérdida del cargo que le fue impuesta al aludido procesado, como quiera que la misma no estaba prevista para el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto en el Código de Penal vigente para la época de los hechos.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Demanda a nombre de CARLOS ALBERTO ZULETA HINCAPIÉ.

Con el fin de atender el principio de prioridad que gobierna el recurso extraordinario, la Sala se ocupará de responder en orden progresivo los cargos concernientes a la nulidad de la actuación (cargos uno, dos y sexto), como de la misma manera lo hizo el representante del Ministerio Público en su concepto; luego los que se relacionan con la presunta violación indirecta de la ley sustancial (cargos tres y cuatro), y por último el propuesto como subsidiario, consistente la violación directa del ordenamiento sustantivo (cargo quinto).

1.1. La nulidad.

1.1.1. Sostiene el actor en el cargo primero, que el fallo condenatorio que afecta a su prohijado se dictó en un juicio viciado de nulidad, pues entiende que quien promovió la acción penal, aduciendo obrar en nombre de la Junta de Acción Comunal de la vereda El Molino, carecía de un poder con las formalidades para actuar de esa manera y que por ende todas las actuaciones derivadas a partir de ese mandato “irregular” son inválidas.

El reproche carece de fundamento, y una razón, aun que elemental, es suficiente para evidenciar su improsperidad: como bien lo reconoce el mismo libelista la titularidad de la acción penal descansa en el Estado, y durante la fase instructiva o de investigación,

salvo las excepciones constitucionales y legales, es ejercida a través de la Fiscalía General de la Nación², a partir del momento en que, por cualquier medio válido, como denuncia, querrela, o petición especial de autoridad, tiene conocimiento de la probable ocurrencia de una conducta lesiva de bienes jurídicamente tutelados.

Hace abstracción el demandante de que en el evento examinado la conducta imputada al procesado y por la que resultó condenado, es de aquellas perseguibles de oficio, y que por lo tanto para que el Estado ejerciera su jurisdicción frente a ese comportamiento, bastaba con que llegara a su conocimiento por cualquier medio, como en este caso la denuncia instaurada por los ciudadanos Juan Francisco Ossa Yépez, presidente de la Junta de Acción Comunal de la vereda el Molino, y el abogado Silvio Arturo Gómez Duque, sin que importe, para el ejercicio válido de la acción penal a cargo del Estado, si aquéllos obraron o no como representantes de las posibles víctimas.

La irregularidad destacada por el censor respecto del poder anexo a la denuncia, consistente en la carencia de reconocimiento de la firma del presidente de la Junta de Acción Comunal de la vereda El Molino, es en consecuencia intrascendente para viciar la actuación y ocasionar la nulidad como lo pretende el recurrente.

1.1.2. El reproche por nulidad que en orden de progresividad incumbe ahora estudiar, es el propuesto de último, esto es, el cargo sexto, en el que el actor afirma el desconocimiento del debido proceso, porque se produjo un cambio del fiscal que venía tramitando la instrucción sin causa que se cumpliera con lo establecido en el artículo 115-4 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), norma de igual redacción al artículo 17 de la Ley 81 de 1993, que modificó el 121 del Decreto 2700 de 1991.

El fundamento del cargo ya había sido expuesto ante el fallador de segundo grado, quien lo desestimó, como igualmente debe hacerlo la Sala.

Sin duda las constancias procesales enseñan que inicialmente la presente investigación

la adelantó el Fiscal Segundo Seccional de Guarne y de allí pasó “por reparto” al conocimiento del Fiscal Seccional Ciento Ocho de Medellín, ambos funcionarios adscritos a la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia.

El sustento normativo invocado por el actor para fundamentar la irregularidad, no acredita que la razón esté de parte del impugnante, pues el artículo 121 del Decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal de entonces), modificado por el 17 de la Ley 81 de 1993, prevé las funciones del Fiscal General de la Nación en el proceso penal, y en su numeral cuarto exigía una resolución motivada cuando el “Fiscal General de la Nación” durante la etapa de la investigación procedía a “ordenar la remisión de la actuación adelantada por un fiscal delegado al despacho de cualquier otro”, decisión que si bien debía ser puesta en conocimiento de las partes, no admitía —y hoy tampoco (Ley 600 de 2000, artículo 115)— recurso alguno.

En este caso no se trataba de una investigación adelantada por un fiscal delegado, ni el Fiscal General de la Nación ordenó el cambio de funcionario, además que el demandante soslaya que ambos fiscales pertenecían a la misma Dirección Seccional de Fiscalías, y que el expediente se sometió a reparto.

Ahora bien, no sobra destacar que el artículo 39 del Decreto 2699 de 1991 (Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación), vigente para la época de la actuación controvertida, confería en su numeral primero a las Direcciones Seccionales de Fiscalía la facultad de “asignar y controlar las actividades de investigación y acusación adelantadas por sus unidades de fiscalía adscritas”, de donde se colige que a ello se contrajo el trámite en el que el libelista fundamenta su pretensión.

Además, la Sala tiene dicho que el cambio de fiscal por otro de igual jerarquía, aún sin mediar acto que lo disponga, no genera ninguna consecuencia negativa trascendente respecto de la actuación o de las partes.³

En consecuencia, el cargo no prospera.

1.1.3. Finalmente, resta a la Sala ocuparse del cargo segundo, a través del cual aspira el censor a alcanzar el efecto enervante del fallo condenatorio, con base en que la demanda de constitución en Parte Civil de la Junta de Acción Comunal de la vereda El Molino, nunca fue notificada personalmente al procesado, porque cuando se obtuvo su vinculación mediante indagatoria, aquél hecho ya había ocurrido.

El artículo 47 del Decreto 2700 de 1991 (Ley 600 de 2000, artículo 49) bajo cuya vigencia se aceptó el libelo, señalaba que la decisión acerca de la admisibilidad de la demanda de Parte Civil se adoptaba mediante decisión interlocutoria, y con estricto apego a ello el funcionario instructor de turno procedió y notificó a quienes por esa calenda eran parte, decisión que cobró firmeza el 20 de octubre de 1999.

Ahora bien, es cierto que el 1 de diciembre siguiente fue vinculado formalmente mediante indagatoria el procesado, pero igualmente es claro que a partir de allí tuvo conocimiento de la actuación de forma íntegra, incluida por supuesto la demanda de parte civil; es más, la misma actuación se encarga de despejar cualquier duda acerca del conocimiento que el procesado tenía de la existencia de Parte Civil reconocida, porque por conducta concluyente aquél se enteró de la existencia de la parte civil y la demanda, dado que se notificó personalmente del proveído por medio del cual se negó el recurso interpuesto por el representante de ese sujeto procesal contra la decisión que resolvió la situación jurídica de manera provisional del acusado.

Esas y otras actuaciones posteriores dan cuenta de que el enjuiciado supo de la existencia de la demanda de constitución de parte civil y en consecuencia por esta vía es inocultable que contó con la oportunidad suficiente de ejercer a plenitud el derecho de contradicción frente a las pretensiones en ella consignadas.

Desde esa perspectiva es evidente que, en cuanto a tañe al derecho de defensa del

procesado, frente a aspectos penales, y del debido proceso en especial, ninguna mengua sufrió el procesado, además que si la inconformidad pudiese estar dirigida a restar validez a la condena civil —aspecto no expresado en la censura—, el infortunio del cargo es manifiesto ya que, tal y como lo anota el agente del Ministerio Público, el artículo 143 del Código Procesal de la especialidad prevé que las irregularidades en la notificación de la demanda no es posible alegarlas por quien tuvo oportunidad de hacerlo durante el proceso y guardó silencio⁴.

Así las cosas, el cargo no prospera.

1.2. La violación indirecta de la ley sustancial.

1.2.1. En el cargo tercero, primero de los reproches en los que por la vía anunciada aspira el libelista a quebrar la doble presunción de acierto y legalidad, se denuncia la ocurrencia de un error de hecho consistente en falso juicio de existencia.

Con sujeción a las exigencias lógico argumentativas propias del vicio alegado, el libelista ciertamente identifica de manera clara el elemento de convicción cuya apreciación habrían omitido los falladores de primero y segundo grado, precisando que se trata del acta N° 1 de 13 de junio de 1996, de la “Junta pro acueducto de la vereda El Molino”, en la que, según el actor, quien estaba facultado para disponer del “bien jurídico” emitió su consentimiento, luego por no apreciar esta prueba entiende el memorialista que se dejó de aplicar el artículo 32-2 de la ley 599 de 2000.

La norma que se denuncia como infringida por falta de aplicación, prevé las causales de ausencia de responsabilidad, y su numeral segundo consagra esa consecuencia cuando el sujeto activo de la conducta “actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo”.

Tal y como lo destaca, entonces, el agente del Ministerio Público, el planteamiento es

equivocado, ya que el injusto atribuido al procesado es el de fraude a resolución judicial, en el que el ofendido es la administración de justicia, y por lo tanto el Estado, luego un particular en ningún caso podría avalar o consentir el desconocimiento del bien jurídico que preserva la norma.

Ahora bien, según el actor, el hecho o circunstancia relevante del que da cuenta la prueba omitida, consiste en que los titulares de la concesión de aguas otorgada por CORNARE, habrían autorizado al alcalde de ese entonces a utilizar las fuentes de abastecimiento para el acueducto multiveredal que éste se propuso construir, luego, como lo resalta el Delegado, "...el actor confundió el rumbo de la defensa, porque en gracia de discusión un ataque de ese talante se correspondería de manera más lógica con la situación jurídica del otro acusado, a quien se le imputa el delito de Abuso de Autoridad por Acto Arbitrario e Injusto por haber construido el referido acueducto en contra de lo autorizado para la vereda en cita, la que de paso se recuerda, opuso resistencia a ello por las vías legales".

Además, en punto del delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, el ofendido y por ende titular del bien jurídico, no era la Junta de Acción Comunal de la vereda El Molino, si no la Nación bajo la administración de la Corporación Autónoma Regional Rionegro-Nare (CORNARE), por cuanto el agua es un recurso natural renovable perteneciente exclusivamente a ésta⁵, así que por esta vía igual se concluye que la Junta de Acción Comunal de la citada vereda, a través de su representante, tampoco podía disponer del mismo, pues precisamente por esa limitante fue que la comunidad tuvo que acudir a la referida Corporación primero para solicitar la merced de agua y luego para quejarse de su desconocimiento por parte del alcalde.

De remate dígase que al constatar el texto de la prueba supuestamente omitida, es palmario que el recurrente traiciona su literalidad, siendo por contrario su obligación ser fiel

a su contenido, toda vez que en parte alguna del documento en cita (f. 288 a 591) se observa que los asistentes a la reunión que da cuenta el acta hubiesen dado autorización expresa o tácita al burgomaestre de entonces para adelantar la construcción de un acueducto como el que el aludido funcionario ejecutó sin el cumplimiento de los requisitos legales.

Lo anterior es suficiente para concluir la improsperidad del cargo.

1.2.2. En el cuarto cargo el demandante alega la violación indirecta de la ley sustancial, según él, como consecuencia de un “falso raciocinio o falso juicio de apreciación de la prueba”.

El falso raciocinio, como modalidad de error de hecho, difiere del falso juicio de existencia y del falso juicio de identidad, en que el medio de prueba existe legalmente y su tenor o expresión fáctica es aprehendida por el funcionario con total fidelidad, sin embargo, al valorarla, al sopesarla, le asigna un poder suasorio que contraviene los postulados de la sana crítica, es decir, las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o sentido común, o las leyes de las ciencias.

Al proponer un yerro como éste, el demandante corre con la carga de demostrar cuál postulado científico, o cuál principio de la lógica, o cuál máxima de la experiencia fue desconocido por el juez, e igualmente tiene el deber de indicar cuál era el aporte científico correcto, o cuál el raciocinio lógico, o cuál la deducción por experiencia que debió aplicarse para esclarecer el asunto.

Adicionalmente, como es sabido, bien se trate de errores de derecho o de hecho, tras demostrar objetivamente el dislate, es perentorio acreditar su trascendencia o, lo que es lo mismo, que de no haberse incurrido en él, la declaración de justicia hecha en sentencia habría sido distinta y favorable a la parte que alega el respectivo desaguisado.

En el presente evento el actor traiciona la postulación del cargo, pues lejos de identificar la regla de la sana crítica desconocida, pronto abandona el desarrollo de la censura, al sostener que el desacierto del fallo se manifestó a consecuencia de la omisión de las pruebas que acreditan que su representado siempre procuró acatar la decisión del Consejo de Estado, predicado con el que incursiona en la modalidad de error de hecho consistente en falso juicio de existencia.

