

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA/ PENA/ CONCUSION

Tesis:

También yerra al decir que esta agravante no se puede aplicar por ser el acusado servidor público, pues como lo ha repetido la sala en distintos pronunciamientos, lo uno no excluye lo otro, y la explicación es la siguiente:

“Lo anterior está indicando que en presencia de esa inmensa gama de empleados oficiales, todos posibles sujetos activos de los delitos de responsabilidad, es perfectamente factible deducir la circunstancia de agravación punitiva en comento (ord. 11, del art.66) en relación con algunos de ellos por su preeminencia respecto a los demás. Y entre estos empleados oficiales se encuentran, indudablemente, los jueces, quienes por su propia función están obligados, como los que más, a obedecer la ley, aquella misma ley por cuyo incumplimiento sanciona a otros. Es obvio que el delito cometido por un Juez, así sea de aquellos ilícitos de los que solo pueden ser sujeto activo los empleados oficiales, produce un gravísimo impacto negativo en la sociedad, lo cual justifica ampliamente un incremento punitivo precisamente por lo que él representa ante la sociedad”. (Sent. 21 de nov. de 1990. M. P. Guillermo Duque R.).

Es un sofisma de distracción decir que como el legislador le fijó a la concusión una pena mínima de dos años, es porque la gravedad intrínseca de ésta conducta no tiene una consecuencia punitiva que vaya más allá de ese tiempo, salvo condiciones que señalen una gravedad especial, pues es obvio que las implicaciones que la conducta tiene a los ojos del legislador no se infieren exclusivamente del mínimo sino de los extremos punitivos, y ellos se señalan para que el juez, ante el caso concreto, y teniendo en cuenta los

factores para dosificarla, entre los cuales está la gravedad, precise la pena aplicable.

PROCESO : 11101

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. RICARDO CALVETE RANGEL

Aprobado Acta No. 135

Santa Fe de Bogotá D.C., septiembre dieciocho de mil novecientos noventa y seis.

V I S T O S

Por vía de apelación conoce la Corte de la sentencia anticipada proferida por el Tribunal Nacional el 27 de julio 1995, mediante la cual condenó al doctor ALIRIO DE JESUS TOBON DUQUE, ex-fiscal seccional de Medellín, por el delito de concusión.

H E C H O S

Fueron resumidos así por el a-quo:

“Mediante la grabación magnetofónica de varias llamadas telefónicas -ordenadas por la Fiscalía Delegada ante el Departamento Administrativo de Seguridad de Medellín a raíz de una denuncia formulada el 22 de marzo de 1994 por el abogado litigante GONZALO VILLA LONDOÑO-, se logró establecer que el Fiscal Seccional de esa ciudad, Dr. ALIRIO DE JESUS TOBON DUQUE, su asistente ALBA LUCIA ARBELAEZ JARAMILLO y el técnico

judicial JAIRO ALONSO OSPINA RAMIREZ, le habían sonsacado ocho millones seiscientos mil pesos al señor CARLOS ARBELAEZ AGUDELO a cambio de la libertad de su hermano, JORGE IVAN ARBELAEZ AGUDELO, detenido por cuenta de la Fiscalía Regional que en ese entonces estaba a cargo del Dr. JAIME EMIRO RINCON PUENTES, sin que la providencia que ordenaba tal cosa tuviera efectividad, como que en virtud de esas anomalías fue designado un nuevo Fiscal, y este la revocó”.

ACTUACION PROCESAL:

1. El 26 de mayo de 1994, La Fiscalía 15 Delegada ante los Tribunales de Distrito de Medellín abrió investigación penal por el presunto delito de concusión, y el 7 de junio del mismo año dictó medida de aseguramiento de detención preventiva contra el doctor ALIRIO DE JESUS TOBON DUQUE y otros.
2. El 18 de julio siguiente la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional ordenó tramitar conjuntamente los procesos seguidos a TOBON DUQUE y al Fiscal Regional JAIME EMIRO RINCON PUENTES.
3. El 30 de diciembre de 1994 se profirió resolución de acusación en la cual se llamó a juicio a JAIME EMIRO RINCON PUENTES, (en calidad de autor), JAIRO ALONSO OSPINA RAMIREZ y ALIRIO DE JESUS TOBON DUQUE (como determinadores), y ALBA LUCIA ARBELAEZ JARAMILLO (como cómplice), por los punibles de concusión y prevaricato por acción, decisión que fue modificada por la Unidad de Fiscales Delegados ante esta Corporación, en el sentido de mantener la acusación solo por el delito de concusión, en calidad de coautores para los tres primeros, y cómplice para la última.
4. El procesado TOBON DUQUE en escrito dirigido al Tribunal Nacional aceptó la responsabilidad en los cargos que se le formularon, y solicitó sentencia

anticipada amparado en lo dispuesto en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Considera el Tribunal que en el proceso hay certeza tanto de la objetividad del delito de concusión, como de la responsabilidad del acusado. Al respecto expresó:

” Los anteriores planteamientos, que en su momento le sirvieron a la Fiscalía para residenciar en juicio al sindicado Dr. ALIRIO DE JESUS TOBON DUQUE como autor responsable del delito de concusión -por cuanto según se ha visto, abusando de su cargo de Fiscal Regional, constriñó al señor Carlos Arbeláez Agudelo para que diera dinero a cambio de la libertad de su hermano Jorge Iván, detenido en la época de los hechos por cuenta del también sindicado y a la sazón Fiscal Regional, Dr. JAIME EMIRO RINCON PUENTES-, los comparte y prohija esta Sala de decisión para predicar que, así mismo, hay certeza tanto acerca de la objetividad de dicho delito, como sobre la responsabilidad penal que en la comisión de ese hecho punible le incumbe a dicho procesado, aceptada por él sin reparo alguno en su memorial petitorio de la sentencia anticipada, y, además, con los documentos pertinentes, está acreditado que en la época de autos desempeñaba el aludido cargo de Fiscal Seccional de Medellín.”

Con estas razones profirió sentencia

condenatoria contra el encausado por el comportamiento atribuido en la resolución de acusación, y dosificó la pena así:

Partió del mínimo previsto en la disposición infringida, esto es, 2 años de prisión -atendiendo la circunstancia de atenuación prevista en el ordinal 1o. del artículo 64-, incrementada en 3 años más por la concurrencia de las circunstancias de agravación de los ordinales 1o., 3o., 4o., 5o., 7o. y 11 del artículo 66 del Código Penal.

Reconoció la disminución de una sexta parte por haberse acogido a la sentencia anticipada en la etapa del juicio, para imponerle en definitiva 50 meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo.

LA IMPUGNACION

El defensor del procesado basa su inconformidad en lo siguiente:

1. El legislador previó como pena mínima para el delito de concusión 2 años de prisión dada la gravedad intrínseca de la infracción, y no es dable incrementar la pena por ser el sindicado servidor público, pues se estaría repitiendo la esencia de la conducta misma.
2. Con relación a las agravantes previstas en los ordinales 3o. y 5o. del artículo 66 del Código Penal, considera que el haberse dificultado la defensa del ofendido y el abuso de las condiciones de inferioridad del constreñido, son ingredientes propios de la conducta porque esos son los motivos para erigir en delito el abuso del cargo o de la función.
3. A la gravedad intrínseca del constreñimiento no se pueden agregar los agravantes genéricos porque se estaría violando el principio del “non bis in idem”.
4. La circunstancia de agravación prevista en el numeral 11 del artículo 66 ibidem, impuesta en la sentencia, no puede aplicarse porque no fue prevista en la resolución de acusación.
5. El sindicado confesó el delito desde la indagatoria, y por eso se debe reducir la pena en una sexta parte. Aclara que en la primera parte de la indagatoria se

mostró “poco claro” con relación a hechos distintos a los atribuidos en este proceso, pero en la segunda parte de la diligencia hace el relato verdadero de los hechos, siendo indiferente si conocía o no al Fiscal Regional RINCON PUENTES.

Sostiene que no hubo flagrancia porque la grabación requiere verificación mediante peritaje.

6. El sindicato siempre observó buen comportamiento y una sanción superior a los 3 años de prisión no se ajusta a los criterios legales para dosificar la pena y hacen improcedente el subrogado de la ejecución condicional, el cual merece, para tener la oportunidad de “enderezar su comportamiento”.

El derecho penal busca la resocialización del delincuente, y en este caso el procesado trabajaría en bien de su familia.

7. El acusado debe afrontar otros procesos penales, lo cual hace pensar en una reclusión indefinida si en este asunto la sanción es severa y sin derecho al subrogado invocado.

Finalmente dice que la apelación busca un replanteamiento en la dosimetría de las penas impuestas y el otorgamiento de la condena de ejecución condicional.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1o. De conformidad con el numeral 4o. del artículo 37B del Código de Procedimiento Penal, el defensor tiene interés para recurrir, pues cuestiona la dosificación de la pena y la denegación del subrogado de la condena de ejecución condicional, únicos aspectos sobre los cuales se ocupará la Sala, al tenor del artículo 217 ibidem.

2o. La resolución de acusación fue modificada por el Fiscal Delegado ante la Corte al resolver el recurso de apelación, quedando TOBON DUQUE en definitiva llamado a juicio por el delito de concusión, con las agravantes genéricas prevista en los numerales 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., y 11o. del artículo 66 del Código penal, expresamente imputadas en dicho proveído.

Así las cosas, es evidente que el impugnante se equivoca al decir que la agravante del numeral 11 no fue deducida en la acusación, de modo que su alusión al debido proceso carece por completo de fundamento.

También yerra al decir que esta agravante no se puede aplicar por ser el acusado servidor público, pues como lo ha repetido la sala en distintos pronunciamientos, lo uno no excluye lo otro, y la explicación es la siguiente:

“Lo anterior está indicando que en presencia de esa inmensa gama de empleados oficiales, todos posibles sujetos activos de los delitos de responsabilidad, es perfectamente factible deducir la circunstancia de agravación punitiva en comento (ord. 11, del art.66) en relación con algunos de ellos por su preeminencia respecto a los demás. Y entre estos empleados oficiales se encuentran, indudablemente, los jueces, quienes por su propia función están obligados, como los que más, a obedecer la ley, aquella misma ley por cuyo incumplimiento sanciona a otros. Es obvio que el delito cometido por un Juez, así sea de aquellos ilícitos de los que solo pueden ser sujeto activo los empleados oficiales, produce un gravísimo impacto negativo en la sociedad, lo cual justifica ampliamente un incremento punitivo precisamente por lo que él representa ante la sociedad”. (Sent. 21 de nov. de 1990. M. P. Guillermo Duque R.).

3o. Es un sofisma de distracción decir que como el legislador le fijó a la concusión una pena mínima de dos años, es porque la gravedad intrínseca de ésta

conducta no tiene una consecuencia punitiva que vaya más allá de ese tiempo, salvo condiciones que señalen una gravedad especial, pues es obvio que las implicaciones que la conducta tiene a los ojos del legislador no se infieren exclusivamente del mínimo sino de los extremos punitivos, y ellos se señalan para que el juez, ante el caso concreto, y teniendo en cuenta los factores para dosificarla, entre los cuales está la gravedad, precise la pena aplicable.

En el proceso que nos ocupa es muy claro que se trató de un comportamiento especialmente repudiable y grave, pues es inconcebible que un funcionario judicial a quien se le confió el manejo de un instrumento de control social de tanto poder como el derecho penal, lo haya utilizado en su propio beneficio negociando la libertad de una persona detenida, circunstancia que el Fiscal que resolvió el recurso interpuesto contra el pliego de cargos toma en cuenta para con razón advertir lo siguiente:

“Independientemente de si el ciudadano JORGE IVAN ARBELAEZ debía estar preso o libre lo cierto es que negociar con la libertad de las personas por dinero afecta las bases mismas del estado social y democrático de derecho y si esa conducta la realizan abusando del cargo quienes tienen como deber funcional principal la realización de la justicia penal y la protección de las garantías individuales, en cualquiera de los niveles, resulta difícil encontrar situaciones de vulneración al bien jurídico de mayor entidad, al extremo que obliga al acercamiento sustancial al máximo de pena imponible”.

4o. No es de recibo la argumentación del recurrente, en el sentido que el haberse dificultado la defensa del afectado, y el abusar de su inferioridad no difieren de la esencia del constreñimiento, pues de una parte es desconocer que hay distintas maneras de constreñir, y que como dice la norma, el tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del hecho, pueden tener características que dificultan la defensa de la víctima, quien a su vez puede encontrarse en condiciones de inferioridad, como evidentemente lo estaba el señor CARLOS ARBELAEZ frente a quienes tenían en sus manos

la libertad de su consanguíneo.

No hay duda de que el aprovecharse de la angustia que estaba viviendo el hermano del detenido demuestra una mayor insensibilidad moral en el ex-funcionario enjuiciado, y que lo innoble del motivo, lo cual reconoce el defensor, indica que la deducción de las agravantes previstas en los numerales 1o., 3o., 4o. y 5o. del artículo 66 del Código Penal fue acertada.

5o. La falta de proporcionalidad en la dosificación de la pena, aspecto que destaca el recurrente, es ciertamente algo que ha debido tener en cuenta el Tribunal, pero no para aumentar menos por las agravantes, sino para que no hubiera partido del mínimo como lo hizo, pues los factores probados ameritaban que la base para la cuantificación de la sanción fuera mayor, así hubiera llegado al máximo, pues no debe olvidarse que no obstante la norma sobre aplicación de mínimos y máximos (Art. 67 C. P.), es sin perjuicio de lo previsto en el artículo 61 ibidem.

6o. También solicita la defensa el reconocimiento de la reducción de pena por confesión, porque considera que el acusado admitió la responsabilidad en el hecho desde la primera versión, sin embargo basta leer la injurada para constatar que eso no es cierto, pues no solo se mostró ajeno al delito que se le imputó, sino incluso dijo: "... se me hace muy extraño todas estas cantidades de acusaciones porque siempre he sido una persona desde que estoy vinculado a la rama tratando de colaborar a la gente sin ninguna retribución; es más es a raíz de esa forma de ser mía, de tan dado a colaborar y ayudarle a la gente que me veo enfrascado en esta investigación...".

Es obvio que con la prueba recaudada le quedaba muy difícil negar su intervención en el ilícito, pero entonces se las ingenió para tratar de aparecer como un

inocente intermediario, ajeno a lo que realmente estaba ocurriendo, hasta el punto de que negó conocer a JAIME EMIRO RINCON PUENTES, y entiéndase bien, no es por esa negativa por la que se dice que no confesó, es que ella tiene sentido dentro del contexto de su coartada de que no era coautor de la concusión cometida.

La Fiscalía Delegada ante la Corte describió muy bien su situación cuando sostuvo:

“En efecto, el desarrollo concreto de la acción indica que en el marco de la organización delictiva específicamente diseñada en este caso, al Dr. RINCON PUENTES le correspondió la posición de mantenerse oculto frente a terceros, pero con el dominio del hecho propio de quien es la única persona con capacidad de realizar la contraprestación por el dinero exigido, consistente en la liberación de JORGE IVAN ARBELAEZ, posición que solo puede ser explicada con la mediación de un previo acuerdo indiciariamente demostrado, porque de él obviamente no suele dejarse prueba directa. Por su parte la exigencia se canalizó a través de Jairo Alonso Ospina, persona encargada de servir de canal de comunicación entre los fiscales regional y seccional, pero también, como se infiere del texto de las conversaciones grabadas, con asunción subjetiva del hecho como propio y con dominio de él, en cuanto posibilidad hipotética de interrupción de la cadena causal y finalmente aparece el Dr. Tobón como interlocutor directo del Sr. CARLOS ARBELAEZ, aquel no como simple intermediario de cosas ajenas ni simple invocador de influencias, sino como autor material del constreñimiento, desde luego con dominio compartido del acto y aquí sí con la colaboración eficaz de Alba Lucía Arbeláez Jaramillo...”

Lo anterior explica que en la sentencia no se hubiera hecho ninguna mención a la supuesta confesión, pues simplemente no existió, de modo que nada había que decir sobre la eventual rebaja de pena.

Y desde otro punto de vista, no sobra recordar que el sindicado no aportó nada al

esclarecimiento de los hechos, sino que fue el esfuerzo de los funcionarios del Estado el que llevó a establecer su responsabilidad en el delito, de una manera tan incontrovertible, que no le dejó alternativa distinta que admitir los cargos que se le formularon en la resolución de acusación.

7o. La confirmación de la pena impuesta en la instancia, superior a tres años de prisión, releva a la Sala de cualquier consideración sobre la viabilidad del otorgamiento del subrogado de la condena de ejecución condicional.

Asi mismo, la argumemntación del impugnante sobre la posible reclusión indefinida de su defendido si no se le concede condena de ejecución condicional, habida cuenta de que en su contra cursan otros procesos penales, carece de fundamento, pues de una parte, si se llegara a proferir en su contra nuevas sentencias condenatorias, según los casos podría ser aplicable la acumulación de penas, y de otra, no se ve como puede considerar exceso del Estado el que sancione dentro de los marcos fijados por la ley, a un delincuente que resolvió explotar económicamente su condición de funcionario judicial, traicionando la confianza que se le depositó y agrediendo a la sociedad con su conducta.

En atención a lo dicho se confirmará la sentencia recurrida.

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

RESUELVE

CONFIRMAR en su integridad la sentencia apelada, impuesta al

doctor ALIRIO TOBON DUQUE, en su calidad de ex-Fiscal Seccional de Medellín, por el delito de concusión.

Comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE CORDOBA POVEDA

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

DIDIMO PAEZ VELANDIA

NILSON PINILLA PINILLA

JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria