

Proceso No 19081

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

Aprobado en Acta No. 051

Bogotá, D. C., veintidós (22) de junio de dos mil cinco (2005)

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el procesado HERNEY MONCAYO VÉLEZ contra la sentencia emitida el 3 de octubre de 2001, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, mediante la cual lo condenó, en su condición de Personero Delgado I en lo Penal de Palmira, a la pena de 36 meses de prisión y 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa por el delito de concusión, en grado de tentativa.

I ANTECEDENTES FÁCTICO PROCESALES

1. HECHOS

1. ELDER MARINO UMAÑA fue investigado por la Fiscalía 141 Seccional de la ciudad de Palmira por el homicidio, mediante arma de fuego, de que fue víctima su sobrino, Julián René Rengifo Umaña, despacho que en resolución del 9 de junio de 1998 dispuso la preclusión de la investigación, concediéndole la libertad provisional, al

reconocer que había actuado en legítima defensa.

1.2. HERNEY MONCAYO VÉLEZ se desempeñaba como Personero Delegado I en lo Penal, Vigilancia Judicial y de Policía desde el 1º de enero de 1998 ante la Fiscalía 141 Delegada, según Resolución No.001 del 5 de enero de 1998, motivo por el cual se notificó de la preclusión de la investigación el 12 de junio, decisión que cobró ejecutoria el 18 de junio al no interponerse recurso alguno.

1.3. El domingo 14 de junio, aproximadamente las 10 de la noche, Carlos Alberto Cifuentes González se presentó en el domicilio de ELDER MARINO UMAÑA, acompañado de una sobrina de éste, para informarle que se pusiera en contacto con la Personería, dejándole un número de celular para tal efecto.

1.4. El 16 de junio, ELDER MARINO UMAÑA le informó telefónicamente a su defensor lo acontecido y éste a la hija de aquel, Elizabeth Umaña, conocida del doctor Antonio Zea Rumaña, Fiscal de Palmira, funcionario que le comunicó este hecho al Fiscal Coordinador de Palmira, y éste, el día 18, se presentó en el domicilio de ELDER MARINO UMAÑA para insinuarle que formulara la correspondiente denuncia, indicando que, al parecer, se trataba de un soborno.

1.5. El mismo día 18, el Fiscal Coordinador avocó el conocimiento de la denuncia, efectivamente colocada, y dispuso la apertura de la indagación preliminar para la practica de varias declaraciones, dejando constancia de la información telefónica suministrada por María Helena Umaña, hermana del sindicado ELDER MARINO, a quien un tercero le habría indicado que se pretendía colaborarle en un asunto de homicidio y que debía hablar con el Personero. Además, comisionó a la Unidad de Apoyo de la Policía Nacional para que mediante labores de inteligencia contactaran al tercero, conocido como “Alberto N”.

Para el cumplimiento de la misión de trabajo, el Jefe de la SIJIN designó un agente

encubierto, Edwin Hidalgo Fajardo, quien simulando ser hijo del denunciante, entró en contacto con “Alberto N.” y éste, a su vez, ofreció presentarlo ante el Personero Delegado, doctor HERNEY MONCAYO VÉLEZ, a quien debía ofrecerle dinero, según instrucciones del mismo Fiscal Coordinador y del Jefe de la SIJIN.

1.6. El agente encubierto acudió con “Alberto N.” a las instalaciones de la Personería, y se presentó ante el Personero como hijo de ELDER MARINO UMAÑA, ofreciéndole dos millones de pesos para que no apelara la resolución de preclusión que se había proferido a favor de ELDER MARINO, ofrecimiento que el Personero se negó inicialmente a recibir, aduciendo su condición de funcionario y el tiempo de servicio (18 años). La oferta se elevó luego a 3 millones de pesos, mediante acuerdo que se concretó telefónicamente, en horas de la noche.

1.7. El funcionario, HERNEY MONCAYO VÉLEZ, fue llamado en dos oportunidades por el agente de policía, que oficiaba como agente encubierto, para definir la entrega del dinero la misma noche del 18 de junio, oferta que aceptó el procesado, entonces, en el momento en que se disponía a recibir la suma de dinero representada en recortes de periódico y dos billetes de 10 mil pesos, se produjo su captura.

1.8. En horas de la mañana, el Personero MONCAYO VÉLEZ, había solicitado al Secretario de la Fiscalía el cuaderno original del proceso seguido contra ELDER MARINO UMAÑA por el delito de homicidio, para su estudio, actuación que fue hallada sobre el escritorio de la oficina en la inspección judicial realizada el siguiente 19 de junio, al igual que 19 procesos mas por diferentes ilícitos.

1.9. El 19 de junio, el Fiscal 104 Seccional, que a la vez cumplía funciones de Fiscal Coordinador, ordenó la apertura de la investigación en contra de HERNEY MONCAYO VÉLEZ y, una vez acreditada su calidad de Personero dispuso el envío de las diligencias a la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali.

1.10. El tercero que intervino en el asunto se presentó ante la Fiscalía y se identificó como Carlos Arturo Cifuentes González, quien fue reseñado por orden del Fiscal.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

2.1. La Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali recepcionó la indagatoria al doctor HERNEY MONCAYO VÉLEZ el 19 de junio de 1998 y el 24 siguiente decretó su detención preventiva como presunto responsable del delito de concusión, medida que fue sustituida por detención domiciliaria.

2.2. En la diligencia de indagatoria (fl. 100 c.o.1) HERNEY MONCAYO VÉLEZ explicó que el 18 de junio fue abordado en su oficina por una persona que afirmó ser hijo de ELMER MARINO UMAÑA, que se habían enterado que él iba a apelar la preclusión de la investigación ordenada en su favor y por lo tanto, solicitaba su colaboración, ya que no entendía de términos jurídicos por lo que le explicó las alcances de ese recurso, le insistió en que les colaborara y la familia podía retribuirlo con dos millones de pesos y luego le ofreció tres millones, pidiéndole un número telefónico para comunicarse después para que le explicara la situación a su hermana.

Que horas mas tarde, fue llamado por el supuesto hijo de ELMER MARINO UMAÑA , cuando ya la providencia estaba ejecutoriada, citándolo en una cafetería para entregarle el dinero y que él le diera la apelación, que su esposa le aconsejó presentarse en el lugar para establecer lo que el sujeto quería y que acudió al lugar en un carro prestado, vio solo al presunto hijo del señor UMAÑA, por lo que dio una vuelta al lugar y se le acercó, pitándole, y cuando se subió al carro le dijo que aquí estaba el encargo, llevaba una tula, momento en el cual fue capturado.

2.3. El 25 de agosto de 1998 fue clausurada la investigación y el 9 de octubre siguiente, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali profirió resolución de acusación (fl. 366 c.o.1) en contra del doctor HERNEY MONCAYO VÉLEZ por

el delito de concusión con circunstancias de agravación artículo 66-11, previsto en el Título III, Capítulo II, Libro II del Código Penal, genéricamente denominado como delito contra la Administración Pública, modificado por el artículo 21 de la ley 190 de 1995, la que cobró ejecutoria el 23 de octubre de 1998.

3. LA ACUSACIÓN

Una vez dilucidado por la Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de Cali que la tipificación de la conducta investigada correspondía a concusión y no a cohecho impropio, ya que, supuestamente, motivó a la familia de ELDER MARINO UMAÑA a entrar en contacto con la Personería, de acuerdo con un plan premeditado por el doctor HERNEY MONCAYO VÉLEZ, Personero Delegado, quien tenía el proceso adelantado en su contra por el delito de homicidio en su poder y exigió la suma de \$3.000.000 para no interponer el recurso de apelación contra la decisión que precluyó la investigación, hecho que al ser denunciado permitió la intervención del aparato jurisdiccional para ordenar las pesquisas pertinentes, que permitieron su captura en flagrancia cuando se disponía a recibir la suma exigida.

La Fiscalía no acogió las explicaciones del sindicado cuando señala que el dinero le fue ofrecido por un tercero, quien se hizo pasar por hijo del señor ELVER MARINO UMAÑA para que no interpusiera recurso de apelación, afirmación que, se indica, tratan de corroborar sin éxito varios de los testigos, en virtud a que esa persona carecía de conocimientos jurídicos que le permitieran prever los alcances del recurso de apelación. Por el contrario, encuentra que fue a iniciativa del tercero que el agente encubierto se presentó para verificar el interés del funcionario, y éste no dudó en hacerle ver la incidencia que tendría la apelación, aludiendo a una posible pena por considerar que no estaba acreditada la legítima defensa, para llevarlo a discutir sobre el precio.

Luego, pese a que no se haya demostrado la existencia de una relación directa entre el

Personero Delegado y la persona que buscó a ELDER MARINO UMAÑA, al negar los testigos y el sindicato su existencia, la misma se colige de otros elementos de juicio: hallar en su poder el cuaderno original del proceso que constituyó el pretexto para que la familia se viera comprometida a entrar en contacto con la Personería, la existencia de un plan previamente concertado para exigir dinero a cambio de no interponer el recurso de apelación, la familia Umaña no tenía conocimiento sobre el alcance de la decisión judicial a la que tuvo acceso por el funcionario involucrado, la aprehensión en flagrancia y el esfuerzo posterior de los familiares y testigos de ELDER MARINO UMAÑA para restarle importancia a los hechos que ya él había denunciado.

La Fiscalía concluye que el procesado debe responder por el delito de concusión, ya que no sólo existió el constreñimiento mediante el abuso del cargo y de sus funciones, sino que la prestación exigida era jurídicamente indebida, de tal manera que al valerse del cargo que ocupaba como Delegado del Ministerio Público para hacer una exigencia de orden patrimonial a ELDER MARINO UMAÑA le es atribuible la circunstancia de agravación prevista en el artículo 66-11 del Código Penal.

4. SENTENCIA RECURRIDA

El 3 de octubre de 2001, la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, al que la Corte le asignó la competencia para decidir este proceso, condenó a HERNEY MONCAYO VÉLEZ, Personero Delegado I en lo Penal, a la pena principal de: 36 meses de prisión y 25 salarios mínimos legales mensuales como autor del delito de concusión en grado de tentativa, y a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal. Además, le concedió la libertad provisional por llevar detenido un tiempo superior a la pena impuesta.

El Tribunal encontró acreditada la calidad de Personero Delegado con el acta de posesión y la constancia emitida sobre su desempeño como Agente del Ministerio Público en los

asuntos de competencia de los Fiscales Delegados ante los Juzgados Penales del Circuito como representante de los intereses de la sociedad, labor en desarrollo de la cual se notificó el 12 de junio de 1998 de la resolución mediante la cual la Fiscalía 141 Seccional dispuso la preclusión de la investigación que se adelantaba en contra de Elder Marino Umaña Andrade por el delito de homicidio, la que cobró ejecutoria el 18 de ese mismo mes, fecha en la cual solicitó a la Secretaría de la Fiscalía el proceso para su estudio.

Se afirma que la imputación partió del hecho de que Carlos Alberto Cifuentes se presentó en la residencia de Umaña Andrade, quien se negó a salir cuando le dijeron que le tenían una razón de la Personería, pues se enteró que “era como una especie de soborno para no apelar yo no se qué”. Soborno que, según el Tribunal, se demostró en la investigación, y que el denunciante pretendió acomodar la situación para disuadir la atención de la justicia afirmando que no denunció a persona alguna y que el señalamiento del presunto soborno fue obra de “quienes hicieron la declaración”, retractación que no destruye el dicho inicial, pues lo que se advierte es el ánimo de favorecimiento hacia la persona privada de la libertad.

