

Proceso Nº 12614

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

MAGISTRADO PONENTE:

Dr. CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

Aprobado: Acta No. 133.

Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil (2.000).

VISTOS:

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado contra la sentencia de primera instancia dictada por una Sala de Conjuces del, hoy desaparecido, Tribunal Nacional, mediante la cual se condenó al doctor FABIO ELBERTO MARQUEZ QUEVEDO, en calidad de Juez Segundo de Orden Público de Villavicencio, por encontrarlo responsable de un concurso homogéneo de delitos de prevaricato, a la pena principal de 42 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, negándole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

HECHOS:

Con base en información de inteligencia que permitía inferir el funcionamiento de varias pistas de aterrizaje en los llanos del Yará sin autorización de las entidades aeronáuticas, el Ejército Nacional acampado en el Meta planeó y ejecutó la que se denominó Operación Otoño a partir del 3 de mayo de 1.990, siendo su objetivo el área general del Tunia en la

confluencia del citado departamento con los del Guaviare y Caquetá, y específicamente tres fincas: Cali, en jurisdicción del Municipio de La Macarena; el Recreo, en la Inspección del mismo nombre, perteneciente entonces geográficamente al Meta pero administrada por el Municipio de San Vicente del Caguán y Tranquilandia ubicada en la Inspección Candilejas, Sabanas del Yará, también de San Vicente del Caguán, en las que se incautó sustancias estupefacientes, armas, automotores, aeronaves, dos bolivianas y una colombiana de matrícula HK-622p, se ocupó algunas pistas clandestinas y se dio captura, en la primera, a 15 personas, asumiendo el conocimiento de tales hechos, al día siguiente, un Juez Especializado y uno de Instrucción Criminal que para tales efectos se desplazaron al lugar de los mismos.

Hallándose, el día 6 de ese mes en horas de la mañana, todavía los militares en ejecución del operativo, aterrizó por averías mecánicas, en el aeródromo de Candilejas, pista distante unos 60 kilómetros de las fincas ocupadas y que funciona con la debida autorización desde el año 1.962, la avioneta HK-3116, no obstante que su destino era Florencia con origen en la ciudad de Cali, la que de inmediato fue retenida así como su tripulación, no hallándose en aquella, ni a ésta, elemento ilícito alguno.

Más tarde, luego de las horas del mediodía arribó, con la finalidad de desvarar a la anterior, la nave HK-3162 de Aerovías del Vichada Ltda. ocupada por el piloto Gilberto Restrepo Cañas, dos mecánicos y Serafín Cuéllar quien, como poseedor de aquella avioneta, que pretendía adquirir de su propietario inscrito Iván Darío Rojas Soto, fue igualmente aprehendido junto con el tripulante y el vehículo, no encontrándoseles, tampoco, en su poder ningún objeto ilícito.

Tanto los resultados de las diligencias realizadas durante las primeras jornadas del operativo militar como los del día seis, se remitieron al reparto de los entonces Juzgados de Orden Público de Villavicencio, correspondiendo al Segundo, a cargo del doctor FABIO ELBERTO MARQUEZ QUEVEDO, quien, el nueve de ese mismo mes, abrió investigación

para vincular a ella a los capturados y practicar, entre otras pruebas, el día 21, una inspección judicial a las dos avionetas que aterrizaron en Candilejas, oportunidad en que el abogado Felipe Jesús Roperro Obregón, presentándose como apoderado de la citada aerolínea y con la supuesta colaboración de un oficial, pretendió la recuperación de la suma de US\$100.000,00, que dijo se encontraban en una de dichas aeronaves, siendo por ello revisadas minuciosamente, hasta hallar, en el piso de la sección de cola de la distinguida con la matrícula HK-3116, escondidos, US\$236.020,00, suma que, depositada en el Banco de la República, fue impuesta como multa, en un 50% más, contra Serafín Cuéllar por la Superintendencia de Control de Cambios, según resolución de septiembre 2 de 1.992, por infracción cambiaria.

Definida por el mencionado funcionario judicial la situación jurídica de los indagados, lo cual sucedió el 15 de junio de 1.990, sólo afectó con medida de aseguramiento a tres de los privados de libertad en la finca Cali, y sin embargo el 13 de julio siguiente, por vía de reposición la revocó, dejando, a la postre, en libertad a todos los capturados, inclusive, los retenidos el día 6 de mayo.

Simultáneamente, Iván Darío Rojas Soto quien se anunció como propietario inscrito de la aeronave HK-3116 y Aerovías del Vichada Ltda., dueña de la HK-3162, promovieron sendos incidentes con el fin de obtener su devolución, los cuales culminaron, el relativo a ésta, mediante providencia de julio 30 de 1.990 disponiendo su entrega en forma “inmediata”, previa suscripción de “diligencia de depósito”, ordenando a la vez la consulta de tal determinación ante el Tribunal Superior de Orden Público, y el de aquella con proveído de agosto dos de la misma anualidad, en iguales condiciones a la anterior, efectos para los cuales se libraron, al día siguiente, las comunicaciones pertinentes materializando tales decisiones, mientras que en julio 31 se extendió el acta de depósito de la HK-3162 y en agosto 9 la del otro vehículo.

Sin embargo, conociendo el entonces Tribunal Superior de Orden Público, por vía de

apelación, de la providencia que revocó la medida de aseguramiento proferida contra tres de los aprehendidos y por virtud del grado jurisdiccional de consulta, de los autos que, decidiendo los incidentes, dispusieron la entrega de las citadas avionetas, dictó el de noviembre 19 de 1.990 revocando los objeto de la segunda instancia para, además, compulsar copias a fin de que se investigara al Juez Segundo de Orden Público de Villavicencio por el delito en que hubiere podido incurrir por ordenar la restitución de las aeronaves sin haberse surtido la consulta, con desconocimiento de la prueba y del artículo 140 del Código de Procedimiento Penal.

ACTUACION PROCESAL:

1. Con fundamento en las copias así ordenadas, el mismo Tribunal abrió investigación en contra del doctor FABIO ELBERTO MARQUEZ QUEVEDO, acreditándose en ella su condición foral en su calidad de juez, mediante los correspondientes certificados secretariales.
2. Inspeccionado el proceso que dio origen a éste y adjuntadas copias del mismo, además de los hechos ya precisados, importa relieves:
 - a. De conformidad con el plan de vuelo autorizado a la avioneta HK-3116, tenía prevista como hora de salida las 13:30 del aeropuerto de la capital del Valle, con ruta Cali, Neiva, Florencia; por su parte, la avioneta HK-3162 reportó en documento similar que se presentó ante las autoridades militares ese 6 de mayo, como hora de despegue las 17:00, ruta Cali-Neiva, anotándose, sin embargo, como aeródromo de destino el de Candilejas, pero, confrontado este plan con el que adjuntara la defensa en copia autenticada por las autoridades aeronáuticas (fl. 537, cdno. 2 del proceso originario), difiere en la hora de salida, en éste se anota las 17:30, la ruta ya no es Cali-Neiva sino Cali-Neiva-Florencia, se omite Candilejas como aeropuerto destino, no coinciden los colores de la nave, en aquél es blanco rojo, naranja, en éste blanco,

café, rojo, ni tampoco el número de personas a bordo pues de cuatro cambia a dos.

b. En indagatoria, Serafín Cuéllar Cedeño, poseedor de la avioneta HK-3116, quien afirmó encontrarse entonces en proceso de adquirirla a su propietario Iván Darío Rojas Soto y utilizarla para transporte de pescado y carne entre Cali y Guapí, señala, sobre el vuelo del seis de mayo de 1.990, que éste se efectuó con la finalidad de recoger en Florencia unos documentos de compra de ganado enviados por Vanor Salazar, así como otros relacionados con un préstamo hecho por la Caja Agraria de dicha ciudad y un poder conferido a su esposa respecto de una finca por él adquirida; sin embargo, como en el aeropuerto de Cali se le informara que dicha aeronave había tenido que aterrizar en Candilejas debido a fallas mecánicas contrató de inmediato un charter en la HK-3162 y dos mecánicos para ir a desvararla, pero como no pudieran aterrizar en San Vicente del Caguán por reparación de la pista, procedieron entonces a la mencionada inspección donde fueron capturados.

Y aunque VANOR SALAZAR en declaración juramentada tiende a confirmar el dicho de Cuéllar, lo cierto es que dentro de los documentos que dice iba a enviarle el día 6 de mayo y que adjuntó en tal oportunidad, algunos aparecen con fecha posterior, inclusive el aludido poder, si bien ostenta como fecha el 2 de mayo, la autenticación de firmas de los poderdantes sólo se hizo el día 8 siguiente.

Por su parte, el piloto de la avioneta HK-3162, Gilberto Restrepo Cañas, asegura que el 6 de mayo de 1.990, encontrándose en el aeropuerto Palmaseca, le solicitaron realizar un vuelo transportando unos mecánicos para reparar un avión varado cerca a Florencia por lo que, aceptando, confeccionó el plan con destino a dicha ciudad cambiándolo más tarde, por radio, a San Vicente del Caguán cuando se le informara que la nave se encontraba en Candilejas y no próxima a la capital del Caquetá, decolando así a las 12:30 del día en compañía de dos mecánicos y el señor Serafín Cuéllar. Sin embargo, agrega, como al aproximarse a San Vicente el controlador le

comunicara la imposibilidad de aterrizar por reparaciones en la pista, solicitó autorización para proceder a Candilejas, donde se encontraba el avión varado, y concedida que le fuera arribó al aeródromo de la citada Inspección donde lo retuvieron junto a Serafín Cuéllar.

c. Jairo Rafael Sánchez Córdoba, quien pilotara la nave de matrícula HK-3116, asegura haber accedido, por contacto con Carlos Acosta y previo plan de vuelo elaborado por éste, a conducir la aeronave en la ruta Cali-Florencia con la finalidad ya indicada por Cuéllar, mas cuando se encontraban a unos treinta minutos del destino las condiciones climáticas adversas y la imposibilidad de comunicarse por radio hicieron que prácticamente perdieran el rumbo por lo que, además ante la falla que empezaba a mostrar el motor derecho y de la que al parecer se logró enterar otra aeronave, decidieron abandonar la cordillera y seguir hacía el llano con la esperanza de hallar mejores condiciones y una pista de aterrizaje hasta que divisaron la que el copiloto identificó como Candilejas a donde efectivamente llegaron, siendo de inmediato retenidos por las tropas que allí permanecían.

Confirmando lo que adujera el anterior, agrega el copiloto Carlos Alfredo Acosta Gutiérrez, que el vuelo se realizó por encargo de Serafín Cuéllar con el propósito de recoger una documentación en Florencia.

d. Según certificación expedida por el Jefe de Tránsito Aéreo del Aeropuerto Internacional Alfonso Bonilla Aragón de Cali, el día 6 de mayo de 1.990 las avionetas HK-3116 y 3162 despegaron de ese lugar con destino inicial Florencia, a las 8:30 y 12:27, hora local, respectivamente, cambiándose en vuelo el de la última a San Vicente del Caguán y finalmente a Candilejas dado el cierre de la pista de aquella ciudad, por mantenimiento.

La torre de control del Aeropuerto de San Vicente del Caguán certifica, a su vez, que en la citada fecha, a la 1:30 p.m., sobrevoló el lugar, procedente de Cali, la aeronave

HK-3162 solicitando autorización para aterrizar, la cual le fue negada por hallarse la pista en repavimentación, procediendo entonces hacía el alterno de Candilejas.

e. De acuerdo con declaraciones rendidas por el Coronel Mario Montoya Uribe, oficial B-2 de la Brigada que participó en la planeación y desarrollo del operativo, las avionetas HK-3116 y 3162 retenidas se hallaban vacías y sin elemento alguno que pudiera considerarse ilícito y aunque “básicamente quedó establecido que los hechos de la Tunia donde se decomisó cocaína y se retuvo a unas personas no tenía nada que ver con la situación presentada en la pista de Candilejas donde fueron inmovilizadas las dos aeronaves”, de todas maneras, esto se produjo porque “aterrizaron en un área dentro de la cual se estaba desarrollando una serie de operaciones militares y el Comando de la Brigada consideró que eran necesarios investigar con mayor certeza la exactitud de la versión dada por los pilotos”.

Confirma el Oficial el hecho de que efectivamente la aeronave de matrícula HK-3116 tenía una falla mecánica, por lo que hubo de utilizarse un implemento de la otra para posibilitar su traslado a la base de Apiay.

f. Como dentro de la ya referida diligencia de inspección judicial la teniente Rosa Helena Tovar informara al juez instructor que una persona, identificada luego como Felipe Jesús Roperó Obregón, solicitó a un oficial colaboración para sacar cien mil dólares que se encontraban en alguna de las avionetas, lo cual condujo a que se realizara la más minuciosa revisión de los vehículos con los resultados ya conocidos, se escuchó en declaración a la mencionada teniente quien ratificó su información señalando que, a su vez, se la había transmitido el oficial Jaime Vargas ante quien, de modo directo, el citado Roperó Obregón pidió el aludido auxilio y precisando que el teniente también le comentó el ofrecimiento que Roperó le hiciera, inicialmente, de tres mil dólares, luego cinco mil y finalmente, ante la negativa del oficial, del 50% de la suma a recuperar.

Agregó la declarante que, tras el hallazgo del dinero en el avión, fueron requisadas y retenidas tres personas, que hacían parte de la diligencia, pero cuya identidad no precisa, encontrándoseles en su poder tres o cinco maletines desocupados.

En efecto fueron retenidos Raúl Roperó, Phanor Quintero y Felipe Roperó Obregón y aunque aquellos declararon ser simplemente acompañantes de éste en la diligencia judicial, el primero aseguró que, según rumores, su retención se había originado por el hecho de que su hermano Felipe le solicitó colaboración a un militar en relación con el conocimiento que tenía acerca de que en una de las avionetas se encontraba un dinero, nada de lo cual confirma el abogado Felipe Roperó pues asevera que su presencia en la diligencia se debió a que contaba con poder de Aerovías del Vichada y su actuación se limitó simplemente a pedirle a un militar ayuda para identificar la avioneta que pretendía reclamar.

g. Para abstenerse de afectar al poseedor de la avioneta HK-3116 y a las tripulaciones de las dos aeronaves con medida de aseguramiento, consideró el Juez Segundo de Orden Público de Villavicencio, en su auto de junio 15 de 1.990, simplemente y sin ningún análisis, que sus explicaciones “a decir verdad hallaron eco en el plenario en numerosas pruebas tanto testimoniales como documentales”, relacionando seguidamente los folios donde se encontraban las mismas.

h. En esa misma providencia, observando que se trataba de hechos autónomos los sucedidos en la finca Tranquilandia de la vereda Candilejas, ubicada en jurisdicción de San Vicente del Caguán, dispuso el funcionario que ellos se investigaren en forma separada por el competente, esto era, el Juez de Orden Público de Florencia.

Ya antes, en proveído de junio 11, había dispuesto lo propio en relación con los resultados del operativo realizado en la Finca El Recreo, pues estando ella situada en inspección del mismo nombre bajo jurisdicción administrativa de San Vicente del Caguán,

era el Juez de Orden Público de la capital del Caquetá el competente para asumir su instrucción.

i. A su turno, la decisión de julio 30 de 1.990 de entregar inmediatamente y en depósito la nave HK-3162, se fundó en la veracidad concedida a las razones que dieron pasajeros y tripulante de su aterrizaje en ese lugar, así como en la calidad de tercero de buena fe que se le reconoció a la sociedad Aerovías del Vichada Ltda.

A fin de justificar tal orden sin esperar a que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta se plantea allí una interpretación del Decreto 2.390 de 1.989, según la cual, al omitir éste referirse a la materia, contrariamente a lo que se hacía en el Decreto 1.856 del mismo año, debía entenderse que ya no era exigencia legal el agotamiento previo de esa segunda instancia.

