

Proceso No 20648

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

DR. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Aprobado Acta No. 109

Bogotá D. C., dos (2) de octubre de dos mil tres (2.003).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Procurador 164 Judicial II Penal de Santa Marta y la Fiscal integrante de la Unidad de Fiscalías Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa misma ciudad que instruyó el proceso en contra de la sentencia del 6 de febrero de 2.003, por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta absolvió al Doctor ALBERTO YUNEZ SUAREZ, en su condición de Juez Promiscuo de Familia del Banco (Magdalena), del cargo de prevaricato por omisión por el cual había sido acusado.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

1. HECHOS:

El abogado, REYES EDUARDO SANCHEZ SANCHEZ, denunció al Juez Promiscuo de Familia de El Banco (Magdalena), Dr. ALBERTO YUNEZ SUAREZ, como presunto autor del delito de prevaricato por omisión por retardar cerca de 8 meses el pronunciamiento sobre

los recursos de reposición y apelación subsidiario que aquél interpusiera contra el auto del 28 de mayo de 1.996, por el cual el funcionario se declaró impedido para seguir conociendo del proceso de sucesión intestada del causante LUIS FELIPE CABRALES GUTIERREZ y de los demás procesos en los que el abogado intervenía como parte, con base en la causal 7ª del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, ya que el abogado SANCHEZ SANCHEZ previamente lo había denunciado en la Fiscalía General de la Nación por el delito de prevaricato por acción debido al levantamiento irregular de las medidas cautelares que pesaban en contra de unos semovientes en el mismo proceso de sucesión.

El retardo en el pronunciamiento, dijo el denunciante, hizo parte del cumplimiento del acuerdo a que llegó con el Dr. YUNES SUAREZ movido por las presiones de éste, consistentes en que él desistiría de la denuncia que formuló en su contra en la Fiscalía por el levantamiento irregular de las medidas cautelares en el proceso de sucesión, y el juez no daría trámite al impedimento que declaró para no conocer del mismo sucesorio. Empero, como el Ente acusador no aceptó el desistimiento y dictó medida de aseguramiento en contra del Dr. YUNES SUAREZ, éste decidió rechazar los recursos y enviar el proceso al Tribunal para que se pronunciara sobre el impedimento, después de transcurridos cerca de 8 meses, el 7 de enero de 1.997.

2. ACTUACION PROCESAL.

2.1. Abierta la investigación por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, tras escuchar en indagatoria al Dr. YUNES SUAREZ lo afectó con medida de aseguramiento de detención preventiva y, finalmente, lo acusó el 23 de octubre de 1.998 como presunto autor responsable del delito de prevaricato por omisión, de cuyo contenido vale la pena transcribir la imputación fáctica jurídica:

“Para esta Delegada, no subsiste duda alguna sobre la ocurrencia de un hecho

punible contra la administración pública, como es el prevaricato por omisión que tipifica y sanciona el art. 150 del Código Penal, modificado con la ley 190 de 1.995 en su artículo 29, así: “El servidor público que omita, retarde, rehuse o deniegue un acto propio de sus funciones incurrirá en las penas previstas en el artículo anterior....”.

“Aquí se retardó la contestación del recurso de reposición interpuesto contra la providencia de manifestación de impedimento, que a luces del Código de Procedimiento Civil, debe decidirse una vez surtido el traslado; pero este retardo no obedeció a simple actitud pasiva o de inercia, ni siquiera un dejar de hacer sino a un no dejar de hacer aquello a que estaba jurídicamente obligado dentro del lapso legal, porque con esa dilatación buscaba generar ventajas personales; por tanto se debe reprimir el desacato del juez al fiel cumplimiento de sus funciones y el recto desempeño de las mismas, al dilatar con intención dolosa asunto propio de su cargo.”.

La resolución de acusación fue notificada por estado el 10 de diciembre de 1.998, un día después de ser recibido el despacho comisorio mediante el cual se le notificó personalmente al procesado y a su defensor.

2.2. Corrido el traslado previsto en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal derogado, se llevó a cabo la audiencia pública de juzgamiento el 18 de abril de 2.001, dictando la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta fallo absolutorio.

DECISION IMPUGNADA:

Como se anunció, con sentencia del 6 de febrero de 2.003, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, absolvió al Dr. YUNEZ SUAREZ de los cargos imputados, basada en las siguientes razones:

Tras considerar que la conducta atribuida al procesado se ubica objetivamente en el tipo penal de prevaricato por omisión, previsto en el artículo 150 del anterior Código Penal, modificado por el artículo 29 de la ley 190 de 1.995, afirma, que por no admitir recursos el auto de impedimento el juez debió remitir el expediente al Tribunal a más tardar al alcanzar su ejecutoria formal, circunstancia que por ser conocidas por el litigante debió inhibirlo de formular la denuncia.

Agrega, que en el plenario no existe prueba con la fuerza suficiente para enervar la presunción de buen fe que cubre el proceder de los funcionarios, sin que pueda calificarse como delito un error de buena fe. Asevera que por no practicarse algunas pruebas no se aclaró si el denunciante después del impedimento siguió actuando, y si el acusado en verdad le exigió desistiera de la denuncia.

Lo anterior, afirma el a quo, perfila la existencia de un error en el impulso del proceso, auspiciado por la falta de estudio y cuidado que revela la ignorancia del procesado al considerar que con la sustitución del poder hecha por el denunciante en otro abogado en el proceso de sucesión se había desvinculado totalmente de la actuación, como parece confirmarlo en la indagatoria al expresar que mantuvo sin trámite dos demandas civiles por él presentadas.

Remata, aseverando, que con la omisión no se causó perjuicio a la administración ni a las partes en el sucesorio, dado que el trámite prosiguió sin tropiezos.

SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION.

1. Del Procurador 164 Judicial II Penal de Santa Marta.

Afirma que la ponderación de los medios de convicción demuestran que el acusado retardó deliberadamente el trámite del impedimento pese a que el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil prescribe que los funcionarios judiciales se deben declarar impedidos

para conocer de las actuaciones cuando respecto de ellos exista alguna causal de impedimento, tan pronto adviertan su concurrencia.

Además, asegura, el procesado sabía que dicho auto no era susceptible de recursos y que por tanto estaba obligado a rechazar de plano los interpuestos y darle curso al impedimento. Pero como retardo el pronunciamiento cerca de 8 meses hasta cuando se enteró de la medida de aseguramiento en su contra, dice, quebrantó el ordenamiento jurídico penal.

Asevera que el procesado al sostener en su indagatoria que el abogado lo citó a su oficina y le pidió siguiera tramitando los negocios en el que él venía actuando a cambio del desistimiento de la denuncia, refleja su comportamiento doloso.

Por hallar satisfechos los elementos objetivo y subjetivo del prevaricato por omisión, pide a la Corte, revoque la sentencia y en su lugar condene al procesado.

2. De la Fiscal adscrita a la Unidad de Fiscalía delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta.

Demanda la revocatoria del fallo impugnado y que se condene al procesado, fundada en los siguientes argumentos:

Con base en que el Tribunal admitió el retardo del juez, manifiesta que el inculcado tenía el deber legal de rechazar los recursos y disponer la remisión del expediente a la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, de donde infiere que el propósito que perseguía no era otro que el de dilatar el trámite mientras la Fiscalía despachaba favorablemente el desistimiento; circunstancia que en su sentir comprueba la mala fe del proceder del Dr. YUNEZ SUAREZ.

Controviertiendo el argumento del a quo atinente a que la falta de pruebas impidieron

alcanzar el esclarecimiento de los hechos, afirma que sobraba averiguar si el abogado siguió o no litigando en el juzgado después del impedimento, porque de haber ello ocurrido el endilgado habría incurrido en otro delito por contravenir el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil que ordena suspender el proceso una vez manifestado el impedimento.

Complementa, que en la investigación no se mencionó que existieran testigos del acuerdo, contándose únicamente con sus versiones, de las que, asegura, no surgen dudas, contradicciones, ni malentendidos.

Si el Tribunal estimaba que faltaban pruebas, afirma la Fiscalía, estaba en el deber de ordenar su realización en la fase de juzgamiento y no tomar ese argumento de excusa para absolver.

Opuesta al criterio del a quo, asevera, que es suficiente prueba para demostrar el desviado comportamiento del implicado su indagatoria, en donde confesó haber asistido a la oficina del abogado, además del deber que lo asistía de rechazar las impugnaciones y cumplir el auto de impedimento remitiendo el expediente a su superior jerárquico.

Sobre la sustitución del poder hecho por el denunciante a otro abogado y su no intervención en el proceso de sucesión después del impedimento, asegura, es un argumento más en contra del implicado pues desaparecida la causal de impedimento menos explicable es que se hubiera pronunciado sobre los recursos y ordenara el envío del expediente al Tribunal.

Reitera, finalmente, su petición de que sea revocada la sentencia y en su lugar se condene al procesado.

Adicionalmente, informó, que el acusado fue condenado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, el 21 de mayo de 1.999, por el delito de prevaricato por

acción, por la denuncia que formulara inicialmente el abogado REYES EDUARDO SANCHEZ SANCHEZ.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. En orden a lo dispuesto por el numeral 3º del artículo 75 del Código de Procedimiento Penal, incumbe a la Corte conocer de las apelaciones interpuestas en los procesos de conocimiento en primera instancia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en consecuencia, entrará a decidir la impugnación presentada por la Fiscal de la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta y el Procurador 164 JUIDICIAL II Penal de esa misma ciudad, contra la sentencia absolutoria.

2. Importa advertir que la Sala por mandato legal está limitada en su estudio al objeto de la apelación y a los tópicos inescindiblemente ligados a ella.

De la ponderación conjunta de los medios de convicción que integran el proceso, frente a los fundamentos que soportan la absolución y a los ofrecidos por los recurrentes en la sustentación de los recursos, la Sala llega a la convicción que existe prueba suficiente para condenar al procesado.

2.1. Ante todo, conviene precisar que la sentencia gravitó sobre la imputación hecha en la acusación atinente a que el procesado tardó cerca de 8 meses para pronunciarse sobre los recursos de reposición y apelación subsidiario interpuestos por el abogado SANCHEZ SANCHEZ, contra el auto con el cual se declaró impedido para conocer no sólo del proceso sucesorio sino de los demás en donde actuara como parte, invocando la causal 7ª del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, por haber sido denunciado por el profesional del derecho en la Fiscalía por el delito de prevaricato por acción por haber levantado irregularmente las medidas cautelares que pesaban contra unos semovientes. Dilación que obedeció al cumplimiento del acuerdo a que había llegado con el quejoso, relativo a que no tramitaría el impedimento a cambio del desistimiento de

la denuncia, compromiso que cumplió hasta que la Fiscalía profirió en su contra medida de aseguramiento, momento en el cual decidió rechazar los recursos por improcedentes y ordenar el envío del expediente al Tribunal para su pronunciamiento.

Ahora bien, el delito de prevaricato por omisión se encuentra descrito y sancionado por el artículo 414 del Código Penal que nos rige, de la siguiente manera:

“El servidor público que omita, retarde, rehuse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de 2 a 5 años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años.”.

Precepto aplicable por favorabilidad en este asunto en razón a que si bien es cierto que el supuesto de hecho no varió frente al contenido en el artículo 150 del Código Penal derogado, la sanción pasó de 3 a 8 años de prisión a una de 2 a 5 años de la misma naturaleza.

Del estudio dogmático del tipo se tiene que el sujeto activo puede ser cualquier servidor público y que la conducta está regida por los verbos omitir, rehusar, retardar o denegar un acto propio de sus funciones.

De tiempo atrás, la Sala ha venido reiterando que para la configuración del prevaricato por omisión no basta con que la conducta objetivamente concorra sino que adicionalmente es menester que el autor haya omitido, rehusado o retardado un acto propio del cargo, con pleno conocimiento y voluntad de su infidelidad con el ejercicio de sus funciones, sea que con ello pretenda ocasionar un agravio, obtener ventajas personales o para un tercero, o simplemente sobreponer su capricho a los propósitos de la norma de la cual se margina.

Por consiguiente, para acometer el juicio de tipicidad es necesario establecer primero qué norma asigna al sujeto la función y el término para su cumplimiento y, luego, verificar si el funcionario conociendo el precepto, deliberadamente omitió, rehusó, retardó o denegó el acto propio de la función, y finalmente si el comportamiento se encuentra o no justificado.

2.2. Frente a este marco normativo, corresponde determinar las normas del Código de Procedimiento Civil aplicables, para establecer luego si los elementos objetivo y subjetivo del prevaricato por omisión concurren.

