

Proceso N° 16955

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

Dr. Carlos E. Mejía Escobar

Aprobado Acta No. 131

Bogotá D.C., tres (3) de septiembre de dos mil uno (2001)

V I S T O S

Decide la Sala sobre la solicitud de libertad provisional que hace el doctor TOMAS RAFAEL JORDAN MORALES.

L A P E T I C I O N

Se hace con fundamento en el numeral 2°, inciso 2° del artículo 365 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 64 del Código Penal.

Solicita que se le tenga en cuenta la caución prendaria prestada dentro de este proceso.

ANTECEDENTES y CONSIDERACIONES

1.- El doctor TOMAS RAFAEL JORDAN MORALES fue acusado por el Vicefiscal General de la Nación como presunto responsable del delito de prevaricato por acción en concurso con abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, mediante resolución de acusación del 7 de enero de 2000. (folio 268, cuaderno original 3)

2.- En providencia del 10 de febrero de 2000, el Vicefiscal General de la Nación al resolver el recurso de reposición interpuesto por el Agente del Ministerio Público en contra de la resolución de acusación, no repuso el cargo por el delito de prevaricato por acción, respecto de la decisión emitida por el doctor JORDAN MORALES el 9 de enero de 1997 por la que el recurrente solicitaba preclusión de la instrucción. (folio 346)

3.- La acusación en contra del doctor JORDAN MORALES se mantuvo entonces en prevaricato por acción y abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto. Para tales delitos el Código Penal determina los siguientes extremos punitivos. Del de prevaricato por acción, una pena mínima de 3 años y una máxima de 8 de prisión, multa de 100 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 5 a 8 años (tanto en el Código Penal anterior como en el actual la punibilidad es la misma); y, del de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, penas de multa y de pérdida del empleo o cargo público (en el anterior Código la pena de multa era de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes y la de interdicción de derechos y funciones públicas era de 6 meses).

4.- La causal contenida en el inciso 2° del artículo 365 del Código de Procedimiento Penal, por la que el acusado solicita el beneficio de la libertad provisional, está condicionada al cumplimiento en detención preventiva de un lapso igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por la conducta punible que se le imputa, según la calificación que corresponda.

La ley considera que ha cumplido la pena, todo aquel que lleve en detención preventiva el tiempo necesario para obtener libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla.

5.- El artículo 64 del Código Penal señala los requisitos para otorgar la libertad condicional:

- a.- Que se trate de “condenado a pena privativa de la libertad mayor de tres (3) años”.
- b.- Que “haya cumplido las tres quintas partes de la condena”
- c.- .Que “de su buena conducta en el establecimiento carcelario pueda el juez deducir, motivadamente, que no existe necesidad para continuar con la ejecución de la pena”

Así mismo se indica en la norma que el beneficio no podrá negarse atendiendo a las circunstancias y antecedentes tenidos en cuenta para la dosificación de la pena.

6.- Habida cuenta del tránsito de legislación que ha ocurrido por la vigencia de los nuevos Códigos Penal y de Procedimiento Penal (Leyes 599 y 600 de 2000, respectivamente), habrá de hacerse el ejercicio de dosificación teniendo en cuenta los parámetros de una y otras normatividades para determinar cuál es la más favorable y en consecuencia aplicar esa. En consideración al estadio procesal de la actuación (Juzgamiento), el ejercicio es meramente proyectivo – que no ata al Juez para el momento de dictar sentencia – sobre cuál sería la pena a imponer y se limita al método de la dosificación, pues en cuanto hace a la punibilidad legal, para el delito concreto motivo de la acusación que tiene pena privativa de la libertad (prevaricato por acción), ella no ha variado.

7.- Con el Código Penal vigente.

7.1.- La pena de prisión establecida para el prevaricato por acción está limitada en cuanto a la privación de la libertad a un mínimo de 3 y a un máximo de 8 años.

Ese delito tiene actualmente unas circunstancias específicas de agravación punitiva (artículo 415) que ordenan incrementarla hasta en una tercera parte cuando el

prevaricato se haya realizado dentro de una actuación judicial que se adelante por enriquecimiento ilícito, tal como dice la acusación que ocurrió respecto del que se acusa al doctor JORDAN MORALES. En tal razón, los límites legislativos de la pena de prisión quedarían en un mínimo de 3 años y un día y el máximo en 10 años y 8 meses.

7.2.- En aplicación del artículo 61 del Código Penal la división del ámbito punitivo en cuartos, uno mínimo, dos medios y uno máximo, arroja el siguiente resultado.

Cuarto mínimo: de 36 meses y 1 día a 59 meses.

Cuartos medios: De 59 meses y 1 día a 104 meses y 29 días.

Cuarto máximo: De 105 meses a 128 meses

7.3.-Para saber dentro de cuál cuarto podrá moverse la Sala en la individualización de la pena, debe acudir a los hechos deducidos en la acusación para determinar si allí se incluyeron algunos que corresponderían a circunstancias de atenuación o de agravación y si concurren unas y otras.

7.3.1.- En el texto de la acusación se anotó, dentro del análisis realizado respecto del delito de abuso de autoridad que “la naturaleza del asunto, un caso de enriquecimiento ilícito en el que estaba involucrada la hermana y esposa de narcotraficantes (HELMER HERRERA y GILMER ANTONIO GALINDO), exigía mayor responsabilidad de Jordán Morales en la decisión del caso sometido a su estudio. No podía simplemente detenerse en las condiciones mentales de la sindicada sin analizar todos los aspectos. Máxime cuando se trataba de un funcionario con varios años de experiencia en la Justicia Regional y que conocía los efectos de cualquier interpretación que se realizara desde su Despacho, efectos que se concretaban en la naturaleza orientadora de sus decisiones para todos los funcionarios de primera instancia” (folio 281, cuaderno original 3).

Aunque en la acusación no se incluyó expresamente como causal de agravación, la mención expresa que allí se hace a los deberes de funcionario judicial de segunda instancia permite deducir, en los términos del actual Código Penal al igual que en el anterior, una circunstancia de mayor punibilidad, contemplada en el numeral 9° del artículo 58, por la “posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo (...)”.

7.3.2.- Así mismo concurren, aunque tampoco mencionadas expresamente en la acusación, la carencia de antecedentes penales y una permanente demostración de una conducta personal dispuesta a enfrentar voluntariamente las consecuencias de su procesamiento. Este último comportamiento lo considera la Corte análogo al de presentación voluntaria ante las autoridades después de haber cometido la conducta punible y evitar la injusta sindicación de terceros. Tal situación se reconoció por esta Sala en los siguientes términos al momento de sustituir la medida de aseguramiento de detención preventiva por domiciliaria:

“Tampoco ofrece duda la evidencia procesal sobre la comparecencia del doctor JORDAN MORALES al proceso. El acusado fue citado a rendir indagatoria y acudió voluntariamente a dar cumplimiento a esa diligencia (folios 227 y 265 del cuaderno original); Mas de 15 días después le fue resuelta la situación jurídica con imposición de medida de aseguramiento, ordenándose su captura. Esta fue hecha efectiva en el domicilio que él mismo suministró en la indagatoria, diferente de aquel al que le había sido remitida la citación respectiva. El doctor JORDAN MORALES nunca ha, intentado siquiera, sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones procesales.” (auto del 23 de marzo de 2000)

7.4.- Las circunstancias mencionadas le limitan la movilidad punitiva dentro de este caso concreto a la Sala dentro de los cuartos medios, por la concurrencia de circunstancias

de atenuación (2) y de agravación (1) simultáneamente.

