

Proceso No 19006

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

APROBADO ACTA No. 39

Bogotá, D. C., nueve (09) de abril de dos mil dos (2002).

VISTOS

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el defensor del doctor LUIS EDUARDO AYALA CERÓN contra las decisiones dictadas por el Tribunal Superior de Bogotá que negaron la petición de cesar procedimiento por atipicidad de la conducta y por prescripción de la acción penal.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

En anterior oportunidad, la Sala narró los hechos en los siguientes términos:

“Un Fiscal delegado ante los Juzgados Regionales adelantaba un sumario contra IVAN URDINOLA GRAJALES, a quien luego de oírsele en indagatoria se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por los delitos de enriquecimiento ilícito de particular y porte ilegal de arma de fuego”.

“El 11 de diciembre de 1992, a petición del sindicato se realizó audiencia para la terminación anticipada del proceso conforme al inicial artículo 37 del Código de Procedimiento Penal. En ese acto procesal, en el que estuvieron presentes el Ministerio Público, el defensor, la Fiscalía y el acriminado, éste último confesó haber incurrido en otros delitos como tráfico de estupefacientes y concierto para delinquir”.

“El 18 de diciembre de 1992, el Juzgado Regional de conocimiento profirió sentencia aprobando el acuerdo a que llegaron URDINOLA GRAJALES y la Fiscalía, procediendo a condenarlo por los delitos de que tratan los artículos 33 y 38, numeral 3º de la ley 30 de 1986; concierto para delinquir previsto en el artículo 44 ibidem; encubrimiento por receptación del artículo 177 del Código Penal; y, enriquecimiento ilícito consagrado en el decreto 1895 del 24 de agosto de 1989. Se le impuso una pena principal de doscientos diez (210) meses de prisión, la cual quedó reducida a cincuenta y cuatro (54) meses y veinte (20) días, por aplicación de las rebajas por delación, confesión, y terminación anticipada del proceso. Esta última fue equivalente a la sexta parte de la pena total, esto es, treinta y cinco (35) meses de prisión”.

“Al entrar en vigencia la Ley 81 de 1993, que modificó el artículo 37 del estatuto procesal, el defensor de URDINOLA GRAJALES solicitó la libertad por pena cumplida, reclamando la aplicación del principio de favorabilidad para efectos de la rebaja de una sexta parte más, con el argumento de que la nueva figura de la “sentencia anticipada” era equivalente a la “terminación anticipada del proceso” a la que se acogió el sentenciado antes de entrar en vigencia la citada ley”.

“El doctor LUIS EDUARDO AYALA CERON, Juez Regional de esta capital que conocía del proceso a que se ha venido haciendo referencia, con providencia del 12 de mayo de 1994 decretó la libertad inmediata e incondicional de IVAN URDINOLA GRAJALES al reconocerle la rebaja de pena de la tercera parte establecida por el artículo 3º de la ley 81 de 1993, “sentencia anticipada”, disposición que aplicó argumentando que entre la

Fiscalía y URDINOLA no se había dado una “negociación”, por tanto era procedente acceder a lo solicitado con base en el principio de favorabilidad. Esta decisión fue declarada nula por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad con providencia del 13 de mayo de 1994, por falta de competencia de quien la había proferido. Posteriormente, el mismo juez de penas con proveído del 2 de junio de ese año denegó las pretensiones del defensor del condenado, al hallarlas improcedentes.”

Por tales hechos, la fiscalía delegada ante el Tribunal Nacional adelantó investigación contra el doctor AYALA CERÓN y lo convocó a juicio por el delito de prevaricato por acción, providencia confirmada en segunda instancia el 26 de noviembre de 1997. Condenado por el Tribunal Nacional a la pena de 18 meses de prisión por el señalado ilícito, la Corte, al revisar por apelación la sentencia, decretó la nulidad de lo actuado a partir de la resolución acusatoria por error en la calificación jurídica, pues consideró que el tipo imputable era el del artículo 39 de la Ley 30 de 1986.

