

Proceso No 18915

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Aprobado Acta No. 186

Bogotá D. C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil uno (2.001).

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto de manera subsidiaria por el procesado Dr. JULIAN CONTRERAS CORTES – Fiscal 3 Local de Soledad –, contra la providencia del 6 de agosto del corriente año, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, negó la revocatoria de la detención domiciliaria que por el delito de cohecho impropio lo afecta.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 9 de marzo del corriente año, el Fiscal 1º de la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Barranquilla, profirió resolución de acusación en contra del Dr. JULIAN CONTRERAS CORTES, como autor del delito de cohecho impropio regulado por el artículo 142 del Código Penal derogado, decisión confirmada por la Unidad de Fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia el 21 de mayo de este año.

Contra el procesado pesa medida de aseguramiento de detención domiciliaria.

Ejecutoriada la resolución de acusación el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla corrió el traslado previsto en el artículo 446 del Código Procesal Penal, realizó la audiencia preparatoria e inició la audiencia pública de conformidad con las nuevas disposiciones del Código Procesal Penal.

2. Cursando el trámite de la causa, el procesado Dr. JULIAN MONTRERAS CORTES, solicitó la revocatoria de la medida de aseguramiento, apoyado en los siguientes argumentos:

En aplicación al principio de favorabilidad, pide se continúe regulando la conducta a él atribuida con el artículo 142 del Código Penal derogado, de preferencia al artículo 406 del actual Ordenamiento Penal Sustantivo, en atención a que anteriormente el cohecho impropio era sancionado con prisión de 3 a 6 años y ahora de 4 a 7 años.

Como el artículo 357 del Código de Procedimiento Penal que impera, exige para resolver situación jurídica que el castigo previsto para el delito no sea inferior a 4 años y el tipo penal a él imputado no alcanza ese tope, demanda se revoque la medida de aseguramiento que pesa en su contra y en consecuencia se le devuelva la caución prestada.

DECISION APELADA

El 6 de agosto del presente año, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, se abstuvo de revocar la detención domiciliaria.

Del cotejo de las sanciones previstas para el delito de cohecho impropio tanto en el anterior como en el Código Penal vigente, infiere el Tribunal, que no obstante aumentar la sanción la nueva normatividad y de converger las exigencias probatorias en los dos Códigos Procesales Penales, es imperativo resolver la situación jurídica con detención preventiva.

En consecuencia, considera, en este evento no es posible dar aplicación al principio de favorabilidad, por cuanto el delito atribuido al procesado en ambos estatutos procesales conllevan a la imposición de la detención preventiva.

Partiendo de lo aseverado por esta Sala de la Corte en providencia del 26 de julio del corriente año, con ponencia del Magistrado Dr. CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR, atinente a que en aplicación del principio de favorabilidad es posible combinar las normas sustanciales penales anteriores con las procesales actuales, considera el Tribunal, que en este caso no procede la aplicación de este principio en virtud a que en las dos legislaciones el delito endilgado al procesado acarrea la imposición de detención preventiva como medida de aseguramiento, sustituible por la domiciliaria.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

Contra esa decisión el procesado CONTRERAS CORTES interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación, los cuales sustentó de la siguiente manera:

Confrontando nuevamente el texto de las dos disposiciones sustanciales que describen y sancionan el tipo penal de cohecho impropio, concluye que el artículo 142 del derogado Código Penal es el llamado a regular la conducta reprochada, por prever menor pena frente al artículo 406 del actual Código Penal.

Ahora, comoquiera que las normas del Código de Procedimiento Penal son de orden público y el numeral 1º del artículo 357 sólo obliga a resolver situación jurídica en delitos sancionados con prisión no inferior a 4 años y el cohecho impropio no está relacionado en la lista del numeral 2º, reclama el procesado, sea revocada la detención domiciliaria que lo viene afectando.

Reitera que en este caso es viable combinar las normas del anterior Código Penal con las del Código Procesal vigente, como lo pregonan la decisión de esta Sala recordada por

la providencia combatida, pero dándole un sentido diferente al que le otorgó el Tribunal.

ALEGACION DE NO RECURRENTE

El Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla que actúa en la causa, hizo saber su criterio sobre el tema controvertido, solicitando la revocatoria de la medida de aseguramiento.

Efectivamente, argumenta que observando el principio de favorabilidad forzoso es aplicar el artículo 142 del Código Penal abrogado y el actual Código de Procedimiento Penal en relación con las medidas de aseguramiento, por cuanto siendo sancionado el cohecho impropio con prisión no inferior a 3 años no hay lugar a resolver situación jurídica acorde con las nuevas normas.

AUTO QUE NIEGA LA REPOSICION

Con auto del 10 de octubre del corriente año la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla negó la reposición del auto atacado.

Afincado en autores nacionales, el Tribunal argumenta que en el proceso de selección de la ley mas favorable le está vedado construir una tercera ley con fracciones de las normas confrontadas, debiendo por el contrario aplicar en su integridad la ley mas benigna.

Con el ánimo de refutar algunos argumentos del Fiscal que actúa en el proceso, afirma el Tribunal, que en este caso la condena a imponer no puede partir del mínimo por cuanto en la acusación se imputaron circunstancias genéricas de agravación, amen de que la Corte viene sosteniendo que para el efecto también se debe tener en cuenta la gravedad y modalidades del delito, junto con la personalidad y el grado de culpabilidad

del agente.

Agrega luego, que la Sala si tuvo en cuenta la variación del mínimo de la pena de 2 a 4 años exigido por el Código de Procedimiento Penal para imponer medida de aseguramiento, atendiendo que el nuevo Código Penal siguió considerando el cohecho impropio como un delito grave elevando la pena de 3 a 4 años y el Código de Procedimiento Penal mantuvo la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Bajo el amparo de los razonamientos hechos por la Corte en las providencias del 26 de julio y 3 de septiembre del corriente año, con ponencias de los Magistrados Doctores CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR y JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEG0, considera el a quo improcedente aplicar el principio de favorabilidad en este caso porque incrementada la sanción del cohecho impropio y mantenida la medida de aseguramiento en la nueva legislación penal, se estaría creando irregularmente una tercera ley.

Dice, por último, que en el mismo sentido esta Sala decidió una petición análoga el 25 de septiembre de 2.001, con ponencia del Magistrado Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Concedió el recurso de apelación en el efecto devolutivo, interpuesto de manera subsidiaria.

ALEGATOS ADICIONALES DE LOS NO RECURRENTES

Haciendo uso del traslado ulterior a la negación de la reposición el Fiscal Primero Delegado ante el Tribunal Superior de Barranquilla, presentó los siguientes argumentos en procura de la revocatoria de la medida de aseguramiento.

Precisa que en el evento en que un delito de cohecho impropio se haya realizado en vigencia de los nuevos Códigos Penal y de Procedimiento Penal, será forzosa su aplicación y en consecuencia será menester resolver situación jurídica con detención preventiva

porque la pena mínima es de prisión de 4 años; empero, como ocurre en este caso, que los hechos sucedieron en vigencia de la anterior legislación penal, agrega, se deben aplicar por favorabilidad los artículos 142 del anterior Código y 357 del Código de Procedimiento Penal que rige, dado que la pena mínima sería de 3 años sin que se deba resolver la situación jurídica.

Encuentra que la providencia dictada por la Corte y citada como apoyo por el Tribunal no se aviene al caso en estudio, en razón a que allí trata el delito de prevaricato por acción, injusto que en los dos Códigos de Procedimiento Penal apareja detención preventiva y de combinarse las normas penales con las procesales el resultado sería el mismo, es decir, perviviría la medida de aseguramiento.

Igualmente rechaza los argumentos expuestos por el a quo relativos al método aplicable para dosificar la pena, por considerarlo innecesario para determinar el mínimo de la sanción prevista en cada tipo penal, con el fin de establecer si se debe a no resolver situación jurídica; labor en la cual tienen incidencia las agravantes y atenuantes específica o genéricas de la parte especial del Código Penal que modifiquen los límites punitivos, de acuerdo con lo afirmado en el auto del 26 de julio de 2.001 con ponencia del Magistrado Dr. CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR.

Tampoco comparte la afirmación de estarse promoviendo la creación de una tercera ley, por cuanto no se está tomando parte de la norma que regula el cohecho impropio con la que actualmente lo tipifica, ni mezclando fragmentos de los artículos 397 y 357 del anterior y nuevo Código Procesal Penal.

Pregona que su aspiración está dirigida a que se aplique integralmente el artículo 142 del Código Penal anterior y cabalmente el artículo 357 del Código de Procedimiento Penal que rige, acatando como corresponde el principio de favorabilidad.

Estas razones son las que le sirven de soporte para demandar la revocatoria de la

detención domiciliaria que cubre al acriminado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. El principio de legalidad hace parte de los cimientos de la estructura de todo Estado de Derecho, con mayor razón de aquellos que como el nuestro se reputa Social y Democrático de Derecho, el que en materia penal se traduce en la máxima que todo acto se regirá por la ley que impera en ese momento “tempus regit actum”, es decir, por regla general no procede la aplicación extraactiva de la ley penal – retroactivo o ultractiva -, salvo en el fenómeno de la sucesión de leyes en donde se aplicará la que prevea mayores ventajas para el procesado.

Significa lo anterior, que el principio de favorabilidad siendo la excepción de dicho apotegma legitima al funcionario judicial para aplicar normas penales derogadas a conductas ocurridas en su vigor y preceptos imperantes a comportamientos acaecidos antes de su imperio, en tanto benefician al reo.

El artículo 29 de la Carta Política consagra tales principios cuando prescribe que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa y que en materia penal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

A su turno el artículo 6º del Código Penal reglamentó el principio de favorabilidad en lo que concierne a las normas sustanciales y el 6º del Código Procesal Penal en lo atinente a la ley procesal con efectos sustanciales.

Con la entrada en vigor de los nuevos Códigos Penal y de Procedimiento Penal y al modificar éste último el instituto de las medidas de aseguramiento restringiéndolas a la detención preventiva, único caso en el que será obligatorio resolver situación jurídica, han proliferado los casos en donde se hace necesario reexaminar la situación del

procesado de cara al principio de favorabilidad, como ocurre en este asunto.

Para seleccionar las normas aplicables al caso importa tener en cuenta que el principio de favorabilidad opera tanto para las normas materiales como para las procesales con efectos sustanciales, razón por la cual la Sala ha venido insistiendo en la procedencia de dinamizar las disposiciones del Código Penal anterior con las del Código Procesal.

En el presente asunto, es fácil colegir que la norma sustancial aplicable es el artículo 142 del Código Penal abrogado, modificado por el artículo 23 de la ley 190 de 1.995, en razón a que ofrece mas beneficios al inculcado comoquiera que sanciona el delito de cohecho impropio con prisión de 3 a 6 años, multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal, mientras que el artículo 406 del nuevo Ordenamiento Penal incrementa el castigo de 4 a 7 años de prisión, conserva la multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes y aumenta la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 5 a 8 años.

De otro lado, al comparar las normas que disciplinan las medidas de aseguramiento en los dos Códigos de Procedimiento Penal, se descubre que las actuales favorecen al endilgado en virtud a que atendiendo a la pena prevista de 3 años en el anterior Código Penal – aplicable como atrás se vio por favorabilidad- no se debe resolver situación jurídica según el numeral 1º del artículo 357, tampoco por virtud del numeral 2º ya que el cohecho impropio no está allí relacionado y tampoco existe constancia en el proceso que contra el encausado exista sentencia condenatoria ejecutoriada por delito doloso o preterintencional sancionado con prisión; al paso que con arreglo a lo normado por el artículo 397 del anterior Código Procesal Penal, indefectiblemente la medida de aseguramiento a imponer es la detención preventiva por concurrir 3 de las causales allí previstas: estar sancionado el delito con prisión mayor a 2 años, estar incluido el cohecho

impropio en la relación del numeral 3º y haber sido capturado el procesado en flagrancia por un injusto que tiene prevista pena de prisión, según el numeral 5º.

Ante esta situación es evidente que el Tribunal se equivocó al negar la revocatoria de la detención domiciliaria y que le asiste razón a la defensa y al Fiscal Primero Delegado ante el Tribunal Superior de Barranquilla al insistir en la revocatoria de esa medida.

En efecto, desacierta el a quo cuando asevera que no es factible operar el principio de favorabilidad en este caso, debido a que el delito de cohecho impropio genera en ambos Códigos de Procedimiento Penal la imposición de detención preventiva como medida de aseguramiento, pues con este argumento justamente está soslayando su aplicación ya que dejaría de atender la norma sustancial mas benigna para el reo, esto es, el artículo 142 del Código Penal abrogado cuya sanción en armonía con el artículo 357 del nuevo Código de Procedimiento Penal, no obliga a resolver la situación jurídica por ninguna de las causales allí previstas.

También es equivocada la interpretación que el Tribunal hace del contenido de la providencia del 26 de julio del corriente año dictada por esta Sala de Casación, ya que con ella lo que precisamente se está pregonando es la aplicación combinada de los preceptos del Código Penal anterior con los del Código Procesal Penal vigente con efectos sustanciales y viceversa, siempre en desarrollo del principio de favorabilidad.

Acierta el señor Fiscal al censurar el argumento del a quo, atinente a que para determinar la pena mínima prevista en el tipo penal a fin de establecer si se debe o no resolver la situación jurídica es necesario considerar las circunstancias genéricas de menor o mayor punibilidad, habida cuenta que en la providencia tomada como referencia esta Sala de la Corte con toda claridad dejó sentado que para esos fines sólo tendrán incidencia las circunstancias de agravación o atenuación que al momento de la comisión de los hechos tuvieran la virtud de modificar el marco punitivo fijado en el

correspondiente tipo penal, pero nunca las genéricas que cuentan para dosificar la pena en concreto y que son las imputadas al procesado en la resolución de acusación.

No es de recibo, además, que el a quo pretenda asemejar el tratamiento del cohecho impropio con el del prevaricato por acción, por cuanto la pena prevista en el artículo 149 del anterior Código Penal como en el 413 del actual es de 3 a 8 años de prisión, es decir, que si se aplicaran tanto el Código Penal como el de Procedimiento Penal la medida de aseguramiento sería de detención preventiva teniendo en cuenta la pena mínima prevista y por estar el delito incluido en la lista contenida en el numeral 3º del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal; si se conjuga el Código Penal anterior y el Código Procesal Penal nuevo el resultado es idéntico, dado que el prevaricato por acción está incluido en la lista del numeral 2º del artículo 357 que obliga a resolver la situación jurídica; igual situación sucedería si se aplicaran los Códigos Penal nuevo y de Procedimiento Penal derogado. Cosa distinta ocurre, como ya se vio, con el cohecho impropio pues al combinar el Código anterior con el de Procedimiento Penal que rige no es obligatorio resolver la situación jurídica del procesado, por consiguiente, su aplicación se torna obligatoria por mandato del principio de favorabilidad.

Proceder de esta manera no implica la creación de una tercera ley como lo afirma el Tribunal, ya que se aplica en su integridad el artículo 142 del Código Penal anterior que describe y sanciona el delito de cohecho impropio y totalmente el artículo 357 del actual Código de Procedimiento Penal que disciplina el instituto de las medidas de aseguramiento, distinto sería que se tomaran las partes que mas favorecieran al procesado de las normas que describen y castigan el cohecho impropio, construyéndose ahí si una nueva disposición o *lex tertia*, arrogándose el funcionario judicial funciones legisladoras que competen a otra rama del poder público.

En fin, la Sala revocará la decisión recurrida y en su lugar dispondrá dejar sin efectos la medida de aseguramiento de detención domiciliaria que cubre al procesado por

variación de la legislación, como consecuencia ordenará su libertad incondicional y la devolución de la caución prendaria que constituyó para cumplir la detención domiciliaria.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia;

RESUELVE

PRIMERO: Revocar la decisión a través de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla negó la revocatoria de la detención domiciliaria del procesado Dr. JULIAN CONTRERAS CORTES, teniendo en cuenta las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Dejar sin efecto la medida de aseguramiento de detención domiciliaria que pesa contra el procesado, Dr. CONTRERAS CORTES.

TERCERO: En consecuencia, se dispone dejar en libertad inmediata e incondicional al Dr. JULIAN CONTRERAS CORTES.

CUARTO: Devolver al Dr. CONTRERAS CORTES la caución prendaria que constituyó para cumplir la detención domiciliaria.

.

QUINTO: Contra esta decisión no cabe ningún recurso.

Devuélvase el expediente a la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CORDOBA POVEDA

HERMAN GALAN CASTELLANOS

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

JORGE A. GOMEZ GALLEGO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ALVARO O. PEREZ PINZON

NILSON E. PINILLA PINILLA

Aclaración de voto

Salvamento de voto

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria

ACLARACIÓN DE VOTO

(Segunda Instancia 18915)

Respetados Señores Magistrados:

Atentamente me permito escribir las razones por las cuales he aclarado el voto y que se circunscriben al primer párrafo del folio 14 de la decisión. Las razones son estas:

1. Para refutar las palabras del A quo, la Sala dice que la combinación de normas -artículo 142 del Código Penal anterior y 357 del Código de Procedimiento Penal actual- no constituye la creación de una tercera ley. La denominación es lo de menos. Que se diga *lex tertia*, conjunción o combinación de normas es indiferente. Lo trascendental es que en pro de la favorabilidad hay que hacer todas las “integraciones” que sean necesarias pues como lo ha reiterado la Sala mayoritaria en la nueva legislación el principio de benignidad es totalizador y por tanto abarca todas las posibilidades (sentencia de única instancia del 3 de septiembre de 2001, M.P. Jorge Aníbal Gómez

Gallego).

2. No es cierto, en contra de lo afirmado por la decisión, que cuando se toman las partes más favorables de una norma que describe y castiga un delito se esté construyendo una nueva disposición o *lex tertia*. En este supuesto, con mayor razón se aplica en su integridad el principio de favorabilidad. Y si se quiere entender que se construye una nueva disposición, así habría de ser entendido. Justamente, a la conclusión a la que ha llegado la Sala mayoritaria es la contraria: de cada norma se deben desprender aquellas disposiciones o enunciados que más benefician al procesado, y unirlos en su provecho. Con ello un juez no construye otra norma; simplemente, más allá de disquisiciones puramente teóricas, le da aplicación a la [Constitución Política](#).

3. También se dice que con lo anterior el funcionario judicial se arrogaría funciones de legislador, que competen a otra rama del poder público. Esto tampoco es cierto por varios motivos:

a) Lo mismo haría el funcionario judicial que llena vacíos por ejemplo cuando trabaja con la analogía, los tipos incompletos y las normas en blanco. Y en estos casos, como sucede con la mayoría de los denominados “argumentos interpretativos”, sin duda el funcionario crea derecho. Y esto nadie lo ha reprochado.

b) Si eso constituyera creación de ley, pues habría que admitirlo. El mundo que se vive no está para seguir diciendo que el juez es un mero autómatas, un simple “aplicador” de normas. El juez de ahora –y lo viene haciendo hace muchísimos años– es y tiene que ser un creador de derecho, entre otras cosas porque este es finito, porque el legislador es humano y no sabio y porque las circunstancias y condiciones sociales generalmente van adelante de la ley. En síntesis, cuando un funcionario judicial hace lo que la decisión dice que no debe hacer, se limita a cumplir la Constitución y las leyes y a algo mucho más importante: Más allá de ser un mecanicista, debe entender que le

compete una función social. Y ésta no se realiza con los ojos vendados, ni con una aparente neutralidad, ni con una alejada conducta de lo que es realmente la ley en Colombia.

De los Honorables Señores Magistrados,

Seguro Servidor

Álvaro Orlando Pérez Pinzón