

Proceso No 22299

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Aprobada Acta N° 54

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

VISTOS:

Resuelve la Sala los recursos de apelación oportunamente interpuestos y sustentados por el Defensor y el Procurador 134 Judicial II Delegado ante el Tribunal Superior de Montería, contra la sentencia de febrero 27 de 2004 a través de la cual la mencionada Corporación condenó al doctor ALBERTO CAYETANO BURGOS BURGOS, Juez Penal del Circuito de Sahagún, a la pena de treinta y seis (36) meses de prisión, multa de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años, y le concedió el sustituto de la condena de ejecución condicional, al hallarlo autor penalmente responsable de la conducta punible de prevaricato por acción.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Los sucesos que dieron origen a la presente investigación penal fueron adecuadamente relacionados en el fallo impugnado, de la siguiente manera:

“El 15 de junio de 2001, el Juzgado Promiscuo Municipal de Sahagún condenó a 6 meses de prisión a José David Dumar Zuleta como autor de la contravención especial de daño en bien ajeno, en razón a que en la madrugada del 18 de marzo de 2001 el citado Dumar Zuleta rompió intencionalmente un ventanal de vidrio de la casa del querellante Víctor José del Bechio Díaz, avaluado en la suma de \$250.000.00.

Al ser apelada esta decisión –por el defensor del procesado-, el Juez Penal del Circuito de Sahagún, Dr. Alberto Cayetano Burgos Burgos, mediante proveído del 1° de agosto de 2001, declaró que la acción contravencional en las citadas diligencias no podía iniciarse y mucho menos proseguirse porque al momento de ponerse en conocimiento los hechos no se acreditó la calidad de querellante legítimo; se desconoce con qué derecho el señor del Bechio Díaz presentó querella contra Dumar Zuleta y, por tanto desde su inicio debió inadmitirse la querella. En consecuencia, ordenó la cesación de todo procedimiento contravencional respecto de David Dumar Zuleta.

Inconforme con esta decisión, el señor del Bechio Díaz denunció al Juez Penal del Circuito de Sahagún por los presuntos delitos de prevaricato por acción y abuso de autoridad.”

2. Como consecuencia de lo anterior y de algunas pruebas acopiadas durante la indagación previa, la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Montería, mediante resolución de fecha marzo 15 de 2002, abrió formalmente investigación penal contra el referido funcionario y lo vinculó a través de indagatoria resolviéndosele situación jurídica el 8 de junio siguiente en el sentido que, de conformidad con las pruebas producidas hasta ese momento, había adecuado su comportamiento a la especie delictiva de prevaricato por acción, pero se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento de detención preventiva por estar cumplidos los fines de la misma, decisión que fue confirmada por la Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia el 16 de septiembre de 2002 al resolver el recurso de apelación interpuesto por el procesado.

3. Clausurada la etapa instructiva, se profirió en contra del mencionado funcionario resolución de acusación el 16 de enero de 2003 por esa conducta punible, providencia que alcanzó ejecutoria el 20 de junio siguiente cuando la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia la confirmó al resolver la alzada que había interpuesto el doctor BURGOS BURGOS.

4. La fase procesal del juicio fue adelantada por el Tribunal Superior de Montería, Corporación que una vez concluida la audiencia pública, dictó el 27 de febrero de 2004 sentencia condenatoria en los términos inicialmente indicados, decisión que, como atrás se indicó, es objeto de la apelación interpuesta por la Defensa y el Ministerio Público.

LA DECISIÓN IMPUGNADA:

1. La conducta desarrollada por el doctor BURGOS BURGOS encuadra en el tipo objetivo de prevaricato por acción previsto en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, porque al dictar la providencia de fecha agosto 1° de 2001 por medio de la cual cesó procedimiento a favor de José David Dumar Zuleta, con el argumento que la acción contravencional contra éste no podía iniciarse o proseguir debido a que no se encontraba acreditada la calidad de querellante legítimo de Víctor José del Bechio Díaz, es una decisión manifiestamente contraria a la ley (artículos 27, 29 y 30 del Decreto 2700 de 1991, vigente para el momento de instaurarse la acción) porque esa preceptiva no exigía que el querellante tuviera que “acompañar las probanzas ya preconstituidas que acreditaran la calidad con la que actuaba o que afirmaba tener”, de tal manera que estando expresamente regulados los requisitos y condiciones para que la persona afectada directamente por un hecho punible pudiera ejercer su derecho de formular la respectiva denuncia, el Juez acusado no podía hacer nugatoria esta facultad mediante exigencias no previstas en el ordenamiento jurídico.

2. El comportamiento del doctor BURGOS BURGOS resulta igualmente antijurídico porque con su proceder vulneró el bien jurídico de la administración pública, lesionó la confianza en él depositada como servidor del Estado y de la sociedad, generando desazón e inquietud en los ciudadanos frente a la administración de justicia, al dejar de lado el debido proceso e impidiendo el derecho del querellante a obtener el resarcimiento de perjuicios y la sanción del responsable de la conducta contravencional denunciada.

3. Y obró dolosamente porque, a pesar de su amplia trayectoria judicial, no es posible admitir que su decisión hubiera obedecido a una interpretación errónea de las normas que regulan la figura de la querella debido a que no abrigaban complejidad alguna y entonces no podían ser entendidas en un sentido diferente a reconocerle a la víctima directa de la conducta punible su condición de querellante legítimo sin más exigencias que las expresamente previstas en la ley.

La intención del doctor BURGOS BURGOS de querer consciente y voluntariamente anteponer su criterio al nítido y claro mandato legal, se acredita al tergiversar el contenido de la querella formulada por Víctor José del Bechio Díaz e ignorar los elementos probatorios existentes en el proceso:

Lo primero, porque no obstante reconocer que únicamente la víctima o sujeto pasivo del hecho punible es quien puede acudir a la justicia para formular la querella, le negó tal calidad a del Bechio Díaz, sin embargo de éste haber afirmado bajo la gravedad del juramento que los daños de que daba cuenta habían sido causados en la casa de su propiedad, con el argumento incongruente de no saber “a qué título o con qué capacidad actuaba el señor Víctor José del Bechio Díaz” debido a que “se hace aparecer como dueño de la residencia donde rompieron los vidrios, sin que exista en el dossier o expediente la prueba de tal calidad (Certificado de Matrícula Inmobiliaria)”, categoría y requisito no exigidos por la normatividad vigente.

Y, lo segundo, porque en el proceso sí existía prueba que demostraba la condición de querellante legítimo con que obró del Bechio Díaz, como que en la misma denuncia la víctima manifestó bajo la gravedad del juramento que los daños fueron causados en el ventanal de su casa y esa afirmación aparece corroborada por la declaración de su hijo José Mario del Bechio Peñate, el informe del C.T.I. que practicó inspección judicial al inmueble, el perito que avaluó los destrozos causados y el testimonio de Ulises Manuel Martínez, celador del barrio, quienes son coincidentes en afirmar que los daños fueron causados en la casa ubicada en la carrera 11 N° 7-120 de propiedad o donde reside Víctor José del Bechio Díaz.

Estos elementos de juicio no podían ser ignorados so pretexto de no haberse allegado prueba escrita porque en el estatuto procedimental penal rige el principio de libertad probatoria (artículo 237 Ley 600 de 2000) en virtud del cual los elementos constitutivos del delito, la responsabilidad del imputado y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, pueden demostrarse con cualquier medio probatorio a menos que la ley exija prueba especial y respetando siempre los derechos fundamentales.

Lo anterior pone de presente la conciencia que tenía el procesado sobre el carácter ilícito de su conducta, y por tanto, lo condenó a la pena principal inicialmente indicada y le otorgó la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

LAS IMPUGNACIONES:

1. Del defensor:

1.1. El Tribunal al concluir que el procesado incurrió en el delito de prevaricato por acción al apartarse en forma clara y ostensible de la normatividad vigente, olvidó el contenido del artículo 30 del Decreto 2700 de 1991 no obstante su cita en la sentencia,

pues no se le hizo producir los efectos de la misma que indican que la querella “únicamente” puede ser presentada por el sujeto pasivo de la conducta punible, lo cual significa que para la validez de la querella requiere estar acreditada tal condición.

El doctor BURGOS BURGOS no exigió por voluntad suya un requisito no previsto en la ley, como lo afirma el a quo, sino que señaló en su providencia que no estaba acreditada la condición de querellante legítimo toda vez que no bastaba la sola afirmación de quien acude a la justicia para tener por demostrado ese presupuesto procesal.

1.2. El procesado pudo haberse equivocado, pero ese error no fue manifiestamente contrario a ley, como lo exige el tipo penal del prevaricato. No fue una actuación grosera o caprichosa frente a la aplicación de la ley sino que la normatividad procesal sobre la querella permite requerir la necesidad de acreditar la condición de sujeto pasivo del delito, que fue lo exigido por su defendido en el auto mencionado.

1.3. La conducta investigada resulta atípica porque la providencia por medio de la cual el doctor BURGOS BURGOS optó por cesar el procedimiento adelantado no es manifiestamente ilegal si se compara su contenido con el texto legal, sin que tampoco esté acreditado el tipo subjetivo porque el acusado entendió que el a quo falló al iniciar la actuación contravencional sin estar acreditada la condición del sujeto pasivo, limitándose a efectuar tal declaración, sin entrar a ocuparse de las pruebas practicadas en el proceso y sobre la legalidad del fallo.

Esto quiere decir que el procesado no desconoció las pruebas existentes en el proceso como lo afirma el Tribunal (declaración del hijo del denunciante y la inspección judicial), sino que estas son posteriores al momento de instaurarse la querella y a lo que se refirió el doctor BURGOS BURGOS fue precisamente a la falta de demostración de la calidad de querellante al iniciarse la actuación procesal.

1.4. Entonces concluye que su defendido pudo haberse equivocado, pero sin incurrir en el delito por el cual fue juzgado y condenado, reclamando en consecuencia que la Corte revoque la sentencia y en su lugar lo absuelva.

1. Ministerio público:

2.1. El Tribunal consideró que el comportamiento del funcionario investigado es típico porque si el artículo 30 del Decreto 2700 de 2001 establecía que la querella únicamente la podía presentar el sujeto pasivo de la conducta punible, no resultaba válido exigirle al denunciante que acreditara con “pruebas preconstituidas” la condición con la que actuaba, criterio que no comparte porque si bien la ley no exige al querellante acompañar o presentar con la queja la prueba de que tiene legitimidad para obrar, esa demostración tiene que estar acreditada en el curso del proceso pues de lo contrario faltaría ese presupuesto procesal que convalida el ejercicio de la acción penal.

En la situación que estudió el doctor BURGOS BURGOS encontró que la prueba que demostraba la condición de querellante legítimo del denunciante Víctor José del Bechio Díaz no aparecía en la actuación con lo cual fallaba ese presupuesto procesal, luego la decisión no podía ser distinta de la asumida por el acusado quien, con la mejor buena fe, estimó o consideró que dicha prueba brillaba por su ausencia.

Y si lo que se denunciaba eran los daños causados a la casa de habitación del querellante, solamente la querella la podía presentar su propietario y esa condición la tenía que demostrar. Esa prueba fue la que en ejercicio de su autonomía interpretativa no encontró allegada el Juez investigado a la hora de resolver la segunda instancia y por dicha razón ordenó la cesación de procedimiento, luego nada más alejado de la realidad sostener que su conducta es objetivamente típica.

2.2. Frente a la antijuridicidad de la conducta imputada al doctor BURGOS BURGOS critica que el a quo hiciera afirmaciones teóricas, genéricas y sin ningún soporte con la realidad, porque ninguna desazón ni inquietud produce entre los ciudadanos el discurrir de un juez que se limita a interpretar la ley referente a la prueba con la que se acredita en nuestro medio la propiedad y la situación jurídica de los bienes inmuebles que lo es con el certificado del registrador de instrumentos públicos.

Como el entendimiento del doctor BURGOS frente a este aspecto fue el tradicional e inveterado, nada ni nadie puede llamarse a sorpresas, al punto que sí causaría alarma en la sociedad que se diga que la propiedad sobre los bienes raíces puede demostrarse con informes de policía o con declaraciones de parientes y amigos, de modo que la antijuridicidad de la conducta investigada es inexistente.

2.3. En relación con el dolo que el a quo le imputa al funcionario investigado, la Corte con la simple lectura de la providencia presuntamente prevaricadora se dará cuenta que el procesado no actuó caprichosamente y sin fundamento, porque podrá decirse que su motivación es equivocada, torpe si se quiere, pero jamás con el propósito de contrariar conscientemente la ley.

Reprocha el Tribunal que el doctor BURGOS BURGOS hubiera negado la condición de sujeto pasivo de la conducta punible del querellante a pesar de que éste bajo la gravedad del juramento dijo que le rompieron los vidrios de su casa, pero ese daño en bien ajeno sólo lo podía denunciar el propietario de la cosa dañada porque se trata de una conducta contra el patrimonio económico cuya titularidad recae en persona determinada, natural o jurídica, la cual debe acompañar la prueba que demuestre esa condición a efectos de cumplir con dicho presupuesto procesal.

En relación con las pruebas supuestamente ignoradas por el funcionario investigado, encuentra el representante del Ministerio Público que el propietario de un bien inmueble

no puede atribuirse la prueba del dominio que alega tener sobre el mismo, como tampoco acreditarlo con el testimonio de su hijo y menos aún con la inspección judicial donde se avaluó el monto de los daños causados o con el testimonio del celador del barrio Ulises Manuel Martínez, pues le parece en extremo exagerado considerar que un juez prevarica y condenarlo en consecuencia, cuando no acepta como prueba de la propiedad de un bien inmueble medios como los indicados por el Tribunal.

Y, por último, la libertad probatoria no es absoluta sino relativa porque el mismo artículo 237 del estatuto procesal penal enseña que “a menos que la ley exija prueba especial”, luego no puede obligarse a un juez que dé por satisfecho el presupuesto procesal de la legitimidad de la querella en un caso de daño en bien ajeno, sólo porque el propio denunciante, un hijo de él y el celador del inmueble digan que efectivamente le pertenece. Por lo menos, debía concedérsele el beneficio de la duda y absolverlo.

Al encontrar entonces demostrado que la conducta del doctor BURGOS BURGOS no es típica de prevaricato por acción, delito por el cual fue condenado, solicita que la providencia impugnada sea revocada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. El punible de prevaricación del funcionario público lo tipifica el artículo 413 de la Ley 599 de 2000 -vigente para la época de los hechos- en estos términos:

El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley incurrirá en...

2. Para la fecha en la cual Víctor José del Bechio Díaz acudió a la Administración de

Justicia para decirle de la agresión sufrida (marzo 18 de 2001), regía el Decreto 2700 de 1991, que en su artículo 29, modificado por el artículo 1° de la Ley 81 de 1993, indicaba que

“La querella y la petición son condiciones de procesabilidad de la acción penal. Cuando la ley exija querella o petición especial para iniciar el proceso, bastará que quien tenga derecho a presentarlas formule la respectiva denuncia ante autoridad competente, con las mismas formalidades y facultades establecidas en el artículo 27.”

Y en lo que tiene que ver con el querellante legítimo, el artículo 30 en lo pertinente señalaba:

“Salvo los casos especialmente previstos en el Código Penal, la querella únicamente puede ser presentada por el sujeto pasivo del hecho punible...”

La querella debe entenderse como una manifestación de voluntad del sujeto pasivo y a la vez un acto de disposición de capacidad jurídica que da lugar a la iniciación del proceso penal. La querella legítima hace pues relación a dos aspectos: voluntad y capacidad civil.”

3. Con ese marco normativo, el doctor BURGOS BURGOS, Juez Penal del Circuito de Sahagún, al conocer del recurso de apelación que la defensa interpusiera contra el fallo condenatorio de primer grado que impuso a José David Dumar Zuleta seis (6) meses de prisión y la indemnización de perjuicios estimada en \$250.000.00 como autor penalmente responsable de la contravención especial de daño en bien ajeno, optó en auto del 21 de agosto de 2001 por cesar procedimiento al considerar que la acción no podía haberse iniciado ni proseguir por ilegitimidad del querellante, al alero de estas razones:

“Una atenta y cuidadosa revisión del expediente permite entender que la

infracción que se le imputa al señor JOSÉ DAVID DUMAR ZULETA, es la contravención especial de daño en bien ajeno contemplada en el numeral 19 artículo 1° de la Ley 23 de 1991, que de acuerdo con el artículo 2° de la Ley 81 de 1993, requiere para que se pueda iniciar la acción penal QUERELLA. Y si la ley habla de querella, contrario a lo que sucede con la simple denuncia, es para que se tenga en cuenta que únicamente la VÍCTIMA o sujeto pasivo del delito, que es la receptora de las imputaciones, es quien puede acudir a la justicia para la formulación de la querella para que se inicie la investigación del ilícito cometido.

Como se puede observar se ha presentado una querella, que en verdad, apenas tiene de ésta, el nombre, por ser lisa y llanamente en una denuncia (sic), que es inaceptable, para la especie de infracción que se investigó, y por lo tanto se ha configurado lo que el Código de Procedimiento Penal, llama en su artículo 50 ilegitimidad de la personería, y que en el proceso civil podría denominarse más técnicamente falta de legitimación en la querella, que entran o no permiten iniciar investigación, por no constituir una condición de procesabilidad, según el artículo 29 del Código de Procedimiento Penal.

A lo anterior debe anotarse, en vía de aclaración de conceptos que si bien es cierto que la querella basta formularse como cualquiera denuncia (sic), también lo es que sólo podrá hacerlo quien tenga derecho a formularla (inciso 1°, artículo 29 del C. de P.P.), y en este evento sub examine no se sabe a qué título o con qué capacidad actuó el señor VÍCTOR JOSÉ DEL BECHIO DÍAZ. Y refuerza esta afirmación el hecho de que dicho señor se hace aparecer como dueño de la residencia donde rompieron los vidrios, sin que exista en el dossier o expediente la prueba de tal calidad (Certificación de Matrícula Inmobiliaria).

En este orden de ideas, y para mayor claridad, debe anotarse también, que la calidad con que se actúa en la querella o petición especial debe probarse de

antemano, es decir, al momento de ponerse en conocimiento los hechos, deben acompañarse las probanzas ya preconstituidas, porque si así no sucede, lo lógico es rechazarlas, por la ilegitimidad. Un secuestre por ejemplo, que desee presentar una querella por razones de su oficio o condición, obviamente, que de inmediato debe aportar o agregar el documento que lo acredita como tal, y si se trata de una persona dueña de un bien inmueble, que quiera hacer valer esta condición, por la misma razón, debe probar el dominio o propiedad con el certificado de matrícula inmobiliaria.

En síntesis, no se sabe a ciencia cierta, con qué derecho presentó querella el señor VÍCTOR JOSÉ DEL BECHIO DÍAZ contra el joven JOSÉ DAVID DUMAR ZULETA, y por tanto, desde su inicio, debió inadmitir la querella, por faltar las condiciones de procesabilidad de que se ha hablado. En estas circunstancias se declarará extinguida la acción contravencional y en consecuencia la cesación de todo procedimiento, por razón de que la actuación no podía iniciarse y tampoco proseguirse, según lo manda el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal.”

4. Esta interpretación la reiteró cuando rindió versión libre y en indagatoria: al examinar el proceso llegado a su conocimiento en segunda instancia, notó que la actuación carecía de acreditación de la legitimidad del querellante porque, en tratándose de la contravención especial de daño en bien ajeno, únicamente el sujeto pasivo, que en este caso –según su entender por haberse presentado como propietario-, sólo era el dueño del inmueble que sufrió la ruptura del vidrio quien podía incentivar el ejercicio de la acción penal, calidad cuya ausencia se convirtió en razón para que se inclinara por cesar el procedimiento.

5. La Constitución Política establece el derecho penal de acto como principio rector (artículos 6, 28, 29, 86), axiología según la cual el delito es ante todo conducta o comportamiento humano más la determinación legal que efectúa la ley

penal, según el artículo 9 cp-2000 y conocida como proceso de tipificación, de donde se dice que delito es hacer humano naturalistíicamente entendido y a la vez calificado, determinado y descrito con elementos normativos propios del orden jurídico que implican un desvalor, es decir, que delito es algo ontológico con definición jurídica.

Así, pues, por expresa previsión constitucional y legal, la conducta junto a la afectación del bien jurídico, son los dos pilares o elementos básicos de la descripción legal (tipo), estando la primera necesariamente inserta en la estructura del tipo legal que la prohíbe, y conformada por unas partes subjetiva y objetiva, que hacen parte del tipo penal.

6. Lo subjetivo o elementos síquicos, es el proceso ideativo de la acción, representación o motivación, que constituyen el proceso selectivo de los mecanismos o medios y la voluntad que mueve al acto. Lo objetivo es la exteriorización del comportamiento que se proyecta con relación a bienes jurídicos que son objeto de tutela penal, bien lesionándolos o colocándolos en peligro efectivo.

Es que cuando el Legislador en ejercicio del poder punitivo del Estado para salvaguardar bienes jurídicos (artículos 2, 16 Const. Pol.), tipifica un comportamiento como delito, lo hace con la finalidad de dirigirse a los asociados a fin de que conociendo de antemano ese desvalor jurídico que se le asigna al comportamiento -conducta prohibida penalmente-, los ciudadanos se abstengan de realizarlo y dirijan su comportamiento en el mundo de relación conforme a las exigencias normativas, lo que supone que el legislador se dirige a la conducta real de los asociados, esencialmente al proceso de motivación, a lo síquico o subjetivo de las personas para que a partir de ese conocimiento enmarquen su actuación.

También el legislador patrio acogió con la mejor doctrina contemporánea que el tipo penal no es neutro sino que lleva valoración, para permitir figuras como la del tipo

de injusto según la cual para que el acto sea típico debe ser antijurídico, como se desprende -entre otros- de los artículos 9 -tan vinculado conceptualmente con el artículo 29 inc. 2 Superior- y el 32-10 inc. 1º parte segunda del cp.

7. En consecuencia, el cp-2000 indica en los artículos 21-25, especialmente, que los elementos subjetivos se ubican en la conducta y, por consiguiente, al interior del tipo legal, razón para señalar entre sus especies la dolosa, culposa o preterintencional, vale decir, que el conocimiento, representación y voluntad son elementos propios del acto, y como el acto, acción o conducta es el núcleo del tipo, deviene en consecuente inferencia que en los delitos dolosos, el dolo hace parte de la estructura típica, como lo hace la ley al definir en el artículo 32-10 el error de tipo, que se configura cuando el actor obra desconociendo (elemento representativo) que en su hacer concurren los elementos objetivos del tipo o persuadido de que concurren presupuestos fácticos de una causal de justificación.

De otra manera: el cp acoge un concepto complejo de tipo integrado básicamente por dos sustratos o fases: subjetiva y objetiva. La primera, compuesta a la vez por dolo, culpa o preterintención y en algunos tipos, por los llamados elementos anímicos o teleológicos, especiales procesos de motivación o finalidades que por excepción suelen incluirse en el tipo junto al dolo, caso de los móviles bajos, eróticos, la piedad, las finalidades de lucro o repercusión política, etc. Y la segunda, por la parte externa de la acción, la afectación al bien jurídico tutelado (lesión o peligro de lesión) y por la relación jurídica que permite imputar o atribuir el resultado a la conducta del autor.

8. Así mismo, el estatuto penal de 2000 consagró como causales de ausencia de responsabilidad (artículo 32) los ya tradicionales errores de tipo (num.10) y de prohibición (num.11), la primera clase en su especie clásica ("se obre con error invencible

de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica”) más “de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad”, errada representación sobre lo material, fenomenológico o fáctico de las causas de justificación, verbi gratia, en la legítima defensa, yerro en el acto de agresión, que otrora configuraba la defensa putativa, error de prohibición o sobre el elemento antijuridicidad (artículo 40-3 cp-80), que no es sobre lo normativo o jurídico de esa institución (artículo 32-11 cp-2000).

9. Esos yerros pueden clasificarse también en los rangos de invencibles y vencibles, con consecuencias jurídicas diversas porque en el error de tipo vencible, la conducta se pena si la ley la registra como culposa, mientras que en el error de prohibición vencible, se castiga con una mitigación punitiva de la mitad.

10. El error de tipo invencible es la errada interpretación que no le era exigible al autor superar, o en otros términos, que ni aún actuando en forma diligente y cuidadosa habría podido llegar a otra conclusión, esto es, que el error invencible no depende de culpa o negligencia. Y, el error de tipo vencible es aquella falsa representación que el autor había podido evitar o superar si hubiere podido colocar el esfuerzo, el ejercicio representativo a su alcance y que le era exigible, es decir, el error que le era dado superar atendiendo a las condiciones de conocimiento, oportunidad y demás circunstancias temporo-espaciales que rodearon el hecho.

11. El tipo de lo injusto de la prevaricación en su fase subjetiva es esencialmente doloso y además reclama en su descripción que la providencia, en este caso judicial, sea “manifiestamente contraria a la ley”, lo cual implica que el autor tenga la representación efectiva y actual (artículo 22 cp) de la contrariedad de la decisión con la ley.

12. Se imputa al doctor BURGOS como acción punible el haber revocado una

sentencia de condena para en su lugar cesar procedimiento con el argumento que la acción penal no podía haberse iniciado ni proseguirse porque la infracción exigía querrela de parte legitimada, la cual a su juicio y debido a que se trataba de daño en propiedad inmueble, requería la prueba correspondiente y se acreditara el dominio del bien. Entendió, pues, que esa prueba no podía ser otra que la escritura pública a través de la cual se celebró el negocio de compraventa correspondiente y, principalmente, el certificado de tradición, como así lo establecían las leyes civiles, de lo cual dedujo que no habiéndose aportado en su momento por el quejoso esa prueba del dominio del inmueble objeto del daño, no se había demostrado la calidad de querellante legítimo, situación que determinaba, según las leyes vigentes del procedimiento penal, que la acción no podía iniciarse.

13. Se evidencia que el juez BURGOS se motivó en la convicción y representación de que la acción penal no podía iniciarse por la ausencia de prueba solemne, de donde se colige en el sustrato representativo de su comportamiento la ausencia de dolo porque no obró con la representación de que en su conducta concurrían los elementos que hacían de la sentencia una decisión manifiestamente ilegal y, muy por el contrario, obró persuadido de que su determinación era adecuada a la ley ante la certeza de que la única prueba que legitimaba al querellante era la prueba por él extrañada, configurándose así en su actuar la contrapartida del dolo llamada error de tipo pues si el dolo es, según las voces del artículo 22 cp, el actuar con el conocimiento de la concurrencia de los elementos que constituyen la descripción típica respectiva y querer su realización, el error de tipo es precisamente -en su primera modalidad-, actuar desconociendo o no representándose por error invencible de la concurrencia en su conducta de esos elementos.

En el error de tipo si bien el autor obra voluntariamente, no se ha representado, por ejemplo, que el documento que entrega a otro es falso, que la persona con la cual realiza acceso carnal es consanguínea, la cosa es ajena o que la resolución que dicta es

contraria a la ley, en una palabra, en esta forma de error el autor desconoce que su comportamiento se subsume en un tipo penal.

14. De la misma manera, aparece evidente que el juez no solo obró al exagerar en la exigencia de esos requisitos de procedibilidad, en la falsa creencia sobre la legalidad de su determinación sino que además el error le resultaba invencible si se tiene en cuenta que las normas de la ley civil (artículos 756 y 1857 Código Civil) requerían para probar la calidad de propietario de prueba solemne, como además lo demandan algunos importantes doctrinantes nacionales. La subjetividad de su representación lo llevó a la convicción de que obraba conforme a las exigencias de la ley civil que debía ser aplicada como elemento de reenvío al interior del proceso penal, lo cual conlleva la ausencia de dolo por error de tipo y la consecuente atipicidad subjetiva de su conducta.

15. Y si, finalmente, se estimara que el error de tipo en que incurrió el doctor BURGOS BURGOS fue vencible, como no hay tipicidad culposa de esta especie delictiva, su conducta también por esta variable resulta intrascendente para el derecho penal.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1°.- REVOCAR en todas sus partes la sentencia condenatoria proferida el 27 de febrero de 2004 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, y en su lugar, ABSOLVER al doctor ALBERTO CAYETANO BURGOS BURGOS de los cargos que le fueron formulados por el delito de prevaricato por acción, supuestamente cometido en el ejercicio del cargo de Juez Penal del Circuito de Sahagún, por atipicidad subjetiva.

2°.- Devolver el expediente al lugar de origen.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
TRUJILLO

ÉDGAR LOMBANA

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN JORGE
MILANÉS

LUIS QUINTERO

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

Adición de voto

Aclaración de voto

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

ADICIÓN DE VOTO

Auspiciado para que ampliara el espectro de fundamentos dogmáticos que soportaran la absolución del juez BURGOS BURGOS, emprendí la tarea proponiendo varias alternativas de solución al importante caso debatido, la primera de las cuales sólo fue deficitariamente respaldada por la Sala pero que quiero hacer trascender, y que decía así:

1. La dogmática jurídico-penal, que involucra los principios a través de los cuales se construyen las teorías de la pena y del delito, y sus derivaciones sistemáticas en el derecho penal, necesariamente tiene que estar irradiada por el acervo valoral de la [Constitución Política](#) como su fuente inspiradora, en cuyo contexto se intercalan -entre varios- los valores de justicia material y orden justo, el principio fundante del Estado de la dignidad humana, el principio-presunción de la buena fe en el actuar de las personas y los derechos fundamentales del servidor judicial a la independencia y a la autonomía (artículos 228 y 230 Const. Pol.), que ha propiciado la llamada teoría constitucional del delito y a que el juez sea protagonista del avance dialéctico de ser considerado apenas como la “boca de la ley” en la primera etapa del Estado de Derecho -Liberal-, para convertirse en la voz de la ley y en la conciencia del Derecho en estas fases avanzadas del Estado Constitucional de Derecho, marcándose además una clara diferencia entre quien hace la ley y quien la dice aquilatándola a criterios de justicia material.

2. En consecuencia, no puede ser siquiera típica la decisión judicial sostenida en hermenéutica razonable y racional, al fin y al cabo la fuente de legitimación de la Administración de Justicia y principal amparo del juez en su importante función de intérprete de la ley y de la sociedad que espera de él decisiones justas desde luego que soportadas en la ley¹, garantías que serán más resplandecientes en sedes de trámites verbales y céleres.

3. La interpretación de la norma que regulaba la figura aplicada, tiene las características anunciadas porque el artículo 237 del cpp dispone que:

Los elementos constitutivos de la conducta punible, la responsabilidad del procesado, las causales de agravación y atenuación punitiva, las que excluyen la responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial, respetando siempre los

derechos fundamentales,

mientras que el artículo 1857 del Código Civil, norma que se aplica por integración (artículo 25 cpp-2004), al referirse a los presupuestos esenciales y solemnidad legal del contrato de venta, dice:

“La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes:

La venta de los bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública...”,

aspectos que complementa la jurisprudencia al señalar que “en compraventa de inmuebles la solemnidad se caracteriza por ser ad substantian actus y ad probationem”², a la vez que el artículo 756 de la misma Obra, al regular la tradición de inmuebles, preceptúa:

“Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos”.

Esto es: que para efectos de probar la propiedad de inmuebles la ley exige escritura pública lo mismo que para demostrar la tradición del dominio de bienes raíces se requiere el certificado correspondiente expedido en la oficina mencionada, prueba especial que también exige la doctrina para demostrar, por ejemplo, el parentesco como circunstancia agravante de la conducta punible de homicidio:

Por su parte, PEDRO PACHECO OSORIO, sostiene que para acreditar el vínculo no valen, pues, la confesión del acusado ni pruebas diversas de las enumeradas en los arts. 253 y 262, numeral 3 del C. de P.C., en consonancia con lo dispuesto por los arts. 101 y 105 del decreto 1260 de 19703.

4. No es posible entonces quejarse porque el ejercicio hermenéutico que hizo el juez BURGOS BURGOS frente a las normas citadas, en ese amplio marco conceptual que le difería la [Constitución Política](#) y la Ley para el ejercicio democrático y la credibilidad social de su actividad, no resulte atendible y razonable, predicado que además otorga confianza y fiabilidad al trabajador de la justicia en procura de las garantías esenciales citadas, y hace atípica objetivamente su actuación.

Atentamente,

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Magistrado

Fecha ut supra.

1 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Única No. 16.955, nov. 24 de 2004, M. P., Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

2 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. feb. 27/78.

3 JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, El homicidio, T. I., Bogotá, Edit. Temis, 1993, pág. 307.