

SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

SP14499-2014

Radicación nº 39538

(Aprobado mediante Acta nº 355)

Bogotá D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil catorce (2014)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por ARQUÍMEDES RODRÍGUEZ BERMÚDEZ y su defensor contra la sentencia emitida el 15 de mayo de 2012, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, que lo condenó a la pena de 51 meses de prisión, multa equivalente a 87.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual a la sanción principal, como autor responsable del delito de prevaricato por acción.

ANTECEDENTES

1. Fácticos

ARQUÍMEDES RODRÍGUEZ BERMÚDEZ en su condición de Juez Único Penal del Circuito de Chiriguaná (Cesar) absolvió al Alcalde de la Jagua de Ibirico EDINSON FIDEL LIMA DAZA, al Secretario de Planeación del mismo municipio JHON HAROL GUTIÉRREZ D'ARCO y al contratista VLADIMIR ROLDAN UMAÑA, quienes fueron acusados por la Fiscalía

Quinta Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Valledupar dentro del proceso con radicación 178.221 por los delitos de peculado por apropiación, contrato sin cumplimiento de los requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos. Los dos primeros en calidad de autores y el último como interviniente; decisión revocada por el Tribunal Superior de Valledupar el 11 de junio de 2008.

En el proceso citado se juzgaron las irregularidades presentadas en la celebración del contrato suscrito el 26 de enero de 2006 por el entonces Alcalde (e) de La Jagua de Ibirico EDINSON FIDEL LIMA DAZA con la Cooperativa para el Desarrollo Integral de los Municipios «COOPEMUN», cuyo objeto fue el suministro de 6.050 metros lineales de tubería de hierro dúctil de 18” para la reposición de la línea de conducción No. 1, construidas en asbesto y cemento de 8” desde la captación hasta el punto de reparto de las redes de distribución del acueducto de la cabecera municipal, contratación que se hizo por la suma de \$3.037.706.210.00. Intervinieron en la celebración del convenio el Secretario de Planeación Municipal JHON HAROL GUTIÉRREZ DE ARCO- y VLADIMIR ROLDÁN UMAÑA, como contratista.

La tubería fue vendida por PAM COLOMBIA S.A. a COOPEMUN por un monto de \$1.500.062.410 incluido el impuesto de IVA y el transporte; el material fue depositado en el parqueadero municipal donde aún permanecía al momento de proferirse el fallo por el que se investiga al procesado, además de haberse establecido que la contratación desconoció el principio de planeación y los trámites relativos a la publicación del pliego de condiciones, de las invitaciones a las veedurías y la incapacidad del contratista para satisfacer el objeto del contrato, entre otros.

2. Procesales

La presente investigación tuvo su génesis en la queja presentada por JOSÉ RAMÓN CABANA BONETT ante la Procuraduría General de la Nación, la que fue remitida a la

Dirección Seccional de Fiscalías de Valledupar y, avocada el 30 de abril de 2008 por la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Valledupar¹.

El denunciante adujo una serie de irregularidades en la actuación adelantada por ARQUÍMEDES RODRÍGUEZ BERMÚDEZ en el proceso seguido contra EDINSON FIDEL LIMA DAZA, JHON HAROL GUTIÉRREZ D'ARCO y VLADIMIR ROLDAN UMAÑA, como que tenía una alianza con éstos para fallar a su favor pese a su actuar ilícito, pues ni siquiera se le permitió constituirse en parte civil para defender los intereses del municipio de la Jagua de Ibirico, pese los esfuerzos que realizara para el efecto.

Como consecuencia de lo anterior, la Fiscalía Delegada ordenó efectuar inspección judicial al proceso seguido contra los citados ciudadanos y el 8 de abril de 2009 profirió resolución de apertura de investigación, disponiendo vincular mediante indagatoria a ARQUÍMEDES RODRÍGUEZ BERMÚDEZ², diligencia que se materializó el 1º de junio de 2009³ y el 16 de marzo de 2010 definió su situación jurídica con medida de aseguramiento no privativa de la libertad (caución prendaria equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes), al considerarlo presunto autor del delito de prevaricato por acción⁴.

Al considerar perfeccionada la investigación, el 16 de diciembre de 2010 se declaró cerrada, luego, el 24 de enero de 2011 la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Valledupar califica el mérito del sumario con resolución de acusación contra ARQUÍMEDES RODRÍGUEZ BERMÚDEZ, como autor del delito de prevaricato por acción, conforme lo previsto en el artículo 413 del Código Penal, agravado de acuerdo con el numeral 9º del artículo 58 ibídem por «la posición distinguida por su cargo e ilustración»⁵, decisión confirmada el 23 de marzo de 2011 por la Fiscalía Once Delegada ante la Corte Suprema de Justicia⁶.

La etapa del juicio correspondió a la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de

Valledupar, Corporación que avocó conocimiento y llevó a cabo las audiencias preparatoria y pública, para finalmente el 15 de mayo de 2012 condenar a ARQUÍMEDES RODRÍGUEZ BERMÚDEZ a la pena principal de 51 meses de prisión, multa equivalente a 87.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual a la sanción principal, como autor responsable del delito de prevaricato por acción; negándole los mecanismos sustitutivos de la pena⁷.

Conveniente resulta precisar que en la sesión de audiencia pública llevada a cabo el 25 de enero de 2012, la Fiscalía Delegada retiró de la acusación la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 9° del artículo 58 del Código Penal⁸.

Inconformes con la decisión, la defensa y ARQUÍMEDES RODRÍGUEZ BERMÚDEZ, interpusieron recurso de apelación.

El 13 de agosto de 2014 los H. Magistrados Fernando Alberto Castro Caballero, José Luis Barceló Camacho, José Leónidas Bustos Martínez, María del Rosario González Muñoz y Luis Guillermo Salazar Otero, manifestaron su impedimento para conocer del presente asunto, con base en el artículo 99-4 de la Ley 600 de 2000, en tanto que emitieron el fallo de casación de 1° de febrero de 2012, dentro de la causa penal de la cual se predica la conducta prevaricadora de ARQUÍMEDES RODRÍGUEZ BERMÚDEZ, el que fue aceptado mediante proveído de 1° de octubre de 2014.

SENTENCIA IMPUGNADA

Luego de definir los hechos materia de juzgamiento, el Tribunal reseña las argumentaciones presentadas por los sujetos procesales en la audiencia pública y se adentra en el estudio del caso, comenzando por un esbozo de la actuación procesal y medios de pruebas practicados en el diligenciamiento radicado bajo el número 178221 adelantado contra EDINSON FIDEL LIMA DAZA, JHON HAROL GUTIÉRREZ D'ARCO y

VLADIMIR ROLDAN UMAÑA.

Se declara que los medios de prueba establecen con certeza que ARQUÍMEDES RODRÍGUEZ BERMÚDEZ profirió una decisión manifiestamente contraria a la ley, producto de una sesgada y amañada valoración probatoria con el fin deliberado de favorecer a los citados procesados.

Se indicó que las pruebas con las que contaba el procesado en el momento de adoptar la decisión indicaban que proferir una sentencia absolutoria era ostensiblemente opuesto a lo demostrado y a la normatividad imperante en materia de contratación administrativa.

Era tal el interés de favorecer a los acusados que fue más allá de lo que los defensores le solicitaron, argumentando supuestos que éstos no se atrevieron a alegar respecto de las cuentas sobre el precio de la tubería y que evidenciaban los sobre costos y la falta de planeación para llevar a cabo la negociación.

Se desconocieron informes del C.T.I. que señalaban que hubo una apropiación ilegal de dineros del Estado, así como que no se cumplieron todos los presupuestos legales para llevar a cabo la contratación, aunado a que determinaban que el dinero cancelado al contratista no ingresó a sus cuentas sino a la de terceros, prefiriendo valorar otro concepto plagado de errores.

Señala el Tribunal que una cosa es equivocarse, interpretar de manera diferente, pensar con talante independiente y de manera crítica y otra bien distinta es desconocer groseramente el contenido de la ley y de las pruebas de manera que traspasa el sentido común con el fin de justificar una absolución, pues curiosamente se equivocó sobre i) el precio de la tubería, ii) el tipo de contrato que se firmó, iii) la lesividad del mismo para los intereses del municipio, iv) la razonabilidad de la ganancia obtenida por el contratista al desarrollar el convenio, v) la inobservancia de algunos principios de

contratación administrativa y vi) la realidad procesal indicaba que no existía una urgencia manifiesta para llevar a cabo tan ilegal contratación.

Así las cosas, refiere el a quo que, el panorama probatorio existente permitía inferir razonablemente que los funcionarios judiciales del municipio de la Jagua de Ibirico y contratista, eran responsables de los delitos por los cuales fueron acusados, como lo concluyó el Tribunal al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la citada sentencia, no obstante, el hoy acusado llegó a una conclusión diferente producto de una sesgada y amañada valoración probatoria.

En relación con el aspecto subjetivo del delito, el Tribunal imputa el comportamiento delictivo a título de dolo, fundándose en la experiencia del procesado, el conocimiento de las normas aplicables al caso y el manejo que le da a la decisión prevaricadora, de donde concluye que la voluntad del operador judicial implicado estuvo orientada a derivar una consecuencia no prevista en la ley.

En ese orden, al considerar acreditados los requisitos del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, condenó a ARQUÍMEDES RODRÍGUEZ BERMÚDEZ, a la pena de 51 meses de prisión, multa equivalente a 87.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual a la sanción principal, como autor responsable del delito de prevaricato por acción.

De otra parte, le negó a RODRÍGUEZ BERMÚDEZ la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, al no estructurarse los requisitos objetivos y subjetivos previstos en los artículos 63 y 38 del Código Penal, respectivamente, pues, de un lado, la sanción impuesta excede los 3 años de prisión, y de otro, la trascendencia y gravedad de la conducta violatoria de la ley no permitía deducir que no colocaría en peligro a la comunidad y no evadiría el cumplimiento de la pena. En consecuencia, ordenó librar las correspondientes órdenes de captura una vez ejecutoriado

el fallo.

LA IMPUGNACIÓN

1. Recurrentes

La sentencia de primer grado fue apelada por la defensa y el procesado.

1.1. La defensa solicita la revocatoria de la decisión del a quo al considerar que si bien el fallo absolutorio proferido por su defendido no fue acertado, ello no lo convierte en ilegal, pues, fue expresión de la independencia e imparcialidad judicial.

Al respecto precisa que la sentencia cuestionada se enmarcó dentro de los límites de la normatividad y no fue guiada por la arbitrariedad sino por la interpretación que asumió ARQUIMEDES RODRÍGUEZ BERMÚDEZ como Juez, la cual fue diferente a la propuesta por la Fiscalía, pues para el funcionario judicial lo que motivó la celebración del contrato de suministro de tubería fue «la urgencia con que debía ofrecerse una solución inmediata para el agua potable de la región, originada en una acción popular que fue instaurada por la comunidad y fallada en contra del Municipio».

Con fundamento en esta situación, el procesado consideró aceptable la declaración de un estado de emergencia que le permitiera al municipio realizar una contratación más ágil mediante un convenio interadministrativo suscrito con una entidad territorial, por tanto, no es cierto que en la negociación cuestionada en aquel proceso se hubiese irrespetado principios contractuales o la misma no cumplió con los parámetros legales establecidos para el efecto.

Resalta que también existió una interpretación fundada por parte de su defendido

sobre el costo del contrato, pues el hecho que no se hubiera pagado al contratista la suma de 623 millones de pesos -en tanto que el mismo no se había liquidado- resultaba posible que tal suma fuera revisada o condonada, por lo que no necesariamente se trataba de un acuerdo para defalcar al Municipio en más \$1.500 millones de pesos.

Denota que el inculpatado conoció el informe de policía judicial 3249 de 6 de julio de 2006, mediante el cual se indicaban los pasos que se siguieron en la investigación, pero que resultaba carente de valor probatorio, de acuerdo a lo señalado por vía jurisprudencial y por los artículos 5° de la Ley 504 de 1999 y 314 de la Ley 600 de 2000, pues concederle valor suasorio implicaba una vulneración al principio de contradicción.

Explica que a partir de esa interpretación de los hechos su defendido consideró que el convenio interadministrativo celebrado entre el municipio y la Cooperativa COOPEMUN no fue ilegal y la actividad de suministro cumplió con las expectativas previstas, por lo que con bases en esos razonamientos ningún delito nacía a la vida jurídica, más cuando RODRÍGUEZ BERMÚDEZ fue claro en su motivación al indicar que se cumplieron las fases precontractuales.

Advierte que el acusado al considerar que el contrato interadministrativo suscrito fue legal, al efectuar un razonamiento válido concluyó que no existía interés ilícito para la celebración del contrato y apartándose del indicio presentado por la Fiscalía, consistente en la rapidez con que el Secretario de Planeación efectuó el contrato, señaló que la celeridad de tales gestiones no son indicadores de una conducta delictiva, conclusión que resultó de la lógica y el sentido común, criterios válidos en la actividad judicial.

En cuanto a la existencia del peculado por apropiación a favor de terceros resaltó que la investigadora que suscribió el primer informe dio cuenta de un sobre costo en la compra de la tubería, pero el Juez en ejercicio de su autonomía, independencia e imparcialidad desestimó la capacidad demostrativa de tal prueba para otorgarle credibilidad al informe

pericial rendido por una investigadora del CTI de Cundinamarca y como consecuencia de esa valoración el funcionario concluyó la inexistencia de la referida ilicitud.

Aunado a ello, resalta que se efectuó una valoración acorde con las reglas del mercado, pues si bien el municipio pudo haber adquirido la tubería por 1.500 millones de pesos, el operador judicial concluyó que el excedente resultaba de una ganancia lícita por la intermediación, cuantía a la que descontó la suma que no fue cancelada por el ente territorial.

Finalmente, resalta que el a quo desconoció que no toda revocatoria de una decisión judicial es constitutiva de un delito de prevaricato por acción, razones por las que reitera su solicitud de absolución.

1.2. ARQUÍMEDES RODRÍGUEZ BERMÚDEZ solicita la sustitución de la condena para que en su lugar se le absuelva, pues, el fallo tildado de prevaricador no es tal porque obedeció a un análisis razonado de las pruebas legalmente incorporadas al proceso.

Destaca que la apreciación del informe N° 3249 de 6 de julio de 2006 resultó del apego al contenido del artículo 314 de la Ley 600 de 2000 y no obedeció a un capricho personal y, en todo caso, aun cuando se desechó tal informe, en la sentencia se consideró la declaración de la investigadora Quiroga Matamoros quien se pronunció sobre dicho documento y afirmó la existencia de un sobrecosto, sin embargo, su testimonio fue desestimado.

Advierte que en contraposición a tal informe, aparece el suscrito por la investigadora Adriana Saltaren, quien a diferencia de la anterior realizó una averiguación de los precios de la tubería y otras situaciones propias del contrato, por ello, otorgó credibilidad a éste último, más cuando se contó con un informe rendido por otro investigador de Barranquilla, todo lo cual le permitió concluir sobre la existencia de duda

respecto del sobrecosto de la mercancía.

Precisa que la obtención de un nuevo informe pericial que diera cuenta del costo de los tubos en el mercado se hizo necesaria por la misma inquietud que le asistió a la Fiscalía cuando profirió la resolución de acusación, pues desde allí se planteó la necesidad de conocer tales valores.

De esta forma, atendiendo a lo informado por los investigadores de Cundinamarca y Barranquilla, así como el hecho que el municipio no liquidó el contrato, subsistiendo una deuda de \$623.000.000 con el contratista, razonadamente concluyó que no existía un sobrecosto y por ende no se configuraba el delito de peculado por apropiación.

Respecto del delito de celebración indebida de contratos precisó que el fundamento para dictar una sentencia absolutoria fue que el convenio de suministro se llevó a cabo bajo la figura de la contratación directa por mediar una declaración de urgencia manifiesta, avalada por la Contraloría General de la Nación, lo que le permitía al Alcalde obviar ciertos procedimientos, aspecto que se estudió de cara a la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Se acusa que en dicha contratación no se cumplió con los principios de planeación y transparencia y por ello se juzga su decisión absolutoria, sin embargo, denota que tal incumplimiento no es cierto, pues dentro de las pruebas allegadas en aquél proceso, se encontraba registro de proyecto y diseño suscrito por el señor Argote Ditta, el concepto del Gerente de la Triple A de Barranquilla, la carta de necesidad de la contratación y un estudio técnico suscrito por el Ingeniero Alfredo Domínguez Anaya en el que se indicaba tipo de tubería, cantidad de metros lineales, propuesta económica y las bondades del material. Aspectos que por cierto no fueron valorados por el Tribunal que le revocó la sentencia porque no le fueron allegados.

Así las cosas, precisa que la decisión adoptada en el fallo cuestionado contó con

respaldo probatorio y se fundamentó con base en la doctrina y la jurisprudencia, de allí que no se advierte el dolo en su actuar que permita endilgarle el delito de prevaricato.

1. No recurrentes

2.1. El representante de la Fiscalía solicita confirmar la sentencia, pues, contrario a lo señalado por los recurrentes, la decisión adoptada por RODRÍGUEZ BERMÚDEZ no sólo es desacertada sino abiertamente contraria a la ley.

Se dice en el fallo cuestionado que se presentó una urgencia manifiesta y se desarrolla toda una tesis sobre el particular, sin embargo, los medios de prueba arrimados a la actuación no la soportan.

Advierte que el dolo con el que actuó el ex Juez se verifica en el desarrollo de la audiencia pública, pues para ese momento se inquietó por el hecho que no se haya realizado la planeación y estudios de ingeniería de instalación de la tubería adquirida, y así se lo hizo saber al Alcalde Lima Daza, empero, tal preocupación la olvidó al momento de emitir el fallo absolutorio y por el contrario desarrolló argumentaciones contrarias a lo indagado.

El dolo se verifica además con la valoración que hiciera sobre el informe rendido por el Ingeniero Alfredo Domínguez Anaya, pues en la sentencia calificada de ilegal, indicó que el mismo demostraba que la contratación cumplió con el principio de planeación, pero al realizarse un examen de dicho documento lo que se advierte es que allí se consigna la necesidad de incluir tubería en PVC y no en hierro dúctil que fue la que se contrató, por ello, no se entiende cómo el Juez desestimó lo consignado en tal documento para fortalecer la defensa de los acusados en ese proceso.

De otra parte, en lo que concierne a los argumentos del ex Juez para absolver por el delito de peculado, advierte que la verificación del sobrecosto era evidente, pues ya venía anunciada desde el informe 3249 de 6 de junio de 2006 el cual desconoció y ello lo hizo para obtener otro amañado y saturado de inconsistencias.

Resalta que lo más grave es que la primera investigadora rindió un nuevo informe y lo sustentó en la audiencia pública, donde precisa el valor de la tubería y el destino final de los dineros, sin embargo, el ex Juez desconoció todo ello y se empeñó en darle credibilidad a otro, respaldándolo con el desarrollo de unas cuentas que fueron descalificadas por la segunda instancia.

Así, reitera que la sentencia impugnada debe ser confirmada, pues se está ante una decisión manifiestamente contraria a la ley.

CONSIDERACIONES

1. Competencia y legalidad

Según lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 75 de la Ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal aplicable al presente asunto), en armonía con lo previsto en el numeral 2º del artículo 76 de idéntico estatuto, la Corte es competente para conocer en segunda instancia la apelación del fallo de condena que por el delito de prevaricato por acción profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar contra ARQUÍMEDES RODRÍGUEZ BERMÚDEZ, persona que para la época de los hechos atribuidos por el organismo instructor se desempeñaba como Juez Único Penal del Circuito de Chiriguaná (Cesar).

Igualmente, según el principio de limitación consagrado en el artículo 204 del Estatuto Procesal Penal, el análisis del caso se hará limitado a lo que fue objeto de impugnación por parte del recurrente, así como a los aspectos relacionados con el mismo

que sean imposibles de escindir.

De otra parte, no se advierte irregularidad relevante que invalide la actuación, verificándose, por el contrario, que fueron respetados los derechos y garantías procesales de los sujetos e intervinientes procesales.

1. Inviolabilidad e intangibilidad de las decisiones judiciales.

Dado que los recurrentes postulan que el criterio expresado en una decisión judicial no es constitutivo del delito de prevaricato por acción, resulta pertinente hacer algunas presiones en cuanto a la inviolabilidad (por la seguridad jurídica que presenta la cosa juzgada) e intangibilidad de las providencias (en cuanto que los pronunciamientos son determinantes y constituyen el último pronunciamiento de la jurisdicción).

El examen de la conducta por prevaricato le impone a la Sala examinar la inviolabilidad e intangibilidad de las decisiones judiciales de los órganos de cierre y a partir de estos supuestos fijar las reglas para determinar la responsabilidad penal de los demás funcionarios que tienen como función administrar justicia.

En el derecho comparado, por citar algunos ejemplos, sobre la inviolabilidad de las decisiones judiciales, se tiene:

i) LUIS E. DELGADO DEL RINCÓN, en artículo titulado INVIOLEABILIDAD FRENTE A RESPONSABILIDAD DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL de España, refiere que el art. 22 LOTC declara la inviolabilidad de los magistrados del Tribunal Constitucional «por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones» (http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones_Periodicas/REDC/72/REDC_072_258.pdf).

ii) La Ley Orgánica del Poder Judicial de República de Venezuela (hoy República Bolivariana) establecía en los artículos 1° y 2°, que el poder es independiente, goza de autonomía y «La jurisdicción es inviolable», «Las decisiones serán respetadas»(file:///C:/Users/eugenio/Documents/INVIOABILIDAD%20DECISION%20JUDICIAL/Ley%20Org%C3%A1nica%20del%20Poder%20Judicial%20%20Legislaci%C3%B3n%20venezuela.hm)

iii) JOSÉ MIGUEL MADERO ESTRADA de la Universidad Autónoma de Nayarit, al comentar la [Constitución Política](#) del Estado Libre y Soberano de Nayarit (México), cita el artículo 84, con el siguiente contenido: «Los magistrados del Tribunal Superior de Justicia son inviolables por las opiniones que emitan en el desempeño de sus cargos y, jamás podrán ser reconvenidos por ellas».

(http://books.google.com.co/books?id=JjIDil_r_l8C&pg=PA31&lpg=PA231&dq=inviolabilidad+de+jueces+y+magistrados&source=bl&ots=jUNpUhtAD&sig=7TNkqN4nAJosf72u_nzPFHmgH8&hl=es-41).

iv) El Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 2° le asigna funciones jurisdiccionales a sus jueces y en el numeral 2° del artículo 15 establece que «No podrá exigírseles en ningún tiempo responsabilidad por votos y opiniones emitidos o actos realizados en el ejercicio de sus funciones».

Lo propio ocurre en Italia (Artículo 68 de la constitución italiana del 2 de marzo de 1953) y Guatemala (Artículo 167 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad).

Para abordar el examen de la intangibilidad de las decisiones adoptadas en ejercicio de la función jurisdiccional por los órganos de cierre ha de comenzarse por señalar que de conformidad con la Carta Política, Colombia es un Estado social de derecho (artículo 1°), en el que las ramas ejecutiva, legislativa y judicial tienen autonomía e independencia

(artículo 228) y operan armónicamente.

La Administración de justicia es para el Estado una «función pública» (artículo 228 de la C.P.), las decisiones deben apoyarse en la buena fe (artículo 83 ejusdem), la ley, la equidad, la jurisprudencia y los principios generales del derecho (artículo 230 ídem), no se tolera por el ordenamiento constitucional en la actividad y las providencias judiciales ningún tipo de interferencia.

La administración de justicia es un servicio esencial del Estado, a decir del artículo 125 de la Ley 270 de 1996, pero su misión no se materializa exclusivamente en la aplicación del ordenamiento jurídico en un asunto dado, el objeto es mayor «alcanzar la convivencia social y pacífica, de mantener la concordia nacional y de asegurar la integridad de un orden político, económico y social justo» (Sent. C.037 de 1996), el juez en el tráfico jurídico pone a tono al Estado con la sociedad, la familia y el individuo, lo que supera el mero conocimiento de la ley; por ser una función pública sus decisiones deben abreviar no en la política partidista sino en la política de los valores fundantes señalados.

El funcionario judicial es político al aplicar la ley conforme a los criterios que se vienen de señalar, interpreta los hechos, las pruebas, las conductas, la ley, crea derecho para administrar justicia al caso concreto y si se trata de un órgano de cierre la jurisprudencia se torna en precedente obligatorio, por tanto el juez o magistrado en este rol es necesariamente un operador político, porque establece, define la regla que resuelve el conflicto bajo los criterios de garantizar «la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional», tal y como lo establece el artículo 1° de la Ley 270 de 1996.

Pero, para proteger la dignidad y la majestad de la justicia, para aislarla de toda clase de presiones indebidas se ha reconocido autonomía e independencia en el

«ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia» (artículos 5 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y 228 de la Constitución Política.).

La autonomía e independencia generan el deber y la obligación de todas las autoridades y personas en el territorio nacional de acatar los principios de confianza en las decisiones judiciales, respeto e inviolabilidad de las mismas, tanto que el citado artículo 5° de la Ley 270 de 1996 prohíbe al interior de la rama judicial que «Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias», regla que es congruente con los artículos 228 y 230 de la Constitución Política y que admite como excepciones los controles que se ejercen a través del precedente jurisprudencial o las decisiones que se adopten en la acción de tutela.

La Corte Constitucional en la sentencia C. 037 de 1996 declaró conforme a la Carta Política el artículo 5 de la Ley 270 ídem al garantizar «la plena independencia y autonomía del juez respecto de las otras ramas del poder público y de sus superiores jerárquicos».

La autonomía y la independencia desde una perspectiva funcional tiene como fin en las decisiones de las corporaciones judiciales como órganos de cierre la libertad para definir la jurisprudencia que como precedente jurisdiccional debe orientar la administración de justicia en Colombia, en ese campo la Corte Constitucional reconoce en la sentencia C.037 de 1996 que:

«...al juez, por mandato de la Carta Política, se le otorga una autonomía y una libertad para interpretar los hechos que se someten a su conocimiento y, asimismo, aplicar las normas constitucionales o legales que juzgue apropiadas para la resolución del respectivo conflicto

jurídico (Art. 228 C.P.).

La inviolabilidad e intangibilidad de la decisión judicial no es inmunidad ni impunidad, no hace al funcionario judicial irresponsable en términos totales, pues no ampara las providencias proferidas con dolo, corrupción, las actuaciones subjetivas, caprichosas, arbitrarias, las que son objetiva y manifiestamente groseras, donde no hay duda que el ánimo no es acertar, sino abandonar deliberadamente este propósito para aplicar el derecho y la justicia al revés.

Que las decisiones de los órganos de cierre en la administración de justicia en el ámbito de sus competencias funcionales son intangibles, es asunto que ya ha definido la Corte Constitucional en la sentencia C.037 de 1996 al señalar:

«Sentadas las precedentes consideraciones, conviene preguntarse: ¿Respecto de las providencias proferidas por las altas corporaciones que hacen parte de la rama judicial, cuál es la autoridad llamada a definir los casos en que existe un error jurisdiccional? Sobre el particular, entiende la Corte que la Constitución ha determinado un órgano límite o una autoridad máxima dentro de cada jurisdicción; así, para la jurisdicción constitucional se ha previsto a la Corte Constitucional (Art. 241 C.P.), para la ordinaria a la Corte Suprema de Justicia (art. 234 C.P.), para la contencioso administrativa al Consejo de Estado (Art. 237 C.P.) y para la jurisdiccional disciplinaria a la correspondiente sala del Consejo Superior de la Judicatura (Art. 257 C.P.). Dentro de las atribuciones que la Carta le confiere a cada una de esas corporaciones, quizás la característica más importante es que sus providencias, a través de las cuales se resuelve en última instancia el asunto bajo examen, se unifica la jurisprudencia y se definen los criterios jurídicos aplicables frente a casos similares. En otras palabras, dichas decisiones, una vez agotados todos los procedimientos y recursos que la ley contempla para cada proceso judicial, se tornan en autónomas, independientes, definitivas, determinantes y, además, se convierten en el último pronunciamiento dentro de la respectiva

jurisdicción. Lo anterior, por lo demás, no obedece a razón distinta que la de garantizar la seguridad jurídica a los asociados mediante la certeza de que los procesos judiciales han llegado a su etapa final y no pueden ser revividos jurídicamente por cualquier otra autoridad de la rama judicial o de otra rama del poder público...». (Negrilla fuera de texto).

El error judicial es una eventualidad propia de la naturaleza humana del juez en el cumplimiento de sus funciones, tanto que la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia lo previó en el artículo 66 y que la Carta Política solamente permite al Estado repetir contra el funcionario en la medida en que aquél haya obrado con dolo o culpa grave, formas de conducta propias de la negligencia o ignorancia inexcusables, manifiestamente notorias de infracción por corrupción.

La Corte Constitucional en la sentencia C. 037 de 1996 refiriéndose a las decisiones de los órganos de cierre señaló que éstos son los que definen en última instancia con tránsito a cosa juzgada y además de su firmeza gozan de la presunción de acierto, legalidad y justicia, por lo que esas providencias resultan inviolables, no se puede en esos casos reclamar error judicial ni siquiera contra el Estado, menos pueden servir de instrumento para convertir en delito la opinión de antes porque la de hoy es diferente o no se comparte, la única excepción a esta regla la constituye la comprobación de un acto de corrupción de los Magistrados. Refiriéndose al error judicial, dijo la citada Corporación:

«En virtud de lo anterior, la Corte juzga que la exequibilidad del presente artículo debe condicionarse a que no es posible reclamar por la actuación de las altas corporaciones de la rama judicial, una responsabilidad del Estado a propósito del error jurisdiccional, pues ello equivaldría a reconocer que por encima de los órganos límite se encuentran otros órganos superiores, con lo cual, se insiste, se comprometería en forma grave uno de los pilares esenciales de todo Estado de derecho, cual es la seguridad jurídica. Por lo demás, cabe anotar que es materia de ley ordinaria la definición del órgano

competente y del procedimiento a seguir respecto de la responsabilidad proveniente del error en que incurran las demás autoridades judiciales pertenecientes a esta rama del poder público. ». Negrillas de la Sala.

La intangibilidad de las decisiones judiciales en los términos señalados es una prerrogativa no personal sino institucional en favor de la administración de justicia y del equilibrio y separación de poderes, es una manifestación de la democracia, es además una consecuencia connatural a la función de órgano de cierre atribuida a las altas Cortes y una garantía derivada de la aplicación de los principios de seguridad jurídica, confianza en las decisiones judiciales, cosa juzgada y autonomía e independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional que corresponde a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional y en su caso a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

La intangibilidad de las decisiones de los órganos de cierre también está inmersa en el principio de la naturaleza de las cosas (“*rerum natura*”, “*la nature des choses*”, “*données réelles*”), dado que los sistemas jurídicos no son cerrados y la solución de los casos se ilustran a través de métodos empíricos para reconstruir la historia y en ese proceso se deben ponderar y adecuar situaciones humanas, sociales y culturales a proposiciones legales. Pero, además, la razón de ser de los deberes de los Magistrados es resolver eligiendo a su juicio la hipótesis que realice la justicia, más que el tenor literal de la ley.

Sobre los supuestos señalados para la inviolabilidad e intangibilidad examinada, los Magistrados que en cumplimiento del deber funcional elijan por una solución al problema jurídico, las diferencias que arrojen las construcciones judiciales del pasado y las del presente, bien sea de la misma u otra corporación o funcionarios, las decisiones mayoritarias, los salvamentos de voto, las nulidades, la revocatoria de decisiones, las modificaciones jurisprudenciales o aún las equivocaciones, no admiten juicios de ilicitud sino a partir de la comprobación de actos de corrupción.

La inviolabilidad e intangibilidad así concebida i) cubre exclusivamente las decisiones judiciales emitidas en ejercicio de la función, solamente se vincula con juicios, opiniones o criterios que se asuman en ejercicio de administrar justicia respecto de los hechos, las pruebas y los fundamentos jurídicos, no ampara responsabilidades diferentes, ii) no constituye inmunidad para la impunidad por actos delincuenciales cometidos en las condiciones explicadas, iii) no excluye los controles por mecanismos jurídicos y judiciales establecidos (acciones de revisión o de tutela) y iv) el amparo estará dado siempre que no obedezcan a un acto comprobado e indiscutible de corrupción, de ahí que la irresponsabilidad no es total.

La inviolabilidad e intangibilidad de las decisiones judiciales también fue reconocida por la Corte Constitucional cuando la función jurisdiccional es cumplida por los congresistas, con la que concurre el ejercicio de la función política, en tal sentido se pronunció en la sentencia SU 047 de 1999:

«Nada en el texto de la Carta sugiere entonces que la inviolabilidad no opera cuando el Congreso ejerce funciones judiciales e investiga a algunos altos dignatarios, como el Presidente, los magistrados de las altas corporaciones judiciales y el Fiscal General de la Nación.».

En el supuesto de la intangibilidad para las decisiones de los Magistrados de las corporaciones consideradas por sus funciones órganos de cierre, quedó explicado anteriormente que éstos en las providencias satisfacen no solamente necesidades jurídicas, sino también económicas, sociales y políticas, condiciones que demandan igual trato y amparo que se otorga a la administración de justicia asignada al congreso de la república.

Razones de orden constitucional, legal, teleológicas, finalísticas y lógicas, sustentan las conclusiones razonables a las se arriban en párrafos anteriores, pues la aplicación de

reglas contrarias conllevan al absurdo de convertir en delincuentes a los jueces cuando su decisión no es del agrado ni satisface los intereses de una de las partes, haciendo del temor a las represalias la herramienta al servicio de aquéllos para poner sub judice a quienes con esmero y responsabilidad cumplen con sus deberes conforme a valores, principios, normas y convicciones, que si a juicio de otro son equivocadas éstas son ajenas al ánimo de trasgredir la ley penal.

Pues, bien, en lo que concierne a las autoridades que tienen atribuciones jurisdiccionales y que no tienen la condición de órganos de cierre, las reglas señaladas en los acápites anteriores se deben cumplir a cabalidad, solo que por el deber de acatamiento del precedente jurisprudencial se adiciona para ellos la carga de expresar los argumentos por las cuales se apartan del criterio señalado por las altas Cortes, pero en uno y otro caso la decisión solamente podrá generar responsabilidad penal si está fundada en razones de corrupción.

Es así que la emisión de una providencia «manifiestamente contraria a la ley» solamente es compatible con un conocimiento y voluntad intencionada en el caso concreto de decidir de manera contraria al ordenamiento jurídico, ese propósito no puede ser fruto de intrincadas elucubraciones, tiene que ser evidente, grosero y advertible de inmediato en relación con el problema jurídico identificado por el funcionario judicial en el momento en cuya conducta se juzga y no a posteriori.

Por contraste, todas las decisiones respecto de las cuales quepa discusión sobre su acierto o legalidad, las diferencias de criterio, interpretaciones o equivocaciones despojadas de ánimo corrupto, no pueden ser objeto de reproche penal.

El examen subjetivo de la conducta señalada de prevaricadora, ha de partir de la mayor o menor dificultad interpretativa de la ley inaplicada o tergiversada, así como de la divergencia de criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre su sentido o alcance,

elementos de juicio que no obstante su importancia, no son los únicos, 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 conducta⁹.

El delito de prevaricato por acción de que trata el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, señala que el «servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley» incurrirá en pena de prisión, multa e inhabilitación de derechos y funciones públicas.

El tipo objetivo, por consiguiente, se refiere a un sujeto activo calificado «servidor público», un verbo rector «proferir» y dos ingredientes normativos: «dictamen, resolución o concepto», por un lado, y «manifiestamente contrario a la ley», por el otro.

El ingrediente normativo «manifiestamente contrario a la ley» que exige el tipo penal del prevaricato para su estructuración, hace relación a las decisiones que sin razonamiento o con amplitud de expresiones inatendibles brindan conclusiones distintas a lo que dejan ver las pruebas o que impone el ordenamiento jurídico en la resolución del caso, revelando la arbitrariedad y el capricho del servidor público que la adopta. De ahí que la Corte haya señalado:

«... es oportuno recordar que el delito de prevaricato por acción precisa de una resolución, dictamen o concepto –en este caso, una providencia judicial– ostensiblemente contraria a la legislación, es decir, que su contenido torna notoria, sin mayor dificultad, la ausencia de fundamento fáctico y jurídico, y su contradicción con la normatividad, de manera que rompe abruptamente la sujeción que en virtud del “imperio de la ley” (artículo 230 de la Carta Política) deben los funcionarios judiciales al texto de la misma, garantía que data de la revolución francesa en procura de evitar la arbitrariedad y el capricho de

quien decide.

Tal ocurre, por ejemplo, cuando las decisiones se sustraen sin argumento alguno del texto de preceptos legales claros y precisos, o cuando los planteamientos invocados para ello no resultan de manera razonable atendibles en el ámbito jurídico, v.g. por responder a una palmaria motivación sofística grotescamente ajena a los medios de convicción o por tratarse de una interpretación contraria al nítido texto legal.

Con un tal proceder debe advertirse la arbitrariedad y capricho del servidor público que adopta la decisión, en cuanto producto de su intención de contrariar el ordenamiento jurídico, sin que, desde luego, puedan tildarse de prevaricadoras las providencias por el único hecho de exponer un criterio diverso o novedoso, de manera especial cuando abordan temáticas complejas o se trata de la aplicación de preceptos ambiguos, susceptibles de análisis y opiniones disímiles^{10...}¹¹.

La Sala hace hincapié que el análisis de la contradicción de lo decidido con la ley no solo contempla la valoración de los fundamentos jurídicos que el servidor público expone en el acto judicial, sino también el análisis de las circunstancias concretas bajo las cuales la adoptó, así como de los elementos de juicio con los que contaba al momento de proferir la decisión, de tal forma que la contrariedad sea notoria, objetiva y grosera.

«[...] la ley, a cuyo imperio están sometidos los funcionarios judiciales en sus decisiones, no surge pertinente al caso concreto de manera automática, sino como fruto de un proceso racional que le permite al juez o al fiscal determinar la validez, vigencia y pertinencia de la norma a la que se adecua el supuesto de hecho que pretende resolver.

Pero ésa que es, o intenta ser, la verdad jurídica es apenas una parte del contenido de una providencia judicial. Ésta se halla igualmente conformada por la verdad fáctica. Tal concepto corresponde a la reconstrucción de los hechos de acuerdo con la prueba recaudada, siendo necesario que entre ésta y aquélla exista una correspondencia

objetiva en cuanto las específicas circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el acontecimiento fáctico, [que deben] estar demostradas con el material probatorio recaudado en la actuación. El prevaricato puede entonces ocurrir en uno de los dos aspectos de la solución del problema jurídico. En el fáctico o en el jurídico. O en los dos simultáneamente, pero, en todo caso, el uno no puede desligarse del otro en cuanto la función judicial consiste precisamente en determinar cuál es el derecho que corresponde a los hechos.»¹².

Por otra parte, ha sido enfática y reiterativa la Sala en considerar que el error, la ignorancia, la negligencia o la equivocación sin voluntad intencionada de querer ejecutar un acto de corrupción impiden la consumación del prevaricato.

«El delito de prevaricato no se tipifica por la ocurrencia de una simple equivocación valorativa de las pruebas ni por la interpretación infortunada de unas normas, como tampoco puede proyectarse en el acierto o desacierto de la determinación que se investiga, tema restringido al estudio y decisión de las instancias, constituyendo la verdadera esencia del tipo de prevaricato activo tanto la ocurrencia de un actuar malicioso dentro del cual el sujeto agente se aparta de manera consciente del deber funcional que le estaba impuesto, como la existencia objetiva de una decisión abiertamente opuesta a aquella que le ordenaba o autorizaba la ley, lo que implica el análisis retrospectivo de la situación fáctica que debía resolverse'.¹³»¹⁴.

En conclusión, la valoración acerca del carácter manifiestamente ilegal del dictamen, resolución o concepto debe hacerse ubicándose en el momento histórico en el que el servidor público emite el acto reprochado y tal análisis puede comprender además de un problema jurídico, uno fáctico, es decir, que no sólo concierne a groseras o caprichosas discordancias con la ley, sino también a apreciaciones probatorias sesgadas u opuestas a la realidad de los hechos, que propenden por otorgar una apariencia de adecuada motivación a lo que, en últimas, constituye un pronunciamiento injusto en dicho

aspecto¹⁵.

4. Resolución a los cargos formulados por los apelantes.

El artículo 232 de la Ley 600 de 2000, advierte que no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y la responsabilidad del procesado.

En este orden, la labor que ha de emprender la Corte reside precisamente, en verificar, acorde con las pruebas legal y oportunamente aportadas al proceso, si la conducta de ARQUÍMEDES RODRÍGUEZ BERMÚDEZ, se adecúa al comportamiento que exteriorizó.

Ahora, como en este asunto no es objeto de discusión la calidad de servidor público que ostentaba ARQUÍMEDES RODRÍGUEZ BERMÚDEZ en la fecha en que ocurrió el comportamiento que se tacha de ilícito (6 diciembre de 2007), al hallarse dicha calificación suficientemente acreditada con los medios de prueba obrantes en el expediente, entre otros, Acuerdo No. 030 de 5 de agosto de 2004, suscrito por el Presidente del Tribunal Superior de Valledupar, a través del cual se designa en provisionalidad y a partir de la fecha en el cargo de Juez Único Penal del Circuito de Chiriguaná Cesar¹⁶; así como tampoco haber sido quien profirió la mencionada sentencia de 6 de diciembre de 2007, dentro de la causa 2007-000290, adelantada por los delitos de peculado por apropiación, contrato sin cumplimiento de los requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos contra EDINSON FIDEL LIMA DAZA, JHON HAROL GUTIÉRREZ D'ARCO y VLADIMIR ROLDAN UMAÑA, a quienes absolvió, la discusión se centrará en determinar si la referida providencia judicial constituye acto «manifiestamente contrario a la Ley».

Contrastados los fundamentos de la sentencia proferida por el aquí acusado el 6 de diciembre de 2007, con los medios de conocimiento que tuvo a su disposición, salta a la vista la ilegalidad de la determinación adoptada, pues a pesar de evidenciar los contenidos

probatorios y percibir sus diferencias se apartó de las reglas de la sana crítica para negar la demostración de los presupuestos procesales para condenar, como pasa a señalarse seguidamente.

1. Sobrecostos.

El ex juez procesado acudió a una argumentación sofisticada y amañada para desestimar el ilícito de peculado, negando el sobrecosto en la celebración del contrato de suministro de tubería, pues a pesar de haberse demostrado que fue adquirida a PAM COLOMBIA S.A. por \$1.500.062.410 incluyendo impuestos y transporte, optó por desconocer esta realidad para darle mérito a cotizaciones de empresas a las que no se les compró ese producto y que supuestamente lo valoraron entre \$2.879.257.013 y \$3.004.442.100, argumento éste último con el que groseramente se justificó el precio de \$3.004.442.100 por el que negoció la Alcaldía de la Jagua de Ibirico.

Para fundamentar la inexistencia de sobrecostos en el convenio celebrado entre el alcalde encargado del Municipio de la Jagua de Ibirico EDISON FIDEL LIMA DAZA y la Cooperativa para el Desarrollo Integral de los Municipios COOPEMUN, el procesado se abstuvo de dar valor al informe 3249 del 6 de junio de 2006, al ser tan solo un criterio orientador, art. 314 de la Ley 600 de 2000, cuando su contenido había sido ratificado e incorporado en la audiencia pública con el testimonio de la investigadora, y en su lugar le otorgó credibilidad al informe 64868 de 18 de julio de 2007.

Pues bien, al respecto lo primero que tendrá que señalarse es que en tratándose del valor probatorio de la actividad desplegada por autoridades que cumplen funciones de Policía Judicial, bien sea previamente a la judicialización de una conducta punible, en casos de flagrancia y luego de que el competente ha asumido el conocimiento, la Corte tiene decantada una sólida doctrina¹⁷ en cuanto que de acuerdo con las respectivas

normas (Ley 600 de 2000, artículos 314, 315 y 316), las labores de Policía Judicial que en estricto rigor carecen de poder suasorio son las entrevistas o exposiciones recibidas por esos órganos a personas que tengan conocimiento acerca de la ocurrencia de una conducta punible, bien sea que esa actividad la ejecuten de manera previa a la judicialización del respectivo comportamiento o con posterioridad a ello.

Lo anterior obedece, en el primer supuesto y salvo los casos de flagrancia en el lugar de los hechos, cuando por fuerza mayor la Fiscalía General de la Nación no asuma el inmediato conocimiento de un evento semejante, a que por expreso mandato legal esas «...exposiciones [o entrevistas] no tendrán valor de testimonio ni de indicios y sólo podrán servir como criterios orientadores de la investigación»; y en el segundo, a que una vez el ente revestido constitucional y legalmente de potestad judicial tiene el dominio del suceso, la Policía Judicial sólo puede actuar por orden y bajo la dirección del respectivo funcionario, y para la práctica de pruebas técnicas o diligencias de similar naturaleza orientadas al esclarecimiento de los hechos:

«...Ahora bien, de acuerdo con los preceptos procesales que regulan la intervención de la policía judicial en la investigación de los delitos, ésta puede ser de tres clases: (i) de verificación previa, con el fin de analizar la información obtenida en relación con la posible comisión de un delito, y recoger la evidencia que permita judicializar el caso; (ii) de investigación por iniciativa propia, en casos de flagrancia o de imposibilidad de intervención inmediata de la fiscalía; y, (iii) de investigación por comisión del Fiscal o el Juez.

Estos tres momentos, además, consagran distintas facultades de la Policía judicial, ora para practicar cualquier tipo de prueba, ya en aras de adelantar solo pruebas técnicas, o con la misión de adelantar diligencias interesantes para el proceso.

Vale decir, no en todos los momentos citados la Policía Judicial puede adelantar

cualquier tipo de actividad, ni es posible que la Fiscalía, cuando ya ha asumido el control y dirección de la investigación, comisione a ese ente para todo lo que estime menester.

Ello se desprende de la interpretación contextualizada de las normas regulatorias del asunto, donde expresamente el legislador establece diferencias puntuales que no pueden soslayarse por la Fiscalía o la Policía Judicial.

Así, en ese primer momento arriba destacado, que se rotula en el artículo 314 de la Ley 600 de 2000, como 'Labores previas de verificación', está claro que la Policía Judicial no practica ningún tipo de prueba, sino que se ocupa de 'allegar documentación, realizar análisis de información, escuchar en exposición o entrevista a quienes considere pueden tener conocimiento de la posible comisión de una conducta punible'. Y ello, como también expresamente lo consagra la norma, carece de valor probatorio (ni testimonial ni indiciario), dado que solo sirve de criterio orientador de la investigación.

El artículo 315 ibídem, relaciona el segundo momento de intervención de la Policía Judicial, también ajeno a la dirección u orientación de la Fiscalía, en el cual, por iniciativa propia, sea que se trate de un caso de flagrancia o cuando por fuerza mayor no pueda asumir competencia inmediata el organismo instructor, esos funcionarios de apoyo ordenan o practican pruebas.

En este caso, es claro que directamente se le atribuye a la Policía Judicial una actividad probatoria que incluso supera la facultad de adelantar directamente la práctica y se extiende a la posibilidad de ordenar su ejecución a otra autoridad. Para citar un ejemplo común, ello se evidencia en la orden de que se practique la necropsia al cadáver del interfecto, o algún examen de alcoholemia al indiciado.

No cabe duda de que en estos casos los elementos de juicio practicados u ordenados practicar por la Policía Judicial, tienen virtualidad probatoria y pueden servir, por sí

mismos, de fundamento para la demostración de la materialización del delito y la intervención del sindicado. En otras palabras, si se cumple con la hipótesis de la norma (flagrancia o imposibilidad de intervención inmediata de la Fiscalía), en términos generales debe decirse que la prueba practicada u ordenada practicar por la Policía Judicial, es legal, regular y oportuna.

Mírese cómo esa amplia facultad otorgada a la Policía Judicial opera de manera excepcional, precisamente porque la urgencia del caso amerita que así sea, entendido, huelga anotar, que la potestad probatoria, en estricto sentido, se halla radicada en cabeza de la Fiscalía General de la Nación.

Precisamente por ello, para penetrar en el tercero de los momentos antes referenciados, cuando ya la Fiscalía ha asumido formalmente la dirección de la investigación, la facultad de la Policía Judicial se restringe en enorme medida, al punto que, como lo dispone el artículo 316 de la Ley 600 de 2000, únicamente puede actuar por orden del ente instructor 'para la práctica de pruebas técnicas o diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos'.

Estima necesario precisar la Corte el sentido de la frase citada, pues, se patentiza que la actividad de la Policía Judicial, por comisión del Fiscal, opera dentro de estrictos límites y precisos derroteros, dada la excepcionalidad que comporta.

En este sentido, es tempestivo denotar que respecto de las pruebas como tales, la facultad de comisión de la Fiscalía hacia la Policía Judicial, remite exclusivamente a aquellas de contenido eminentemente técnico —dígase, para citar un ejemplo, la experticia acerca de libros contables incautados—. Y ello asoma si se quiere natural, pues, se entiende que el fiscal no posee esos conocimientos requeridos para allegar el medio de prueba y debe recurrir al auxilio del personal de Policía Judicial para el efecto.

A renglón seguido, el artículo 316 citado, permite que se comisione a la Policía Judicial para desarrollar ‘diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos’. Esas diligencias, estima la Corte, no dicen relación con la práctica de pruebas —con excepción, desde luego, de las técnicas, como se anotó en precedencia—, pues, ello atenta no solo contra la excepcionalidad de la intervención probatoria de la Policía Judicial, sino con el tipo de actividad pesquisitoria propia de estos organismos, a partir de los cuales, para citar algunos ejemplos comunes, debe recoger evidencias que eventualmente se requieran para demostrar los hechos, o acudir al lugar para la verificación de quiénes pueden conocer algo de lo sucedido y podrán ser citados por la fiscalía a declarar, y en fin, esas labores investigativas de campo que permiten orientar al director de la investigación respecto de la mejor forma de abordar la demostración del objeto del proceso penal.

Es esa una labor de apoyo investigativo que no puede tornarse abierta, global o genérica, para que no represente en la práctica un desplazamiento del órgano que en la Ley 600 de 2000 está directamente vinculado con la práctica probatoria, en seguimiento de ese principio de inmediación relativizado allí consignado y que deriva no sólo de las amplias facultades judiciales otorgadas a la Fiscalía, sino del principio de permanencia de la prueba.

Así lo entendió el legislador, en seguimiento de ese procedimiento que algunos dan en significar mixto, y por ello, una vez asumida la investigación por el fiscal encargado del caso, no corre de cargo de la Policía Judicial adelantar motu proprio la tarea investigativa, ni mucho menos, proceder a una práctica probatoria que en la generalidad de los casos, con excepción de la prueba técnica, corre de cargo directamente de la fiscalía, en cuanto órgano, previo al Acto Legislativo 03 de 2002, que modificó el artículo 250 de la Carta Política, con plenas facultades judiciales en la fase instructiva del proceso.

En otras palabras, si por virtud de sus amplios poderes judiciales, la Fiscalía, en la investigación, toma decisiones trascendentes fundadas en pruebas, particularmente la que resuelve la situación jurídica del procesado y aquella que califica el mérito del sumario, lo natural, en aplicación adecuada del principio de inmediación, es que el funcionario judicial en la generalidad de los casos practique la prueba, o mejor, para precisar el tópico testimonial, ante él concurra el testigo para que pueda evaluarse directamente por aquél su credibilidad, y sólo en casos excepcionales o puntuales plenamente justificados —entre ellos el consagrado por la norma acerca de la prueba técnica, dada la ausencia de conocimientos calificados del fiscal—, ello se delegue por vía de comisión a la Policía Judicial.

Y, para proseguir con el argumento de principalística, si esa normatividad ya en camino de derogación, consagra el principio de permanencia de la prueba, que en términos elementales conduce a que el juez perfectamente pueda fundar su fallo en los elementos suasorios recogidos o practicados en la investigación o incluso dentro de la indagación preliminar, lo menos que cabe esperar es que esa prueba sea siempre practicada por o ante el funcionario judicial (juez o fiscal).

(...).

En conclusión, de acuerdo con las respectivas normas (Ley 600 de 2000, artículos 314, 315 y 316) y la doctrina invocada, las labores de Policía Judicial que en estricto rigor carecen de poder suasorio son las entrevistas o exposiciones recibidas por esos órganos a personas que tengan conocimiento acerca de la ocurrencia de una conducta punible, bien sea que esa actividad la ejecuten de manera previa a la judicialización del respectivo comportamiento o con posterioridad a ello...»¹⁸.

En ese orden, la Sala está de acuerdo con los recurrentes, que al tenor del artículo 314 de la ley 600 de 2000, los informes rendidos por policía judicial previo dar inicio

formalmente a la investigación carecen de valor probatorio al ser tan solo criterios orientadores de la investigación.

El aval que la Sala de la Corte Suprema de Justicia reconoce a los reparos que en su momento el procesado hizo al mérito probatorio de los informes del CTI al amparo del artículo 314 de la Ley 600 de 2000 no es otra cosa que el respeto que debe prodigarse a esa providencia judicial que resulta intangible e inviolable dado que no solamente obedece el ordenamiento jurídico sino que además no corresponde a un acto de corrupción.

En el caso analizado, se tiene que el informe 3249 del 6 de julio de 2006, suscrito por la investigadora ELISABETH QUIROGA MATAMORROS, adscrita al Cuerpo Técnico de Investigación se destacó en el acápite de observaciones lo siguiente:

«3.1.- Revisado el proceso de contratación y teniendo en cuenta todos los documentos que se aportan al presente informe se observa que el contrato firmado entre EDINSON FIDEL LIMA DAZA, como Alcalde del Municipio de La Jagua de Ibirico y VLADIMIR ROLDÁN UÑANA, Representante legal de COOPEMUN, cuyo objeto es el suministro de 6.050 metros de tubería en hierro dúctil de 18”, no cumple con todos los requisitos exigidos por la Ley 80/93 y el Decreto 2170/02 en sus etapas preparatoria y Precontractual.

3,2.- COOPEMUN acudió a un tercero en este caso a PAM COLOMBIA S.A. para poder cumplir con una parte de lo contratado con el Alcalde del Municipio de La Jagua de Ibirico, incumpliendo el artículo 14 del Decreto 2170/02 y ocasionando un sobre costo de más del 50%.

3.3.- Según Factura No. 4780 expedida por PAM COLOMBIA, S.A. la cantidad de metros de tubo vendidos a COOPEMUN fue de 3575 y teniendo en cuenta las 12 remisiones hechas por PAM COLOMBIA a EMPUJAGUA (lugar donde ordenó la entrega de los tubos, el total de tubos recibidos fue de 2.855. Se desconoce qué pasó con los 750 metros de tubo, los

cuales equivalen a \$178.519.824 (este valor incluye IVA).

3.4.- El valor total del mismo contrato fue por \$3.037.706.210.00 (tres mil treinta y siete millones setecientos seis mil doscientos diez pesos), es decir que el valor por cada metro lineal vendido por COOPEMUN a la Alcaldía de la Jagua de Ibirico fue de \$502.100.20, sin embargo el valor del metro lineal facturado por PAM COLOMBIA S.A. a COOPEMUN fue de \$247.944.20, es decir que se observa claramente de un sobre costo por metro lineal de \$254.156.00 equivalente al 50.62%. De lo anterior se concluye que el valor total del sobre costo equivale a \$1.537.643.800.00 (mil quinientos treinta y siete millones seiscientos cuarenta y tres mil ochocientos pesos).

3.5.- El 19 de mayo fecha en la cual se practicó visita a los sitios donde se encontraban ubicados los tubos recibidos por EMPOJAGUA, donde se observó que éstos se encuentran a la intemperie junto con los elementos de instalación, los cuales se pueden dañar fácilmente como lo muestran las fotografías tomadas en ese sitio, por lo tanto se presume que no hubo planeación toda vez que revisados los contratos celebrados en este año no se encuentra uno cuyo objeto sea la instalación de la misma tubería».

Ciertamente fue presentado antes que la Fiscalía iniciara la investigación, es más, fue el fundamento para que el 7 de julio de 2006 la Fiscalía Quinta Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito con sede en Valledupar declarara formalmente iniciada la fase de instrucción, en desarrollo de la cual se vinculó mediante indagatoria a VLADIMIR ROLDÁN UMAÑA, EDINSON FIDEL LIMA DAZA y JHON HAROL GUTIÉRREZ DE ARCO.

Situación que, como en efecto lo han considerado los recurrentes, llevaba a concluir que sobre el mismo pesaba una prohibición de valoración probatoria, de manera que si la sentencia se elaboraba con apoyo en éste se podía incurrir en una infracción al principio de legalidad de la prueba, pues al apreciarlo estando vedado hacerlo, se le conferiría una eficacia que la ley no le otorga¹⁹.

Sin embargo, lo que si no puede compartir la Sala, es que por tal razón el acusado hubiese desechado un cumulo de pruebas que corroboraban las afirmaciones de la citada investigadora y que fueron debidamente ordenadas por la Fiscalía Delegada, conocidas y controvertidas por el mismo procesado en la etapa de la causa, al punto que se escuchó en indagatoria a las personas involucradas en el proceso de contratación y que mediante tal documento aparecían mencionadas, se recibieron las declaraciones de los testigos allí referidos, eso sin dejar de oír a la funcionaria investigadora de policía judicial que realizó la averiguación, y recaudó la documentación relativa al contrato celebrado entre COOPEMUN y la Alcaldía Municipal de La Jagua de Ibirico, así como lo relativo a la adquisición de la tubería por parte de COOPEMUN a PAM DE COLOMBIA S.A.

Es más el citado informe que la investigadora QUIROGA MATAMORROS rindió previo iniciarse la investigación se introdujo al proceso legalmente como prueba, pues en la audiencia preparatoria llevada a cabo el 30 de mayo de 2007, el procesado en su calidad de Juez Pernal del Circuito de Chiriguaná (Cesar) ordenó entre otras pruebas «la declaración jurada de la señora ELIZABETH QUIROGA MATAMORROS, agente del C.T.I., de la Fiscalía para con el fin de que precise y concretice aspectos relacionados con el informe No. 3246 del 6 de junio de 2006»²⁰.

Es así que en la sesión de audiencia pública llevada a cabo el 25 de julio de 2007, además de ratificarse en el contenido del citado informe se le interrogó sobre los resultados de sus labores investigativas, explicando:

«PREGUNTADO: según su respuesta anterior usted, nos informa que hay un sobrecosto en el precio de la contratación, díganos si usted realizó una prueba de campo o de lo contrario, señale que hizo para establecer el sobrecosto en la contratación.

CONTESTO: el sobre costo se observa, teniendo en cuenta el valor facturado por PANCOLOMBIA quien suministró los tubos y los dejó en la Jagua de Ibirico, demostrando que no existía costo adicional alguno relacionado con transporte o gastos adicionales... Lo

que se observa en los documentos analizados es que COOPEMUN y la alcaldía celebraron un contrato, pero quien suministró el objeto contractual fue PANCOLOMBIA, violando de esta manera lo dispuesto en el artículo 14 del decreto 2170

(...)

Con respecto a la dicho en mi informe consideró que si PANCOLOMBIA factura 6050 metros de tubería por un valor aproximado de 1500 millones de pesos, donde dicha tubería es del mismo proveedor, la ubica en el municipio de la Jagua de Ibirico sin adicionar sus costos, es prueba suficiente para señalar que a partir de ese momento no tiene porque haber costos adicionales...

PREGUNTADO: atendiendo a su experiencia en materia contable, cuál cree que debe ser la utilidad en COOPEMUN. CONTESTO: el margen de utilidad que debe pactarse en este tipo de contratos es del 30% que debe estar implícito en el valor del contrato.

(...)

Contablemente y comercialmente cuando una empresa vende un producto, en su valor unitario se encuentra incluidos los costos directos, los costos indirectos y los demás gastos, incluyendo la utilidad correspondiente, por consiguiente PAMCOLOMBIA tuvo que haber contemplado estos ítems, además con respecto de estos impuestos y retenciones en la fuente están liquidados en la misma factura de PANCOLOMBIA S.A., como se observa a folio 105 del cuaderno 5 original del proceso.

(...)

Mi informe y sus conclusiones están basados en soportes documentales como son el contrato celebrado entre COOPEMUN y la Jagua de Ibirico comparado con lo realmente facturado por quien hizo la entrega de la mercancía.

(...)

PREGUNTADO: Usted conoce que a un perito le está prohibido de acuerdo con el artículo 251 del CPP, emitir cualquier juicio de responsabilidad penal, por lo que solicitó explique cual el fundamento para incluir las siguientes afirmaciones en el informe 3249 de 6 de junio de 2006 “los anteriores soportes no tienen validez” al referirse a las publicaciones de la convocatoria “de lo anterior se concluye que el valor del sobre costo equivale a \$1.573.643.800 para referirse a la diferencia entre el valor de compra de COOPEMUN y el contrato “se presume que no hubo planeación al asegurar que los tubos están a la intemperie junto con los elementos de instalación, los cuales se pueden dañar fácilmente”, sin tener en cuenta que se habla de una tubería para el acueducto. CONTESTO: primero que todo el informe 3249 no es un peritazgo o un dictamen, con respecto a la primera apreciación que existen documentos que no tienen validez se observa a folios 22, 28, 32 simples escritos sin que se encuentre soportado por la firma de algunos de los funcionarios de la alcaldía de la Jagua de Ibirico o de algunos del contratista, que estos documentos fueron aportados por funcionarios de la alcaldía como soporte de un proceso contractual, con respecto a la segunda información esta se hace teniendo en cuenta que PANCOLOMBIA es quien factura y entrega a la alcaldía de la Jagua de Ibirico la tubería contratada entre COOPEMUN y la alcaldía de la Jagua de Ibirico, sin encontrar soporte contable que demuestre que fue COOPEMUN quien hizo la entrega del objeto contratado, esta afirmación se encuentra documentada soportada por la factura expedida por PANCOLOMBIA y el contrato objeto de investigación, con respecto a la tercera afirmación hay que asegurar que la Ley 802 del 934 hablan de la transparencia en la contratación estatal, por consiguiente se observa que se violó por parte de la alcaldía lo estipulado en esta ley, toda vez que si la alcaldía compraba tubos para el acueducto del municipio debió haber realizado el proceso de instalación de la misma tubería, de lo contrario se incurriría en un detrimento patrimonial, porque los tubos comprados no han sido instalados»²¹.

De otra parte, el Representante del Ministerio Público atendiendo la información que diera la citada testigo en la audiencia pública solicitó comisionar nuevamente al CTI para que complementara las pesquisas que ésta había dado a conocer. Así mediante auto de 16 de agosto de 2007, el acusado ordena complementar el citado informe, en el sentido de allegar a la actuación copia autentica de la factura de venta de la empresa COOPEMUN a la alcaldía de la Jagua de Ibirico de los 6.050 metros lineales de tubería por valor de 3.037 millones de pesos; si el dinero pagado a la COOPEMUN por la entidad territorial entró a su patrimonio, si la cifra consignada por el contrato se le hicieron los respectivos descuentos por concepto de retención en la fuente, impuesto de IVA del año 2006 y 2007, así como establecer si PANCOLOMBIA le vendió a COOPEMUN los tubos objeto del contrato, aportándose la respectiva factura, entre otros ítems como aquellos que según criterio del investigador pueden ser útiles para el esclarecimiento de la verdad²².

En cumplimiento de lo ordenado por el funcionario de conocimiento hoy acusado, la funcionaria de Policía Judicial ELISABETH QUIROGA MATAMORROS, con fecha 4 de septiembre de 2007 rindió el informe 484823, en el cual, entre otras cosas, indicó que en las oficinas de COOPEMUN «se revisó un paquete que contenía copias del consecutivo de facturas de venta de COOPEMUN desde marzo de 2005 hasta el 16 de agosto de 2007 (consecutivo del 2001 al 0505), una vez terminada la búsqueda, NO SE OBSERVÓ FACTURA ALGUNA a nombre de la Alcaldía de La Jagua de Ibirico, Cesar por la venta de los 6.050 metros de tubos, por valor de 3.037 millones de pesos. También se solicitó el libro auxiliar de ingresos del primer semestre de 2006, para verificar si contablemente se había registrado dicha venta a lo que aportaron 14 folios y una vez analizado se determinó que los ingresos de COOPEMUN corresponden a la ADMINISTRACIÓN DE OBRAS y no al suministro de materiales. Como prueba de lo anterior a folio 6, registro del 15 de febrero de 2006, con recibo No 00038 se contabilizó el ingreso de \$60.754.124 por concepto de ADMINISTRACIÓN SUMINISTRO DE

MATERIALES al Municipio de La Jagua de Ibirico.».

Señaló, además, que «por lo anterior, entre la Alcaldía de La Jagua de Ibirico y COOPEMUN debió existir un contrato de prestación de servicios por la administración de recursos por valor de \$60.754.124 mas no un convenio interadministrativo por el suministro de 6.050 tubos por \$3.037 millones de pesos ya que esta transacción no fue registrada en los libros de ingresos de COOPEMUN».

Agrega que «dentro de los documentos contables de COOPEMUN, se encontró el recibo de caja No. 00037 del 15 de febrero de 2006, que soporta un pago hecho por la Alcaldía de La Jagua de Ibirico, por valor de \$1.452.016.037.00; sin embargo al revisar el libro auxiliar de Bancos esta partida no aparece contabilizada y según lo manifestado por el revisor Fiscal dicha consignación fue hecha en el Banco Agrario», en una cuenta de ahorros abierta 5 días antes de recibir la consignación mencionada en el párrafo anterior.

Precisó que «con fecha 5 de junio de 2006, la Alcaldía de La Jagua de Ibirico realiza otro pago por \$840.345.628.00, este dinero fue consignado en la cuenta No. 319000310-5 del Banco Agrario a nombre de COOPEMUN, pero no fue registrado en el libro auxiliar de Bancos».

Menciona que «lo anterior aclara que el único costo adicional en el que debió incurrir COOPEMUN por la compra hecha a PAM COLOMBIA S.A., fue el de descargue de los tubos de los camiones en el sitio donde hoy reposan los mismos (matadero municipal y lote de terreno cerca al Municipio), que no puede superar el valor pagado por PAM COLOMBIA S.A. a la Cooperativa de Transportes de Zipaquirá, el

cual fue de \$56.700.000.00».

Así concluye que «el valor no justificado en convenio celebrado entre COOPEMUN y la Alcaldía de la Jagua de Ibirico, por concepto de la Compra de 6050 mts, de tubo es de \$1,420.189.676, establecido de la siguiente manera:

Valor del convenio	\$3.037.706.210.00
--------------------	-------------------------

Menos valor de compra de tubos

puestos en La Jagua de Ibirico	\$1.500.062.410.00
--------------------------------	-------------------------

Menos valor máximo por el descargue	\$56.700.410.00
-------------------------------------	----------------------

Menos comisión por administración

de recursos (Libros auxiliares COOPEMUN	\$60.754.124.00
---	----------------------

VALOR POR JUSTIFICAR.....	\$1.420.189.676.00
---------------------------	--------------------

Es más dentro del proceso se ordenó practicar inspección judicial a las oficinas de PAMCOLOMBIA estableciéndose que dicha empresa no cobró costos adicionales por concepto de transporte de los tubos de Bogotá a la Jagua de Ibirico, pues «PAM COLOMBIA S.A. vendió los 6050 metros de tubería DN 450K7 a COOPEMUN por un valor total de \$1.500.062.410 incluido iva, y los costos de transporte o flete hasta la Jagua de Ibirico de acuerdo a INCOTERMS (Lenguaje internacional para términos comerciales, facilitan las operaciones de comercio internacional y delimitan las obligaciones, esto hace que el registro disminuya”), sobre plataforma de camión sin descargue; el transporte se contrató con la COOPERATIVA DE TRANSPORTES DE ZIPAQUIRÁ»²⁴.

No sobra precisar además que la Contraloría General de la Nación al constituirse con parte civil aportó informes en los que se señalaba que «examinados los soportes contractuales del acto celebrado entre la Cooperativa para el Desarrollo Integral de los municipios - COOPEMUN -, representada legalmente por el señor Vladimir Roldán Umaña y el Municipio de la Jagua de Ibirico, se observa que en el escrito de propuesta económica presentado por el primero se oferta el suministro de 6050 metros de tubería en hierro dúctil de 18'' construida en asbesto de 8'' por un total de \$2.393.208.180, no incluido IVA (\$382.913.308) a lo cual se le deben agregar por costos indirectos \$388.963.309 siendo un total de \$3.037.706.210, arrojando por metro lineal un valor de \$502.100, sin embargo, Coopemun actúa como intermediario ya que existe prueba documental de que dicha cooperativa no es distribuidor directo del objeto pactado sino que, por el contrario debió valerse de PAN COLOMBIA S.A., quien le vendió los 6.050 metros de tubo en hierro dúctil según facturas Nos. 49993 y 4780 del 23 de junio y 22 de febrero de 2006, junto con sus respectivas remisiones números: (...), con un valor total de \$1.500.062.410 incluido IVA sumandos costos indirectos (\$388.963.309) obtenemos un total de \$1.889.025.719 con un valor unitario por metro lineal de \$312.236 aproximadamente. Concluyendo que entre la venta inicial y el valor final (a todo costo) cancelado por el municipio aparece una diferencia de \$189.864 por metro lineal aproximadamente, generándose por consiguiente un sobre costo de \$1.148.677.200.

»25

Esta extensa, pero necesaria reseña se hizo con el fin de señalar que si bien para el acusado era evidente que el único propósito del informe policivo era servir de orientación a la investigación, ello no le impedía valorar todas aquellas pruebas que se produjeron de tal informe y que establecían la realidad y veracidad de los hechos suministrados por la investigadora QUIROGA MATAMOROS, más si se tiene en cuenta los soportes que ella presentó sobre sus hallazgos y sus manifestaciones al declarar en la audiencia pública.

Así las cosas, si alguna actividad probatoria de tipo investigativo o técnico requería el proceso penal, debía tener como punto de partida la cantidad de tubería, sus especificidades y el verdadero precio de adquisición de \$1.500.062.410. Esta realidad probada con la evidencia allegada en el juicio oral, fue desconocida por el procesado, quien dispuso un estudio de mercadeo con otras empresas que suministraron montos superiores al señalado, no pagados y con base en estos últimos supuestos que no debían tenerse en cuenta hizo el cotejo de sobre costos para absolver a los procesados.

El ex juez RODRÍGUEZ BERMÚDEZ aceptó las conclusiones a las que arribó la Funcionaria de Policía Judicial del CTI de Cundinamarca, ADRIANA SALTARÍN GALLARDO, a quien ofició para que realizara un nuevo informe²⁶, destacando la sentencia lo siguiente:

«La anterior información suministrada por esta investigadora judicial adscrita a la seccional de Cundinamarca tiene su sostén probatorio, toda vez que hizo una prueba de campo, averiguó el valor del metro lineal de la tubería objeto del contrato, aportó facturas, cotizaciones y estableció su conclusión final lo que indica que los precios determinados están por encima de los ofrecidos por la empresa contratista incluyendo todas las arandelas que por ley deben ser imputadas al valor del contrato.

Averiguación ésta que no hizo las señora Elisabeth (sic) Quiroga Matamoros, porque así lo manifestó de manera tajante en la declaración jurada rendida ante este despacho, donde dijo categóricamente lo siguiente: Que no había consultado precios con otras empresas fabricantes de tubería, no estableció precio con otras entidades estatales, tampoco consultó con el sispac, con la asociación colombiana de Ingenieros y termina diciendo que no hizo ningún tipo averiguaciones por cuanto PAM COLOMBIA es una empresa que compite a nivel nacional, y que el sobre costo se desprende del valor de que (sic) PAM COLOMBIA le vendió a COOPEMUN.

(...)

Fíjese que la señora QUIROGA MATAMOROS divide el valor del contrato entre la cantidad de tubo a adquirir, esto le da un valor exacto de \$502.000 el metro lineal, precio éste que coincide con el establecido en el mercado como precio de referencia, lo que indica este precio puede variar si miramos la cantidad de tubo por el valor pagado actualmente, entonces le daría una suma inferior al pactado, y por esa sola circunstancia no podemos afirmar que hay un sobrecosto, entonces tenemos que buscar dentro de la actividad mercantil cual era el precio, cuánto costaba al público, incluyendo las imputaciones económicas que haya lugar, sin embargo la funcionaria investigadora se sustrajo de dicho deber; creando un sobrecosto inexistente o dudoso.

En este orden de ideas, el despacho no observa en el grado de certeza el sobrecosto que se le quiere imputar a la mercancía, estimado que el valor de \$502.100 es un precio oscilante, variable, fluctuante en el mercado, por lo que es razonado y proporcional la venta que COOPEMUN le hizo al Municipio de la Jagua de Ibirico, hasta el punto que el CTI de Cundinamarca valoró que el contrato de marras podría costar incluyendo todo hasta \$3.004.442.100, cifra esta máxima que podría estar sujeta a variación de acuerdo al movimiento mercantil existente; sin embargo, este valor supera lo hasta ahora pagado por el ente territorial al contratista, lo que indica que no había acción de apropiación, es decir que el valor de lo pagado está dentro de los márgenes proporcionales existentes en el mercado. »27

Los razonamientos no sólo resultan desatinados sino abiertamente contrarios a la reglas de la necesidad de la prueba, idoneidad del medio y al mérito que le reconoció a través de las reglas de la sana crítica al concepto de la investigadora del C.T.I. de Cundinamarca.

No hay razón atendible para que, se le diera credibilidad a un nuevo informe sobre

los costos en el mercado de la tubería objeto del contrato, pues si bien la Fiscalía Quinta Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, al calificar el mérito del sumario había destacado que «sería sumamente importante lograr por el mecanismo de la prueba pericial determinar la realidad del costo de metro lineal de los tubos objeto de contratación cuestionada, una vez se efectúen los descuentos legales pertinentes, para luego indicar si hubo o no sobrecosto»²⁸, olvidó el Juez que tales datos ya habían sido aportados al proceso por la investigadora Quiroga Matamoros, quien a través del segundo informe de 4 de septiembre de 2007 ratifico que a partir de la inspección realizada en PAMCOLOMBIA pudo determinar que las facturas que se realizaron a COOPEMUN por la venta de 6.050 mts. de tubo estándar DN 45 k7 con empaque y pasta lubricante translúcida, correspondió a \$1.500.062.41029, sin incluir costos adicionales (descargue de \$56.700.000 y gastos de comisión \$60.754.124), circunstancias que adicionalmente corroboraba la Contraloría General de la República.

Conforme a ello, no se advierte la razón por la cual el entonces juez se esforzó en darle valor a ese nuevo informe del C.T.I., cuando lo comunicado por la investigadora Elizabeth Quiroga Matamoros ilustraba con acierto y objetividad el precio real de la tubería que fue adquirida por COOPEMUN, por lo que resultaba impertinente e inútil para efectos del sobrecosto obtener cotizaciones en establecimientos donde la mercancía tenía un mayor valor, porque este último concepto y juicio se establecía plenamente cotejando el monto de compra (\$1.500.062.410 con costos adicionales ascendía a \$1.617.516.534) en el depósito donde se adquirió con el pagado por la administración municipal al contratista (\$3.037.706.210), operación que no podía hacerse con los montos obtenidos con establecimientos que no suministraron la mercancía.

Pero es que además el informe número 02733 rendido el 8 de septiembre de 2006 por un Investigador Criminalística del CTI seccional Barranquilla, nada aportaba a la investigación, pues tan solo atinó a decir que el Tubo de hierro dúctil de 18" no se comercializa en Barranquilla, sugiriendo por tanto al funcionario instructor «que comisione al CTI de la

ciudad de Bogotá D.C. debido a que es una labor que se debe hacer de manera personal y el comisionado debe explicarle al vendedor el uso, las especificaciones técnicas y de qué tipo de material está fabricado el Tubo de Hierro Dúctil de 18».

Adicional a ello, resulta cuestionable que el juez RODRÍGUEZ BERMÚDEZ, justificara los valores contratados por COOPEMUN y el municipio de la Jagua de Ibirico incrementado sumas correspondientes a impuestos y trasportes que no debía adicionar, dado que lo informado por la investigadora judicial ELISABETH QUIROGA MATAMORROS y que sin consideración alguna más que ser tan solo un criterio orientador de la investigación desechó el procesado, cuando explicaba que el valor del convenio obedeció a \$3.037.706.210, cantidad a la que se le descontaba el valor de compra real de los tubos de \$1.500.062.410, precio éste que incluía el IVA y el gasto de transporte hasta la Jagua de Ibirico, lo que arrojaba un total de \$1.617.516.534, quedando un sobrecosto de \$1.420.189.676.30.

Sin mayor argumentación, el entonces juez, aduciendo una necesidad de conocer los valores de los tubos en el mercado nacional, acogió unos informes que dados los supuestos acreditados en el proceso no resultaban conducentes para derruir la información que se había sustentado con base en la señalado por la empresa que realmente había vendido la tubería, lo que se hizo únicamente para justificar los excesos de la contratación y la absolución de los procesados.

RODRÍGUEZ BERMÚDEZ eligió unos informes que sin ninguna dificultad se advertía que no cumplían con los presupuestos para fundar la decisión, por las razones señaladas y también por la forma cómo se obtuvo la información y se procesó los resultados.

En efecto, puede observarse cómo pese a sostener la investigadora de Cundinamarca SALTARIN GALLARDO que el material por cotizar no era de alta comercialización en el país, que las empresas que lo distribuían PRODISFER, ASUMICOL, NIPLEFER y FERRETUBOS no

se atrevían a cotizar en grandes cantidades, y que además muchas de ellas se abastecían de PAM COLOMBIA, es decir, el mayor distribuidor del producto, efectuó cuentas, colocó imprevistos del 15%, promedió cotizaciones y terminó afirmando que el precio de los tubos oscilaba entre \$2.879.257.013.00 y \$3.004.442.100.0, sin tomar en cuenta que cuando se decretó la prueba no se pidió determinar el porcentaje de administración, imprevistos y utilidad, toda vez que el contratista había cobrado por separado una suma cercana a los 60 millones de pesos por concepto de administración, los imprevistos en el caso fueron asumidos directamente por el proveedor y la utilidad no podía ser la ordinaria para el comercio dada la naturaleza de economía solidaria de COOPEMUN.

Aspectos que por cierto en manera alguna hicieron parte de lo contratado, pues si se revisa el escrito de propuesta económica presentado por la citada sociedad, al valor de suministro de los 6.050 metros de tubería tan solo se le agregarían los costos indirectos de legalización que se presupuestaron en \$255.534.722 más el costo de descargue por valor de \$6.050.00031.

De igual modo, las cotizaciones en que se fundó el estudio ostentaban deficiencias tales como el haber sido allegadas en fotocopia, presentar enmendaduras, carecer de firma de persona responsable y coincidir con algunas solicitadas de manera particular por la defensa en oportunidad anterior, todo lo cual ponía en tela de juicio su confiabilidad.

Pero es que además resulta cuestionable que RODRÍGUEZ BERMÚDEZ le haya otorgado al informe suscrito por la investigadora ADRIANA SALTARÍN GALLARDO el carácter de un dictamen pericial, como lo explicó en la diligencia de indagatoria, informado que «debemos destacar que no es un informe, es una prueba pericial rendida por un funcionario público»³²; cuando lo cierto es que aquél era de la misma naturaleza del informe rendido por ELIZABETH QUIROGA MATAMOROS, el que por demás, a diferencia del

escogido por el ahora acusado para fundar su fallo, sí contó con un respaldo probatorio certero y fue confrontado en desarrollo del juicio oral.

Así, se tiene que las precisiones realizadas por ARQUÍMEDES RODÍGUEZ BERMÚDEZ para absolver a los procesados del delito de peculado, se advierte que éste no asumió un rol imparcial en el proceso en la valoración del caudal probatorio.

Ahora, el hecho que no se hubiere cancelado al contratista la suma de 623 millones de pesos del precio final pactado porque el contrato no se había liquidado, no significa que la deuda no exista y que el delito de peculado por apropiación no se configuró, pues lo que sanciona el legislador es que el servidor público, en provecho suyo o de un tercero se apropie de bienes del Estado, y en el presente caso los procesados desarrollaron diversos trámites que finalizaron con la adjudicación de un contrato que presentó un sobre costo para el municipio de más de \$1.537.643.156.00, tal cual lo advirtiera el informe suscrito por la investigadora ELIZABETH QUIROGA MATAMORROS33

Por virtud de tal acto administrativo los dineros adjudicados ingresaron de manera ilegal al patrimonio del acusado VLADIMIR ROLDAN UMAÑA, ocasionando a la vez perjuicio al Estado no solo en relación con el valor comercial de los bienes, sino porque al adjudicarlos a quien no tenía derecho, dejó de cumplir con los propósitos que inspiraban la urgencia manifiesta que se dice se decretó para el efecto, la cual propendía por el bien común y la necesidad de mejorar la potabilización del agua que se suministra para el consumo humano del ente territorial.

De igual modo, el patrimonio del Estado se vio afectado con la compra de los 6.050 metros lineales de tubería de hierro dúctil de 18", pues como se encontraba acreditado, éstos y los demás elementos adquiridos para efectos de contrarrestar el problema de agua del municipio jamás fueron instalados, quedaron a la intemperie en un parqueadero

de la entidad territorial, de manera que no puede señalarse que no hubo un detrimento patrimonial.

De esa manera, sin lugar a dudas, quedaba acreditado que la conducta contra la administración pública por la cual se acusaron a los funcionarios de la Jagua de Ibirico se configuraba, de un lado, porque el dinero que recibió COOPEMUN por la compra de los tubos y elementos de instalación contribuyeron a aumentar su patrimonio y, por otro, hubo un perjuicio para el municipio, en la medida que no se ejecutó el contrato celebrado, decisiones que no asumió el procesado a pesar de conocer la prueba así lo imponía, resultando la absolución manifiestamente contraria a derecho.

4.2. Irregularidades en la celebración del contrato.

La adjudicación del contrato para el suministro de la tubería se hizo incurriéndose en un sinnúmero de irregularidades que tornaban en ilegal el convenio, por lo que la absolución de los inculcados era contraria a lo demostrado en el proceso.

Desde esta perspectiva, donde resultaba ostensible no solamente el sobre costo del producto suministrado, también resultaba grosera la transgresión de los principios que gobiernan la contratación estatal con la sola finalidad de lesionar el erario municipal, empezando por el principio de economía, situación de suyo suficiente para declarar la ilegalidad de la actuación llevada a cabo por todos y cada uno de los procesados en el caso donde se dictó el fallo calificado de prevaricador.

Resulta injustificable la desatención del Juez RODRÍGUEZ BERMÚDEZ en lo que atañe a la subcontratación que realizó COOPEMUN con PAM COLOMBIA para cumplir con el contrato realizado con el municipio de la Jagua de Ibirico y que también constituyó un elemento de acusación por parte de la Fiscalía para endilgarle a los entonces procesados el delito de peculado.

Ello, pese a que en atención a lo previsto en el numeral 2°, inciso 2° del artículo 14 del Decreto 2170 de 2002, el cual reglamentó la Ley 80 de 1993, las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales sólo pueden contratar con la administración pública cuando «posean la debida y comprobada experiencia, solidez financiera, capacidad técnica, administrativa y jurídica que les permita ejecutar directamente y sin la necesidad de ningún tercero el correspondiente contrato», condiciones que sin lugar a dudas no reunía COOPEMUN, pues se estableció que dicha cooperativa acudió a PAM COLOMBIA para cumplir el objeto contractual, situación que para el Juez RODRÍGUEZ BERMÚDEZ no sólo resultó acorde a la ley sino necesaria, por ello, en el fallo controvertido, se esforzó por justificar tal anomalía, así:

«Si bien es cierto que COOPEMUN para cumplir con el contrato tuvo que utilizar un tercero para que le suministrara el objeto del mismo, no es menos cierto que ese tercero es un distribuidor o un fabricante lo (sic) cual no aspiró a contratar y de acuerdo a la naturaleza de la tubería, la dificultad para conseguirla y la poca comercialización a nivel nacional, le era factible a la empresa COOPEMUN utilizar sus servicios, comprándole las tuberías para así venderlas al municipio de la Jagua, por razones lógicas de carácter mercantil, COOPEMUN nunca le iba a vender al municipio de la Jagua con el mismo precio que se lo compró a PAM COLOMBIA S.A., porque si así fuese las empresas tendería al fracaso o a la quiebra total».

Es decir, que no sólo se apartó del mandato legal, sino que contrariando el espíritu del legislador justificó que COOPEMUN haya actuado como un intermediario y que en aras de las reglas del mercado, avaló que dicha cooperativa obtuviera unas jugosas ganancias, desconociendo los principios de interés general que regulan el régimen de contratación estatal.

También resultan cuestionables las elucubraciones realizadas por ARQUÍMEDES RODRÍGUEZ BERMÚDEZ, para desestimar la responsabilidad en la que incurrieron los

acusados en el delito de celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales, pues a pesar de haber cuestionado durante el desarrollo de la audiencia pública el incumplimiento que ÉDISON FIDEL LIMA DAZA, VLADIMIR ROLDAN UMANA Y JHON HAROL GUTIÉRREZ D'ARCO tuvieron respecto de los lineamientos de la Ley 80 de 1993, tales razonamientos fueron reemplazados en el fallo por argumentos defensivos, tendientes a justificar las omisiones de los procesados.

Nótese como en desarrollo de la audiencia pública realizada el 14 de agosto de 2007, el Ministerio Público indagó a EDINSON FIDEL LIMA DAZA sobre los requisitos de la contratación que debía surtir para el suministro de los tubos, precisándole:

«PREGUNTADO: Conocía usted, que la urgencia manifiesta era una figura excepcionalísima, de contratación administrativa dentro del estatuto de la contratación estatal, que lo normal y obligatorio en contrato de mayor cuantía es el concurso o licitación pública. RESPONDIÓ: no lo sabía. PREGUNTADO. Tampoco sabía que muy a pesar de estar cobijado por el decreto de emergencia manifiesta tenía que agotar unos requisitos contractual (sic) como la publicación en página web (sic) o por otro medio la contratación. CONTESTO: este proceso se publicó atreves (sic) de un medio de alta difusión regional o medio masivo de comunicación, cuya razón social de (sic) la voz del Cañaguate, en el expediente existen documentos que prueban que la publicación se hizo a través de la voz del Cañaguate»³⁴

Y posteriormente, en sesión de 26 de septiembre de 2007, el Juez ARQUÍMEDES RODRÍGUEZ BERMÚDEZ al recepcionar la declaración del Tesorero Municipal Oliver López Vega, manifiesta su inquietud sobre el incumplimiento de la administración respecto de los requisitos para efectuar la contratación, refiriendo:

«PREGUNTADO. Sírvase decir porque no se licitó para ejecutar este contrato, atendiendo el monto y la cuantía del mismo. CONTESTO: desconozco los motivos por los cuales no se

licitó»³⁵

Sin embargo, a pesar de la expresada preocupación que le asistía al entonces Juez, respecto del incumplimiento de los requisitos contractuales para la selección objetiva del contratista, en el fallo se evidenció un viraje en el pensamiento del juzgador, que representaba una decidida defensa de los encausados, en tanto que señaló:

« [E]l despacho considera que hubo transparencia en la escogencia del contratista, es decir, una selección objetiva por haber escogida (sic) la empresa cuestionada puesto que de las dos propuestas presentadas como fueron la COOPERATIVA PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LOS MUNICIPIOS “COOPEMUN”, y la COOPERATIVA DE MUNICIPIOS DE CIÉNAGA GRANDE la de mejor propuesta era de COOPEMUN y esa fue la seleccionada.

Cabe advertir que aquí lo que hubo fue una contratación directa debido a la declaratoria de URGENCIA MANIFIESTA ordenada por el Alcalde del Municipio el procesado EDINSON FIDEL LIMA DAZA mediante Decreto 132 de fecha octubre 21 de 2005.

(...)

Siendo así las cosas, a pesar de que se tenía que obviar ciertos pasos, sin embargo se logró hacer ciertas actuaciones propias de la contratación como es la convocatoria, la publicidad, la selección, entre otras, lo que indica que el ex burgomaestre no estaba obligado a realizar estos pagos, sin embargo, para mayor transparencia los efectuó cumpliéndose así la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios»³⁶

Y en desarrollo de la audiencia pública que se surtió dentro de esta causa penal, ARQUÍMEDES RODRÍGUEZ BERMÚDEZ justificó su decisión, precisando que:

«Se tuvo en cuenta una contratación directa en razón a una urgencia manifiesta que fue

declarada por el señor alcalde procesado, y avalada por la Contraloría General de la Nación. El alcalde acudiendo a esa figura excepcional decidió contratar con la empresa Compemún 6050 metros de tubo dúctil de 18 pulgadas, el objeto era sustituir la tubería obsoleta del municipio toda vez que para la época el municipio de la Jagua presentaba problemas de calamidades en razón el (sic) pésimo estado del acueducto y del agua, teniendo en cuenta que existía esa figura, eso relevaba al ex burgomaestre realizar el proceso de selección no obstante ello, hubo una selección objetiva donde la empresa ganadora fue Coopemún, obviamente al dar por establecido pruebas que tenía al frente mío la figura de la urgencia manifiesta dentro del conocimiento que tenía de las cosas, el alcalde no estaba obligado a realizar los trámites propios de la Ley 80 para contratar»³⁷.

Precisiones que resultan contrarias a la legalidad y que más allá de ser un desatino en la interpretación dada por el togado, lo que representa es la decidida acción por favorecer a los procesados, pues del análisis conjunto de los medios de prueba, lo que se puede establecer es que el entonces funcionario no sólo desconoció las normas que rigen la contratación, sino que también ignoró los elementos de prueba que permitían advertir la irregularidad en el desarrollo de la actividad contractual adelantada por los antes procesados.

Al respecto, se observa que la Fiscalía enrostró el ilícito de celebración indebida de contratos, por la falta de planeación que se tuvo al momento de contratar con COOPEMUN, la cual se evidenciaba con la inobservancia de los principios que guían la contratación directa y las acciones que debían atenderse a efectos de dar solución al problema de acueducto de la región, todo lo cual, contaba con abundante material probatorio que respaldaba la acusación y la que sin razón alguna fue desestimada por el Juez.

Nótese que dentro del documento denominado «Diseño de optimización de la conducción

de agua tratada y las redes de distribución del sistema de acueducto de la cabecera municipal del municipio de la Jagua de Ibirico»³⁸ suscrito por ALFREDO DOMÍNGUEZ ANAYA en diciembre de 2005, se recomienda para la realización de la obra, tubería en PVC, sin embargo, los procesados EDINSON FIDEL LIMA DAZA, VLADIMIR ROLDAN UMANA Y JHON HAROL GUTIÉRREZ D'ARCO, desatendiendo dicho estudio suscribieron el contrato por la adquisición de 6050 mts de tubo en hierro dúctil, situación que da cuenta de las irregularidades que rodearon dicha contratación y que a pesar de ser evidentes no resultaron relevantes para el análisis de la responsabilidad de los procesados, por parte del Juez ARQUÍMEDES RODRÍGUEZ BERMÚDEZ.

Y es que no resulta de recibo la explicación dada por ARQUÍMEDES RODRÍGUEZ en desarrollo de la audiencia pública celebrada el 25 de enero de 2012³⁹, en cuanto indicó que el Tribunal al conocer de la impugnación elevada en contra del fallo por él emitido, tuvo acceso a una documentación diferente a la que él pudo apreciar y conforme a la cual estimó que los procesados actuaron conforme a criterios de planeación y obedeciendo las recomendaciones de diseño, pues de ser así porque ninguna de las partes hizo manifestación sobre ello, en especial la defensa, a quien claramente le afecta la aparición de un nuevo informe en las condiciones anotadas.

Adicional a ello, no puede desatenderse que fue el mismo juzgado en el que el procesado fungía como Juez el que envió el expediente, con todo y sus anexos al Tribunal para que desatara la apelación, pues si tal irregularidad se presentó, le correspondía a él, como titular y representante del despacho judicial, promover las acciones disciplinarias y penales del caso.

De otra parte, también se advierte que ARQUÍMEDES RODRÍGUEZ, para fundar su fallo absolutorio, se empecinó en justificar la inobservancia de los principios que rigen la contratación por parte de los procesados, aduciendo que ante la declaración de una urgencia manifiesta, éstos podían obviar algunos requerimientos e incluso proceder a la

contratación directa, sin embargo, tales argumentaciones se advierten de bulto desatinadas, en la medida que si bien, ante la declaración de esas espaciales condiciones, la administración puede proceder a contratar en forma directa, sin acudir al proceso de licitación, allí también debe ceñirse a criterios de planeación, conveniencia social y económica, en aras de brindar una respuesta eficiente a las necesidades de la comunidad, lo cual no se observó con la contratación llevada a cabo entre la Jagua de Ibirico y COOPEMUN.

Al respecto, cabe señalar que claramente el Juez desatendió la inexistencia de los criterios de planeación que se evidenciaron en la contratación, pues de acuerdo a lo advertido por la Contraloría General, mediante oficio N° 86201-005 de 25 de junio de 200640, se requirió a la administración municipal para que explicara las razones por las cuales los 6050 mts de tubería adquiridos para suplir las necesidades de acueducto de la región se encontraban abandonados en el matadero municipal.

Así, resulta cuestionable que si la argumentación otorgada por el Juez en su fallo, para estimar la inexistencia de una conducta ilícita se enfilaba en establecer que existía una urgencia manifiesta declarada en el municipio, no resulta entendible el hecho que encontrara justificado el abandono de la tubería contratada para suplir las necesidades del municipio, pues ello, sin lugar a dudas, resulta contrario al concepto previsto por el artículo 42 de la Ley 80 de 1933 respecto de la urgencia manifiesta, esto es, «cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro...» y denota una contradicción de sus argumentos, que más allá de una desatención en la construcción lógica de la sentencia, demuestra un interés por favorecer a los procesados.

Parece sorprendente además que so pretexto de dar paso a unos trámites de contratación más ágil, tal dice el abogado recurrente, se diga que a través de una urgencia manifiesta se podía desconocer principios elementales de la contratación estatal, máxime

cuando ésta ni siquiera estaba presente, pues cuando se hizo uso de la misma el término que había dado el Tribunal Contencioso Administrativo de 3 meses para solucionar el problema del agua potable estaba vencido.

Y si bien la Contraloría General avaló la declaratoria de la emergencia, esto no era suficiente para soportar la compra de los tubos ya que como se indicara y como bien lo señaló el juez en su sentencia, ésta solo opera en estados de excepción, ante situaciones que obedeciera a hechos de calamidad o cuando era necesaria la continuidad del servicio, exigencias que no se presentaban en el caso de la Jagua de Ibirico que soportaba una pésima prestación de servicios de agua potable y por lo mismo no había servicio idóneo para conservarlo ni tampoco se presentó un hecho repentino e imprevisible para conjurarlo.

Es que basta revisar las actas de suspensión del suministro de la tubería suscritas por las partes contratantes para concluir que no se estaba ante una urgencia manifiesta, pues no de otra manera se puede entender que se solicite la suspensión del contrato por cuanto «la tubería requerida mediante este contrato sólo es suministrada por PAMCOL S.A. y en las bodegas de esta empresa no existe en la actualidad la cantidad de tubería solicitada por el municipio de la Jagua de Ibirico...»⁴¹, circunstancias que se mantuvieron hasta el 8 de mayo de 2006, donde nuevamente los intervinientes acordaron reprogramar el plazo de entrega máximo⁴².

Ahora, si en verdad la Contraloría legitimó la declaratoria de la urgencia como lo señala la sentencia absolutoria y lo reiteran los recurrentes, pudiéndose derivarse de ello el cumplimiento de los requisitos sustanciales del contrato realizado, por qué razón mediante Resolución 004 del 28 de agosto de 2006, esa misma Corporación compulsó copias para investigar disciplinariamente al Alcalde por extralimitar el término de la urgencia manifiesta. Al referirse a este contrato señaló el órgano de control:

«En caso de la orden del Tribunal para que el municipio procurara la potabilización del agua... se observa que el contrato destinado a tal efecto solo fue suscrito el 19 de diciembre de 2005, superando el término señalado por el Tribunal, dejando en entre dicho tanto el cumplimiento de la orden como la realidad de la urgencia.»

Mas caprichosas no podían ser la motivaciones que hiciera el juez hoy acusado en la decisión cuestionada cuando afirma que en el proceso de contratación se respetaron los principios de transparencia y selección objetiva de contratista, al existir un proceso de contratación directa debido a la urgencia manifiesta que obligó a sanear un problema de salubridad impuesta por el Tribunal Contencioso, cuando el citado cuerpo colegiado no hablo de ninguna urgencia como para justificar que había una orden para así decretarla, pues lo que dispuso el Tribunal fue:

«PRIMERO. Proteger el Derecho Colectivo a un Ambiente Sano, a la Salubridad Pública y por conexidad a la vida, a la existencia del equilibrio ecológico y a los derechos de los consumidores y usuarios, al que hace referencia los artículos 2, 49 79 y 88 de la [Constitución Política](#) de Colombia.

SEGUNDO. Como consecuencia se ordena las siguientes medidas protectoras de los derechos colectivos:

a. Que el señor Alcalde del Municipio de la Jagua de Ibirico Cesar, en el término de 3 meses, adelante todas las diligencias necesarias tendientes a mejorar la potabilización del agua que se suministra para el consumo humano de ese municipio...»⁴³ . Resalta la Sala.

Finalmente, en lo que atañe al análisis que RODRÍGUEZ BERMÚDEZ expuso sobre la inexistencia de la conducta de interés indebido en la celebración de contratos, debe decirse que éste sólo optó por señalar que la Fiscalía no había fundado la acusación, desconociendo el entonces juzgador que conforme a todo el elemento de prueba con el

que se contaba se evidenciaba que la contratación celebrada entre el municipio de la Jagua de Ibirico y COOPEMUN se rigió no precisamente por favorecer a la comunidad, pues si ello, hubiese sido de este modo, no sólo no se hubiera contratado el suministro de una tubería de un material diferente al recomendado en los estudios, sino que se habría pagado el precio justo, sin elevar tan ampliamente las sumas que tuvo que desembolsar el municipio, a más que sin lugar a dudas, se habría buscado la forma de dotar a la comunidad del acueducto que estaba demandado.

De ahí que resultan irrelevantes las afirmaciones de los recurrentes, en el sentido de que en el proceso se hallaba acreditada la necesidad de implementar medidas para potabilizar el agua de consumo humano en el municipio de La Jagua de Ibirico; que ello fue incluido en el presupuesto; que el proyecto fue radicado en el banco de programas y proyectos; que sí existieron diseños del programado acueducto municipal; que sí hubo análisis de conveniencia y oportunidad para una contratación directa; que hubo un concepto sobre la viabilidad del proyecto emitido por el Secretario de Planeación Municipal; que la empresa de acueducto, alcantarillado y aseo de Barranquilla conceptuó sobre la instalación de dicha tubería en el proyecto de impulsión de agua tratada; que el alcalde ordenó la publicación de los pliegos de condiciones definitivos; que se levantó un acta de evaluación de las propuestas, pues todas estas pruebas habrían podido confirmar la legalidad de la actuación de parte de los acusados y el irrestricto respeto por los bienes públicos y los principios que rigen la contratación estatal, si no se hubiera acreditado en grado de certeza que el contrato sólo era legal en apariencia, pues se estableció que en realidad fue el medio más idóneo para lograr el reprochable propósito de apoderarse de los bienes oficiales.

Así las cosas, es claro para la Sala que los argumentos esbozados por ARQUÍMEDES RODRÍGUEZ BERMÚDEZ y que fundaron el fallo absolutorio que se cuestiona, lejos está de representar un desatino causado por el error o la inadecuada valoración del acervo probatorio, pues sumados a las diferencias de criterio con su superior jerárquico, lo que se

aprecia es una tergiversación grosera de las pruebas que sustentaron la acusación de la Fiscalía, así como de las reglas de la sana crítica y los criterios orientadores de la contratación pública.

Ante este panorama la verdad resultaba irrefutable de ahí que, el Juez ahora procesado, no podía concluir que había razones para acudir a la aplicación de la duda a favor de los acusados, cuando tal y como se desprende de los elementos arrimados a la actuación, la declaración de responsabilidad era más que evidente, pues aunque el contrato celebrado por el Municipio de la Jagua de Ibirico con la Cooperativa COOPEMUN, formalmente era válido su nacimiento fue espurio fáctica y jurídicamente, además que el proceso contractual tuvo como único objetivo rehuir el proceso licitatorio que debía cumplirse en atención a la naturaleza y cuantía del contrato para obtener un provecho ilícito a favor de terceros producto del sobre costo de la compraventa de los tubos objeto de contratación.

Es que, para acudir al in dubio pro reo, como lo hizo el aquí procesado, no basta aludir a una duda formal sino aquella que surja de lectura razonable de las pruebas, siendo relevante la exposición de los motivos que llevaron al Juez a no adquirir el convencimiento suficiente para condenar.

La duda debe ser cierta, esencial, sustentada en el análisis de los elementos probatorios a tal grado que no permita realizar una conclusión certera en uno u otro sentido, se torna en exigencia ineludible el que el funcionario judicial explique de forma adecuada las razones por las que duda. Para el caso de los funcionarios de la Alcaldía de la Jagua de Ibirico, la prueba documental y testimonial arrimada al proceso permitían, sin mayor esfuerzo analítico, llegar a la condena.

En conclusión, ARQUÍMEDES RODRÍGUEZ BERMÚDEZ ignoró las pruebas, dejando de lado la credibilidad a los testigos de cargo y los documentos allegados oportunamente para

atender el amañado informe No. 289408 de 31 de mayo de 2006, pese a que no contaba con respaldo probatorio serio, además que no era confiable dado sus ostensibles desaciertos. Es evidente que de haber procedido conforme a derecho y sopesado estos medios de prueba con los demás obrantes en la actuación, no había lugar a la absolución de los encausados como en efecto lo concluyó el Tribunal de Valledupar en decisión de 11 de julio de 2008.

Recuérdese que, la motivación en las decisiones judiciales no sólo procura verificar su acierto sino también demostrar que no fue arbitraria o amañada y que se adhiere al ordenamiento jurídico. Igualmente, permite la crítica externa de cara a activar las instancias encargadas de controlar la decisión mediante una labor de contraste con el ordenamiento jurídico.

Son los argumentos, finalmente, los que traslucen el rigor jurídico con el que el Juez asumió el caso y respaldan la validez de la decisión en la medida que atiende la realidad probatoria recogida en el proceso oportunamente. Si el funcionario judicial se aparta de lo que, razonablemente, las pruebas transmiten para darles un alcance abiertamente contrario a la ley o acude a deficiencias inexistentes para acudir a la duda, la actualización del prevaricato es evidente.

Equivocado resulta, por tanto, el planteamiento del sentenciado y su defensor en cuanto a que la decisión no era manifiestamente ilegal dado que más allá de una equivocación o la adopción de una postura jurídica respecto de la aplicación de la ley, lo que se observa en la conducta del procesado, exteriorizada en el fallo absolutorio, es el total desconocimiento de lo que mostraba el proceso al realizar una valoración de la prueba caprichosa, sesgada y arbitraria para favorecer a quienes, indudablemente, eran responsables.

Corolario de lo anterior, es posible afirmar sin hesitación alguna que la conducta de

ARQUÍMEDES RODRÍGUEZ BERMÚDEZ, se adecua a los elementos objetivos del tipo sub examine, pues del contenido de la sentencia de 6 de diciembre de 2007, se colige que es ostensible y manifiestamente ilegal, es decir, violentó de manera inequívoca el sentido de la norma, así como que tergiversó, cercenó la prueba obrante en el plenario.

Ahora bien, el dolo en el comportamiento del procesado, es evidente, dado su conocimiento y amplia experiencia como Juez de la República en asuntos penales, pues venía laborando como tal desde el 5 de agosto de 2004, pero además, de las citas que aludía en la decisión toda vez que de las mismas se advierte que conocía las disposiciones que regulan la materia y los plausibles alcances interpretativos de los que, al final, se alejó con argumentos carentes de respaldo y que no reflejaban lo que verdaderamente recogía el proceso.

No aparece un estado de ignorancia como cualidad negativa en grado máximo en cabeza del acusado y, por tanto, sólo se puede deducir una voluntad consciente de derivar una consecuencia no prevista por la ley. En suma, para la Corte es evidente que el Dr. RODRÍGUEZ BERMÚDEZ dirigió su voluntad y su inteligencia a la emisión de esa decisión y que lo hizo con conciencia de su contrariedad con el ordenamiento jurídico, es decir, de manera dolosa emitió una resolución manifiestamente contraria a la ley.

Se reitera, no estamos ante una decisión simplemente incorrecta, discordante, desafortunada o desacertada. Lejos de ello, estamos ante una decisión judicial manifiestamente contraria a la ley que el funcionario acusado debió aplicar en estricto cumplimiento de su órbita funcional. Una decisión como aquella que da cuenta este proceso, no es fruto del propósito de administrar justicia, sino del ánimo de hacer prevalecer el capricho sobre el alcance del derecho aplicable.

Se debe advertir, además, que en el comportamiento del procesado, no se evidencia los presupuestos objetivos y subjetivos que configuren una causal de justificación, lo que faculta a seguir adelante con el estudio que se ha venido desarrollando, toda vez que el desvalor de acción y resultado, no fueron enervados y por tanto el injusto se halla intacto.

A lo expuesto se suma que, la conducta observada por RODRÍGUEZ BERMÚDEZ, es también culpable, pues tratándose de un profesional dedicado a la administración de justicia, con amplia experiencia en el área penal, estaba en condiciones de optar por una decisión compatible con el ordenamiento jurídico y no por otra manifiestamente contraria al mismo como en efecto lo hizo. No sobra resaltar que no padecía trastorno mental que le impidiera comprender la ilicitud de sus actos y comportarse conforme a derecho, de acuerdo a esa comprensión.

Así, la determinación tomada por el a quo es acertada y, por consiguiente, ninguno de los argumentos esgrimidos por la defensa y el procesado recurrente presenta la contundencia necesaria para revocar la determinación del Tribunal debiendo la Corte confirmar la sentencia impugnada en la que se condenó a ARQUÍMEDES RODRÍGUEZ BERMÚDEZ, como autor del delito de prevaricato por acción.

Finalmente debe señalar que aunque en el proceso de dosificación punitiva se observan algunos errores frente a la tasación de la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas al imponerse 51 meses cuando el legislador contempla una sanción mínima de 5 años o lo que es lo mismo 60 meses; la Corte no puede corregir el yerro cometido por la prohibición establecida a favor del procesado que tiene la condición de apelante único, por lo que no se le puede empeorar su situación jurídica.

En mérito de lo expuesto, LA SALA DE CASACIÓN PENAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia emitida el 15 de mayo de 2012, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, que condenó a ARQUÍMEDES RODRÍGUEZ BERMÚDEZ, como autor responsable del delito de prevaricato por acción.

Contra esta determinación no proceden recursos.

Notifíquese y cúmplase

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Conjuez

GUILLERMO ANGULO GONZÁLEZ

Conjuez

RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ

Conjuez

MAURICIO LUNA BISBAL

Conjuez

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Fl. 196 C.O. 1

2 Fl. 364 ibídem

3 Fl. 383 ibídem

4 Fl. 414 ibídem

5A folios 78 a 111 del C.O 2

6 A folios 3 a 20 del C.O. 2ª Instancia Fiscalía

7 Folios 214-263 C.O. 3

8 A folios 126 a 164 del C.O. 3

9 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, sentencia de 25 de mayo de 2005, radicación 22855.

10 Cfr. Sentencias de segunda instancia del 8 de octubre de 2008. Rad. 30278 y del 18 de marzo de 2009. Rad. 31052.

11 CSJ SP, 6 sept. 2008, Rad. 31331

12 CSJ SP 8 nov. 2001, Rad. 13956. Criterio reiterado en el mismo sentido en SP 25 abr. 2007, Rad. 27062, SP 22 Abr. 2009, Rad. 28745, SP 16 Mar. y 31 de May. 2011, Rads. 35037 y 34112, respectivamente, entre otras.

13 Sala de Casación Penal, sentencia 17 septiembre de 2003, radicado 18.132, Jorge Aníbal Gómez Gallego, reiteración jurisprudencial de Sentencia de 2ª. Inst. 2 de marzo de 1993, Juan Manuel Torres Fresneda.

14 CSJ SP 5 Dic. 2009, Rad. 27.290.

15 CSJ SP 27 Jun. 2012, Rad. 37773

16 Cf. Fl. 375 cuaderno 1 entre otras constancias.

17 Cfr. Sentencias de 6 de octubre de 2005, 23 de agosto de 2006, 23 de abril y 28 de mayo de 2008, 11 de marzo y 17 de junio de 2009, radicaciones N° 21196, 24898, 24102, 22959, 23410 y 27816, respectivamente.

18 CSJ SP, 6 jul. 2011, Rad. 32597

19 CSJ SP, 10 nov. 2004, Rad. 20429.

20 Fl. 77 vuelto C. 1 origina

21 A folios 233 a 234v del C.O.1

22 Fl. 262 a 263 C.O. 1

23 Fls. 264-287 C.O. 1

24 Fl. 172 C.O. 1.

25 Fls. 1-22 anexo 2

26 En el informe número 64868 con fecha 18 de julio de 2007 suscrito por la investigadora del CTI, ADRIANA SALTARÍN GALLARDO, , entre otras cosas, se concluyó lo siguiente:

27 A folios 311 a 312v del C.O.1

28 A folio 239v del C.O.1

29 A folio 265v del C.O.1

30 A folio 266 del C.O.1

31 Fls. 177-222 anexo 2

32 A folio 392 del C.O.1

33 Se recuerda dentro de las observaciones del citado informe se señaló: 3.4.- El valor total del mismo contrato fue por \$3.037.706.210.00 (tres mil treinta y siete millones setecientos seis mil doscientos diez pesos), es decir que el valor por cada metro lineal vendido por COOPEMUN a la Alcaldía de la Jagua de Ibirico fue de \$502.100.20, sin embargo el valor del metro lineal facturado por PAM COLOMBIA S.A. a COOPEMUN fue de \$247.944.20, es decir que se observa claramente de un sobre costo por metro lineal de \$254.156.00 equivalente al 50.62%. De lo anterior se concluye que el valor total del sobre costo equivale a \$1.537.643.800.00 (mil quinientos treinta y siete millones seiscientos cuarenta y tres mil ochocientos pesos).

34 A folio 259 del C.O.1.

35 A folio 289v del D.O.2.

36 A folios 307 a 324 del C.O.2, correspondiente a la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2007 por Arquímedes Rodríguez Bermúdez

37 A folios 129 y 130 del C.O.2. Correspondiente a la audiencia preparatoria

38 A folios 42 a 264 del C. de anexo 1

39 A folios 136 y 137 del C.O.2

40 A folio 19 del C. de anexo 2

41 Fls. 25-26 Anexo 2

42 Fls 29-30 Anexo 2

43 Fl. 153 cuaderno 1