

FUERO/ FISCAL

4 El artículo 70, literal c del Código de Procedimiento Penal consagra un fuero legal para el juzgamiento de los fiscales ante los juzgados, adscribiendo dicha competencia a los Tribunales Superiores de Distrito, en Sala de Decisión Penal, siempre y cuando se trate de delitos que dichos servidores públicos cometan “por razón de sus funciones.”

Tal fuero, sin embargo, dista de ser personal o referente a la investidura, pues ni se extiende a la totalidad del tiempo en que el fiscal se desempeñe como tal, ni cubre toda clase de infracciones, sino tan solo aquellas que se cometan dentro de su ejercicio funcional o por razón del mismo, lo excluye no solamente los llamados delitos comunes, sino aún los de responsabilidad que se cometan con el solo abuso del cargo, lo que parece indicar que esta competencia especial refiere, a aquella responsabilidad adicional que la Constitución Política adjudica en su artículo 6. a los servidores públicos, que a diferencia de los particulares, no solo se deriva de la simple infracción a la constitución y a la ley, sino además “por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”

Tan específica atribución implica, entonces, dentro de otras consecuencias, que para aquellos delitos en que a cuya ejecución se llega tanto por el abuso de la función como del cargo, la competencia se escinda, cubriendo el fuero con exclusividad el evento primero, en tanto que si la infracción ocurre por un abuso de la investidura, habrán de conocer los funcionarios ordinarios, con sujeción a los demás factores que determinan su intervención en cada caso concreto.

Tal es lo que sucede, entre otros, frente al delito de concusión, donde la descripción legal del tipo (artículo 140 del Código Penal, modificado por el artículo 21 de la Ley 190 de 1995) admite la ejecución de la conducta, sea porque el servidor público abuse de su “cargo” ora “de sus funciones”, siendo entendido que su aforamiento queda restringido a la segunda de estas dos hipótesis puntuales.

PROCESO No. 13305

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

Aprobado Acta No. 155

Santafé de Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

V I S T O S:

Por vía de apelación revisa la Sala la sentencia de mayo 14 último, en la que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó condena al doctor ADALBERTO PALACIOS VALOYES, ex-Fiscal ante los Jueces del Circuito, a la pena principal de 40 meses de prisión por el delito de concusión.

A N T E C E D E N T E S:

- El 21 de septiembre de 1.993 el Fiscal Segundo de la Unidad de Vida de Quibdó, doctor Marcos Bejarano Sánchez, avocó el conocimiento del homicidio que Jaime Aristizábal Salazar cometió en Orlando Aníbal López, proceso por el cual fue condenado el 28 de marzo de 1.995 por el Juzgado Primero Penal del Circuito, a cargo del doctor Horacio Rojas Pino.

En este último mes, la línea telefónica número 7111159 fue legalmente

interceptada, pues se obtuvo información referente a que el propietario de la misma, Iván Osorio Restrepo, estaba vinculado con el narcotráfico. En esta labor, realizada entre el 14 de marzo y el 18 de abril de 1.995, se escuchó a Osorio Restrepo hablar con Jaime Aristizábal Salazar, y a éste decir que “Alberto” (el aquí procesado, según se dedujo después) había recibido finalmente un millón de pesos por “favorecer” a Aristizabal, y que el doctor Adalberto le había dicho que “eso estaba muy barato” (ver transcripción de tales grabaciones a fls. 4 y ss. 1.447 y ss.-2).

- Como consecuencia la Policía puso los hechos en conocimiento de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, que luego de algunas diligencias previas, abrió investigación (fl. 143-1), oyó en indagatoria a los imputados Marcos Bejarano Sánchez (Fiscal Segundo Unidad de Vida), Adalberto Palacios Valoyes (Fiscal 4o. Unidad de Patrimonio ante los Jueces del Circuito) y al juez Horacio Rojas Pino (fls. 173, 184 y 202), practicó otras pruebas, dictó auto de detención contra Palacios Valoyes y se abstuvo de hacerlo respecto de los dos restantes, y al calificar la instrucción mediante resolución de mayo 23 de 1.996 (fl. 710-3), precluyó con relación a Bejarano Sánchez y Rojas Pino, acusando a Palacios por el delito de concusión.