Se señala que al haberle recibido el Fiscal la denuncia en la residencia a ELDER MARINO UMAÑA le permitió percibir el estado de ánimo de la víctima, a consecuencia del constreñimiento por el anuncio del potencial daño en su libertad, hecho que generó una “preocupación”, en tal grado, que el funcionario se puso en contacto con miembros de la autoridad, seleccionando a Edwin Hidalgo Fajardo para que se entrevistara directamente con el Personero.

Resalta el hecho de que al presentarse ante el Personero como hijo de ELDER MARINO UMAÑA, aquel se hubiera preocupado de constatar si era la persona procesada por el delito de homicidio.

No le da credibilidad a la explicación que ofreció Carlos Alberto Cifuentes, relativa

a que había entrado en contacto con Nelly Umaña, madre del joven muerto, quien le había pedido averiguar por el caso de su hermano, pues dejó el número del celular para que lo contactaran porque ya sabía quién los podía ayudar en la Personería, ya que condujo inmediatamente al presunto hijo del denunciante a la oficina del doctor Moncayo con los resultados conocidos. Es decir, que la familia Umaña no buscó ayuda de la Personería, al no tener motivos para acudir al aparato judicial.

De estos elementos de juicio, el Tribunal colige la existencia de un plan para constreñir al recién liberado por el delito de homicidio para dar al Personero dinero o cualquier utilidad, circunstancia que deduce de la propia voz del señor ELDER MARINO UMAÑA, al afirmar en la denuncia que entendía que era víctima de un soborno para que no se interpusiera el recurso de apelación contra la decisión de precluir la investigación.

Constreñimiento que, en criterio de la primera instancia, partió del procesado, porque Carlos Alberto Cifuentes después de buscar al señor Umaña y contactarse con el supuesto hijo se dirigió directamente a la oficina del doctor Herney Moncayo Vélez, actos que constituyen una unidad y que obedecieron a la intención idónea e inequívocamente dirigida a constreñir y que tiene relación de causalidad con el temor que sintió el denunciante y la potencial desprotección de sus bienes, sin que se haya concretado el soborno al no entrevistarse con el Personero.

El Tribunal sostiene que no obstante que los medios utilizados aparentemente no envolvían coacción, ELDER MARINO UMAÑA se sintió intimidado y temeroso, hasta el punto que informó del hecho a su defensor por el temor de volver a la Cárcel, porque ese era su entender cuando habló de “soborno”, intención delictiva que se ratificó con el diálogo que sostuvo con el agente encubierto que correspondió a una trampa tendida por las autoridades.

Concluye señalando que la conducta de HERNEY MONCAYO VÉLEZ demuestra la

existencia del inicio de la ejecución inequívoca e idónea del constreñimiento desplegado hacia el señor UMAÑA, porque la razón enviada a través del tercero se tradujo en manifestaciones que generaron intimidación o amenaza. Actitud que entiende corroborada por la intervención de Carlos Alberto Cifuentes, quien. Asegura el a quo, actuó por instrucciones suyas, situación que se reafirma por la circunstancia de haber pedido el expediente.

Luego, el comportamiento de MONCAYO VÉLEZ se ubica fuera de los parámetros de la Constitución y la ley, contraría el valor de honestidad que el grupo social considera relevante al pretender sobornar, por lo tanto, no preservó la buena imagen de la administración pública al obrar de forma incorrecta abusando de su cargo para incurrir en el delito de concusión, comportamiento que ejecutó de manera consciente y voluntaria, es decir, con dolo.

Frente al episodio generado a raíz de la intervención del agente encubierto, el Tribunal considera que fue una situación ficticia, preparada por las autoridades en contra del procesado, pero sin que su comportamiento haya colocado en peligro los bienes jurídicos protegidos por la ley.

5. ARGUMENTOS DEL APELANTE

El procesado, en la sustentación del recurso de apelación, advierte una serie de inconsistencias entre las conclusiones y la decisión del Tribunal Superior de Buga pese a lo cual lo condenó. Señala que no obstante aceptar que quien contactó a Carlos Alberto Cifuentes para que visitara a ELDER MARINO UMAÑA fue su hermana Nelly Umaña y su hija Lorena, y luego de realizar algunas gestiones condujo al supuesto hijo de ELDER UMAÑA a la Personería Municipal, daba a entender que esa entrevista estaba acordada con él, cuando la verdad procesal refleja que fue el agente Hidalgo Fajardo quien lo contactó para ir a hablar con él en la Personería.

Afirma que está probado que el patrullero Hidalgo Fajardo se hizo pasar como hijo del señor UMAÑA pidiéndole que la ayudara con el proceso no apelando la preclusión, por lo que se mostró extrañado, explicando Carlos Alberto Cifuentes, que un amigo le había contado que él tenía el proceso, sin que la Fiscalía haya tratado de establecer quien era "William", con lo cual no se demuestra la relación causal entre Carlos Alberto y él.

Que como está probado que no hubo ningún contacto ni directo ni indirecto entre el hoy procesado y ELDER MARINO UMAÑA, requisito necesario según el Tribunal para prometer o dar algo indebido, no pudo haber constreñimiento y no podía haberlo ya que el nunca se entrevistó con el entonces procesado, por lo que nunca existió el miedo al poder público, indispensable para que se estructure el delito de concusión, el que debe expresarse mediante un comportamiento desplegado en forma directa o indirecta por quien esté investido de la calidad de funcionario público, el que no está demostrado en este caso.

La noticia transmitida por el tercero al señor Umaña ninguna trascendencia tuvo para éste, tal como lo expresa el salvamento de voto y según se colige de la denuncia y la posterior ampliación, pues ni siquiera el presunto afectado quiso enterarse de los motivos de la visita del tercero, no es cierto que el origen de la razón se le pueda atribuir, pues no se demostró que tuviera alguna relación con Carlos Alberto Cifuentes, como se reconoce en la acusación emitida por la Fiscalía Delegada.

Sostiene que no se estructuró el hecho punible que se le atribuye, por cuanto nunca se entrevistó Carlos Alberto Cifuentes ni con ELDER MARINO UMAÑA y la sola presencia de éste en su residencia no podía generarle temor, según lo afirma el magistrado disidente cuando resalta las expresiones en la diligencia de ampliación de denuncia que niegan dicho temor, al indicar que "en ningún momento sentí temor de nada, ni a mi nadie me ha pedido dinero, ni nada de esas cosas.", quedando comprobado que la

conducta investigada no corresponde a la prevista en el artículo 140 del Código Penal.

Afirma que al reconocer el Tribunal que se trató de un delito provocado, por estar de por medio un agente encubierto, no se puso en peligro el bien jurídico protegido por el legislador en el diálogo que sostuvo con Hidalgo Fajardo, quien no tenía vínculo familiar alguno con el señor ELDER MARINO UMAÑA, luego el delito no tuvo estructuración, pues de acuerdo con reconocidos tratadistas en tales eventos el bien jurídico recibe una especial protección no viéndose expuesto en momento alguno, al no lograr el provocado ponerlo en peligro ni afectarlo. Por consiguiente, solicita que se revoque la sentencia y se le absuelva.

II CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. COMPETENCIA

Teniendo en cuenta que la sentencia impugnada fue proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali en el proceso que adelantado contra el Personero Delegado en lo Penal por hechos relacionados con el ejercicio del cargo, la Corte es competente para desatar la alzada, de conformidad con el artículo 75, numeral 3º, del Código de Procedimiento Penal.

De otra parte, atendiendo el principio de limitación que rige este recurso ordinario previsto por el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal vigente para el momento en que se profirió la sentencia impugnada, reiterado por el artículo 204 de la Ley 600 de 2000, debe precisarse que la Corte sólo tiene competencia para revisar los aspectos objeto de impugnación y aquellos que inescindiblemente resulten vinculados al recurso, en consideración a la calidad de apelante único del procesado.

2. PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

El objeto de debate en este asunto se centra en establecer si el comportamiento del doctor HERNEY MONCAYO VÉLEZ, en su condición de Personero Delegado I, Vigilancia Judicial y de Policía en lo Penal, cargo que ejercía desde el 1º de enero de 1998, está incurso en el delito de concusión, cuando actuando como Personero Delegado ante la Fiscalía 141 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Palmira, aceptó el ofrecimiento de dinero de un policía encubierto, quien se hizo pasar como hijo de ELDER MARINO UMAÑA para que no interpusiera el recurso de apelación contra la resolución que le precluía en su favor la investigación iniciada por homicidio, luego de que la familia del procesado hubiera sido contactada por Carlos Alberto Cifuentes y éste hubiese presentado al agente con el funcionario.

Para la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali, la conducta del Personero Delegado desconoce abiertamente la previsión legal contenida en el artículo 140 del Código Penal, por cuanto, presume que intervino a través del tercero para hacerle saber al procesado ELDER MARINO UMAÑA, quien había obtenido la libertad días antes, que debía acercarse a la Personería Delegada, lo que le habría generado en el denunciante el temor de que el funcionario público interviniera y perdiera la libertad, circunstancia que reafirma el hecho de que el mismo día que cobraba ejecutoria la decisión de precluir la investigación haya solicitado el proceso en cuestión y exigido al agente encubierto la entrega de tres millones de pesos, los cuales recibía cuando fue capturado.

A su vez el Tribunal consideró que por la naturaleza de los verbos rectores -constreñir, inducir o solicitar- el momento consumativo se presenta en el instante en que se accede a la exigencia o solicitud y que, siendo evidente que ELDER MARINO UMAÑA no ofreció ni se obligó a dar dinero o cualquier otra utilidad indebidos, el hecho punible se quedó en la tentativa. Además, la intervención del agente encubierto dio lugar al comportamiento posterior del funcionario, sin que su proceder hubiere puesto en peligro los bienes jurídicos protegidos por la ley.

De otra parte, el procesado ha cuestionado la imputación al no encontrarse demostrado que el haya motivado la intervención del tercero, dando lugar a lo sumo al delito de cohecho por haber aceptado el ofrecimiento del agente encubierto.

1. ASPECTO OBJETIVO DEL DELITO DE CONCUSIÓN

El doctor HERNEY MONCAYO VÉLEZ, Personero Delegado ante la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Palmira, fue acusado del delito de concusión por constreñimiento, previsto en el artículo 140 del Código Penal, modificado por el artículo 21 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 más benignas que el artículo 404 de la ley 600 de 2000

El delito de concusión se ha considerado como un abuso de autoridad específico, cometido por quien ostenta la calidad de funcionario público que genera en la víctima un temor que lo compele a prometer o a dar algo a lo que no está obligado. Su comisión puede darse a través de dos formas: mediante el abuso del cargo o de la función, esto es, cuando el sujeto activo se aprovecha de la calidad o investidura que se le ha confiado y en tal virtud realiza actos ajenos a su competencia en el primer caso, o cuando actúa dentro del ámbito de su competencia, pero de manera contraria a sus deberes en el segundo evento.

Los elementos que estructuran la conducta punible son: a. La calidad de servidor público del sujeto activo, b. El abuso del cargo o de la función, c. La realización de actos de constreñimiento, inducción o de solicitud dirigidos a obtener dinero u otra utilidad de un tercero, ya sea para sí o para otro, y d. La existencia de una relación de causalidad entre el acto del funcionario y la promesa de dar o la entrega del dinero o de la utilidad indebida.

El servidor público puede incurrir en el delito de concusión cuando realice cualquiera de las conductas que en forma alternativa establece el tipo penal, es decir, al constreñir, inducir o solicitar una prestación o utilidad indebidas. Verbos rectores que significan, constreñir: obligar, precisar, compeler por la fuerza a alguien a que haga y ejecute alguna cosa; inducir: instigar, persuadir, mover a uno; y solicitar: pretender, pedir o buscar una cosa con diligencia y cuidado.

Todas ellas encaminadas de acuerdo con su sentido naturalístico a obtener algo, pero que orientadas hacia la construcción de la conducta del servidor público considerada como reprochable, corresponden a los actos que despliegue el funcionario para obligar, instigar, mover a alguien a entregar o dar algo que no debe, en virtud del temor que genera la investidura del servidor público en la persona sobre la que recae la conducta.

3. EL ASUNTO OBJETO DE RECURSO

3.1. La calidad de servidor público del procesado HERNEY MONCAYO VÉLEZ se encuentra debidamente acreditada con la copia de la Resolución No. 295 del 30 de diciembre de 1997, mediante la cual el Personero Municipal de Palmira designa al doctor Herney Moncayo Vélez como Personero Delegado I en lo Penal, Judicial y de Policía, el acta de posesión del 1º de enero de 1998, investidura que desempeñaba para la fecha de los hechos de acuerdo con la constancia expedida por el Secretario General de la entidad el 19 de junio de 1998, y según la cual ejercía las funciones de Ministerio Público a que se refiere la ley 136 de 1994 y el artículo 131 A del Código de Procedimiento Penal, es decir, que cumplía funciones de Ministerio Público en los asuntos de competencia de los juzgados penales municipales y promiscuos municipales y de los fiscales delegados ante los jueces penales del circuito, de conformidad con la Resolución No. 01 del 5 de enero de 1998 del Personero Municipal que lo asigna a las Fiscalías 141 y 144.

3.2. De acuerdo con lo puntualizado precedentemente, la conducta del funcionario acusado que se califica como transgresora del bien jurídico de la administración pública, se hace consistir en el constreñimiento que habría ejercido sobre el denunciante para que le diera una suma de dinero a cambio de no interponer el recurso de apelación contra la resolución proferida por la Fiscalía 141 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Palmira que precluía la investigación por el delito de homicidio con fundamento en el reconocimiento de la legítima defensa, acudiendo, para tal efecto, a un tercero que lo habría buscado en su domicilio para que se contactara con la Personería a su cargo.

Ninguna discusión se presenta en torno a que, ese tercero, Carlos Alberto Cifuentes González, se hubiera presentado la noche del 14 de junio de 1998 en el domicilio del entonces procesado ELDER MARINO UMAÑA, acompañado de una sobrina de éste, hija adoptiva de la madre de la víctima del homicidio del que fuera sindicado el aquí denunciante.

Afirmación que se deriva no sólo del contenido de la denuncia en la que se refiere tal circunstancia, sino porque la misma joven Ingrid Lorena Leal lo indica al rendir declaración ante la Fiscalía 104 Delegada y el tercero, Carlos Alberto Cifuentes, lo reconoce en el testimonio que rindió ante el Fiscal Seccional.

Los cuestionamientos sobre tal hecho se presentan alrededor de las circunstancias que generaron su presencia en ese lugar, es decir, en establecer cual fue el motivo y la finalidad perseguida al acudir al domicilio del señor ELDER MARINO UMAÑA y dejarle razón de que lo buscaban de la Personería, para lo cual le dejó el número de su celular.

Puede afirmarse, sin equívocos, que dicha búsqueda no corresponde a un mecanismo ordinario ni oficial de la Personería, menos aún cuando se utiliza a un tercero que es ajeno por completo a la entidad, pero que conocía el papel que cumplía la Personería a través de sus delegados en los procesos a cargo de la Fiscalía Seccional y del problema

que afrontaba ELDER MARINO UMAÑA, no de otra forma se explica que lo haya buscado en su residencia.

Es así como el propio Carlos Alberto Cifuentes reconoce que conocía de la investigación penal que la Fiscalía adelantaba en contra de ELDER MARINO UMAÑA por la muerte de su sobrino y que había obtenido recientemente la libertad. No obstante, lo que se pretendió dilucidar a través de esta investigación fue la finalidad que perseguía tal visita y de qué persona partía el interés.

Las primeras indagaciones efectuadas por la Fiscalía Delegada indican que Carlos Alberto Cifuentes se presentó inicialmente en el domicilio de la madre del occiso, y que su hija adoptiva, Ingrid Lorena Leal, lo atendió, manifestándole que estaba interesado en hablar con ELDER MARINO UMAÑA porque le traía la razón de un tercero, ya que él no era el directamente interesado, pero que en todo caso le convenía hablar con alguien en la Personería. Ante tal manifestación la joven lo condujo hasta la residencia de su tío quien se negó a atenderlo, dejándole el mensaje y un número de celular con un sacerdote que estaba de visita.

Posteriormente, al ser escuchado en declaración, Carlos Alberto Cifuentes reconoce que fue a la residencia del señor ELDER MARÍN UMAÑA, pero no da una explicación que resulte convincente del todo sobre el motivo de la visita. Señala que obedeció a la solicitud de Nelly Umaña, con quien lo une una antigua amistad generada por razones de vecindario y de actividad política, quien le habría pedido que averiguara sobre el curso del proceso, como en efecto procedió, de tal manera que al obtener la información se presentó en la casa de Nelly Umaña, y ésta le pidió que hablara directamente con el hermano, sin éxito, por lo que le dejó el número del celular, en el que fue buscado por la hija de aquel.

La versión de Carlos Alberto Cifuentes es corroborada en estos aspectos por Nelly Umaña,

hermana del denunciante y madre del occiso, cuando afirma que son conocidos por razones de vecindario y de trabajo político, y que justamente le había solicitado averiguara por el curso del proceso que se seguía contra su hermano para evitar que volviera a ser privado de la libertad y que cuando la obtuvo le insistió para que directamente le contara, ya que desde la muerte de su hijo no se trataban, razón por la cual le pidió a su hija que lo acompañara, sin que jamás se haya aludido a exigencia alguna de dinero por la no interposición del recurso de apelación.

Sin embargo, esta versión no corresponde totalmente con las afirmaciones que hizo Ingrid Lorena Leal en el inicio de la indagación preliminar, ya que no alude a la intermediación de su madre adoptiva en la visita que hizo Carlos Alberto Cifuentes, ni que ésta le hubiese pedido que lo llevara hasta la residencia de ELDER MARINO UMAÑA, sino que, motivada por el interés que demostraba en hablar con su tío y los beneficios que le reportaría, accedió a acompañarlo, sin que en todo caso hubiese aludido a exigencia alguna de dinero, a la que ninguna de los testigos refiere haber escuchado en aquella visita.

De igual manera, ni en la denuncia ni en la posterior ampliación que hiciera ELDER MARINO UMAÑA se alude a que hubiera recibido exigencia alguna, por el contrario, relata de manera escueta que Carlos Alberto Cifuentes había indicado que “vengo de parte de la Personería y necesito hablar con el personalmente” y le dejó un número de celular cuando el se negó a salir, siendo enfático en afirmar en el curso de la ampliación que no había recibido ninguna exigencia de la persona que estaba detenida y que si se hablaba de un presunto soborno, eso había sido una afirmación que provenía del Fiscal que adelantó la diligencia.

Por consiguiente, debe determinarse si dicha visita y el contexto en el que se realizó constituyen actos idóneos e indicativos de la supuesta pretensión del procesado, de, concretamente, demostrar con aquella insólita visita su propósito de vulnerar la

voluntad del denunciante hasta el punto de intimidarlo, con el ánimo de obtener una prestación indebida, y de otra parte, si se encuentra debidamente acreditado que el procesado fue el determinador de la visita realizada por el tercero, Cifuentes.

En cuanto hace referencia a la capacidad de constreñimiento que se pudiera desprender de la visita realizada por Carlos Alberto Cifuentes, la Sala advierte que la Fiscalía Delegada y el propio fallador dan por entendido que su propósito era el de exigir una suma de dinero a cambio de la no interposición del recurso de apelación contra la resolución que precluyó la investigación que se adelantaba en su contra y ello explica los actos posteriores realizados por la Fiscalía, la cual, una vez recibió el aviso de la posible comisión de un hecho atentatorio contra la administración pública desplegó su actividad para verificar su ocurrencia, hasta el punto que el Fiscal investigador y quien ostentaba la calidad de Coordinador no vaciló en instruir al agente de policía Edwin Hidalgo Fajardo para que ofreciera dinero al funcionario, como así éste lo declaró al rendir declaración en el curso de la audiencia pública.

Para precisar los alcances de la conducta que se califica como capaz de generar

constreñimiento en el denunciante, debe tenerse en cuenta que el Fiscal que asumió las diligencias previas, aceptó en el debate público que la diligencia de denuncia había sido tomada por él directamente en el domicilio del denunciante, a donde había acudido una vez otro Fiscal le había comentado el hecho, diligencia que se cumple cuatro días después de la noche en que Carlos Alberto Cifuentes se había presentado en esa residencia, sin que hubiera intentado comunicarse con él para establecer cuál era su pretensión ó se estableciera que éste lo hubiera vuelto a contactar, tampoco de las expresiones del presunto afectado en la denuncia se desprende que en efecto, se hubiera sentido amenazado o constreñido a actuar en contra de sus intereses para doblegarse a la voluntad de un tercero.

El funcionario instructor no dejó constancia alguna del estado de ánimo o de la preocupación que advirtiera en el denunciante, de las que pudiera colegirse que se sentía afectado por la visita de la persona, esto es, que el tercero hubiera pretendido exigirle dinero o la entrega de algún tipo de dádiva a cambio de la actuación que le competía desplegar a la Personería Delegada en el proceso en el que estaba involucrado, lo cual podría indicar que ELDER MARINO UMAÑA no se sentía constreñido o amenazado en sus intereses. Luego, carece de un fundamento serio la deducción a que arriba el Tribunal cuando explica que la actividad de instigación de la Fiscalía al coordinar una labor de inteligencia con funcionarios de Policía Judicial para que abiertamente ofrecieran dinero al funcionario de la Personería, tenía como objetivo descubrir a la persona que estaba constreñiendo al denunciante.

Téngase en cuenta que quien habló de un posible soborno, entendido como la exigencia de dinero indebida por parte de un funcionario de la Personería, fue el abogado defensor del procesado, pues ni siquiera en el curso de la escena provocada a través del agente Hidalgo Fajardo, el ahora procesado hizo exigencia alguna de dinero, ya que la iniciativa de conformidad con la prueba testimonial partió del agente encubierto atendiendo las instrucciones recibidas.

De lo hasta aquí dilucidado se establece que los actos desplegados antes de que se produjera la intervención de los funcionarios de policía y de la propia Fiscalía no parecen conllevar la potencialidad, la capacidad, la idoneidad necesaria para doblegar la voluntad de la persona y orientarla hacia la obtención de un resultado indebido. Sin que los actos posteriores puedan ser considerados como relevantes para construir un iter criminis, como quiera que para ese momento, el bien jurídico tutelado se encontraba bajo una especial protección, ya que el agente encubierto actuaba a sabiendas de que la propuesta de entregar dinero no tenía vínculo alguno con la persona supuestamente afectada por una exigencia y porque además, contaba con el respaldo de un grupo de funcionarios que le estaban haciendo seguimiento y control.

La oferta económica que realizó el agente encubierto, entonces, no pasó de ser un simple engaño para el funcionario de la Personería, ya que en la práctica ningún tipo de bienes se estaban comprometiendo y menos aún del denunciante, quien a partir de la denuncia formulada a solicitud de la propia Fiscalía dejó de intervenir en el asunto.

Por consiguiente, no encontrándose demostrado en el grado de certeza que los actos previos a la intervención de la autoridad no fueron por sí mismos idóneos para quebrantar el bien jurídico tutelado, ya que al parecer no generaron en el sujeto pasivo temor alguno, derivado de la autoridad a la que se atribuían, resulta innecesario pretender demostrar el nexo de causalidad entre dicha conducta y el funcionario al que se le atribuye el comportamiento constitutivo de concusión.

De acuerdo con lo anotado, no se demostró que el Personero Delegado hubiera tenido la iniciativa de buscar a ELDER MARINO UMAÑA para proponer un diálogo, encuentro o arreglo a partir del cual pudiera exigirle alguna utilidad por omitir el cumplimiento de una función propia de su cargo, pues tanto el tercero como el propio acusado han desmentido la existencia de una relación previa o que quien se presentó en la casa de ELDER MARINO UMAÑA lo hubiera hecho a solicitud suya en orden a ejecutar un plan dirigido a obtener una utilidad indebida o que, siquiera, hubiera preparado el temido recurso de apelación o hubiera hecho ostentación de su existencia.

Del contenido de la declaración rendida por ELDER MARINO UMAÑA se deduce que no se sintió afectado con la visita del tercero, pues no mostró interés alguno en verificar cual era el objeto o que se pretendía, tampoco acudió a la Personería, pero le comunicó el hecho a su defensor, coligiendo éste y no su defendido, que al parecer se trataba de un soborno, circunstancia ésta de la que se pudiera inferir la existencia de alguna preocupación.

No obstante, no se cuenta con elemento de juicio alguno que indique que en efecto se

realizó alguna exigencia por parte del tercero que se presentó en su domicilio o de otra persona, sino que se partió de las conjeturas a que llegaron las personas que se dedicaron a averiguar por el sentido de la misma para iniciar la investigación. Tan cierto es lo anterior que la idea de ofrecer dinero partió de los funcionarios que dirigieron las labores de inteligencia, haciendo pasar a uno de los patrulleros de policía, como hijo del denunciante, y cuya misión estaría encaminada a ofrecerle dinero al Personero para que no apelara, según lo reconoce el agente encubierto Edwin Hidalgo Fajardo.

Téngase en cuenta, además, que la posibilidad de que la Personería interpusiera recursos contra la resolución emitida por la Fiscalía 141 Delegada ya había sido examinada por el Defensor, quien además, así se lo había advertido a su cliente, según se colige del testimonio que el doctor José Wilmar Arcila Restrepo rindiera ante la Fiscalía (fl. 229 c.o.1) al indicar que conocida la decisión de preclusión, observó que la Fiscalía había omitido pronunciarse respecto a la continuidad de la investigación por el delito de porte ilegal de arma de fuego por lo que la Personería, si no apelaba, podía pedir que se investigara este hecho en cuaderno separado y que de esa conducta podría ser declarado responsable y que, en tal caso, lo mejor sería estudiar la posibilidad de acogerse, en su momento, a sentencia anticipada, por lo que le indicó que, llegado el caso, se encargaría del asunto.

Señaló el profesional que como se trataba de un caso distinto, le comunicó el hecho a la hija de su cliente, sin que él le hubiese aludido a exigencia alguna de dinero, por el contrario, que era él quien le había planteado dicha posibilidad, llegando a pensar incluso que podía tratarse de una idea de la madre de la víctima, quien había dado muestras de querer una indemnización y no estar de acuerdo con la temprana libertad que había obtenido su hermano, por lo cual posiblemente habría utilizado a su hija adoptiva.

Conclúyese, entonces, que no logró demostrarse fehacientemente la existencia de un plan dirigido por el procesado a obtener beneficios indebidos a cambio de no cumplir con las

funciones que le correspondían como Personero Delegado en la investigación adelantada en contra del denunciante. Sólo se estableció la existencia de un contacto indirecto con la presunta víctima, sin que se estableciera que lo hubiera logrado constreñir, inducir o solicitar dinero o cualquiera otra utilidad indebida, y que advertidas las autoridades de tal posibilidad intervinieron de forma inmediata, controlando la situación hasta el punto que desarrollaron su propia iniciativa con el fin de identificar al presunto autor y obtener que revelara sus propósitos.

Es por ello, que el Personero MONCAYO VÉLEZ fue abordado mediante ardides por un agente que cumplía instrucciones de las autoridades, primero, para suplantar a un familiar de ELDER MARINO UMAÑA, pues se hizo pasar por un hijo suyo, segundo, para plantearle la posibilidad de no apelar y, tercero, que recibiera un dinero que no estaba pidiendo, hasta el punto de que el Personero adujo, para negarse, su condición de funcionario y su antigüedad. Todo lo que siguió fue una burda tramoya, de elevarle la propuesta y de citarlo a un lugar, en donde le había preparado una trampa consistente en entregarle un paquete que no contenía el dinero ofrecido, sólo dos billetes de diez mil pesos, uno en cada extremo de un fajo de papel periódico para capturarlo en el momento de recibirlo, para sí, cumplir con éxito un falso operativo, para demostrar la existencia de un delito no cometido.

Este episodio podría encajar en la figura conocida como del delito provocado, en el que un agente, el provocador, controla y domina la conducta del sujeto investigado, de tal manera que el delito que se proponía cometer o que se le sugiere realizar, nunca será consumado, porque, precisamente, la autoridad lo impedirá, puesto que su único cometido es lograr una captura en flagrancia o una prueba apodíctica de un delito o, simplemente, la apariencia de un éxito de policivo, la mayoría de las veces, a costa de la inocencia de alguien.

Esta clase de operativos, que por política criminal el legislador en ocasiones autoriza, 1

sobre actividades sospechosas de preparación, ejecución consumación u obtención de los resultados de conducta punibles, pero de ninguna manera para proponer, instigar o, en fin, determinar la realización de conducta punibles, so pretexto de descubrir o desarticular empresas criminales. Esta clase de proposiciones, podría tener la entidad suficiente para comprender que el “agente provocador” puede ser un determinador y en la mayoría de las veces, un verdadero autor mediato, cuando el sujeto que materialmente actúa, lo hace bajo el influjo del engaño o del error que lo convertiría en mero instrumento del autor.

Dependerá en gran parte del momento del iter criminis en que el agente actúa. En efecto, si el sujeto investigado, tiene ya la idea criminal y el comienzo inequívoco de la conducta punible, el investigador que se infiltra para conocer ese plan y esa realización criminal, actúa de manera plausible si, además de impedir el crimen, descubre con pruebas a su autor o autores. No así si es el determinador o provocador en quien no tenía propósito delictivo alguno y, sin embargo, lo conduce a la ejecución del reato para, después, paladinamente, capturarlo con “manos en la masa” que él mismo ha preparado, pues tan insólita actuación es repudiada por el legislador, con mayor decisión en la ley comparada, 2 pues, tiene connotaciones jurídicas, éticas y morales de incuestionable importancia. 3

En el presente caso, cuando el defensor de ELDER MARINO UMAÑA considera que puede su cliente estar expuesto a un soborno, dada la razón que en su casa deja Alberto Cifuentes y aconseja acudir a la Fiscalía, es allí en donde se forma una enorme y patética hipérbole que lleva al Fiscal a trasladarse a la casa de MARINO UMAÑA para recibirle una denuncia, que resulta bastante anodina, acuden luego al agente Edwin Hidalgo Fajardo, para que con simulaciones ofrezca al Personero un soborno por un acto (no apelar) que, éste, nunca se estableció, pretendía o no realizar. Lo más probable es que no, porque los hechos críticos ocurren el 18 de junio, el mismo día en que quedaba ejecutoriada la preclusión tantas veces mencionada y por ninguna parte apareció la pretendida apelación que se

interpondría en desventaja para los intereses de ELDER MARINO. Es más, cuando se le entrega al Personero el “paquete simulado”, ya en horas de la noche, la investigación en su contra ya se había abierto y era evidente que la apelación no se había interpuesto, por consiguiente, si el Personero aceptaba recibir dinero, podría entenderse que no lo hacía en virtud de sus exigencias sino de su ingenua aceptación a la trampa tendida por el agente Hidalgo, lo cual no pasaba de un cohecho aparente, más no de una concusión en grado de tentativa por la cual se condenó al apelante HERNEY MONCAYO VÉLEZ.

Desacertada, criticable y absurda la actuación de la Fiscalía que sin investigar adecuadamente a Carlos Alberto Cifuentes González, el “tercero”, con el montaje del agente Hidalgo, no condujo a nada más que a un sainete que sustentó a la postre la condena del Dr. MONCAYO VÉLEZ, de quien, como ya se afirmó, no se demostró que hubiera realizado exigencias o constreñimientos, ni inducciones, ni solicitudes indebidas al denunciante.

Por lo anterior, se colige que no logró acreditarse en el grado de certeza que demanda el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, la existencia del delito que se le atribuye al procesado, motivo por el cual la sentencia impugnada debe ser revocada para en su lugar, absolver al procesado de los cargos que le fueron imputados.

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 la sentencia del 3 de octubre de 2001, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga condenó al doctor HERNEY MONCAYO VÉLEZ,

en su condición de Personero Delegado I en lo Penal, como autor del delito de concusión.

SEGUNDO. Absolver al doctor HERNEY MONCAYO VÉLEZ de los cargos que le formulara la Fiscalía General de la Nación, a través de su Delegada, en la resolución acusatoria del 9 de octubre de 1998.

TERCERO. Devolver la caución prestada por el doctor MONCAYO VÉLEZ, para efectos de gozar de la libertad provisional.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
CASTELLANOS

HERMAN GALÁN

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
TRUJILLO

EDGAR LOMBANA

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Salvamento de voto

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

Salvamento de voto

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

(Segunda No. 19.081)

Me he separado de la sentencia proferida por la Corte pues estimo que el delito por el cual se había condenado al doctor Herney Moncayo Vélez, tentativa de concusión, ya se había perfeccionado -la tentativa también es delito “perfecto”- cuando se acudió a la figura tan criticada -con razón- en la decisión.

Agrego:

1. Basta leer el fallo del Tribunal de Buga para enterarse de cuál fue el sentido que le dio a su estudio y, desde luego, a su decisión: no hubo consumación, se trataba de un conato.
2. Muchas circunstancias visibles en el expediente, sucedidas antes del “entrampamiento”, ratifican lo anterior:
 - a) La llegada al aposento de la víctima del emisario, Alberto N. (Carlos Alberto Cifuentes González).
 - b) El mensaje dejado por este, en cuanto convenía entrar en contacto con la Personería.
 - c) El aporte de datos de un teléfono.
 - d) El desplazamiento subrepticio del Personero a un sitio a cumplir una cita.
 - e) Su tenencia del cuaderno original del expediente, ad portas de la ejecutoria de la decisión.
3. Con posterioridad comenzó a operar el “provocador”, el “agente encubierto”. Pero después, cuando ya se habían desplegado los actos

constitutivos del principio de ejecución de la conducta delictiva. Por consiguiente, cualquier reproche que se haga hasta con razón al comportamiento de la autoridad, es subsiguiente a la tentativa de concusión.

La Sala, entonces, no ha debido casar la sentencia. Ha debido mantener la vigencia de la condena.

Álvaro Orlando Pérez Pinzón

25. 7. 2005

1 Artículo 243 de la ley 600 de 2000. Medidas especiales para aseguramiento de pruebas.

2 AGENTE PROVOCADOR DEL DELITO. GALÁN Castellanos Herman. Revista SINDÉRESIS No. 3 de la Auditoría General de la República. Diciembre de 2000. ps. 63 a 70

3 DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. BERNAL Pinzón Jesús. Ed. Temis. 1965. p.83 con citas de Maggiore Giuseppe, Carlos Fiore, Saltelli Romano Di Falco, Silvio Ranieri, Ottorino Vannini, Remo Pannain, Stéfano Riccio, Giulio Battaglini. Actualmente, por todos, MUÑOZ Sánchez Juan. EL AGENTE PROVOCADOR. Ed. Tirant lo blanch. Monografías (36) Valencia España. 1995.