Con arreglo a las previsiones de los artículos 149 y 153 del Código de Procedimiento Civil, el juez en quien concurra alguna de las causales de recusación previstas por el artículo 150 ibídem, está obligado a declararse impedido para seguir conociendo del proceso una vez advierta su existencia, debiendo remitir el expediente al juez de la misma jurisdicción y categoría que le siga en turno en orden numérico, y a falta de éste al juez civil o promiscuo de igual categoría o de otra rama que determine el Tribunal Superior del respectivo Distrito. En este último caso, si desaparece la causal invocada en contra del funcionario, volverá a éste el conocimiento del asunto.

El auto en que se manifieste el impedimento, el que lo decida y el que disponga el envío del expediente al Tribunal, no son susceptibles de recurso alguno.

La causal 7ª del artículo 150 ibídem, se presenta cuando alguna de las partes, su representante o apoderado haya formulado denuncia penal contra el juez, su cónyuge, o pariente en primer grado de consanguinidad, antes de iniciarse el proceso o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos al proceso o a la ejecución de la sentencia, y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal.

Una vez declarado el impedimento por el juez el proceso queda suspendido hasta que haya pronunciamiento sobre su legalidad, según lo dispone el artículo 154 de la obra en cita,

sin que se afecte la validez de los actos cumplidos con anterioridad.

Al margen de lo anterior, es importante precisar que acorde con lo preceptuado por el artículo 124 del mismo Código Procesal Civil, el juez cuenta con el término de 3 días para dictar los autos de sustanciación y de 10 días para proferir los interlocutorios, contados a partir del día en que el proceso pase al Despacho con ese fin.

De acuerdo con lo anterior, para la Corte es inconcuso que el procesado legalmente estaba obligado a rechazar de plano los recursos y enviar el expediente a la Sala de Familia del Tribunal Superior de Santa Marta dentro de los tres días siguiente al paso del expediente al Despacho, en atención a que contra dicho auto no procedía ningún recurso y que su declaratoria generaba la suspensión del proceso, acorde con lo prescrito por los artículos 149, 154 y 124 del Código de Procedimiento Penal, modificados por el artículo 1º, numeral 88 del D.E. 2282/89.

No obstante la claridad normativa, el inculpatado dejó correr un tiempo cercano a los 8 meses para pronunciarse sobre la impugnación y remitir el expediente, ubicando su conducta objetivamente en la descripción comportamental del prevaricato por omisión, dado que el retardo no fue justificado.

Contrario al criterio del a quo, la demora del implicado fue intencional comoquiera que tenía conocimiento claro de que con ella incumplía un acto propio de sus funciones, lo que no impidió que voluntariamente dejara pasar el tiempo.

Conclusión a la que llega la Corte después de valorar integralmente los medios de convicción frente a las reglas de la sana crítica, que le transmite la certeza de que el origen de la dilación fue el acuerdo a que el procesado llegó con el abogado para no dar curso al impedimento a cambio del desistimiento de la acción penal que cursaba en su contra, y que cumplió su compromiso hasta que la Fiscalía lo afectó con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de prevaricato por acción.

Ciertamente, los cargos que en ese sentido le formuló el abogado REYES EDUARDO SANCHEZ SANCHEZ en la denuncia, fueron corroborados a lo largo de la investigación. En efecto, pasados unos días del rechazo de los recursos y el envío del expediente, puso en conocimiento de la Fiscalía que la demora en el cumplimiento de la ley, tenía su origen en el convenio a que habían llegado.

Motivo que se extrae del mismo contenido del auto con el cual el procesado se declaró impedido, al disponer el envío del expediente a la Sala de Familia del Tribunal Superior de Santa Marta para que decidiera sobre su legalidad y el juzgado que habría de reemplazarlo por no existir un juez de la misma jurisdicción y categoría y aplicando el artículo 153 del Código de Procedimiento Civil; de donde se infiere que el procesado tenía cabal conocimiento del trámite legal que debía darle al impedimento, y que la tardanza estaba encaminada a cumplir lo concertado. Conocimiento que es avalado por el tiempo que llevaba al frente del juzgado, 4 años, pues tomó posesión de él, 13 de abril de 1.992.

También lo denota el que el pronunciamiento sobre los recursos y la remisión del proceso se diera justamente después de que la Fiscalía le dictara medida de aseguramiento. Sobre este aspecto conviene dejar en claro que si bien es cierto que la actuación no estableció la fecha del auto de detención, los sujetos procesales han aceptado como hecho cierto que ello ocurrió días antes del pronunciamiento sobre los recursos.