También en la decisión de agosto 2 de 1.990 referida a la otra aeronave, además de expresarse similar interpretación para justificar la inmediatez de la orden, se reconoce la condición de tercero de buena fe al incidentante quien desde su demanda se anunció simplemente como propietario inscrito, pero no real, del susodicho vehículo. Y si bien se hizo tangencial alusión al hallazgo de los dólares en éste, por otro lado, añade la providencia, se probó que la avioneta era destinada al cumplimiento de un fin lícito relacionado con el transporte particular de carga y pasajeros y que precisamente en la ejecución del mismo se le presentó una falla mecánica que hizo imperioso su aterrizaje en el área del operativo autorizándosele proceder hacia el aeropuerto de Candilejas.

j. La revocatoria que de esta decisión produjo el Tribunal de Orden Público al conocerla por vía de consulta en noviembre 19 de 1.990, tuvo por sustento el indebido entendimiento del escrito en que se proponía el incidente y del artículo 140 del Código de Procedimiento Penal, pues en su concepto aquél daba cuenta de que el solicitante no era en verdad el propietario de la avioneta, luego no podía concluirse que

tuviese afectado un interés patrimonial en el proceso, que sí lo poseía Cuéllar Cedeño debiéndose por tanto, dice el Tribunal, referirse el auto a la situación de éste dentro del sumario que no siendo distinta a la de un sindicado, permitía cuestionar la lícita procedencia y destinación del citado vehículo, máxime que resultaba un absurdo desvincular el hallazgo de esos dólares, o el hecho de que un abogado hubiere intentado su recuperación, de la posesión que sobre esa aeronave ejercía Cuéllar Cedeño.

3. En diligencia de indagatoria, así como en el curso de la audiencia pública, FABIO ELBERTO MARQUEZ QUEVEDO asegura que en su entonces condición de Juez Segundo de Orden Público de Villavicencio, procediendo de buena fe ante la demostración de licitud de su origen y destinación, al igual que frente al hecho de que se trataba de aeronaves de matrícula colombiana a las que no se les había hallado elemento delictivo alguno, dispuso su entrega provisional e inmediata porque así lo permitía el Decreto 2.390 de 1.989, suscribiéndose consecuentemente una diligencia en que el propietario se comprometía a no enajenarla y a presentarla una vez fuere requerida.

Sobre la HK-3116, no obstante haberse informado por el incidentante que la había vendido, explica que se le aceptó el trámite incoado porque de todas maneras manifestó tener derecho sobre la misma habida consideración que aún le adeudaban varios millones de pesos, interés que se demostró con la debida documentación en que se acreditaba la propiedad sin que se denotara en ella ilegalidad alguna, máxime que la nave aterrizó en el lugar de incautación por fallas mecánicas, produciéndose su retención simplemente por haber arribado al área del operativo a pesar de que se les había autorizado dirigirse a San Vicente y luego a la pista alterna de Candilejas por reparaciones en la de aquél Municipio.

Similares consideraciones a no hallarse nada ilícito en las aeronaves y a que la retención de las mismas obedeció simplemente a su arribo dentro de la zona del operativo, dice, le valieron para no afectar con medida de aseguramiento ni a las tripulaciones,

ni al propietario de la HK-3116.

Agrega que en relación con los dólares hallados en dicha avioneta estimó, también de buena fe, que se trataba de una conducta autónoma e independiente por lo que, sin hacer hincapié en investigarla dada la incompetencia, se ordenó compulsar copias para que, por la Superintendencia de Cambios, se hicieran las indagaciones administrativas a que hubiere lugar.

Señala, finalmente, que ninguna norma del Decreto mencionado, ni del 042 de 1.990 fue pretermitida, pues, ordenada efectivamente la consulta de la decisión, a diferencia del Decreto 1.856 aquellos no señalaban el momento en que debía producirse la entrega.

4. Resolviendo la situación jurídica del ex juez, el mismo Tribunal, mediante auto de octubre 29 de 1.991, se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento ya que, si bien las diligencias producían la impresión de que el funcionario obró con extremo afán por favorecer a algunos de los implicados, la entrega de las aeronaves se hizo en forma provisional y a favor de terceros ajenos a la conducta supuestamente ilícita, concepto este donde, dice el Tribunal, cabía el propietario inscrito de la HK-3116 de conformidad con los artículos 1.427 y siguientes del Código de Comercio.

Por último, en cuanto se refiere a la entrega de las aeronaves, sin surtirse previamente la consulta, estimó el Tribunal que ante la avalancha legislativa la interpretación del juez fue una de las varias que en ese momento se presentaron, luego, siendo ello así, mal podía afirmarse una violación manifiesta a la ley.

5. Sin embargo, al calificar el mérito del sumario, el Tribunal de Orden Público, mediante auto de junio 18 de 1.992, reconociendo que al haberse ordenado la entrega de las avionetas en forma provisional no se incurrió en ilícito alguno, consideró tipificado el punible de prevaricato por acción en las decisiones en que se definió la situación

jurídica de los implicados, pues en ellas se favoreció ostensiblemente a Serafín Cuéllar al desconocer la existencia de un indicio grave en su contra, cual fue el hallazgo de unos dólares en la nave que utilizaba sumado a su presencia en la región del Tunia, por lo que, en consecuencia, dispuso acusar, así como detener preventivamente, al ex Juez MARQUEZ QUEVEDO por el referido punible.

6. Interpuestos contra tal decisión, por el defensor del procesado, los recursos de reposición y en subsidio el de apelación, que se surtieron luego de que la Corte declarara la nulidad de la actuación, mediante auto de marzo 11 de 1.994, por virtud de la incompetencia del Tribunal Nacional sobreviniente a partir del 1º de julio de 1.992, la Fiscalía, tanto en primera como en segunda instancia, ratificó dicha determinación al estimar en aquélla, según resolución de junio 14 de 1.994, que el funcionario investigado omitió analizar las pruebas tal como se lo ordenaba el artículo 253 del Código de Procedimiento Penal efectuando a cambio una valoración probatoria que traduce la intención de favorecer tanto a los procesados como a los terceros que reclamaron las aeronaves.

Por su parte, la Fiscalía ad quem, conforme a proveído de septiembre 1º del mismo año, precisando los cargos, determinó manifiesta ilegalidad en dos de las providencias dictadas por el entonces Juez Segundo de Orden Público: la primera, al abstenerse de imponer medida de aseguramiento a la tripulación de la avioneta HK-3116 y al señor Serafín Cuéllar pues no resulta creíble, afirma, que aquélla viajara con la simple finalidad de recoger unos documentos en la ciudad de Florencia, o que sufriera una variación tan notoria de ruta sobre la base del mal tiempo o de una avería no verificadas y que a la postre resultaron ingenuas frente al ulterior hallazgo de las divisas extranjeras ocultas en el vehículo, lo que indudablemente, agrega, permitía colegir que tanto los tripulantes como el poseedor de la nave se hallaban comprometidos en los hechos materia del operativo militar.

Y la segunda, por entregar de manera inmediata la avioneta HK-3116, habida cuenta que el sólo hallazgo de esos dólares, indicando una ilícita destinación, impedía jurídicamente proceder de tal modo, nada de lo cual se desvirtúa porque se hubiese considerado dicho encuentro como conducta autónoma, pues si así hubiere sido, olvidó el Juez que para esa época se encontraba tipificado como punible el delito de enriquecimiento ilícito cuya flagrante comisión, compitiéndole investigarlo, hacía aún más imposible la devolución del mencionado bien.

Así se aceptare, añade la Fiscalía de segunda instancia, la ausencia de conexidad, ilógica resultó la actuación del juez de declararse incompetente, compulsar copias para que se investigase por separado el hallazgo de los dólares y a la vez considerarse facultado para decidir sobre la aeronave en que tales divisas se hallaron.

7. Asumida la consiguiente etapa de juzgamiento por una Sala de Conjuces, ante el impedimento de las de Decisión del Tribunal Nacional que en Sala Plena determinó destituir al ex Juez MARQUEZ QUEVEDO, según providencias de septiembre 11 de 1.991 y julio 16 de 1.992, por hechos relacionados con los que son materia de este proceso, se adjuntaron, previo decreto, copias de las decisiones tomadas por la Fiscalía Regional de Santafé de Bogotá en el asunto que diera origen al presente, así:

a. Resolución de mayo 15 de 1.995, en la que, considerando autónomos los hechos sucedidos en la finca Cali, se califica el mérito del sumario adelantado contra quienes fueron retenidos en el citado predio acusándolos por infracción a la Ley 30 de 1.986 y al Decreto 3.664 del mismo año.

b. Providencia de mayo 19 de 1.995 a través de la cual, calificando también el mérito de la investigación realizada respecto del poseedor de la avioneta HK-3116, la tripulación de ésta y el piloto de la HK-3162, se les precluye la misma por considerar que si bien el mismo día de la captura de éstos se produjo la de dos pilotos bolivianos, el

viaje de la primera nave no estuvo sólidamente justificado y dentro de ésta fue hallada la conocida cantidad de dólares sin que exista una explicación satisfactoria de su posesión, constituyéndose en circunstancias suficientes para dictar una medida de aseguramiento, no tienen la virtud de fundamentar una acusación, pues “es posible que la mentada aeronave en realidad fuese a recoger a los pilotos bolivianos capturados y/o pagar o recoger y transportar la droga prohibida, pero esas hipótesis jamás fueron desarrolladas, se quedaron en el plano de las conjeturas”.

Además, consecuente con tal decisión y teniendo por propietario de la HK-3116 a Serafín Cuéllar ordenó a su favor la entrega definitiva del citado vehículo, absteniéndose a la vez de resolver, “por sustracción de materia”, sobre las divisas extranjeras halladas por cuanto la Superintendencia de Control de Cambios, según resolución de septiembre 2 de 1.992, impuso a Cuéllar una multa equivalente al 150% de la suma incautada por infracción cambiaria, y

c. Proveído de la misma fecha en que, definiendo el incidente propuesto en relación con la avioneta HK-3162 y como consecuencia de la preclusión reseñada, no observando además “ningún motivo que amerite la vinculación de la aeronave referenciada a este proceso, ya que en su interior no se halló nada ilícito, cumplía con todas las normas de la Aeronáutica Civil para volar el día de los hechos y desarrollaba el objeto social de la empresa a la cual pertenece”, se dispuso su entrega definitiva a la sociedad Aerovías del Vichada Ltda.

8. Quien fuera abogado asesor del Juzgado Segundo de Orden Público de Villavicencio, JAIME RODRIGUEZ MATIZ, compareció a la audiencia pública declarando que, para efectos de la entrega de las aeronaves, se tuvo en cuenta que el reclamante, quien había de ser el propietario inscrito, fuera un tercero sin ninguna vinculación con los hechos investigados y que estuviesen vigentes los certificados de aeronavegabilidad. Además, en este asunto, añade el deponente, se consideró el hecho declarado por el

Coronel Montoya según el cual, no obstante la cantidad de elementos ilícitos hallados, esto sucedió a gran distancia del sitio de aterrizaje de las avionetas, sin que ninguno de ellos hubiera sido encontrado en éstas, por manera que no existían elementos de juicio para afirmar si entre todos los capturados y los bienes decomisados había algún nexo entre sí.

Explica, finalmente, que la entrega inmediata de las avionetas obedeció no sólo a la personal interpretación de la norma, sino también acogiendo directrices que en ese sentido ya habían señalado algunas salas del Tribunal de Orden Público.

LA SENTENCIA RECURRIDA:

Subsanada la nulidad y adelantado el correspondiente juicio, la Sala de Conjuces del Tribunal Nacional dictó sentencia condenando al doctor FABIO ELBERTO MARQUEZ QUEVEDO a la pena principal de 42 meses de prisión por considerarlo responsable de la comisión de los delitos de prevaricato, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, negándole el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Para esos efectos, partiendo de considerar los dos cargos imputados al procesado, al resolver la situación jurídica de unos indagados y al decidir la entrega de una avioneta, estimó el a quo, en relación con el primero, que exigiendo el Código de Procedimiento Penal de 1.987, por lo menos, un indicio grave de responsabilidad, la gran cantidad de dinero y estupefaciente incautados en la operación Otoño permitían inferir que “en la región se celebraría una importante transacción con cocaína que no pudo llevarse a término por la intervención de las autoridades”, lo cual se demostró, agrega el Tribunal, a través de hechos múltiples, así: la historia del viaje de mensajería poca credibilidad podía merecer pues los planes de vuelo presentan como hora de salida del aeropuerto una diferente a la certificada por las autoridades aeronáuticas, además de una serie de

inconsistencias sobre la identificación de las naves, luego, “es evidente una grave contradicción en el contenido de los documentos llamados a acreditar la identidad de los aeroplanos y las horas de sus operaciones aéreas que, en condiciones normales, indudablemente habría permitido al juez inferir la presencia de un grave indicio de mala justificación y otro de falsedad capaces de sustentar una medida de aseguramiento contra el señor Cuéllar y los pilotos contratados por él”; súmase a lo anterior que, hallada esa cantidad de dólares en la avioneta HK-3116 y sucedido el hecho de que un abogado intentara recuperarlos, “aparece claro para la Sala que el intento de sobornar a un oficial y el descubrimiento de la importante suma de dinero ... eran indicios que comprometían seriamente la responsabilidad de Cuéllar y la tripulación de su aeronave en la operación de compraventa de estupefacientes que se realizaba en la región”.

Por ello, se concluye: “la Sala observa, sin esfuerzo alguno, un marcado contraste entre la realidad probatoria y la decisión del 15 de junio de 1.990. De ese contraste surge la manifiesta ilegalidad de la providencia”, sin que tal aserto se pueda desnaturalizar porque finalmente la Fiscalía haya precluido la investigación por ser claro que unos son los requisitos legales para sustentar una medida de aseguramiento y otros para acusar.

Por lo que hace a la entrega de la avioneta HK-3116 estimó el a quo que el procesado asignó, a quien legalmente no se permitía, la condición de tercero incidental pues la actuación demostraba que Rojas Soto, no obstante aparecer inscrito como propietario, no era realmente tal, habida consideración que ya había transferido el dominio de la aeronave a Cuéllar quien por tanto era su tenedor y explotador; súmase a ello la falsedad de los planes de vuelo, todo lo cual imposibilitaba la entrega de la nave pues así resultaba claro que ésta era utilizada en una actividad al margen de la ley.

Además, agrega el Tribunal, el procesado no sólo dispuso la entrega del bien, sino que se apresuró a hacerlo contra toda previsión legal que prescribía la consulta de una decisión de esa naturaleza, sin que pueda afirmarse que semejante condición

desapareció por virtud del Decreto 2.390 de 1.989, toda vez que éste no derogó el 1.856 del mismo año sino que lo adicionó, de modo que la decisión en cuestión no sólo fue manifiestamente ilegal en frente a ese grado jurisdiccional, sino también frente a la prueba de la ilícita destinación de la avioneta.

Por todo ello le resulta al a quo, dadas las calidades y experiencia del ex juez, inaceptable su exculpación, “máxime si se tiene en cuenta que el contraste entre las providencias y la ley es tan ostensible o manifiesto que no puede explicarse a la luz de un simple error de interpretación derivado de la buena fe”.

En esas condiciones, aplicando el artículo 26 del Código Penal y apreciando la naturaleza de los deberes y de las funciones vulneradas, se impuso al procesado pena privativa de libertad en la cantidad ya señalada, la que a su vez impidió la concesión de subrogados penales.

LA IMPUGNACION:

En su debida oportunidad, el defensor del procesado interpuso contra el fallo anteriormente reseñado, recurso de apelación, para que en primer término, de manera principal, se revoque y en su lugar, se dicte sentencia absolutoria y de modo subsidiario, se modifique la dosificación punitiva de modo tal que conduzca a la concesión del subrogado penal; en segundo lugar, persigue que a través del recurso se declare la nulidad del proceso.

En cuanto hace a la primera pretensión, principal, e infiriendo que el a quo condenó al procesado porque éste no dictó medida de aseguramiento contra los tripulantes de las avionetas y propietario de una de ellas por la tentativa del punible descrito en el artículo 33 de la Ley 30 de 1.986, considera la defensa infundado dicho aserto cuando los actos supuestamente ilícitos sólo alcanzaron el nivel de preparatorios, irrelevantes para el derecho penal, pues si aquél fenómeno consiste en la ejecución de actos idóneos

e inequívocamente dirigidos a la consumación de un delito, no puede tenerse por tal el simple hecho de aterrizar en el aeródromo de Candilejas, sin que éste fuera el sitio de comercialización de la droga y sin hallarse en la nave sustancia ilícita alguna. El mentado acto, dice la defensa, resulta así equívoco pues no necesariamente conduce a la realización del punible previsto en la citada norma, y esa falencia, agrega, no se suple con los supuestos indicios de mala justificación y de falsedad que erradamente el a quo deriva de la inconsistencia en los colores de las aeronaves o de las horas de despegue olvidando que en los aeropuertos ello es normal debido a las diversas contingencias que allí se manejan.

Además, continúa, el Tribunal omitió valorar la declaración del Coronel Mario Montoya Uribe, según la cual, la retención de las naves y sus ocupantes se produjo a gran distancia del sitio de los allanamientos, así como dejó de apreciar la presencia de los mecánicos de aviación y los testimonios de Wilson Tobón, Pablo Rovira, Vanor Salazar e Iván Darío Rojas, que permitían concluir que las naves ni siquiera llegaron al sitio donde se hallaba la droga y en segundo lugar, que la avioneta HK-3116 arribó a Candilejas por fallas en uno de sus motores cuando su destino era la ciudad de Florencia a donde recogería una serie de documentos relacionados con un préstamo bancario, es decir, que su actividad en ese momento era lícita como lo era en términos generales cuando en ella se transportaba pescado.

Por todo eso, dice el recurrente, la providencia que se le cuestiona al ex juez fue dictada de buena fe, con base en la realidad procesal y un análisis serio de las pruebas, y nada de ello se desvirtúa, porque en la avioneta HK-3116 hubiesen sido hallados US \$236.000, pues la simple tenencia de divisa extranjera no constituye delito, menos cuando en ese momento no se sabía a quién pertenecían; el juez no podía sospechar que eran de Cuéllar Cedeño y aunque lo supiera no podía suponer que ello constituía un enriquecimiento ilícito, por eso, añade el impugnante, bien procedió el funcionario al depositarlos en el Banco de la República, máxime que su posesión tampoco indicaba

inequívocamente el propósito de adquirir drogas y en ese orden la final decisión de la Fiscalía de precluir la investigación sí tiene trascendencia cuando la situación probatoria era la misma, de modo que si esos elementos de juicio eran suficientes para absolverlos con mayor razón resultaban insuficientes para afectarles la libertad, “lo aberrante hubiera sido que el juez los hubiera detenido preventivamente y posteriormente se le hubiera precluido la investigación”.

Refiriéndose luego a la segunda imputación que se hace en contra del acusado, estima el recurrente que la entrega de la avioneta fue lógica consecuencia de la definición favorable de la situación jurídica, esto es, que si la conducta de los entonces sindicados no alcanzó el grado de tentativa no existía razón jurídica para vincular la aeronave.

Pero además, de conformidad con el Código de Comercio, el propietario de la nave era quien así aparecía en el registro correspondiente y no siéndole dado al juez penal desconocer, bajo ningún pretexto, el sistema legal que gobierna la propiedad, la sentencia apelada deviene, por tanto, incoherente con dicho régimen, no así la que en ese sentido se le cuestiona al acusado que, consecuentemente, considera el defensor, resultaba ajustada al ordenamiento.

Ahora bien, expresa el defensor, como el juez en la decisión de entregar la avioneta nunca dijo que debía producirse antes de surtirse la consulta, la irregularidad entonces no recae sobre la providencia misma sino en el acto físico de entrega, lo cual varía radicalmente la calificación, pues no siendo la resolución el objeto material no se configura el delito de prevaricato, sino eventualmente un abuso de autoridad por el cual no existe acusación.

Y aún siendo ese proveído el objeto del ilícito, concluye el apelante, tuvo por fundamento una interpretación judicial factible dentro de las varias que existían para ese momento luego, como lo ha reconocido la jurisprudencia, se excluye la prevaricación

porque en tales casos lo que sucede es que “el funcionario yerra al tratar de desentrañar un texto oscuro y confuso y que da lugar a más de una postura posible”.

Subsidiariamente a la revocatoria de la condena, solicita el defensor se modifique la tasación punitiva porque, en su concepto, la efectuada no se ajusta a los parámetros legales ya que, sin que se tuviera en cuenta el contenido del artículo 26 del Código Penal, se efectuó en realidad una acumulación aritmética de penas en donde se omitió señalar los límites mínimos y máximos para eventos de concurso. Como la norma citada no indica un aumento base significa que la pena para los dos prevaricatos concurrentes oscilaría entre un año un día y diez años de prisión; sin embargo, dentro de tales límites el a quo, sostiene el apelante, nada argumentó, frente a los criterios previstos en el artículo 61 del Código Penal, acerca de cuáles de éstos le sirvieron como fundamento para concluir que un prevaricato lo sancionaba con 24 meses y el otro con 18.

En este caso, considera la defensa, debe partirse de la pena mínima para ese concurso dada la carencia de antecedentes en el acusado y la solución que finalmente tuvo el asunto origen de este proceso, de modo que no siendo, la que finalmente se imponga, superior a 36 meses, daría lugar a la concesión del subrogado que también de forma subsidiaria deprecia.

Percibe el defensor, en segundo término, que el proceso se encuentra viciado de nulidad por falta de competencia de la corporación que lo adelantó y falló pues si bien el Decreto Legislativo 2.790 de 1.990 creó el Tribunal de Orden Público no le asignó competencia para investigar y juzgar a los funcionarios de esa jurisdicción la que sólo se le vino a deferir a partir del Decreto 099 de enero 14 de 1.991, de modo que antes de éste tal facultad le correspondía a las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial.

En consecuencia, señala, como los hechos objeto de este asunto ocurrieron en junio y

agosto de 1.990, el juez natural no podía ser otro que el Tribunal de Villavicencio toda vez que aquellos ocurrieron en esa ciudad antes de entrar en vigor el Decreto 099, pero como el que asumió el conocimiento fue el de Orden Público significa que se violó el principio constitucional mencionado y por ende, se incurrió en una nulidad supralegal que en su concepto debe ser analizada por virtud del principio de favorabilidad, no obstante no ser la oportunidad para su proposición.

CONSIDERACIONES:

1. Impónese, por orden lógico, analizar en primer término, la solicitud de nulidad que plantea el recurrente, sobre la cual debe afirmarse, desde ya, su improcedencia no sólo porque, como él mismo lo señala, ha sido propuesta fuera de la oportunidad procesal, sino porque además deviene infundada.

En efecto, estableciendo el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal, entratándose del trámite en las instancias, que la invocación de los vicios que afecten el proceso sólo puede realizarse hasta el vencimiento del término dispuesto por el artículo 446 ídem. para la preparación de la audiencia pública, la extemporaneidad de la petición formulada por el impugnante es ostensible, sin que en ello logre tener alguna incidencia en contrario sus alegaciones acerca de nulidad supralegal o en relación con el principio de favorabilidad, pues ellas, además de que se hacen en frente de la Constitución de 1.886 mas no ante el nuevo orden constitucional que desde 1.991 nos rige, omiten considerar que, en términos de la Ley 153 de 1.887, artículo 40, “las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir”.

Pero, aparte de que una tal solicitud en ese sentido resulta inoportuna, la que argumenta el apelante carece de un sustento legal como para acceder a los efectos que pretende, toda vez que, siendo la alegada la incompetencia del Tribunal que adelantó el proceso el

análisis que la respalda no se aviene a la normatividad vigente tanto para la época de apertura de la instrucción como en la actualidad.

Ciertamente, el acto de creación del entonces Tribunal de Orden Público, que fue el Decreto 0474 de marzo 16 de 1.988 y no el Estatuto para Defensa de la Justicia (Decreto 2.790 de 1.990), dentro de las competencias que le asignó a esa corporación no incluyó la de investigar y juzgar a los jueces de orden público, creados por el Decreto 1.631 de 1.987, por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, lo cual sólo vino a suceder a partir del Decreto 099 de enero 14 de 1.991, significando entonces que la competencia en dicho sentido correspondía a las Salas Penales de Decisión de los Tribunales de Distrito máxime que en éstos, por lo menos formalmente, se habían instituido Salas Especiales de Juzgamiento para conocer en segunda instancia los delitos de competencia de los Juzgados de Orden Público.

En ese orden, resulta incuestionable que para el momento en que se dispuso en este asunto la apertura de investigación, (abril 26 de 1.991), en contra del doctor MARQUEZ QUEVEDO concernía al Tribunal Superior de Orden Público conocer “en primera instancia, de las actuaciones y procesos que se inicien o adelanten contra jueces de instrucción o de conocimiento de orden público, o contra los Fiscales de Orden Público, por delito cometido en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas”, luego, mal puede aducirse incompetencia del ente entonces instructor y finalmente del fallador en primera instancia, so pretexto de que los hechos delictuosos sucedieron en junio y agosto de 1.990, cuando es suficientemente sabido que si bien “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” (Artículo 29 de la Constitución), esta regla, según lo prescribe el artículo 43 de la Ley 153 de 1.887 “sólo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento”, las cuales se aplican desde que empiezan a regir, y con prevalencia sobre las anteriores, según lo

dispone el artículo 40 ídem.

2. Por tanto, competente como era el Tribunal de Orden Público para investigar y acusar a los Jueces de esa misma jurisdicción y facultado como se encontraba el Tribunal Nacional para juzgarlos, el proceso no se encuentra afectado de nulidad, ni por el motivo que invoca el recurrente ni por ningún otro, luego procede ahora el análisis del fallo dictado por el a quo en frente de la actuación procesal y de las pretensiones principal, de revocatoria, y subsidiaria, de modificación, planteadas por el impugnante.

En ese propósito y habiendo sido acusado el ex Juez Segundo de Orden Público de Villavicencio por la comisión de dos delitos de prevaricato al proferir, con manifiesta contrariedad a la ley, las providencias de junio 15 y agosto 2 de 1.990, por medio de las cuales definió favorablemente la situación jurídica de unos indagados y dispuso la entrega de una aeronave, respectivamente, es, en consecuencia, frente a la normatividad entonces vigente que habrá de avocarse el examen respectivo.

3. Si de la situación jurídica se trata, el artículo 414 del Decreto 0050 de 1.987 exigía la existencia contra el procesado de “por lo menos un indicio grave de responsabilidad” para que de ese modo fuera viable su afectación con una medida de aseguramiento.

Esa condición resultaba evidentemente satisfecha en las diligencias que hasta ese junio 15 de 1.990 obraban en contra de los tripulantes de las avionetas HK-3116 y 3162 y el poseedor y explotador de la primera, pues aunque la retención de éstos y de las naves se produjo en aeródromo debidamente autorizado para operar, distante de los específicos lugares donde se desarrollaron los allanamientos, fincas Cali, El Recreo y Tranquilandia y se logró la incautación de sustancias y elementos anejos a la comisión de delitos referidos en la Ley 30 de 1.986 y en el Decreto 3.664 del mismo año, según lo declararon los mismos indagados en mención y el oficial del ejército que planeara y participara en la ejecución de la “Operación Otoño”, Coronel Mario Montoya; o, si bien se dio cuenta que

la HK-3116 aterrizó en Candilejas cuando en cumplimiento de un fin lícito, recoger una documentación en Florencia, se vio obligada, por condiciones climáticas que la hicieron perder su ruta y averías mecánicas en uno de sus motores, a aterrizar en el aeródromo de Candilejas, es innegable que toda esa apariencia de legalidad entró en un proceso de resquebrajamiento con las posteriores pesquisas cuyos resultados le eran suficiente conocidos al Juez encargado de la investigación.

En efecto, si bien para el 6 de mayo de 1.990, cuando ya prácticamente la operación militar concluía, las aeronaves en cita aterrizaron en el área general del Tunia, donde aquella se adelantaba, sin que en ese preciso acto y en el de su posterior aprehensión se lograra establecer una relación de cualquier naturaleza con los resultados de los referidos allanamientos, sí surgen después una serie de hechos que, debidamente demostrados, obligaban al Juez de Orden Público enjuiciado a afectar la libertad de, por lo menos, la tripulación de la HK-3116 y su poseedor.

No se trata sin embargo, de la supuesta falsedad de los planes de vuelo a que alude el a quo porque hubiere alguna imprecisión acerca de los colores de las naves, que en verdad no resulta de la trascendencia que se le dio cuando era evidente la física identificación, corroborada por su matrícula y su lícita procedencia, o porque en criterio de la Sala de Conjuces existiera inexactitud sobre la hora de salida indicada en el plan y aquella en que se produjo el decolaje según información de las autoridades aeronáuticas, pues aunque la argumentación del defensor a ese respecto no se aleja de las condiciones de nuestro territorio y aeropuertos no corresponde a los usos técnicos con que se elaboran esos documentos, específicamente cuando se trata de la hora toda vez que el utilizado es el Horario Zulú que, como medida universalmente aceptada, implica para el huso colombiano una diferencia de cinco horas respecto del tiempo solar; así, si en el plan de vuelo de la HK-3116 aparecía como hora de salida las 13:30 se entendía expresada en Hora Zulú equivaliendo por tanto a las 8:30 a.m. y si en la HK-3162 se anotó las 17:00 su equivalente real era las 12:00 m.

Se trata, mejor, de una serie de acontecimientos que para el momento de definir la situación jurídica permitía sopesar seriamente un plural número de probabilidades que, debiéndose desarrollar obviamente en el curso de la investigación sin que nunca se llegara a ello, iban desde el rescate de dos pilotos bolivianos hasta la comercialización de estupefacientes o pago de trabajadores dedicados al ilícito tráfico.

En primer término, es claro que el sitio final de aterrizaje, Inspección Candilejas, se encuentra bastante distante de Florencia y de San Vicente del Caguán, por ende, se convertía en circunstancia que hacía poco creíble el desvío de ruta por condiciones climáticas cuando en el trayecto hacía el llano bien podían encontrar municipios como Puerto Rico o Cartagena del Chairá, fue por ello que se creó en los militares que participaron en la retención la idea de que ese relato era falso y de que la verdadera razón de su llegada allí era otra, así se explica la aprehensión de la nave y su tripulación, máxime que en verdad, resultaba ilógica la versión si se tiene en cuenta que, cuando piloto y copiloto pierden la comunicación y desvían la ruta, faltaban unos treinta minutos para llegar a Florencia, de manera que se convertía en un absurdo, pasada la zona del piedemonte de la cordillera Oriental, adentrarse hacia el llano con un motor averiado, hecho que aunque se tuvo por existente realmente nunca se acreditó a través de medios idóneos, pues no es tal la declaración del referido Coronel a quien, aunque vio el cambio de un elemento del motor, no le era posible certificar con certeza la falla por ser explicable su carencia de conocimientos técnicos al respecto.

Más inverosímil se presentaba el relato de los tripulantes de la HK-3116 cuando, si en verdad se encontraban incomunicados, aterrizan y sin saberse de qué manera se enteró de ello Cuéllar Cedeño, en el mismo aeródromo, la avioneta HK-3162 con el supuesto objetivo de desvarar la primera.

Súmase a todo lo anterior, las inconsistencias que luego se establecieron sobre la finalidad del viaje entre Cali y Florencia, pues se trataba de una nave dedicada al transporte

de pescado que en esta ocasión se utilizó simplemente para dirigirse a Florencia con el propósito de recoger una documentación que iría a ser entregada por Vanor Salazar y aunque éste tiende a confirmar la coartada lo cierto es que finalmente termina haciéndose carente de credibilidad, toda vez que, alguna de la supuesta documentación a enviar ese 6 de mayo realmente era de fecha posterior, como igualmente fue la diligencia de autenticación del poder que constituía la esencia del viaje.

En fin, una primera conclusión le era exigible asumir frente al acervo probatorio, al Juez de Orden Público: las razones aducidas por los tripulantes y poseedor de la avioneta HK-3116 para haber aterrizado en Candilejas, eran aparentes, más aún, falsas.

Andando la instrucción, aún en sus primeras etapas y sin obstar lo incipiente de la misma, un hecho de gravedad que el propio recurrente calificara en el curso de aquella como “indicio de responsabilidad respecto de los procesados que tenían que ver con dicha avioneta” (fls. 241 y 281), emerge ante el propio Juez de Orden Público que le hacía imperativo colegir que la nave estaba siendo dedicada a una actividad ilícita en la que probablemente intervenían su poseedor y su tripulación: el día 21 de mayo de 1.990, en diligencia de inspección judicial, cuando se revisaban los aeroplanos retenidos, se hace presente en la base de Apiay un abogado con la pretensión de recuperar subrepticamente cierta cantidad de dólares que se encontraba en alguna de ellas; alertadas, por ello las autoridades militares que en la diligencia se encontraban, así como el propio Juez, se dispone una búsqueda minuciosa hasta hallar, mimetizados en la zona de cola de la HK-3116, la no desconsiderable suma de US\$236.000,00.

Ese sólo hecho, en las circunstancias advertidas, era suficiente para colegir que los procesados en mención veían comprometida su responsabilidad en la comisión de un delito: de tráfico de estupefacientes, de encubrimiento del mismo o, en últimas de enriquecimiento ilícito, pues para esa época también se punía a quien “de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial no

justificado, derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas”.

Aisladamente considerados los diferentes hechos antes expuestos, tal como lo hace a su conveniencia el defensor, no se produce ciertamente otro resultado que el que éste propone: en efecto, la nave no aterrizó en los lugares de los allanamientos, no se le halló ninguna sustancia o elemento ilícito y la posesión de divisas no es conducta delictiva; pero examinados en conjunto, según lo prescribe el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal y se le obligaba al Juez, la conclusión es diferente, pues la suma de esos hechos: finalidad desvirtuada del viaje, ilogicidad de las razones por las se aterrizó en Candilejas, posesión de gran cantidad de dólares, escondidos, que pretendieron ser recuperados soterradamente por un abogado, no podían sino conducir a señalar al poseedor de la aeronave y a la tripulación como responsables de la comisión de un delito según las hipótesis ya anunciadas que debían recibir ratificación o infirmación en el proceso, a nada de lo cual, como ya se dijo, se llegó.

Es que, entratándose de la prueba indiciaria, como la que se le exhibía al funcionario acusado, los requisitos de concordancia, convergencia y gravedad hacían imperativo el reconocimiento de los efectos que el juez negó a esos medios de demostración. La conexidad que concatena esa serie de acontecimientos, debidamente acreditados, con el hecho a probar hacían patente, de manera lógica, la responsabilidad que el Juez Segundo de Orden Público no halló en la tripulación procesada a la vez que concurrían al mismo fin de indicar ese compromiso penal.

En el mismo ámbito, la gravedad, mirada como el efecto serio y ponderado que los indicios producen en el juicio del funcionario, se constituía en una característica más de los hechos expuestos al entonces juez que lo impelían a adoptar la decisión que legalmente esa oportunidad procesal le demandaba, pues, como desde antiguo lo ha sostenido la Corte “el indicio es grave cuando entre el hecho que se conoce (indicante, indicador o causal) y el hecho que se quiere conocer (consecuencial o indicado),

referente al delito o a la responsabilidad del agente, media un nexo probable, creado por la dependencia inmediata con el fenómeno principal, o por una cadena causal fuertemente acentuada, o por la exterioridad reveladora de su composición. Probable es lo que puede ocurrir fácilmente, pues se funda en razones serias y estables, a diferencia de lo posible, que puede tomar forma o no, ejecutarse o confinarse a un simple proyecto. El juicio de probabilidad depende, pues, del grado en que puedan sucederse racionalmente los actos y los acontecimientos".(Auto de mayo 26 de 1.971. M.P. Dr. Luis Carlos Pérez).

Pero además, la sumatoria de tales acaecimientos y en contra de lo sostenido por el apelante, constituía, sin duda alguna, la ejecución de actos idóneos e inequívocamente dirigidos a la consumación de alguno de los ilícitos precitados; cómo no tenerlos por tales, si es que las razones del arribo de la avioneta al área general del operativo militar resultaban absurdas, increíbles o, cómo pretender considerar que se realizaba una actividad lícita cuando la posesión de las divisas se ocultó al punto que ni el día 6 de mayo se hallaron, ni tampoco se habrían encontrado el 21 de no hacerse presente el abogado con la pretensión de recuperarlos?

Es indudable que en el proceso de ejecución del delito el sistema penal sólo se interesa por aquella fase de exteriorización desde el momento en que los actos que la conformen se dirijan de modo idóneo e inequívoco a la realización del ilícito y a tal postulado teórico y legislativo no escapaba la actividad que resultaba objeto del serio reproche que omitiera el acusado funcionario, pues, imposible, de no ser por la mediación de un comportamiento ilícito como el que ejecutó Márquez Quevedo, era no apreciar que los actos de traslado a una zona de reconocida influencia del narcotráfico, bajo razones falsas y con una apreciable cantidad de dólares, conformando la fase externa del ilícito, constituían hechos idóneos e inequívocos destinados a consumir un ilícito, sin que esto se hubiere logrado por circunstancias ajenas a la voluntad de la tripulación y del explotador de la avioneta HK-3116.

4. Por todo ello, no puede menos que concluirse que, contrariando manifiestamente los artículos 253 y 414 del Decreto 050 de 1.987, el procesado MARQUEZ QUEVEDO dictó esa providencia de junio 15 de 1.990 que, siendo ostensiblemente ilegal, lo hace autor del delito por el cual se le acusó, pues bajo el simple y lacónico argumento de que las explicaciones de los entonces procesados “a decir verdad hallaron eco en el plenario en numerosas pruebas tanto testimoniales como documentales”, limitándose únicamente a relacionarlas mas no a efectuar sobre ellas un análisis crítico y acorde con su función, decidió favorablemente la situación jurídica del piloto, copiloto y poseedor de la avioneta HK-3116, cuando, de haber acatado las citadas disposiciones legales, se imponía ineluctablemente una medida de aseguramiento en contra de los mismos.

Nada de lo expuesto se desvirtúa por el hecho de que la Fiscalía finalmente haya precluido la investigación que contra dichas personas se adelantara, pues, como lo señala el a quo, unos son los presupuestos legales exigidos para proferir medida de aseguramiento y otros para calificar y específicamente para acusar, por manera que a diferencia de lo aducido por el apelante, no es extraña la situación de que dictada una medida, se precluya posteriormente, menos aún cuando tales decisiones corresponden a momentos procesales diversos y en ocasiones distantes el uno del otro, definiéndose usualmente la situación jurídica en las primeras fases del sumario cuando empiezan a plantearse diversas hipótesis delincuenciales y consecuentemente de tipicidad, así como sus específicas circunstancias.

5. Similar se presenta el análisis en rededor de la providencia de agosto 2 de 1.990 por medio de la cual el doctor MARQUEZ QUEVEDO dispuso la entrega provisional de la avioneta HK-3116 a un tercero, pues al proceder de tal modo contrarió de manera manifiesta los Decretos 1.856 y 2.389 de 1.989, que adicionó al anterior, así como el 042 de 1.990, por cuanto éstos preceptuaban que la asignación provisional o en depósito de los bienes incautados o aprehendidos por virtud de la comisión de infracciones a la Ley 30 o

por razón del delito de enriquecimiento ilícito, correspondía al Consejo Nacional de Estupefacientes pudiendo hacerla en favor, preferentemente, de quien demostrara un derecho legítimo sobre los mismos, y que, siendo carga del sindicato o del tercero reclamante demostrar que los bienes aprehendidos o decomisados no procedían de actividad ilícita ni fueron utilizados en la comisión del delito, correspondía al juez de conocimiento disponer en la sentencia su asignación definitiva o devolución, acreditadas la licitud de su procedencia y destinación, perdiendo el inculpado la propiedad si fuere condenado u obteniendo su regreso en caso de que fuere absuelto.

Significa lo anterior, en primer lugar, que al Juez de Orden Público le estaba vedada, por disponerlo los artículos primero del Decreto 1.856 y tercero del Decreto 2.390 de 1.989, la asignación provisional o la entrega en depósito de los elementos así incautados y, en segundo término, que la asignación, entrega o devolución que se le facultaba sólo era la definitiva debiendo disponerla en la sentencia en tanto se le demostraren además las condiciones legales ya mencionadas, lo cual corría de cuenta del reclamante, bien que éste fuera un tercero o un sindicato; la entrega, se reitera, se sujetaba a la demostración del derecho de propiedad y a que el bien fuera de lícitas procedencia y destinación, nada de lo cual fue estimado por el acá procesado, percibiendo en cambio y sin sustento legal que sí se hallaban probados tales aspectos, pues aparte de que carecía de autorización legal para ordenar la entrega provisional o depósito de la aeronave, lo hizo aún en contra de la evidencia probatoria que acreditaba el uso ilícito del vehículo.

Si bien la ilegalidad de dicha decisión no deviene de que se hubiese entregado el bien antes de surtirse efectivamente el grado jurisdiccional de consulta, pues en ese sentido resultan plausibles las afirmaciones que hiciera el Tribunal de Orden Público en su providencia de octubre 29 de 1.991, según las cuales la tesis del Juez respondía a una de las varias interpretaciones que para entonces existían frente a la avalancha normativa que al respecto se suscitó, no puede aceptarse el esguince que propone el recurrente por ser claro que, de la lectura de la ilegal providencia, se infiere, sin asomo de duda,

que el funcionario acusado dispuso la entrega de la nave, justificando incluso el porqué de la premura, por manera que lo que se le reprocha no es la inmediatez del acto material de devolución sino la orden misma de entrega contenida en aquél proveído, a lo cual le era ilícito proceder ante el incuestionable hecho, además, de que, no obstante presentarse el tercero como propietario inscrito, ya éste se había despojado del animo de dueño, pasando Cuéllar Cedeño a ser el poseedor de la aeronave que efectivamente pretendía adquirir.

Frente a la realidad de los hechos y de lo que se acreditaba a través de los medios de convicción en relación con que el sindicado Cuéllar Cedeño era el explotador, tenedor y poseedor de la avioneta, no podía el funcionario so pretexto de ceñirse a la ley comercial que devenía inaplicable vistas las calidades que exhibía el investigado en mención, contrariar la normatividad especial entonces vigente que le impedía tener a Rojas Soto como tercero legitimado y disponer en su favor la devolución del bien decomisado sin sopesar la serie de hechos ya analizados que indudablemente le indicaban que el vehículo estaba siendo destinado o utilizado en una actividad ilícita.

6. El ilícito actuar del acusado no proviene, contrariamente a lo alegado por el defensor, de la interpretación de preceptos oscuros o confusos, ninguna de tales características puede señalarse a las referidas normas que el procesado vulneró cuando ellas eran patentes en fijar las condiciones a que se debía someter la devolución del bien, la oportunidad y el beneficiario, todo lo cual el juez trocó, con abierta oposición ante la ley, admitiendo como tercero debidamente legitimado a quien en realidad no exhibía esa condición y ordenando a su favor la provisional entrega de la avioneta a pesar de que las pruebas acreditaban su uso delictual.

7. En ese orden las alegaciones de buena fe de que se vale el ex juez y su defensor, resultan inanes ante la certera demostración de que el proceder de aquél estuvo acompañado de los elementos cognoscitivo y volitivo que definen la culpabilidad dolosa, no

otra deducción se logra extraer de la forma sesgada e inmotivada con que definió favorablemente la situación jurídica del poseedor y tripulación de la HK-3116, ni de la recurrente actitud elusiva de analizar críticamente los medios probatorios o de hacerles surtir efectos que, de haber sido apreciados en conjunto, como se lo exigía la ley, jamás podrían producirlos, ni de la reprochable omisión en recabar sobre las hipótesis delictivas que el sumario planteaba.

Por ello, satisfechos como se encuentran los requerimientos del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal la condena impuesta al Dr. FABIO ELBERTO MARQUEZ QUEVEDO, por el concurso de delitos de prevaricato así consumados y tipificados en el artículo 149 del Decreto Ley 100 de 1.980, será materia de confirmación.

8. Ahora bien, atacándose igualmente por vía del recurso de alzada la dosificación punitiva efectuada por el a quo, a pesar de que en efecto no se fue prolijo en la motivación, limitándose simplemente a exaltar la condición de la función y del funcionario para concluir que ellas conllevan a una sanción más drástica y a enunciar el artículo 26 del Código Penal, no encuentra la Sala razones jurídicas ni fácticas que conlleven a su modificación, toda vez que la obtenida se encuentra dentro de los límites legales, atendidos además los criterios previstos en los artículos 61 y 67 ídem.

En efecto, estableciéndose en el precitado artículo 26 que quien incurra en un concurso de hechos punibles quedará sometido a la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto, implica que la tasación debe partir de la señalada para un delito que se considera base, esto es, el que tenga precisada la sanción de mayor gravedad, por ende, el fundamento de la dosimetría, y en ello se equivoca el recurrente, no es el concurso todo abstractamente considerado sino el deducido para un específico delito a partir del cual se hará el incremento en la proporción autorizada por la norma.

Así, tratándose en este asunto de dos delitos de prevaricato en concurso, cometidos

en el año 1.990, cuya pena, según el artículo 149 del Decreto Ley 100 de 1.980, oscila entre uno y cinco años de prisión si se consideraren individualmente, indiferente resulta tomar uno u otro para constituirlo en la base de la tasación.

En consecuencia, la sanción para el punible que sirve de partida, debiendo fluctuar entre tales extremos, se mide luego en frente de los criterios que observan los artículos 61 y 67 del Código de las Penas, evento en el cual es claro que a favor y en contra del acusado obran, respectivamente circunstancias genéricas de atenuación y de agravación, siendo de aquellas la buena conducta anterior (Artículo 64.1) y de éstas su posición que, por virtud del cargo que desempeñaba, era indudablemente distinguida (Artículo 66.11), circunstancia que además se justifica por el indiscutible poder con que los jueces de la República se hallan investidos de modo que si se utiliza desviadamente, pueden facilitar enormemente determinadas tareas delictivas que se propongan.

Pero además, confluyen a esa labor la ponderación de los restantes elementos previstos por el legislador para determinar la pena en el referido artículo 61, como son la gravedad y modalidades del punible, el grado de culpabilidad y la personalidad del agente.

Ciertamente, los hechos materia de juzgamiento revisten gravedad en el sentido que su comisión lo fue respecto de una investigación de gran envergadura que reflejaba en su momento la ardua lucha que, desde diversos frentes, contra el narcotráfico, presentaba el Estado y sus instituciones, como que el impacto ante la sociedad se logró por el supuesto desmantelamiento del inmenso complejo de Tranquilandia.

Si bien en el decurso de aquella instrucción, por el decantamiento de la misma, los resultados de los operativos que se verificaron en las tres fincas, finalmente se independizaron, es claro que el accionar del juez acusado influyó decididamente para que, en últimas, ninguna de las hipótesis que planteaba la investigación, en conexión con

los hallazgos en dichos inmuebles, tuviera un exitoso desarrollo.

Dados, por consiguiente, todos esos elementos, la pena que en primera instancia se fijó para el delito base, en 24 meses de prisión, resulta acertada y atinadamente congruente con la naturaleza del hecho, su gravedad y sus circunstancias, lo cual opera con similares efectos frente al otro ilícito que concurre, de ahí que ningún reparo sea posible formular a la tasación efectuada por el a quo, toda vez que en virtud del artículo 26 la pena puede incrementarse hasta en otro tanto, valga decir, para el caso en examen, desde un día hasta 24 meses, por ello ninguna modificación sufrirá la pena finalmente impuesta al procesado MARQUEZ QUEVEDO, como tampoco la negativa de conceder el subrogado penal de la condena de ejecución condicional habida cuenta que la sanción, en el monto señalado, lo hace improcedente.

9. Será, sin embargo, sí objeto de modificación el numeral segundo de la parte resolutive del fallo impugnado habida cuenta que, en estricta aplicación del principio de legalidad de la pena y del artículo 42 del Código Penal, la interdicción de derechos y funciones públicas, cuando del delito de prevaricato se trata y según así lo disponía el original artículo 149 ídem, no es una sanción accesoria sino principal.

10. Se dispondrá, finalmente, la remisión de las diligencias, dada la desaparición del Tribunal Nacional y mirado el factor territorial de competencia, al Tribunal Superior de Villavicencio.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR el fallo recurrido, por medio del cual una Sala de Conjuces del entonces Tribunal Nacional condenó a FABIO ELBERTO MARQUEZ QUEVEDO por la comisión de un

concurso de delitos de prevaricato, excepción hecha del numeral segundo de su parte resolutive, que se modifica, entendiéndose que la interdicción de derechos y funciones públicas se impone también como pena principal.

Para los efectos consiguientes, remítanse las diligencias al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

No hay firma

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CORDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

JORGE A. GOMEZ GALLEGO

No hay firma

MARIO MANTILLA NOUGUES
MEJIA ESCOBAR

CARLOS E.

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

NILSON PINILLA PINILLA

No hay firma

Teresa Ruiz Núñez

secretaria