Ahora bien, el demandante sostiene que las pruebas desconocidas por los juzgadores fueron aquellas que evidencian cómo las obras sí venían implementándose, tal y como constata con los contratos para diseñar los acueductos de La Pastorcita y el de La Popa-Romeral, tomando la fuente “FSN 4”, y la construcción de la bocatoma, tanque desarenador y de almacenamiento de este último (f. 1206 a 1232), además de las fotografías y actas de recibo de las respectivas obras (f. 695, 696, 1265 y 1275), así como la declaración de la ingeniera Silvia Alejandra Calderón Gómez, gerente de la firma encargada del diseño de los acueductos La Popa-Romeral y La Pastorcita-Sierra Linda, a quien al preguntarle si con esos diseños se suplían las necesidades de estas veredas, afirmó que sí, pero debían construirse los dos acueductos, ya que uno solo era incapaz de atender a las otras dos comunidades.

Contrario a lo afirmado por el recurrente, los falladores de primero y segundo grado sí valoraron los hechos a los que aluden los elementos de convicción referidos por el actor, lo cual descarta el falso juicio de existencia, empero, lo que ocurre es que tanto el juez unipersonal como el plural, tienen en cuenta esas circunstancias como demostrativas de un actuar tardío, fuera del plazo señalado por el Consejo de Estado, y acogiendo las consideraciones expuestas por esa Corporación en la decisión mediante la cual sancionó al procesado, le atribuyen un obrar manifiestamente “negligente”.

La Sala difiere del planteamiento del agente del Ministerio Público, en cuanto estima que el postulado de la sana crítica al que tácitamente aludió el memorialista, consiste en que

el Tribunal desconoció la máxima de la experiencia de acuerdo con la cual “nadie está obligado a lo imposible, pues en palabras del actor el fallor no tuvo en cuenta que conforme a la realidad probada en el proceso “se hizo imposible el cumplimiento de la orden judicial”.

La propuesta del Ministerio Público, aunque valiosa, termina por atribuirle a la pretensión del demandante un sentido que en verdad no tiene, ya que lo reclamado por éste es la atipicidad del comportamiento, en tanto que en lo argumentado por el Delegado de la Procuraduría habría que aceptar que el comportamiento es típico, pero exento de responsabilidad penal por la configuración de una causal enervante de ésta, como lo es la prevista en el artículo 32, numeral 1, de la Ley 599 de 2000 (antes artículo 40, numeral 1, Decreto ley 100 de 1980), esto es, cuando el sujeto agente realiza la acción u omisión en los eventos de “caso fortuito o fuerza mayor”.

En conclusión, puesto que en el desarrollo de la censura el demandante menciona la ocurrencia de dos vicios, ninguno de los cuales desarrolla de forma tal que, o bien enseñe a la Corte en qué consistió el desconocimiento de la sana crítica que llevó a los juzgadores a adecuar su comportamiento en el delito de fraude a resolución judicial, o cuáles fueron los hechos incorporados por pruebas cuya valoración omitió el ad-quem y que habían tenido la trascendencia de enervar el juicio de tipicidad, la propuesta deviene en un alegato de instancia, sin que, en razón del principio de limitación, pueda atribuírsele el alcance que le otorga el Delegado de la Procuraduría.

Lo anterior es suficiente para concluir la improsperidad del cargo.

1.3. El quinto cargo propuesto por el demandante como subsidiario del cuarto, en realidad debe entenderse como secundario de los dos anteriores, dado que en aquéllos lo cuestionado, como se vio, fue la valoración probatoria, en tanto que lo alegado en éste, según expresamente lo advierte el libelista, es la violación directa de la ley

sustancial, y en su desarrollo, sin incurrir el actor en predicados acerca de la estimación de los elementos de convicción, lo denunciado es la atipicidad de la conducta, porque los falladores consideraron que el simple incumplimiento del fallo del Consejo de Estado constituía la conducta punible de fraude a resolución judicial.

En sentir del libelista, el comportamiento que se le reprocha a su prohijado no fue más allá del desacato previsto en “el artículo 29 de la Ley 393 de 1998” —en verdad es de 1997—, y agrega que, sin embargo, los falladores lo adecuaron en el tipo penal originalmente previsto en el artículo 184 del Decreto Ley 100 de 1980 —vigente para la época de los hechos—, ahora recogido en iguales términos en el artículo 454 de la Ley 599 de 2000, sin tener presente que un comportamiento semejante sólo puede tener reproche penal cuando “la negativa obedece a cualquier tipo de argucia, mentira, engaño, etc.,” aserto que respalda en jurisprudencia de la Sala.

Siendo esa en concreto la factura del reproche, desde ahora debe advertir la Sala su prosperidad, pues así concebida la crítica se entiende que el sentido de la violación propuesta por el actor es la indebida aplicación de las respectivas normas sustantivas, vicio que se manifestó por una equivocada intelección de los juzgadores de los elementos estructurales de la conducta punible atribuida al procesado, pues como lo recalca el demandante para su configuración era menester que el incumplimiento de la resolución judicial, en este caso del fallo del Consejo de Estado, obedeciera a un obrar fraudulento del acusado, entendiendo por contrario los jueces de primero y segundo grado que apenas bastaba con el objetivo desacato de la orden.

Se ofrece, entonces, oportuno señalar que distinto a como lo entendió el agente del Ministerio Público, ningún error garrafal observa la Sala en la propuesta de casación, pues aun cuando es cierto que el libelista expresa que el dislate se “...fundamenta en un yerro del fallador sobre el sentido de la norma sustancial aplicada...”, en lo cual percibe el Delegado una contradicción, lo cierto es que de manera repetida y pacífica la

jurisprudencia de la Sala ha puntualizado que a la aplicación indebida o a la falta de aplicación de una norma sustancial puede llegarse por la interpretación errónea de la misma:

“[L]a falta de aplicación o exclusión evidente —como sentido de infracción en la violación directa de la ley— se presenta, por regla general, cuando el juez yerra acerca de la existencia de la norma y por eso no la aplica al caso específico que la reclama. Ignora o desconoce la ley que regula la materia y por eso no la tiene en cuenta, debido a que ha incurrido en error sobre su existencia o validez en el tiempo o el espacio.

