

Proceso No 29433

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado Acta N° 119

Bogotá, D.C., quince de mayo de dos mil ocho.

VISTOS

Cumplido el antecedente procesal de la audiencia pública de juzgamiento y no advertida irregularidad alguna que impida proferir la correspondiente decisión de fondo, encara la Corte la tarea de emitir la sentencia de única instancia en este proceso adelantado contra el actual gobernador del departamento de Chocó, doctor PATROCINIO SÁNCHEZ MONTES DE OCA, a quien la Fiscalía Sexta de la Unidad de Delitos contra la administración pública y de justicia con sede en Quibdó, en Resolución del 2 de enero de 2006, acusó como presunto autor responsable de la conducta punible de prevaricato por acción.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En el mes de mayo de 2004, el Director General del Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las zonas no interconectadas -IPSE-, radicó escrito de denuncia ante la Fiscalía General de la Nación por medio del cual puso en conocimiento del cúmulo de irregularidades cometidas en las actuaciones que para el cobro por jurisdicción coactiva del impuesto predial y compensaciones regulados en la Ley 56 de 1981, supuestamente a cargo de la citada entidad, adelantaron en sus

respectivas administraciones los alcaldes de Quibdó, Chocó, el saliente, PATROCINIO SÁNCHEZ MONTES DE OCA, y su sucesor, JOHN JAIRO MOSQUERA NAVARRO, quienes, para colmo, sin parar mientes en el carácter de inembargables de los recursos del IPSE por estar incorporados al Presupuesto General de la Nación, indiscriminadamente procedieron a decretar medida cautelar de embargo sobre las cuentas que el Instituto posee en diversos establecimientos bancarios y financieros del país.

A la Fiscalía Sexta de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública y de Justicia de Quibdó le correspondió conocer de esos hechos, dependencia que por Resolución del 11 de octubre de 2004 profirió formal apertura de instrucción y, luego de acreditar la calidad funcional que en su momento ostentó SÁNCHEZ MONTES DE OCA, como también de la que gozaba MOSQUERA NAVARRO, ordenó vincularlos al sumario mediante indagatoria para que respondieran por las graves sindicaciones que les hacía el denunciante. Rendidos sus descargos y tras la práctica de algunos otros elementos de prueba, a través de proveído del 27 de julio de 2005 el funcionario instructor resolvió la situación jurídica de los implicados con imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva con beneficio de excarcelación, como presuntos autores del delito de prevaricato por acción tipificado en el Art. 413 de la Ley 599 de 2000.

Impugnada en reposición y subsidiariamente en apelación por la defensa la determinación reseñada con antelación, mediante Resolución del 19 de octubre de 2005 el Fiscal que conocía del caso la revocó y dejó sin efectos la medida precautelar de la que se ha hecho mérito al percatarse que, en virtud de la aplicación del principio de favorabilidad, en el presente asunto no había lugar a resolver la situación jurídica de los sindicados conforme con lo normado en los Arts. 354 y 357 de la Ley 600 de 2000, 6º y 413 de la Ley 599 del mismo año, en armonía con la doctrina que acerca de la interpretación de las preceptivas contenidas en el Art. 313-2 de la Ley 906 de 2004, había adoptado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Perfeccionada en lo posible la investigación, declarado el fenecimiento del ciclo instructivo y escuchadas las alegaciones precalificadorias de los sujetos procesales, por Resolución del 2 de enero de 2006 la Fiscalía acusó al ex-alcalde de Quibdó, PATROCINIO SÁNCHEZ MONTES DE OCA, como presunto autor responsable del delito de prevaricato por acción del cual trata el ya citado Art. 413 de la Ley 599 de 2000, en tanto precluyó la investigación a favor de JOHN JAIRO MOSQUERA NAVARRO, burgomaestre en ejercicio del municipio en mención para el momento de la expedición de la providencia que calificó el mérito sumarial.

FUNDAMENTOS DE LA ACUSACIÓN

De acuerdo con los argumentos expuestos en la providencia calificatoria, el Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Quibdó adujo con respecto a SÁNCHEZ MONTES DE OCA que no empece su condición de “reconocido y experto” abogado litigante en dicha ciudad y en el departamento de Chocó, docente universitario y ex-gerente de Telecom en esa municipalidad, amén de contar con tres años de ejercicio en el cargo de alcalde del lugar para cuando expidió el acto administrativo que se le cuestiona, en contravía de lo preceptuado en los Arts. 16 de la Ley 38 de 1989 y 6° de la Ley 179 de 1994, ordenó de manera indiscriminada el embargo de recursos del IPSE que por estar constituidos con fondos públicos eran inembargables dada su incorporación al Presupuesto General de la Nación.

Obvió, entonces, el acusado, el procedimiento contencioso administrativo que para esos eventos prevé la ley, contrariándola de manera flagrante, pues, “un abogado de los pergaminos” del sindicato, mal puede alegar ignorancia en relación con la mentada prohibición.

La mera expedición del decreto a través del cual se hizo efectivo el embargo de cuentas bancarias inembargables del IPSE configura, a juicio de la Fiscalía, el delito de

prevaricato endilgado al procesado, conducta esta que es la que aquí se le censura por violación manifiesta de aquella regulación, independientemente de que hubiese iniciado el proceso de jurisdicción coactiva para lograr el cubrimiento de una suma de dinero que, “sin que quepa discusión alguna”, adeudaba dicha entidad a la administración municipal de Quibdó; como tampoco se le reprocha al justiciable las irregularidades que pudieron haberse cometido en desarrollo de la referida actuación, tal como lo denuncian los representantes del IPSE -errónea liquidación del crédito, indeterminación de la base gravable o tarifa del tributo a pagar, indebida notificación de las decisiones que allí se produjeron, falta de identificación de los predios, anomalías en los procedimientos de avalúo, etc.-.

La referida determinación fue objeto de impugnación por vía del recurso de apelación interpuesto por el defensor de SÁNCHEZ MONTES DE OCA, cuyo conocimiento le correspondió al Fiscal 11 de la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Quibdó; el 22 de marzo de 2006 dicho funcionario se abstuvo de desatar la alzada al manifestar su impedimento por amistad íntima con el acusado, razón por la cual remitió las diligencias a la Unidad de Fiscalías Delegada ante el Tribunal Superior de Antioquia.

El asunto le fue asignado al Fiscal Tercero de la citada Unidad de Fiscalías, quien por Resolución del 17 de enero de 2007 confirmó integralmente la providencia impugnada; como que con el actuar del acusado -quien para efectivizar el cobro ejecutivo por jurisdicción coactiva de una suma superior a \$15.700'000.000.00, explica el Fiscal Ad Quem, dictó el Decreto N° 312 del 18 de diciembre de 2003 por cuyo medio ordenó el embargo de las cuentas bancarias del IPSE- se configuró “un claro abuso del derecho que se traduce en evidente prevaricato activo”, razonamiento que apuntala en las disquisiciones que en apretada síntesis a renglón seguido reseña la Sala:

* Si bien es cierto que el interés general, en este caso el de la comunidad Chocoana, ha de prevalecer sobre cualquier interés particular o institucional como el del IPSE, y que los representantes estatales -entiéndase administración municipal de Quibdó- han de cumplir con su deber legal y constitucional de recaudar los impuestos, cargas y tributos que le dan solidez y permiten su cabal funcionamiento, igualmente cierto es que en procura del cumplimiento de ese cometido, cuando de la recuperación de cartera se trata, ha de respetar la normatividad que le es aplicable, pues, frente a otra entidad estatal como también lo es el IPSE, debe obrarse con suma precaución para no atropellar su derecho, “su liquidez presupuestal, económica y financiera”, como quiera que de ello justamente depende la puntual atención de las necesidades de la comunidad.

* Por consiguiente, si en el presente asunto existía una actitud remisa de la entidad deudora, le correspondía al entonces alcalde SANCHEZ MONTES DE OCA “tener el suficiente cuidado y diligencia, no sólo frente a la liquidación impositiva que habría de hacerse a la Cartera vencida del IPSE, sino también frente a los pasos que debería agotar para obtener el pago de lo debido”, previo examen riguroso de las cuentas del Instituto para determinar la procedencia del cobro coactivo a efecto de perseguir “lo realmente embargable.” Haberlo hecho de manera abusiva e indiscriminada como se hizo, “deja al descubierto la incuria de la administración, por la abismal diferencia entre lo realmente debido y lo cobrado y embargado”, dada la altísima cuantía objeto de la medida precautelar que dejó al IPSE en graves dificultades para su entero funcionamiento.

* Una tal situación conllevó a que el IPSE “desesperadamente” buscara fórmulas de

acuerdo en procura del desembargo de sus cuentas, lo que naturalmente y como consecuencia obligada del mismo logró frente a los “efectos calamitosos” de la medida en cuestión.

* Así, el acusado prestó oídos sordos al principio de “inembargabilidad” que rige el sistema presupuestal respecto de los recursos y rentas incorporados al Presupuesto General de la Nación, pues, por su preparación académica y experiencia administrativa -que es la significación que ha de dársele a las condiciones personales y profesionales que de él destaca el Fiscal A-Quo en la providencia impugnada, aclara el Fiscal de segunda instancia-, debió estudiar, consultar y analizar el asunto bajo examen antes de proceder a tan manifiesto atropello con ostensible violación de la ley.

* Con la expedición del acto administrativo que se le censura, el cual se efectivizó en el mundo jurídico con violación directa y manifiesta de la ley -itera el Delegado-, el acusado agotó el presupuesto de la tipicidad del comportamiento que se le enrostra.

* Por no consultar el aspecto fáctico que aquí se debate, el Fiscal Ad-Quem se muestra en total desacuerdo con el letrado de la defensa en relación con los avances jurisprudenciales que invoca a favor de su asistido, en cuanto no se avienen al evento a estudio. De aceptarse su tesis -lucubraciones que, por lo demás, resultan demasiado apretadas y forzadas-, de todas maneras se arribaría a la misma conclusión, esto es, que para el ex-burgomaestre era obligatorio decantar el proceso de acercamiento con la contraparte a efecto de realizar una ortodoxa liquidación del crédito, antes de proceder al embargo universal e indiscriminado de las cuentas del IPSE.

* A manera de colofón de sus argumentaciones, el funcionario de segunda instancia sostiene que si el IPSE es un Establecimiento Público del Orden Nacional adscrito al Ministerio de Minas y Energía, que goza de autonomía administrativa y patrimonio propio e independiente constituido con fondos públicos e incorporado al Presupuesto General de la Nación, resulta evidente que la actuación de la administración pública en cabeza para ese entonces de su burgomaestre, PATROCINIO SÁNCHEZ MONTES DE OCA, devino equivocada al ordenar con pleno conocimiento y con el querer manifiesto de quebrantar la ley, “el embargo de lo inembargable (...) Por ello es clara la comisión delictiva que se le endilga, encontrando aterrizaje perfecto en los bastiones de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, como que el DOLO, requerido en estos eventos punibles, salta a la vista.”

Ejecutoriado el pliego de cargos y asumido el conocimiento del proceso por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Quibdó, se dispuso el traslado pertinente para los efectos estipulados en los Arts. 400 y 401 del C. de P. Penal, cumplido lo cual, se llevó a cabo el acto público de juzgamiento el 14 de mayo de 2007.

ALEGACIONES EN LA VISTA PÚBLICA

Intervención de la Fiscalía.

El Fiscal Delegado empieza por rememorar que el procesado PATROCINIO SÁNCHEZ MONTES DE OCA, en su condición de alcalde municipal de Quibdó, dictó un decreto en virtud de un proceso de jurisdicción coactiva por medio del cual ordenó el embargo de las cuentas del IPSE en cuantía superior a quince mil millones de pesos, “providencia” que es contraria a la ley habida consideración que por la naturaleza de la entidad sus recursos son inembargables -Art. 16 de la Ley 38/89 y Dto. 1140/99-.

Por consiguiente, el proferimiento de un acto administrativo que contraviene disposiciones legales permite predicar que el justiciable incurrió en el delito de prevaricato por acción, si en cuenta se tiene su bagaje y preparación académica. Conocía claramente el acusado de la inembargabilidad de esos recursos y no obstante dictó un decreto que traumatizó el normal funcionamiento del IPSE, por lo que impera un fallo de condena.

Intervención de la Procuraduría.

En criterio del agente del Ministerio Público de lo que se precisa en el presente asunto es que conforme a la doctrina de la Sala de Casación Penal, el sentenciador realice una ponderada valoración acerca de los elementos que configuran el delito de prevaricato por acción, esto es, que la conducta cuestionada provenga de “un acto con falta de *sindéresis*, es decir un acto tan desfasado o irracional que conlleve su censura, por lo tanto que al momento de la sentencia se evalúe el valor subjetivo o dolo en que haya podido incurrir el encartado y solo en el caso en que exista la certeza de que aquí el procesado actuó de manera consciente y voluntaria se imponga fallo condenatorio.” De lo contrario, habrá lugar a aplicar en su favor el principio de *in dubio pro reo*.

Intervención del apoderado de la Parte Civil.

Si se está frente a una Institución que cumple con funciones sociales, de entrada sostiene el representante judicial de los intereses de la entidad que se reputa perjudicada con la ilicitud que se le endilga al acusado, el pago de sus obligaciones económicas con el municipio mal puede obtenerse a través del ejercicio arbitrario de sus propias razones. En este caso -aduce- no se actuó en derecho, como quiera que no se pidió certificación al Ministerio de Hacienda acerca del carácter de inembargables de los recursos del IPSE, situación que era de conocimiento del procesado.

Además, no se podía cobrar impuestos prescritos, puesto que para tal efecto ya habían transcurrido 21 años, irregularidad que condujo a que su monto se liquidara por

una cantidad catorce veces superior a la que realmente era, cobro que se hizo por una vía, la jurisdicción coactiva, para la cual se carecía de delegación expresa.

Esas las razones del Delegado de la Procuraduría para impetrar sentencia condenatoria con ocasión de este asunto, “ya que conociendo el sindicato la inembargabilidad de los recursos dictó una medida de embargo arbitraria que afectó el buen desempeño de la Institución.”

Intervención del defensor.

Lo que aquí se debe dejar en claro -alega el letrado de la defensa- es que los recursos de una entidad estatal como el IPSE sí son embargables, “siempre y cuando se respeten los límites respectivos de los dineros que se adeudan.” Si de lo que se acusa a su defendido es por el exceso en la liquidación del crédito, el cual en su totalidad cuantificó el entonces burgomaestre en quince mil millones de pesos, y con posterioridad se disminuyó a dos mil millones de pesos porque el “saldo” había prescrito, ello constituye a voces de la legislación procesal civil una excepción que debió ser alegada por la parte civil, como quiera que la configuración de dicho fenómeno no se podía declarar de oficio. La prescripción quinquenal le correspondía alegarla entonces a la demandada, insiste en sostener el defensor.

En cuanto al tipo penal del que aquí se trata, lo que se sanciona es la contradicción manifiesta del acto administrativo con respecto a la ley; luego, cuando no existe esa manifiesta contrariedad sino desvíos o fallas, se debe acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, pues no todo vicio constituye prevaricato.

Discrepa la defensa de la posición adoptada por la Fiscalía en cuanto que el compromiso del procesado en relación con el asunto deviene de su condición profesional de abogado, a quien igualmente se le reprocha el que haya decretado un embargo de manera indiscriminada. Ahora, si el IPSE poseía un determinado rubro para pagar impuesto

predial, era la propia entidad la que tenía que excepcionar su inembargabilidad, como efectivamente lo hizo.

De todas maneras, como no se ha demostrado en el proceso que su asistido hubiese obrado con dolo, su conducta deviene atípica. Una tal situación impone el proferimiento de una sentencia absolutoria, concluye la defensa.

Con posterioridad a la culminación del debate oral en el juicio, el apoderado de la Parte Civil solicitó cambio de radicación del proceso porque estimó que dada la “gran influencia política” que en el departamento de Chocó ejerce la familia del encausado, quien para el momento de radicación del libelo pertinente en el despacho del conocimiento ya había sido elegido gobernador de ese ente territorial, le restaba imparcialidad e independencia a la rama judicial en dicha jurisdicción.

Por auto del 22 de noviembre de 2007 la jueza de la causa se abstuvo de darle trámite a la petición dicha, “hasta tanto no se alleguen las pruebas requeridas tal y como lo exige el artículo 87 del C. P. P.”, expuso. Empero, ante la insistencia del profesional que representa los intereses de la entidad pública presuntamente perjudicada con la conducta desplegada por el procesado, quien en esta oportunidad aportó la documentación que acreditaba la calidad de gobernador de SÁNCHEZ MONTES DE OCA, por auto del 28 de enero del año en curso la jueza del conocimiento se declaró incompetente y ordenó remitir el proceso a la Corte, pues conforme con las previsiones del Art. 235-4 de la carta Política, sobrevenida la condición foral del acusado, su juzgamiento -en este caso la emisión de la sentencia correspondiente- era de competencia de la Sala Penal de esta Corporación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De conformidad con lo normado en los Arts. 235-4 de la [Constitución Política](#) y 75-6 del C. de. P. Penal, la Sala es competente para proferir sentencia en este asunto, no advertida

causal de nulidad alguna que vicie parcial o totalmente la actuación.

2. Ahora bien, toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación, prescribe el inciso 1° del Art. 232 de la Ley 600 de 2000, en tanto que su aparte 2° establece que no podrá proferirse sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado.

Del mismo modo, el Art. 9° del C. Penal -Ley 599 de 2000- preceptúa que para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable; luego es dable deducir, que de faltar alguno de estos elementos, no se configura delito alguno. Así pues, deben darse todos los elementos subjetivos y objetivos que conforman la estructura básica del tipo; debe verificarse que por lo menos efectivamente se puso en peligro el interés jurídico tutelado -en el presente caso, como seguidamente se verá, el recto proceder en la toma de decisiones por parte de los servidores públicos encargados de emitir resoluciones, dictámenes o conceptos-; y finalmente, es necesario comprobar que hubo una actitud consciente y deliberada de contradecir de manera rampante y ostensible el texto de la ley.

3. En lo que hace relación con el delito materia de imputación en la resolución acusatoria al doctor PATROCINIO SÁNCHEZ MONTES DE OCA, de acuerdo con lo previsto en el Art. 413 de la Ley 599 de 2000 incurre en el delito de prevaricato por acción “El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley...”, conducta que debidamente probada ha lugar a la sanción de “prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años”.

3.1. A partir de los elementos normativos que trae la descripción de la conducta en el

tipo penal de prevaricato por acción, se requiere, en primer lugar, que el autor ostente la calidad de servidor público, requisito que, para el caso concreto, se encuentra establecido con la anexión de sendas copias del acta de escrutinio de votos de la Organización Electoral de la Registraduría Nacional del Estado Civil por medio de la cual se declara electo como alcalde municipal de Quibdó, para el período 2001-2003, al doctor SÁNCHEZ MONTES DE OCA, y de su posesión el 1° de enero de 2001 como burgomaestre de la ciudad en mención -Fls. 20 y 24 del cuaderno principal-, e igualmente la pertinente certificación de su elección como gobernador del departamento de Chocó para el período 2008-2010.

3.2. En segundo lugar, se precisa que el autor calificado, en esa condición, profiera resolución, dictamen o concepto que, también objetivamente, resulte ser refractario a la ley. Significa lo anterior que el alejamiento entre lo resuelto por el funcionario y lo mandado por la norma positiva en un específico evento, debe ser palmario, de manera que la conducta ejecutada por el servidor público esté proscrita por las disposiciones vigentes.

De otro modo dicho, una decisión es “manifiestamente contraria a la ley” -de antaño lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala- cuando “la contradicción entre lo demandado por la ley y lo resuelto sea notoria, grosera o de tal grado ostensible que se muestre de bulto con la sola comparación de la norma que debía aplicarse.”¹.

No basta pues, la simple contrariedad entre el acto jurídico y la ley, esa disparidad debe ser evidente, ostensible, contraria en grado sumo al ordenamiento jurídico. Para que se configure el delito de prevaricato por acción -también lo tiene decantado la Corte- se requiere que haya “una notoria discrepancia entre lo decidido por un funcionario público y lo que debió decidir, o como tantas veces se ha dicho, entre el derecho que debió aplicar y el que aplicó.”² O, como puntualmente se dijera en proveído del 26 de junio de

1998:

“La adecuación típica del delito de prevaricato debe surgir de un cotejo simple del contenido de la resolución o dictamen de la ley, sin necesidad de acudir a complejas elucubraciones o a elocuentes y refinadas interpretaciones, pues un proceso de esta índole escaparía a una expresión auténtica de lo ‘manifiestamente contrario a la ley’. Así entonces, para la evaluación de esta clase de conductas delictivas se adopta una actitud más descriptiva que prescriptiva, es decir, sujeta a lo que realmente hizo el imputado en la respectiva actuación, asistido de sus propios medios y conocimientos, no a lo que debió hacer desde la perspectiva jurídica y con base en los recursos del analista de ahora (juicio ex ante y no a posteriori).”

Más recientemente recordó la Corte que cuando la ley exige como requisito para la actualización del tipo penal dicho que la ilegalidad sea manifiesta, “significa que no todas las decisiones ilegales son prevaricadoras por esa sola condición. En todo caso se necesita comprobar que la contradicción con el derecho aplicable sea de tal gravedad y magnitud que aún en casos de temas de complejidad interpretativa, hasta el sentido común resultaría lesionado. Una cosa es equivocarse en la aplicación de la ley y otra muy distinta utilizarla para desconocer su contenido y alcances con propósitos que le son ajenos.”³

En suma, la locución “manifiestamente contraria a la ley” es un elemento normativo del tipo que impone una valoración sobre cuan abierta o evidente es la disonancia entre la actuación y la ley, porque no basta con la simple contradicción entre una y otra; esa contrariedad debe ser de tal modo palmaria que ponga en evidencia el afán de hacer prevalecer el capricho o el interés particular a toda costa, con desprecio por la ley que se debe aplicar. 4

3.3. Lo dicho en último lugar significa que el acto jurídico debe manifestarse no como

producto de la torpeza, el desconocimiento o el error, sino de un obrar consciente y voluntario dirigido a contrariar la ley a través de la resolución, el dictamen o el concepto emitidos. Valga decir, que se actuó con dolo.

Proceder con dolo, a voces del Art. 22 del C. Penal, significa actuación voluntaria previo conocimiento de la definición típica y de la antijuridicidad. En otras palabras, obra dolosamente quien sabe que aquello que hace está descrito en la ley como punible y que con ello genera un daño o un riesgo a un bien jurídico. Su momento intelectual - conocimiento de tipicidad y antijuridicidad-, implica realizar el comportamiento con conciencia integral del hecho típico -con sus elementos, ingredientes y circunstancias-, del resultado de la conducta y del daño o puesta en peligro que se puede causar.⁵

Toda esta reseña jurisprudencial ya había sido sintetizada por la Corte en auto del 8 de mayo de 1.991 de la siguiente manera:

“Para que se estructure el delito de prevaricato, no es suficiente con su objetividad. Se requiere además, como categóricamente lo exige el artículo 5º del Código Penal (el anterior, que tiene hoy su equivalente en el artículo 9 de la Ley 599 de 2.000), que se obre con culpabilidad. Y de las tres formas de culpabilidad reconocidas por el legislador, este ilícito exige el dolo, sin que pueda tenerse como punible a ningún otro título. Y para que pueda afirmarse el dolo en un determinado comportamiento humano, típico, es menester que su autor haya conocido que esa conducta suya era ilícita, y a pesar de ello voluntariamente ejecutarla.

“Aplicadas las anteriores nociones generales al prevaricato, para que este delito se configure, el empleado oficial que profirió la resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, tuvo que tener conciencia de ello, es decir, saber que su resolución o dictamen eran contrarios a lo dispuesto por la ley y no obstante, proferirlos

voluntariamente. Si por virtud de algún error el empleado oficial creyó que aplicaba la ley correctamente sin que ello resultara cierto, su conducta aunque típica, no sería culpable y por ende no existiría el delito de prevaricato (...)"

4. Fijados así los parámetros sobre los requerimientos normativos exigidos en torno a demostrar la existencia de una conducta prevaricadora, procede la Corte a establecer si con ocasión del presente asunto el acusado incurrió en el delito que se le endilga, para lo cual se impone desentrañar en punto de la realización típica y su trascendencia social y jurídica -se reitera - si el acto jurídico acusado trasluce ruptura patente y grave con el mandato legal, lo cual encuentra comprobación a través del examen de la decisión y las preceptivas contenidas en las disposiciones aplicables al caso; y en el mismo plano de demostración, igualmente comporta acreditar si el funcionario, de acuerdo con la información disponible al momento de adoptar la determinación, estuvo en posibilidad real de haber podido ajustar el ejercicio de su competencia al ordenamiento jurídico y, por tanto, si tenía conciencia del carácter delictivo de su proceder, no empuja lo cual optó voluntariamente por realizar la prohibición típica. 6

4.1. Retomando lo que para la Sala constituye el núcleo esencial de la acusación -cuyos fundamentos fáctico y jurídico se han destacado en el acápite pertinente de esta providencia-, no cabe duda que la Fiscalía centra el reproche a la conducta del implicado exburgomaestre en el hecho de que con ocasión del cobro por jurisdicción coactiva que promovió contra el IPSE, hubiera ordenado de manera indiscriminada el "embargo de lo inembargable" que, por su cuantía -más de quince mil millones de pesos-, resultó ser abusiva; ello, a juicio de la Fiscalía, se tradujo en "manifiesto atropello" a las preceptivas contenidas en el Art. 16 de la Ley 38 de 1989, norma que establece la inembargabilidad de los recursos y rentas incorporados al Presupuesto General de la Nación -los del IPSE lo son por estar constituidos por fondos públicos-.

En efecto, el citado precepto -declarado condicionalmente exequible por la Corte

Constitucional mediante Sentencia C-546 de 1992-, fue modificado por el Art. 6° de la Ley 179 de 1994 y dichas normatividades, a su vez, que junto con la Ley 225 de 1991 conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto, compiladas en el Decreto 111 de 1996, Art. 19. Su tenor literal es el siguiente:

“ARTÍCULO 19. INEMBARGABILIDAD. Son inembargables las rentas incorporadas en el Presupuesto General de la Nación, así como los bienes y derechos de los órganos que lo conforman.

“No obstante la anterior inembargabilidad, los funcionarios competentes deberán adoptar las medidas conducentes al pago de las sentencias en contra de los órganos respectivos dentro de los plazos establecidos para ello, y respetarán en su integridad los derechos reconocidos a terceros en estas sentencias.

“Se incluyen en esta prohibición las cesiones y participaciones de que trata el capítulo 4 del título XII de la [Constitución Política](#).

“Los funcionarios judiciales se abstendrán de decretar órdenes de embargo cuando no se ajusten a lo dispuesto en el presente artículo, so pena de mala conducta (Ley 38/89, artículo 16, Ley 179/94, artículo 6°, 55, inciso 3°).”

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-354 de 1997 declaró exequible esta norma, “bajo el entendido de que los créditos a cargo del Estado, bien sea que consten en sentencias o en otros títulos legalmente válidos, deben ser pagados mediante el procedimiento que indica el artículo 19 del Decreto 111 de 1996, y que transcurridos 18 meses después de que ellos sean exigibles, es posible adelantar ejecución, con embargo de recursos del presupuesto -en primer lugar los destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos- y sobre los bienes de las entidades u órganos respectivos.”.

En la Sentencia C-793 de 2002 la Corte Constitucional nuevamente se refirió al aludido canon para dejar en claro que en aquella oportunidad, dicha Corporación confirmó la aplicación del principio de inembargabilidad de las rentas y recursos de los presupuestos públicos y, en relación con las excepciones a tal principio, consideró que éstas incluyen “tanto las sentencias como las demás obligaciones claras, expresas y exigibles a cargo del Estado”. Entre las precisiones que hizo para el entendimiento del referido principio, resulta de suma importancia para la solución que deba dar la Sala al presente asunto, destacar los siguientes apartes del pronunciamiento en mención:

“ ‘(...) Podría pensarse, que sólo los créditos cuyo título es una sentencia pueden ser pagados como lo indica la norma acusada, no así los demás títulos que constan en actos administrativos o que se originan en las operaciones contractuales de la administración. Sin embargo ello no es así. Porque no existe justificación objetiva y razonable para que únicamente se puedan satisfacer los títulos que constan en una sentencia y no los demás que provienen del Estado deudor y que configuran una obligación clara, expresa y actualmente exigible. Tanto valor tiene el crédito que se reconoce en una sentencia como el que crea el propio Estado a través de los modos o formas de actuación administrativa que regula la ley.

“ ‘Por lo tanto, es ineludible concluir que el procedimiento que debe seguirse para el pago de los créditos que constan en sentencias judiciales, es el mismo que debe adoptarse para el pago de los demás créditos a cargo del Estado, pues si ello no fuera así, se llegaría al absurdo de que para poder hacer efectivo un crédito que consta en un título válido emanado del propio Estado, es necesario tramitar un proceso de conocimiento para que a través de una sentencia se declare la existencia de un crédito que, evidentemente, ya existe, con el pernicioso efecto del recargo innecesario de trabajo en la administración de justicia.

“ ‘En conclusión, la Corte estima que los créditos del Estado, bien sean que consten en sentencias o en otros títulos legalmente válidos, deben ser pagados mediante el procedimiento que indica la norma acusada y que transcurridos 18 meses después de que ellos sean exigibles, es posible adelantar ejecución, con embargo de recursos del presupuesto en primer lugar los destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos- y sobre los bienes de las entidades u órganos respectivos.

“ ‘Sin embargo, debe advertir la Corte que cuando se trate de títulos que consten en un acto administrativo, éstos necesariamente deben contener una obligación clara, expresa y actualmente exigible que emane del mismo título, según se desprende de la aludida sentencia C-103 y que en el evento en que se produzca un acto administrativo en forma manifiestamente fraudulenta, es posible su revocación por la administración, como se expresó en la sentencia T-639/96.’

“En suma, a partir de la sentencia C-354 de 1997, por la cual se declaró la exequibilidad del artículo 19 del actual Estatuto Orgánico del Presupuesto, la norma es la inembargabilidad de las rentas y recursos del Estado, y la excepción la constituye el pago de sentencias y de las demás obligaciones claras, expresa y exigibles a cargo de las entidades públicas, para lo cual se acudirá al procedimiento señalado en el estatuto Orgánico del Presupuesto y en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.”

Esa tesis fue reiterada posteriormente en la Sentencia C-566 del 15 de julio de 2003.

Ahora, conforme a lo previsto en el Art. 1º del Dto. 1140 del 29 de junio de 1999 acerca de la naturaleza jurídica del Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas, IPSE, se tiene que es “(...) un Establecimiento Público del Orden Nacional, vinculado al Ministerio de Minas y Energía con personería Jurídica, autonomía

administrativa y patrimonio propio e independiente, constituido con fondos públicos (...)"

4.2. Pues bien, cuáles fueron las explicaciones suministradas por los alcaldes de Quibdó, tanto el saliente como el entrante, para haber procedido de la manera como lo hicieron en procura del recaudo del impuesto cobrado al IPSE?

Aquí, es preciso advertirlo, la única prueba de orden testimonial con la que se cuenta en la actuación es precisamente la de los descargos de quienes fueron vinculados al proceso mediante indagatoria, PATROCINIO SÁNCHEZ MONTES DE OCA y JHON JAIRO MOSQUERA NAVARRO.

4.2.1. El primero empieza por explicar que tuvo como soporte de su actuación, la Ley 56 de 1981 que entre sus regulaciones establece el impuesto por compensaciones y beneficios, el predial por compensación, las servidumbres y las indemnizaciones para aquellas entidades propietarias de las obras públicas que se construyan para la generación y transmisión de energía eléctrica. Conforme con dicha normatividad, el IPSE era sujeto pasivo de esas obligaciones, como quiera que fuera la entidad propietaria de las subestaciones de energía eléctrica ubicadas en el municipio de Quibdó, e igualmente de las redes de energía que atraviesan gran parte de su territorio.

Con apoyo en la Sentencia C-148 de 1994 de la Corte Constitucional que declaró exequible el articulado de la Ley 56 de 1981 demandado por inconstitucional -aduce-, se procedió en primer término a elaborar las respectivas cuentas de cobro previa realización de los avalúos y liquidaciones correspondientes. Ante el silencio de la entidad deudora, se libró mandamiento de pago de acuerdo con las normas legales que establecen su rito, procediéndose a su notificación, luego de lo cual se libraron los oficios de embargo a las entidades financieras donde el IPSE poseía cuentas.

Enseña SÁNCHEZ MONTES DE OCA que fue la propia Directora del Instituto quien le

propuso buscara fórmulas de arreglo para el pago o la conciliación, solicitándole, inclusive, dada la época en que se produjo el embargo -diciembre de 2003- que para llegar a un feliz acuerdo se procediera al desembargo de las cuentas, lo cual efectivamente se hizo en la misma fecha de su invocación, no porque se hubiera demostrado la inembargabilidad de los recursos gravados con la medida cautelar, sino por la petición que en aquel sentido se elevó a través de oficio, máxime cuando la Administración ya se había percatado del error que se cometió en la liquidación del crédito.

Prueba de que el IPSE aceptó la deuda y su voluntad de conciliar -agrega-, lo constituye el oficio VOC N° 1239 de 2003. Procedimiento similar implementó el referido Instituto con el municipio de Cértegui, Chocó. Las anteriores aseveraciones encuentran plena confirmación en la documentación obrante a Fls. 353 y ss. del cuaderno principal y 605 y ss. del cuaderno de anexos N° 4.

En suma, sus actuaciones en el referido diligenciamiento no tuvieron como fuente el capricho ni la mala fe, asegura el implicado, pues, de no haber procedido como lo hizo, hubiera incurrido en omisiones, una de las cuales le valió la compulsación de copias para que se le investigara disciplinariamente por dejar de cumplir oportunamente en un convenio de desempeño, con la obligación de recaudar, cobrar y ejecutar a los deudores del impuesto predial y de industria y comercio, especialmente.

Acerca de la ilegalidad de la medida cautelar decretada en relación con las cuentas bancarias del IPSE denunciada por los representantes de esa entidad dado su carácter de inembargables, tajantemente respondió el implicado: "En su momento tan legales fueron, que para el pago de nóminas, es decir, para funcionamiento, fue la solicitud principal de parte de la doctora GILDA MAGALY -a la sazón su Directora, se aclara-, más sin embargo pese a todo eso y a que no demostraron que se trataba de dineros transferidos, para proyectos específicos, o cualquier otra connotación, que demostrara la inembargabilidad, se procedió a desembargarlos, hasta allí, considero que hay

actuación legal y de buena fe, puesto que previamente, no es dable el conocimiento para la administración Municipal, de qué cuentas, tiene recursos para proyectos específicos o qué cuentas son para invalidez, vejez y pensión, o qué cuentas tienen el sello de que efectivamente esos dineros son inembargables (...)"

4.2.2. MOSQUERA NAVARRO, a su turno, expuso sobre los hechos materia de investigación que ignora con qué argumentos el IPSE denuncia su supuesta incursión en un delito de prevaricato o en abuso de autoridad, cuando bien claro tiene que en cumplimiento de la ley era de su responsabilidad como alcalde de Quibdó culminar un proceso que se había iniciado en el año inmediatamente anterior, "observándose desde luego todo el procedimiento legal que contempla el estatuto de Rentas Municipales es decir el acuerdo 017 de 2000, y los procedimientos utilizados para los procesos de jurisdicción coactiva. Donde se hacía el cobro de unas obligaciones que adquirió el IPSE para con el municipio, y que las mismas, no fueron canceladas de manera voluntaria (...)"

Tras enfatizar que ninguna irregularidad se cometió en el trámite del referido proceso, como lo pretenden los representantes del IPSE, acerca de la naturaleza de inembargables de los recursos de la entidad admitió que si bien recibió una certificación expedida por la Subdirectora del Presupuesto General de la Nación, documento mediante el cual, de manera genérica, se le comunicaba que los recursos provenientes del Tesoro Nacional tenían tal carácter, no obstante "no se hizo mención a ningún proyecto específico ni a ninguna cuenta específica de las tantas o de las muchas que se les embargó al IPSE. Si bien es cierto que hay normas que contemplan la inembargabilidad de los dineros provenientes del Estado, también es de conocimiento general, que hay sentencias de las altas Cortes, que contemplan la embargabilidad de los recursos, en algunas excepciones -sic-, como es el caso de sentencias ejecutoriadas y previo cumplimiento de 18 meses que trata el artículo 178 del C.C.A., y además, cuando los dineros que están depositados en cuentas, corresponden a la misma naturaleza de las obligaciones que se están cobrando. En el caso del IPSE, no

hizo ningún esfuerzo en demostrar, la destinación específica de los recursos embargados (...)"

Seguidamente acota que respecto del municipio de Quibdó, no obstante que sus recursos en un 80% provienen del Tesoro Nacional se hallan embargados, en algunos casos prosperan los incidentes de desembargo y en otras no, lo cual significa, a su entender, que "sobre el concepto de inembargabilidad no existe un criterio bien definido y unificado, sino que cada juez, le da su interpretación. Algunas jurisprudencias amparan la inembargabilidad, pero otras admiten que los recursos de la Nación son embargables (...)"

Finalmente aduce que hubo la necesidad de embargar nuevamente las cuentas del IPSE luego de su inicial desembargo, porque esta solicitud se presentó en razón de la modificación que era menester realizar respecto de la primigenia liquidación del impuesto, la cual, ciertamente, bajó sustancialmente; pero, primordialmente, porque entendió que solamente de esa manera la entidad deudora podría garantizar el pago de su obligación, pues si bien hubo manifestaciones de una posible conciliación, lo cierto fue que valiéndose de todos los recursos posibles, se tornó manifiesta su dilación para no cumplir con la obligación que se tenía con el municipio.

Además -agrega-, para los mandatarios locales resulta insoslayable, tal como se lo hizo saber la Procuraduría General de la Nación a través de una circular, hacer efectivo el cobro de las rentas municipales, conminándosele a realizar todos los esfuerzos posibles para impedir que las deudas de difícil recaudo cada día se acrecienten.

5. Vistas así las cosas, de manera objetivamente simple, pareciera que la conducta del procesado SÁNCHEZ MONTES DE OCA cabría enmarcarse en el tipo penal que define el delito de prevaricato por acción si, como lo definió la Fiscalía en el proveído calificadorio de la actuación sumarial, las resoluciones 010, 011, 012 y 013 del 5 de diciembre de 2003

a través de las cuales se materializó el embargo de las cuentas bancarias del IPSE resultan manifiestamente ilegales, en cuanto los recursos de dicha entidad ostentan el carácter de INEMBARGABLES por estar constituidos por fondos públicos y, por ende, incorporados al Presupuesto General de la Nación.

Como con antelación se dijo, el eje central de la acusación versa, en palabras de los Delegados de la Fiscalía, en haber procedido el justiciable al “embargo de lo inembargable” de manera indiscriminada “por una suma catorce veces por encima de lo realmente debido por parte del IPSE.”

Sin embargo, no se reparó en que, en primer término, el procesado tuvo como sustento de su actuación, tal como lo dejó explícito en su indagatoria, la regulación contenida en la Ley 56 de 1981 sobre las compensaciones por impuesto predial dejado de percibir por obras públicas de generación y transmisión de energía eléctrica y la manera de liquidarlo -Arts. 4°, 5° y 7°-, así como la jurisprudencia constitucional -Sentencia C-148/94 que declaró exequible el Art. 4° de la Ley 56/81-; y en segundo lugar, que el monto de esa liquidación tuvo como origen el error -como así lo admite el propio procesado en sus descargos- en la medida en que omitió aplicar la prescripción quinquenal de la que trata la Ley 782 de 2002. Al percatarse de su equivocación, de ipso facto, acorde con la petición de la representante legal de la Institución deudora, en la misma fecha de su invocación -23 de diciembre de 2003, se repite- procedió a ordenar el desembargo de los dineros objeto de la medida precautelar de marras.

De ahí la sustancial disminución de la deuda -como también lo advierte la defensa-, pues, con la reliquidación, esa inicial cifra de \$15.726'419.760.00 pasó a ser de \$1.196'012.134.00, habida consideración que, en últimas, no se tuvieron en cuenta 11 años por haber operado la prescripción, como ya se acotó.

Atendidas pues las explicaciones del acusado -e igualmente las de quien a la postre fue

beneficiado con la preclusión de la investigación-, por parte alguna refulge en su accionar el dolo que se requiere para la estructuración de la ilicitud en cuestión, puesto que para la realización del tipo penal de que se trata, el agente debe conocer y querer las circunstancias del hecho a que se refiere el mismo, porque, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala, no es posible concebir el dolo sin el conocimiento y la voluntad del supuesto amenazado con pena. De otro modo dicho, la decisión que se le cuestiona a SÁNCHEZ MONTES DE OCA en verdad que no obedeció a su arbitrariedad o capricho, de tal manera que hiciera prevalecer su subjetividad en detrimento de la integridad del ordenamiento jurídico y de la administración pública a cuyo nombre actuó.

Ya lo ha dicho la Corte, como en la referida descripción típica el legislador incluyó un elemento normativo que califica la conducta, el juicio de tipicidad correspondiente no se limita a la simple y llana constatación objetiva entre lo que la ley manda o prohíbe y lo que con base en ella se decidió, sino que involucra una labor más compleja, en tanto supone efectuar un juicio de valor a partir del cual ha de establecerse si la ilegalidad denunciada resiste el calificativo de ostensible por lo cual, como es apenas natural, quedan excluidas de esta tipicidad aquellas decisiones que puedan ofrecerse discutibles en sus fundamentos pero en todo caso razonadas, como también las que por versar sobre preceptos legales complejos, oscuros o ambiguos, admiten diversas posibilidades interpretativas por manera que no se revelan como manifiestamente contrarias a la ley.⁷ Las preceptivas atinentes a la aplicación del principio de inembargabilidad en tratándose de recursos incorporados al Presupuesto General de la Nación no escapan a esa complejidad, al punto que la propia Corte Constitucional ha elaborado una copiosa doctrina evolutiva acerca de las situaciones excepcionales en que tal principio no es absoluto - Sentencias C-546/92, C-793/02, C-566/03, entre otras-.

Este razonamiento adquiere mayor relevancia a la hora de sopesar algunos de los argumentos soporte de la determinación de la Fiscalía Ad-Quem, porque si lo que se le reprocha al agente es no haber tenido “el suficiente cuidado y diligencia, no solo

frente a la liquidación impositiva que habría de hacerse a la Cartera vencida del IPSE, sino también frente a los pasos que debería agotar para obtener el pago de lo debido"; y, si frente a la actitud remisa de la entidad -como lo alega la defensa- en vez de proceder a un examen riguroso de las cuentas del Instituto deudor lo que hizo fue realizar una liquidación que, por la abismal diferencia entre lo realmente debido y lo cobrado y embargado, es comportamiento que deja traslucir "la incuria de la administración"; para la Sala una conducta con esas connotaciones, a no dudarlo, se erige en un actuar culposos mas no doloso.

Es más, admitida la equivocación -no desvirtuada- que en su indagatoria pregonaba el ex-burgomaestre en relación con la censurada liquidación por no haber advertido -así lo deja entrever en sus descargos- que respecto de la deuda en cuestión parcialmente había operado la prescripción quinquenal, como con antelación se indicó, ese error -en gracia de discusión y a voces del apartado final del Art. 32-10 del C. Penal-, cabría catalogarse de vencible y, por consiguiente, el procesado habría de responder a título de culpa, modalidad no prevista en la ley para la conducta punible de prevaricato, pues, como se tiene por sabido, ese tipo de injusto en su fase subjetiva es esencialmente doloso.

Es que ni siquiera la Fiscalía midió con el mismo rasero el actuar de SÁNCHEZ MONTES DE OCA y el de MOSQUERA NAVARRO, este último quien a la postre ordenó nuevamente el embargo de los dineros del IPSE cuando ya sus cuentas bancarias habían sido desembargadas por el primero, para hacer efectivo el cobro coactivo de la pluricitada deuda, todo en procura, como ambos lo explican, de cumplir con su obligación de recaudar el importe de las rentas atrasadas del municipio que en su momento regentaron, a lo cual habían sido conminados por los entes de control.

5. Como corolario de lo que se viene de argumentar, indemostrado como se tiene que el procesado haya encaminado su voluntad a la producción del resultado típico, que

haya querido la realización de la conducta punible que se le endilga, valga decir, no demostrado el aspecto subjetivo del dolo en su componente volitivo, su deseo de contrariar de manera manifiesta la ley, ha de concluirse a tono con la jurisprudencia de la Sala, como atrás se dejó señalado, que si “por virtud de algún error el empleado oficial creyó que aplicaba la ley correctamente sin que ello resultara cierto, su conducta aunque típica, no sería culpable y por ende no existiría el delito de prevaricato.”

En mérito a lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

ABSOLVER del cargo de prevaricato por acción por el cual se ha venido juzgando en razón del presente asunto al doctor PATROCINIO SÁNCHEZ MONTES DE OCA en su condición de alcalde del municipio de Quibdó para la época de los acontecimientos investigados, y actualmente gobernador del departamento de Chocó, conforme a las motivaciones plasmadas en el cuerpo de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE L.

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 C. S. de J., Sala de Casación Penal, providencia de 15 de abril de 1993.

2 C. S. de J., Sala de Casación Penal, auto de 25 de octubre de 1979.

3 C. S. de J., Sala de Casación Penal, Sentencia de 06-02-08. Rad. 20815.

4 C. S. de J., Sala de Casación Penal, Sentencia de 01-11-07. Rad. 28464.

5 C. S. de J., Sala de Casación Penal, Sentencia de 19-12-00. Rad. 17088.

6 C. S. de J., Sala de Casación Penal, providencia de 11-03-03, Rad. 18.031, entre otras.

7 C. S. de J., Sala de Casación Penal, Sentencia de 13-07-06. Rad. 25627.