Al igual que transcurridos pocos días de la declaratoria del impedimento - 28 de mayo de 1.996 -, el abogado SANCHEZ SANCHEZ presentara el desistimiento de la acción penal en la Fiscalía coadyuvado por el propio procesado con su firma, el 12 de junio de es mismo año.

Y que el acusado planteara el impedimento de forma irregular ya que compelido a hacerlo al interior del proceso lo extendió a los demás en donde actuaba como parte el denunciante, actitud que asoma más como el uso de un instrumento legal para presionar

al litigante para que desistiera de la denuncia que el mismo cumplimiento de la ley, teniendo en cuenta que con esa decisión le limitaba en gran medida el ejercicio profesional ya que en el municipio solo funciona un juzgado con esa especialidad - Juzgado Promiscuo de Familia -, y que para que prosperara la causal era imprescindible que la denuncia se hubiera instaurado antes del inicio del proceso, que se refiriera a hechos distintos a los constitutivos del objeto del proceso, y que el juez ya hubiese sido vinculado formalmente a la investigación.

Pero si alguna duda persistía sobre la existencia del convenio, es el mismo procesado quien se encarga de despejarla, ya que en su indagatoria no sólo manifestó haber acudido a la oficina del abogado, sino que además aceptó que le pidió continuara tramitando los procesos en donde era parte, comprometiéndose con él a desistir de la denuncia, procediendo a elaborar y firmar conjuntamente el desistimiento.

Pese a no obrar conformidad en los dos relatos, dado que el quejoso atribuye el acuerdo de voluntades a las presiones ejercidas contra él por el procesado y éste implícitamente al ofrecimiento del litigante, lo cierto es que sí existió y que fue el motivo por el cual el acusado mantuvo en su despacho el expediente sin pronunciarse sobre los recursos ni enviarlo al Tribunal, como la ley se lo ordenaba.

El hecho de que la acción penal en el prevaricato por acción no sea desistible, no pone en duda la real ocurrencia del acuerdo, por cuanto, se insiste, el mismo es aceptado por las dos partes, lo corrobora el escrito de desistimiento presentado a la Fiscalía firmado por ambos, además de que el denunciante aclaró ese aspecto aseverando que el procesado le manifestó que ello no constituía obstáculo en razón a que el Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, CESAR POMPEYO RODRIGUEZ RANGEL, ejercería sus influencias sobre la Fiscal para que fuera aceptado. No obstante que esto último no fue comprobado puesto que el sindicado como el Magistrado negaron su participación en los hechos, lo cierto es que si deja en claro que esta dificultad fue prevista y, lo más

importante, que el trámite del impedimento estaba supeditado a las decisiones que a favor del procesado expidiera la Fiscalía.

En suma, las pruebas demuestran que el fin perseguido por el procesado con el retardo en el cumplimiento de un acto propio de sus funciones, no fue otro que el de obtener un beneficio personal en el proceso que seguía en su contra la Fiscalía, decisiones que al no presentarse lo llevaron a pronunciarse sobre la impugnación y a cumplir el auto de desistimiento. Es decir, se comprobó su actuar doloso.

Este análisis probatorio pone en evidencia el desacierto del a quo al sustentar la absolución en una supuesta falta de prueba que desvirtuara la presunción de buena fe con que dice actuó el procesado, cuando es palmar que los medios de convicción si bien no son abundantes si son suficientes para informar claramente a la Corte el modo como sucedieron los hechos y llevarle el convencimiento de la responsabilidad del implicado.

El supuesto error que dice el Tribunal produjo en el funcionario la sustitución del poder hecho por el denunciante en otro abogado para que interviniera en la sucesión, es un argumento que ni siquiera fue aducido en su favor por el procesado para justificar el retardo en la decisión y que frente a las pruebas atrás analizadas pierde toda consistencia, pues con ellas se acreditó, que sabiendo que estaba contrariando la ley y con la expectativa de obtener decisiones favorables de la Fiscalía, dilató el rechazo de la impugnación y el envío del expediente al Tribunal.

Vale la pena evocar en este instante que la Secretaria del Juzgado, EMELINA PERALTA AVENDAÑO, fue contundente al aseverar que el recurso de reposición fue tramitado legalmente y pasó al Despacho en donde permaneció para su estudio.

Tampoco es admisible el argumento consistente en que notificar el auto de impedimento cuando éste no es susceptible de recursos demuestra la ignorancia del procesado y el error

en que actuó, habida cuenta que por mandato del principio de publicidad el inculcado debía dar a conocer la decisión a las partes, por lo que la notificación era procedente, sin que ello convirtiera el auto en controvertible.

De otro lado, la conducta además de típica es antijurídica, comoquiera que efectivamente lesionó el bien jurídico de la administración de justicia, porque al dilatar el procesado intencionalmente un acto propio de sus funciones no sólo atentó contra su buena marcha, sino que puso en tela de juicio su buen nombre y, la lealtad, rectitud y probidad con que deben ser dictadas las decisiones judiciales.

En fin, demostrado como está que la conducta es típica, antijurídica y culpable, la Sala revocará la sentencia absolutoria recurrida y en su lugar condenará al procesado como autor responsable del delito de prevaricato por omisión.

DOSIFICACION PUNITIVA

Frente a la certeza sobre la concurrencia de las categorías del hecho punible y la responsabilidad del Dr. ALBERTO YUÑEZ SUAREZ, la Sala lo condenará como autor responsable del delito de prevaricato por omisión, para lo cual tendrá en cuenta el artículo 414 del Código Penal vigente que lo describe y sanciona, y las normas que reglamentan el método para individualizar la sanción, sin tener en cuenta el principio de favorabilidad, pues la sanción a imponer sería igual en los dos Códigos Penales en virtud a que la resolución de acusación no le dedujo ninguna circunstancia de agravación.

Sobre este tópico es oportuno precisar que la Sala no tendrá en cuenta para la dosificación de la pena, como antes lo venía haciendo, la circunstancia de mayor punibilidad de la posición distinguida que para ese entonces ocupaba el enjuiciado, por no haber sido atribuida jurídicamente en la acusación, pues ahora viene pregonando que con arreglo a la nueva reglamentación que trae el nuevo Código de Procedimiento Penal, es imprescindible para preservar el principio de congruencia, que las

circunstancias de mayor punibilidad sean imputadas jurídicamente en la acusación o en la modificación de la calificación jurídica, para poder ser deducidas en la condena.

En efecto, en la sentencia dictada el 23 de septiembre de 2.003, en el radicado No. 16.320, con ponencia del Mg. Dr. HERMAN GALAN CASTELLANOS, dijo la Sala sobre el punto:

“A partir de la vigencia del nuevo código de procedimiento penal, es claro que se insiste en el carácter jurídico de la imputación, con incidencia en la conformación de la congruencia entre la sentencia y la acusación. Así, en efecto, para la indagatoria (art. 338 inciso 3º) tanto, que el artículo 342 ibídem, establece que ha de ampliarse la indagatoria cuando aparezcan fundamentos para modificar la imputación jurídica. De igual manera, claro está, para la definición de la situación jurídica, como para la resolución de acusación.

“Como lo ha reconocido la Corte, la calificación que se efectúa en la resolución de acusación es provisional, lo cual implica que, por no ser rígida, en la sentencia se puede variar el delito, realizando los ajustes respectivos respecto del marco fáctico esencial y sin agravar la posición del acusado y así, tanto el régimen procesal anterior como el actual, el cual tiene prevista la posibilidad de su variación para el acto de juzgamiento, si bien, por regla general, en el sistema anterior la imputación y la adecuación típica realizada en la acusación se tenía como intangible, puesto que constituía una ley para el proceso y, por consiguiente, para la estructura lógica y conceptual del mismo. Ahora, en virtud del artículo 404 C.P.P., la calificación puede variar una vez concluida la práctica de pruebas, por error en la calificación o por prueba sobreviniente respecto de un elemento básico del tipo, o por desconocimiento o reconocimiento de una circunstancia que modifique los límites punitivos.....”.

“Lo anterior significa que en el nuevo sistema procesal, para los efectos de la congruencia, “el fallo debe proferirse por el núcleo básico de la conducta imputada en la

resolución de acusación o sus variaciones introducidas durante el juzgamiento y sobre las que se hubiere dado la controversia debida en guarda del equilibrio de las partes y el derecho de defensa.

“Y ya en providencia anterior sobre el mismo tema, al examinar la Corte la nueva normatividad en torno de las imputaciones fácticas y jurídicas, había sentado que “le está vedado al juez agregar hechos nuevos, suprimir las atenuantes que se le hayan reconocido al acusado, adicionar agravantes y, en general, hacer más gravosa la situación.”.

“Y es que, en este campo punitivo dentro del código actual, las circunstancias genéricas de agravación, tienen una repercusión importante, tanto cualitativa como cuantitativa en la pena, que en el régimen anterior podría no tener la misma connotación, dada la discrecionalidad concedida al juez para aumentar la pena dentro de los límites de la norma que tipifica el tipo y la pena aplicable. Empero, conforme al artículo 61 actual, el ámbito punitivo puede moverse hasta los cuartos medios y aun al cuarto máximo, cuando sólo concurren circunstancias de mayor punibilidad, lo cual eleva considerablemente la pena cuando por la naturaleza de la conducta punible, la pena principal es significativamente alta. Por esta razón, la acusación debe ser lo suficientemente explícita, cuando al concretar al autor alude a circunstancias tales como la posición distinguida, el motivo abyecto, los móviles de intolerancia o discriminación o cualquiera otro de los mencionados en el artículo 58, pues estas no surgen de la discrecionalidad, puesto que para que cumplan sus efectos, deben estar supeditadas a la apreciación probatoria y, sobretodo, a la discusión, contradicción y debate.

“Lo anterior es conveniente precisarlo en este caso concreto, para expresar, que si en la resolución de acusación y en la acusación en general, no se le imputó expresamente al procesado la circunstancia de agravación prevista en el artículo 58.9 del C. P., tampoco se tendrá en cuenta en la sentencia, en respeto de la aludida congruencia, que es estructural

en el debido proceso. Si bien la resolución de acusación y la etapa del juicio, en el presente caso, tuvieron cumplimiento dentro de la vigencia del código de procedimiento penal anterior, es claro que ante determinada circunstancia, el solo enunciado en la resolución de acusación del supuesto fáctico que la configura, no es suficiente para que pueda ser deducida en la sentencia, ya que, como ya se ha dicho, se requiere inequívoca imputación jurídica, sin que ello implique que figure en la parte resolutive de la acusación, ni que se le identifique por su denominación jurídica o por la norma que la consagre. Implica, pues, valorada atribución, de tal suerte consignada en cualquiera de las fases de la acusación, que no se abrigue duda acerca de su imputación. Sentido y criterio, ya admitidos por la Sala, antes y después de la ley 600 de 2.000”.

Ahora bien, con arreglo a lo establecido por los artículos 60 y 61 del Código Penal, el marco punitivo del prevaricato por omisión oscila entre 24 y 60 meses de prisión, es decir entre 720 y 1.800 días, de donde surge como ámbito de movilidad 1.080 días, que al ser dividido entre cuatro nos arroja como resultado que el primer cuarto va de 720 a 989 días, el segundo de 990 a 1.259 días, el tercero de 1.260 a 1.520, y el último de 1.530 a 1.800 días.

Como quiera que la resolución de acusación no dedujo ninguna circunstancia de agravación, en orden a lo previsto en el inciso 2º del artículo 61 del Código Penal, la Sala sólo podrá moverse en el primer cuarto, esto es, entre 720 y 989 días, es decir, entre 24 meses 1 día y 32 meses 29 días.

Ahora, ponderando la gravedad del delito, el daño causado, la intensidad del dolo y la necesidad y función de la pena que en este caso cumpliría, la pena a imponer será de 28 meses de prisión.

En efecto, la gravedad del delito es incontrovertible en virtud a que con el fin de obtener ventajas en el proceso penal que le adelantaba la Fiscalía General de la Nación,

el enjuiciado retardó por cerca de 8 meses el pronunciamiento sobre la impugnación y el envío del expediente al Tribunal, sin reparar en los valores y principios instituidos, marginándose intencionalmente del principio de legalidad que estaba obligado a observar en el desempeño del cargo, poniendo al servicio de sus particulares intereses la administración de justicia consciente del inmenso daño que con dicha actitud causaba a la sociedad.

Ahora, el daño irrogado fue grande en la medida que la administración de justicia se vio agraviada considerablemente en su prestigio, rectitud y probidad.

El grado de culpabilidad es de gran entidad como quiera que el encausado no sólo utilizó la investidura sino el proceso de sucesión para propiciar el acuerdo con el denunciante, a fin de obtener ser favorecido con las decisiones de la Fiscalía.

De otro lado, atendiendo los mismos factores y la situación económica del acusado, según la información que para el efecto transmite el proceso y su posibilidad de pago (artículo 39 del Código Penal), se condenará a la pena principal de multa equivalente a 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Como pena principal, además, se impondrá inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad, aplicando por favorabilidad el artículo 150 del Código Penal, modificado por el artículo 29 de la ley 190 de 1.995, sólo en lo que se refiere a esta sanción.

Por último, no se suspenderá condicionalmente la ejecución de la pena, ni se sustituirá la privativa de la libertad por prisión domiciliaria, por no concurrir el elemento subjetivo exigido por los artículos 63 y 38 del Código Penal, para cada instituto.

No obstante concurrir el presupuesto objetivo referido a que la pena impuesta no sea superior de 3 años, para la condena condicional; y que la condena haya recaído por un

delito sancionado con prisión en su umbral inferior a 5 años, en la prisión domiciliaria; no sucede lo mismo con la exigencia subjetiva relativa a que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena, para el primer instituto; y que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena, para la prisión domiciliaria.

Análisis que ha entendido la Corte debe realizarse teniendo en cuenta que las funciones de la pena previstas en el artículo 4º del Código Penal de prevención general y retribución justa deben atenderse tanto en la determinación de la pena como en su ejecución, y las de prevención especial, reinserción social y protección al condenado, solamente en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

Efectivamente, la gravedad y las circunstancias que rodearon la ejecución del delito, ponen de presente la necesidad de tratamiento penitenciario del procesado. La gravedad es evidente dado que lesionó en gran medida la administración de justicia, poniendo en entredicho su reputación y agraviándola en lo que atañe a la rectitud y probidad con que los jueces deben adoptar sus decisiones; el dolo con que procedió fue intenso comoquiera que con el fin de alcanzar ventajas personales en el proceso penal dilató el cumplimiento de un acto propio de sus funciones, es decir, puso al servicio de sus intereses particulares el no ejercicio oportuno de las funciones a él deferidas por la [Constitución Política](#) y la ley.

Dada la entidad del injusto típico la sociedad no vería con buenos ojos que quien, en su condición de juez ha sido infiel al cumplimiento de los deberes funcionales por la obtención de beneficios mezquinos, pese a ser condenado, se le suspenda la ejecución de la pena de prisión, decisión que por demás generaría sentimientos de inseguridad

acerca de la real eficacia del orden jurídico para preservar la convivencia pacífica.

Ahora, el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado, reflejado en la conducta aquí investigada incluyendo los contornos de gravedad aludidos y en el prevaricato por acción por el cual ya fue condenado, según lo informó la Fiscal que participó en la audiencia de juzgamiento, precisamente en la actuación que quiso interferir con la conducta aquí juzgada, sin beneficio de la condena de ejecución condicional por pesar en su contra otra sentencia condenatoria dictada por el mismo Tribunal; no le transmiten a la Sala la convicción que descontando la pena en su domicilio se abstendrá de delinquir y que no evadirá su ejecución.

En consecuencia y para que cumpla la pena privativa de la libertad, se librarán en su contra las órdenes de captura ante las autoridades competentes.

No hay lugar a la condena en perjuicios, en vista de que no se acreditó que fueran causados con el delito.

En mérito 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 el fallo absolutorio impugnado.

SEGUNDO: Condenar al procesado, ALBERTO YUNEZ SUAREZ, identificado con la C.C. No. 9.125.710 expedida en Magangué (Bol.), cuyas notas civiles y personales son conocidas en el proceso, a las penas principales de veintiocho (28) meses de prisión, multa equivalente a 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad; por haber sido hallado responsable del delito de prevaricato por omisión, artículo 414 del

Código Penal (149 del Código Penal anterior).

TERCERO: Negar el subrogado de la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria por las razones anotadas en la parte motiva de esta decisión. En consecuencia, se ordena la captura del condenado.

CUARTO: Para el efecto, ofíciase a la DIJIN, al Departamento Administrativo de Seguridad “D.A.S.” y al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación “C.T.I.”

QUINTO: No hay lugar a la condena en perjuicios.

SEXTO: Por medio de la Secretaría de la Sala remítanse copias del fallo, atendiendo lo dispuesto por el artículo 472 del Código Procesal Penal.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

YESID RAMIREZ BASTIDAS

HERMAN	GALAN CASTELLANOS	JORGE A. GOMEZ GALLEGO
ALFREDO	GOMEZ QUINTERO	EDGAR LOMBANA TRUJILLO
ALVARO	O. PEREZ PINZON	MARINA PULIDO DE BARON
JORGE	L. QUINTERO MILANES	MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria

