

TERMINO/ CONCUSION/ ABUSO DE AUTORIDAD/ FUERO MILITAR

En no pocas ocasiones la Corte ha sostenido que las constancias dejadas por los Secretarios en relación con la iniciación y vencimiento del traslado de términos legales, cumplen una función puramente informativa, de orientación o guía para los sujetos procesales, no siendo su contenido vinculante, puesto que su cumplimiento no puede depender de la voluntad o capricho de quien deja la constancia sino que transcurre por ministerio de la ley.

Por eso, ha sido reiterativa en el sentido de que las partes, en su condición de destinatarias, deben estar atentas a la iniciación y vencimiento de los términos, teniendo por norte no la constancia suscrita por el Secretario, sino el tiempo efectivamente transcurrido a partir de la ejecutoria del proveído que lo ordena.

El delito de concusión se estructura cuando el servidor público, abusando de su cargo o de sus funciones, constriñe o induce a alguien a dar o prometer dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicita para sí o para un tercero (art.140 Código Penal, modificado por el artículo 21 de la ley 190 de 1995).

El motivo de controversia en el caso de autos, se presenta en torno a la naturaleza de la prestación exigida por el procesado, la cual, a juicio del demandante y del vocero del Ministerio Público en esta sede, sería legítima, por fundarse en un hecho generador de obligaciones a cargo del individuo constreñido, circunstancia que haría que su conducta se desplace al tipo penal que describe el abuso de autoridad.

Históricamente, doctrina y jurisprudencia han coincidido en señalar que indebido es lo que no se debe, aquello que carece de título legal, de causa legítima. Este ha sido y sigue siendo el sentido del concepto mencionado, y el que debe, por tanto, servir de referencia para determinar en cada caso la legalidad de la exigencia hecha por el servidor público.

Para la Corte ha sido igualmente claro que si lo indebido no es la prestación, como lo plantea el Procurador Delegado, sino el procedimiento utilizado por el servidor público para obtenerla, la conducta no sería constitutiva del delito de concusión, sino de abuso de autoridad, si el agente, de otra parte, se aprovecha de su poder funcional para lograr el fin propuesto.

El delito de concusión previsto en el artículo 140 del Código Penal (198 del Código Penal Militar), puede llegar a estructurarse a través de dos formas, por abuso del cargo o de la función. En relación con la primera, la Corte ha dicho que se presenta cuando el sujeto agente, aprovechándose de la calidad o investidura que ostenta, ejecuta actos que no le competen por estar atribuidos a otra autoridad. Y, la segunda modalidad, cuando actúa dentro de la órbita de su competencia funcional (Cfr. Auto Nov. 14/80, Mag. Pte. Dr. Velásquez Gaviria; Cas.feb.10/81, Mag. Pte. Dr. Romero Soto; Sent.julio 31/84, Mag. Pte. Dr. Calderón Botero; Cas. Sep.22/87, Mag. Pte. Dr. Duque Ruiz, entre otras).

Analizadas estas dos hipótesis a efecto de concretar las condiciones requeridas para que el fuero militar tenga operancia, se tiene que solo cuando se presenta la segunda, habrá lugar a investigación y juzgamiento privilegiados, pues, en el primer evento, por no estar el hecho vinculado con la función, no tendrá cabida la protección foral.

RAD. 10509

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado acta No.43 abril 29/97

Magistrado Ponente:

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Santa Fe de Bogotá, D. C., ocho de mayo de mil novecientos noventa y siete.

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 21 de noviembre de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá condenó al procesado MARCO ANTONIO TRIANA SILVA a la pena principal de dos años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por un año, al declararlo responsable del delito de concusión.

Hechos y actuación procesal.-

El 30 de noviembre de 1990, a las 0:45 horas, muy cerca del terminal de transportes de esta ciudad, sobre la avenida Boyacá, colisionaron la camioneta de la policía Nacional No.04-2949, conducida por el agente Marco Antonio Triana Silva, y el taxi de placas SC2595, manejado por el señor Fabio Moreno Moreno, quien abandonó el lugar de los hechos. Ambos vehículos recibieron daños, el primero en la parte delantera y el segundo en la trasera.

Dos días después, en las primeras horas de la noche, frente al CAI del barrio Quirigua, Fabio Moreno Moreno fue obligado a descender de su vehículo por varios agentes de la policía nacional que se movilizaban en una patrulla, entre ellos Marco Antonio Triana Silva, y llevado hasta la Estación de Policía del Bachué, donde debió firmar una letra por valor de \$200.000.00, por los daños causados al vehículo policial.

El 11 de enero de 1991, entre las 11 y 12 de la noche, Marco Antonio Triana Silva abordó nuevamente a Fabio Moreno Moreno, esta vez en los alrededores del CAI de San Fernando, obligándolo, después de varias horas, a dejar en su poder el taxi, hasta tanto le cancelara el valor de la letra de cambio, lo cual debía hacerse en las horas de la tarde del día 12, en la Estación Segunda de Policía. Para formalizar el arreglo, se

elaboró entre ellos un documento, en presencia de dos testigos (fls.27).

Esa misma noche, según la denuncia, Moreno Moreno fue llevado por Triana Silva a la Estación Quinta de Policía y después a un recorrido por la ciudad, siendo maltratado y obligado a colaborar en la tarea de movilización de cadáveres, hasta llegar a medicina legal, en donde se firmó el referido documento.

Ante el incumplimiento de Fabio Moreno Moreno, Marco Antonio Triana Silva continuó en posesión del taxi hasta el día 17 de enero, cuando fue recuperado por las autoridades (fls.13).

Por lo anterior, el Juzgado 78 de Instrucción Penal Militar abrió investigación, vinculando al proceso mediante indagatoria al Agente de la Policía Nacional Marco Antonio Triana Silva, quien, en términos generales, aceptó los hechos denunciados, con la aclaración de que en ningún momento presionó ni intimidó a Fabio Moreno Moreno, sino que éste, voluntariamente, ofreció la letra y entregó el vehículo. Al referirse al segundo episodio, precisó: “volví y lo localicé en el barrio San Fernando a eso de las 11:30 de la noche, lo cual lo conduje a la SIJIN para pasarlo con un informe de los hechos antes ocurridos, estuvimos en la SIJIN allí el señor me clamó o rogó que no lo fuera a perjudicar que no fuera a hacer eso con él, que era que él estaba muy pobre y que tenía una niña enferma y por eso no me había podido responder por la letra, pero que de todas formas él me respondía, que me dejaba el vehículo...en ningún momento obligué a ese señor a que fuera con nosotros a levantar muertos sino que él dijo que en cambio que lo dejara en la SIJIN, que como íbamos a hacer un arreglo amistoso que él nos acompañaba” (fls.7, 14 y 20).

Al proceso fueron aportados, en original, la letra de cambio por valor de \$200.000.00, el documento suscrito por Fabio Moreno Moreno el 12 de diciembre, y una factura por valor de \$201.000.00, de fecha noviembre 29 de 1990, correspondiente,

según el procesado, a los gastos de reparación del vehículo (fls.26, 27 y 54-1).

Luis Eduardo Garzón López y Gabriel Morales Hernández, testigos presenciales del acuerdo firmado el 12 de diciembre, ambos celadores del Instituto de Medicina Legal, aseguran que la propuesta de arreglo provino de Fabio Moreno Moreno, quien en tono implorante le pedía al Agente Triana Silva que por favor no lo fuera a embalar, a perjudicar, que si quería le dejaba en garantía el vehículo (fls.45 y 49).

Mediante comunicación de 14 de marzo de 1991, el Comandante de la Estación Cien de Policía de Santa Fe de Bogotá informa que durante los días 30-11-90, 02-12-90 y 11-01-91, el Agente de la Policía Marco Antonio Triana Silva se desempeñaba como conductor del vehículo furgón de siglas 04-2949, teniendo por misión el traslado de muertos al Instituto de Medicina Legal (fls.75).

Finalmente, la investigación estableció que entre los días 29 de noviembre y 6 de diciembre del año de 1990, el procesado no reportó a la Estación Cien de Policía daño alguno ocasionado al vehículo en mención (fls.77).

Por auto de 20 de mayo de 1991, el Comandante de la Policía Metropolitana Bogotá, en su condición de Juez de Primera Instancia, ordenó remitir el proceso a la justicia ordinaria por competencia, tras considerar que los hechos investigados no tenían relación con el servicio policial, ni con las funciones inherentes al cargo (fls.89).

Mediante providencia de 12 de julio siguiente, el Juzgado 105 de Instrucción Criminal avocó el conocimiento del asunto y dispuso el cierre de la investigación. Esta decisión aparece notificada personalmente al agente del Ministerio Público el 15 de julio, y por estado el 17, según anotaciones obrantes a folio 98 vuelto. A continuación, el Secretario dejó constancia de que los términos para alegar corrían entre el 23 y el 31 de julio, y que el proceso pasaba a despacho para calificar el 2 de agosto (fls.99 y 105).

El 17 de septiembre del mismo año, el Juzgado instructor profirió resolución de acusación contra Marco Antonio Triana Silva por el delito de concusión, y ordenó la reapertura de la investigación por el de hurto, referido a la pérdida de \$1'000.000.00. que, según el denunciante, se encontraban dentro del vehículo. Esta providencia cobró ejecutoria el 8 de marzo de 1993 (fls.106 y 112 vto.).

Rituada la causa, el Juzgado 72 Penal del Circuito, mediante sentencia de 30 de septiembre de 1994, condenó al procesado a la pena principal de dos años de prisión y un año de interdicción de derechos y funciones públicas, al hallarlo responsable del delito de concusión, conforme a los cargos que le fueron deducidos en la resolución acusatoria (fls.270 y ss).

Apelado este fallo por la defensa, el Tribunal superior de Santa Fe de Bogotá, mediante el suyo que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación, lo confirmó en todas sus partes (fls.4 cd. Tribunal).

La demanda.-

Dos cargos principales con fundamento en la causal tercera de casación, por afectación del debido proceso, y uno subsidiario al amparo de la primera, presenta el actor contra la sentencia impugnada.

Causal tercera.-

Cargo primero:

Haber sido recortado en un día, el término de traslado previsto para la presentación de los alegatos precalificatorios.

El auto de cierre de la investigación es de fecha julio 12 de 1991. Cumplido el

trámite de su notificación, el Secretario del Juzgado dejó constancia de que el término para alegar empezaba a correr el 23 de julio, a las 8 de la mañana, y vencía el 31 de julio, a las 6 de la tarde. Si se cuentan los días hábiles comprendidos por estas dos fechas, se advierte que solo se dejaron correr siete, y no ocho, como lo ordenaba el artículo 468 del estatuto procesal de 1987, modificado por el Decreto 1861 de 1989, norma que para entonces regulaba la materia.

Este indebido acortamiento del término para alegar, constituye una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso y de contera el derecho de defensa. Por tanto, pide que se case la sentencia recurrida y se decrete la nulidad de lo actuado a partir de ese momento procesal.

Cargo segundo:

Errónea calificación jurídica de la conducta, en cuanto que los hechos denunciados no serían constitutivos del delito de concusión, sino de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, o ejercicio arbitrario de las propias razones.

Después de enumerar los elementos estructurales del tipo penal de concusión, que describe el artículo 140 del Código Penal, el casacionista sostiene que el relativo a la utilidad indebida no se cumple en el caso investigado, ya que Triana Silva nunca solicitó al denunciante una ventaja ilícita, sino el pago de los daños causados al vehículo policial. Siendo el cuasidelito, según el Código Civil, fuente de obligaciones, su protegido estaba legitimado para exigir el reconocimiento y pago de la obligación, o el otorgamiento de una garantía.

Pero si se llegara a considerar por la Corte que la obligación no había sido definida ni era concreta, habrá cuando menos de aceptarse que existió un hecho generador

de obligaciones que produjo en su defendido el convencimiento íntimo de que tenía derecho y podía exigir el pago de los perjuicios ocasionados al automotor. Y si creyó que estaba cobrando algo legítimo, no puede hablarse de una conducta típica, antijurídica y culpable de concusión. Para él, este actuar era legítimo.

Sostiene, acudiendo a citas de jurisprudencia y doctrina, que cuando el funcionario, como en el presente caso, pretende hacer efectivos créditos reales, no se estructura el delito de concusión, sino el de abuso de autoridad, por ser la prestación lícita; pero como su protegido no se encontraba ejecutando funciones inherentes al cargo, su conducta terminaría adecuándose en el tipo penal que describe el ejercicio arbitrario de las propias razones (art.183 C. P.).

Pide que se decrete la nulidad de lo actuado, por indebida calificación, conforme a lo establecido en el artículo 304.2 del estatuto procesal.

Causal primera.-

Cargo único:

Violación directa de la ley sustancial, por indebida aplicación del artículo 140 del Código penal, que describe el delito de concusión, y falta de aplicación de los artículos 152 o 183 ejusdem, que tratan del abuso de autoridad y el ejercicio arbitrario de las propias razones, respectivamente.

Nuevamente se refiere el censor a los elementos estructurales esenciales de la conducta concusionaria, para sostener que la utilidad pretendida por el sujeto agente debe ser indebida, ya que de no serlo, la especie delictiva terminaría siendo abuso de autoridad o ejercicio arbitrario de las propias razones, según haya actuado en condición de

funcionario o de particular.

Dice que su defendido obró con el convencimiento de que actuaba en ejercicio de un derecho legítimo, puesto que debió pagar los daños causados al automotor, y que en ese entendimiento actuó para exigir la satisfacción de una obligación que Fabio Moreno Moreno le adeudaba, convencido de la legalidad de la reclamación, razón por la cual no se puede afirmar que exista utilidad indebida.

Ante la ausencia de este requisito, tendría que desembocarse en un posible delito de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, pero como su protegido no obró "como empleado oficial sino como persona natural", tendría que aceptarse que la conducta investigada se ubica en el tipo penal que describe el ejercicio arbitrario de las propias razones.

Pide, en consecuencia, que se case la sentencia impugnada, y se profiera la que deba reemplazarla.

Concepto del Ministerio Público.-

Causal tercera:

1) En relación con el primer cargo presentado al amparo de esta causal, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal sostiene que si bien es cierto el actor formalmente tiene razón, la actuación procesal muestra que el recorte de términos no se presentó.

Dice que el auto de cierre de la investigación quedó ejecutoriado el lunes 22 de julio de 1991, y que el término para la presentación de alegatos empezó a correr el día siguiente, martes 23 de julio. De esta manera, el período de traslado estaría compuesto por los días 23, 24, 25, 26, 29, 30, 31 de julio y 1º de agosto, debiendo el

proceso pasar a despacho para calificar el 2 de dicho mes.

La nulidad alegada se fundamenta en la constancia dejada por el Secretario el 23 de julio, de acuerdo con la cual el término de traslado empezaba a correr ese día y expiraba el 31 siguiente, a las seis de la tarde.

Afirma que si esta constancia hubiera guiado el cómputo del plazo procesal referido, le asistiría razón al impugnante, porque en tal evento se habría recortado un día de traslado, pero lo que se advierte es que se trató de una equivocación, porque el proceso pasó a despacho el 2 de agosto, es decir cuando correspondía, según constancia visible a folios 105.

En tales condiciones, la irregularidad denunciada resulta intrascendente, pues el plazo para alegar, siendo de naturaleza legal, no depende de lo que diga o haga el Secretario, sino del efectivo transcurso del término. Por tanto, solicita que este primer cargo sea desestimado.

2) En alusión al segundo reproche, la Delegada sostiene que el actor presenta al interior del mismo dos motivos diferentes de casación, que ha debido desarrollar separada y subsidiariamente, pues de un lado plantea errada calificación jurídica de la infracción, y de otro un error sobre la existencia de uno de los elementos del tipo.

Advierte que como el casacionista, en el cargo presentado al amparo de la causal primera, aduce situación similar a la expuesta dentro de esta censura, examinará primero lo relativo a la calificación jurídica del delito, y después, al responder el cargo subsidiario, lo referente al error de tipo.

Tras aludir a los criterios de la doctrina sobre la naturaleza de la prestación en el delito de concusión, la Delegada sostiene que debe ser indebida,

entendiéndose por tal una exigencia a la cual el sujeto no tiene derecho por carecer de fuente legal. “Lo indebido de la prestación no se refiere a la ilicitud misma de la conducta; tampoco a aquellas eventualidades en las cuales el servidor público abusa de su cargo o de su función para lograr la satisfacción de obligaciones surgidas de sus relaciones particulares a cargo de un tercero quien es indebidamente presionado para su satisfacción, pues en tales casos, el interés que resulta vulnerado no es el de la moralidad de la administración pública ni el del patrimonio estatal (que se lesiona en todos los casos de corrupción administrativa que entraña la concusión), sino el de los procedimientos legalmente establecidos para que los ciudadanos logren el cumplimiento de las obligaciones judicialmente exigibles” (fls.16 cud. Corte).

Explica, al efecto, que cuando el funcionario de la administración estatal utiliza su poder funcional en procura de obtener el pago de obligaciones a su favor, genera en la ciudadanía un sentimiento de desconfianza frente a los procedimientos legalmente establecidos, sin que trascienda esa afectación a la pureza de la administración.

Señala que, en el caso sub judice, “el procesado actuó impelido por una causa generadora de obligaciones (el daño sufrido por el vehículo policial) y respecto de la cual, si bien no había sido judicialmente dilucidada la responsabilidad del particular, sí existía un hecho que, en principio, generaba obligaciones a cargo del individuo posteriormente constreñido quien había intervenido activamente en la producción del daño a los bienes que se encontraban al cuidado del inculpatado” (fls.17)

Agrega que, en estas condiciones, no se está en presencia de una prestación indebida, como lo prueba el hecho de que el ofendido firmó una autorización para que el agente de la policía movilizara el taxi hasta tanto no se hiciera efectiva la letra por \$200.000.00.

Entonces, lo que el juzgador calificó de utilidad indebida no es tal. “La prestación exigida fue el pago de una obligación que surgió de un accidente de tránsito y si bien el conflicto de allí nacido no se sometió a la decisión de los funcionarios judiciales competentes para que ellos determinaran los límites exactos de la responsabilidad de cada uno de los intervinientes, ello no le quita el carácter de obligación surgida del accidente” (fls.17).

Dice que el procesado sí utilizó indebidamente su poder funcional, pero su conducta se adecua típicamente al delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, porque con ocasión de sus funciones cometió acto arbitrario al hacerse pagar unos daños cuya responsabilidad y cuantía no habían sido definidos judicialmente.

Pide, por tanto, que se decrete la nulidad de lo actuado a partir de la resolución acusatoria, por errónea calificación de la conducta.

Causal primera:

Para el representante del Ministerio Público este cargo debe ser desestimado, porque si la actuación procesal se halla viciada de nulidad por error en la calificación jurídica del delito, mal puede alegarse violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de la norma que describe la concusión.

Pero, al margen de esta consideración, el ataque tampoco estaría llamado a prosperar, por indebido manejo técnico en su presentación, puesto que debió plantearse por la vía indirecta, no por la directa, ya que las sentencias no reconocieron la existencia del error como eximente de culpabilidad alegado. Para el estudio de fondo, resultaba indispensable demostrar que las pruebas fueron indebidamente apreciadas por el

Tribunal y que, de no haber mediado error en su estimación, “se habría llegado a la conclusión de que el inculcado actuó bajo la convicción errada e invencible de que estaba amparado por una causal de justificación de la conducta” (fls.18).

Pide, por tales motivos, desechar este cargo.

SE CONSIDERA:

Cargo primero.-

Restricción del término de traslado para la presentación de los alegatos previos a la calificación del mérito del sumario.

En no pocas ocasiones la Corte ha sostenido que las constancias dejadas por los Secretarios en relación con la iniciación y vencimiento del traslado de términos legales, cumplen una función puramente informativa, de orientación o guía para los sujetos procesales, no siendo su contenido vinculante, puesto que su cumplimiento no puede depender de la voluntad o capricho de quien deja la constancia sino que transcurre por ministerio de la ley.

Por eso, ha sido reiterativa en el sentido de que las partes, en su condición de destinatarias, deben estar atentas a la iniciación y vencimiento de los términos, teniendo por norte no la constancia suscrita por el Secretario, sino el tiempo efectivamente transcurrido a partir de la ejecutoria del proveído que lo ordena.

En el presente caso, el auto mediante el cual se declaró cerrado el ciclo investigativo aparece notificado personalmente al agente del Ministerio Público el día 15 de julio de 1991 (martes), y por estado el 17 siguiente (jueves), de donde se sigue que esta decisión causó ejecutoria el día 22 de los citados mes y año (lunes), y que los ocho (8) días de traslado ordenados por el artículo 468 de la normatividad procesal entonces

vigente (Decreto 050 de 1987), corrieron a partir del martes 23 de julio hasta el jueves 1º de agosto. El proceso ingresó al despacho para calificación de su mérito, el 2 de agosto (fls.105).

La constancia secretarial que ha motivado el reclamo del casacionista señala correctamente el 23 de julio de 1991 como fecha de iniciación del término de traslado, pero registra equivocadamente el 31 de los citados mes y año como día de vencimiento, con lo cual, formalmente, estaría reduciendo en un día el tiempo de duración previsto por ley.

En la realidad, sin embargo, esta restricción no se presentó, pues el proceso, como ya se dijo, entró al despacho para calificar el 2 de agosto, según se desprende de la actuación procesal subsiguiente, particularmente de la constancia secretarial vista a folios 105 del cuaderno principal, debiéndose concluir, por tanto, que hasta el día anterior, primero de agosto, permaneció efectivamente en la Secretaría del Juzgado a disposición de las partes, sin que la defensa allegara alegato precalificatorio alguno.

En síntesis, la imprecisión del Secretario en el señalamiento de la fecha de expiración del término de traslado ninguna incidencia tuvo sobre el cómputo real del mismo, puesto que los ocho (8) días previstos por la ley efectivamente transcurrieron durante el 23 (martes), 24 (miércoles), 25 (jueves), 26 (viernes), 29 (lunes), 30 (martes), 31 (miércoles) de julio y 1º de agosto (jueves) de 1991.

Razón, por tanto, le asiste al Procurador Delegado, al pregonar la inexistencia de la irregularidad denunciada y la consiguiente ausencia de fundamento del cargo.

La censura no prospera.

Cargo segundo:

Errónea calificación jurídica de la infracción.-

Dígase, para empezar, que el actor, apoyándose en unos mismos argumentos, propone este reproche dentro del marco de dos causales distintas de casación, la primera y la tercera, planteamiento que por razones de lógica sería ab initio inexamenable, de no haber sido presentado en capítulos separados y de manera subsidiaria, como se hizo.

Advierte la Sala, sin embargo, que al interior de cada uno de estos dos reparos por equivocada calificación jurídica de la conducta, cuyos fundamentos, como se dejó anotado, son literalmente idénticos, el actor termina planteando, paralelamente, la existencia de una causal eximente de culpabilidad, por error sobre uno de los elementos tipificadores del hecho punible, en cuanto aduce que su protegido habría actuado con el convencimiento errado que su reclamación patrimonial no era indebida.

Esta divergente alegación del casacionista, torna ininteligible el alcance de la impugnación, al punto de no lograrse precisar si lo pretendido por quien recurre es que se condene a su cliente por un delito de menor severidad punitiva, o su absolución por ausencia de culpabilidad, o una síntesis de los dos, pues pareciera entender que el error generador de culpabilidad alegado desplaza la conducta a otro tipo penal, agregando de este modo un desacierto más a su confuso alegato.

En un esfuerzo por darle forma y presentación a la censura, el Procurador Tercero Delegado, al estudiar la demanda, separa estos dos cargos, ubicando dentro de la causal tercera el relativo a la calificación jurídica de la conducta y dentro de la primera el concerniente al motivo de inculpabilidad, para descartar este último por errores de técnica en su formulación y ausencia de fundamentación, y avalar el primero, por considerar con el demandante que la exigencia del procesado tenía respaldo legal, en cuanto se apoyaba en una causa generadora de obligaciones.

La Corte no puede, en virtud de las limitaciones que le impone el recurso,

entrar a mejorar la demanda para contestarse a si misma, como lo hace el representante del Ministerio Público en su concepto, porque ésta no es su función, pero como se está planteando por la Delegada la nulidad del proceso por errónea calificación jurídica de la conducta, considera conveniente hacer algunas precisiones en relación con este específico aspecto, no sin dejar en claro que la vía de ataque apropiada para proponer esta clase de reproches, cuando el error compromete el nomen iuris, es la causal tercera de casación, como acertadamente lo entiende el Procurador Delegado, y no la primera.

El delito de concusión se estructura cuando el servidor público, abusando de su cargo o de sus funciones, constriñe o induce a alguien a dar o prometer dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicita para sí o para un tercero (art.140 Código Penal, modificado por el artículo 21 de la ley 190 de 1995).

El motivo de controversia en el caso de autos, se presenta en torno a la naturaleza de la prestación exigida por el procesado, la cual, a juicio del demandante y del vocero del Ministerio Público en esta sede, sería legítima, por fundarse en un hecho generador de obligaciones a cargo del individuo constreñido, circunstancia que haría que su conducta se desplace al tipo penal que describe el abuso de autoridad.

Históricamente, doctrina y jurisprudencia han coincidido en señalar que indebido es lo que no se debe, aquello que carece de título legal, de causa legítima. Este ha sido y sigue siendo el sentido del concepto mencionado, y el que debe, por tanto, servir de referencia para determinar en cada caso la legalidad de la exigencia hecha por el servidor público.

Para la Corte ha sido igualmente claro que si lo indebido no es la prestación, como lo plantea el Procurador Delegado, sino el procedimiento utilizado por el servidor público para obtenerla, la conducta no sería constitutiva del delito de concusión, sino

de abuso de autoridad, si el agente, de otra parte, se aprovecha de su poder funcional para lograr el fin propuesto.

Las conclusiones de la Delegada, relativas a la legitimidad de la prestación exigida por el procesado Marco Antonio Triana Silva en el caso de autos, se encuentran contenidas en los siguientes apartes de su concepto:

“... es claro que el procesado actuó impelido por una causa generadora de obligaciones (el daño sufrido por el vehículo policial) y respecto de la cual si bien no había sido judicialmente dilucidada la responsabilidad del particular, sí existía un hecho que, en principio, generaba obligaciones a cargo del individuo posteriormente constreñido quien había intervenido activamente en la producción del daño a los bienes que se encontraban al cuidado del inculcado.

“La prestación exigida se limitó, por otra parte, a esa indemnización del daño y por consiguiente... no se trató de una prestación indebida. Prueba de ello es que el ofendido suscribió la ‘autorización’ que obra al folio 27 del cuaderno principal, para que el ‘agente Triana Silva Marco Antonio’ pudiera ‘movilizar el taxi Dodge Alpin con placas No.SC-2595 hasta tanto no seha (sic) pago una letra por valor de \$200.000.00 los cuales serán cancelados hala (sic) fecha escrita anteriormente en la 2da Estación de Policía’.

“Lo que el juzgador calificó de utilidad indebida, entonces no es tal. La prestación exigida fue el pago de una obligación que surgió de un accidente de tránsito y si bien el conflicto allí nacido no se sometió a la decisión de los funcionarios judiciales competentes para que ellos determinaran los límites exactos de la responsabilidad de cada uno de los intervinientes, ello no le quita el carácter de obligación surgida de un accidente” (fls.17 cuaderno de la Corte. Negrillas fuera de texto).

Al igual que el recurrente, el Procurador parte de una premisa equivocada, pues supone la responsabilidad del denunciante en los hechos que sirvieron de pretexto al

procesado para la comisión de la conducta delictiva, por la simple ocurrencia del insuceso y la posterior emisión de la letra de cambio por valor de \$200.000.00.

La circunstancia misma del accidente autorizaba la iniciación de la acción respectiva ante la autoridad competente a fin de definir el conflicto -a falta de acuerdo legítimo-, mas no convertía las partes involucradas en titulares de una prestación determinada, como lo sugiere el Procurador. En tanto la controversia permaneciera en la indefinición, mientras el conflicto no fuese resuelto por el funcionario competente, ninguna de las partes podía válidamente afirmar que tenía título o causa legítima para exigir de la otra el pago de unos determinados daños.

De allí que no fuera el hoy procesado, sino la autoridad respectiva, la legitimada para determinar si el conductor del taxi tenía responsabilidad en los hechos, y si debía o no cancelar la suma de dinero que aquél le exigía.

Otra equivocación, no de menor trascendencia, consiste en referenciar la letra de cambio como fundamento legal de la obligación exigida, sin reparar que este documento, al igual que el de entrega del vehículo, no fue suscrito voluntariamente por el taxista, sino que nació a la vida jurídica por causa de las amenazas y presiones ejercidas por Triana Silva.

Además, si se tiene en cuenta que el procesado no reportó ante la institución policial el referido accidente, ni las averías supuestamente causadas al vehículo, y que el automotor continuó trabajando normalmente (fls.75 y 77- 1), se concluye, sin mayores dificultades, que los daños no tuvieron la gravedad que el procesado aduce (fls.26), y que, el citado incidente, solo sirvió de pretexto para hacer una exigencia dineraria no debida, en beneficio propio.

Por estas razones, no pueden ser de recibo los argumentos esgrimidos por el Procurador Delegado sobre la legalidad de la prestación exigida, y la por

consiguiente errónea calificación de la conducta investigada.

Podría pensarse que, por tratarse de un delito de concusión cometido por un agente de la policía en servicio activo, la competencia para su investigación y juzgamiento corresponde a la justicia penal militar, en razón del fuero que ampara a los miembros de la fuerza pública, conforme lo establece la Constitución Nacional en su artículo 221.

Con el fin de hacer claridad a este respecto, señalase, en primer término, que para la aplicación del régimen foral militar se requiere que el sujeto agente, además de ostentar la calidad de miembro activo de la fuerza pública, actúe dentro del marco de su actividad funcional, policial o militar. En el caso de la policía nacional, dentro de las funciones que le son propias, referidas primordialmente al mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas (art.218 ejusdem).

El delito de concusión previsto en el artículo 140 del Código Penal (198 del Código Penal Militar), puede llegar a estructurarse a través de dos formas, por abuso del cargo o de la función. En relación con la primera, la Corte ha dicho que se presenta cuando el sujeto agente, aprovechándose de la calidad o investidura que ostenta, ejecuta actos que no le competen por estar atribuidos a otra autoridad. Y, la segunda modalidad, cuando actúa dentro de la órbita de su competencia funcional (Cfr. Auto Nov. 14/80, Mag. Pte. Dr. Velásquez Gaviria; Cas.feb.10/81, Mag. Pte. Dr. Romero Soto; Sent.julio 31/84, Mag. Pte. Dr. Calderón Botero; Cas. Sep.22/87, Mag. Pte. Dr. Duque Ruiz, entre otras).

Analizadas estas dos hipótesis a efecto de concretar las condiciones requeridas para que el fuero militar tenga operancia, se tiene que solo cuando se presenta la segunda, habrá lugar a investigación y juzgamiento privilegiados, pues, en el primer

evento, por no estar el hecho vinculado con la función, no tendrá cabida la protección foral.

En el caso sub judice, el delito de concusión imputado al procesado Triana Silva lo es por abuso del cargo y no de la función, pues dentro del marco de su competencia como agente de la policía no se encuentra solucionar conflictos económicos surgidos en accidentes de tránsito, ni privar a las personas involucradas en ellos de su libertad, como terminó haciéndolo al procurar la entrega del dinero exigido, debiéndose concluir, por tanto, que la actividad concusionaria la cumplió no dentro de la órbita de las funciones que le eran propias, sino prevaliéndose de su condición de miembro activo de la fuerza pública, la que en ningún momento ocultó.

Siendo ello así, la llamada a conocer de este proceso era la justicia ordinaria, como en efecto lo hizo.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Comuníquese y devuélvase al tribunal de origen.

CUMPLASE.

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE CORDOBA POVEDA

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

DIDIMO PAEZ VELANDIA

NILSON PINILLA PINILLA

JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

Patricia Salazar Cuéllar

Secretaria