

Proceso No 21356

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

MAURO SOLARTE PORTILLA

Aprobado acta número 021

Bogotá. D.C., seis (6) de abril de dos mil cinco (2005).

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Max Barraza Sanjuan en contra de la sentencia de segunda instancia proferida el 21 de enero de 2003 por la Sala de decisión penal del Tribunal Superior de Cartagena, mediante la cual condenó al procesado a la pena principal de 60 meses de prisión y multa de 43.34 salarios mínimo legales mensuales vigentes, al declararlo responsable de la comisión del delito de concusión.

HECHOS

Por allá en los primeros días del mes de agosto de 2001, se hizo presente en la residencia de Jesús María Villalobos, el señor Max Barraza Sanjuan, quien se desempeñaba como Técnico judicial de la Dirección de Fiscalías de Cartagena, identificándose, sin serlo, como Fiscal de la Nación, en compañía de una joven que se hacía pasar como secretaria del despacho y un personaje conocido como “el coco.”

Los tres le dijeron a Villalobos que su hijo, Jesús María Villalobos Osorio, estaba vinculado a un proceso por narcotráfico y que si no se le enviaba una plata tendría

problemas con la justicia; de la ciudad de Bogotá vendrían a detenerlo y a confiscarle sus bienes, salvo que les entregara una platica grande a cambio de una intervención que les evitara contratiempos.

Villalobos no les creyó en principio, pero como aquellos le exhibieron una serie de documentos que hablaban del compromiso de su hijo con la justicia y ante las presiones de que fue objeto, terminó por entregarles un millón de pesos.

El 5 de septiembre – pese a que fue advertido que el 5 de octubre le llegaría una citación a su hijo, con la cual entrarían a resolver el problema –, nuevamente Max Antonio Barraza Sanjuan se comunicó con él para solicitarle esta vez veinte millones de pesos como contraprestación al servicio que estaba en capacidad de ofrecerle.

Luego de acordar con el funcionario que le entregaría cuatro millones de pesos en su residencia el 7 de septiembre, como se lo aconsejaron las autoridades a las cuales enteró de semejantes hechos, Max Barraza Sanjuan fue capturado en flagrancia cuando recibía el dinero que le había exigido al ciudadano.

ACTUACION PROCESAL

1. Con base en el informe que hacía conocer de la captura en flagrancia de Max Barraza Sanjuan (también fueron aprehendidos Alfredo Zapata Valiente y Nolys Ramos Barrera), la Fiscalía 40 delegada ante los Juzgados penales del circuito, abrió investigación penal el día 10 de septiembre de 2001 y ordenó escuchar en diligencia de indagatoria a los capturados.

2. El 17 de septiembre del mismo año, la Fiscalía mencionada resolvió la situación jurídica de los indagados, imponiéndole en lo que respecta a Barraza Sanjuan, medida de aseguramiento de detención preventiva como autor del delito de concusión (fs., 137).

3. El procesado Barraza Sanjuan, coadyuvado por su defensor, aceptó someterse a la figura de la sentencia anticipada, por cuya razón se llevó a cabo la diligencia de formulación y aceptación de cargos el día 21 de diciembre de 2001, en la cual se le imputó a título de autor la comisión del delito de concusión, que el sindicado aceptó sin reparos. (fs., 312)

4. El Juzgado cuarto penal del circuito de Cartagena, mediante sentencia del 26 de febrero de 2002, condenó al procesado a la pena principal de 5 años y cuatro meses de prisión, a la accesoria de multa en cuantía de 70 salarios mínimos legales mensuales vigentes y a la interdicción de derechos y funciones públicas por seis años (fs., 18 cuaderno juzgado).

5. Apelada la decisión, el 21 de enero de 2003 el Tribunal la modificó, imponiéndole al procesado la pena de sesenta meses de prisión y 43.34 salarios mínimos legales a título de multa.

6. Contra esta última decisión la defensa del sindicado recurre en casación.

DEMANDA DE CASACION

Con fundamento en la causal segunda del artículo 207 del código de procedimiento penal, se formula un cargo contra la sentencia de segunda instancia.

Según el demandante, el Tribunal desconoció el principio de congruencia que impone que la sentencia esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación.

En efecto, de conformidad con el artículo 40 del código de procedimiento penal, no le es dable al funcionario desconocer los derechos y beneficios que se derivan de la aceptación de los cargos formulados, lo cual ciertamente se ignora en la sentencia cuando

en lugar de ser consecuente con la imputación formulada y aceptada, termina por deducirle al sindicado circunstancias que no se tuvieron en cuenta a la hora de formularle los cargos que él consintió.

Así, pese a que el artículo 40 del código de procedimiento penal dispone que se dictará la sentencia de “acuerdo a los hechos y circunstancias aceptadas”, los jueces “resolvieron excederse en la dosificación punitiva actuando de manera caprichosa y conforme a imperativos personales que no atañen al sano juicio y racional apreciación de los hechos conforme a las reglas de la sana crítica.”

Tal pena es consecuencia de la consideración de agravantes que no fueron consignadas en la diligencia de formulación de cargos y que les permitieron a los jueces incrementar la pena, cuando en verdad ello no era posible, si se hubiese atendido el principio de congruencia. Esta manifestación del desatino de los funcionarios se concreta, en últimas, en el hecho de que tuvieron en cuenta, como causal de agravación genérica, la supuesta condición privilegiada que el sindicado ocupaba en la sociedad, siendo que “requisito esencial y elemento conformante del tipo penal es la calidad de servidor público.”

En conclusión, al haberse desconocido el principio de congruencia se incrementó la pena, en tal forma que de conformidad con la causal segunda del artículo 207 del código de procedimiento penal, se impone casar el fallo y en su lugar disponer la redosificación de la pena sin incluir la causal genérica de agravación indicada.

CONCEPTO DE LA PROCURADORA PRIMERA DELEGADA

En síntesis, lo que el demandante aduce con fundamento en la causal segunda de casación, es que en el fallo atacado se “infringió el principio de congruencia en razón a que se tuvo en cuenta la causal genérica agravante por la posición distinguida del acusado sin que en la formulación y aceptación de cargos se hubiera

contemplado en manera alguna.”

Le asiste razón al demandante. Claro, porque el Tribunal superior de Cartagena advirtió que en la formulación y aceptación de cargos no se hizo referencia a la circunstancia de mayor punibilidad cuestionada, aun cuando consideró irrelevante el hecho de que el juez de instancia la hubiese tenido en cuenta al momento de dosificar la pena, dado que a su juicio ello no implicaba desconocer el principio de congruencia.

Tal conclusión, la apoya el Tribunal en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, según la cual las circunstancias de agravación “como norma general, deben ser imputadas en el pliego de cargos, salvo las objetivas, esto es, aquellas evidentes en la sola narración del aspecto fáctico del proceso, por lo cual se hace innecesaria su mención expresa como agravante en la respectiva resolución de acusación.” ¹

De tal especie consideró el ad quem la posición distinguida del procesado en la sociedad (abogado vinculado a la Fiscalía como técnico judicial) y al estimar ese supuesto como agravante, se ubicó en los cuartos medios en cuanto al ámbito de punibilidad, “dada la concurrencia de una circunstancia de mayor y otra de menor punibilidad”, cuando no le era dable hacerlo.

Si bien es cierto ese había sido el criterio imperante, desde el 23 de septiembre de 2003, con Ponencia del Magistrado Herman Galán Castellanos, la Sala penal amplió su criterio modificando su postura, en lo esencial en los siguientes términos:

“Y es que, en este campo punitivo dentro del código penal 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 del actual, el ámbito punitivo puede moverse hasta los cuartos medios

y aún al cuarto máximo, cuando solo 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 el auto aluda 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 código penal, tampoco se tendrá en cuenta en la sentencia en respeto de la aludida congruencia, que es estructural en el debido proceso.” 2

De manera que a partir de esta decisión se exige que en la resolución de acusación se concrete la imputación del delito o delitos, como de igual manera toda causal de agravación, ya sea genérica o específica, al punto que el solo enunciado del supuesto fáctico es insuficiente para deducir la agravante en la sentencia.

De este modo, atendiendo la carencia de circunstancias genéricas de mayor punibilidad y la existencia de la atenuante relativa a la buena conducta anterior, se impone casar la sentencia y redosificar la pena en el marco del cuarto mínimo, como tal se solicita.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Estima la Corte que el cargo está llamado a prosperar por las razones que en seguida se expondrán:

Primero: En principio, quien manifiesta su deseo de someterse al trámite de la sentencia anticipada, al aceptar su responsabilidad en los cargos que se le formulan, renuncia a la posibilidad de controvertir la decisión con fundamento en su manifestación de voluntad de aceptar consecuencias que le son desfavorables.

La diligencia de formulación y aceptación de cargos es por esa razón intangible, de manera que no pueden ni el fiscal ni el juez variar o adicionar la acusación en los aspectos ya aceptados, salvo, según criterio mayoritario, que sea para favorecer al acusado. 3 Se puede si, claro, impugnar la decisión en todo aquello que se relacione con la dosificación de la pena, los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la extinción de dominio sobre bienes, 4 y también por supuesto en todo aquello que dice relación con la posible violación de garantías fundamentales.

Siendo fiel a ese concepto de irretractabilidad, el demandante no desconoce el núcleo de la imputación, sino que denuncia la ilegalidad de la sentencia que se manifiesta en la graduación de la pena, como consecuencia de la vulneración del principio de congruencia, que también es parte estructural del debido proceso, pero que por su especial configuración tiene un contenido propio (garantiza la unidad jurídica y conceptual del proceso, delimita el ámbito en que se desenvuelve el juicio y fija las pautas del proceso como contradictorio)5, pues se refiere solo a posibles defectos que alteran la necesaria equivalencia entre la acusación y la sentencia y nada mas que eso.

De éste modo, el demandante está legitimado para denunciar la ilegalidad del fallo, pues discute no la responsabilidad del procesado, sino los excesos del juzgador a la hora de enlazar la sentencia con los presupuestos de la acusación.

Segundo: La congruencia o equivalencia entre la acusación y la sentencia, sea que aquella esté contenida en la resolución acusatoria (artículo 395 del código de procedimiento penal) o en la diligencia de formulación y aceptación de cargos (artículo 40 idem) -, corresponde a la estructura material del debido proceso, que cuando se infringe tiene por sede la causal segunda de casación, razón por la cual, “su planteamiento le implica al demandante demostrar a la Corte que los hechos de la sentencia o su adecuación legal, incluidas naturalmente las circunstancias del delito, no corresponden a los del pliego de cargos sino que los desbordan.” 6

En ese orden, acierta el demandante, como también lo destaca el Ministerio Público, cuando acusa a la sentencia de ser violatoria del principio de congruencia, pues en la diligencia de formulación de cargos, que a su vez se apoya en la definición de situación jurídica, nada se dijo con respecto a la posición distinguida del procesado, como para que luego se considerase esa circunstancia de mayor punibilidad en las sentencias de instancia.

Tercero: Con relación a ese específico punto, que se constituye en el núcleo central de la ilegalidad que se denuncia, se expresó en la sentencia lo siguiente:

“Precisamente, el principio de congruencia, hace referencia a la incompetencia del juez para modificar la resolución de acusación, debido a que el fallador no puede variarla, adicionarla, introducirle modificaciones, etc. Sin embargo, en lo atinente a las circunstancias de agravación punitiva, la jurisprudencia ha señalado que es necesario distinguir entre las genéricas y las específicas (Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, radicación 10746 de febrero de 1998 y 11248 de abril de 1998). Con relación a las agravantes genéricas, el criterio de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia ha sido el de que, como norma general, deben ser imputadas en el pliego de cargos, salvo las objetivas, esto es, aquellas evidentes con la sola narración del aspecto fáctico del proceso, por lo cual se hace innecesaria su mención expresa como

agravante en la respectiva resolución de acusación.” (fs., 20 Tribunal)

Si bien en la decisión a la cual hace referencia el Tribunal, la Corte expresó que las circunstancias objetivas como tales corresponden y deben expresarse de acuerdo a su manifestación fáctica, también lo es que resaltó el imperioso deber, para guardar la coherencia necesaria, de que la acusación no debía dejar campo a la duda acerca de su configuración y de los elementos que la estructuran, de modo tal que se supiese sin ambages que esa circunstancia había quedado consignada como fuente de mayor punibilidad. En efecto, en ella se expresó:

“En los mas recientes pronunciamientos, ha sido entendido que tanto las circunstancias objetivas como las subjetivas deben estar sometidas, en mayor o menor grado, a juicios de valor, y que frente a esta realidad, ambas especies deben aparecer imputadas en la resolución de acusación, o su equivalente, para que puedan ser objeto de deducción en la sentencia, no siendo necesario que se las identifique por su nominación jurídica, o que sean citadas las disposiciones que las describen y señalan sus explicaciones punitivas (aunque lo ideal es que esto suceda), sino que el supuesto fáctico aparezca claramente definido en ella, y que no existe la menor duda acerca de su imputación (Cfr, Casaciones de diciembre 18 de 2000 y febrero 21 de 2001, M.P. Carlos Augusto Galvez Argote).”

Y finalmente expresó:

“En síntesis, se tiene que la Corte, en la actualidad, es del criterio que todas las circunstancias que impliquen incremento punitivo, específicas o genéricas, valorativas o no valorativas, en cualquiera de sus modalidades, deben hacer parte de la imputación fáctica de la acusación para que puedan ser deducidas en la sentencia, siendo suficiente para que esta exigencia se cumpla que el supuesto de hecho que las

estructura aparezca claramente definido en ella, de suerte que su imputación surja inequívoca de su contenido.” 7 (resaltado fuera de texto)

Apoyado en estas decisiones, el Tribunal construyó la circunstancia de agravación, para él objetiva, referida a la posición distinguida que el procesado ocupaba en la sociedad, toda vez que el sindicado se desempeñaba como Técnico judicial de la Dirección de Fiscalías de Cartagena. Es decir, este supuesto que está claramente probado en el expediente y que dice relación con la calidad de servidor público inherente al tipo penal de concusión, el Tribunal lo edificó, a su vez, axiomáticamente, en condición objetiva de mayor punibilidad.

Para demostrar este aserto, conviene transcribir los principales aparte de la diligencia de formulación de cargos, en la cual se expresó lo siguiente:

“La conducta del sindicado se adecua al tipo penal de concusión, artículo 404 del código penal, en atención a su calidad de funcionario público y al accionar desplegado. La pena del punible de concusión corresponde a (sic) seis a diez años de prisión y multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 5 a 8 años. Antijuridicidad. El comportamiento de Max Barraza Sanjuan es antijurídico pues se lesionó el bien jurídico de la administración pública no apareciendo causal que justifique tal comportamiento. Imputabilidad y culpabilidad. Los elementos de juicio aportados al proceso permiten afirmar que Barra Sanjuan en el momento de la realización de la conducta se hallaba (sic) en condiciones que le permitían comprender la ilicitud de su comportamiento y de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Sin duda, Barra Sanjuan realizó el hecho con conocimiento del significado antijurídico y con el propósito de llevarlo a cabo.” (fs., 311 y 312)

Sobre esta base el Juzgado concluyó:

“El sentenciador solo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurran circunstancias de atenuación y agravación punitivas, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitivas, al hacer la dosimetría penal en el delito de concusión de 6 a 10 años de prisión y, al convertir el mínimo y el máximo de dicha penalidad se debe tener en cuenta que la conducta se realizó por promesa remuneratoria, la posición que ocupa el funcionario en la sociedad por el cargo respectivo, nos da....”

El Tribunal al conocer el recurso de apelación, argumentó lo siguiente sobre esa temática:

“En el asunto que se revisa, no vulnera el fallador de primer grado el mentado principio de congruencia, pues aun cuando tal circunstancia de mayor punibilidad no se señaló expresamente en el pliego de cargos, la misma se deduce de los hechos relacionados en el expediente, por ser de aquellas denominadas ‘objetivas’, que no requieren – según lo enseña la rectora de la jurisprudencia penal – consagración explícita.” (fs., 20 cuaderno Tribunal. Resaltado fuera de texto)

Como se comprende, en la diligencia de formulación de cargos no se mencionó la agravante, ni fáctica ni jurídicamente, sino que ella se dedujo a posteriori, primero en el confuso lenguaje de la sentencia de primer grado y luego en el mas elaborado pero igualmente equivocado de la de segunda instancia, con lo cual se eludió el principio de congruencia y la necesaria lealtad que él expresa como garantía para la realización material del debido proceso.

Cuando menos – y esa es la lectura que debe hacerse de los textos jurisprudenciales –, las circunstancias de mayor punibilidad reclaman una fundamentación

acorde con su naturaleza, de manera que por mas objetivas que ellas sean no están exentas de juicios de valor, aun cuando ciertamente unas requieran, por su configuración subjetiva, de un plus adicional, sin que en todo caso, en unas y otras no sea, hoy por hoy, necesario la imputación fáctica y jurídica, en atención al marcado perfil normativo de la imputación. 8

En ese contexto, nótese que la posición distinguida en la sociedad requiere de precisos juicios de valor acerca del papel que una persona desempeña en la sociedad, de modo tal que esa situación pueda ser considerada como fuente de un mayor juicio de exigibilidad personal y social.

Advertido, entonces, que el Tribunal no dictó el fallo en armonía con la acusación, en lo que respecta a la agravante que construyó desde su particular – y único – punto de vista, la sala casará el fallo y dictará el de reemplazo (numeral 1 del artículo 217 del código de procedimiento penal).

Cuarto: Erigida la Corte en Tribunal de instancia, observa que el delito de concusión que le imputó a Barraza Sanjuan tiene asignada una pena de seis (6) a diez (10) años de prisión, multa de 50 a 100 salarios mínimos legales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

Al no habérsele formulado ninguna circunstancia de mayor punibilidad, la pena debe asignarse, de conformidad con el artículo 61 del código penal, en el primer cuarto, es decir, entre seis y siete años de prisión.

El conocimiento que tenía el servidor público, dada su condición de abogado y de técnico judicial de la Fiscalía General de la Nación, revela la manifiesta intensidad del dolo, la cual se expresa en el mayor desvalor del injusto, pues precisamente por ese conocimiento y condición, el daño que se le causa a la administración pública y a la de justicia en especial, como garante de la imparcialidad en el marco de honestidad en la

resolución de los conflictos, se traduce en la defraudación real y cierta de esa expectativa social.

En consecuencia, en atención a esos supuestos, partiendo de 72 meses que es la pena mínima, la pena será de 78 meses de prisión, cifra a la cual se le descontará la tercera parte por virtud de la aceptación de cargos, para un total de 52 meses de prisión.

Con base en esos mismos argumentos y guarismos, la pena de multa será de 36.11 salarios mínimos, que corresponden a 54.16 salarios que sería la pena mínima, menos 18.05 salarios de descuento por la tercera parte a que tiene derecho.

En el caso de la Interdicción de derechos y funciones públicas, siguiendo esos mismos parámetros, el tiempo será de 49 meses y ocho días.

Por lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE

Primero: Casar la sentencia de fecha y origen impugnada.

Segundo: En consecuencia, condénase a Max Antonio Barraza Sanjuan, a la penas de 52 meses de prisión, multa de 36. 11 salarios mínimos legales e interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso de 49 meses y ocho días.

En lo demás se mantiene la decisión de primera instancia.

Cópiese, Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen

MARINA PULIDO DE BARON

SIGIFREDO	ESPINOSA PEREZ	HERMAN GALAN CASTELLANOS	
ALFREDO	GOMEZ QUINTERO	EDGAR	LOMBANA TRUJILLO
ALVARO	O PEREZ PINZON	JORGE QUINTERO MILANES	
YESID	RAMIREZ BASTIDAS	MAURO SOLARTE PORTILLA	
TERESA RUIZ NUÑEZ			

Secretaria

1 Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, sentencia del 4 de abril de 2001, M.P. Fernando Arboleda Ripoll.

2 Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, sentencia del 23 de septiembre de 2003, M.P. Herman Galán Castellanos.

3 Cfr, Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, sentencia del 18 de diciembre de 2003, radicado 17308, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

4 Cfr, con mayor detalle, Corte Suprema de Justicia, auto del 6 de junio de 2004, radicado 22160, M.P. Edgar Lombana Trujillo.

5 Corte Suprema de Justicia, sentencia del 27 de marzo de 2003, radicado 18171, M.P. Jorge Anibal Gómez Gallego.

6 Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, sentencia del 12 de julio de 2001, radicado 11288, M.P. Carlos Eduardo Mejía escobar.

7 Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, sentencia del 4 de abril de 2001, M.P. Fernando Arboleda Ripoll.

8 Cfr., en este sentido, sentencia del 25 de febrero de 2004, Sala de casación penal, radicado 16170, M.P. Alfredo Gómez Quintero.