Así fue nuevamente calificado por un fiscal delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá, mediante resolución que fue confirmada el 10 de enero de 2001 por la Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

Cuando se tramitaba la etapa del juicio, el defensor solicitó la cesación de procedimiento por atipicidad de la conducta, pues el nuevo Código Penal no consagró aquella por la que fue acusado el doctor AYALA CERÓN. Negada la petición el 14 de noviembre de 2001, insistió el defensor en la terminación del proceso pero ahora por prescripción de la acción penal, resuelta también desfavorablemente el 27 de noviembre. Planteado de nuevo el tema en la audiencia pública y recibida otra vez decisión adversa, el profesional que agencia los intereses del procesado interpuso el recurso de apelación que por este auto se desata.

LAS DECISIONES IMPUGNADAS

En la providencia del 14 de noviembre, recuerda el A quo que esta Sala, cuando declaró la nulidad del proceso por error en la calificación jurídica de la conducta, dijo que ésta se subsumía aparentemente en dos tipos penales, el del prevaricato por acción consagrado en el artículo 149 del Código Penal de 1980 y el previsto en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986, sin que pudiera hablarse de concurso porque se trataba de dos normas excluyentes, una de carácter general y la otra especial, privilegiando por ese motivo la aplicación de la segunda.

Concluye el Tribunal que aunque ciertamente la ley especial fue derogada por el nuevo estatuto punitivo, ello no significa que la conducta se hubiere despenalizado como que actualmente corresponde al prevaricato agravado establecido en los artículos 413 y 415 de la Ley 599 de 2000. Cuestión diferente, agrega, es que sea necesario readecuar la conducta, según lo previsto por las nuevas normas procesales para evitar declaratorias de nulidad.

En el auto del 27 de noviembre, el A quo negó la prescripción porque para la fecha en que cobró ejecutoria la resolución de acusación -10 de enero de 2001- no se había cumplido el término de 6 años y 8 meses en que tal fenómeno opera cuando se trata de servidores públicos. Y como ese día se interrumpió el plazo extintivo que entonces debía contarse nuevamente pero sólo hasta el tope de los 5 años, es evidente que la petición no estaba llamada a prosperar.

RAZONES DE LA APELACIÓN

Al iniciarse la audiencia pública, el defensor reiteró los argumentos que ya había expuesto en anteriores memoriales para formular idénticas peticiones, a las que respondió negativamente el Tribunal. Interpuso entonces el recurso de apelación, que sustentó así:

1. Decía la jurisprudencia que el juez podía moverse dentro de distintos tipos penales sin exceder el capítulo ni el título, de manera que si era imprescindible variar uno u otro se debía declarar la nulidad del proceso para efectuar una nueva calificación.

2. Si en este caso la adecuación corresponde al prevaricato, que es un delito contra la administración pública, el bien jurídico es diferente del que protegía la Ley 30 de 1986, que era la salud pública general. En éste la conducta consistía en el favorecimiento personal, en tanto que en aquélla significa la adopción de una resolución manifiestamente contraria a la ley.

3. Acusar por el favorecimiento personal de la Ley 30 y luego condenar por prevaricato porque la ley de la acusación fue derogada, constituye una ruptura antigarantista de la estructura lógico formal del proceso.

4. Contrario a lo que se afirma, el Tribunal está variando la calificación y carece de competencia para hacerlo, como que ello es del resorte exclusivo de la Fiscalía General de la Nación según el numeral 2 del artículo 250 de la [Constitución Política](#). El artículo 404 del Código de Procedimiento Penal también le asigna a la Fiscalía la competencia para variar la calificación en la audiencia, modificación que debe hacerse aun en el evento de que se precise incluir circunstancias que establezcan nuevos límites punitivos.

5. La calificación debe variar en este caso porque el prevaricato no es un accesorio de la Ley 30 de 1986 sino un tipo principal, y porque la punibilidad cambia fundamentalmente, sin que sea admisible negarse a hacerlo porque disminuya la pena, pues el citado artículo 404 también contempla la medida para estos eventos.

6. La imputación fáctica ha sido superada en el nuevo estatuto procesal por la imputación objetiva. Ya no es posible “deslizarse por entre los tipos penales portando el mismo supuesto fáctico como en una procesión, escudriñando tipos penales por todo el

código para ver cuando se acierta en la adecuación típica". Por eso no puede afirmarse que simplemente varió el nomen iuris pero que lo fáctico es igual, de manera que debe variarse la calificación de la conducta y ello debe hacerlo la Fiscalía General de la Nación.

En memorial posterior, oportuno aun para efectos de la sustentación del recurso, agregó sobre la prescripción de la acción penal que su declaratoria es procedente porque si el delito imputado, según la nueva calificación, es el de prevaricato por acción y éste se cometió el 12 de mayo de 1994, el término de 5 años -que constituye la máxima pena prevista en la ley porque le es aplicable el original artículo 149 del Código Penal- se encuentra superado.

POSICIÓN DE LOS NO RECURRENTES

La fiscal delegada se limitó a expresar que compartía plenamente la decisión impugnada y que posteriormente solicitaría la variación de la calificación, en los términos previstos por el numeral 1º. del artículo 404 del Código de Procedimiento Penal.

El agente del Ministerio Público, por su parte, se mostró de acuerdo con los argumentos expuestos por el defensor, pero advirtió que no era esa la situación que se había presentado en este proceso, porque el Tribunal no modificó la calificación, sino que simplemente adujo las razones por las cuales no era procedente declarar la cesación de procedimiento por atipicidad de la conducta ni por prescripción de la acción penal. En consecuencia, solicitó confirmar la decisión impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Varios problemas debe analizar la Corte para desatar adecuadamente el recurso interpuesto: de un lado, si en efecto la conducta por la que se acusó al doctor AYALA CERÓN deviene atípica en virtud de la entrada en vigencia del Código Penal expedido por

la Ley 599 de 2000, y, de otro, si, en el evento de ser negativa la respuesta, es necesario calificar de nuevo el hecho. En este supuesto, sería preciso examinar igualmente los temas de la nulidad del proceso y de la prescripción de la acción penal, planteados por el impugnante.

1. El artículo 39 de la Ley 30 de 1986, frente al nuevo Código Penal.

Estima la Sala, contrario al planteamiento expuesto por el recurrente, que frente al tránsito de legislación lo que debe examinarse no es la eventual denominación que la ley nueva le dé a una conducta, sino si ella conserva o no su calidad de ilícita. Esta es, justamente, la razón por la que el artículo 45 de la Ley 153 de 1887, al referirse a la aplicación que podría tener en materia penal el principio de favorabilidad, señala: “La nueva ley que quita explícita o implícitamente el carácter de delito a un hecho que antes lo tenía, envuelve indulto y rehabilitación”.

Recuérdese que el artículo 39 de la Ley 30 de 1986 disponía:

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

“Si el hecho tuviere lugar por culpa del funcionario o empleado oficial incurrirá en la sanción respectiva, disminuida hasta la mitad”.

La concreta conducta que se le reprochó al procesado en la resolución acusatoria de segunda instancia como transgresora de la citada disposición, consistió en haber procurado la impunidad respecto de IVÁN URDINOLA GRAJALES, condenado

por varios delitos consagrados en la Ley 30 de 1986, mediante la expedición de una providencia manifiestamente ilegal en la que le concedía una sustancial rebaja de pena que le hubiese permitido al sentenciado recuperar de inmediato su libertad incondicional.

Aunque este comportamiento podría corresponder también al prevaricato por acción, ya que la diferencia entre los dos tipos se reducía a la generalidad o especificidad de su contenido, se trataba en realidad de normas excluyentes, lo cual implicaba que en todos los casos relacionados con el tráfico de estupefacientes, dada la coexistencia de ambos, debía aplicarse de preferencia la norma especial sobre la general como, precisamente en este proceso, lo señaló la Sala en el auto del 29 de abril de 1999 que decretó la nulidad por error en la calificación jurídica.

Ahora bien: no obstante que la Ley 599 de 2000 no reprodujo el contenido del artículo 39 de la Ley 30 de 1986, sí consagró en el artículo 413 el prevaricato por acción y en el 415, como circunstancia de agravación punitiva, la realización de la conducta en actuaciones judiciales o administrativas que se adelanten, entre otros, por delitos de narcotráfico.

Así, el hecho consistente en proferir una decisión manifiestamente contraria a la ley para procurar la impunidad a favor de una persona condenada por narcotráfico, no ha perdido el carácter de delito ni la gravedad que el legislador de 1986 le atribuyó, es decir, continúa siendo típico, y tampoco podría reclamarse la no aplicación del artículo 415 por no ser ley preexistente al acto que se imputa, pues la circunstancia que esta norma contempla constituía un elemento del tipo en la anterior legislación, al punto que la pena prevista en el citado artículo 39 oscilaba entre 4 y 12 años de prisión, en tanto que para el prevaricato el artículo 149 Código Penal derogado establecía de 1 a 5 años antes de la modificación introducida por el artículo 28 de la Ley 190 de 1995, y de 3 a 8 con dicha reforma.

Y la presencia en la actual legislación de la conducta definida en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986, es nítida. Basta tener en cuenta que:

a) La comparación de las descripciones permite concluir la exactitud normativa entre la disposición citada del Estatuto de Estupefacientes de la época y las dos normas mencionadas de la Ley 599 de 2000 (artículos 413 y 415). Dicho de otra forma, para la ley aquélla conducta permanece como punible, de donde se desprende que ese fue el querer de la ley.

b) Y también fue el querer del legislador. En efecto, en la Exposición de Motivos que acompañó el proyecto de Código Penal surgido de las entrañas de la Fiscalía General de la Nación, expresamente se dijo sobre el punto: “El artículo 39 de la Ley 30 de 1986 sanciona como delito autónomo con pena de prisión de cuatro a doce años, al servidor público o trabajador oficial encargados de investigar, juzgar o custodiar a personas comprometidas en las conductas punibles de que trata la misma, procure su impunidad, o la ocultación o alteración de los elementos decomisados, o facilite la evasión de la persona capturada o detenida; por constituir en esencia delitos de prevaricato o fuga de presos, fueron incluidas como circunstancias agravantes para cada uno de esos delitos, haciéndose extensiva la conducta a otros delitos que por su gravedad conlleva a imponer una pena superior al servidor público” (destaca la Sala).

En la ponencia para primer debate en el Senado de la República del mismo proyecto de ley, frente a su Capítulo VII (del prevaricato) del Título XV (delitos contra la administración pública) del Libro Segundo del Código Penal, textualmente se dijo lo siguiente respecto de los actuales artículos 413 y 415: “Como innovación se encuentra la disposición que crea una circunstancia específica de agravación punitiva, derivada

de la actuación judicial o administrativa en la que se realiza la conducta prevaricadora, recogién dose no sólo lo contemplado en la Ley 30 de 1986, sino también en la Ley 40 de 1993, sino haciéndose extensiva a otros delitos cuya gravedad exige mayor drasticidad para el servidor estatal” (resalta la Corte).

Y de allí en adelante, tal criterio fue mantenido por el legislador ordinario pues que sin comentario en contra de lo dicho y plasmado siguió su decurso el proyecto, es decir, el tránsito correspondiente al segundo debate en el Senado, los dos correspondientes en la Cámara y, desde luego, lo relacionado con las objeciones presidenciales y la admisión de las mismas por el Congreso de la República. El criterio del legislador, así, es absolutamente nítido.

De otra parte, conviene precisar, para aclarar cabalmente una inquietud expuesta por el señor defensor, que el problema de la sucesión de leyes se predica exclusivamente entre la 30 de 1986 y la 599 de 2000, de manera que no es de recibo la pretensión de retornar a la preceptiva del artículo 149 del anterior código en cuanto resulta ser más favorable, porque ni antes ni ahora esa norma, en sí misma considerada, regulaba el hecho que se le imputa al doctor AYALA CERÓN, amén de que sería imposible pensar en su aplicación ultraactiva porque el hecho imputado al procesado en ningún momento fue realizado bajo su vigencia.

Adviértase que, cometido el hecho el 12 de mayo de 1994, la descripción normativa que recogía con mayor riqueza los elementos fácticos de la conducta, dada su especialidad, era la del artículo 39 de la Ley 30 de 1986, lo que excluía, como ya se dijo, la probabilidad de darle cabida al artículo 149 del estatuto punitivo. Se trataba de un enunciado que reprimía la conducta del servidor público que favoreciera por cualquier medio las actividades relacionadas con el narcotráfico, lo que privilegiaba su aplicación sobre la norma del Código Penal que no incluía este ingrediente del tipo, como tampoco lo incluyen hoy los artículos 413 y 414 de la Ley 599 de 2000 individualmente considerados. Y es que, para

efectos del tránsito legislativo, cada uno de estos preceptos debe examinarse íntimamente relacionado con el 415, de forma que la conducta contemplada por el Estatuto Nacional de Estupefacientes únicamente podría conservar de manera íntegra su carácter ilícito si se le compara con la inescindible unidad que conforman alguno de los mencionados tipos básicos con el subordinado del 415.

Conclúyese lo anterior, obviamente, sin perjuicio del examen de favorabilidad que para el caso concreto debe verificarse, pues la nueva ley redujo la pena corporal en su mínimo y en su máximo, disminuyó el máximo de la interdicción (inhabilitación), suprimió la pérdida del empleo y creó la pena pecuniaria.

Finalmente, debe destacarse la equivocación del impugnante en lo que toca con la supuesta falta de correspondencia entre los bienes jurídicos involucrados en aquellas normas, pues a pesar de que el artículo 39 hacía parte de una ley que esencialmente pretendía preservar la salubridad pública y también era ese el propósito de la disposición, fácilmente se colige que se trata de un tipo pluriofensivo como que de su contenido se infiere con claridad el insoslayable propósito tutelar respecto de la administración pública que persigue, mediante la represión de ilícitas conductas asumidas por servidores públicos, su actuación ceñida a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que le atribuye el artículo 209 de la Carta, interés jurídico que también pretende proteger el legislador en los artículos 413 y 415 del Código Penal vigente.

Siendo así el asunto, no es predicable la atipicidad objetiva que se perseguía por la defensa.

2. Incidencia en la calificación de la conducta de la variación legal del nomen iuris. Nulidad y prescripción.

Determinado que los elementos constitutivos del tipo previsto en el artículo 39 de la

Ley 30 de 1986 se consagraron íntegramente en la unidad conformada por los artículos 413 y 415 de la Ley 599 de 2000, el hecho de que la ley sobreviniente hubiere cambiado la denominación no implicaba que debía variarse la calificación, como que simplemente el proceso habría de continuar su trámite por la supuesta transgresión de las normas que ahora recogen la conducta que se le imputó al procesado en la resolución de acusación.

Por ello la Corte, previendo sucesos como el ahora estudiado, ya adelantó su postura, con estas palabras: “Frente al fenómeno de la sucesión de leyes en el tiempo, si la conducta sigue siendo delito en la nueva legislación, pero cambia el nomen iuris, no es necesario variar la calificación, pues ésta sólo puede serlo cuando se incurrió en error al proferir el pliego de cargos, o por prueba sobreviniente, y aquí la calificación dada fue correcta, al tenor de la ley entonces vigente, sino que, simplemente, la adecuación típica del comportamiento se modificó en la nueva ley”.

“Por lo tanto, ninguna afectación habría al principio de congruencia, a la estructura del proceso o al derecho de defensa, si la conducta se calificó, en la resolución de acusación, con la denominación jurídica de la anterior legislación y la sentencia se dicta con la de la nueva normatividad, desde luego que respetando el principio de favorabilidad”¹.

De todas maneras, el hecho de que inmediatamente después de haberse interpuesto el recurso de apelación dentro de la audiencia pública la fiscal delegada solicitara modificar la calificación para adecuarla al tipo del prevaricato, y el Tribunal hubiere observado el trámite que para el efecto consagra el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal, para nada incide en la validez del proceso, a pesar de que en estricto sentido, según el tenor literal de la citada norma, tal variación sólo podrá hacerla el Fiscal General de la Nación o su delegado cuando -como ya se dijo-se presente “error

en la calificación o prueba sobreviniente respecto de un elemento básico estructural del tipo, forma de participación o imputación subjetiva, desconocimiento de una circunstancia atenuante o reconocimiento de una agravante que modifiquen los límites punitivos”, eventos de error o de prueba nueva que ciertamente no ocurrieron en este caso, como que la modificación fue introducida por la ley y alcanza únicamente al nomen iuris.

Súmese a lo anterior que tampoco procedería la variación porque la nueva legislación no agravaría la situación del procesado y los hechos, el factum investigado y que se juzga, son los mismos tanto respecto de la Ley 30 de 1986 como de cara a los artículos 413 y 415 actuales -incluso con independencia de la convergencia o no del bien jurídico-circunstancia que, por lo demás, no ha sido desconocida por la defensa; y si se trata del mismo comportamiento -bastante debatido dentro del proceso por los sujetos procesales- en parte alguna resultarían menguadas ni la defensa material ni la técnica o letrada².

Por lo demás, este cambio no afectaba la indispensable congruencia entre la sentencia y la acusación, como que en todo caso el juez debía resolver limitado por los hechos imputados en el vocatorio a juicio, supuestos fácticos que igualmente determinarán el contenido material de la defensa.

Con todo, para que se reforme la calificación no es necesaria la previa declaratoria de nulidad de la actuación, como parece entenderlo la defensa, pues la norma procesal sólo prevé la adopción de tan extrema solución cuando el fiscal no admite variar la calificación a solicitud del juez, caso en el cual éste “podrá decretar la nulidad de la resolución de acusación” (inciso 2º. del numeral 2º. del artículo 404 del Código de Procedimiento Penal).

Finalmente, con relación a la prescripción de la acción penal alegada por el

defensor, aclarado que los artículos 413 y 415 del Código Penal son las normas llamadas a regir el proceso, para determinar el plazo extintivo se debe incrementar la pena máxima de 10 años y 8 meses en una tercera parte por tratarse de servidor público, para un total de 14.22 años en la instrucción y 7.11 años a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación. Realizada la conducta el 12 de mayo de 1994, es evidente que el 10 de enero de 2001 -fecha de ejecutoria de la acusación- no se había superado el primer término y que el segundo apenas empezó a correr en esa fecha.

Y la conclusión sería la misma si, por acaso, se creyera en la aplicabilidad del artículo 39 de la Ley 30 de 1986 pues que en la instrucción surgiría la prescripción a los 16 años y en el juicio a los 8.

En consecuencia, se confirmarán las decisiones impugnadas.

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

RESUELVE

CONFIRMAR las decisiones del Tribunal Superior de Bogotá que negaron las peticiones de cesar procedimiento por atipicidad de la conducta y por prescripción de la acción penal.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

ALVARO ORLANDO PÉREZ ZPINZÓN

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

CARLOS A. GÁLVEZ

ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria