

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL

Bogotá, D. C., seis (6) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

SP13929-2017

Radicado No. 45513.

Aprobado acta No. 297.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado ponente

VISTOS

Se deciden los recursos de apelación interpuestos por el defensor del procesado Germán Grisales Bohórquez y la Fiscalía General de la Nación, contra la sentencia proferida el 10 de diciembre del 2014, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, que lo condenó a una pena de 48 meses de prisión y multa de 66.66 s.m.l.m.v., tras declararlo penalmente responsable de la comisión del delito de prevaricato por acción, en tanto lo absolvió de los restantes cargos formulados por ese mismo ilícito y por el de peculado por apropiación.

ANTECEDENTES

1. Los delitos atribuidos al enjuiciado tuvieron ocurrencia en 2 actuaciones civiles adelantadas la una seguida de la otra. En la primera, la empresa Cemex Concretos de Colombia S.A. –Cemex S.A.- presentó demanda ejecutiva de menor cuantía en contra de la Corporación Semillas de Conciencia –Sedecon-, en procura del pago de 7 facturas cambiarias de compraventa, actuación que correspondió al Juzgado 23 Civil Municipal de Bogotá, cuya titularidad estaba en cabeza del doctor Germán Grisales Bohórquez.

En ese escenario, el ejecutante presentó petición de medidas cautelares contra la demandada, las cuales, en efecto, fueron decretadas a través de auto del 7 de abril de 2003, en el que se dispuso el embargo de los dineros que esa compañía pudiera tener en diferentes entidades financieras.

Más adelante, el 21 de julio de 2006, el juzgado profirió decisión declarando la excepción de prescripción de la acción cambiaria para todas las facturas de compraventa y, en consecuencia, sancionó en costas al demandante, ordenó el levantamiento de las medidas cautelares decretadas y le impuso condena de perjuicios en abstracto.

Seguidamente, Sedecon presentó incidente de regulación de perjuicios para la cobranza de los daños ocasionados con las medidas cautelares que pesaron sobre ella, trámite que culminó el 20 de agosto de 2008, cuando el doctor Grisales Bohórquez profirió auto con el cual condenaba a Cemex S.A. a pagar la suma de \$4.660.617.800,24.

Ejecutoriada dicha determinación, el 2 de septiembre de 2008, Sedecon promovió, ante ese mismo juzgado, proceso ejecutivo contra Cemex S.A. para reclamar la anterior acreencia. El 29 de octubre siguiente, el mencionado funcionario judicial libró mandamiento ejecutivo que generó que la parte demandada cancelara el dinero requerido, el cual fue entregado, por orden del despacho, al señor José Aristóbulo Vargas, representante legal de la Corporación Semillas de Conciencia –Sedecon- para la época.

Con base en tales hechos, la fiscalía le enrostró al doctor Germán Grisales Bohórquez el delito de prevaricato por acción, presuntamente materializado en dos decisiones adoptadas en el primero de los mencionados procesos: (i) la fechada 20 de agosto de 2008, a través de la cual, en el incidente de regulación de perjuicios, condenó a Cemex S.A. a pagar la suma de \$4.660.617.800,24; y (ii) la emitida el 19 de enero de 2007, dentro del mismo trámite incidental, con la que el juzgado decidió decretar una prueba – dictamen pericial- no solicitada por las partes en la oportunidad procesal correspondiente.

Por el pago del dinero reclamado por Sedecon en el proceso ejecutivo promovido contra Cemex S.A., el ente investigador le imputó el delito de peculado por apropiación a favor de terceros, considerando que dicho dinero se le desembolsó, a título personal, al señor José Aristóbulo Vargas y no directamente a la compañía demandante.

2. El 30 de octubre de 2013, en audiencia llevada a cabo ante el Juzgado 72 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, la Fiscalía General de la Nación le formuló imputación al Juez 23 Civil Municipal de esa ciudad, Germán Grisales Bohórquez, por el delito de prevaricato por acción en situación concursal homogénea y sucesiva con peculado por apropiación. En dicha diligencia el sindicado no se allanó a los cargos, y, en sucesiva audiencia de imposición de medida de aseguramiento, se le concedió detención domiciliaria.

Luego, el ente acusador presentó pliego de cargos por los delitos imputados, y el 6 de febrero de 2014 el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, realizó audiencia de formulación de acusación. La vista preparatoria tuvo ocurrencia en sesiones del 23 y 24 de abril y 26 de mayo de 2014.

Acto seguido, el juicio oral inició el 9 de julio de 2014 y, luego de varias sesiones, concluyó el 27 de agosto de 2014. El sentido del fallo fue condenatorio en lo relacionado al delito de prevaricato por acción materializado en el auto del 20 de agosto de 2008, mientras que en lo atiente a los demás cargos formulados sería absolutoria la decisión.

Una vez emitida la sentencia, los representantes de la defensa y de la fiscalía interpusieron, por separado, recurso de apelación que sustentaron por escrito, debiéndose ahora atender tales cuestionamientos previo señalamiento de los motivos objeto de disenso.

DE LOS RECURRENTES

1. Defensa técnica

De entrada, argumenta en favor de su visión de los hechos desde una perspectiva favorable a los intereses del procesado, proponiéndose demostrar que al interior del incidente de regulación de perjuicios promovido por la Corporación Semillas de Conciencia contra Cemex Concretos de Colombia S.A., el auto del 20 de agosto de 2008, por medio del cual el acusado condenó a la incidentada a una cuantiosa suma de dinero no es opuesto a la ley.

Divide su argumentación en dos grandes secciones, la primera descansa en un criterio doctrinal, en tanto que la segunda versa sobre la valoración probatoria hecha por su defendido en el trámite incidental aludido.

En lo que respecta a lo primero, entiende el defensor que el tribunal da por sentado que las medidas cautelares decretadas no fueron efectivizadas y, por tal razón, no podría haber condena en perjuicios. Sin embargo, a su juicio, el a-quo incurre en una imprecisión doctrinal sobre la manera en que aquéllas se deben entender materializadas. De ahí que, dos precisiones conceptuales considera se han de tener en cuenta para comprender lo que propone: una, que dichas determinaciones se perfeccionan desde que se recibe el oficio que las comunican, no antes; y segunda, que en la teoría del daño ocasionado por una decisión preventiva, existen dos vertientes, la que indica que es deber de la parte afectada demostrar la cuantía del daño sufrido, y otra, en la que se invierte la carga de la prueba, que apunta a la presunción de ese perjuicio y la necesidad que pesa sobre el incidentado de acreditar la inexistencia del menoscabo.

En ese sentido, aludiendo al numeral 11 del artículo 681 del C. de P. C., señala que es con la recepción del oficio que comunica el respectivo embargo que debe entenderse efectivizada una medida cautelar. Si ello es así, aduce, el daño que ella genera es objetivo, pues siempre produce un perjuicio en quien la soporta.

Por ello, considera que fue un desacierto del tribunal haber consignado que las medidas cautelares no surtieron efecto en este caso, pues claro está que hubo comunicación y recepción del oficio que enteraba del embargo ordenado en contra de Sedecon, y, en tal virtud, no puede predicarse de prevaricadora la decisión que se censura en la acusación, cuando existe, por lo menos, un criterio plausible que explica que con el solo decreto y notificación de la medida preventiva ya se entiende consumado un daño resarcible.

De otro lado, también increpa el recurrente la valoración probatoria efectuada por el a-quo, afirmando que un ejercicio ponderado de las pruebas adosadas al incidente le otorga razón a lo resuelto por su defendido, ya que las piezas aportadas al mismo sugerían que el único contrato que Sedecon tenía en ejecución al momento de la medida preventiva impuesta era el suscrito con Juventudes de Paz, siendo éste el que se vio afectado con aquélla cautela, lo que imponía el resarcimiento de ese daño que le fue ocasionado.

Aduce, además, que los elementos materiales que componían el trámite incidental, y que a la postre fueron el fundamento de la providencia tachada de contrariar la ley, no podían ser reprochados en su autenticidad ni ser pasibles de cuestionamiento como lo pretendió la fiscalía, en tanto que ex ante no había motivos para dudar de su integridad y del poder suasorio que debía imprimirle al operador de justicia. Así, cada contrato allegado al trámite accesorio daba cuenta de la cantidad exorbitante de dinero que dejó de percibir Sedecon con la aflicción de las órdenes preventivas decretadas, lo que terminó siendo la razón de la condena en perjuicios, en tanto que, de no habersele embargado sus cuentas, el objeto del contrato con Juventudes de Paz se hubiera podido realizar con la consecuencial obtención de beneficios económicos.

Se refiere el apelante a esa relación de causalidad entre medida cautelar y daño generado, la cual considera patente en la prohibición que, como consecuencia del embargo, tenía la empresa para desempeñar su objeto social, esto es, para administrar el dinero de sus cuentas donde depositaban los recursos para ejecutar los múltiples convenios que tenía, tal y como se desprende de los documentos, la entrevista realizada por el perito a José Aristóbulo Vargas y varios testimonios recopilados en el incidente.

Tras hacer hincapié en la prueba documental relativa a la comunicación que el representante legal de Sedecon hizo a Juventudes de Paz, por medio de la cual informa que con ocasión de la medida aflictiva impuesta y promovida por Cemex S.A. se veían abocados a no continuar con la ejecución del mencionado proyecto, destaca la contundencia de ese elemento de convicción para demostrar la relación de causalidad entre dicha decisión y el daño que se dijo, erradamente por parte del tribunal, era inexistente.

En ese contexto, recuerda que el elemento fundante de la decisión que se tilda de prevaricadora, fue justamente un dictamen pericial que avalaba y sugería la condena en perjuicios, el cual fue sopesado por el juez con el restante material probatorio, que le permitió arribar a la conclusión señalada en la determinación que hoy se censura.

Considera el apelante que (i) es falso que su defendido parceló la prueba a su antojo, ya que el dictamen pericial valoró toda la prueba documental y le permitió colegir la real existencia del daño; (ii) el nexo de causalidad entre medida y daño fue acreditado con la pericia que así lo dejó ver; y (iii) el tribunal cuestionó a Sedecon por haber desistido de un contrato que, de proseguir con su ejecución, iba a reportar mayor utilidad que el perjuicio que representaba la cuantía del embargo, pero no indicó qué regla de la lógica se vulneró en ese proceder, dejando esa argumentación mutilada e incompleta.

Ruega el apoderado que además se contemple la inexistencia absoluta de dolo en el comportamiento del acusado, en cuyo aspecto -esgrime- fue débil la argumentación del a-quo, sumado a que el dictamen pericial y la confianza que naturalmente depositan los jueces en ellos, lo relevaba de intención alguna de cometer el ilícito enrostrado.

También anota que el proceso contaba con vigilancia administrativa decretada por el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, a la cual le hizo frente el juez mostrando su convencimiento sobre la legalidad de la actuación; y que el hecho de haberle fijado caución a Sedecon para la definición posterior del incidente, igualmente desvirtúa cualquier interés de obrar de manera alinderada a una de las partes.

Por todo lo expuesto, depreca la revocatoria del fallo en el sentido de que se absuelva al procesado del delito por el cual fue condenado en relación al auto del 20 de agosto de 2008, y se mantengan la decisión incólume en todo aquello que lo favorece.

2. Fiscalía.

En su alzada, de entrada precisa que nunca formuló cargos con base en la providencia del 21 de julio de 2006, por medio de la cual el procesado no condenó en concreto a Cemex S.A., como equivocadamente lo entendió el a-quo, razón por la que omitirá referirse a los argumentos que sobre ese tema desarrolló esa corporación.

Aclarado el punto anterior, se duele el impugnante de la absolución por el delito de peculado por apropiación proferida a favor del acusado, insistiendo, principalmente, en que no existía documento en el expediente que autorizara la entrega del dinero, a título personal, al señor José Aristóbulo Vargas, quien para la época fungía como representante legal de la empresa beneficiada con el delito. Adicionalmente, el hecho que el antes mencionado ostentara poder general no supe el yerro advertido, pues se requería de autorización expresa para recibir en nombre de la compañía.

Propone recordar que José Aristóbulo Vargas está acusado por el delito de abuso de confianza justamente por la cobranza de tales títulos judiciales. En ese mismo orden de ideas, considera que lo correcto hubiese sido que los títulos se giraran a favor de la empresa y que el representante legal de ella hiciera todo lo jurídicamente viable para integrarlos al patrimonio de aquella, pero nunca recibirlos a nombre propio, como se demuestra en la consignación que el mentado individuo hiciera en su cuenta bancaria el día 22 de mayo de 2009.

En esos precisos términos, solicita la revocatoria parcial del fallo en el sentido de trocar la absolución del delito de peculado por apropiación por condena y mantener la decisión en lo restante.

Por otro lado, en su faceta de no recurrente, defiende la condena penal emitida por el tribunal, al compartir la mayoría de sus planteamientos acusatorios. Así, reitera, el sentenciado prevaricó al no valorar las pruebas aportadas en el trámite incidental de manera adecuada, pues no tuvo en cuenta la inexistencia del nexo entre la medida cautelar y los perjuicios sufridos por Sedecon. Precisa que el contrato base de la condena no tenía el más mínimo resquicio probatorio que permitiera inferir que se trataba de un convenio próximo a ejecutar, en tanto que se aportaron copias de otros acuerdos contractuales que bien podían simplemente permanecer en el estatus de proyectos, sin que eso significara una inminente puesta en marcha de aquél, como mal lo entendió el procesado.

Desestima el argumento de la defensa con el que quiere hacer ver que la revisión de un juez superior sobre el auto cuestionado y el no hallazgo de irregularidad alguna es muestra de la legalidad de la actuación, cuando, a su juicio, es claro que la confirmación de la segunda instancia no le quita naturaleza de manifiestamente contraria a la ley la decisión cuestionada.

La persuasión racional que debe guiar a todo administrador de justicia es precisamente el precepto legal aquí desconocido, por la sencilla razón de que el solo dictamen pericial no era suficiente para soportar la condena en los términos en que fue impartida, dado que, con suma obviedad, se imponía un análisis global de los medios de convicción, a partir de lo cual era palpable que los contratos soporte de la demostración del presunto daño eran fictos. De ese modo, sin convenios vigentes, la empresa no podía verse afectada por la medida cautelar.

Además, aduce el apelante que no era factible condenar por más de lo pedido, teniéndose en cuenta que en el memorial que dio apertura al incidente de regulación de perjuicios se estiman los daños en \$1.000.000.000 de pesos y en la providencia del 20 de agosto de 2008 se condenó por \$4.000.000.000, aumento que desborda ampliamente el margen fijado por el interesado y que de paso actualiza, en mayor medida, el prevaricato por acción enquistado en la decisión. De hecho, hace hincapié en que éste tema ni siquiera fue abordado en la impugnación por la defensa.

DE LOS NO RECURRENTES

1. Procuraduría.

El agente ministerial fue muy puntual en su alegación como no recurrente, mostrando un apoyo total al fallo de primera instancia. Consecuencialmente, se opuso a lo alegado por el fiscal en lo relacionado con el delito de peculado por apropiación, pues, bajo su consideración, José Aristóbulo Vargas sí se hallaba facultado para recibir dineros provenientes de procesos judiciales.

Es más, le llama la atención por qué el ente investigador no imputara el delito de prevaricato por acción concatenado al de peculado en la decisión que dispuso la entrega de dineros, siendo que en su lógica ese auto también debería reputarse contrario a la ley.

De otro lado, apoya los argumentos de condena al considerar patente el error judicial que supone haber sentenciado más allá de lo pedido, así como el inadecuado fundamento de la condena en perjuicio, divorciándose de la dualidad doctrinal que ha querido introducir el defensor como pábulo a la tesis de la no contrariedad a la ley cuando hay dos vertientes razonables que pueden ser acogidas. Para el Ministerio Público, es claro que el tribunal condenó por prevaricato al haber encontrado que las medidas cautelares efectivizadas, no generaron perjuicio a Sedecon.

A su vez, estima que los contratos aportados como insumo probatorio eran falsos, y que no resultaba necesario esperar que una de las partes tachara los documentos como tal, cuando es deber del operador judicial asignar el respectivo valor legal y suasorio a cada pieza.

En cuanto a la «culpabilidad», descarta la influencia favorable que pueda tener la vigilancia administrativa o la decisión del superior en la ilegalidad del auto proferido por Germán Grisales Bohórquez, pues tales circunstancias son ajenas al análisis que debe hacerse en esta sede judicial.

Por todo ello, se muestra de acuerdo en que los antecedentes legales y normativos tornan la decisión del 20 de agosto de 2008 en vana y hueca, por contera, es correcta la calificación de error judicial manifiesto otorgada por el tribunal.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 3º, de la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de los recursos de apelación contra los autos y sentencias que profieran en primera instancia los

tribunales superiores. En consecuencia, se aborda el estudio de la impugnación propuesta por la fiscalía y el vocero de la defensa, en oposición parcial a la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá el 10 de diciembre del 2014, mediante la cual absolvió a Germán Grisales Bohórquez de los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación, a la vez que lo condenó por el de prevaricato por acción cometido con el auto del 20 de agosto de 2008.

2. Del tipo de prevaricato por acción

El artículo 413 del Código Penal proscribire la siguiente conducta:

El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión (...)

El presupuesto fáctico de la norma transcrita se encuentra constituido por 3 elementos a saber: (i) un sujeto activo calificado, es decir, que se trate de servidor público; (ii) que profiera resolución, dictamen o concepto; y (iii) que este pronunciamiento sea manifiestamente contrario a la ley, esto es, no basta que la providencia sea ilegal -por razones sustanciales, de procedimiento o de competencia-, sino que la disparidad del acto respecto de la comprensión de los textos o enunciados -contentivos del derecho positivo llamado a imperar- «no admite justificación razonable alguna»¹.

En torno a la contrariedad manifiesta de una decisión con la ley, la Corte en CSJ SP, 13 de ago. de 2003. Rad: 19303², consideró:

Esta última expresión, constituye un elemento normativo del tipo penal al cual la jurisprudencia de la Corte se ha referido en forma amplia para concluir, que para que la actuación pueda ser considerada como prevaricadora, debe ser “ostensible y manifiestamente ilegal,” es decir, “violentar de manera inequívoca el texto y el sentido de la norma”³, dependiendo siempre de su grado de complejidad, pues resulta comprensible que del grado de dificultad para la interpretación de su sentido o para su aplicación dependerá la valoración de lo manifiestamente ilegal, de allí que, ciertamente, no puedan ser tenidas como prevaricadoras, todas aquellas decisiones que se tilden de desacertadas, cuando quiera que estén fundadas “en un concienzudo examen del material probatorio y en el análisis jurídico de las normas aplicables al caso”⁴.

Se concluye, entonces, que para que el acto, la decisión o el concepto del funcionario público sea manifiestamente contrario a la ley, debe reflejar su oposición al mandato jurídico en forma clara y abierta, revelándose objetivamente que es producto del simple capricho, de la mera arbitrariedad, como cuando se advierte por la carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo.

En similar sentido se pronunció la Sala en CSJ SP, 23 de feb. de 2006. Rad: 23901⁵, al señalar:

1 CSJ. AP. 29 de julio de 2015, radicado No. 44031.

2 Pronunciamiento reiterado en SP, 3 jul. 2013, rad. 40226.

3 Decisión del 24 de junio de 1986.

4 Providencia del 24 de junio de 1986.

5 Pronunciamiento reiterado por la Sala en SP 28 feb. 2007, rad. 22185; SP 18 jun. 2008, rad. 29382; SP 22 ago. 2008, rad. 29913; SP 3 jun. 2009, rad. 31118; SP 26 may. 2010, rad. 32363; SP 31 ago. 2012, rad. 35153; SP 10 abr. 2013, rad. 39456; SP 26 feb. 2014, rad. 42775. SP 21 may. 2014, rad. 42275, entre otras providencias.

La conceptualización de la contrariedad manifiesta de la resolución con la ley hace relación entonces a las decisiones que sin ninguna reflexión o con ellas ofrecen conclusiones opuestas a lo que muestran las pruebas o al derecho bajo el cual debe resolverse el asunto, de tal suerte que el reconocimiento que se haga resulta arbitrario y caprichoso al provenir de una deliberada y mal intencionada voluntad del servidor público por contravenir el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, no caben en ella las simples diferencias de criterios respecto de un determinado punto de derecho, especialmente frente a materias que por su enorme complejidad o por su misma ambigüedad admiten diversas interpretaciones u opiniones, pues no puede ignorarse que en el universo jurídico suelen ser comunes las discrepancias aún en temas que aparentemente no ofrecerían dificultad alguna en su resolución.

Como tampoco la disparidad o controversia en la apreciación de los medios de convicción puede ser erigida en motivo de contrariedad, mientras su valoración no desconozca de manera grave y manifiesta las reglas que nutren la sana crítica, pues no debe olvidarse que la persuasión racional, elemento esencial de ella, permite al juzgador una libertad relativa en esa labor, contraria e inexistente en un sistema de tarifa legal.

Sin embargo, riñen con la libertad relativa la apreciación torcida y parcializada de los medios probatorios, su falta de valoración o la omisión de los oportuna y legalmente incorporados a una actuación, en consideración a que por su importancia probatoria justificarían o acreditarían la decisión en uno u otro sentido a partir del mérito suasorio que se les diera o que hubiera podido otorgárseles.

Lo anterior descarta la configuración del ilícito referido en aquéllos casos en que la decisión censurada, aunque no se comparta o se estime equivocada, es producto de una interpretación razonable y plausible del funcionario sobre el derecho vigente, o de una valoración ponderada del material probatorio objeto de apreciación. Así, el tipo penal aludido se actualiza «cuando las decisiones se sustraen sin argumento alguno al texto de preceptos legales claros y precisos, o cuando los planteamientos invocados para ello no resultan de manera razonable atendibles en el ámbito jurídico, verbi gratia, por responder a una palmaria motivación sofisticada grotescamente ajena a los medios de convicción o por tratarse de una interpretación contraria al nítido texto legal»⁶. También, cuando el funcionario se sustrae del deber legal de motivar las providencias judiciales, siempre que se demuestre que ello es producto de una conducta consciente y caprichosa, pues por esa vía resultan quebrantadas las disposiciones normativas que de manera expresa establecen esa carga.

3. Del caso concreto

El tribunal decidió absolver al Juez 23 Civil Municipal de Bogotá, Germán Grisales Bohórquez, del delito de prevaricato por acción concretado en las providencias del 21 de julio de 2006 y 19 de febrero de 2007, en las cuales, respectivamente, el acusado no profirió condena en concreto al encontrar probada la excepción de prescripción de la acción cambiaria en el proceso ejecutivo adelantado por Cemex S.A. contra la Corporación Semillas de Conciencia –Sedecon-; y por haber admitido la práctica de pruebas antes de fallar el incidente de regulación de perjuicios. Así mismo, también lo absolvió del ilícito de peculado por apropiación, cuyo cargo consistía en haber entregado depósitos judiciales a quien no tenía la facultad de recibirlos a título personal.

De otro lado, lo condenó por el delito de prevaricato por acción con ocasión del proveído emitido el 20 de agosto de 2008, en el que el procesado ordenó pagar la suma de

⁶ CSJ SP, 15 oct. 2014, rad. 43413.

\$4.660.617.800,24, a favor de Sedecon, como condena en el incidente de regulación de perjuicios antes mencionado.

Huelga destacar que en estos términos le asiste razón al ente persecutor cuando advierte que la acusación gravitó en torno a dos providencias tachadas de ilegales, sin que en dicho acto se hubiera enrostrado delito alguno por el proferimiento de la decisión adiada 21 de julio de 2006 que declaraba la prescripción de la acción cambiaria para todas las facturas de compraventa objeto del proceso ejecutivo promovido por Cemex S.A., condenaba en costas a la demandante y disponía el levantamiento de las medidas cautelares, así como el pago de perjuicios en abstracto.

El tribunal consideró que la referida condena en abstracto fue un cargo formulado por la fiscalía, pero frente al mismo le dio tratamiento exculpativo. Sobre esta circunstancia hay que decir que ciertamente constituye un error del a-quo, pero que en últimas carece de toda trascendencia frente a la situación procesal del acusado, pues se observa que de ese evento no se derivó ninguna consecuencia negativa para sus intereses o la condena emitida en su contra, como sí pudiera presentarse, por ejemplo, si se le hubiera sentenciado sobre la base de un cargo no formulado en el pliego acusatorio.

Hecha la anterior aclaración y previo a analizar cada uno de los aspectos típicos sobre los cuales giró el debate desde la primera instancia, no está de más recordar aquéllos que ninguna discusión han suscitado en el proceso siendo, inclusive, admitidos por la defensa, ya que, en todo caso, se erigen en circunstancias fácticas relevantes en la definición de la responsabilidad penal del acusado.

El comportamiento censurado al doctor Grisales Bohórquez tuvo como escenario el trámite de dos procesos civiles adelantados en el Juzgado 23 Civil Municipal de la ciudad de Bogotá, que para esa época dirigía. En el primero, la empresa Cemex S.A. presentó demanda ejecutiva de menor cuantía en contra de la Corporación Semillas de Conciencia – Sedecon-, reclamando el pago de 7 facturas cambiarias de compraventa, asunto en el que, por medio de auto del 7 de abril de 2003, el despacho judicial accedió a las medidas cautelares de embargo y secuestro solicitadas por la demandante sobre los dineros que la demandada pudiera tener en entidades financieras.

Posteriormente, el 20 de octubre de 2003, el Juzgado 23 Civil Municipal de Bogotá, libró mandamiento de pago por las sumas que constituían la totalidad de las facturas cambiarias antes referenciadas.

Con ocasión de las excepciones de mérito por prescripción de la acción cambiaria presentadas por la parte ejecutada, el día 21 de julio de 2006 fue proferida decisión que las declaraba probadas frente a todas las facturas de compraventa, condenando así mismo en costas a la demandante y disponiendo el levantamiento de las medidas cautelares, así como el pago de perjuicios en abstracto a favor de la ejecutada.

Al interior de esa actuación, Sedecon interpuso incidente de regulación de perjuicios para la tasación de los daños ocasionados con la medida cautelar que pesó en su contra, trámite que culminó el 20 de agosto de 2008 cuando el juez Grisales Bohórquez profirió auto condenando a Cemex S.A. a pagar la suma de \$4.660.617.800,24.

En firme esa condena, Sedecon presenta, entonces, proceso ejecutivo en contra de Cemex S.A., persiguiendo el pago de la anterior acreencia. El mismo juzgado libró mandamiento ejecutivo el 29 de octubre de 2008, que fue atendido por la demandada consignando el respectivo dinero que a la postre fue entregado, por parte de esa agencia judicial, al señor José Aristóbulo Vargas, quien fungía como representante legal de Sedecon.

Bajo ese entendimiento, se advierte que la acusación de la fiscalía por el delito de prevaricato por acción versó sobre dos decisiones proferidas por el procesado en ese contexto: (i) el auto fechado 20 de agosto de 2008, al interior del incidente de regulación de perjuicios, por medio del cual se condenó a Cemex a pagar la suma de \$4.660.617.800,24; y (ii) el del 19 de enero de 2007, emitido en el mismo trámite incidental, con el que decide decretar una prueba –dictamen pericial- no pedida por las partes en la oportunidad procesal correspondiente. En punto al peculado por apropiación a favor de terceros, también

endilgado, el cargo se contrajo a la entrega de los \$5.047.876.210,00, producto de la condena de perjuicios emitida a favor de Sedecon, a José Aristóbulo Vargas, a título personal, siendo que dicho dinero debió recibirse como representante legal de la compañía, ya que aquél no ostentaba poder específico que le autorizara el acopio de ese capital a su nombre.

De las mencionadas hipótesis acusatorias, solo encontró acogida en el tribunal la relacionada con el delito de prevaricato por acción visible en la providencia del 20 de agosto de 2008. En ese sentido, el procesado fue declarado responsable de haber condenado a Cemex S.A. a pagar perjuicios a favor de Sedecon al interior del incidente de regulación de daños presuntamente ocasionados por las medidas cautelares que otrora había impuesto en contra de esta última compañía en el respectivo proceso ejecutivo.

Tal recuento tiene la utilidad de precisar que de los 3 cargos formulados por el ente acusador, los recursos de apelación presentados por las partes solo recaen sobre 2 de ellos: la condena de prevaricato por acción emitida en relación con el proveído del 20 de agosto de 2008, de la que el defensor pretende su revocatoria; y la absolución declarada frente al delito de peculado por apropiación a favor de terceros, cuya modificación procura la fiscalía. Lo relativo al auto del 19 de enero de 2007 no fue objeto de disconformidad por los intervinientes, de modo que la Corte dirigirá su atención a los motivos de la impugnación y a los aspectos inescindiblemente vinculados a estos.

3.1. De la presunta ilegalidad manifiesta del auto del 20 de agosto de 2008

El aspecto medular del que debe ocuparse la Sala es la legalidad o no de la providencia emitida el 20 de agosto de 2008, por medio de la cual el inculcado decidió el trámite incidental de regulación de perjuicios interpuesto por Sedecon contra Cemex S.A.

Frente a este cargo, el defensor del acusado ha planteado dos ejes de discusión para exculparlo: uno doctrinal y otro probatorio. Del primero de ellos se deriva una serie de argumentos apoyados en doctrina y jurisprudencia sobre el entendimiento que debe dársele a la «efectivización» y materialización de una medida cautelar. Concretamente, la tesis que subyace la argumentación del recurrente, es que toda medida cautelar se reputa dañina a los intereses de quien la soporta y, en tal virtud, cuando la misma se comunica a las entidades bancarias, como en efecto sucedió en este caso, es acertado concluir que se produce un daño para esa parte, con la consecuencial generación de perjuicios.

Pese a la anterior locuacidad, el tema debe ser zanjado desde el inicio, ya que la revisión del auto en comento es el principal traspié de la aludida tesis defensiva. Al revisar el fundamento doctrinal y jurisprudencial del que se valió el Juez Germán Grisales Bohórquez, resulta claro que él no estaba echando mano del catálogo de vertientes alternas que hoy quiere hacer figurar el defensor, pues de entrada dejó por sentado que: «Los perjuicios deben ser reales y ciertos, no eventuales ni hipotéticos, en forma reiterada ha dicho la Corte Suprema de justicia que cuando los perjudicados con un hecho dañoso reclaman la indemnización, como estos no se presumen, corren entonces con la carga de probarlos debidamente dentro del proceso declaratorio de ahí que el perjuicio material indemnizable debe ser cierto, real y objetivo»⁷.

Y más adelante expone: «Corresponde en este instante pasar a ocuparse a la luz de los medios probatorios verificados para el presente caso si la parte incidentante cumplió con la carga de acreditar el monto de la indemnización que reclama y la relación de esta con la medida cautelar.»⁸.

Esto significa que el acusado optó por el criterio opuesto al que hoy pretende imponer su defensor, en tanto que desde los albores del auto señalado fue enfático en develar una postura, que descansa en la necesidad de acreditación de todo daño y su nexa

7 Folio 151, segundo cuaderno del incidente de regulación de perjuicios.

8 *Ibídem*.

de causalidad con la medida cautelar; por ello la confrontación con la ley no gira en derredor de ese tópico, sino, como se ha sostenido en la acusación, en la valoración probatoria que el juez impartió en el incidente. De hecho, errado obrar se advierte en el impugnante, al pretender introducir un debate doctrinal como presupuesto de legalidad del auto de su asistido, cuando la fiscalía no cuestionó ese tópico.

Siendo eso claro, el debate planteado en este caso es de estirpe eminentemente jurídico - probatorio. La tesis de quien acusa radica en que el aludido auto comporta una manifiesta oposición a la ley por sesgada y errónea apreciación de las pruebas que soportaban el incidente de regulación de perjuicios; y, además, por haberse condenado por monto más allá de lo pedido, violentando la prohibición legal que impide ese tipo de concesiones en materia civil.

Luego, entonces, si en el plano de la apreciación probatoria es donde se concentra la presente dialéctica, es allí a donde debemos remitirnos a efectos de resolver el interrogante: ¿el auto de condena de fecha 20 de agosto de 2008, que decidió el trámite incidental promovido por Sedecon, es manifiestamente opuesto a la ley?.

Así, la decisión que se cuestiona prevaricadora impone tener en cuenta cada detalle procesal latente para la época en que se tomó tal determinación, por ello, las pruebas posteriores, practicadas en fase de juzgamiento –a lo sumo- reportan utilidad para aclarar o contextualizar lo ya ocurrido, pero en estricto rigor, el análisis sucesivo debe circunscribirse a los elementos que tenía a su disposición el acusado en ese momento particular.

Por ello, nos ocuparemos del primer señalamiento contra el auto, relativo a la valoración probatoria hecha por el juez para resolver condenar por los daños ocasionados por Cemex contra Sedecon, a raíz de la medida cautelar impuesta contra ésta.

Asumiendo esa labor, a nivel probatorio se advierte que el enjuiciado contaba con las siguientes pruebas: un dictamen pericial decretado por él para tasar los daños y perjuicios; varios contratos aportados por el incidentante para acreditar los convenios que se vieron afectados por la medida cautelar; algunos testimonios de miembros de Sedecon denotando el grave impacto que sufrió la empresa a raíz del embargo impuesto; y la foliatura que integraba el cuaderno de medidas cautelares.

De todo ese arsenal de pruebas, el juez dedicó una especial atención al dictamen pericial, a partir del cual fue construyendo la tesis en la que fundamentó su condena, consistente en que, de todas las contrataciones de Sedecon con otras entidades que pudieron verse afectadas por las medidas cautelares decretadas en su contra, la única que sufrió menoscabo fue la celebrada con el Club Juventudes de Paz, ya que para el momento en que aquéllas tuvieron ocurrencia, era ese convenio el que, efectivamente, se encontraba en ejecución y, por contera, el que se vio lesionado con tal restricción.

Al contrastar el informe pericial con la providencia que se tacha de prevaricadora, se encuentra la razón de lo adverado. En la aludida experticia, presentada el 18 de julio de 2008, se estableció:

Según versión del señor JOSÉ ARISTÓBULO VARGAS M., el proyecto que estaba en marcha en el momento de la puesta en práctica las medidas cautelares, era el suscrito con el CLUB JUVENTUDES DE PAZ (folio 518 a 524) del cual ya se adelantaban algunos estudios preliminares, y que una vez terminada esta fase, se iniciaría en pleno este proyecto. Afirmó que respecto al contrato suscrito con CONSTRUCTORA ALFA DEL ORIENTE a pesar de haberse efectuado ya los estudios y diseños, no se había acordado fecha de iniciación, toda vez que hasta esa fecha aún se hacían las gestiones para la obtención de recursos financieros que aseguraran el desarrollo del proyecto; igualmente afirmó el señor ARISTÓBULO VARGAS, que el proyecto VILLA CLAUDIA también se encontraba en estudios preliminares, pero sin contar con los recursos financieros que garantizaran el desarrollo del proyecto, por lo que tampoco se había fijado fecha para su inicio. Por las razones aquí descritas y que fueron expuestas verbalmente por el señor JOSÉ

ARISTÓBULO VARGAS M., Representante legal de la CORPORACIÓN SEMILLAS DE CONCIENCIA al consultársele sobre estos contratos arimados al expediente, es que solo podrá tenerse como base para el cálculo de esta liquidación, el contrato suscrito con el CLUB JUVENTUDES DE PAZ.

Y más adelante agregó:

(...) en el entendido de que las medidas cautelares se materializan con el retiro de los oficios correspondientes con destino a las diferentes entidades que cumplirán la orden impartida por juez de conocimiento, es que el periodo para calcular los perjuicios económicos nace el día 15 de mayo del año 2003 (folios 6 al 8 del cuaderno 2), y en términos normales iría hasta el día en que se levanten las medidas, es decir, hasta el día 14 de Agosto del año 2006, fecha en la cual quedó ejecutoriada la sentencia (folio 70 y siguiente) que puso fin a este proceso ejecutivo iniciado por CEMEX CONCRETOS DE COLOMBIA S.A.⁹

De esa forma, basados en el único contrato que estaba en ejecución, el No. 004 de 2003, el perito dividió los ingresos que por administración recibiría la Compañía, por el número de meses en el cual se desarrollaría tales obras, lo que arrojó un total de \$194.192.408 de pesos en promedio mensual. Valores que, según la experticia, los indexó desde el día siguiente a la fecha de corte de cada periodo mensual hasta el día 30 de junio de 2008. Con todo lo analizado concluyó:

Con los elementos obtenidos en la forma expuesta en los ítem anteriores, manifiesto al señor juez que por lo que he visto y analizado en el curso de este trabajo, el valor total de los perjuicios causados a la CORPORACIÓN SEMILLAS DE CONCIENCIA ascienden a la suma de NUEVE MIL DOCIENTOS (sic) SETENTA Y SIETE MILLONES SEICIENTOS (sic) VEINTICINCO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS (\$9.277.625.273).¹⁰

El acusado, basado en el concepto anterior, señaló en su providencia:

Para probar los eventuales perjuicios causados se solicitó los testimonios de algunas personas que tenían nociones frente a lo ocurrido antes y después del decreto de las medidas cautelares sobre las cuentas bancarias de la corporación semillas de conciencia así que el despacho procedió a decretarlas y en total se verificaron los testimonios de Nelson Orlando Percira Salinas... Isidoro Amarillo Segura... y Efraín Padilla Amaya..., los cuales coincidieron en perjuicios ocasionados por la práctica de las medidas cautelares.-

Tenemos para ahondar en aspecto probatorio y una vez agotado lo desprendido en los testimonios, tenemos que hacer referencia del dictamen pericial rendido por el señor LUIS EDUARDO CARRILLO, del que se depende que una vez efectuado el análisis respectivo dentro del trabajo encomendado, indica que la suma por valor de Lucro Cesante es de \$9.277.625.273 derivado del valor que obtendría como ingreso probable producto de los contratos que se dejaron de ejecutar con FONDO DE INVERSIONES PARA LA PAZ FIP – PLAN COLOMBIA de la Presidencia de la Republica, el estudio, diseño y construcción del proyecto “CIUDADELA PINARES DE ORIENTE” en la ciudad de Villavicencio en unión temporal con “CONSTRUCTORA ALFA DE ORIENTE” del contrato No 05 de 2003 firmado con el señor LEÓN NARBOSA LOZANO para efectuar el estudio diseño y construcción del centro recreacional “VILLA CLAUDIA” también en

9 Folios 137 a 146 C. No. 2 Incidente Regulación.

10 Ibídem.

Villavicencio, y el contrato No 004 de 2003 firmado con el "CLUB JUVENTUDES DE PAZ" para desarrollar el estudio diseño y construcción del proyecto "CONDÓMINO MIRADOR DEL VIRREY" en el municipio de Arbeláez, Cundinamarca, este último arrojando un valor de \$4.660.617.800/21 resultado del promedio mensual de \$194.192.408 refiriendo un lucro cesante desde el día 15 de mayo de 2003 hasta la fecha de terminación del contrato referido luego de realiza las deducciones y realizada la indexación hasta la fecha de presentación del mencionado informa pericial.

Y en su aparte conclusivo indicó:

Así pues solo se entrará a analizar lo manifestado en el experticio en concordancia con los otros medios de prueba, por lo que resulta necesario tener en cuenta que los únicos perjuicios que se acreditan a partir del informe pericial, como consecuencia del perjuicio por lucro Cesante sufrido por la Corporación Semillas de Conciencia, es de \$4.660.617.800/24 producto del contrato No 004 de 2003 imputando dentro de este perjuicio, sumas dejadas de percibir con ocasión de la retención de dineros de las cuentas inicialmente embargadas. (Negrilla de la Sala)¹¹

La revisión de la decisión mencionada permite constatar que, efectivamente, el elemento nuclear del enjuiciado para adoptar su determinación fue el dictamen pericial de tasación de daños, el cual -como ya se dijo- se basó en un contrato (con Club Juventudes de Paz) que, al momento de la medida cautelar, podía inferirse estaba en fase de ejecución, para concluir que la imposición de aquélla limitante impidió la continuidad de ese convenio, ocasionando así un perjuicio que, seguidamente, fue cuantificado.

Luego, entonces, no encuentra la Sala que en el ejercicio valorativo efectuado por el acusado en el auto cuestionado, para declarar demostrada la existencia de los daños padecidos por Sedecon, se haya incurrido en una patente y ostensible contradicción de ley que conlleve a descalificar dicha decisión como prevaricadora en ese aspecto, de la forma como lo declaró el tribunal a-quo, pues para proferir tal condena es claro que se valió de medios de convicción que, a su juicio, le permitieron fundamentar el proveído de una manera razonable.

La normativa que debía observar el acusado para la época en que ocurrieron los hechos (Código de Procedimiento Civil), establecía claramente un principio intemporal y afín a cualquier manifestación del derecho, esto es, el de necesidad de la prueba. El artículo 174 del Código de Procedimiento Civil exigía que «toda decisión debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso», y eso fue -justamente- lo que el enjuiciado acató al decidir el trámite accesorio que se le ponía de presente.

En efecto, nótese que para tasar los daños reclamados el doctor Grisales Bohórquez ordenó autónomamente la práctica de prueba pericial que permitiera superar el estado de insuficiencia probatoria que, a su juicio, le impedía resolver el asunto sometido a su consideración. Y es en esa medida donde halla la plenitud para el proferimiento del auto, a partir del concepto de un experto en la materia que, previas labores de verificación propias de su encargo, auxilió al operador de justicia informándole sobre la existencia de un perjuicio, así como la cuantificación del mismo.

En ese sentido, no comparte la Sala las apreciaciones que sobre el particular tomó en cuenta el juez colegiado de primera instancia para emitir condena en contra del procesado y con las cuales cataloga dicha decisión de contrariar a la ley, por el hecho de que este no hubiera tenido en cuenta que, además del dictamen pericial, había otros elementos de prueba tales como los oficios de no congelación de cuentas bancaria y el no secuestro de bienes y enseres en contra de la empresa que denotaban lo inofensivo de la

medida cautelar y, con ello, la imposibilidad de acreditación del nexo de causalidad entre medida cautelar y daño.

Tampoco las que dicen que si se hubiera tenido en cuenta la fragilidad del dictamen pericial el acusado no habría proferido la decisión censurada, ya que el informe pericial adopta como base de su tasación el contrato con el Club Juventudes de Paz como el convenio que se truncó por las medidas cautelares, sin que hubiera elementos serios de prueba que permitieran acreditar esa circunstancia.

No son de recibo para la Corte tales argumentos, porque soslaya el a-quo que el delito de prevaricato por acción no es un mecanismo de control judicial de errores y, en esa medida, no puede convertirse en un escenario en donde se juzgue, cuál sede de casación o segunda instancia ordinaria, cada desacierto del operador de justicia.

El yerro que estructura dicho ilícito es aquél que trasgrede el común dislate del funcionario judicial, por ello el ingrediente normativo «manifiesto» no puede ser mirado desde lejos, ni restársele importancia, como si bastase la equivocación para adecuar la conducta al delito de prevaricato activo. Resulta imperativo develar en qué consiste la protuberancia de aquél, lo burdo, lo evidente, categorías que se identifican cuando no hace falta mayor elucubración o razonamiento para detectar la pifia.

Lo dicho ha sido siempre reconocido por la Corte en cada decisión que trata el tema¹². En sentencia CSJ SP, 23 oct. 2014, rad: 39538, la Sala fue concreta y por lo mismo contundente al señalar:

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.

En esa medida se aprecia, en el caso que nos atañe, que el razonamiento del enjuiciado para acoger el dictamen del perito contable, así como los motivos expresados en la evaluación del mismo, impiden de cualquier forma catalogar esa valoración probatoria como arbitraria o caprichosa, pese a que el a-quo, respaldando la acusación de la fiscalía, la tildara de aislada llana y aparente, por no atender algunas circunstancias que le restaban valor al sugerir la impertinencia de los daños reclamados por Sedecon.

Sucede que el hecho de no haberse materializado la congelación de dinero alguno en las cuentas de Sedecon o efectivizarse el secuestro de sus bienes, no son aspectos que de forma determinante conducían a desestimar las conclusiones del señalado dictamen pericial, pues el que las medidas cautelares no hayan producido los resultados deseados con ellas, no constituía evento que automáticamente descartara el daño a la etapa de ejecución en que se informó se encontraba el contrato con el Club Juventudes de Paz, ni tampoco que su continuidad se viera afectada por la inminente posibilidad de que dichas limitaciones se concretaran en cualquier momento por parte de las entidades bancarias que tomarían atenta nota de ese mandato judicial.

Así mismo, el hecho de que todos los contratos aportados se encontraran en igualdad de condiciones al momento de imponerse la medida cautelar, tampoco es criterio que conduzca a determinar tajantemente la ilegalidad de la valoración probatoria censurada al enjuiciado, como lo estimó el juez a-quo, porque, precisamente, el convenio celebrado con el Club Juventudes de Paz, rotulado con el número 0047 de 2003, mostraba diferencia con los demás al estar acompañado de algunas notas cruzadas referidas a su cumplimiento, como lo demuestra la documentación allegada al expediente.

En efecto, aparece oficio adiado 4 de marzo de 2003 suscrito por Mariano Barboza Lozano, representante legal del Club Juventudes de Paz, con el que le pide a Sedecon un informe sobre el estado del proyecto. Tal misiva es respondida por su gerente, José Aristóbulo Vargas, el 20 de marzo siguiente, señalándose que están adelantando estudio de suelo y levantamiento topográfico. También figura oficio de este último, fechado 11 de abril de 2003, informándole a Juventudes de Paz que en el proceso promovido por Cemex S.A. en su contra se ordenó el embargo de sus cuentas bancarias, muebles y enseres, lo que le hacía suponer que irían a perseguir todo lo que la compañía recibiera de los proyectos, razón por lo cual señala: «lamentamos no proseguir con el adelanto del proyecto mirador del Virrey»¹³.

Estos elementos definitivamente dan validación a la tesis del acusado, al refrendar lo dictaminado por el perito, pues apuntan a que el contrato con el Club Juventudes de Paz, en efecto, no era igual a los demás convenios aportados, ya que lo acompañaba un principio de ejecución que se vio afectado por las medidas aflictivas impuestas por el juzgado. De modo, entonces, que la afectación patrimonial no derivó del congelamiento de las cuentas, sino de lo dejado de percibir por la empresa temporalmente.

Ahora bien, para el judex a–quo, la revisión de las fechas de los documentos antes señalados denota que el representante legal de Sedecon dio por terminado la ejecución del contrato antes de la materialización de la medida cautelar, con lo cual, se avizora una terminación unilateral del mismo que no se compadece con el rutinario devenir de la operación comercial. Sin embargo, independiente de la motivación conjetural que se le quiera endilgar al aludido individuo, el hecho innegable es que la no continuidad del acuerdo contractual tuvo que ver con la inminente llegada de una medida preventiva cierta y real en contra de Sedecon, y esa relación de causalidad, apoyada por un concepto de experto, fue la base de la decisión adoptada por el inculcado.

Eso significa que el doctor Grisales Bohórquez no se extralimitó ni sobrepasó el marco legal establecido, pues tomó una determinación de condena sobre la base de unos elementos de prueba que desfilaban en el dossier, los cuales –además- no fueron rebatidos por la incidentada. Nótese cómo frente al dictamen la parte contraria del proceso guardó completo silencio, sin objetarlo o presentar alguna solicitud tendiente a su aclaración o corrección. Y en lo que concierne a los demás documentos adosados al expediente, tampoco hicieron ninguna mención de su capacidad para contradecir u oponerse abiertamente al concepto rendido por el perito.

También observa la Sala que la tesis expuesta por la primera instancia para emitir condena por el aspecto que se revisa, está precedida de un sinnúmero de elucubraciones probatorias y/o jurídicas que complejizan el asunto. El proceder judicial que ha evaluarse, sobre todo en materia de valoración probatoria, debía reflejar una arbitrariedad de tal magnitud que fuera palpable la afrenta a un medio probatorio específico o el desconocimiento de otros que hubiesen cambiado la decisión, pero en este caso el acusado tomó como fundamento de la condena emitida la apreciación y tasación de daños que el experto en la materia le ofrecía, con toda la seriedad que ello representa, pues sin querer significar que un dictamen pericial es mandato indiscutible, en el asunto examinado, la falta de objeción del mismo, aunada a la contundencia de su lenguaje en aras de auxiliar al funcionario y los elementos que lo soportaban, diluyen la manifiesta ilegalidad que se le atribuye a la decisión revisada.

Ahora bien, bajo el entendido que el auto del 20 de agosto de 2008 constituye un todo, también debe evaluarse el cuestionamiento que se eleva desde la acusación por el hecho de haberse emitido una condena más allá de lo pedido.

El artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al momento del auto cuestionado, determina:

¹³ Folio 116 – 118, segundo cuaderno del incídete de regulación de perjuicios, sin caratula.

Artículo 305. Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio. (Subrayado fuera del texto)

Desde ese entonces, la llamada incongruencia ultra petita, surge cuando el juez otorga en una sentencia más de lo que realmente solicitaron las partes. El criterio que se maneja en esta disparidad para poder determinar cuándo se otorga más de lo pedido es de naturaleza cuantitativa, es decir, basado en el quantum o monto del petitorio.

Ahora bien, el juicio de prevaricato que se impone realizar en esta sede, conlleva a determinar con claridad cuál es la disposición jurídica que, de manera manifiesta, fue desconocida por el juez. Es por ello que, a efectos de dar respuesta a ese interrogante medular la norma que -se acusa- fue ignorada debía, por lo menos, corresponder al caso que se enjuicia para posteriormente juzgar si el determinado yerro alcanza los estándares de ostensibilidad que el derecho penal exige.

Bajo esa comprensión, desde ya se advierte que la regla que regula la prohibición de condenar más allá de lo pedido es reiterativa en señalar que su radio de acción aplica para la sentencia judicial, pues todo el texto normativo viene haciendo referencia a esa tipología de providencia en especial, lo cual se hace palpable cuando desde el inicio refiere que el juicio de consonancia se predica es de la sentencia y, en esa misma línea, todas las disposiciones que se mencionan en ese artículo, incluyendo la del segundo párrafo que contiene la prohibición de fallar ultrapetita, hacen mención al referido proveído definitivo.

En ese mismo sentido, la jurisprudencia (CSJ SP, 16 oct, 2013. Rad: 39023) que las partes traen a colación para fundamentar la aplicación o no de dicha prohibición en este campo, es reiterativa en circunscribir la preceptiva legal en comentario al fallo definitivo, o lo que es lo mismo, a la sentencia judicial que se emite en el proceso como se ve a continuación:

Es cierto que en precedentes que datan del año 1956 se había fijado como absoluto el principio de congruencia entre lo solicitado en la demanda y lo reconocido en el fallo. Se dijo en aquellos que cuando lo solicitado viene acompañado de la expresión “o lo que se demuestre en el proceso”, u otra de naturaleza similar, ello debía entenderse como cualquier suma inferior a lo reclamado.

Pero en los últimos tiempos la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil ha recogido dicha postura y ha admitido que cuando la pretensión del demandante civil viene formulada de la manera ya descrita, la incongruencia del fallo desaparece, si acaso el juzgador llega a condenar por valores superiores a los fijados en el libelo indemnizatorio. Así lo dijo la Sala de Casación Civil (sentencia de casación del 15 de abril de 2009, ref: 08001-3103-005-1995-10351-01):

“..ha de verse cómo la nueva concepción sobre la materia analizada acompasa, por un lado, con el postulado de la congruencia de las sentencias, establecido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, según el cual el juez tiene definidos los lindes de su actividad desde la demanda, al punto que le es prohibido condenar por causa diferente de la invocada, por objeto distinto del pretendido -extra petita-, en cuantía superior a la suplicada -plus petita-, o por cantidad menor de la que haya sido solicitada y probada en el proceso -mínima petita-...” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Vistas así las cosas, en el caso particular que se revisa, asoma palmar que la decisión cuestionada al juez está contenida en un auto interlocutorio y no es una sentencia judicial; téngase en cuenta el asunto que resolvía (trámite incidental), el tratamiento que se le dio al mismo, e incluso la forma en que se notificó el proveído a las partes (por estado) que es propia de un auto, como se advierte en el último folio de la providencia en comento.

En esa medida, no es factible examinar el alcance de incongruencia pretendido en la acusación por el delito de prevaricato, cuando la prescripción normativa que –se dice- fue desconocida por el acusado ni siquiera tiene aplicación al caso concreto. De hecho, no es labor de esta Sala definir el sentido y alcance de la norma civil antes relacionada, esa misión corresponde, sin lugar a dudas, a la jurisdicción civil; lo que debía el ente acusador demostrar era, inicialmente, cuál fue la regla desconocida y si ella contenía una prescripción legal que claramente hubiese vulnerado el acusado.

Hasta ahora, lo claro es que la prohibición de condenar más allá de lo pedido consagrada en la norma no es prerrogativa de la cual pueda decirse abiertamente que tiene aplicación frente a los autos interlocutorios. Luego, entonces, el comportamiento atribuido por la fiscalía al acusado, de supuestamente haber quebrantado abiertamente ese mandato con el proveído del 20 de agosto de 2008 –auto interlocutorio-, deviene así en atípico al delito de prevaricato.

Recuérdese, lo manifiesto es lo que se presenta con claridad y evidencia, lo que es patente, que está al descubierto, que es notoriamente visible. La exigencia legal que torna típica la conducta de prevaricato, apunta entonces, a que la simple comparación entre la ley con lo expresado en la providencia debe mostrar incuestionable la ilegalidad de la última. Si la contrariedad nace luego de elaborados análisis, la atipicidad del comportamiento deriva incuestionable, en cuanto no es ostensible.

En este sentido, habrá de revocarse la decisión del a-quo en lo relativo al delito de prevaricato por acción del cual se habrá de absolver al procesado, y continuar evaluándola frente al segundo ilícito en que se focaliza la discusión.

3.2. Del peculado por apropiación

El artículo 397 del Código Sustantivo Penal tipifica el delito de peculado por apropiación de la siguiente manera:

El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión...”

Atendiendo esa descripción, se trata de un delito de resultado, eminentemente doloso cuya descripción típica tiene la siguiente estructura básica: (i) tipo penal de sujeto activo calificado, para cuya comisión se requiere la calidad de servidor público en el autor; y (ii) que se abuse del cargo o de la función apropiándose o permitiendo que otro lo haga de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones.

La adecuación típica del delito de peculado por apropiación a favor de terceros en su aspecto objetivo surge en razón a que en su condición de Juez 23 Civil Municipal de Bogotá, Germán Grisales Bohórquez desarrolló actos de disposición jurídica sobre el patrimonio de Sedecon, lo que le permitió adoptar decisiones dirigidas a que el señor José Aristóbulo Varas, representante legal de la misma, se apropiara del dinero producto de la condena en favor de esa empresa, en el trámite incidental de regulación de perjuicios.

Sobre el alcance de la disposición jurídica que se exige en tal conducta delictiva, la Corte ha señalado:

En el entendido de que la relación que debe existir entre el funcionario que es sujeto activo de la conducta de peculado por apropiación y los bienes oficiales puede no ser material sino jurídica y que esa disponibilidad no necesariamente deriva de una asignación de competencias, sino que basta que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional, forzoso es concluir que ese vínculo surge entre un juez y los bienes oficiales respecto de los cuales adopta decisiones, en la medida en que con ese proceder también está administrándolos. Tanto es así que en sentencias judiciales como las proferidas por el implicado en los procesos laborales que tramitó ilegalmente, dispuso de su titularidad, de manera que sumas de dinero que estaban en cabeza de la Nación (FONCOLPUERTOS–Ministerio de Hacienda y Crédito Público), pasaron al patrimonio de los extrabajadores de la Empresa Puertos de Colombia y del abogado que los representó, siendo indiscutible que el acto de administración de mayor envergadura es aquel con el cual se afecta el derecho de dominio.»¹⁴ (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

En el caso concreto, el acusado se vio favorecido con la absolución que el tribunal hiciera en relación con el delito de peculado atribuido, y, en tal medida, la fiscalía se opuso porque, bajo su concepto, la única decisión posible era la condena sobre la base de haberse entregado cuantiosa suma de dinero a un sujeto, que si bien era representante legal de la empresa, no podía recibirla a título personal como en efecto ocurrió.

En orden a este tema debemos recordar que, en aras del cobro dinerario producto de la condena en el incidente de regulación de perjuicios, Sedecon interpuso demanda ejecutiva que tuvo su inicio formal el 29 de octubre de 2008, en contra de Cemex S.A. por el valor de \$4.660.617.800,24 y, el 3 de diciembre de 2010, el juez Germán Grisales Bohórquez dio por terminado el proceso por pago total de la obligación, al haber verificado la entrega de los títulos judiciales al señor José Aristóbulo Vargas.

Así, al examen del expediente, no ofrece duda alguna que José Aristóbulo Vargas siempre fungió como representante legal de la Corporación Semillas de Conciencia y al momento de la entrega, como quiera que la persona jurídica es una ficción legal, se le entregaron justamente a él el producto de los títulos judiciales.

Lo que antecede se desprende de la objetividad que impera de los folios 25 y 26 del cuaderno del proceso ejecutivo de Cemex S.A. contra Sedecon, donde se advierte no solo que el dicho sujeto era su representante legal, sino además integrante de la junta directiva.

De esta realidad inobjetable surge una conclusión: a quién más, sino que a José Aristóbulo Vargas, se le debía entregar el dinero producto de la condena en favor de la empresa que él representaba.

De hecho, el alegato de la fiscalía encuadra más bien en una situación en la que el representante legal de una empresa da poder a un abogado, en cuyo caso, sí cobra valor lo reclamado por el censor cuando pide reconocimiento expreso en el mandato de la facultad para recibir, pero esta, a todas luces, no fue la situación que acá se presentó, pues se

trataba de la propia empresa recibiendo dineros a través de quien la representaba legalmente.

Incluso, llamativa se ofrece la alegación de la fiscalía con la que anuncia que José Aristóbulo Vargas está siendo procesado por el delito de abuso de confianza, pues de ser así, contradictorio resultaría su alegato al recordarse que el mencionado ilícito presupone un recibimiento legítimo, a título no traslativo de dominio, de una cosa, donde lo que se reprocha es el proceder posterior de apoderamiento, pero no en el acopio inicial del bien que se supone legal y para el cual está autorizado el respectivo sujeto.

En otras palabras, si el representante legal de Sedecon está siendo sindicado por abuso de confianza, subyace a ello el reconocimiento que el fiscal hace de que la entrega de la cosa –dinero- fue legal, y, en tal medida, el delito de peculado, en los términos en que acá le fue imputado, se torna refractario a esa circunstancia.

En consecuencia, no habiendo en el proceso pieza procesal que denote que el representante legal de la corporación Sedecon no podía recibir los dineros reclamados por la empresa que respaldaba para el momento en que se produjo la entrega, la decisión del tribunal al absolverlo al acusado de ese cargo se advierte correcta.

4. Decisión

Así las cosas, visto el examen realizado por esta Sala que logró determinar el desacierto de lo resuelto por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, se torna impositiva la revocatoria parcial del proveído en lo atinente al delito de prevaricato por acción; y se confirma la absolución por el delito de peculado, tomando en consideración las razones acabadas de exponer.

Como quiera que el acusado se encuentra bajo reclusión domiciliar por cuenta de este proceso, se dispondrá su libertad inmediata, siempre y cuando no sea requerido por otra autoridad judicial.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero: Revocar el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 10 de diciembre de 2014, para en su lugar Absolver a Germán Grisales Bohórquez del delito de prevaricato por acción atribuido. El resto de la providencia se mantiene incólume.

Segundo: Decretar la libertad definitiva de Germán Grisales Bohórquez, siempre y cuando no sea requerido por otra autoridad.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria