

ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION/ FAVORECIMIENTO  
A NARCOTRAFICANTES

No queda subsumido en el prevaricato por acción y constituye una infracción diferente, que envuelve y supera por especialidad y mayor riqueza descriptiva los elementos constitutivos de aquél, radica en que el doctor .....hubiese incurrido, al facilitar la evasión de los indagados y devolver la lancha, en una conducta compleja prevista en el Estatuto Nacional de Estupefacientes, que involucra además el quebrantamiento del régimen institucional, el orden económico social y la seguridad pública, con su múltiple potencialidad atentatoria contra los intereses jurídicos de la salud pública, la tranquilidad y la indemnidad ciudadana, que el legislador quiso tutelar especial e independientemente y con mayor severidad, con la consagración de un hecho punible específico en el citado artículo 39 de la Ley 30 de 1986.

Proceso No. 9524

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

Dr. NILSON PINILLA PINILLA

Aprobado Acta No.101 (Jul.19/95)

Santafé de Bogotá, D.C., junio veintisiete (27) de mil novecientos noventa y seis (1996)

V I S T O S :

Por apelación oportunamente interpuesta por el procesado y sustentada por su defensor,

se ocupa la Sala de la sentencia condenatoria del 27 de abril de 1994, que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán dictó contra el doctor CARLOS JULIO IDROBO MEDINA, ex-Juez 30 de Instrucción Criminal de Guapi (Cauca), al hallarlo penalmente responsable como autor del delito de prevaricato por acción, a consecuencia de lo cual le impuso la pena principal privativa de la libertad de 18 meses de prisión y la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Al sentenciado se le negó el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

#### HECHOS:

Se acusa al doctor CARLOS JULIO IDROBO MEDINA, ex-Juez 30 de Instrucción Criminal de Guapi (Cauca), de que el 25 de noviembre de 1991, contra toda realidad probatoria, ordenó la devolución de una canoa con motor fuera de borda que había sido decomisada como elemento de delito y puso en libertad, al momento de resolver la situación jurídica y a sabiendas de que carecía de competencia para ello, a los sindicados de violación al Estatuto Nacional de Estupefacientes (Ley 30 de 1986) y porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares (Decreto 3664 de 1986), Diego Rodríguez Vásquez, Diego Javier Ramírez Alarcón, Orlando de Jesús Suárez Muñoz, Omar Ruiz Sánchez, Hugo Fernando Arenas Ruiz, y Santos Benítez Gutiérrez, quienes habían sido capturados en situación de flagrancia, junto con el menor de edad Dairo Cuervo Rodríguez, puesto a disposición del Juzgado Promiscuo de Familia (f. 111).

En efecto, a los imputados se les había sorprendido por unidades militares que adelantaban un operativo, dentro de modernas instalaciones ubicadas en inhóspito paraje conocido como “Vivanco”, municipio de López de Micay, perteneciente al Circuito Judicial de Guapi, donde se descubrió que funcionaban dos laboratorios clandestinos para el procesamiento de sustancias estupefacientes y se hallaron, aparte de numerosos elementos precursores, sofisticadas armas de fuego de largo y corto alcance (Fusil R-15

calibre 223, sub-ametralladora Lugger 9 mm., una escopeta de repetición, dos carabinas Ruger calibre 223, una carabina micro Grove calibre 9 mm., dos revólveres “Llama” y “Rugger”; 430 cartuchos 5.56; 3 cartuchos 38 special; dos proveedores 9 mm. y seis proveedores 5.56).

### ACTUACION PROCESAL

Los anteriores hechos motivaron la apertura de instrucción decretada por el Tribunal Superior de Popayán, con fundamento en la denuncia que formuló el Director Seccional de Instrucción Criminal de la misma ciudad, en oficio Nro. 1202 del 28 de abril de 1992 y sus anexos (Fls. 1-31), donde advirtió que el denunciado había puesto en libertad a los sindicados de violación a la Ley 30 de 1986, en el acto procesal de resolverles su situación jurídica, sin tener competencia para ello, conforme a lo reglado en el artículo 6o. de los Decretos 1676 y 2271 de 1991.

Vinculado legalmente el imputado al proceso (Fls. 173-181), su situación jurídica fue resuelta el 31 de agosto de 1992 por la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal de Popayán, con medida de aseguramiento de la especie detención preventiva, como autor presuntamente culpable del delito de prevaricato por acción (Artículo 149 C.P.). Pero en el mismo proveído se le concedió la libertad provisional mediante caución prendaria (Fls. 202-217).

La instrucción se clausuró el 24 de marzo de 1993 (f. 390), habiendo sido calificada el 9 de junio siguiente con resolución de acusación de la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal de Popayán contra el ex-Juez 30 de Instrucción Criminal de Guapi (Cauca), doctor CARLOS JULIO IDROBO MEDINA, como autor, en los términos del artículo 441 del C.P.P., del delito de prevaricato por acción previsto en el artículo 149 del C.P.

En la misma providencia se le reconoció el derecho a la libertad provisional inherente al subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Al quedar en firme la anterior decisión, el trámite del juicio corrió a cargo del Tribunal Superior -Sala de Decisión Penal- de Popayán, sin ningún tropiezo, fuera de algunos aplazamientos. Así, el 19 de enero de 1994 se celebró la audiencia pública con la asistencia de todos los sujetos procesales llamados a intervenir (fs. 499 y ss.) y el 27 de abril del mismo año el Juez colegiado dictó sentencia condenatoria en contra del procesado, en consonancia con el cargo deducido en la resolución de acusación (fs. 534 y ss.).

#### FUNDAMENTOS DEL FALLO DE PRIMER GRADO

Después de advertir que en el proceso no se vislumbra ninguna irregularidad sustancial, el a quo encuentra el acervo probatorio idóneo y suficiente para precisar la conducta del procesado, por razón de su naturaleza objetiva: Documentos públicos, preponderantemente; testimonios fidedignos; descargos del procesado e indicios.

A juicio del Tribunal, las evidencias con que contó el ex-funcionario ahora sentenciado tenían la virtud de proyectar con suma claridad unos hechos subsumibles en dos tipos penales (Ley 30 de 1986 y Decreto-Ley 3664 de 1986), que por su naturaleza y gravedad le limitaban la competencia ordinaria para adoptar determinaciones de fondo, puesto que ellos estaban asignados de manera especial a la jurisdicción de Orden Público, y sólo excepcionalmente, por haber ocurrido los hechos en sede donde no existía Juez de esta especialidad, el Juez de Instrucción estaba facultado para abrir investigación y recepcionar las indagatorias a los retenidos.

Luego pasa el a quo a cuestionar la motivación habilidosa del ex-funcionario judicial en la decisión excarcelatoria, al haber otorgado previamente credibilidad a las exculpaciones mendaces de los inculpatos, lo que implicaba de suyo desconocer totalmente la evidencia resultante de la situación de flagrancia en que ellos fueron sorprendidos y capturados; lo cual, frente a cualquier profano, indudablemente traducía

indicio grave de la participación (autoría o complicidad) de aquéllos en los dos hechos punibles que el procesado encontró configurados.

Para el Tribunal, entonces, el haz probatorio existente en el proceso traduce innegable certeza de la responsabilidad penal del acusado, en torno del delito de prevaricato por acción previsto en el artículo 149 del Código Penal. El procesado, como sujeto cualificado (empleado oficial), en ejercicio de sus funciones, profirió resolución manifiestamente contraria a la ley, cuando sin competencia funcional resolvió favorablemente la situación jurídica de los inculcados, absteniéndose de decretarles medida de aseguramiento de detención preventiva, soslayando así la realidad probatoria que predicaba objetivamente su participación en los reatos en que se les sorprendió y capturó.

Y esa contrariedad, según el Tribunal, deviene no sólo del desconocimiento de los límites de la competencia, resultantes del Decreto 2271 del 4 de octubre de 1991 que adoptó como legislación permanente los Decretos legislativos 2790 de 1990 y 1676 de 1991, sino también de la realidad probatoria que indicaba, en los términos del artículo 414 del Decreto 050 de 1987, entonces vigente, que en ese caso específico debía definirse la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, por aparecer al menos un indicio grave de responsabilidad, lo cual no se hizo.

Para contradecir el derecho en esa forma, el procesado tuvo que acudir a la usurpación de competencia, atribuyéndosela arbitrariamente para resolver la situación jurídica, lo cual realizó además con total desconocimiento del caudal probatorio, y complementariamente, con algunos pretextos, retuvo el proceso como forma de ocultamiento de su incorrecto proceder, todo lo cual fue entendido por el Tribunal como constitutivo de una misma conducta.

Con tal fundamento desechó cualquier posibilidad de error o ignorancia concurrente en

el comportamiento del ex-Juez de Instrucción, para dar cabida, en cambio, al dolo con que procedió, puesto que consciente y voluntariamente realizó el injusto penal que se le dedujo en la resolución de acusación.

## LA IMPUGNACION

El señor defensor del procesado no está de acuerdo con la sentencia condenatoria por las siguientes razones:

1. En su opinión, el procesado obró determinado por error sobre la comprensión de la extensión de sus facultades jurídicas y por lo mismo, creyéndose competente, resolvió la situación jurídica favorablemente a los intereses de los retenidos y continuó tramitando el proceso en la forma ordinaria. Al error convergieron muchos factores que dificultaban el conocimiento de las nuevas normas.
2. Para restarle significación a la contradicción que encierra la decisión excarcelatoria del procesado frente a la prueba militante en el proceso y al derecho, refuta la situación de flagrancia en que fueron sorprendidos los capturados.

Anota que éstos no se hallaban instalados dentro de las casetas donde se encontraron los dos laboratorios clandestinos, los implementos precursores para el procesamiento de sustancias estupefacientes y las armas de fuego de largo y corto alcance, sino en otras sedes, mientras que su aprehensión ocurrió fue a bordo de una lancha en la cual se acercaban a ese lugar.

En estas condiciones no resultaba manifiestamente contrario a la ley el auto por medio del cual se liberó a los capturados, así como la orden de devolución del bien incautado, pues existía incertidumbre acerca de la flagrancia y de la autoría.

Finalmente, el recurrente ataca la sentencia por violación del debido proceso y del

derecho a la defensa, por falta de consonancia de la acusación (prevaricato por acción, Artículo 149 C.P.) con la sentencia. En aquélla se formula el cargo por haber proferido resolución manifiestamente contraria a la ley, es decir por haber actuado en determinada forma; en ésta por haber dejado de actuar.

Para demostrar este aserto reproduce parte de la sentencia, donde el Tribunal refiere que la conducta imputada resulta “además comprendida en el tipo del art. 150 que contiene una mayor riqueza descriptiva” (pág. 45 de la sentencia).

Solicita entonces la revocatoria del fallo impugnado -no la declaratoria de nulidad-, absolviéndose al procesado, pues dice que no es ésta la oportunidad procesal para invocar la nulidad.

Acciona igualmente el libelista contra la negación del subrogado penal de la condena de ejecución condicional, que en su sentir no cuenta con respaldo fáctico ni jurídico. La finalidad de “ejemplarizar” a los demás ciudadanos con una sentencia severa, resulta inconstitucional en los términos del artículo 29 de la Carta Política por ser transgresora de los principios del debido proceso.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- No resulta posible dirimir esta segunda instancia arribando a la terminación del proceso, como debería ser, por cuanto el análisis del material probatorio acopiado y de la actuación procesal conduce a la detección de una nulidad por quebrantamiento del debido proceso, al apreciarse que se incurrió en irregularidad sustancial por haberse efectuado una calificación jurídica incorrecta sobre la conducta investigada.

2.- Como quedó puntualizado, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán profirió el 9 de junio de 1993, resolución de acusación contra el doctor CARLOS JULIO IDROBO MEDINA, ex-Juez 30 de Instrucción Criminal de Guapi, por el delito

de prevaricato por acción, calificación que, prima facie, parece acertada dentro del normal proceso de subsunción de hechos como los investigados ante la normatividad que tutela el interés jurídico de la administración pública, frente a las actuaciones manifiestamente contrarias a la ley que se reprochan al entonces funcionario judicial, por haber ordenado la devolución de una canoa y un motor fuera de borda, elementos utilizados en empresa criminosa, y poner en libertad a unos indagados cuando carecía de competencia para resolverles situación jurídica, dentro de una acción penal frente a hechos punibles establecidos en la ley 30 de 1986 (Estatuto Nacional de Estupefacientes) y en el Decreto 3664 del mismo año (porte ilegal de armas), reteniendo luego el proceso que él mismo había ordenado remitir al competente.

Sin embargo, tal calificación como prevaricato no es la adecuada, por cuanto en la compilación estatutaria específica sobre estupefacientes, de vigencia previa a los acontecimientos que motivan el proceso, instituida precisamente para tratar de luchar desde todos los frentes contra los gravísimos efectos pluriofensivos de este terrible azote de la humanidad, entre ellos su agigantada potencialidad de enriquecimiento y la consiguiente aptitud para destruir, intimidar y corromper, incluyendo la seducción de servidores públicos, aun de los investidos de jurisdicción, en cuyo apercibimiento el legislador ha dispuesto con especialidad:

“El funcionario, empleado público o trabajador oficial encargado de investigar, juzgar o custodiar a personas comprometidas en delitos o contravenciones de que trata el presente estatuto, que procure la impunidad del delito, o la ocultación, alteración o sustracción de los elementos o sustancias decomisadas o facilite la evasión de persona capturada, detenida o condenada, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, pérdida del empleo o interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término.

... ..” (Artículo 39 Ley 30/86).

Revisando la situación fáctica y jurídica, se reitera que el doctor CARLOS JULIO IDROBO MEDINA, en esa época servidor público, tenía provisionalmente a su cargo, por razón de sus funciones como Juez de Instrucción Criminal, la investigación sobre quienes aparecían comprometidos en un concurso de delitos que incluía una complejidad de conductas relacionadas en su finalidad con la elaboración de estupefacientes.

Encontrándose aprehendidos, el entonces juez IDROBO les ofrendó la libertad, sin tener competencia para concederla, según se desprende de la normatividad que a continuación se reseña:

3.- El Decreto 2790 del 20 de noviembre de 1990, por medio del cual se dictó el Estatuto de la Defensa de la Justicia, integrando los jueces de orden público y los especializados, era la norma que entonces venía aplicándose en materia de narcotráfico (Ley 30 de 1986) y de porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares (Decreto 3664 de 1986), junto con el Decreto 099 del 14 de enero de 1991 que la modificó.

El artículo 9° del Decreto 2790 del 20 de noviembre de 1990 (modificado por el artículo 1° del D.L. 99/91), asignaba a los jueces de orden público el conocimiento en primera instancia “De los procesos por los delitos tipificados en los artículos 1° y 2° del Decreto 3664 de 1986, con excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal”, de acuerdo con el numeral 5°, y “De los procesos por los delitos descritos en el artículo 34 de la Ley 30 de 1986, cuando se trate de laboratorios,...” para el procesamiento de sustancias estupefacientes, conforme al numeral 12, ibídem.

Después fue expedido el Decreto-Ley 1676 del 3 de Julio de 1991, el cual en su artículo 6o. modificaba en parte el citado Decreto 2790 de 1990, concretamente el artículo 32, inciso 3°, en los siguientes términos:

“Cuando un hecho punible de competencia de la jurisdicción de orden público se suceda en lugar distinto de las sedes de las direcciones seccionales de orden público, el

juez de instrucción criminal, promiscuo o penal del lugar al cual la unidad de investigación de orden público le entregue las diligencias, deberá avocar el conocimiento e indagar a los sindicatos, enviándolos inmediatamente a la dirección seccional de orden público correspondiente” (el resaltado es de la Corte).

Y por último fue expedido el Decreto 2271 del 4 de octubre de 1991 que adoptó como legislación permanente los anteriores Decretos, repitiendo en su artículo 6o. el texto ya transcrito del artículo 32 del Decreto 2790 de 1990, según el cual, una vez indagados los sindicatos de esta clase de conductas típicas, debían ser puestos de manera inmediata a disposición de la respectiva Dirección Seccional de Orden Público, por radicar en esa jurisdicción la competencia privativa.

Significa lo expuesto que, fuese con arreglo a la legislación anterior o a la última, estaba de antemano al conocimiento del procesado que en aquellos casos de narcotráfico y de tenencia de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, le estaba vedada la competencia para resolver situación jurídica.

4.- Además, no obstante sus reiteradas decisiones de remitir el expediente al despacho al cual le correspondía la competencia por expreso mandato legal, el proceso fue indebidamente retenido por el doctor IDROBO y sólo la actuación de quien lo remplazaba durante vacaciones vino a poner fin a esa anómala situación, el 7 de abril de 1992 (f. 166).

El 26 de noviembre de 1991, los indagados, excluído el menor de edad que había sido puesto a disposición del Juzgado Promiscuo de Familia, suscribieron un “acta de compromiso” (f.141), imponiéndoseles “la obligación de presentarse a este Despacho, o al que esté conociendo del proceso, cuando sean requeridos para alguna diligencia, por lo cual manifestaron que se comprometen a cumplir lo acordado”, sin que en tal acta quedase constancia del domicilio y lugar de trabajo de los liberados, a fin de poderlos

citar o ubicar.

De la misma manera, en el transcurso de la indebida retención del expediente y después de practicadas algunas diligencias en extensión de una competencia que reconocía no tener, el entonces Juez 30 de Instrucción Criminal profirió un auto de sustanciación de fecha marzo 6 de 1992 (f.158 v.), mediante el cual dispuso: "... dése cumplimiento al punto cuarto de la parte resolutive de la providencia que resolvió la situación jurídica de Santos Benítez Gutiérrez y otros...", punto cuarto que es del siguiente tenor (f.139):

"Ordenar que una vez, Santos Gutiérrez Benítez (Benítez Gutiérrez), acredite la propiedad debidamente, de la canoa y motor que le fueron decomisados el día de su captura, le sean entregados".

El mismo 6 de marzo de 1992 se hace constar que compareció al Juzgado "el señor Santos Benítez Gutiérrez con el fin de suscribir acta de entrega y compromiso que ha sido ordenada en auto de la fecha", recibiendo y comprometiéndose a presentar "cada que sea solicitado, al Despacho o al que esté conociendo de la investigación", "el motor YAMAHA 40 H.P., serie No. JMGS.45004284, que está en buen estado y la canoa de madera, color azul, de borda en color rojo... Los anteriores elementos se encontraban a órdenes del Juzgado por haber sido puestas a disposición del Juzgado (sic) por la Infantería de Marina, dentro de las diligencias seguidas por 'Violación a la ley 30 y Decreto 3664 de 1986'..." (f.159).

O sea que, con reconocimiento y cita normativa, se quebrantó lo dispuesto en el artículo 47 de la mencionada ley 30 de 1986 según el cual, entre otros aspectos, "los vehículos y demás medios de transporte, utilizados para la comisión de los delitos descritos en este capítulo... serán decomisados y puestos a disposición inmediata del Consejo Nacional de Estupefacientes..."

5.- La actitud del doctor Idrobo Medina no solamente satisface los presupuestos del prevaricato sino que los desborda, pues no vulneró solamente el interés jurídico de la administración que se le había confiado, dentro del cual resultarían adecuables otros varios tipos penales, en apariencia de concurso, como el prevaricato por omisión y el abuso de función pública, enunciados y acertadamente entendidos por el Tribunal como subsumidos en el prevaricato por acción, por encuadrarse frente al mismo interés jurídico y, en el segundo caso, porque la realización de la función pública diversa de lo que legalmente le correspondía, al resolver la situación jurídica sin competencia para ello, forma parte del quebrantamiento manifiesto de la ley.

Lo que no queda subsumido en el prevaricato por acción y constituye una infracción diferente, que envuelve y supera por especialidad y mayor riqueza descriptiva los elementos constitutivos de aquel, radica en que el doctor Idrobo Medina hubiese incurrido, al facilitar la evasión de los indagados y devolver la lancha, en una conducta compleja prevista en el Estatuto Nacional de Estupefacientes, que involucra además el quebrantamiento del régimen institucional, el orden económico social y la seguridad pública, con su múltiple potencialidad atentatoria contra los intereses jurídicos de la salud pública, la tranquilidad y la indemnidad ciudadana, que el legislador quiso tutelar especial e independientemente y con mayor severidad, con la consagración de un hecho punible específico en el citado artículo 39 de la ley 30 de 1986.

El entonces Juez 30 de Instrucción Criminal no solo mantuvo la competencia que no le correspondía, sino continuó absteniéndose de enviar el expediente a la Dirección de Orden Público de Cali, con lo cual evitó que el funcionario competente corrigiera su actuación y profiriese oportunamente la medida de aseguramiento que legalmente correspondía, detención preventiva que habría posibilitado la recaptura de los ilícitamente liberados, en el evento de que la impunidad pudiese superarse reubicando a unas personas de quienes no se tomaron datos sobre domicilio o lugar de trabajo.

6.- Frente a situación equiparable y también ante errada calificación, esta corporación expuso:

“El sentido de la ley y la intención del legislador no pueden ser, entonces, en esta materia, más claras. La ley 30 de 1986 arropó y recogió, en un tipo penal especial y de mayor gravedad punitiva, aquellos comportamientos de los funcionarios o empleados oficiales que faltando a sus deberes funcionales se prestan para el favorecimiento de quienes participan en el negocio de la droga, a través de la realización de conductas que, si no existiera ésta disposición, estarían previstas de otra manera y más benignamente tratadas, por las normas del C. Penal. Prevaricatos, Abusos de Autoridad, Fuga de Presos, y otras acciones infractoras de las Administraciones Públicas y de Justicia, entran a constituirse en formas comisivas de éste tipo especial cuya existencia desplaza la subsunción hacia él y excluye, por concurso aparente, la posibilidad de concurrencia. Así las cosas, el tipo penal del artículo 39 del estatuto envuelve una medida específica para garantizar el cumplimiento y la eficacia de las disposiciones del mismo, de manera que apunta a proteger de modo especial la función del Estado y sus servidores en lo que tiene que ver con las normas allí integradas.

Siendo ello así, la conducta imputada al Dr. ... encuadra en la normatividad del art. 39 de la ley 30 de 1986 y no en la del art. 149 del C.P., consagradorio del prevaricato por acción...

Ahora bien, ya expresó la Corte cómo dicho error se traduce en un vicio de actividad que infringe las reglas del debido proceso y que únicamente puede subsanarse a través del remedio anulatorio, pues que otra solución supondría el quebrantamiento del principio procesal de la congruencia, con sus secuelas respecto de la severa limitación de las facultades defensivas, puesto que el procesado no estaría en capacidad de ejercer el contradictorio en función de dicho delito sino del de prevaricato como en efecto lo hizo.

La ley consagra, como mandato a la actividad procesal del acusador, que el cargo se delimite en su doble dimensión, fáctica y normativa. El art 442 del C.P.P. exige que la resolución acusatoria contenga la calificación jurídica provisional, con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal. Esa provisionalidad, es bien sabido, no resulta constituyendo una autorización implícita al acusador o al fallador para durante el juicio cambiar la imputación, sino que es un rezago de las disposiciones que en el proyecto original permitían dicha variación estableciendo, obviamente, cómo y cuándo podía realizarse, y de qué manera se facilitaba al procesado la contradicción respecto del cambio de calificación jurídica. Y aunque la previsión sigue siendo deseable, no pasa de ser un ideal para posteriores reformas, puesto que la estructura actual del procedimiento carece de algún mecanismo idóneo para variar la calificación y suficiente para garantizar la plena y cabal defensa del acusado. La ley, en éste punto, regresó a etapas que ya habían sido superadas por ella misma y se devolvió muchos años, pero a no dudarlo es la ley vigente reguladora del juicio y a ella hay que atenerse.” (segunda instancia, rad. 10.253, octubre 23/95, M.P. Carlos E. Mejía Escobar).

Este claro planteamiento fue reiterado mediante decisión de febrero 7 de 1996, segunda instancia, radicación 10.218, M.P. doctor Juan Manuel Torres Fresneda, en la cual se concluye:

“... la única solución posible apunta a la invalidación de la actuación a partir, inclusive de la resolución calificatoria, toda vez que el error en la adecuación jurídica de la infracción constituye un quebrantamiento vertebral del trámite y por lo mismo una violación del debido proceso que no resulta en este estadio subsanable, pues proferir sentencia de segundo grado sin atender la calificación debida de los hechos entrañaría una violación al principio de legalidad, mientras que entrar a modificar la adecuación que trae la resolución de acusación conllevaría al proferimiento de un fallo que por inconsonante, vendría además a desconocer la garantía de defensa.

La equivocada adecuación del hecho al tipo penal dentro del auto calificadorio ha sido reconocida en efecto y de modo reiterado por la Corte, aún en vigencia de la actual Codificación Procesal Penal, como vicio que rompe la estructura formal de la actuación, y por lo mismo viola el debido proceso, en la medida en que con él se afecta el principio de legalidad, repercutiendo en afectación del derecho de defensa, e impidiendo de tal modo la emisión de un fallo de condena, que su desconocimiento integra la causal segunda de casación prevista en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal.

Ello equivale a que detectado el error de subsunción en el curso de una revisión de instancia, ninguna otra alternativa queda al juez ad-quem, distinta a la de su reconocimiento, seguido de la declaratoria de invalidación a partir de la decisión calificadoria, inclusive, como de la orden para que de allí en adelante sea repuesta la actuación con arreglo a derecho y a la adecuación jurídica de la conducta que en el caso preciso corresponde, pues ese es el mandato de la ley en el artículo 305 del Código de Procedimiento Penal”.

7.- Frente a lo anterior, debe esta Sala decretar la nulidad de lo actuado dentro del presente proceso, a partir de la resolución de acusación inclusive. Para que la actuación sea repuesta conforme a derecho, debe regresar el expediente a la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Popayán, por conducto de éste.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

## R E S U E L V E

DECRETAR LA NULIDAD de lo actuado en este proceso, a partir de la resolución de acusación inclusive, por error en la calificación jurídica del hecho punible imputado al doctor CARLOS JULIO IDROBO MEDINA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Vuelva el expediente a la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Popayán, en la forma y para los efectos anteriormente puntualizados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

FERNANDO        ARBOLEDA RIPOLL        RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE        CORDOBA POVEDA        CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

CARLOS        E.        MEJIA ESCOBAR        DIDIMO        PAEZ VELANDIA

NILSON        PINILLA PINILLA        JUAN        MANUEL        TORRES FRESNEDA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria