

PROCESO No. 11361

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado acta No.142

Magistrado ponente:

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

Resuelve la Corte la solicitud de prescripción de la acción penal presentada por el procesado JAFETH IBARGUEN MOSQUERA.

Antecedentes.

Las presentes diligencias se iniciaron con fundamento en las afirmaciones hechas por Javier Mosquera Agualimpia, en el sentido de que el día 17 de agosto de 1991 se había entrevistado con el Secretario del Juzgado Quince de Instrucción Criminal Ambulante del Municipio de Quibdó (Chocó), Jafeth Ibarquen Mosquera, quien le exigió la suma de un millón quinientos mil pesos a cambio de colaborarle, en compañía del Juez, en la solución de un problema judicial, dineros que le fueron entregados por sus familiares, quienes le habían dado \$430.000.00 más (fls.47/1).

Por estos hechos, la Fiscalía profirió el 17 de agosto de 1994 resolución de acusación contra Ibarquen Mosquera, como presunto autor responsable del delito de concusión, conforme a lo previsto en el artículo 140 del Código Penal, pronunciamiento que

causó ejecutoria el 26 de agosto siguiente (fls.389, 405, 407/1).

Rituada la causa, el Juzgado de conocimiento, mediante sentencia de 4 de abril de 1995, absolvió al procesado de los cargos imputados en la resolución de acusación, por ausencia de certeza probatoria en cuanto a la realización de la conducta típica y su consiguiente responsabilidad penal (fls.525/1). Apelado este fallo por el Fiscal del proceso, el Tribunal Superior de Quibdó, mediante suyo de 11 de septiembre del mismo año, que ahora recurre en casación el representante del ente acusador, lo confirmó en todas sus partes (fls.573/1).

La petición.

El procesado Jafeth Iburguen Mosquera solicita a la Corte ordenar la cesación de todo procedimiento por prescripción de la acción penal, teniendo en cuenta que los hechos acaecieron durante la vigencia del original artículo 140 del Código Penal, que conminaba el delito de concusión con pena máxima privativa de la libertad de 6 años de prisión, y que desde la fecha de ejecutoria de la resolución de acusación han transcurrido más de cinco años, tiempo requerido para que opere el fenómeno prescriptivo, según lo establecido en los artículos 82 y 84 ejusdem. Sobre el particular, precisa:

“Como se investigan unos hechos supuestamente acaecidos antes de la vigencia de la ley 190 de 1995, años 1990 o 1991, de acuerdo al artículo 140, tiene una penalización de 2 a 6 años. Al agravarse con $1/3$ de $6=2$. Luego $6+2=8$ dividido por $2=4$, pero como no puede ser inferior a cinco años, es el lapso transcurrido entre el 26 de agosto de 1994 que cobró firmeza la resolución de acusación y el 26 de agosto de 1999...”.

SE CONSIDERA:

Reiteradamente la Corte ha sostenido que el incremento del término prescriptivo establecido en el artículo 82 del Código Penal, cuando el delito ha sido cometido dentro del

país por empleado oficial en ejercicio de sus funciones, o de su cargo, o con ocasión de ellos, opera por igual en el sumario como en la causa, y que su aplicación, por tanto, debe hacerse de manera autónoma en cada uno de los referidos estadios procesales.

En el sumario, sobre el término de prescripción señalado en el artículo 80 del referido estatuto, sin exceder de 20 años. En el juicio, sobre el monto establecido en el artículo 84 ejusdem, que como se sabe, en ningún caso puede ser inferior a cinco (5) años. De allí que la Corte haya insistentemente sostenido que el tiempo de prescripción en los casos contemplados en el artículo 82 del Código Penal, jamás podrá ser inferior a seis (6) años y ocho (8) meses, cualquiera sea el estado del proceso (Cfr. Casación abril 28/92, Magistrado Ponente Dr. Torres Fresneda; Auto diciembre 6/95, Sentencia revisión sep.23/98, Magistrado Ponente doctor Calvete Rangel; Auto noviembre 12/98 Magistrado Ponente doctor Córdoba Poveda; y, Casación abril 20/99 Magistrado Ponente doctor Páez Velandia, entre otras).

En el caso sub judice, se tiene que el procesado Jafeth Ibarquen Mosquera fue llamado a responder en juicio por el delito de concusión, que adscribía, para la época de los hechos, pena privativa de la libertad de 2 a 6 años de prisión (artículo 140 Código Penal). Por consiguiente, el término prescriptivo, independientemente del mandato contenido en el artículo 82 del Código Penal, sería de seis (6) años en el sumario y cinco (5) años en el juicio, de acuerdo con las directrices establecidas en los artículos 80 y 84 ejusdem. Pero como el citado artículo 82 dispone un aumento de una tercera parte, el término extintivo para el sumario quedaría en 8 años (6 + 2), y en 6 años 8 meses (5 + 1 año 8 meses) el del juicio.

Equivocada resulta, por tanto, la operación realizada por el memorialista, en cuanto imputa anticipadamente sobre el término de prescripción para el sumario (6 años), el aumento de la tercera parte (2 años), cuyo total (8 años) reduce a la mitad (4 años), dando de esta manera por descontado el incremento del artículo 82, lo cual constituye una

falacia, debido a que desconoce el límite temporal mínimo de prescripción que consagra el artículo 84 (5 años).

Visto, entonces, que el tiempo requerido para que opere en el presente caso el fenómeno prescriptivo de la acción es de seis (6) años ocho (8) meses, y que la resolución de acusación causó ejecutoria el 26 de agosto de 1994, sin mayor esfuerzo se concluye que la acción no se ha extinguido, pues desde entonces solo han transcurrido cinco años. Por consiguiente, se desestimaré la petición del procesado.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

R E S U E L V E:

NEGAR la solicitud de cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal, impetrada por el procesado Jafeth Ibarquen Mosquera.

Notifíquese y cúmplase.

JORGE A. GOMEZ GALLEGO

FERNANDO E. ARBOLEDA R. JORGE CORDOBA POVEDA

CARLOS GALVEZ ARGOTE EDGAR LOMBANA T.

Salvamento de Voto

MARIO MANTILLA N. CARLOS MEJIA ESCOBAR

ALVARO O. PEREZ PINZON NILSON PINILLA PINILLA

Patricia Salazar Cuéllar

SECRETARIA

SALVAMENTO DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto por la decisión mayoritaria de la Sala, me permito expresar mi disentimiento en lo relacionado con el término de prescripción de la acción penal tratándose del ilícito de concusión, cometido por un servidor público en ejercicio de sus funciones.

En el caso que nos ocupa se profirió resolución de acusación contra el señor JAFETH IBARGUEN MOSQUERA, por el delito de concusión, sancionado con pena de dos (02) a seis (06) años de prisión, para la época de los acontecimientos, cuando ocupaba el cargo de secretario del Juzgado Quince de Instrucción Criminal Ambulante de Quibdó (Chochó), providencia que quedó en firme el 26 de agosto del mismo año.

Significa lo anterior que ha prescrito la acción penal, hecho objetivo que debió declararse y, por ende, cesar el procedimiento a favor del peticionario, toda vez que ha transcurrido un lapso superior a cinco años a partir de la fecha de ejecutoria de la resolución de acusación.

El auto del 21 de septiembre de 1999, del cual respetuosamente disiento, sostiene a folio tres:

“Reiteradamente la Corte ha sostenido que el incremento del término prescriptivo establecido en el artículo 82 del Código Penal, cuando el delito ha sido cometido dentro del país por el empleado oficial en ejercicio de sus funciones, o de su cargo, o con ocasión de ellos, opera por igual en el sumario como en la causa, y que su aplicación, por tanto debe hacerse de manera autónoma en cada uno de los referidos estadios

procesales.”

“En el sumario, sobre el término de prescripción señalado en el artículo 80 del referido estatuto, sin exceder de 20 años. En el juicio, sobre el monto establecido en el artículo 84 ejusdem, que como se sabe, en ningún caso puede ser inferior a cinco (5) años. De allí que la Corte haya insistentemente sostenido que el tiempo de prescripción en los casos contemplados en el artículo 82 del Código Penal, jamás podrá ser inferior a seis (6) años y ocho (8) meses, cualquiera sea el estado del proceso.”

Las siguientes razones fundamentan el respetuoso disenso de la decisión mayoritaria de la Sala, y son las mismas expresadas en mis salvamentos de voto frente a la sentencia del 2 de febrero de 1999, (M.P.Dr. Nilson Pinilla Pinilla) y al auto del 20 de septiembre del año en curso, expediente de casación No. 11.451, (M.P. Dr. Jorge Córdoba Poveda), casos similares al presente, en los cuales, por no estar de acuerdo con las reflexiones de la Colegiatura, de igual manera me vi precisado a disentir:

1-. El estatuto jurídico de la prescripción de la acción penal regula la facultad de ejercerla por su único titular: el Estado, con relación al tiempo, lapso auto impuesto por la ley que de él emana.

Si ese lapso tiene alguna relación con el hecho punible considerado ontológicamente es exclusivamente en referencia a la duración de la pena privativa de la libertad asignada, pero sin trascender en su límite superior al máximo de pena privativa de la libertad prevista para el delito. Tampoco y con relación al mínimo de pena privativa de la libertad, podrá la prescripción ser inferior a los cinco años. En este mismo tiempo prescribirá la acción penal para los delitos que no tengan señalada como pena principal la privación de libertad.

Y para las primeras impuso como límite el previsto por el artículo 80 del Código Penal, norma que regula el fenómeno de manera general y con relación exclusivamente a la etapa

instructiva del proceso.

2-. Es cierto que existe una prescripción extendida en el tiempo para los eventos previstos por los artículos 81 y 82 del Código Penal y específicamente me refiero al incremento de una tercera parte en el término prescriptivo para el caso en el cual el delito fuere cometido por servidor público “en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellas”; sin embargo, tal incremento en el requisito cronológico opera cuando la prescripción ha de ocurrir en la etapa de instrucción, mas no en la fase del juzgamiento.

El auto del cual disiento al hacer los cómputos sobre prescripción de la acción penal extendió dicho lapso adicional de la tercera parte también hacia la fase del juzgamiento, a pesar de que ya había sido interrumpida por la ejecutoria del auto de proceder o su equivalente, y que había iniciado a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80 del Código Penal, tal como lo dispone el artículo 84 ibídem.

3-. Cuatro son pues los términos de prescripción de la acción penal señalados por el Código Penal en sus artículos: 80 de modo general, 81 para el delito consumado o iniciado en el exterior, 82 para el caso de delitos cometidos por servidor público a condición de ser cometido el delito en el país y en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellas y, finalmente el término reducido previsto por el artículo 84 con referencia expresa al estipulado por el artículo 80 para el caso de interrupción de la prescripción por la ejecutoria del auto de proceder o su equivalente.

3.1 Una correcta interpretación de las disposiciones contenidas en los artículos arriba mencionados nos indica que para contar el término de prescripción en el evento señalado por el artículo 84 del Código Penal, esto es, con posterioridad a la ejecutoria del llamamiento a juicio que lo interrumpe para comenzar a correr luego de esa ejecutoria, ha de hacerse solamente con relación al término que este mismo artículo indica de

manera expresa e imperativa como quiera que el texto legal dice: “Interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80...”

3.2-. Luego es al término indicado por el art.80 del Código Penal al que ha de referirse el intérprete y no a otro para ejecutar el ejercicio de cómputo.

El artículo 84 del Código Penal no se ocupa de calidades o condiciones personales del sujeto activo para incrementar el término prescriptivo. Tampoco al artículo 84 C.P. le interesa el que el delito haya sido cometido en el exterior, art.81 C.P., o dentro del país, art.82 ibídem, pues aquellos regulan la prescripción para el exclusivo evento de la instrucción sumarial, en cambio, el artículo 84 C.P. regula la prescripción exclusivamente para la etapa del juicio.

Como es entendible entonces, por la etapa procesal por la cual discurra el asunto sometido a la jurisdicción será más o menos amplio el término de prescripción si de instructiva se trata, o si el sujeto activo es servidor público, o si el hecho se inició o se consumó en el exterior, pero lo que sí es absolutamente claro y preciso, es que la ley ha fijado para el juzgamiento un preciso lapso de prescripción que sin ser inferior a la de cinco años y para todos los delitos, no podrá superar en la mitad al término indicado por el artículo 80 de Código Penal.

Síguese entonces y como corolario que la prescripción de la cual trata el artículo 84 del Código Penal no está condicionada por ninguna consideración personal o fáctica distinta al simple transcurso del tiempo.

4-.Y es que tiene que ser así, puesto que como ya ha quedado enunciado, la prescripción ninguna relación tiene con el hecho punible diferente a la mensura de la pena privativa de la libertad o a la ausencia de ella como principal.

La prescripción de la acción penal, en fin, es un derecho del procesado y como tal un derecho sustancial anejo al del debido proceso y con él al derecho de defensa.

5-. Si se estudia el punto desde la óptica de un vacío en la ley, como quiera que el artículo 84 del Código Penal se refiere expresa y exclusivamente al término previsto por el artículo 80 ejusdem, llenarlo con la extensión a la tercera parte en el término prescriptivo de que trata el artículo 82 ibídem, comportaría ni más ni menos que la práctica de analogía in malam partem, expresamente prohibida por el artículo 7º rector de la misma codificación, toda vez que la prescripción de la acción penal deviene para el procesado en un verdadero derecho sustancial, y es así, porque a pesar de que la prescripción de la acción penal es un instituto de derecho procesal, está recogido por la normatividad sustancial y otorga derecho al procesado para no ser perseguido sin límite en el tiempo, sino exclusivamente dentro del lapso que la ley otorga al Estado para ejercitar la acción penal.

Si la ley hubiese querido extender el término de prescripción para el juzgamiento, así lo hubiera indicado expresamente el artículo 84 del Código Penal, tal y como lo hizo para la investigación en los artículos 81 y 82 ibidem, pues estos y aquél se refieren al unísono al término previsto por el artículo 80 ejusdem.

6-. Si se estudia el punto desde la óptica de un vacío en la ley, como quiera que el artículo 84 del Código Penal se refiere expresa y exclusivamente al término previsto por el artículo 80 ejusdem, llenarlo con la extensión a la tercera parte en el término prescriptivo de que trata el artículo 82 ibídem, comportaría ni más ni menos que la práctica de analogía in malam partem, expresamente prohibida por el artículo 7º rector de la misma codificación, toda vez que la prescripción de la acción penal deviene, para el procesado en un verdadero derecho sustancial, y es así, porque a pesar de que la prescripción de la acción penal es un instituto de derecho procesal, está recogido por la normatividad sustancial y otorga derecho al procesado para no ser perseguido sin

límite en el tiempo, sino exclusivamente dentro del lapso que la ley otorga al Estado para ejercitar la acción penal.

Si la ley hubiese querido extender el término de prescripción para el juzgamiento, así lo hubiera indicado expresamente el artículo 84 del Código Penal, tal y como lo hizo para la investigación en los artículos 81 y 82 ibidem, pues estos y aquél se refieren al unísono al término previsto por el artículo 80 ejusdem.

7-. El artículo 84 del Código Penal, es claro en remitir al artículo 80 ibídem, y a ningún otro, para la obtención del cómputo del tiempo de prescripción de la acción penal, que hubiere sido interrumpida por la ejecutoria de la resolución de acusación o su equivalente.

Aquella norma es diáfana y unívoco su sentido, por lo cual el intérprete no puede, sin faltar a la legalidad, combinar presupuestos y consecuencias de otros preceptos con el supuesto fin de desentrañar su espíritu.

Bien advierte el artículo 27 del Código Civil, en el capítulo destinado a la interpretación de la ley:

“Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.”

8-. No obstante, si pudiere admitirse exclusivamente en gracia de discusión, que existe contradicción entre los artículos 80, 82 y 84 del Código Penal, para adoptar la decisión más ajustada a la legalidad es preciso acudir a la norma general sobre interpretación de la ley, contenida en la Ley 57 de 1887.

En efecto, el artículo 5° de la Ley 57 de 1887, establece:

“Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal preferirá aquella.”

“Si en los códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:”

“1-. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general.”

“2-. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallaren en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; ... “

Este mandato frente a una pretendida contradicción entre los artículos 80, 82 y 84 del Código Penal, conlleva inexorablemente a la primacía de la última disposición, que con nitidez establece que interrumpida la prescripción, por el auto de proceder o su equivalente, principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80.

En los anteriores términos dejo sustentado mi salvamento.

Cordialmente,

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Magistrado

(fecha ut supra)