

Proceso No 17907

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

Aprobado en Acta No. 065

Bogotá, D. C., cuatro (4) de agosto de dos mil cuatro (2004).

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal 3º Delegado contra la sentencia del 3 de octubre de 2000, emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, mediante la cual absolvió a OCTAVIO SALDAÑA AMÉZQUITA, Fiscal 252 Local de Ebéjico (Ant.), de los delitos de prevaricato y abuso de autoridad.

## I ANTECEDENTES.

### 1. HECHOS

1.1. El 31 de diciembre de 1997, en la localidad de Ebéjico (Ant.), Darío Uribe Bedoya disparó un revólver calibre 32, del cual carecía de salvoconducto, en contra de José Alberto Rodríguez Marín. Dos de los disparos hicieron impacto en la cara, un proyectil se alojó en el carrillo inferior derecho y el maxilar del mismo lado, otro en la región preauricular izquierda parte superior, siendo extraído mediante incisión quirúrgica, originándole una limitación para apertura bucal completa, pérdida de dos molares en maxilar superior y pérdida de la continuidad en el borde derecho de la lengua, y un tercer disparo en la cadera, lesiones que ameritaron una

incapacidad médica provisional de 30 días. Cuando se encontraba el lesionado en el hospital se presentó el sindicado, esgrimiendo aún el arma de fuego, pero ante la presencia de las autoridades de policía huyó, siendo capturado inmediatamente.

1.2. El informe de policía fue presentado al Fiscal 252 Local, el cual por resolución del 2 de enero de 1998 dispuso la apertura de la investigación y la vinculación del capturado mediante indagatoria, diligencia que se cumplió en la misma fecha.

1.3. Entre las pruebas practicadas, se recibió el experticio médico legal y en resolución del 7 de enero de 1998, se abstuvo de seguir conociendo de la investigación adelantada en contra de Darío Uribe Bedoya, aduciendo que los hechos eran constitutivos de la contravención especial de lesiones personales al no haberse dictaminado por el Instituto de Medicina Legal secuelas, por lo que dispuso que las diligencias fueran enviadas al Inspector de Policía.

1.4. De acuerdo con la denuncia formulada el 8 de junio de 1999 por el entonces Inspector de Policía, Jorge Albeiro González Aguirre, quien no ostenta la calidad de abogado, éste se negó inicialmente a recibirle al Fiscal el proceso porque consideraba que no era competente, pero que el Fiscal lo había presionado haciendo uso de su autoridad, para que asumiera el conocimiento, dándole instrucciones para que resolviera la situación jurídica del sindicado y que una vez se reintegrara de vacaciones la Juez Promiscuo Municipal le entregara el proceso.

1.5. En efecto, el Inspector de Policía avocó conocimiento el 8 siguiente indicando que el competente era el Juzgado Promiscuo Municipal que se encontraba en vacaciones colectivas; en la misma fecha resolvió la situación jurídica del detenido imponiéndole medida de aseguramiento consistente en caución prendaria por lesiones personales y a la vez ordenó, sin poner en libertad el sindicado, compulsar copias por el presunto delito de porte ilegal de arma de fuego, decisión que notificó el 9 de enero de 1998 al

detenido, quien no canceló la caución impuesta.

1.6. El siguiente 14, el Inspector de Policía envió el proceso al Juzgado Promiscuo Municipal por competencia, dejando a su disposición el detenido y el arma de fuego. El mismo día, el Juzgado advirtió la irregular privación de la libertad del procesado al estar ordenada por una autoridad administrativa que carecía de competencia, ya que la conducta constituía una tentativa de homicidio en concurso con porte ilegal de arma de fuego, cuya investigación correspondía al Fiscal Seccional, y aun si se tratara de lesiones personales según el artículo 19 de la ley 228 de 1995, la competencia le correspondería al Fiscal Local al prever el numeral 1º del artículo 18 ibídem que en ausencia del juez aquél asumiría el conocimiento. En consecuencia, ordenó la libertad inmediata del procesado, el envió las diligencias a la Fiscalía Seccional de Medellín y compulsar copias disciplinarias contra los funcionarios involucrados.

1.7. La investigación fue adelantada por la Fiscalía 6ª Seccional de Medellín que el 13 de junio de 1998 profirió resolución de acusación en contra de Darío de Jesús Uribe Bedoya por los delitos de tentativa de homicidio y porte ilegal de arma de fuego. Posteriormente, el Juzgado 3º Penal del Circuito de Medellín dictó sentencia condenatoria que fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito.

## 2. ACTUACIÓN PROCESAL

2.1. La Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Medellín inició la indagación preliminar el 23 de junio de 1999, para acreditar la calidad de funcionario judicial del imputado, Octavio Saldaña Amézquita, solicitar copia de la investigación de carácter disciplinario, recibió declaración al denunciante, a la Juez Promiscuo Municipal y al Personero.

2.2. Igualmente, el imputado fue escuchado en versión libre y adujo que al fijarse la incapacidad médico legal en menos de 30 días consideró que se trataba de una

contravención especial y el competente para conocerla era el Juzgado Promiscuo Municipal por lo que remitió las diligencias a la Inspección de Policía, sin que haya ejercido presión alguna para que éste asumiera el proceso.

2.3. El 23 de noviembre de 1999, el Fiscal 3º Delegado ante el Tribunal Superior de Medellín ordenó la apertura de investigación penal en contra del mencionado OCTAVIO SALDAÑA AMÉZQUITA, Fiscal 252 Local de Ebéjico, quien fue escuchado en indagatoria el 16 de febrero de 2000 y el 22 siguiente definida la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva como presunto autor de los delitos de prevaricato y abuso de autoridad, medida que fue sustituida por la detención domiciliaria.

2.4. Sostuvo en la indagatoria que tomó la decisión de enviar por competencia las diligencias al Inspector de Policía con fundamento en el dictamen médico legal y como éste no establecía las secuelas consideró que se trataba de una contravención, que no recuerda si estaba la denuncia, la que en todo caso no podía ser tomada en cuenta, ya que por lo general el denunciante pretende agravar la situación para su agresor y tampoco le resultaba verosímil que el sindicato hubiera pretendido seguir agrediendo al lesionado, por cuanto allí se encontraban varias personas amigas de éste, que jamás impuso su decisión al Inspector ni le dio instrucciones, que frente a los señalamientos del Personero, de la Juez y del mismo Inspector explica que obedecen a la enemistad que le tienen, y que, en todo caso, su comportamiento, si bien equívoco, por desconocer la Ley 228 de 1995, carece de dolo y de cualquier interés en beneficiar al procesado a quien ni siquiera conocía.

2.5. Mediante resolución del 18 de abril de 2000 fue clausurada la investigación y el 18 de mayo siguiente, la Fiscalía profirió resolución de acusación (fl. 304 c.o.1) en contra de OCTAVIO SALDAÑA AMÉZQUITA como autor de los delitos de prevaricato y abuso de autoridad por acción definido en el artículo 149 del

Código Penal, modificado por el artículo 28 de la ley 190 de 1995, pliego de cargos que cobró ejecutoria el 6 de junio de 2000.

### 3. LA ACUSACIÓN

Realizado un recuento de la situación fáctica y del desarrollo de la investigación, el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Medellín concluye que OCTAVIO SALDAÑA AMÉZQUITA, Fiscal 252 Local de Ebéjico (Ant.) emitió una resolución de trámite mediante el cual se desprendía de su conocimiento para entregar el proceso al Inspector de Policía, con argumentos manifiestamente contrarios a derecho y además, le impuso a éste su conocimiento, arbitrariamente.

El pliego de cargos proferido en contra del funcionario se sustenta en lo siguiente:

3.1. La resolución de sustanciación del 7 de enero de 1998, mediante la cual el Fiscal Local se separa del conocimiento del proceso que adelantaba en contra de Darío Uribe Bedoya es totalmente contraria a derecho porque la conducta investigada no correspondía a unas lesiones personales sino a una tentativa de homicidio, según se colige de las pruebas allegadas hasta ese momento al proceso, esto es, del lugar en el que recibió los disparos, dos en el rostro, zona que es bastante vulnerable y del comportamiento posterior del procesado que se presentó armado en el hospital siendo capturado por la policía cuando huía.

3.2. Igualmente, utilizó una arma de fuego cuyo porte ilegal era claramente manifiesto, lo que indicaba que la competencia era de los Fiscales Seccionales a los que debió

remitir las diligencias sin romper la conexidad procesal.

3.3. Se sostiene que sin importar que las lesiones fueran dolosas o que se tratara de

tentativa de homicidio, en ambos casos, el Fiscal Local debía conocer a prevención o hasta que llegara de vacaciones la Juez Municipal o hubiera practicado las pruebas urgentes para remitirlo a la Fiscalía Seccional de Medellín.

3.4. La conducta del funcionario no corresponde a una discordancia de criterio frente a la interpretación de una norma, sino a una caprichosa y arbitraria forma de proceder del Fiscal, quien pretendía denotar un poder que no tenía frente a quien consideraba su subalterno, forzando la atribución de una competencia de la que carecía, es decir, que le impuso su criterio haciendo valer su superioridad con consideraciones jurídicas superficiales, pese a que el Inspector le sostenía que se trataba de una tentativa de homicidio.

3.5. Se afirma que el comportamiento del procesado encaja en el delito de prevaricato por acción, ya que la oposición de la resolución a la ley, no fue por errónea interpretación de los hechos, de las pruebas o de la misma norma, sino que obedeció a una incorrección jurídica enmarcada dentro de una actuación caprichosa y arbitraria, sin que pueda excusarse en el desconocimiento de la ley 228 /95.

3.6. Precisa la acusación que el procesado tenía experiencia sobre el manejo de esta clase de asuntos, pues había manejado casos análogos, por lo que conocía la ilegalidad manifiesta de lo decidido, es decir, que estaba en contravía con los hechos y de la manifiesta arbitrariedad ejercida para que el Inspector asumiera el proceso.

3.7. El Fiscal considera que el doctor Saldaña no se conformó con proferir la resolución contraria a derecho, sino que se desplazó al despacho del Inspector y le impuso arbitrariamente el conocimiento del proceso, aduciendo la calidad de superior, comportamiento distinto a la decisión en sí misma, sin que sea factible aducir que se trataba del agotamiento mismo del prevaricato, ya que este delito se consuma con la suscripción de la resolución contraria a derecho, independientemente de que se cumpla la

orden que contiene.

3.8. La actitud negligente y arbitraria del funcionario se reafirma por las declaraciones de la Juez Municipal, del Personero, del Inspector de Policía, de los Secretarios de estos Despachos, que tenían conocimiento directo de su labor, sin que resulten desvirtuadas por las presuntas enemistades a que alude la defensa.

#### 4. EL FALLO RECURRIDO

El Tribunal Superior de Medellín, en sentencia del 3 de octubre de 2000, absolvió a OCTAVIO SALDAÑA AMÉZQUITA de los cargos que por los delitos de prevaricato por acción y abuso de autoridad le atribuyó la Fiscalía y ordenó su libertad inmediata.

Así fundamentó el Tribunal el fallo absolutorio:

4.1. La decisión calificada como prevaricadora es de sustanciación y no resuelve ningún incidente o aspecto sustancial del proceso ni se refiere a su objeto, es decir, que no era relevante y por consiguiente era de mero impulso procesal, sin que del mismo se derive nada “MANIFIESTAMENTE CONTRARIO A LA LEY”, pues la competencia que le atribuía al Inspector no implicaba un resultado nocivo para la administración pública. Además, con este tipo de decisiones, de sustanciación, no es factible que se incurra en el delito de prevaricato.

4.2. Como se trataba de un auto en el cual simplemente se planteaba una competencia, en el evento de que discrepara el Inspector Municipal le bastaba enviar el proceso al funcionario que considerara competente, como así finalmente lo hizo, al remitirlo al Juzgado Promiscuo Municipal a fin de que continuara con la instrucción, mas no pretextar ingenuamente que había sido forzado arbitrariamente por el Fiscal para que conociera del proceso, afirmación que no es creíble, ya que su superior era el Alcalde

Municipal.

4.3. El Tribunal señala que con la decisión del Fiscal Local que se cuestiona no se afectó interés alguno, no se causaron perjuicios ni se infirió ofensa, advierte que dado el estado de la investigación el funcionario no podía dictar 'cátedra' sobre la calificación jurídica de la conducta pues ni siquiera se había resuelto la situación jurídica del indagado. Por el contrario, lo que advierte es la existencia de un simple error de apreciación sobre el cual no se puede fincar el dolo que requiere el prevaricato, ya que es requisito esencial para predicar su contrariedad con la ley que se tome alguna decisión y el auto en cuestión no decide nada.

Agrega, que de proferirse sentencia en contra del Fiscal enjuiciado implicaría que el Fiscal en este asunto y la Representante de la Sociedad habrían incurrido en similar conducta al no haber acertado en la calificación jurídica del hecho y, en el caso analizado, no hay ingrediente subjetivo ni el acto puede ser calificado de injusto.

4.4. En torno al punible de abuso de autoridad, el juez de primera instancia indica que ni siquiera el borrador de decisión a que alude el denunciante obra en las diligencias, lo que permite dudar que el Inspector hubiese sido coaccionado arbitraria e injustamente, por cuanto bastaba que el Fiscal hubiera suscrito la decisión de separarse del conocimiento del proceso para remitir el proceso al Inspector sin que se abrogara la condición de 'Jefe'.

## 5. ARGUMENTOS DEL IMPUGNANTE

El Fiscal 3º Delegado ante el Tribunal Superior de Medellín en la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia absolutoria proferida a favor del ex Fiscal Local OCTAVIO SALDAÑA AMÉZQUITA expone los siguientes argumentos:

5.1. La resolución de sustanciación mediante la cual el Fiscal se separó del conocimiento

del proceso 'era totalmente contraria a derecho por la potísima razón de que la adecuación típica no consultaba el mundo fáctico ni jurídico', pues era evidente la pretensión homicida del sindicato, por lo que no podían ser calificados como una contravención especial para atribuirle competencia al Inspector.

5.2. Tampoco se trata de una simple discordancia de interpretación como aduce el defensor, 'sino de una caprichosa y arbitraria forma de proceder del Fiscal ', para hacerle notar al Inspector que tenía poder sobre él, es decir, que no puede hablarse de interpretación sino de una imposición, aduciendo una pretendida superioridad, al indicarle al funcionario que debía acatar lo dispuesto por él, ya que se trataba de una orden del jefe inmediato.

5.3. Sostiene que contrario al argumento central de la sentencia impugnada, si puede incurrirse en el delito de prevaricato a través de una resolución de simple sustanciación, como cuando se entrega un elemento vinculado al proceso, pues, lo que debe considerarse es que se trate de la toma de una decisión, independiente de su carácter de interlocutoria, administrativa o judicial, o de disponer un simple trámite o que ponga fin al asunto.

Por consiguiente, aun cuando se trate de resoluciones de simple trámite, si con ellas se está tomando una determinación que lesione un bien jurídico determinado, como en el caso examinado, en el que se desconoció lo dispuesto por la ley 228 de 1995, además de que la competencia para conocer del porte ilegal de arma de fuego era de los Fiscales Seccionales, y gozaba de competencia a prevención para definir los aspectos urgentes del proceso, desconociendo las circunstancias de flagrancia de la captura y la gravedad del hecho por constituir un atentado contra la vida.

5.4. En criterio del apelante, con la decisión de sustanciación cuestionada pese

a no resolverse ningún asunto de fondo, al contrariar las evidencias fácticas y jurídicas se incurre en el delito de prevaricato. En el presente caso, el fiscal no sólo definió la competencia, sino que impuso la decisión de manera arbitraria y caprichosa, sin que importe la motivación, ya que en el delito de prevaricato no tiene trascendencia, por lo que la sentencia atacada no le dio su verdadero sentido.

5.5. Respecto al delito de abuso de autoridad cuestiona la deficiente argumentación en que sustenta el Tribunal la sentencia absolutoria cuando afirma que el acto arbitrario no fue injusto y que al contar solo con las versiones del denunciante y del procesado, el Tribunal se inclina sin mayor razón por el dicho de éste, aduciendo que no se demostró que haya entregado personalmente el expediente.

## II CONSIDERACIONES DE LA CORTE

### 1. COMPETENCIA

La Corte es competente para conocer de la impugnación propuesta por el Fiscal Delegado, por haberse formulado contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín en el proceso que se adelanta contra OCTAVIO SALDAÑA AMÉZQUITA, en su condición de ex Fiscal Local 252 de Ebéjico (Antioquia) por hechos relacionados con el ejercicio del cargo, de conformidad con el artículo 75, numeral 3º, del Código de Procedimiento Penal, sin limitación alguna al haberse formulado el recurso de apelación por el Fiscal Acusador.

El argumento central del Tribunal para absolver al procesado, de acuerdo con lo señalado por el apelante y lo reseñado por la Sala, radica en sostener que la comisión del delito de prevaricato por parte de los funcionarios judiciales sólo resulta factible en los casos en que éstos profieren decisiones de fondo o que pongan fin a algún trámite en el proceso en cuanto sean contrarias a la ley, no así en los eventos en que toman

decisiones de trámite o mero impulso procesal, como cuando se declara incompetente para conocer de un asunto determinado, pues lo que hace el funcionario es interpretar la ley y esa interpretación puede ser equivocada, sin que el equívoco constituya infracción a la ley penal.

## 2. ASPECTO OBJETIVO DEL PREVARICATO POR ACCIÓN

2.1. OCTAVIO SALDAÑA AMÉZQUITA, Fiscal 252 Local de Ebéjico, fue acusado de los delitos de prevaricato por acción, previsto en el artículo 149 del Código Penal, modificado por el artículo 28 de la ley 190 de 1995, vigente para la fecha de los hechos y aplicable en todo caso en virtud del principio de favorabilidad por establecer penas menos graves que el artículo 413 de la ley 600 de 2000, de la siguiente manera:

“El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años”.

La actual descripción de la conducta punible coincide en lo sustancial con la establecida por el artículo 149 del anterior Código Penal, modificado por el artículo 28 de la Ley 190 de 1995. Sólo se aprecian como modificaciones, que se aumentó el máximo de la pena de multa y se limitó a cinco años la inhabilitación del ejercicio de derechos y funciones públicas.

2.2. Del contenido de la norma transcrita, se colige que es vinculante para todos los servidores públicos en sus diferentes niveles, luego sin excepción alguna están obligados a aplicar la ley de una manera razonable, por lo que su comportamiento estará incurso en la prohibición cuando éste se traduzca en una resolución, dictamen o concepto ‘manifiestamente contrario a la ley’.

Respecto a esta última expresión, que constituye un elemento normativo del tipo, la jurisprudencia de la Corte se ha referido en forma amplia, concluyendo que para que la actuación pueda ser considerada como prevaricadora cuando esté referida a la interpretación de la ley debe ser ostensible y manifiestamente ilegal, “es decir, violentar de manera inequívoca el texto y el sentido de la norma”<sup>1</sup>, siempre que su contenido literal y su finalidad sean claros, pues cuando el texto y sus alcances resultan complejos, ya sea porque su redacción es confusa o porque admite diversas interpretaciones o incluso éstas resulten contradictorias no será posible atribuirle a esa interpretación el carácter de manifiestamente ilegal <sup>2</sup>. Tampoco puede señalarse como tales las decisiones desacertadas, cuando tengan como fundamento “en un concienzudo examen del material probatorio y en el análisis jurídico de las aplicables al caso, no puede proclamarse la comisión” <sup>3</sup>

2.3. Se concluye, entonces, que para que la resolución o dictamen del funcionario público sea manifiestamente contrario a la ley debe reflejar en forma clara, abierta e irrazonable su oposición al mandato jurídico, que objetivamente sea el producto del simple capricho, de la mera arbitrariedad del funcionario, como cuando carece de sustento fáctico, jurídico o se opone abierta o burdamente al acervo probatorio.

Calificativos éstos que pueden predicarse de toda clase de decisiones o conceptos que tome o emita el servidor público y que se opongan abiertamente a lo establecido normativamente por el ordenamiento jurídico. Es decir, que no puede circunscribirse el ámbito de protección de la administración pública sólo a aquellas decisiones que tengan el carácter de interlocutorias o a las sentencias para los eventos en que el servidor público sea un funcionario judicial, como equivocadamente lo sostiene el Tribunal, sino a todas aquellas en las que el funcionario tenga la posibilidad de aplicar la ley frente a un hecho concreto.

2.4. En efecto, consultado el simple significado gramatical se encuentra

que resolución quiere decir: “Acción y efecto de resolver o resolverse. 2. Ánimo, valor o arresto. 3. Actividad, prontitud, viveza. 4. Cosa que se decide. 5. Decreto, providencia, auto o fallo de autoridad gubernamental o judicial.”, y a su vez providencia significa: “4. Der. Resolución judicial a la que no se exigen por la ley fundamentos y que decide cuestiones de trámite o peticiones accidentales y sencillas no sometidas a tramitación de mayor solemnidad.”. Resolución se asimila a decisión, determinación, providencia, conclusión, auto, fallo, sentencia<sup>4</sup>.

A su vez, en materia procesal penal, el artículo 169 del Código de Procedimiento Penal clasifica las providencias que se dictan en la actuación como: resoluciones, autos y sentencias. Señala que las sentencias son las que deciden sobre el objeto del proceso, los autos interlocutorios los que resuelven algún incidente o aspecto sustancial y los autos de sustanciación cuando se limitan a disponer cualquier trámite señalado por la ley para dar curso a la actuación y resoluciones cuando la providencias de sustanciación o interlocutorias son tomadas por el fiscal. Sobre el particular, en forma reiterada la Sala ha señalado:

“las providencias judiciales se clasifican en sentencias y autos, siendo aquellas las que ordinariamente ponen fin a una actuación procesal con reconocimiento expreso de la culpabilidad del procesado -sentencia condenatoria-, o de su inocencia -sentencia absolutoria-, si de instancia se trata, o definen la casación o la acción de revisión; y éstas, decisiones que si resuelven algún incidente o aspecto sustancial del proceso, se denominarán “autos interlocutorios”, para diferenciarlos de los de sustanciación que se ocupan de meros trámites. Sólo por excepción la ley denomina “sentencia” a una decisión que en sede de casación invalida el proceso, en los demás casos, la determinación que en tal sentido tomen los jueces en las instancias, es naturalísticamente un ‘auto interlocutorio’”<sup>5</sup>.

Es decir, que al prever el legislador que el servidor público que profiera resolución

manifiestamente contraria a la ley incurre en prevaricato, y que ese servidor público sea un funcionario judicial (juez o fiscal) no puede reducirse la posibilidad de estructuración del hecho punible a que la resolución sea de aquellas que pone fin al proceso resolviendo de fondo el asunto que se le plantea o decida un aspecto de trascendencia del mismo, sino a cualquier decisión, providencia, auto, determinación, aún cuando decida un simple trámite, puede ser considerada como un medio propicio para que quien la emita o profiera incurra en el delito de prevaricato, cuando quiera que concurra en su tipificación el elemento normativo a que se hizo referencia con amplitud “la manifiesta contrariedad con la ley”. Es por ello, que sólo en el análisis del caso concreto podrá determinarse la existencia del hecho punible en cuestión.

### 3. EL ASUNTO OBJETO DE DEBATE

En este evento se encuentra debidamente acreditada la calidad de funcionario judicial del procesado, según se colige de la copia de la Resolución No. 0 - 0908 del 21 de abril de 1995 emanada del Despacho del Fiscal General de la Nación, mediante la cual se designa en provisionalidad en el cargo de Fiscal Local, entre otras personas, a OCTAVIO SALDAÑA AMÉZQUITA, identificado con cédula de ciudadanía No. 6.680.872 de Paujil, y la respectiva acta de posesión del 1º de junio siguiente (fls. 17 a 23 del c.o.1) como fiscal delegado ante los jueces penales municipales.

De acuerdo con lo que ya se puntualizó, las conductas del funcionario acusado que se califican como constitutivas de prevaricato y abuso de autoridad, se concretan en haber emitido la resolución mediante la cual se abstiene de seguir conociendo del proceso en contra de Darío Uribe Bedoya aduciendo que el hecho punible investigado era una contravención simple de lesiones personales, cuando las pruebas existentes indicaban que se trataba de una tentativa de homicidio y porte ilegal de arma de fuego, y aún en el evento de que pudieran ser considerados como contravención especial, expresamente el artículo 19 de la ley 228 de

1995 le atribuía competencia al Fiscal mientras reiniciaba labores el Juzgado Promiscuo Municipal. Luego, en abierta oposición a la ley se despojó de la competencia para remitir la actuación al Inspector de Policía.

De otra parte, se le atribuye haber impuesto, con abuso del cargo, el conocimiento de las diligencias al funcionario de policía, quien aduce que se vio constreñido por el Fiscal, pese a que le advirtió que en su criterio se trataba de una tentativa de homicidio y no de unas simples lesiones personales. Sin embargo, el ex Fiscal impositivamente le advirtió que debía conocer del proceso hasta el reintegro a sus labores de la Juez Promiscuo Municipal.

### 3.1. DEL PREVARICATO POR ACCIÓN

En cuanto atañe con la decisión de separarse del conocimiento del proceso que se adelantaba contra Darío Uribe Bedoya, señalada como prevaricadora, las diligencias hasta ese momento contaban con varios elementos de juicio que permitían al funcionario tomar una decisión razonada y conforme con el ordenamiento jurídico.

En efecto, para tipificar la conducta por la cual había sido privado de la libertad Darío Uribe Bedoya, la Fiscalía contaba con el informe rendido por el Comandante de Policía de Ebéjico, en oficio del 1º de enero de 1998 (fl. 1 c.a. R. 10924) poniendo a disposición al sindicado. En dicho informe se precisa que el lesionado había sido herido con arma de fuego y estaba siendo atendido en el Hospital del lugar, que los familiares habían alertado a la policía sobre la presencia del sindicado aún armado en el hospital, quien trató de huir al advertir que allí estaban las autoridades, siendo capturado en posesión de un revólver Smith & Wesson calibre 32, sin salvoconducto.

Con fundamento en dicho informe, el Fiscal Local ordenó el día 2 de enero mantener privado de la libertad al sindicado y abrir investigación penal, le recibió indagatoria en la que el sindicado reconoce haberle disparado al lesionado, pues iba a ser

atracado, portar el arma de fuego sin salvoconducto; recibió las declaraciones del dueño del establecimiento en el que se produjo la agresión y del agente de policía sobre la captura del sindicado y su presencia armado en el hospital (fl. 13 c.a.) y el concepto rendido por la médico rural del Hospital de Ebéjico del 6 de enero de 1998 (fl. 14 c.a.).

En el referido concepto se describen las heridas que por arma de fuego presentaba el lesionado, dos de ellas en la cara, se mencionan como posibles secuelas: pérdida de molares, de tejido en la lengua, limitaciones en la masticación, cicatrices en el rostro, y se fijó como incapacidad médica 30 días y laboral de 8 días, la incapacidad definitiva y las secuelas se definirían cuando culminara el tratamiento. Finalmente, en la denuncia el afectado le atribuye al sindicado “intento de homicidio, desfiguración del rostro, el (sic) vino a rematarme al hospital” (fl. 16 c.a.).

Estas pruebas no fueron, sin embargo, consideradas por el funcionario para expedir la resolución del 7 de enero de 1998, sino que de manera arbitraria y en abierto desconocimiento del contenido suasorio que éstas le indicaban, se declaró incompetente y le atribuyó la competencia a la Inspección de Policía, en tanto se reintegraba a sus funciones la Juez Promiscuo Municipal, situación de la que era consciente, así como de que no se había resuelto la situación jurídica del capturado al que dejó a disposición de una autoridad administrativa que carecía de facultad legal para restringir el derecho fundamental a la libertad.

De las pruebas que obraban en las diligencias se colegía con meridiana claridad que no se trataba de unas simples lesiones personales con incapacidad que no superaba los 30 días, como adujo en la resolución del 7 de enero de 1998, dando así una lectura parcial al peritaje médico legal y desconociendo el resto de la prueba que él mismo había practicado. Es así como del contenido literal del concepto médico legal se desprendía que la conducta del agresor había sido grave, pues el lesionado había recibido dos

disparos de arma de fuego en el rostro que le habían ocasionado daños en su integridad física y en el normal funcionamiento del órgano de la masticación al perder dos molares, la continuidad del tejido de la lengua, recibir una herida en la mejilla de 0.8 cms. de diámetro, sin descartar un posible daño en la audición, por haber recibido otro disparo en la espina ilíaca postero superior derecha.

El dictamen reflejaba, entonces, la intención homicida del sindicado y, aun leído fuera de contexto, esto es, sin tener en cuenta los otros elementos de juicio allegados, conducía a afirmar, necesariamente, que si se tratara de lesiones personales éstas tendrían secuelas, debido a los daños en la integridad física del lesionado que ya se advertían, por lo que indudablemente la competencia radicaba en el fiscal delegado ante el juez penal municipal.

Además, el funcionario desconoció las previsiones de los artículos 246 y 254 del Código de Procedimiento Penal vigente para la época de los hechos que imponían la obligación de fundar su decisión, así se tratara de la mas elemental en prueba legal, regular y oportunamente allegada a la actuación, y a apreciar los elementos de convicción en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Por lo tanto, cualquier decisión que tomara sobre la competencia, en ese momento, debía estar fundamentada en el conjunto probatorio existente en el proceso, y de cuya lectura se desprendía, sin dificultad alguna, que la conducta desplegada por el sindicado estaba orientada a ocasionarle la muerte al señor Ramírez Marín. Es de tan elemental razonamiento este hecho, que el mismo afectado así lo denunció ante el Inspector de Policía y si bien discute el aquí procesado que la calificación de la víctima no lo obligaba ni resultaba confiable, esta imputación, por lo menos, debió ser evaluada junto con las demás pruebas para llegar a una conclusión razonable y acorde con las previsiones legales.

Por lo que se concluye, en abierta oposición con el criterio a que arribó el Tribunal, que no se trata de una simple disparidad de criterios frente a la calificación jurídica de

la conducta desplegada por el sindicado Darío Uribe Bedoya, ante lo cual el Inspector debió optar por no aceptar la competencia, sino de una abierta contrariedad a los mandatos legales que rigen la competencia de los funcionarios de la administración del Estado y en especial de la administración de justicia que no puede ser delegada a funcionarios administrativos, pues las restricciones al derecho a la libertad sólo pueden tener origen en mandato judicial, artículo 28 de la Carta Política.

El comportamiento del Fiscal Local no puede ser exculpado por la aceptación de competencia del Inspector de Policía ni porque éste no se hubiera opuesto mediante los mecanismos legales a dicha asignación de competencia, su responsabilidad es distinta y personal, actitud que se explica en parte a su ignorancia si como quedó consignado no era abogado, y sus decisiones las consultaba antes de este episodio con el mismo Fiscal, con el Personero Municipal o la Juez Promiscuo Municipal, según sus declaraciones.

De acuerdo con las pruebas que han sido reseñadas, la calificación jurídica que correspondía al comportamiento de Darío Uribe Bedoya no era otra que la de tentativa de homicidio en concurso con porte ilegal de arma de fuego, ilícito que emergía claramente de las propias manifestaciones del sindicado en la diligencia de indagatoria al señalar que carecía de salvoconducto, conductas cuya investigación correspondía a la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, literal c) del numeral 2º del artículo 72 del Código de Procedimiento Penal. Pero ante la pretensión del ex Fiscal de desprenderse del conocimiento del proceso no tuvo reparo alguno en disponer el envío de la actuación en su integridad al Inspector de Policía, mencionando incluso que dejaba a su disposición el arma que se encontraba en el Comando de Policía.

De lo expuesto, se colige que en clara oposición a las normas que definen la competencia, el Fiscal acusado se desprendió de la suya para asignarla a un funcionario de la administración municipal que carecía de facultad legal y judicial para mantener

privado de la libertad al sindicado, so pretexto de la ausencia de la Juez Promiscuo Municipal, sustituyendo con su personal arbitrio la ley procesal correspondiente.

Contrario a lo que se afirma en el fallo absolutorio, la resolución emitida por el Fiscal acusado el 7 de enero de 1998 y a la que se viene refiriendo la Sala, sí resultaba trascendente, pues la calificación jurídica del hecho determina no solo la competencia que es uno de los factores que determina el juez que ha de orientar el proceso, sino la ritualidad bajo la cual debe orientarse el trámite, pues no es lo mismo investigar una contravención especial que un delito, las restricciones para el derecho a la libertad del sindicado y toda una serie de garantías que protegen tanto a éste como a las víctimas y perjudicados con el ilícito son distintas y no pueden ser desconocidas.

Luego, son patentes los efectos nocivos para la administración pública que se derivan de una decisión que es contraria a la ley, los que por supuesto no son indispensables para que el atentado tenga lugar, como quiera que se trata de un delito eminentemente doloso, dolo que se encuentra evidente en la contrariedad de la decisión frente a la ley, de la cual se colige que no es necesario la demostración de los motivos que haya tenido el funcionario para asumirla, como así la Sala lo ha señalado:

“En efecto, si la administración pública es el bien jurídico tutelado, es de fácil comprensión que ella se afecta por el desorden que origina la adopción de resoluciones o sentencias manifiestamente contrarias a la ley, por generar en los asociados desconcierto y desconfianza del aparato judicial, pues se trata de la desnaturalización intencional de un acto jurisdiccional del que se espera la imparcialidad y responsabilidad, especialmente ante hechos tan nefastos para la sociedad colombiana como así son los constitutivos de corrupción administrativa y política, generadora de los mayores males que afectan la vida nacional.”<sup>6</sup>

Entonces, se concluye que la decisión del Tribunal fue desacertada, ya que el

comportamiento del funcionario no sólo encuentra adecuación típica en el artículo 149 del anterior Código Penal, modificado por el artículo 28 de la ley 190 de 1995, sino que vulneró de manera significativa el bien jurídico tutelado, la administración pública, al demeritar su correcto funcionamiento de acuerdo con las previsiones legales, sin que en el caso examinado sea admisible, como excusa, la ignorancia de la ley que regula el trámite contravencional, que el mismo funcionario reconoce haber aplicado en reiteradas oportunidades, ante la clara oposición a la normatividad que define la competencia de los funcionarios de la administración de justicia. Por consiguiente, se impone la revocatoria del fallo apelado.

### 3.2. DEL ABUSO DE AUTORIDAD

La otra conducta que se imputó al fiscal en la resolución de acusación refiere que el funcionario mediante el ejercicio abusivo del cargo impuso la decisión cuestionada al Inspector de Policía, aduciendo que ésta estaba conforme a la ley y ser su superior jerárquico.

El juez de primera instancia no dio ninguna trascendencia a este cargo, adujo deficiencia probatoria y no ser atendible la versión del Inspector al no haber aportado el escrito, incluso duda que haya intercambiado opiniones con el Fiscal, pues no firmó el auto avocando conocimiento de las diligencias.

Si bien es cierto, las versiones dadas por las partes son distintas, por cuanto el Fiscal acusado niega cualquier imputación que provenga del denunciante, de una revisión del caudal probatorio se colige que éste cuenta con elementos de juicio para establecer si la sindicación tiene sustento probatorio e igualmente, si resulta trascendente para el derecho penal.

Se advierte, entonces, que mientras el Inspector de Policía, quien ostenta la calidad de denunciante, señala que ante la manifestación verbal de no compartir la calificación

jurídica de la conducta le indicó que debía aceptar el mandato contenido en el auto, ya que él era el Jefe de Policía Judicial en la localidad, según el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal, además de haberle entregado un borrador de la resolución que definía la situación jurídica, el Fiscal Local negó dichas imputaciones, aduciendo tener una enemistad grave con el Inspector de Policía.

No obstante, que en el curso de la investigación no se allegó el documento que corroboraría la versión del Inspector de Policía respecto a que el Fiscal le había dado instrucciones precisas sobre la forma de resolver la situación jurídica del capturado ni obra prueba directa distinta del testimonio de aquél sobre la presión que habría ejercido para que le recibiera el proceso y no cuestionara su decisión, existen otros elementos de juicio que permiten colegir que la imputación que en tal sentido se formula en su contra es cierta.

En efecto, no existiendo en el sistema procesal penal colombiano tarifa legal de pruebas, la existencia de dicho documento puede ser acreditada por medios distintos al documento en si mismo, ya que lo trascendente en este asunto es que se adquiriera la certeza sobre la veracidad de la afirmación y el objetivo perseguido por el funcionario, al igual que valorar las afirmaciones del denunciante sobre el abuso de autoridad en que incurrió el Fiscal Local, análisis que omitió el Tribunal al decidir de fondo el presente asunto.

Sobre el particular no sólo aparece en el proceso la denuncia formulada por el Inspector de Policía sino la posterior ampliación, oportunidades en las que afirma que el Fiscal llevó las diligencias relativas a la captura de Darío Uribe, proceso que inicialmente se negó a recibir porque consideraba que no era de su competencia, pues a su juicio se trataba de una tentativa de homicidio, pero que finalmente aceptó “debido a la presión que ejerció sobre mi el señor Fiscal y haciendo uso de su autoridad y aprovechando el factor sorpresa y la coacción insalvable que ejerció sobre mí, tuve la

obligación de aceptarle sus pretenciones (sic) limitándome a cumplir estrictamente con las instrucciones que el me pasó en borrador adjunto a dicho expediente”. (fl. 2 del c.o.1)

Estas afirmaciones fueron reiteradas el denunciante (fl. 32 c.o.1) al señalar que el sindicato le aseveró que “no tiene ningún problema, además le estoy dando una orden, me leyó un artículo del Código de Procedimiento Penal, me parece que el 81 y me dijo que él era el Jefe de la Policía Judicial” que le insistió en que no tendría ningún problema y le dijo “límitese a pasar ese borrador y a llevarlo al Juzgado cuando terminen las vacaciones”.

El Tribunal argumenta que aun en el supuesto caso de que tales expresiones hubieran provenido del acusado, éstas no tendrían ninguna potencialidad para afectar el libre albedrío del Inspector, ya que frente a dicha circunstancia hubiera podido mediante auto sentar su criterio y devolverle las diligencias al Fiscal.

No obstante, el alcance de la actitud asumida por el Fiscal procesado no puede ser mirada de manera desprevenida y fuera del escenario en el que se produjo el hecho delictuoso que se le imputa como un ejercicio arbitrario de sus funciones. Debe tenerse en cuenta que el Inspector de Policía carecía de conocimientos jurídicos, sólo era bachiller y a pesar de que llevaba varios años desempeñando el cargo no había ganado ninguna experiencia, debiendo acudir al mismo Fiscal, al Personero Municipal y a la Juez para consultar aspectos relacionados con el ejercicio de sus funciones.

Así lo refiere el Personero Municipal al indicar que el Inspector de Policía, Jorge Albeiro González Aguirre, con frecuencia le consultaba sobre diferentes aspectos que tenían que ver con el ejercicio de su cargo, para no equivocarse. Más precisa aún fue Sonia Patricia Mejía, Juez Municipal de Ebéjico, cuando afirma que “Refiriéndome al señor Albeiro González es una persona que carece pues de conocimiento jurídico, no obstante, ocupar

ese cargo desde hace varios años, no observo que se haya preocupado por formarse en este sentido, pues él es empírico en el área jurídica” (fl. 44 y s.s. c.o.1) .

Este criterio de la funcionaria fue reiterado en el curso de su declaración al aseverar que “existió una equivocación jurídica del doctor Saldaña, al haber enviado unas actuaciones a otro funcionario que sabe menos que él y que no tiene ninguna formación jurídica”, mas adelante al opinar sobre la resolución que define la situación jurídica del indagado señala que por los comentarios de la Notificadora del Despacho que es esposa del Secretario de la Inspección de Policía, éste habría sido la persona que transcribió el proyecto, y que al leer la providencia si bien no le consta el hecho anterior, “pero conociendo a Albeiro a través de sus actuaciones durante estos años se que él es incapaz de proyectar una decisión como la que observé” (fl. 49 c.o.1).

Las manifestaciones de la funcionaria son corroboradas por las declaraciones de Martha Cecilia Calle Castrillón (fl. 118 c.o.1), para la época de los hechos notificadora del Juzgado Promiscuo Municipal de Ebéjico, quien advirtió a la Juez sobre la irregular situación que se presentaba en el trámite del proceso adelantado contra Darío Uribe, al ser remitido por la Inspección de Policía el 14 de enero de 1998, y a quien el Secretario de la Inspección le transmitió la preocupación de esa oficina por el trámite de las diligencias que no estaba bien, y que se habría adelantado por orientación del Fiscal Local, quien habría redactado el borrador de la providencia, según la afirmación del Jefe.

Al hecho también se refiere Carlos Enrique Restrepo Arias (fl. 122 c.o.1), Secretario de la Inspección de Policía, afirma que encontrándose de vacaciones pasó por la oficina y el Inspector le comentó que se estaba muy preocupado por el caso que le había remitido el Fiscal, indica que “estaba nervioso y con el borrador en la mano. Me dijo que el señor Fiscal le había dicho o mejor, le ordenó que pasara el borrador y que siguiera sus instrucciones y después lo pasara al Juzgado”, explica que cree que el Fiscal le envió el

proceso por salir del paso, ya que se encontraba de afán, porque se iba para una finca donde lo esperaba la familia para festejar el año nuevo. Agrega que nunca han conocido de asuntos penales y que ni el Inspector ni él son abogados.

Las manifestaciones de los funcionarios en cuestión coinciden en señalar que el Inspector carecía de conocimientos jurídicos, afirmación que merece credibilidad para la Sala, pues de acuerdo con la propia declaración que rindió ante el Fiscal Delegado ante el Tribunal es bachiller, deficiencia que es señalada por el Secretario de esa oficina, la Juez y el Personero Municipal, estos últimos a quienes les ha consultado diferentes aspectos sobre su trabajo, situación que corroboraría el hecho de que el Fiscal le entregó el borrador de la resolución de la situación jurídica, que le permitió al acusado ejercer su autoridad ante el Inspector, y que este no cuestionara en modo alguno la calificación jurídica de los hechos por los que era investigado Darío Uribe.

El procesado pretende desvirtuar las afirmaciones de los declarantes por una presunta animadversión hacia él, lo que explica que le atribuyan un comportamiento público y social que no se compadece con el cargo que desempeña, y que su pretensión es perjudicarlo. Pero, estas explicaciones se encuentran desmentidas con las varias quejas presentadas por los usuarios de la Fiscalía quienes debieron recurrir varias veces ante el Personero por el trato grosero y descortés que les daba, por el cierre de la oficina y la mala imagen que como funcionario daba a la población debido al consumo de bebidas embriagantes, incluso en horario de atención al público.

Todas estas circunstancias reflejan que las imputaciones que hace el Inspector de Policía al señor Fiscal resultan ciertas, y que éste carecía de motivos para pretender perjudicarlo, ya que antes de este problema tenían una buena amistad y atendía las orientaciones que le daba.

De otra parte, advierte la Sala que la afirmación del denunciante respecto a que él

consideraba que se trataba de una tentativa de homicidio y que así lo expresó al Fiscal se ve reflejada en la constancia de recibido del expediente, en la que se anotó “en la fecha se hace entrega de un denuncia/expediente por el delito de (tentativa de homicidio) lesiones personales. Imputado: Darío Uribe, ofendido: José Alberto Ramírez Marín..” (fl. 247 c.o.1) y a la vez se radicó con el No. 80 como “Infracción: Tentativa de Homicidio, Imputado: Darío Uribe, Ofendido: José Alberto Ramírez Marín”. Situación que refleja que el Inspector no compartía la calificación jurídica que a los hechos que se investigaban le dio el Fiscal, y que no podía controvertir porque según lo expresó no sólo no sabía como resolver la situación, no se encontraba el Personero ni la juez ni el Fiscal quien se habría desplazado a su finca en las afueras de la localidad y había cerrado la oficina (fl. 33 c.o.1), incluso señala que le dijo “que le iba a devolver el expediente, entonces, se paró y me dijo, “es que no es un favor que le estoy pidiendo, es una orden” generando entonces el malestar y la preocupación a que hizo referencia el Secretario.

El análisis probatorio realizado permite concluir que el abuso de autoridad imputado al procesado atendiendo las previsiones del Código Penal de 1980 tuvo lugar de manera independiente de la decisión prevaricadora, ya que mediante ese comportamiento contrario a sus funciones, pero desplegado como Fiscal de la localidad de Ebéjico, en forma arbitraria impuso el conocimiento del proceso adelantado en contra de Darío Uribe al funcionario administrativo que como se ha dejado consignado carecía de competencia y de ilustración jurídica para instruirlo, aún cuando fuera transitoriamente, por carecer de funciones judiciales para investigar y juzgar hechos punibles.

No obstante que el anterior raciocinio resulta válido bajo los postulados del artículo 152 del Código Penal de 1980, modificado por el artículo 32 del Estatuto Anticorrupción, ley 190 de 1995, es preciso examinar la imputación que se formula por el delito de abuso de autoridad bajo la nueva codificación penal, artículo 416 de la Ley 599 de 2000, para

verificar el cumplimiento de las exigencias previstas por el legislador para dicho tipo penal, ya que cualquier variación respecto de su tipificación puede implicar que la conducta se considere atípica, sin importar que la resolución de acusación se haya formulado bajo el Código Penal anterior, al resultar imperativa la aplicación del principio de legalidad que reclama la vigencia inmediata de la ley sancionatoria en cuanto resulte del tránsito legislativo la aplicación inexorable del principio de favorabilidad.

La Corte ya tuvo oportunidad de efectuar este análisis en providencia del 25 de junio de 2002 <sup>7</sup>, cuando concluyó que el artículo 416 del Código Penal actual, Ley 599 de 2000, mantuvo el carácter subsidiario del delito de abuso de autoridad, pero le eliminó el carácter de tipo alternativo expresado en la posibilidad de que se incurriera en dicho comportamiento bien mediante acto arbitrario, esto es, no sujeto a la ley sino al capricho o a la voluntad autoritaria del servidor público, o de manera injusta, es decir, en abierta oposición a la justicia, entendida como orden justo, comprendida así (la justicia) como un contenido necesario del Derecho y éste, desde su concepción formal, como la codificación sistemática de las leyes positivas.

8

En cualquiera de estas dos eventualidades, alternativamente consideradas, se incurría en el injusto penal, denominado abuso de autoridad, pero ahora, el tipo penal exige que el acto tenga una doble connotación, esto es, que no sólo tenga el carácter de arbitrario sino que, simultáneamente, debe ser considerado como injusto.

Las consecuencias que se derivan de la actual tipificación del delito de abuso de autoridad en casos como el que es objeto de análisis, conllevan a que sólo se emitirá fallo de condena cuando quiera que la acusación se haya formulado por acto arbitrario e injusto y se cumplan además, las exigencias del inciso 2º del artículo 232 del Código

de Procedimiento Penal, en tanto que cuando la Fiscalía haya proferido el pliego de cargos utilizando la forma alternativa del tipo, tal acusación legal resultará insuficiente para estructurar el tipo penal por acto arbitrario e injusto, cuando quiera que la conducta no corresponda a ningún otro tipo penal y no sea factible modificar la acusación. Por consiguiente, una imputación así formulada, debe considerarse como atípica.

Como quiera que en el caso que examina la Corte, la Fiscalía en la resolución de

acusación del 18 de mayo de 2000 (fl. 304 c.o.1) califica la conducta del funcionario acudiendo a una de sus modalidades, señalándola únicamente como arbitraria, carece, entonces, la acusación de la imputación de la conducta como injusta, por lo que no cumple con la exigencia legal relativa a que la acción prohibida sea considerada, de manera concomitante, como 'arbitraria e injusta', por lo que resulta atípica frente a la nueva disposición sancionatoria, que por principio de favorabilidad debe serle aplicada.

Por consiguiente, de conformidad con las consecuencias que el artículo 45 de la ley 153 de 1887 le atribuye al principio de favorabilidad derivado del tránsito legislativo para el caso que se analiza se traducirá en una decisión de carácter absolutorio, ya que implícitamente la nueva disposición le quita el carácter delictivo a la conducta.

#### 4. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

4.1. Los razonamientos que se han expresado conllevan a que se revoque parcialmente la sentencia absolutoria proferida el 3 de octubre de 2000 por el Tribunal Superior de Medellín, para en su lugar confirmar la absolución por el delito de abuso de autoridad y, a la vez, condenar a OCTAVIO SALDAÑA AMÉZQUITA por el delito de prevaricato, ilícitos por los que fuera acusado por la Fiscalía 3ª Delegada ante esa Corporación, al concluir la Sala que, respecto del segundo, están reunidas las exigencias del inciso 2º del artículo 232 del Código de Procedimiento

Penal, pues está demostrada no sólo la tipicidad de la conducta, sino que el comportamiento del administrador de justicia es clara y abiertamente contrario a la ley.

La Corte, en asunto muy similar al aquí analizado, manifestó:

“Así entonces, es evidente que al procesado, considerado en concreto, en condiciones psíquicas de motivación normal, le es atribuible el injusto típico, a título de autor, dada la realización de la conducta punible, con dominio funcional de la misma, siéndole plenamente exigible que hubiera efectuado una valoración integral de los medios probatorios sometidos a su consideración, sin embargo, como consciente y voluntariamente no lo hizo, es legítimo el reproche de su comportamiento, con mayor razón si no obró bajo causal de inculpabilidad alguna.” 9

## 4.2 DOSIFICACIÓN PUNITIVA

4.2.1. Para efectos de establecer la punibilidad, debe tenerse en cuenta que los hechos objeto de juzgamiento tuvieron lugar en enero de 1998, en vigencia del Código Penal de 1980, artículo 149 modificado por el artículo 28 de la ley 190 de 1995. Sin embargo, al haberse expedido una nueva normatividad, la contenida en el Código Penal Ley 599 de 2000, se impone definir previamente cuáles son las normas que deben regir el caso en particular en virtud de la aplicación del principio de favorabilidad, por lo cual procede a realizarse el respectivo análisis.

El artículo 149 del Código Penal de 1980, modificado por el artículo 28 la ley 190 de 1995 establece como sanción para el delito de prevaricato por acción, tres penas principales: la de prisión de 3 a 8 años, la de multa fijada entre 50 y 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes y la de interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo lapso de la pena impuesta, es decir, que sus límites se determinan en el caso concreto.

4.2.2. Respecto de la misma conducta, el artículo 413 del nuevo Código Penal, Ley 599 de 2000, prevé la misma pena de prisión, pero aumenta el máximo de la multa de 100 a 200 salarios mínimos legales mensuales y, a la vez, fija unos topes, mínimo y máximo de la pena de interdicción de derechos y funciones, entre 5 y 8 años, sin que considere el límite previsto por la anterior disposición cuando señala “hasta por la pena impuesta”, siendo entonces evidente que es menos favorable para el

procesado, al aumentar la sanción pecuniaria y elevar el mínimo de la interdicción de derechos y funciones públicas, que tendrá que ser superior a los cinco años, incluso en los eventos en que la pena privativa de la libertad oscile entre los 3 y 5 años de prisión. Luego, para efectos de la dosificación de la pena que le corresponda al procesado por el delito de prevaricato por acción le resultan mas favorables las previsiones del Código Penal de 1980.

4.2.3. En cuanto se refiere al proceso mismo de dosificación de la pena privativa de la libertad que ha de imponerse a OCTAVIO SALDAÑA AMÉZQUITA, igualmente, por existir claras diferencias entre los dos procedimientos establecidos por las legislaciones que se analizan, como quiera que la anterior establece un margen de discrecionalidad reglada, es decir, sujeta a las previsiones del artículo 67 del Código Penal al consagrar que sólo podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurren únicamente circunstancias de agravación y el mínimo cuando se presenten exclusivamente circunstancias de atenuación, artículos 64 y 66 ibídem. Por el contrario, el Código actual establece de manera rigurosa un sistema de cuartos, cuya aplicación se ubica mas allá del primer cuarto cuando concurren circunstancias de agravación. Lo que implica, que la determinación de la punibilidad mas favorable solo puede establecerse, una vez se efectúe la dosificación por los dos sistemas.

4.2.4. De manera previa, entonces, se definirá si en el presente caso concurre alguna circunstancia de agravación o de atenuación punitiva, denominadas en el nuevo Código Penal como de menor y mayor punibilidad, ya que en uno y en otro caso incidirían en el proceso de dosimetría punitiva.

Del contexto procesal emerge con claridad la existencia de una circunstancia de atenuación punitiva o de menor punibilidad consistente en la buena conducta anterior o la ausencia de antecedentes penales en su contra a que se refieren los artículos 64-1 y 55-1 de los Códigos Penales de 1980 y de 2000, respectivamente.

En cuanto hace referencia a las circunstancias de agravación, no obstante, que el procesado ostenta la condición de funcionario público y que ésta hace parte de la tipicidad de la conducta punible que se le atribuye, no puede desconocerse la posición que ocupaba para la época de los hechos y la connotación que éste cargo tenía en el

ámbito de la sociedad donde, por cumplir con el encargo oficial de administrar justicia, estaba revestido de un crédito de rectitud, probidad y confiabilidad, por lo que le era exigible un comportamiento ejemplar, que de ninguna manera condujera a perder esa confianza y credibilidad, proyectada, de esta manera, al sistema judicial. Esta circunstancia, corresponde a la contemplada por los artículos 66-11 y 58-9 del Código Penal de 1980 y del vigente, Ley 599 de 2000, la que al ser considerada , incidiría en la definición del quantum punitivo.

En virtud de la relevancia jurídica de la imputación de una circunstancia agravación, bien sea genérica o específica, la Corte ha concluido que su expresión no puede ser ajena al marco jurídico que conforma la resolución de acusación y que define de manera perentoria la facultad sancionadora del juez, por cuanto, en tanto se configura como un factor de punibilidad se requerirá que la sentencia guarde estricta consonancia con el pliego de cargos y por ende, debe estar expresamente definida en la acusación tanto

fáctica como jurídicamente para que pueda ser ponderada por el juez.

En esta temática ha venido avanzando la Corte, pues de señalar que cualquier circunstancia de agravación, específica o genérica, debía estar contenida de manera inequívoca en la resolución de acusación o su equivalente, de manera tal que debe existir identidad plena entre la sentencia y el pliego de cargos en el aspecto fáctico<sup>10</sup>, pasó a reconocer con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, con ponencia de quien aquí cumple similar cometido, que no basta con que la resolución de acusación señale de manera clara, precisa e inequívoca la imputación fáctica que da lugar a la circunstancia de agravación, sino que resulta indispensable que se consigne en el pliego de cargos la imputación jurídica<sup>11</sup>, la que viene siendo reiterada sistemáticamente<sup>12</sup>, por lo tanto, deberá verificarse su clara especificación fáctica y jurídica en el pliego de cargos o su equivalente o en la variación de la calificación jurídica cuando se hubiere producido, para que sea considerada como factor determinante de punibilidad en el fallo.

4.2.5. Estas consideraciones, aplicadas al caso examinado, permiten señalar que pese a la relevancia que se le dio a la función que cumplía el Fiscal acusado y la afectación que para la administración pública representó su conducta laboral y social, no se adujo de manera clara y concisa que ello constituyera un motivo que diera lugar a considerar como una circunstancia de agravación de la conducta por la cual es juzgado. Del contenido del pliego acusatorio se advierte que en modo alguno, al momento de precisar el marco fáctico ni al determinar la calificación jurídica del comportamiento ilícito que se le atribuyó en la resolución de acusación se consignó específicamente la causal referida a la posición o cargo desempeñado por el procesado, que permita ahora considerarla para determinar el ámbito punitivo dentro del cual se fija la pena a imponerle por el delito de prevaricato.

1. Lo anterior, permite colegir que en el actual sistema se tendría como ámbito de movilidad, el que se deriva de lo previsto por el artículo 149 del Código Penal del 80, según lo ya definido, que señala como extremos punitivos la pena de prisión de 3 a 8 años, que traducido en meses, oscilaría entre 36 y 96 meses, por lo cual, el primer cuarto iría de 36 a 51 meses, el segundo de 51 a 66 meses, el tercero de 66 a 81 meses y el último de 81 hasta 96 meses.

Luego, al no concurrir circunstancia alguna de agravación, la pena se dosificará dentro del ámbito de movilidad del primer cuarto, que para el caso concreto está entre 36 y 51 meses de prisión. Atendiendo las anteriores consideraciones, se podría indicar que le correspondería una pena de 51 meses de prisión.

4.2.7. Aplicadas las disposiciones sobre el particular del Código Penal de 1980, el procedimiento no resulta tan complejo porque el marco punitivo genérico es de 36 a 96 meses y no se encuentra afectado por otros factores con incidencia en la determinación punitiva a los ya mencionados. Sin embargo, no puede imponerse el mínimo de la pena dada la gravedad de la conducta en que incurrió, por lo que efectuado el balance respectivo entre la gravedad del hecho punible y la presencia de la atenuante de la buena conducta anterior, sería procedente un incremento de 3 meses, para un total de 39 meses de prisión, cifra muy inferior a la determinada por el procedimiento señalado en el actual Código Penal y en consecuencia, mas benigna, razón por la cual será la que en definitiva se impondrá.

4.2.8. Determinada la pena privativa de la libertad que por favorabilidad le corresponde al procesado, se procederá a establecer la pena de multa. Ésta debe fijarse atendiendo las previsiones del artículo 46 del Código Penal del 80 que señala las circunstancias que deben considerarse, esto es, la gravedad de la infracción, el resarcimiento del daño causado, la situación económica del condenado, el

estipendio diario derivado del trabajo, las obligaciones civiles a su cargo anteriores al delito y las que indiquen la posibilidad de pagar.

Preceptivas que, aplicadas a la situación que se juzga, permiten señalar que el ilícito por el cual se condena al procesado, que revistió cierta gravedad, no existía la posibilidad de resarcir el daño, ya que la infracción afectó el buen nombre de la administración pública, sin que se hubiera concretado daño material alguno, devengaba un salario diario equivalente a 10.54 salarios mínimos legales, tenía bajo su responsabilidad tres hijos y una deuda de \$15.000.000, lo que permite colegir que su capacidad económica era apenas sostenible, por lo que la pena de multa a imponer se tasaré en el mínimo de la sanción prevista, es decir, 50 salarios mínimos legales mensuales, para la época de los hechos 13. Suma que si bien supera el límite de los \$10.000.000 que establece el inciso 1º del artículo 46 del Código Penal de 1980, es la que ha de imponerse por ser legal.

En efecto, pese a la aparente contradicción entre el mandato general contenido en el artículo 46 del Código Penal que establece un límite a la pena de multa y el mandato del legislador expresado en el artículo 28 de la ley 190 de 1995, que modifica el artículo 149 del Código Penal que desborda el máximo previsto, debe tenerse en cuenta que ésta es una norma especial que protege el bien jurídico de la administración pública, al igual que muchas otras de la citada ley 14, en las que igualmente se aumenta la sanción pecuniaria por encima del límite general establecido. Dicho límite fue aumentado por la ley 80 de 1993 sobre contratación administrativa, ley 365 de 1997 mediante la cual se incrementaron las penas para combatir la delincuencia organizada, en la que para el concierto para delinquir con propósitos de terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o conformación de escuadrones de la muerte se establece multa de 2.000 hasta 50.000 salarios mínimos legales mensuales, o en la ley 491 de 1999 que modifica el tipo penal de incendio que aumenta la pena de multa señalada de dos mil a cincuenta mil pesos a una de 50 a 100 salarios

mínimos legales mensuales, sin que la norma general hubiese sido modificada.

Sin embargo, cosa distinta se presentó, por ejemplo, con la expedición de la ley 40 de 1993, que aumenta la pena de prisión por encima del límite de 30 años previsto por el artículo 44 del Código Penal, para el homicidio agravado a 60 años de prisión, así como para el secuestro extorsivo a 40 años, oportunidad en la que el legislador modificó la norma general, artículo 44, para acomodarla a la nueva normatividad.

De lo anterior, se colige que el legislador incurrió en un error de técnica legislativa al no compaginar las normas existentes con las nuevas disposiciones, con las que sin duda se propuso modificar las previsiones anteriores, por lo que ha de colegirse que siendo el propósito del legislador el modificar los ámbitos de la sanción de multa para este tipo de delitos, no puede ser desconocido por ser una norma especial, que por demás debe tener consecuencias prácticas y eficaces, como las de sancionar con mayor drasticidad conductas como la que se analiza.

Por lo que se concluye, en el caso en particular, que el artículo 28 de la ley 190 de 1995, modificó el límite establecido por el artículo 46 del Código Penal para este caso en particular, motivo por el cual debe surtir los efectos pretendidos por el legislador.

En cuanto a la pena principal de interdicción de derechos y funciones públicas se limitará al lapso de la privativa de la libertad establecida atendiendo lo previsto por el artículo 149 del Código Penal del 80, es decir, 39 meses, acarreándole entonces como subsidiaria la pérdida del cargo público desempeñado.

## 5. DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA

Como quiera que no hay lugar a conceder el sustituto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena prevista por el artículo 63 del Código Penal, por superar la impuesta los tres años de prisión, se examinará la posibilidad de otorgar a OCTAVIO SALDAÑA

AMÉZQUITA la prisión domiciliaria, pena sustitutiva creada por el nuevo Código Penal para que los condenados a pena de prisión purguen la pena en su residencia o en el lugar que determine el juez y no en un centro de reclusión, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, es obvia su aplicación inmediata en desarrollo al principio de favorabilidad, cuando quiera que se reúnan los requisitos legales que hacen viable su reconocimiento.

Las exigencias para la concesión de este instituto se encuentran señaladas en el artículo 38 del nuevo Código Penal, al indicar que se podrá reconocer la prisión domiciliaria como sustitutiva de la de prisión, siempre que :

- a. La sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años o menos.
- b. El desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.
- c. Se garantice mediante caución el cumplimiento de las obligaciones a que hace referencia ésta preceptiva.

En el caso que se examina, el primer requisito se encuentra dado, ya que el prevaricato por acción tiene señalada como pena mínima tanto en la legislación anterior como en la vigente tres (3) años de prisión.

Respecto a la segunda exigencia relativa a la evaluación que se efectúe sobre el desempeño del sentenciado en lo personal, laboral, familiar o social, de la que se deduzca que no pondrá en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena, la Sala observa que aparte de la conducta por la que se le juzga no ha merecido reproche alguno su comportamiento, lo cual permite deducir, además, que no evadirá el

cumplimiento de la pena, por lo cual se le sustituirá la sanción privativa de la libertad por la de prisión domiciliaria.

Para hacer efectiva la sustitución, OCTAVIO SALDAÑA AMÉZQUITA deberá suscribir la diligencia de compromiso a que se refiere el artículo 38 del Código Penal, garantizando el cumplimiento de las obligaciones que contrae mediante caución por la suma de cien mil (100.000) pesos, a órdenes del juez de primera instancia en el Banco Agrario, diligencias para las cuales se le comisiona.

En razón 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:

PRIMERO. Revocar parcialmente la sentencia del tres (3) de octubre de dos mil (2000), por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín absolvió a OCTAVIO SALDAÑA AMÉZQUITA, en su condición de Fiscal 252 Local.

SEGUNDO. Confirmar la absolución en cuanto a la imputación que se le formuló por el delito de abuso de autoridad.

TERCERO. Condenar a OCTAVIO SALDAÑA AMÉZQUITA a las penas principales de treinta y nueve (39) meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad y al pago de una multa por el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales para la época de los hechos y, a la accesoria de pérdida del cargo como Fiscal Local, como autor responsable del delito de prevaricato por acción, cometido en las circunstancias de tiempo y modo precisadas en el pliego de cargos proferido en su contra por la Fiscalía General de la Nación.

CUARTO. Declarar que el procesado OCTAVIO SALDAÑA AMÉZQUITA no tiene

derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

QUINTO. Sustituir la pena privativa impuesta por la de prisión domiciliaria, para lo cual OCTAVIO SALDAÑA AMÉZQUITA deberá suscribir diligencia de compromiso y constituir caución en los términos expresados en esta providencia. Se comisiona para el efecto al juez de primera instancia.

SEXTO. Señalar que no hay lugar a imponer condena por perjuicios.

SÉPTIMO. Líbrense las comunicaciones a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO  
PINZÓN

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ

MARINA PULIDO DE BARÓN  
QUINTERO MILANÉS

JORGE LUIS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

2 Providencia del 16 de agosto de 1983, ponente doctor Alfonso Reyes Echandía

3 Se reitera la providencia del 24 de junio de 1986.

4 Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 21ª. Edición. Sainz de Robles Federico Carlos, Ensayo de Diccionario Español de Sinónimos y Antónimos, 4ª. Ed. Aguillera, Madrid, 1959, p. 962.

5 Ver casación 16534 del 31 de mayo de 2001, M. P. Dr. Edgar Lombana Trujillo; auto del 3 de julio de 1996, M. P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll y sentencia del 31 de agosto de 1995, M. P. Dr. Dídimo Páez Velandia

6 Rad. 16320, sentencia del 23 de septiembre de 2003, ponente Herman Galán Castellanos.

7 Única 14029, ponente doctor Carlos Augusto Gálvez Argote

8 Concepción positiva-formal de la Justicia. J. FERRATER MORA. Diccionario de Filosofía. P. 1982. Vol. II. Ed. Ariel Filosofía.

9 Sentencia de 2ª. Instancia de septiembre 23 de 2003, ya citada.

10 Casación del 30 de noviembre de 1999, ponente doctor Carlos Augusto Gálvez Argote

11 Única instancia 16320, del 23 de septiembre de 2003.

12 Segunda Instancia 21942 del 5 de febrero de 2004, ponente doctor Mauro Solarte P., Casación 20134 del 9 de junio de 2004, con ponencia del doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego.

13 El SMLM para 1998, era de \$203.826, según Decreto 3106 de diciembre de 1997

14 Peculado por apropiación, concusión, tráfico de influencias, en los que elevó el mínimo de la multa a 50 SMLM