De esta última decisión es pertinente destacar los apartes textuales que a continuación se transcriben, por su incidencia en la decisión que ha de adoptar la Corte, en cuanto luego de excluir la responsabilidad de los co-sindicados como funcionarios competentes para decidir el proceso contra Aristizabal Salazar, precisó que el único acusado doctor Palacios Valoyes había actuado no por abuso de una función que no tenía, sino del cargo que desempeñaba:

“Se dijo otrora y hoy al no haber surgido nueva probanza que lo infirme, es válido insistir que en el caso que nos ocupa, surgió un claro abuso del cargo por parte del Dr.ADALBERTO PALACIOS VALOYES.”(folio 746 del cuaderno 3 original)

y sobre tal modalidad más adelante explica: "... si bien el doctor PALACIOS VALOYES, era un vendedor de humo, necesariamente actuó precedido del cargo de Fiscal, pues en tal condición lo conocía JAIME ARISTIZABAL SALAZAR, como otrora Juez de Instrucción Criminal y en la misma le pidió que le ayudara... Tenía ARISTIZABAL la creencia y no nos atreveríamos a decir que de pronto alimentada por PALACIOS VALOYES, pues no hay prueba que así lo autorice, de que éste estaba en capacidad de arreglarle el problema." (folio 750 ibídem).

Avocado el asunto por el Tribunal, allí se practicaron algunas pruebas, se celebró la diligencia de audiencia pública (fl. 906-3) y se profirió la sentencia que es objeto de alzada (fl.973-3), la que resultó apelada por el defensor del procesado, atendido a la sustentación oral de sus razones.

LA SENTENCIA APELADA:

Considera el Tribunal que "la prueba testimonial es diáfana" para demostrar la responsabilidad del acusado en el delito por el cual se le acusa, y que tal acervo se compone de las declaraciones rendidas por Iván Moreno Osorio, Harold Mena Torres quien en otro asunto fue abogado de Jaime Aristizábal Salazar, y Gabriel Hoyos Aristizábal, primo del anterior, en cuanto que de tal información emerge:

Que Palacios Valoyes, invocando el nombre de su colega Marcos Bejarano Sánchez, pidió la suma de dinero; que Jaime Aristizábal le comentó al doctor Harold Mena cómo a pesar de haber entregado el dinero antes de que se resolviera su situación jurídica, le decidieron en contra, y que Gabriel Hoyos Aristizábal acompañó a su primo Jaime a la residencia del procesado Palacios Valoyes y presenció la entrega de un dinero.

Esta información coincidía con la indiciaria atinente al "tratamiento especial" que se le dio a Jaime Aristizábal en el proceso adelantado por el Fiscal Bejarano Sánchez y el Juez Rojas Pino el comportamiento de la agente del Ministerio

Público doctora Elizabeth Robledo de García, referida familiarmente en las conversaciones telefónicas como “Chava”, y quien pidiera la absolución de Jaime Aristizábal Salazar con la tesis gratuita de haber obrado en legítima defensa, tesis que abandonó al proferirse el fallo adverso al procesado, omitiendo su apelación.

Y con el reconocimiento que hizo la sentencia del Juez Horacio Rojas, de la atenuante de la ira, sumado a la referencia hecha por el ex magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo a Iván Osorio, al sostener que “con Horacio no hay problema” porque le habían prometido con “un estímulo” (fl.987), pues esa prueba comportaba a juicio del a-quo mérito para condenar por concusión al doctor PALACIOS VALOYES, quien

“valiéndose de su condición de fiscal seccional le pidió dinero a JAIME ARISTIZABAL SALAZAR para que el Fiscal MARCOS BEJARANO SANCHEZ -con quien actuó identificado en el propósito lo beneficiara con su decisión dentro del proceso..., contribución que habría prestado bajo ese acuerdo el doctor Bejarano para favorecer con una calificación favorable a Aristizabal Salazar.”

L A S U S T E N T A C I O N O R A L:

El señor defensor del acusado empezó su intervención refiriendo al “entorno sociológico” en que se dieron los hechos investigados, y que caracterizaba la actividad de las funciones públicas en el Departamento del Chocó por “...la suspicacia, la conseja, el rumor...”.

A continuación critica el fallo porque pese a que los doctores Marcos Bejarano Sánchez y Horacio Rojas Pino fueron objeto de preclusión en la providencia calificatoria, la condena resulta contradictoria al tomar como indicios contra el acusado la “delincuencia” cometida por aquéllos, desconociendo los efectos de cosa juzgada que lleva la declaratoria judicial de inocencia de los exonerados (fl. 63).

Califica de dudosa la capacidad moral del testigo Iván Osorio Restrepo, ya que se trata de un prestamista dentro del medio judicial, aparte de ser un “íntimo amigo” de Jaime Aristizábal Salazar, persona que “pretende arreglar todo con dinero” (fl. 68) y cuyo testimonio no obra en el proceso, lo que impide afirmar con certeza si es quien realmente habla en las conversaciones telefónicas interferidas.

Además llama la atención sobre el hecho de que todas esas llamadas hubieran ocurrido durante la causa seguida contra Aristizabal, pues para entonces ya nada tenían que ver los fiscales Bejarano Sánchez y Palacios Valoyes sobre la situación del entonces acusado, lo que torna ilógico que hubieran recibido o siquiera solicitado dinero por sus actuaciones.

Por el contrario, constituye indicio de favor el reconocimiento espontáneo que hizo el acusado de ser conocido de Jaime Aristizábal Salazar y también de que le encargó un radio porque el suyo se le había dañado.

Por otra parte, la declaración de Gabriel Hoyos Aristizábal no se considera digna de credibilidad, por no ser lógico que alguien que le va a entregar dinero a un funcionario, se haga acompañar de otra persona (fl. 83), consideraciones que rematan con la afirmación de ausencia de certeza para condenar.

Sin perjuicio de lo anterior, el impugnante cuestiona la competencia del Tribunal para juzgar el presente asunto, pues si el acusado no intervino en el proceso contra Jaime Aristizábal, ni sabía que le iba a corresponder a su colega Marcos Bejarano, para nada incidieron sus funciones de fiscal, y ello ubicaba la competencia en las Fiscalías Seccionales, por lo cual considera que el fallo apelado no proviene del funcionario competente.

– El Señor Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Quibdó afirmó que la prueba de cargo comporta la solidez suficiente para condenar, y tras aclarar que Iván Osorio

Restrepo está pendiente por comparecer a audiencia, solicita a la Corte confirmar la sentencia apelada (fl. 91).

- Por último, el señor Procurador Cuarto Delegado en lo Penal estima que no se cuenta con la certeza necesaria para condenar, puesto que todos los testigos son “de oídas”, ya que el verdadero sabedor de los hechos no apareció, y el testigo Iván Osorio Restrepo terminó descalificando su propio dicho al reconocer sus contradicciones porque “quería engañar a mi amigo, el homicida”.

C O N S I D E R A C I O N E S D E L A C O R T E:

1.- El artículo 70, literal c del Código de Procedimiento Penal consagra un fuero legal para el juzgamiento de los fiscales ante los juzgados, adscribiendo dicha competencia a los Tribunales Superiores de Distrito, en Sala de Decisión Penal, siempre y cuando se trate de delitos que dichos servidores públicos cometan “por razón de sus funciones.”

Tal fuero, sin embargo, dista de ser personal o referente a la investidura, pues ni se extiende a la totalidad del tiempo en que el fiscal se desempeñe como tal, ni cubre toda clase de infracciones, sino tan solo aquellas que se cometan dentro de su ejercicio funcional o por razón del mismo, lo excluye no solamente los llamados delitos comunes, sino aún los de responsabilidad que se cometan con el solo abuso del cargo, lo que parece indicar que esta competencia especial refiere, a aquella responsabilidad adicional que la Constitución Política adjudica en su artículo 6. a los servidores públicos, que a diferencia de los particulares, no solo se deriva de la simple infracción a la constitución y a la ley, sino además “por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”

Tan específica atribución implica, entonces, dentro de otras consecuencias, que para aquellos delitos en que a cuya ejecución se llega tanto por el abuso de la función

como del cargo, la competencia se escinda, cubriendo el fuero con exclusividad el evento primero, en tanto que si la infracción ocurre por un abuso de la investidura, habrán de conocer los funcionarios ordinarios, con sujeción a los demás factores que determinan su intervención en cada caso concreto.

Tal es lo que sucede, entre otros, frente al delito de concusión, donde la descripción legal del tipo (artículo 140 del Código Penal, modificado por el artículo 21 de la Ley 190 de 1995) admite la ejecución de la conducta, sea porque el servidor público abuse de su “cargo” ora “de sus funciones”, siendo entendido que su aforamiento queda restringido a la segunda de estas dos hipótesis puntuales.

2.- Para el caso que es ahora motivo de estudio, y tras reconocerle en ello razón al recurrente, es de observar que con desconocimiento de los términos en los que fuera concebida la resolución de acusación, la Sala de Decisión del Tribunal Superior que adelantó el juzgamiento, fundó la decisión condenatoria sobre el supuesto de un abuso funcional por parte del fiscal doctor Marcos Bejarano Sánchez, quien con motivo de la instrucción seguida por el delito de homicidio, habría favorecido ilegítimamente a Jaime Aristizábal Salazar, lo mismo que haría luego el juez Horacio Rojas Pino, con quienes habría actuado de común acuerdo el ahora condenado doctor Adalberto Palacios Valoyes, participando de los abusos de la actividad funcional cumplida por aquellos, con la exigencia y la percepción directa de los dineros entregados por el particular.

Bajo dichos supuestos, no se tendría duda de que la competencia para impulsar el juzgamiento radicaría en la Sala Penal del Tribunal, porque el delito sería el de los doctores Bejarano y Rojas, ubicándose al doctor Palacios dentro de una coautoría impropia.

No es esa, sin embargo, la situación que opera dentro de la resolución acusatoria

proferida, y que ya definió como ley del proceso los diferentes factores determinantes de la competencia para el juzgamiento, porque así se admita que fue bajo la hipótesis elaborada por el Tribunal que se inició la instrucción en este asunto, se indagó a los doctores Bejarano y Rojas, y que se les mantuvo vinculados, es innegable que al calificar de fondo el sumario, la Fiscalía excluyó la responsabilidad de aquellos, centrándola privativamente en el doctor Adalberto Palacios Valoyes, pero a la luz de un supuesto dispar: el de su exclusiva iniciativa para la exigencia del dinero, echando mano no a sus funciones, que nada en absoluto tenían que ver con la definición del caso que involucraba a Jaime Aristizabal, sino del cargo o investidura de Fiscal, de cuyo abuso se prevalía para exigir de quienes conocían por esa vinculación oficial sobre su ascendiente en el medio judicial del Municipio de Quibdó, la entrega de unas sumas indebidas.

Siendo, entonces, esa resolución de acusación -se insiste- ley del proceso al excluir la responsabilidad del Fiscal Bejarano y la del Juez Rojas Pino, como para acusar dentro de la modalidad ya dicha al procesado doctor Adalberto Palacios Valoyes, no cabe duda de su incidencia, desde su ejecutoria, para variar la competencia en el trámite del juicio, pues si hasta entonces era el Fiscal de mayor jerarquía el competente para conocer y definir la situación de los aforados, en cuanto atañe con el adelantamiento de la causa, su conocimiento se ceñía al mandato del artículo 72-c del Código de Procedimiento Penal, excluyendo la participación del Tribunal cuya competencia no deriva de la entidad del funcionario que haya proferido la acusación, sino de los puntuales preceptos de la ley, y en particular de los factores funcional, material, territorial, foral y de conexidad que para este caso se conjugan.

De todo lo anterior deriva que por haber adelantado sin competencia la presente causa, lo actuado por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó tenga que ser invalidado con fundamento en la causal primera del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, anulación que quedará restringida al juicio,

porque la instrucción sí concernía a la Fiscalía Delegada ante esa colegiatura hasta el momento de definir unificadamente la situación respecto de los aforados, así incluyera por conexidad la de quien con aquellos no lo fuera.

El expediente tendrá que regresar, entonces, para que previo el cumplimiento de sus desanotaciones, a la mayor brevedad proceda el Tribunal a remitirlo para el reparto de los Juzgados Penales del Circuito de Quibdó, a quienes corresponde impulsar y definir la causa.

En mérito de lo expuesto, y acogiendo en ello la petición alternativa del señor defensor del procesado, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal,

R E S U E L V E:

DECRETAR LA NULIDAD de lo actuado dentro del presente asunto, a partir, inclusive, de la constancia secretarial de junio 18 de 1996, mediante el cual se inició oficiosamente el traslado del artículo 446 del C. de P.P. ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó en la presente causa.

En firme esta providencia vuelvan las diligencias al Tribunal de origen, para que previas sus desanotaciones las remita por competencia y a la mayor brevedad a los Juzgados Penales del Circuito de Quibdó, a quienes corresponde el conocimiento de la causa.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE E. CORDOBA POVEDA

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

DIDIMO PAEZ VELANDIA

NILSON PINILLA PINILLA

JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

Salvamento de Voto

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

Con mi habitual respeto por las decisiones de la mayoría, me permito presentar las razones que me llevan a suscribir la decisión de la Sala, con salvedad:

1° De acuerdo con los términos de la resolución de acusación, se comprometió en juicio al doctor Adalberto Palacios Valoyes, Fiscal Seccional de Quibdó, como presunto autor del delito de concusión, por cuanto “no puede haber ninguna duda de que si un funcionario judicial en abuso de su cargo, se aventura en una empresa esquilmatoria, incurre en el delito de CONCUSION, y ese sería el caso del Dr. ADALBERTO PALACIOS VALOYES”, toda vez que “si bien el doctor PALACIOS VALOYES, era un vendedor de humo, necesariamente actuó precedido del cargo de Fiscal” (fs. 746 y 759 cd. número 3).

Adelantada la etapa del juicio, el Tribunal Superior de Quibdó, estimó que si bien el implicado no tenía facultad para tomar decisiones dentro del proceso que se adelantó contra quien presuntamente entregó dinero a cambio de beneficios, “en su condición de fiscal actuó mancomunadamente con quien tenía el poder de decisión y

materializó el verbo rector SOLICITAR” (f. 989 ib.)

2° Es claro, que la descripción del tipo acuñada en el artículo 140 del Código Penal, modificado por el 21 de la ley 190 de 1995, admite ejecución, bien porque el servidor público abuse del “cargo” ora “de sus funciones”. Estas dos formas en que el autor puede lograr su propósito, son ambas expresivas del elemento abuso de poder de la concusión, en tanto la exigencia de la dádiva por parte del funcionario bien puede darse como servidor público, para invadir la órbita de otro y extralimitar su poder, o bien para aplicar ilegalmente las funciones que le son propias.

3° Entendió el Tribunal Superior de Quibdó, en este caso, que se está en presencia de abuso de la función, y por esa razón inició el juicio y profirió sentencia, estando la corporación investida de jurisdicción y movida por el obligatorio propósito de impulsar y decidir un proceso, para cuyo conocimiento se reputaba competente, realizando además las actividades procesales apropiadas (traslado para preparar audiencia, definición sobre pruebas, abundante recepción de éstas, audiencia pública, etc.), sin conculcar garantías legítimas de los sujetos procesales ni entre ellas, en lo más mínimo, el derecho a la defensa del funcionario inculcado.

En hipótesis como la ofrecida por el caso analizado, esto es, que la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Quibdó actuó sanamente convencida de ser competente, respetando a plenitud todas las garantías, incluidas las del procesado a cuyo nombre se recurre, no cabe duda que la imperfección de haberse desarrollado y decidido el juicio bajo una competencia superior en jerarquía a la que ahora se reputa adecuada, ningún efecto malévolo produjo, ni causó perjuicio alguno, de allí mi disenso con la decisión de la Sala al decretar la invalidez del juicio, toda vez que las nulidades sólo pueden decretarse por excepción y no es cualquier irregularidad la que conduce fatalmente a determinarlas.

Sobre este punto he venido sosteniendo en salvedades anteriores (e.g. Cas. 9272, jul.3/97, M.P. Dr. Juan Manuel Tórres Fresneda) y ahora reitero, en síntesis:

“

Su odioso potencial invalidatorio únicamente puede ser reconocido ante aquellos vicios sustanciales e insubsanables, que hayan perjudicado severamente un alto interés legítimo de algún sujeto procesal o del Estado y que tengan tal trascendencia lesiva, que definitivamente no puedan ser redimidos.

...La doctrina universal pregona que no hay nulidad sin perjuicio:

‘...las nulidades han sido reducidas por el número y por el contenido, los poderes del juez ampliados y adoptado el criterio de valoración de la nulidad según la relevancia del acto nulo en relación con los fines del proceso, es decir, según la efectividad del perjuicio que de la misma pueda derivarse. Todas las nulidades son, pues, relativas...’ (Eugenio Florían, ‘Elementos de Derecho Procesal Penal’, trad. L. Prieto Castro, Ed Bosch, Barcelona, reimpresión 1990, p. 126).

‘En virtud del carácter no formalista del derecho procesal moderno, se ha establecido que para que exista nulidad no basta la sola infracción a la norma, si no se produce un perjuicio a la parte. La nulidad, mas que satisfacer pruritos formales, tiene por objeto evitar la violación a las garantías en juicio...

Es por esta razón por la que algunos derechos positivos modernos establecen el principio de que el acto con vicios de forma es válido, si alcanza los fines propuestos... o si en lugar de seguirse un procedimiento se ha utilizado, equivocadamente, otro, pero con mayores garantías...’ (Enrique Véscovi, ‘Teoría General del Proceso’, Ed Temis, Bogotá, 1984, p. 304).

... Esa afortunada evolución en 'derechos positivos modernos' fue oportunamente asumida por el derecho procesal colombiano, tanto en materia civil (art. 144.4, antiguo 156.4, C. de P. C.), como penal. Expresamente, el artículo 308.1 del Código de Procedimiento Penal incluye como uno de los PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA DECLARATORIA DE LAS NULIDADES Y SU CONVALIDACION, el siguiente:

'No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho a la defensa.'

... Cabe observar, sin embargo, que esta acertada posibilidad de convalidación no es necesariamente moderna, sino que es el fruto de una juiciosa evolución jurídica, cuyos fundamentos vienen apuntalados desde los enfoques clásicos del Derecho Procesal universal:

'La nulidad es relativa cuando la falta de algún requisito no tiene relevancia si, no obstante, el acto es justo, esto es, ha alcanzado su finalidad. El acto es anulable cuando la nulidad no puede ser puesta de relieve sin una reacción del sujeto al cual perjudica su injusticia, y por eso, protesta su invalidez.' (Francesco Carnelutti, 'Principios del Proceso Penal', trad. Santiago Sentis M., Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, p. 296).

... Evidentemente, la trascendental misión jurídica de procurar la eficaz, pronta y firme aplicación de la normatividad sustantiva, impone relatividad en el establecimiento de las nulidades:

"...si efectivamente queremos ser congruentes con los hechos, debemos adoptar un criterio flexible y abierto que nos conduzca a declarar, más que una inexistencia o nulidad del acto, una ineficacia de características relativas que tenga un amplio margen de juego según las consecuencias específicamente producidas o no por el acto afectado.

De este modo, podremos analizar en forma totalmente libre cuáles son las características especiales de un determinado acto irregular y, sin prejuzgar sobre la sanción resultante, observar el despliegue de sus efectos en el ámbito del derecho para decidir entonces sobre el grado de ineficacia que lo afecta. El punto de partida es pues necesariamente inverso: atiende mejor a la producción de efectos y no a un rígido esquema de causas, o de delimitación personal de impugnaciones, o de posibilidades de convalidación.

Bajo este punto de vista, la ineficacia puede entonces apreciarse directamente y en forma objetiva en tanto exista una producción anormal de efectos en el acto cuestionado, y la medida de esta anormalidad es la que regirá nuestro criterio para decidir su clasificación.' (Rene Japiot, citado por José Antonio Márquez González, 'Teoría General de las Nulidades', Ed Porrúa, México, 1992, ps. 62 y 63)."

4° En el presente caso la fase del juicio fue debidamente adelantada, con plena observancia de las formas procesales, sólo que con mayor nivel al desarrollarse por el Tribunal frente a funcionario que consideró aforado, lo cual hizo viable que la impugnación viniera a la Corte Suprema. No se observa fundamento, ni en lo más mínimo, para que pueda colegirse que se haya irrogado algún perjuicio con la elevación de la competencia, ni que se haya conculcado o tan siquiera debilitado alguna garantía procesal, mucho menos el derecho de defensa.

5° No es que se pretenda demeritar el significado de la competencia, sin la cual no podría organizarse la actividad judicial, para hacerla operativa, por especialidad o materia, territorialidad, jerarquía por las exigencias de capacitación y experiencia para la atención de determinados casos entre ellos los de fuero, funcionalidad y otros aspectos objetivos y subjetivos, que ciertamente la constituyen en medida de la jurisdicción.

Pero no se puede dar al metro el valor trascendental de lo que es medido y si la

jurisdicción, -como facultad y poder de “decir el derecho”, etimológicamente hablando, así mismo que juzgar y hacer efectivo lo juzgado-, es exclusiva y excluyente, indisponible e inabrogable, no ocurre lo mismo con la especificidad de tal género, la competencia, que si bien debe acatarse, su eventual inobservancia no conduce inexorablemente a la nulidad, pues ésta puede sanearse dentro de las previsiones de convalidación establecidas en los estatutos procesales, sin que se encuentre disposición alguna que conduzca a que tal saneamiento deje de operar, per se, cuando el probable factor invalidatorio provenga de incompetencia.

Para que la nulidad se genere de modo insubsanable, en un caso como el tratado, es preciso comprobar que el conocimiento no estaba o salió de la órbita de facultades de quienes actuaron, pero también que con tal actuación de los investidos de jurisdicción pero circunstancialmente desprovistos de competencia, resultaron seriamente conculcadas garantías fundamentales, particularmente el derecho a la defensa y el principio del juez natural.

No es ésto lo que ocurre en el presente proceso, bien distinto de una actuación desarrollada por personas carentes de jurisdicción, o por autoridad ajena a la organización penal, o por quien usurpare el cargo o la función.

Por el contrario, el sentido de acierto del Tribunal, válidamente provisto de jurisdicción, no puede castigarse con la anulación, estando también presente el a todas luces valioso aditamento de ser poseedor de una jerarquía superior a la que ahora emerge en el entendido que el comportamiento reprochado surge por abuso del cargo que no de la función, hipótesis esta última a la que literalmente aparece restringido el factor foral, pero que frente a las dos formas en que el concusionario puede lograr su propósito, “abusando de su cargo o de sus funciones”, en este caso ofrecía visos de lo uno y de lo otro. Así se lee en la resolución de acusación: “si bien el doctor PALACIOS VALOYES, era un vendedor de humo, necesariamente actuó precedido del cargo de Fiscal,

pues en tal condición lo conocía JAIME ARISTIZABAL SALAZAR, ... y en la misma le pidió que le ayudara”, para luego precisar: “Tenía ARISTIZABAL la creencia ..., de que éste (el procesado) estaba en capacidad de arreglarle el problema” (f. 750).

6° En resumen, no es que se desconozca el objeto de la competencia dentro del debido proceso; lo que se resalta es que no existe norma que impida prorrogarla y subsanarla o convalidar su eventual defecto, ante la actuación de quien, oficialmente investido de jurisdicción, de mayor rango y razonablemente convencido de que es competente, realice actividades procesales apropiadas, que cumplan las finalidades hacia las cuales estén dirigidas, sin conculcar garantías legítimas como el derecho a la defensa, ni ocasionar efectos anormales o diferentes de aquéllos que se habrían alcanzado por el conducto que después se conceptúe como adecuado.

Además de permitirlo la legislación procesal civil y penal, lo anterior es adicionalmente viable al tratarse no sólo de un mismo título y capítulo, sino de igual hecho punible -concusión-, a cuya ejecución se llega sea por el abuso de la función como del cargo y donde, por tanto, la calificación de la modalidad de conducta pueda ser variada.

7º Contra lo anterior mal podría arguirse, de manera efectista, que convalidar la eventual nulidad por falta de competencia, equivalga a prohijar un quebrantamiento al principio del juez natural .

Tal admonición no resulta apropiada, pues con esta norma rectora lo que se procura es la preservación del interés superior a ser investigado y juzgado imparcialmente, por un órgano investido de jurisdicción y previamente erigido de acuerdo con la constitución y la ley, ajeno a presiones y dependencias. Esto es, se proscribe el procesamiento por jueces especiales instituidos ex post facto, por el riesgo de que se trate de funcionarios sumisos, que no estarían únicamente sometidos al imperio de la ley, de pronto asignados con un mandato específico y una decisión preestablecida.

Así aparece consagrado este principio en la Convención Americana sobre Derecho Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”, noviembre 22 de 1969), aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1972:

“Art. 8º. Garantías Judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, ...”

Y el Código Penal vigente en Colombia estatuye:

“Art. 11. Juez natural. Nadie podrá ser juzgado por juez o tribunales especiales instituidos con posterioridad a la comisión del hecho punible, ni con violación de las formas propias de cada juicio”.

No es este el caso, pues la correspondiente Sala del Tribunal Superior de Quibdó, evidentemente preexistía al acaecimiento de la concusión, estaba plenamente investida de jurisdicción y ni aun por exceso de suspicacia se habrá pensado que asumió el conocimiento con alguna intención diferente a impartir justicia con imparcialidad.

8º Al Juez le corresponde acatar el debido proceso y, dentro de él, asumir una posición ejecutiva, que evite injustificados percances nugatorios y ayude a superar el marasmo procesal, para honrar las verdaderas prioridades, con lo cardinal delante de lo secundario, de manera que no se sacrifiquen la eficacia de la administración de justicia y sus esfuerzos por arribar a decisiones definitivas, en aras de una eventual irregularidad que ningún efecto anormal o conculcador produjo.

Las nulidades, incluyendo las derivables de la circunstancial falta de competencia en quien sí se halla investido de jurisdicción, no pueden declararse sólo por el quebrantamiento formal de la ley, mientras no conlleven un insubsanable perjuicio real en contra de las garantías fundamentales.

Es además cuestión de escoger entre lo esencial y lo adjetivo, alternativa ya resuelta por la [Constitución Política](#) y las leyes colombianas, que optaron por la prevalencia y la efectividad del derecho sustancial.

Comedidamente,

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

(fecha: ut supra)