

Proceso No 30748

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Aprobado Acta N°180

Bogotá, D. C., junio diecisiete (17) de dos mil nueve (2009).

VISTOS:

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado Gustavo Castilla Mercado, contra la sentencia del 17 de julio de 2008 proferida por el Tribunal Superior de Valledupar a través de la cual lo condenó como autor responsable de la conducta punible de prevaricato por acción.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL:

1. Los primeros fueron expuestos por el a quo de la siguiente manera:

(...) el Fiscal Diecinueve (19) Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Chiriguaná -Cesar- Doctor Gustavo Castilla Mercado, conoció de una investigación seguida en contra del Alcalde del Municipio de Tamalameque -Rodolfo Arcesio Caliz Ariza- por el presunto delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales y peculado por apropiación, según denuncia instaurada por parte de la Contraloría General de la Nación.

Posteriormente vinculó al señor Rodolfo Arcesio Caliz Ariza, a través de indagatoria y practicadas algunas pruebas, opta por resolver su situación jurídica, lo cual ocurre mediante resolución de fecha 30 de junio de 2006, pero va mas allá cuando decide dictar preclusión de la investigación. Esta resolución fue recurrida por parte del Ministerio Público y al desatarse el recurso de alzada el Fiscal Primero Delegado ante el Tribunal Superior de Valledupar, revocó la preclusión y ordenó compulsar copias del expediente para que se investigara al Doctor Gustavo Castilla Mercado, Fiscal Diecinueve (19) Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Chiriguaná, por considerar que dicho funcionario sin mayor apoyo probatorio precluyó la investigación, por cuatro delitos, siendo que la motivación que se realiza abarca uno de ellos, presumiéndose que la decisión es prevaricadora¹.

2. Respecto a lo segundo con fundamento en las copias compulsadas por el Fiscal Primero Delegado ante el Tribunal Superior de Valledupar se inició proceso penal mediante resolución del 24 de abril de 2006 contra el Doctor Gustavo Castilla Mercado por la misma Unidad de Fiscalía².

3. La indagatoria del Doctor Castilla Mercado se llevó a cabo el 7 de julio de 2006³, luego el ente acusador se abstuvo de resolverle la situación jurídica mediante decisión del 14 siguiente⁴.

4. Cerrada la averiguación⁵ se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación de 18 de diciembre de 2006 en contra del doctor Gustavo Castilla Mercado como presunto autor del delito de prevaricato por acción tipificado en el artículo 413 del Código Penal⁶.

La anterior decisión fue objeto de los recursos ordinarios de reposición y apelación por parte del doctor Castilla Mercado. El primero fue negado por la

Fiscalía instructora el 5 de febrero de 2007 y el segundo fue decidido por la Fiscalía Delegada ante esta Corporación en providencia del 27 de abril de 2007 confirmando la acusación⁸.

5. Cumplida la audiencia de juzgamiento el Tribunal Superior de Valledupar mediante sentencia de 17 de julio de 2008 condenó al enjuiciado Castilla Mercado a la pena de 36 meses de prisión, multa en cuantía de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes y 5 años de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, como autor responsable de la conducta punible objeto de acusación, le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena bajo caución predaría y el compromiso de respetar las obligaciones relacionadas en el artículo 65 ibídem⁹.

LA SENTENCIA IMPUGNADA:

1. Precisa que no se observa ninguna irregularidad sustancial que afecte el debido proceso, determina la competencia para conocer de esta actuación y señala que al doctor Gustavo Castilla Mercado se le acusa de incurrir en el delito de prevaricato por acción tipificado en el artículo 413 del Código Penal, conducta que define con apoyo jurisprudencial.

2. Aborda la situación fáctica, procesal y probatoria de la actuación adelantada por los delitos de “contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales” y “peculado por apropiación” contra el Alcalde del Municipio de Tamalameque Rodolfo Arcesio Caliz Ariza que originó este proceso para indicar que dentro de esa actuación mediante resolución del 30 de junio de 2005, el doctor Castilla Mercado dispuso la preclusión de la investigación a favor del citado mandatario seccional al momento de resolver la situación jurídica por atipicidad de los actos punibles señalados, cuando debió abstenerse o imponer alguna medida de aseguramiento debido a que desde la apertura de la instrucción -9 de octubre de 2004- hasta la fecha de la citada decisión -30 de junio

de 2005- sólo habían transcurrido 8 meses y 21 días, término este muy inferior al lapso de 18 meses señalado por el artículo 329 de la Ley 600 de 2000 para perfeccionar la investigación.

3. Señala que conforme a lo consignado en la acusación y lo dicho por el Fiscal Delegado en la audiencia, la decisión de precluir la indagación seguida contra el Alcalde de Tamalameque fue precipitada y prevaricadora porque el informe que rindieron los miembros del C.T. I. de la Fiscalía con ocasión de la inspección judicial no era lo suficientemente claro "... y peor aún no abarcaba una visión u óptica de las obras que representaban los cuatro contratos estatales mencionados ut supra, menos aún, que pudiera sugerir para precluir el contenido del testimonio de quien fuera jefe de planeación en las calendas en que se suscriben y desarrolla los contratos reputados por el denunciante ilegales..."

4. Sostiene que la defensa acepta la tipicidad objetiva de la conducta punible de prevaricato, es decir, la contrariedad material con las siguientes normas: 1. El artículo 329 de la Ley 600 de 2000 al señalar que el término de instrucción no podrá exceder de 18 meses 2. Los artículos 354 y 357, numeral 1 ibidem porque dada la naturaleza, modalidad y las penas señaladas para los delitos de "contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales" y "peculado" era imperioso resolver la situación jurídica de Arcesio Caliz Ariza, bien para imponerle medida de aseguramiento de detención preventiva o abstenerse de hacerlo 3. El artículo 39 de la citada ley porque exige como requisito para precluir la investigación que esté demostrada una causal que impida la persecución penal, es decir, "...Probar de forma inequívoca la verdad de algo..."(Énfasis del texto original).

5. Establecida la tipicidad objetiva, también encuentra demostrada la exigencia subjetiva por las siguientes razones:

5.1 Se procuró investigar unos hechos denunciados por la Contraloría General de la Nación, cuya misión Constitucional y legal consiste en velar porque los bienes públicos cumplan con su objetivo, enmarcado dentro de los principios contenidos en el artículo 209 de la Carta Política y en este caso con los postulados de la Ley 80 de 1993 por comprender contratos administrativos.

5.2 El Doctor Gustavo Castilla Mercado no tuvo en cuenta que por tratarse de una investigación relacionada con unas conductas punibles complejas y de contar con el término suficiente de instrucción debió establecer lo siguiente:

5.2.1 Cuál era el presupuesto del Municipio de Tamalameque -Cesar-, durante los años 2002 y 2003 para fijar el monto que regulaba la contratación directa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 855 de 1994 porque de esa manera podía realizar las evaluaciones correspondientes y establecer si los 4 contratos se ajustaron a esos parámetros legales; situación que al momento de resolver la situación jurídica no se había esclarecido.

5.2.2 No se indagó si los contratos obedecieron o se derivaron por haber decretado una urgencia manifiesta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 de la citada ley.

5.2.3 El Doctor Castilla Mercado entendió y comprendió aquello que le correspondía investigar por los anteriores conceptos porque observada la indagatoria de Rodolfo Arcesio Caliz Ariza fue interrogado por la forma, modalidad, objeto, la causa que originaron los contratos, cuál era el valor o tope para realizar la contratación directa y si coadministraba el municipio con grupos al margen de la ley.

5.2.4 Presentada de esa manera la situación y comprendida por el Doctor Castilla Mercado resulta inaudito que se pretenda por la defensa explicar el comportamiento que asumió su asistido con la preclusión a un error de tipo o una

negligencia que conduciría a un prevaricato en la modalidad culposa no regulado en la ley penal colombiana debido a que en las dos sesiones de indagatorias realizadas al Alcalde Rodolfo Arcesio Caliz Ariza el interrogatorio se dirigió a establecer unas irregularidades contractuales que apuntaban hacia un abierto fraccionamiento.

5.2.5 Su actuar doloso se demuestra también porque el Doctor Castilla Mercado conoce las disposiciones de procedimiento penal que regularon la actuación según se desprende de su experiencia judicial y la cultura jurídica que brota de sus generales de ley, sin embargo, decidió con conciencia y libertad abrazar la injusticia dictando una resolución manifiestamente contraria a la ley en el ejercicio de sus funciones públicas cuando su deber era respetar el mandato del artículo 230 Constitucional.

5.2.6 El solo hecho de que en la denuncia se mencionara literalmente el fraccionamiento de los contratos le imponía el deber de verificar o no su existencia en los términos señalados por la jurisprudencia.

6. Con fundamento en lo anterior comparte la solicitud de condena presentada por la Fiscalía.

7. Se aparta de los argumentos mostrados por el enjuiciado Castilla Mercado cuando sostiene que su condición laboral, social, la carga de trabajo y la enfermedad de su progenitor lo condujeron a que actuara dentro de un error y por eso se le debe absolver porque el procesado tenía experiencia en el campo judicial, es capacitado y ha traído en la dirección de procesos penales que lo habilitaban para actuar de manera diferente a como lo hizo.

8. Al defensor le responde que no demostró el error en el cual pudo incurrir

su defendido Castilla Mercado para emitir la resolución manifiestamente contraria a la ley porque presenta una postura confusa y personal sin explicar las circunstancias fácticas y probatorias dentro de las cuales actuó el procesado, en que consistió el error frente a los medios de conocimiento valorados y que factores externos o internos influyeron en esa actitud apresurada. De tal modo que se limitó a expresar que no se investigó lo favorable a su asistido lo cual constituye un concepto “neutro y ecuménico” aplicable a todos los procesos penales.

9. Por todo lo anterior encuentra demostrados los requisitos exigidos por el artículo 232 del “Código Penal” (sic) para dictar sentencia condenatoria contra el Doctor Gustavo Castilla Mercado por la conducta punible de prevaricato por acción.

LA APELACIÓN

1. Sostiene que el a quo compartió los argumentos del anterior defensor en el sentido de que el Doctor Castilla Mercado describió una conducta típica y antijurídica, por tanto, no propone el examen de esos elementos, sin embargo, con apoyo jurisprudencial recuerda que para la configuración de la conducta punible de prevaricato deben concurrir la tipicidad objetiva y la subjetiva.

2. Precisa que el ámbito de inconformidad se concentra en demostrar si su defendido actuó con dolo en el caso concreto.

3. Señala que la sentencia apelada aborda el tema de la tipicidad objetiva y la subjetiva de “...manera notoriamente imbricada...” sin ofrecer suficiente claridad y separación respecto de los elementos de convicción recogidos en la actuación penal debido a que le sirven para establecer tanto el actuar doloso de su asistido como para afirmar que su conducta fue típicamente antijurídica.

4. Luego de transcribir algunos apartes de la sentencia impugnada en los cuales,

según la defensa, el Tribunal “...intuye...” el dolo de su defendido, solicita que se absuelva al Doctor Castilla Mercado por la carencia del elemento subjetivo del tipo penal, con fundamento en las siguientes razones:

4.1 La Corte Suprema de Justicia tiene señalado que para dictar sentencia condenatoria se necesita evidencia que conduzca a la certeza de la responsabilidad del procesado, sin embargo, el impugnante no encuentra facilidad para ofrecer razones de censura porque el Tribunal no exhibe los medios de conocimiento que demuestren el dolo con el cual actuó el condenado.

Los vocablos empleados en la sentencia como “...sabor comprensible con la vigencia dolosa...”, o también “... la subjetiva refulge también consustancial como derivado implícito de tal determinación...” son expresiones intuitivas, rutinarias de la práctica judicial que no generan certeza sobre lo explicado.

4.2 Con apoyo en la jurisprudencia explica que el prevaricato sólo admite la modalidad dolosa, así como las categorías que lo comprenden y sostiene que el fallo de condena incluye frases tales como “...el procesado Gustavo Castilla Mercado, entendía y comprendía lo que le correspondía averiguar por los anteriores conceptos...” y también “...sin embargo produjo con conciencia y libertad una resolución manifiestamente contraria a derecho...” (Énfasis del texto original), las cuales no demuestran conceptual ni probatoriamente ese elemento subjetivo propio de este delito.

4.3 Indica que el Doctor Castilla Mercado en la resolución del 30 de junio de 2005 dentro de la soberanía judicial llevó a cabo una apreciación probatoria cuando concluye que,

Ante el experticio técnico allegado, queda totalmente desvirtuado el informe de la Contraloría General de la República, Seccional Valledupar, y nos lleva a determinar que

no se cometió delito alguno en las contrataciones que nos hemos referido en la presente investigación, situación que nos permite no solamente abstenernos de afectarle la situación jurídica a Rodolfo Arcesio Caliz Ariza, al no reunirse los requisitos exigidos para ello, sino de precluir la investigación que se sigue en su contra de conformidad a (sic) lo establecido en el artículo 39 del Código de Procedimiento penal, por atipicidad de la conducta.

Vale decir, no actuó con dolo y es consecuente con su conclusión: como no se cometió ningún delito en las contrataciones dedujo la atipicidad de la conducta y precluyó la investigación conforme a lo dispuesto en el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal de 2000, como una ruta procesal viable.

4.4 No está demostrado que obró arbitraria o maliciosamente, "...pudo haber actuado erróneamente por precipitud procesal porque al mismo tiempo que definía una situación jurídica de un procesado, se inclinó por precluir la investigación, pero normativamente no le estaba vedado hacerlo, además, obró con desatención porque le faltó estudio probatorio y agotar investigación. Pero -se insiste- no procedió con dolo..."

4.5 A diferencia de lo afirmado por el a quo sostiene que no existe contrariedad entre el comportamiento del Doctor Castilla Mercado y los artículos 354 y 357, numeral 1 de la Ley 600 de 2000 que lo obligaba a resolver la situación jurídica de Arcesio Caliz Ariza para estudiar la posibilidad de imponer una medida de aseguramiento de detención preventiva o absteniéndose de hacerlo tomando en cuenta la naturaleza, modalidad y penas de los delitos de "contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales" y "peculado" porque en la resolución de 30 de junio de 2007 (sic), precisamente al definir la situación jurídica optó por abstenerse de resolverla y decidió ir mas allá cuando ordenó la preclusión de la investigación por atipicidad de la conducta y en ese sentido la decisión no es manifiestamente contraria al texto legal, sin embargo, sostiene que ese argumento no se dirige a la falta de dolo sino a la ausencia de

la tipicidad objetiva.

4.6 No se probó, directa o indirectamente, que el Doctor Castilla Mercado sea un funcionario deshonesto o que haya querido desviar la ley o causar daño a la administración de Justicia cuando tomó la decisión de 30 de junio de 2006 (sic), no obstante el Tribunal deduce su conducta dolosa de las explicaciones otorgadas en su indagatoria.

4.7. Después de transcribir un fragmento de la sentencia recurrida relacionado con el cuestionario que formuló el Doctor Castilla Mercado al sindicado Rodolfo Arcesio Caliz Ariza durante las dos sesiones de su injurada afirma que el lenguaje utilizado en el fallo es "...ciertamente inextricable...", pero piensa que el a quo se refiere "...a la voluntad de realizar el comportamiento que se sabe ilícito...", no obstante basta recorrer la indagatoria del Doctor Castilla Mercado para denotar su esfuerzo de explicar que nunca tuvo la voluntad de transgredir la ley cuando dijo que,

(...) es decir, que debe estar en mi interior de que al momento en que me propuse dictar la providencia contra Rodolfo Arcesio Caliz haya yo actuado con la intención de cometer la conducta punible que se me imputa, en ningún momento de mi cabeza se me pasó eso y nunca jamás en vida profesional (sic) como funcionario de la Fiscalía General de la Nación he tomado una decisión contraria a las pruebas y a la ley..."

4.8 El dolo en este caso estaría radicado en que el Doctor Castilla Mercado conocía y comprendía correctamente el contenido del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal y hubiera tenido "la voluntad y la conciencia" de que las pruebas existentes en el asunto que examinaba no eran suficientes para precluir extraordinariamente la investigación seguida contra Rodolfo Arcesio Caliz Ariza, sin embargo, cuando valoró los medios de conocimiento se persuadió racionalmente de que las contrataciones estatales

refractaban un comportamiento atípico y por eso lo declaró así.

4.9 La personalidad laboral del Doctor Castilla Mercado demuestra la ausencia de conciencia y voluntad de violar la ley debido a que incluso el a quo le reconoció el derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

4.10 Comparte la sentencia en el sentido de que a su defendido no se le puede “pregonar” la causal de ausencia de responsabilidad por error de tipo pero señala con la Corte que “actuó con la convicción de hacerlo dentro de los marcos de la juridicidad, error que excluye la culpabilidad o, si se prefiere, la verificación positiva del tipo subjetivo”¹⁰

4.11 Como no está demostrado que el comportamiento del Doctor Castilla Mercado fue doloso, solicita que se revoque la sentencia de 17 de julio de 2007 (sic) proferida por el Tribunal Superior de Valledupar y en su lugar se absuelva a su defendido por no estar satisfechos los requisitos del artículo 232 de la Ley 600 de 2000 para condenar.

CONSIDERACIONES:

1. La Corte es competente para resolver los recursos de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Superiores -Ley 600 de 2000, artículo 75, numeral 3, como sucede en este caso en que fue impugnado el fallo condenatorio de 17 de julio de 2008 proferido por el Tribunal Superior de Valledupar contra el Doctor Gustavo Castilla Mercado por la conducta punible de prevaricato por acción.
2. De conformidad con el artículo 204 ibídem la presente decisión se concretará a los

asuntos objeto de impugnación y a aquellos que resulten inescindiblemente vinculados a éstos.

3. La Sala debe abordar los siguientes temas y con ello resolver los problemas jurídicos propuestos por el defensor en el escrito mediante el cual sustentó el recurso: (i) la tipicidad de la conducta desplegada por el Doctor Castilla Mercado y para ello se debe realizar una aproximación a los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo penal descrito en el artículo 413, (ii) precisar si está demostrado que la conducta del Doctor Castilla Mercado fue dolosa cuando decidió proferir la resolución de 30 de junio de 2005 mediante la cual precluyó la investigación a favor de Rodolfo Arcesio Caliz Ariza y, (iii) finalmente establecer si la interpretación dada al asunto por el funcionario judicial fue “manifiestamente ilegal”.

4. La conducta punible de prevaricato por acción por la cual se dictó sentencia contra el Doctor Gustavo Castilla Mercado en su condición de Fiscal 19 Seccional de Chiriguaná (Cesar) está consagrada en los siguientes términos:

Artículo 413.- El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en 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 funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

5. De acuerdo con esta descripción constituyen supuestos para la estructuración del tipo objetivo la concurrencia de un sujeto activo calificado, es decir, tener la calidad servidor público; como sujeto pasivo el Estado y la Sociedad; el bien jurídico que este delito viola o pone en peligro es la administración pública en su específica versión de exigir el respeto de la autoridad a la ley y el Derecho; la conducta consiste en conceptuar, proferir el dictamen o la resolución ilegal; y, como

elemento normativo, además de los anteriores, la expresión “manifiestamente contrario a la Ley”.

6. Cuando se imputa el delito de prevaricato a un servidor judicial porque se cuestiona la interpretación que da a una norma, la jurisprudencia de la Sala ha reiterado,

que dicha conducta prohibida se realiza, desde su aspecto objetivo, cuando se presenta un ostensible distanciamiento entre la decisión adoptada por el servidor público y las normas de derecho llamadas a gobernar la solución del asunto sometido a su conocimiento.

También ha señalado la Sala que al incluir el legislador en la referida descripción 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 ley¹¹.

7. El delito de prevaricato sólo admite la modalidad dolosa en los términos del artículo 22 de la Ley 599 de 2000 y se presenta cuando el servidor público profiere de manera voluntaria una resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrarios a la ley, y

además, es consciente de que con su comportamiento vulnera el bien jurídico de la administración pública.

8. Tiene dicho la Sala que a la hora de hacer el examen del aspecto subjetivo de la conducta prevaricadora se ha de observar que su concurrencia puede inferirse a partir de la mayor o menor dificultad interpretativa de la ley inaplicada o tergiversada, así como de la mayor o menor divergencia de criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre su sentido o alcance, elementos de juicio que no obstante su importancia, no son los únicos que han de auscultarse, imponiéndose avanzar en cada caso hacia la reconstrucción del derecho verdaderamente conocido y aplicado por el servidor judicial en su desempeño como tal, así como en el contexto en que la decisión se produce, mediante una evaluación ex ante de su conducta¹².

9. Otro aspecto que se debe tener en cuenta es el referido a las simples diferencias de criterios respecto de un determinado punto de derecho, especialmente frente a materias que por su enorme complejidad o por su misma ambigüedad admiten diversas interpretaciones u opiniones, situaciones en las que no se puede considerar la decisión judicial como propia del prevaricato, pues no puede ignorarse que en el universo jurídico suelen ser comunes las discrepancias aún en temas que aparentemente no ofrecerían dificultad alguna en su resolución¹³.

10. En este caso observa la Sala que el Doctor Gustavo Castilla Mercado, como Fiscal 19 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Chiriguáná (Cesar), decidió precluir la investigación que se adelantaba contra Rodolfo Arcesio Caliz Ariza relacionada con las presuntas irregularidades en la celebración de 4 contratos, por violación a "...lo topes máximos de la contratación directa (menor cuantía)..."¹⁴, cuando se desempeñaba como Alcalde del Municipio de Tamalameque (Cesar) durante el periodo constitucional comprendido del año 2001 al 2003, sin tener los medios de conocimiento suficientes para tomar tal decisión, pasando por alto que no estaba

vencido el término de instrucción y desconociendo el mandato del artículo 39 de la Ley 600 de 2000, por las siguientes razones:

11. Los contratos objeto de la mencionada investigación se identifican así:

11.1. Número 008 de 5 de marzo de 2002 por un valor de \$76.353.662 y su adicional de 10 de julio del mismo año por la suma de \$13.261.978, cuyo objeto era realizar obras de infraestructura para la construcción de la primera etapa en el procesamiento y comercialización de la yuca en el Municipio de Tamalameque¹⁵.

11.2 Número 016 de 9 de mayo de 2002 por un valor de \$61.049.288 y su adicional de 1 de octubre del mismo año por la suma de \$27.746.480 que tenía como objeto la construcción del matadero Municipal del citado ente territorial¹⁶.

11.3 Dentro del expediente no aparece copia del contrato número 025 de 23 de agosto de 2002 y su adicional¹⁷, sino las actas de modificación de la obra¹⁸ y de recibo y liquidación de la misma¹⁹, de las cuales se desprende que el objeto de este contrato era la optimización, potabilización y terminación del acueducto de la cabecera municipal de Tamalameque por los valores de \$76.938.375 y \$23.058.872,5, respectivamente²⁰.

11.4 Número 016 de 24 de abril de 2003 por un valor de \$79.937.500 y su adicional por la suma de \$22.000.000 cuyo objeto era la realización de obras de protección y canalización de la Quebrada la Floresta desde Palestina hasta la Ciénaga del Cristo del Municipio de Tamalameque -Cesar-²¹.

12. Desde el informe presentado por la Contraloría General de la República, Gerencia Departamental del Cesar sobre el hallazgo encontrado en la auditoría practicada al municipio de Tamalameque durante la vigencia de los años 2002 y 2003 se precisa que las irregularidades encontradas consisten en que "...se violaron los topes máximo (sic)

de la contratación directa (menor cuantía), utilizando la figura de la adición al contrato inicial, con obras que no eran complementarias, sino que eran necesarias y obligatorias para el funcionamiento del objeto contratado...”²²; (Énfasis agregado), por esa razón el Fiscal 11 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito, Unidad Delitos Contra la Administración Pública de Valledupar -Cesar-, cuando dispuso la apertura de la investigación mediante resolución del 9 de agosto de 2004 señaló como hecho irregular y orientador de la instrucción la infracción a los topes de esa modalidad de contratación²³.

13. La importancia de conocer la cuantía que se requiere para implementar la contratación directa en los términos del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 855 de 1994 para los efectos de la investigación seguida contra Rodolfo Arcesio Caliz Ariza era conocida por el Doctor Gustavo Castilla Mercado en su calidad de Fiscal 19 Delegado ante el Juzgado Penal del Circuito de Chiriguaná-Cesar- porque en la resolución de 24 de diciembre de 2004 ordena, entre otras cosas, solicitar a la oficina de Planeación del Municipio de Tamalameque que certifique cuál era el presupuesto de ese ente territorial para los años 2001, 2002 y 2003²⁴, elemento de juicio indispensable para determinar ese valor.

14. Corrobora la anterior afirmación el hecho de que durante el interrogatorio que le formuló el Doctor Castilla Mercado a la declarante Martha Patricia Peña López, Jefe de la Oficina de Planeación y Vivienda del Municipio de Tamalameque durante los años 2002 y 2003, le preguntó cuál era el tope para realizar contratación directa durante el año 2002 en ese Municipio, señalara el procedimiento utilizado para convocar a las personas con el fin de contratar y si tenía algún comentario en relación con la violación a los topes de contratación directa advertida por la Contraloría mediante la figura de la adición²⁵.

En igual sentido se dirigió a Rodolfo Arcesio Caliz Ariza durante la indagatoria

cuando lo interrogó sobre cuál era el valor o “topo” (sic) para contratar directamente para la época que ejerció como Alcalde de Tamalameque, a lo cual contestó que “...Hasta el año 2002 de \$76.000.000.oo...”²⁶.

15. Lo anterior pone en evidencia que el Doctor Castilla Mercado sabía de la importancia que tenía para la investigación la necesidad de establecer el presupuesto anual del Municipio de Tamalameque y por esa vía determinar la cuantía para realizar la contratación directa, sin embargo, no allegó al proceso la prueba idónea para su demostración a pesar de haberla ordenado y pedido mediante el oficio número 976 de 27 de diciembre de 2004 dirigido a la Oficina de Planeación del Municipio de Tamalameque- Cesar-27

16. Es más, Caliz Ariza señaló en la indagatoria que para el año 2002 el monto para la contratación directa era de hasta \$76.000.000, suma esta inferior al valor por el cual se firmaron los contratos iniciales de obra números 008 de 5 de marzo de 2002 (\$76.353.662) y 025 de 23 de agosto del mismo año (\$76.938.375), motivo de indagación, lo que indicaba la violación al régimen contractual.

17. El informe número 1103 de 5 de mayo de 2005 del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación que consigna los resultados de la inspección judicial practicada a las obras de los contratos cuestionados por la Contraloría General de la Nación, Gerencia Departamental del Cesar no tiene la cobertura ni la fuerza probatoria suficiente para desvirtuar el informe del ente Fiscalizador señalado y menos aún de servir como fundamento para demostrar una causal de preclusión de la investigación o cesación de procedimiento conforme lo dispone el artículo 39 de la Ley 600 de 2000.

17.1 En efecto, el informe de la Contraloría menciona que se encontraron

irregularidades en los contratos números 008 del 5 de marzo, 016 de 9 de mayo y 025 de 23 de agosto, todos del 2002²⁸, sin embargo, el informe del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación contiene información parcial de esos convenios o no los menciona.

Es necesario aclarar que, si bien el informe de la Contraloría no menciona expresamente el contrato número 016 de 2003, lo cierto es que ese organismo de control sí anexó copia del mismo y su adicional dentro los documentos que envió a la Oficina de Asignaciones de la Fiscalía General de la Nación mediante el oficio número 85201-352 de 26 de julio de 2004, que comprende 67 folios²⁹, sobre el mismo se interrogó al procesado Caliz Ariza durante la indagatoria³⁰ y se ordenó practicar inspección judicial a la obra objeto de este contrato³¹, es decir, fue motivo de investigación.

17.2 En relación con el contrato número 008 de 2002 dice el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación que la obra es buena, está terminada, cumple el objeto para el cual fue contratada, los materiales de construcción empleados satisfacen las especificaciones técnicas requeridas para este tipo de obra y se encuentra en funcionamiento.

Con fundamento en el acta que lo modificó observa que las mayores cantidades de obra (las adicionales) son “...complementarias al contrato original, y no son obras necesarias para dar cumplimiento al objeto del contrato...” ³².

17.3 Respecto de los contratos números 016 de 2002 y 016 de 2003 nada dice si las obras adicionales tienen el carácter de necesarias o complementarias.

En cuanto al convenio 016 de 2003 aclara que el servidor de la Fiscalía se desplazó con apoyo militar hasta un lugar cercano "...al sitio donde se presume realizaron las obras, sin embargo, fue imposible iniciar con la diligencia..." por razones de orden público, además, que por la naturaleza del trabajo y el tiempo transcurrido desde que realizaron las obras su verificación "...es indeterminada..." 33 .

17.4 Sobre el contrato número 025 de 2002 no se pronunció el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía.

18. Todo lo anterior demuestra que el informe rendido por los miembros del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación de 5 de mayo de 2005 no es completo porque solo aclara que las obras adicionales al contrato 016 de 2002 son "complementarias" y guardó silencio sobre ese aspecto en los demás convenios, circunstancia que impedía servir como medio de conocimiento idóneo para sustentar una preclusión.

19. Ahora: cuando el Doctor Castilla Mercado tomó la decisión de precluir la investigación todavía no había vencido el término para perfeccionar la instrucción según lo dispuesto por el artículo 329 de la Ley 600 de 2000 debido a que la indagación se inició mediante resolución del 9 de agosto de 2004³⁴ y la providencia cuestionada como contraria a la ley es de 5 de junio de 2005³⁵

, lo cual indica que solo habían transcurrido 10 meses y 21 días de ese período.

20. Si bien es cierto, como lo sugiere la defensa, que en el momento de resolverse la situación jurídica es viable ordenar la preclusión de la investigación con fundamento en lo dispuesto por el artículo 39 de la Ley 600 de 2000 debido a que esa determinación se puede tomar en cualquier estado del proceso, también es verdad que

para decidir de esa manera debe estar plenamente demostrada la causal que se invoca o se reconoce de oficio, pues así lo indica la norma citada al utilizar el término que “...aparezca demostrado...”, además, la Corporación sobre este tema tiene dicho que,

Desde esta perspectiva, los preceptos acusados como transgredidos por el enjuiciado son los artículos 39, 395 y 397 del Código de Procedimiento Penal, que prevén como forma de terminación extraordinaria del proceso la preclusión de la instrucción y el cese de procedimiento en caso de estar comprobada alguna de las siguientes hipótesis: que el hecho investigado no ha existido, que el sindicado no lo ha cometido, que la conducta es atípica, que esté demostrada una causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad y, que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse; y las formas de calificar la instrucción y los requisitos sustanciales de la resolución de acusación.

La simplicidad y claridad del tenor de las disposiciones desecha la posibilidad de que se presenten interpretaciones discordantes o confusiones en su comprensión, además, por lustros la jurisprudencia y la doctrina han sido uniformes en pregonar que para precluir la investigación el Fiscal en la instrucción o cesar el procedimiento el Juez competente, es imprescindible la demostración plena de la causal invocada, de modo que si perviven dudas sobre su comprobación el funcionario judicial está compelido a continuar el trámite³⁶

.(Énfasis agregado).

21. Es tan evidente que no estaba plenamente demostrada alguna de las causales para ordenar la preclusión de la investigación a favor de Caliz Ariza cuando se le resolvió la situación jurídica, que su defensor en el memorial previo a esa determinación, sólo aspiró a que la Fiscalía se abstuviera de afectar su libertad por ausencia de los requisitos legales y

por no ser estrictamente necesario.

22. Esta Corporación en lo concerniente a la valoración probatoria tiene dicho que,

(...) si bien es cierto que le brinda al funcionario judicial cierta libertad al realizar esa labor restringida únicamente por los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia y las reglas de la experiencia, la misma no puede entenderse como una autorización para disponer arbitrariamente la admisión o el rechazo de los medios de prueba, para ignorar su existencia o validez, o para otorgarles un contenido y alcance del que objetivamente carecen, con el fin de acompasar unos hechos a otros que no trasluce la actuación procesal, pues de este modo se viola la ley por decidir asuntos al margen del ordenamiento jurídico, cimentados en su sólo capricho³⁷. (Énfasis agregado).

23. Además, se debe recordar que la investigación se adelantó por los delitos de “celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales” y “peculado por apropiación”, sin embargo, sobre este último nada se dijo en la resolución mediante la cual se precluyó la investigación a favor de Caliz Ariza.

24. Las críticas que formula el defensor en relación con la poca claridad de la sentencia objeto de la impugnación sobre el aspecto subjetivo de la conducta punible de prevaricato imputada al Doctor Castilla Mercado son infundadas porque no se advierte que el Tribunal de Valledupar haya incurrido en imprecisiones conceptuales en ese sentido al punto que impida ejercer adecuadamente el derecho a la defensa.

En la motivación del fallo se ocupa de la tipicidad objetiva de esa conducta punible para indicar que la resolución cuestionada es manifiestamente contraria a la ley, posición incluso avalada por el defensor, y luego expone las razones por las cuales encuentra satisfecho el aspecto subjetivo argumentando sustancialmente que se trató

de unos hechos denunciados por la Contraloría General de la Nación, y a pesar de que la Fiscalía contaba con el suficiente término de instrucción, no se establecieron aspectos tales como el monto del presupuesto Municipal para los años 2002 y 2003, si los contratos obedecían a una situación de urgencia manifiesta; circunstancias que el Doctor Castilla Mercado "...entendía y comprendía..." como hechos que debía averiguar, sin embargo, dirigió concientemente su voluntad hacia el propósito de terminar la indagación sin agotar los esfuerzos investigativos en esa dirección. Agrega el Tribunal que dentro de esa comprensión no se dan los presupuestos para reconocer a su favor un error de tipo.

25. El Doctor Castilla Mercado es abogado especializado en Instituciones Criminológicas en Derecho Penal, Derecho Procesal y se ha desempeñado como Agente de la Policía Nacional durante 10 años con funciones como Secretario de Investigaciones Disciplinarias; en la Fiscalía General de la Nación ha ocupado los cargos de Secretario Judicial II, Fiscal Local de marzo de 1998 hasta diciembre de 2003 y Fiscal Seccional a partir de diciembre de 2003³⁸, formación profesional que le otorgó la capacidad de conocer la contrariedad de su decisión con el ordenamiento jurídico y específicamente el artículo 39 de la Ley 600 de 2000 por no estar plenamente demostrado un motivo para precluir anticipadamente la indagación adelantada contra Caliz Ariza, sin embargo, dirigió su voluntad hacia ese cometido cuando era evidente que los medios de conocimiento allegados no aportaban la necesaria convicción para decidir en la forma como lo hizo, con lo cual lesionó, sin ninguna justificación, la rectitud, probidad y legalidad que debe acompañar las decisiones judiciales (artículo 11 Ley 599 de 2000).

26. La claridad de la norma que consagra los presupuestos indispensables para disponer la preclusión de la investigación, la insuficiente motivación y respaldo probatorio que sustentaron la decisión, así como la experiencia laboral en la judicatura y formación académica del Doctor Gustavo Castilla Mercado demuestran que la resolución de 5 de junio de 2005 es manifiestamente contraria a la ley, según lo dispuesto en

el artículo 413 ibídem.

A mérito de lo expuesto, LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 17 de julio de 2008 dictada por el Tribunal Superior de Valledupar contra el Doctor Gustavo Castilla Mercado por el delito de prevaricato por acción.

SEGUNDO: ADVERTIR que contra esta decisión no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase.

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE
LEMON

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN
QUINTERO MILANES

JORGE

LUIS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 fl. 247 y 248 Cuaderno Orig. No.1.

2 fl.13 Cuaderno Orig. No. 1.

3 fl. 25 Cuaderno Orig. No. 1.

4 fl. 37 y 38 Cuaderno Orig. No.1.

5 fl. 40 Cuaderno Orig. No .1.

6 fl. 48 Cuaderno Orig. No. 1.

7 fl. 85 Cuaderno Orig. No. 1.

8 fl. 112 ss. Cuaderno. Orig. No. 1.

9 fls. 247 Cuaderno Orig. No. 1.

10 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, providencia del 22 de julio de 2005, radiación 23.049.

11 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, sentencia de 13 de julio de 2006, radicación 25.627.

12 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, sentencia de 25 de mayo de 2005, radicación 22.855

13 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, sentencia de 23 de

febrero de 2006, radicación 23.901

14 fl. 4 Cuaderno Orig. No. 2 de anexos.

15 fls. 50 y 47 Cuaderno Orig. No. 2 de Anexos.

16 fls. 54 y 57 Cuaderno Orig. No. 2 de Anexos.

17 fl. 46 Cuaderno Orig. No. 2 de Anexos.

18 fl. 27 Cuaderno Orig. No. 2 de Anexos.

19 fl. 30 Cuaderno Orig. No. 2 de Anexos.

20 fl. 29 Cuaderno Orig. No. 2 de Anexos.

21 fls. 60 y 65 Cuaderno Orig. No. 2 de Anexos.

22 fl. 5 Cuaderno Orig. No. 2 de Anexos.

23 fl. 69 Cuaderno Orig. No. 2 de Anexos.

24 fl. 110 Cuaderno Orig. No. 2 de anexos

25 fls. 82 y 83 Cuaderno Orig. No. 2 de Anexos.

26 fl. 86 Cuaderno Orig. No. 2 de anexos.

27 fl. 110 y 112 Cuaderno Orig. No. 2 de Anexos.

28 fl. 4 Cuaderno Orig. No. 2 de Anexos.

29 fls. 60- 68 Cuaderno Orig. No. 2 de anexos.

30 fl. 103 Cuaderno Orig. No. 2 de anexos.

31 fl. 110 Cuaderno Orig. No. 2 de anexos.

32 fl. 137 Cuaderno Orig. No. 2 de anexos.

33 fl. 146 Cuaderno Orig. No. 2 de anexos.

34 fl. 69 Cuaderno Orig. No. 2 de anexos.

35 fl. 151 Cuaderno Orig. No. 2 de anexos

36 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Sentencia de Única Instancia del 6 de abril de 2005, radicación 22.099.

37 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Auto de Segunda Instancia, de 30 de mayo de 2007, radicación 23.047.

38 fl. 25 y 26 Cuaderno Orig. No. 1.