“Por su parte, en la aplicación indebida, el juez desatina en la selección de la norma. El error se manifiesta en la falsa adecuación de los hechos probados a los supuestos que contempla el precepto, ya que los sucesos procesalmente reconocidos no coinciden con las hipótesis condicionantes del mismo.

“Finalmente, en la interpretación errónea, el juez selecciona bien y adecuadamente la norma que corresponde al caso en cuestión, y efectivamente la aplica, pero al interpretarla le atribuye un sentido jurídico que no tiene, asignándole efectos distintos o contrarios a los que le corresponden, o que no causa.

“De lo anterior se desprende que la diferencia de las dos primeras especies de error directo, con el último, estriba en que mientras en la falta de aplicación y la aplicación indebida subyace un error en la selección del precepto, en la interpretación errónea el error es sólo de hermenéutica, pues en rigor lógico hay que partir de la aceptación de que la norma aplicada es la correcta, sólo que con un entendimiento que no es el que jurídicamente le corresponde, en razón del cual se le hace producir por exceso o defecto consecuencias distintas.

“A pesar de esa ostensible diferenciación, oportuno se presenta recordar que la aplicación

indebida o la falta de aplicación de una norma puede ocurrir con ocasión de la errónea interpretación de la misma, toda vez que esa es una operación mental del fallador que en la construcción de la decisión judicial precede a la de activación del precepto, pero en casos como esos, indudablemente el error sólo se materializa cuando la norma queda excluida de manera evidente o es seleccionada y aplicada la que no corresponde a la situación fáctica.

“Dicho en otras palabras, si una determinada norma de derecho sustancial ha sido dejada de aplicar o aplicada sin corresponder al asunto, y ese error ha sido determinado por equivocaciones del juez en la auscultación de su alcance, habrá aplicación indebida o falta de aplicación, pero no errónea interpretación del precepto, puesto que para la estructuración de este último sentido de la violación se requiere que la norma haya sido y deba ser aplicada.

“En conclusión, siempre el concepto de interpretación errónea, necesariamente, supone que el precepto que se reputa como vulnerado por el sentenciador fue correctamente seleccionado y aplicado, y el dislate consiste en que al determinar sus alcances en el caso concreto se restringe o exacerban sus efectos, sin que pueda confundirse ese fenómeno con la falta de aplicación o la aplicación indebida que se originan en el errado alcance otorgado a la norma por el juez y que lo determina a no aplicar el que corresponde o a aplicar uno equivocado.”⁶

Ahora bien, en cuanto hace al tema central del reproche, no cabe duda que la razón está de lado del memorialista, dado que, en verdad, para los jueces de primero y segundo grado, e incluso para los funcionarios que en su momento regentaron la acusación, fue suficiente para acomodar el comportamiento del procesado a hipótesis descriptiva, el llano incumplimiento, o mejor, la mora que tuvo aquél para desarrollar las actividades tendientes a dar cumplimiento a la orden impartida por el Consejo de Estado en sentencia de 30 de julio de 1998, haciendo a un lado que el tipo penal en cuestión exige

un obrar fraudulento.

Al contrario de lo sostenido por el agente del Ministerio Público, el nomen iuris con el que, tanto en la anterior como en la actual legislación, se identifica la norma cuya vulneración se atribuyó al acusado “Fraude a resolución judicial”, hace parte de los ingredientes normativos del tipo, como así lo tiene reconocido la doctrina, toda vez que aun cuando en su contenido el precepto no dice “...que los medios para sustraerse al cumplimiento de la obligación impuesta jurisdiccionalmente han de ser fraudulentos, ...el epígrafe si habla de fraude. Como esta parte se integra al texto, los medios no han de ser de cualquier clase sino, según se indica, de la naturaleza que en ella se expresa”⁷.

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia al sostener:

“Los artículos 184 del Decreto-Ley 100 de 1980 y 454 de la Ley 599 de 2000, punen a quien “por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial”.

“Es claro que con la anterior descripción, la pretensión del legislador es hacer efectivas las decisiones judiciales, es decir, castiga por el desconocimiento de la autoridad intrínseca que de ellas dimanen. (...)

“Podría decirse que cuando la norma alude a “cualquier medio”, en principio el simple incumplimiento de la obligación impuesta en la resolución judicial conduciría a predicar la tipicidad del hecho. Ello, empero, asoma equivocado, pues, aunque el tipo examinado no alude a conducta alguna que acompañe ese incumplimiento, la verdad es que la nominación del mismo sí demanda de una particular conducta que es menester acompañe el incumplimiento, la cual, conforme se rotula en el nomen iuris, deviene necesariamente fraudulenta.

“El fraude entonces, entendido en su sentido natural y obvio, como una forma de engaño,

se torna en elemento normativo del tipo y por tanto debe demostrarse la realización de una conducta de este tenor, para perfeccionar el juicio de encuadramiento típico. (...)

“Considera la sala que el sentido de la definición penal de un tal comportamiento, no reposa apenas en el incumplimiento de lo decidido por el funcionario, sino en lo fraudulento del medio utilizado para oponerse a ella (...)”⁸

En el asunto analizado, los juzgadores de primero y segundo grado tuvieron como demostrado y suficiente para concluir la configuración de la señalada conducta punible, el hecho de que el procesado, mediante oficio enviado el 4 de septiembre de 1998, se enteró de lo dispuesto en la sentencia del 30 de julio del mismo año, en la que el Consejo de Estado ordenó al alcalde del municipio de Guarne “proceder a localizar y utilizar legalmente fuentes de abastecimiento de agua diferentes a La Vizcaína y Los Gallegos, con los cuales se deberá alimentar el acueducto multiveredal, asegurándose que en el proceso de transición o posteriormente no se le cause perjuicio grave a los actuales usuarios de las respectivas veredas...”, en un término de cinco meses desde de la ejecutoria de esa decisión.

Además, el a-quo, en lo que no fue refutado por el Tribunal, reconoce que para adelantar las gestiones necesarias para dar cumplimiento al fallo, esto es, la suscripción de los contratos y la ejecución de las obras, previamente el alcalde de entonces, ZULETA HINCAPIE, debía conseguir aprobación del presupuesto, y por ello señala:

“Efectivamente, para el año de 1998, con las vigencias presupuestales vencidas y en ejecución era difícil para el señor ALCALDE DE GUARNE cumplir con la sentencia del CONSEJO DE ESTADO, sin embargo tal sentencia le otorgó un plazo prudencial de cinco meses para cumplir el fallo, lo que le permitía tomar varias alternativas, como lo era solicitar secciones (sic) extras al Concejo Municipal, a fin de buscar si es que

efectivamente era necesario una adición presupuestal para cumplir con el fallo judicial, igualmente pudo en el año de 1999, buscar esa modificación presupuestal, sin embargo lo único que hizo fue un contrato en el año de 1999 para estudiar la factibilidad y a pesar de ello culminada su administración el fallo no se había cumplido...”.

Por su parte el Tribunal, para fundar el reproche al acusado ZULETA HINCAPIE, tomó como propias las consideraciones hechas por el Consejo de Estado en la decisión con la que sancionó al mandatario por desacatar su fallo, recordando que:

“...«lo que en verdad se ha puesto de manifiesto es la negligencia del doctor Zuleta Hincapié para acatar la orden que se le impartió, más aún (sic) si se observa que no existe explicación razonable —ni el alcalde la ha suministrado— que justifique la demora para la contratación de los diseños del acueducto de la Popa y Romeral, planos que Cornare había requerido a la anterior administración municipal en diciembre de 1997 (fl. 21) y al propio doctor Zuleta Hincapié en septiembre 17 de 1988 (sic) oportunidad esa (sic) en la cual, como se lee en la resolución 2256 de junio 2 de 1998, se le instó “para que en un término de 45 días presente ante la Corporación los planos y memorias de las obras de captación, almacenamiento y redes de distribución del acueducto multiveredal de las veredas La Popa y Romeral (fls. 289 a 291)”».

Señala el H. Consejo de Estado, que en sentir del Tribunal, el citado Alcalde no acató la orden impartida; por el contrario, agrega la Sala, en decidida voluntad de dilatar el término de los cinco meses que se le otorgó para localizar y utilizar legalmente fuentes de abastecimiento de aguas diferentes a las de La Vizcaína y Los Gallegos, a los once meses posteriores a dicha determinación, presentó a CORNARE para su revisión y aprobación, el diseño relacionado con la fuente FSN4, relativo al acueducto de las veredas La Popa y Romeral. Señala la Alta Corporación, que hay constancias de que el Municipio de Guarne celebró el 25 de Agosto de 1.998 con ASINTOTA LTDA., contrato para el diseño del acueducto La Pastorcita, adicionado mediante contrato del 26 de marzo de 1.999.

E igualmente, con la misma firma suscribió el 19 de Marzo de 1.999 un contrato para el diseño del acueducto La Popa y Romeral del Municipio de Guarne, tomando de la fuente FSN4, conforme a la Resolución 6207 de Diciembre 9 de 1.998, para atender la acción de cumplimiento. Y en el acta de inspección judicial que practicó el Tribunal Administrativo de Antioquia el 2 de julio de 1.999, se hace constar que no se han iniciado obras de construcción del acueducto para dar cumplimiento al fallo. Alude la providencia del H. Consejo de Estado al testimonio de la Ingeniera SILVIA ALEJANDRA CALDERÓN GÓMEZ, y acoge los planteamientos del Tribunal en cita «en torno a los hechos, omisiones y circunstancias que permiten inferir la negligencia del doctor Carlos Alberto Zuleta Hicapié» de cara a la sentencia de cumplimiento proferida por esa Corporación...” (Negrillas fuera de texto).

Como se advierte, contrariamente a lo estimado por los juzgadores, no es suficiente con conocer la existencia de la obligación impuesta en decisión judicial y aún dejarla de cumplir, sino que surge como necesario que la omisión sea exclusivamente dolosa, es decir fraudulenta⁹

, con la voluntad consciente y decidida de no querer cumplir la orden judicial, a pesar de estar en condiciones de obedecerla, y no siéndolo aquí, porque incluso se llega a afirmar que el proceder del acusado fue negligente, lo que constituye un factor determinante de culpa, la conducta deviene en atípica, y el fallo en consecuencia debe ser casado.

En conclusión, el cargo prospera.

2. Demanda suscrita por ALFREDO ANTONIO NARANJO HURTADO.

2.1. El actor plantea como cargo principal la violación directa de la ley sustancial, aduciendo la indebida aplicación de los artículos 416 y 31 de la Ley 599 de 2000, pues estima que los hechos a él atribuidos, tal y como los tuvieron por probados los juzgadores,

no son constitutivos del delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

Conforme viene planteada la censura, resulta evidente que la misma no trasciende una simple alegación de instancia con la cual se pretende hacer prevalecer una muy particular visión tanto de lo que fue materia de imputación como de la manera en que se debe resolver el caso.

Contrario a lo sintetizado por el demandante, basta mirar la resolución de acusación para percatarse que la imputación fáctica se integró por dos hechos: de una parte, el desconocimiento de la autorización legal que tenía la Junta de Acción Comunal de la vereda El Molino para captar aguas de las quebradas La Vizcaína y Los Gallegos a fin de abastecer su acueducto y a cambio de ello usarlas en el un acueducto multiveredal excediendo el volúmen aprobado; y de otra, desviar los recursos aportados por esa comunidad destinados a la construcción de su acueducto para utilizarlos en la obra cuestionada¹⁰.

Si bien es cierto el ad-quem hizo referencia a varias resoluciones de CORNARE, igualmente es verdad que lo hizo con el propósito de reconstruir lo sucedido, siendo claro que mantiene la imputación fáctica aquí señalada¹¹.

Siendo ello así, el discurso del impugnante se pierde en gran medida porque sólo el tercero de los hechos que menciona coincide con la referida imputación, a partir del cual en parte se deduce el concurso homogéneo y sucesivo de delitos de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto por el que fue condenado.

A su vez, como el argumento que utilizó el actor para refutar la imputación jurídica en esencia lo reiteró en cada caso que supuso constituía la imputación fáctica, esto es, que hay otros medios alternativos al derecho penal para restablecer el orden jurídico, en concreto en el sub judice, la suspensión de la obra del acueducto y la sanción disciplinaria que en efecto se le impuso, arriba a la equivocada conclusión de que no se

configuró el delito consagrado en el artículo 184 del Decreto ley 100 de 1980 (artículo 416 de la Ley 599 de 2000) porque esas conductas no constituyen un “acto arbitrario e injusto”.

Es decir, para el demandante la sola existencia de una medida de orden legal que sirva para asegurar el cumplimiento de las normas, desplaza la intervención del derecho penal, y por si fuera poco, tal situación convierte en atípica la conducta, así que según lo anterior, el principio de legalidad en el derecho penal estaría supeditado a la inexistencia de medios coercitivos distintos a éste.

Omite, entonces, considerar el censor que el legislador dentro de su libertad de configuración del ordenamiento jurídico, puede prever sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales respecto de un mismo comportamiento, como en efecto ocurre aquí.

El libelista ofrece otro argumento consistente en que si bien en algunos casos se hace necesario acudir al derecho penal como “última ratio” para garantizar el cumplimiento de esas decisiones, en este caso el tipo penal por aplicar debió ser el de fraude a resolución judicial, y agrega que por lo tanto se estaría frente a un error en la selección de la norma, tesis que para mayor desconcierto, reitera frente al tercero de los hechos, valga decir, que desatender la resolución que reguló la captación del agua, “por excepción puede declararse como punible, mas no a título de abuso de autoridad sino de fraude a resolución judicial”.

La propuesta atenta contra el buen juicio, pues resulta evidente que en forma contradictoria el censor afirma que no hay delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, pero que sí lo hay y se trata de un fraude a resolución judicial, configuración esta última de todas maneras imposible, ya que el libelista olvida que lo desobedecido fue un “acto administrativo” (resolución) por cuanto CORNARE es una autoridad

administrativa y por tanto en modo alguno se configura el delito anotado.

Lo que expresa con posterioridad simplemente refuerza la observación inicial, porque el reconocimiento por el Tribunal de los beneficios de las obras ejecutadas a favor de la comunidad usuaria del acueducto Multiveredal, inmediatamente es neutralizado porque también recuerda el comportamiento arbitrario del procesado en relación con los intereses de la vereda El Molino, el cual tampoco se purga por la existencia de nuevas autorizaciones de CORNARE, pues lo cierto es que el permiso original no contenía la posibilidad de extender el acueducto a otras veredas y menos aumentar el volumen de captación, que es lo que rechazó el Juzgador y calificó de arbitrario.

En razón de lo anterior el cargo no prospera.

2.2. El cargo subsidiario propuesto en la presente demanda, será desestimado, habida cuenta que aún cuando en principio fue admitido porque al referirse a la indemnización en perjuicios y confrontada la cuantía a la que fue condenado en segunda instancia el procesado, aparentemente satisfacía la exigencia prevista en el artículo 208 de la Ley 600 de 2000, de acuerdo con el cual “Cuando la casación tenga por objeto únicamente lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria deberá tener como fundamento las causales y la cuantía establecidas en las normas que regulan la casación civil”, una vez revisada en detalle la actuación y la censura, se observa que no satisface este requisito.

En efecto, en la sentencia de primera instancia el acusado fue condenado solidariamente a pagar \$ 65'088.008,35, por concepto de perjuicios, decisión reformada por el fallo de segundo grado en el sentido de incrementar la cuantía de la indemnización a \$ 181'570.524,90, lo cual quiere decir que el interés para recurrir está determinado por la diferencia entre esas dos cantidades, conforme así lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala¹², que asciende en este caso a \$

116'482.516,55, valor inferior al equivalente a cuatrocientos veinticinco (425) salarios mínimos mensuales legales vigentes de que trata el artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley 592 de 2000.

2.3. CASACIÓN OFICIOSA.

No obstante la improsperidad de los cargos formulados en la demanda estudiada, con sujeción a la facultad oficiosa consagrada en el artículo 216 de la Ley 600 de 2000 (Decreto 2700 de 1991, artículo 228), como con acierto lo advierte el Delegado de la Procuraduría, se impone la necesidad de casar el fallo recurrido ante la palmaria violación de garantías fundamentales del procesado por parte de los jueces de primero y segundo grado, dado que la condena desconoció el principio de legalidad, pues entre la legislación sustantiva con base en la cual se edificó el pliego de cargos y la que ya estaba en vigor para cuando se emitió sentencia, ocurrió un fenómeno de atipicidad sobreviniente.

En efecto, el pliego de cargos materializado contra el aquí procesado fue por el delito previsto en el artículo 152 del Decreto Ley 100 de 1980 —Código Penal vigente para la época de los hechos—, modificado por el artículo 32 de la Ley 190 de 1995, consistente en “Abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto”, conducta punible descrita en la señalada norma en los siguientes términos: “El servidor público que fuera de los casos especiales previstos como delito, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ella, cometa acto arbitrario o injusto, incurrirá en...”.

Como se trataba de un tipo penal de conducta alternativa, al momento de impartirse la calificación jurídica de la misma, tanto en primera como en segunda instancia, consideró la Fiscalía que el comportamiento reprochado al procesado se subsumía, exclusivamente, en la modalidad de acto arbitrario.

Así lo determinó el instructor en la resolución de acusación dictada el 20 de febrero de 2001:

“En primer lugar, acerca de la conducta desplegada por JOSE ALFREDO NARANJO HURTADO, cuando desconoció el derecho de la JAC El Molino sobre la merced de agua adjudicada por CORNARE en las fuentes Los Gallegos y La Vizcaína y cuando desconoció que los recursos invertidos en el acueducto El Molino eran para esta vereda y no para un acueducto multiveredal, considera esta fiscalía que esas conductas constituyen sendos delitos de abuso de autoridad por actos arbitrarios.” (Negrillas fuera de texto).

Al conocer del recurso de apelación interpuesto al pliego de cargos, la Unidad de Fiscalías Delegada ante el Tribunal Superior de Antioquia, en pronunciamiento de 23 de mayo de 2001, confirmó la imputación jurídica de aquella conducta punible en los siguientes términos:

“Sea lo primero referirnos a la hipótesis delictiva de Abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto que el operador jurídico quiere ver en la conducta de ALFREDO ANTONIO NARANJO HURTADO...

“Como lo sostiene el actual Fiscal General de la Nación “lo arbitrario es aquello que se realiza sin referencia alguna a un marco legal; es el ejercicio de la función pública, por fuera de la facultad normativa, de tal manera que el capricho del funcionario prima sobre la obligación legal de actuar conforme a derecho”¹³.

“Creemos con Arenas, que “no es necesario que el acto arbitrario o injusto constituya delito”. Basta que objetivamente sea arbitrario, es decir, que cause agravio, daño o incomodidad.

“En el caso de autos, poniendo de relieve su condición de alcalde de Guarne, el señor

Alfredo Antonio Naranjo Hurtado dio la orden perentoria de tomar o desviar las fuentes que se habían concedido como merced de aguas a la Acción Comunal El Molino, con destino a otras veredas y utilizó para ello las obras de infraestructura que exclusivamente —construidas ya— debían ser utilizadas para el acueducto de la vereda aludida y no para las comarcas aledañas. El alcalde no tenía autoridad alguna para hacerlo, porque ello escapaba a sus atribuciones como burgomaestre; su actitud constituye un hecho excesivo que la ley no autoriza”.

No obstante la delimitación fáctica y jurídica impuesta para la fase de juzgamiento mediante el pliego de cargos, el fallador de primer grado, avalado sin mayores comentarios por el de segunda instancia, conciente, no sólo del cambio de la descripción típica de la conducta con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000, a través de su artículo 416, sino también de la solución que la jurisprudencia dio frente a ese tránsito legislativo, pues textualmente cita la primera decisión que en punto de ese tema emitió la Sala Penal de la Corte¹⁴, resolvió modificar el juicio de adecuación típica de la siguiente manera:

“Por lo tanto así la acusación que hoy nos ocupa se hubiere proferido en vigencia de la LEY 190 DE 1995, que había modificado el artículo 152 del decreto 100 de 1980, en aplicación del principio de favorabilidad, tal y como lo ha contemplado la Corte Suprema de Justicia, debemos para efectos de la presente sentencia entender tal acusación referida a la redacción de la nueva ley, que amplió las exigencias de tipicidad en relación al acto ejecutado por el servidor público, considerándolo que este debe ser injusto y arbitrario”.

Así, tras verificar que se cumplía con las exigencias normativas de sujeto activo calificado, por tratarse de servidor público, y que el comportamiento reprochado al acusado fue “con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas”, concluyó que “Tales actos igualmente al sentir del despacho lo fueron injustos y

arbitrarios, como pasa a explicarse ahora.”

Independientemente de las razones ofrecidas por el juez de primera instancia para sustentar el por qué consideraba que el comportamiento del procesado reunía las condiciones de “arbitrario e injusto” de conformidad con la nueva descripción típica, lo cierto es que no podía el a-quo, en lo que fue respaldado por el ad-quem, proceder de tal forma, porque “...determinada con precisión, como debe ser, en la acusación la conducta típica imputada y siendo este el insustituible fundamento de la sentencia en cuanto al delito objeto del fallo, que a su turno integra la estructura del debido proceso y garantiza el derecho de defensa, se torna en inmodificable...”, y en el presente caso de manera clara e inequívoca el pliego de cargos contra el procesado fue explícito, en primero y segundo grado, en señalar que el comportamiento de éste constituyó un concurso homogéneo de delitos de “abuso de autoridad por actos arbitrarios”, luego, lo que se imponía era la absolución del enjuiciado por la atipicidad sobreviniente, conforme lo puntualizó la Corte en la misma jurisprudencia citada por el juez de primer grado:

“No existiendo duda alguna respecto a que la acusación adecuó las conductas desvaloradas como Abuso de Autoridad en una de las dos alternativas típicas posibilitadas por la Ley Penal vigente para cuando se cometieron, esto es, en los “actos arbitrarios”, y aplicando a una tal realidad procesal las premisas teórico-legales manifiestas en precedencia, es lo imperativo colegir, por favorabilidad, la atipicidad de las mismas, en cuanto ya no existiendo posibilidad jurídica, dado el estado del proceso, para modificar la calificación delictiva, es ese, y ningún otro, el tipo penal base para el proferimiento del fallo, que al haber sido derogado por el nuevo Código Penal, sin que tampoco sea dable afirmar el fenómeno de la sucesión legal en el tiempo, pues si bien su nominación subsiste, es lo cierto que el contenido de la prohibición ha cambiado, al exigirse ahora la dualidad de connotaciones conductuales: la arbitrariedad y la injusticia, lo que necesariamente hace que no pueda afirmarse igualdad en el marco típico, y por

tanto, procede la absolución del inculcado por estos delitos”

Tal criterio jurisprudencial, desde la citada decisión, ha permanecido invariable, y fue reiterado en similares términos en los fallos de 4 y 24 de septiembre, y 22 de octubre de 2002, radicaciones 17.519, 15.648 y 16.105, respectivamente, así como en posteriores decisiones de 19 mayo, 11 y 25 de agosto, y 24 de noviembre de 2004, radicaciones 21.876, 18.130, 22.532 y 16.955, respectivamente, todas anteriores al proferimiento de la sentencia impugnada; y aún después ha sido repetido en sentencias de 20 de abril de 2005, radicación 23.285, 22 de junio de 2006, radicación 17.830, y 1 de febrero de 2007, radicación 22.296.

Criterio que hoy se hace necesario nuevamente reiterar, trayendo a colación, como igual lo hizo el agente del Ministerio Público, los siguientes apartes jurisprudenciales:

“En efecto, el artículo 152 del Decreto 100 de 1.980, modificado por el artículo 32 de la Ley 190 de 1.995, preveía que el servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como delito, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario o injusto, incurrirá en multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas de seis meses a dos años; es decir, que el elemento normativo en estudio se satisfacía con la sola arbitrariedad de la conducta, mientras que el artículo 416 de la Ley 599 de 2.000 requiere la coexistencia de las dos condiciones para su tipificación, esto es, que el acto además de arbitrario sea injusto.

“Y como se verá, las conductas fueron calificadas por la Fiscalía en la acusación solamente como arbitrarias sin que sea posible jurídicamente en este momento procesal adicionarle esta circunstancia, como lo solicita ..., porque de hacerlo se vulneraría la congruencia entre la acusación y la sentencia, la estructura lógica del proceso y el derecho a la defensa del procesado.

“Como tampoco era viable variar la calificación jurídica de la resolución de acusación en la causa en procura de obtener consonancia entre la acusación y un eventual fallo condenatorio adicionando al carácter arbitrario el de injustas, pues ello solo es procedente al tenor de lo normado por el artículo 404 de la Ley 600 de 2.000, de presentarse error en la calificación jurídica en el pliego de cargos, lo cual no ocurrió en este evento toda vez que la valoración de las conductas frente al derecho además de legal fue acertada, ya que no fue el producto de equivocaciones de la Fiscalía en la apreciación de las pruebas, en la sección del tipo penal, o en la interpretación de la norma que lo describe y sanciona; efectuando su adecuación en el tipo penal correspondiente considerándolas solamente arbitrarias, en atención a que para ese momento bastaba con la presencia de cualquiera de esas dos condiciones.

Opuesto al criterio del apoderado de la parte civil, no cabe duda que la Fiscalía calificó las conductas únicamente como arbitrarias y que omitió hacer cualquier análisis sobre una posible injusticia.

....

“En suma, dado que las conductas imputadas al procesado en la resolución acusatoria fueron calificadas tan solo como arbitrarias, que el actual Estatuto Punitivo, aplicable por favorabilidad, demanda para la tipificación de este delito la concurrencia de las dos condiciones, y que por no incurrir la Fiscalía en error en la calificación jurídica es imposible en el juicio su modificación; palmar resulta el advenimiento de su atipicidad.

....

“La Corte ha señalado que un hecho calificado en vigencia del Código Penal derogado como abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto resulta atípico frente a la nueva codificación, cuando en la acusación que contenga esa valoración jurídica no se haya

imputado la injusticia y la arbitrariedad pues para su estructuración como acontecer delictivo hoy es necesario, que del mismo suceso se puedan predicar las dos conclusiones.

...

Ahora, dando respuesta específicamente a los argumentos de ..., es ilegal en este momento imputar al procesado la injusticia de las conductas; pues como ya se vio si bien es cierto que para ese entonces la ley no lo exigía ahora es imposible adicionar en la causa esa condición pues para ello es necesario, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 404 de la Ley 600 de 2.000, que la Fiscalía hubiese incurrido en error al calificarlas lo cual no ocurrió, o que por prueba sobreviniente fuera obligatoria lo que tampoco sucedió en este evento; y de condenar imputándole las dos condiciones se desvertebraría la estructura básica del proceso ya que no habría consonancia entre la acusación y la sentencia y le violaría el derecho de defensa pues el procesado no tendría ocasión de defenderse de esa circunstancia.

Por estas razones sobra que la Sala se ocupe de estudiar si las conductas son o no injustas, pues de concluir que lo son la decisión no podría ser diferente a la absolución, por ser imposible adicionar esa condición para que fueran típicas de acuerdo con el artículo 416 del actual Código Penal.

En fin, la Sala absolverá al procesado por los delitos a él imputados en la resolución de acusación”¹⁵

Iguales conclusiones y decisión se imponen en el caso estudiado.

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

RESUELVE:

1. NO CASAR la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Antioquia el 26 de mayo de 2006, contra CARLOS ALBERTO ZULETA HINCAPIE y ALFREDO ANTONIO NARANJO HURTADO, con base en la improsperidad de los cargos uno, dos, tres, y cuatro formulados en la demanda presentada a nombre del primero, y en los dos reproches expuestos en la allegada por el segundo.
2. CASAR la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Antioquia el 26 de mayo de 2006, contra CARLOS ALBERTO ZULETA HINCAPIE, debido a la prosperidad del cargo quinto formulado en la respectiva demanda. En consecuencia, ABSOLVER al precitado del delito de fraude a resolución judicial imputado en la resolución de acusación.
3. CASAR DE OFICIO la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Antioquia el 26 de mayo de 2006, contra ALFREDO ANTONIO NARANJO HURTADO, de acuerdo con lo puntualizado en la parte considerativa. En consecuencia, ABSOLVER al precitado de la conducta punible de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, atribuida en el pliego de cargos.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Despacho de origen.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
R. GONZÁLEZ DE L.

MARÍA DEL

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUÍS QUINTERO MILANES

YESID RAMÍREZ BASTIDAS
SOCHA SALAMANCA

JULIO ENRIQUE

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

CASACIÓN No. 26497

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO DE ANTIOQUIA

MAGISTRADO PONENTE

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

DECISIÓN

CASA

Acusación 2ª Instancia

23 DE MAYO DE 2001

URGENTE PRESCRIPCIÓN

23 DE ENERO DE 2008

DELITOS: Fraude a resolución judicial y abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

PROYECTÓ:

CARLOS FABIÁN PEÑA SUÁREZ

3 DE DICIEMBRE DE 2007

1 Cita que el actor atribuye a sentencia de 28 de junio de 1994. Rad. N° 8539.

2 Constitución Nacional, artículo 250, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, artículo 2, Decreto 2700 de 1991, artículo 24; Ley 600 de 2000, artículo 26, y Ley 906 de 2004, artículo 66.

3 Sentencia de 13 de febrero de 2003, Radicación N° 11480. En sentido semejante, fallo de 8 de septiembre de 2004, Radicación N° 20371.

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto del 29 de julio de 2004, Rad. No. 11010203000200207501.

5 Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente. Decreto 2811 de 1974, artículo 3, literal a), numeral 2°, en concordancia con los artículos 54 y 80 ídem.

6 Auto de 26 de abril de 2007, Radicación N° 26928.

7 PÉREZ, Luis Carlos. Derecho Penal. Partes General y Especial. Tomo III. Pág. 439. Editorial TEMIS. 1984. En idéntico sentido en Derecho Penal General y Especial, Curso de capacitación para Jueces de la República. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Pág. 372. Imprenta Nacional 1989.

8 Sentencia de 21 de marzo de 2007. Radicación N° 26972. En igual sentido decisiones de 24 de septiembre de 2002, Radicación N° 12585, y 28 de junio de 1994, Radicación N° 8539, entre otras.

9 “Fraude, proviene del latín “fraus” que significa engaño, embuste, o trampa”.

Ferreira Delgado, Francisco J. Delitos contra la administración publica, editorial Temis, segunda edición. 1985. Pág. 276.

10 Resolución de acusación f. 577 y 578; Segunda instancia resolución de acusación f. 1690 y 1691; fallo de primer grado f. 2337, y sentencia de segunda instancia f. 2578 y 2582.

11 Sentencia del Tribunal, f. 2578 y 2582.

12 Auto de 23 de agosto de 2005. Radicación 23190.

13 GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso. Delitos contra la administración pública, en Derecho especial de varios autores, Pág. 127. (La nota a pie de página corresponde al texto transcrito).

14 Al efecto cita y transcribe apartes del pronunciamiento de 25 de junio de 2002, adoptado dentro de la Radicación N° 14.029.

15 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 22 de junio de 2006, Rad. No. 17830.