Esos cuartos medios, le imponen a la Sala como Juez la obligación de partir de un mínimo de 59 meses y 1 día, y le permiten llegar hasta un máximo de 104 meses y 29 días. A partir del guarismo mínimo del cuarto medio (59 meses y 1 día) apenas empieza el proceso de dosificación, en el que habrán de ponderarse los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

De acuerdo a esos criterios de ponderación y siempre siguiendo la acusación, se tiene que el prevaricato por el que se acusó al doctor JORDAN MORALES fue estimado por el Vicefiscal acusador como especialmente grave ya que tenía por finalidad “asegurar la impunidad de conductas potencialmente lesivas y garantizar la entrega de los bienes constitutivos del ilícito incremento patrimonial” (folio 352, cuaderno original No. 3, resolución de acusación).

En cuanto al daño real o potencial creado por la conducta del agente, la acusación del Vicefiscal entrega las siguientes razones:

“Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el delito por el cual se investigaba a {Stella} Herrera Buitrago era uno de testaferrato, por lo que bastaba con demostrar que los bienes no eran de la procesada y que los tenía a su nombre para evitar que la Justicia conociera el verdadero titular del bien, además de la estructuración de su antijuridicidad y culpabilidad, como es obvio. La macroinvestigación que consideraba necesaria era pertinente en el proceso que se seguía contra Helmer Herrera; no era necesario que se investigara su comportamiento en este proceso, ya que bastaba con determinar el origen ilícito de los bienes que aparecían a nombre de Stella Herrera. El comportamiento del procesado contribuía a enredar el proceso y a lograr lo que finalmente consiguió: la

libertad de la procesada” (folio 285, cuaderno original 3; destaca la Corte).

Esas circunstancias, sumadas a la naturaleza de las que atenúan (2) la conducta y la de la que la agravan (1), así como la intensidad del dolo, respecto del cual solo se tiene como elemento de juicio la acusación que versa sobre una providencia que en los términos de la acusación es presuntamente prevaricadora, aconsejan, junto con la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto, que el mínimo del cuarto medio (59 meses y 1 día) se lleve hasta 68 meses.

La Sala estima que 8 meses y 29 días corresponden a un incremento justo sobre el mínimo imponible a partir del cual puede movilizarse. En ese guarismo están representados los términos de la acusación que hacen mención a un delito de prevaricato que se cometió en concurso con uno de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, que con el se favoreció a una procesada por testaferro, que fue cometido por quien entonces se desempeñaba como Fiscal Delegado de la Unidad ante el Tribunal Nacional, con competencia de semejante ámbito y que afectó el servicio público de administración de justicia como parte de la administración pública.

En conclusión, 68 meses de prisión le serían imponibles al procesado en virtud del actual Código Penal y su método de dosificación.

8.- Con el Código Penal derogado.

Frente al Código Penal anterior y con motivo de la solicitud de libertad provisional que se resolvió mediante auto del pasado 30 de agosto de 2000, dijo entonces la Sala.

“Debe entonces partirse en el proceso de dosificación de la pena del prevaricato del mínimo establecido para tal ilícito: 3 años. A tal guarismo deben aplicarse los criterios dosificadores que señala el artículo 61 del Código Penal, limitados por la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las

circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente.

“Como se trata de una proyección que se hace sobre la base de la acusación que es ley del proceso, debe tenerse en cuenta que se trata de un prevaricato por acción en concurso con un abuso de autoridad que tenían por finalidad “asegurar la impunidad de conductas potencialmente lesivas y garantizar la entrega de los bienes constitutivos del ilícito incremento patrimonial” (folio 352, cuaderno original No. 3, resolución de acusación).

“Si al prevaricato por acción que comete un Funcionario Judicial es ya de por sí un delito grave, por provenir de un Servidor Público que tiene a su cargo precisamente velar por la imparcialidad y la justicia, se le agrega que fue cometido – dice la acusación – para favorecer conductas asociadas con el delito de narcotráfico y que en su comisión fue necesaria – siempre siguiendo la acusación – una elaborada orientación finalística de las decisiones judiciales objeto de reproche, es evidente entonces que el proceso de dosificación de la pena que ha partido del mínimo, no puede estancarse allí sino que debe avanzar en incremento por la gravedad y modalidad del hecho punible.”

La pena se fijará teniendo en cuenta los criterios de dosificación del artículo 61, por la gravedad y modalidad el hecho punible – prevaricato por acción cometido por un Fiscal de Segunda Instancia con competencia Nacional -, el grado de culpabilidad – dolosa -, y las circunstancias de atenuación y agravación. Como se trata del Código anterior, concurren una atenuante, la buena conducta anterior (numeral 1º, artículo 64) y una agravante, la de posición distinguida en la sociedad por el cargo (numeral 11, artículo 66).

De acuerdo a esos criterios y partiendo del mínimo que es de 36 meses de prisión, el incremento se hace en 9 meses para fijar una pena de 45 meses de prisión.

9.- De la favorabilidad.

Del tránsito legislativo del Código Penal de 1980 al del 2000, en los que se varió la pena y la metodología de su dosificación, para este caso concreto (prevaricato por acción cometido dentro de un actuación judicial por enriquecimiento ilícito) le resulta al procesado más favorable la pena y el método del Código anterior, que el del actual.

La favorabilidad está soportada sobre dos supuestos: Uno: en la actualidad las penas son más graves para hechos constitutivos del delito de prevaricato por acción, al ordenarse su incremento hasta en una tercera parte “cuando las conductas se realicen en actuaciones judiciales (...) que se adelanten por delitos de (...) enriquecimiento ilícito” (artículo 415 del Código Penal). Y, dos, comparando en concreto los 2 sistemas de dosificación, el actual resulta más gravoso, habida cuenta que reduce el ámbito de discrecionalidad del Juez a los mínimos y máximos que correspondan dentro del cuarto en que deba ubicar al acusado.

Para este específico caso, por concurrir atenuantes (2) y agravantes (1), el procesado debería ser colocado dentro de los cuartos medios. Ubicado allí, el margen de movimiento del Juez se reduce a una pena mínima para el prevaricato omisivo de 59 meses y 1 día, desde allí es que debe partir y puede llegar hasta 104 meses y 29 días. Ese es además el marco de legalidad de esa pena, si el Juez impone una menor de la que corresponde al cuarto en el que debe ubicarse al acusado, incurre en violación del principio de legalidad de la pena, por cuanto los extremos punitivos de los cuartos son de disposición legal y de precisión matemática y bajo esos dos parámetros no admiten discusión alguna.

En contrario, el método del Código anterior le permite al Juez al dosificar la pena moverse en toda la extensión del marco típico. En este caso concreto le permite a la Corte partir de un mínimo de 36 meses, notoriamente menor que el de 59 meses y 1 día a que la obligaría el Código actual, y sobre aquel hacer los incrementos necesarios en la forma y términos del artículo 61 de ese Código.

10.- La situación particular del peticionario.

El doctor TOMAS RAFAEL JORDAN MORALES fue capturado el 13 de septiembre de 1999 (folio 34, cuaderno original No. 2) y permaneció en detención carcelaria hasta el 27 de marzo del año 2000, cuando se ordenó su traslado por habersele sustituido la detención carcelaria por domiciliaria (folio 90, cuaderno 1 de la Corte).

Significa lo anterior que a la fecha (27 de agosto de 2001) el acusado JORDAN MORALES ha descontado un total de 24 meses y 14 días.

La pena que se le ha tasado provisionalmente es de 45 meses. Las tres quintas partes de esa pena (artículo 64 del Código Penal) son 27 meses. Significa lo anterior que a la fecha el peticionario no se hace acreedor al beneficio solicitado.

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

R E S U E L V E

1°.- NEGAR el beneficio de la libertad provisional que ha solicitado el doctor TOMAS RAFAEL JORDAN MORALES.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CORDOBA POVEDA

Aclaración de voto

HERMAN GALAN CASTELLANOS

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

Aclaración de voto

JORGE A. GOMEZ GALLEGO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ALVARO O. PEREZ PINZON

NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria