

Proceso No 23775

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Aprobado Acta No. 128

Bogotá D. C., nueve (9) de noviembre de dos mil seis (2006).

VISTOS

Decide la Sala el recurso de apelación sustentado por el defensor de SILVERIO AQUILINO CRUZ ROJAS, Juez Tercero Civil del Circuito de Tunja al tiempo de los hechos, contra la sentencia de primera instancia del 26 de abril de 2005, a través de la cual la Sala Penal mayoritaria del Tribunal Superior de Tunja condenó a dicho funcionario judicial por el delito de concusión, a la pena principal de cincuenta (50) meses de prisión, a interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso, al pago de multa por valor de cincuenta y un (51) salarios mínimos legales mensuales; le negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y le concedió el sustituto de la prisión domiciliaria.

HECHOS

Antes de fallecer, el señor Floriberto Morales Rodríguez, quien desempeñaba el cargo de Secretario del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja, habló con el titular de dicho Despacho, doctor SILVERIO AQUILINO CRUZ ROJAS, para recomendarle a su hijo Wilson

Hernando Morales Hurtado, con el fin de que lo ayudara para que pudiera hacer una práctica jurídica remunerada y así obtuviera su título de abogado.

El señor Floriberto Morales enfermó y su licencia dio lugar a movimientos escalonados en el Despacho, ocasión que vio propicia el Juez para atender la solicitud de su Secretario, y mediante Resolución No. 001 del 21 de enero de 2000, designó a Wilson Hernando en provisionalidad, en el cargo de Sustanciador.

Posteriormente, ante una nueva incapacidad médica del Secretario, se produjeron otros movimientos en el Juzgado, y por Resolución No. 002 del 7 de febrero de 2000, Wilson Hernando Morales Hurtado fue nombrado provisionalmente como Oficial Mayor, y con Resolución No. 004 del 3 de abril del mismo año, como Sustanciador.

El estado de salud del Secretario, Floriberto Morales Rodríguez, empeoró irreversiblemente y falleció el 9 de febrero de 2000. Para esa fecha, como se vio, su hijo, Wilson Hernando Morales Hurtado, ya había sido nombrado en provisionalidad como Oficial Mayor, en reemplazo de la señora Olga Amparo Bernal Ariza, a quien se le había concedido previamente una licencia para desempeñarse como Secretaria del mismo Juzgado, ante la vacante ocasionada por la incapacidad médica del titular de dicho empleo.

Las empleadas del mismo Juzgado, Ruth Salamanca (Escribiente grado 06), Elda María Farfán (Escribiente grado 05) y Rosa Moreno (Citador grado 4), expresaron al doctor SILVERIO AQUILINO CRUZ ROJAS su inconformidad con la permanencia del provisional Wilson Hernando Morales Hurtado, porque obstaculizaba las pretensiones de ascenso - en cadena- que ellas tenían, porque, a su vez la Oficial Mayor del Despacho había pasado a ocupar el cargo de Secretaria.

Ante tal circunstancia, el doctor SILVERIO AQUILINO CRUZ ROJAS manifestó a Wilson Hernando Morales Hurtado, que para ser designado nuevamente y continuar como

Oficial Mayor o Sustanciador, cargos en todo equivalentes, tenía que transferir parte de su salario a las tres empleadas mencionadas en el párrafo anterior, debiendo acordar con ellas el monto de cada pago.

De ese modo, con Resolución No. 003 del 7 de marzo de 2000, se declaró el retiro del servicio por muerte del señor Floriberto Morales Rodríguez (Secretario), se designó a Gloria Amparo Bernal (Oficial Mayor) como Secretaria encargada; y se designó a Wilson Hernando Morales Hurtado en provisionalidad como Oficial Mayor, en reemplazo de Gloria Amparo.

En principio, Wilson Hernando Morales Hurtado aceptó la propuesta que le hizo el Juez, pues aún con tal condicionamiento y repartiendo parte de su salario proporcionalmente con las empleadas Ruth Salamanca, Elda María Farfán y Rosa Moreno, podía cumplir con el requisito de la judicatura para optar al título de abogado y le quedaba algún dinero para solventar sus necesidades.

Wilson Hernando Morales Hurtado acordó con Ruth Salamanca (\$ 200.000), con Elda María Farfán (\$160.000) y con Rosa Moreno (\$70.000), suma que les entregaría mensualmente a partir del mes de marzo de 2000; y, efectivamente, como se dijo, mediante Resolución del 7 de marzo de 2000, aquél fue designado en provisionalidad como Oficial Mayor.

El pacto al interior del Juzgado Tercero Civil del Circuito, promovido por el titular de ese Despacho, se cumplió ininterrumpidamente desde marzo hasta noviembre el año 2000, lapso durante el cual Wilson Hernando repartió su salario en las proporciones establecidas; no obstante, en enero de 2001, Wilson Hernando Morales Hurtado, quien para esa fecha ya había completado el requisito de la judicatura, informó al Juez, doctor SILVERIO AQUILINO CRUZ ROJAS, que no continuaría entregando las sumas acordadas, porque su situación económica había variado sustancialmente.

Ante esta nueva circunstancia, el doctor CRUZ ROJAS solicitó la renuncia a Wilson Hernando Morales Hurtado, advirtiéndole que si no dimitía lo declaraba insubsistente; y como Morales Hurtado no dejó el cargo voluntariamente, fue declarado insubsistente, mediante Resolución del 31 de enero de 2001, suscrita por el titular del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja.

Producido el deceso de Floriberto Morales Rodríguez, Secretario del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja, su cónyuge, señora María Hurtado de Morales, solicitó la pensión de sobrevivientes en la Caja Nacional de Previsión Social; el derecho le fue reconocido por esta entidad mediante Resolución No. 24841 del 27 de octubre de 2000; sin embargo, no recibía la mesada por no haber sido incluida en la nómina.

Ante la relativa tardanza de CAJANAL, con fecha 13 de febrero de 2001, la señora María Hurtado de Morales instauró una acción de tutela contra esa entidad, a través de la cual buscaba su inclusión en nómina para obtener los pagos correspondientes.

En testimonio rendido el 2 de marzo de 2001, en el trámite de dicha acción de tutela, la señora María Hurtado de Morales se refirió a la precaria situación económica de la familia, especialmente después que su hijo Wilson Hernando Morales Hurtado fue declarado insubsistente, porque no pudo seguir pagando el dinero a las empleadas del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja, según la condición que le había impuesto el titular de ese Despacho judicial.

Al decidir la acción de tutela, mediante sentencia del 2 de marzo de 2001, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Tunja, concedió el amparo solicitado por María Hurtado de Morales, y compulsó copias para que se investigaran las presuntas irregularidades puestas en conocimiento por ella.

De ese modo surgió el presente proceso penal.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. Recibidas las copias de la acción de tutela que instauró la señora María Hurtado de Morales, incluida la sentencia donde se ordena la compulsación, asumió el conocimiento del asunto la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Tunja, que el 20 de marzo de 2001, dispuso adelantar una averiguación preliminar, en cuyo desarrollo se acreditó la calidad de Juez de la República del implicado SILVERIO AQUILINO CRUZ ROJAS, a quien se escuchó en versión libre, y se recaudaron varias pruebas. (Folio 47 cdno. 1)

En su versión libre, el Juez implicado dijo que por condescendencia con Florentino Morales, quien fue Secretario del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja, accedió a designar a su hijo Wilson Hernando Morales Hurtado, a quien mantuvo en el cargo hasta que completó el término exigido por la judicatura; y que luego, lo declaró insubsistente pensando en mejorar el rendimiento del Despacho, al nombrar a un abogado titulado. Niega haber solicitado a Wilson Hernando que repartiera su salario con tres empleadas del Juzgado, y dice que no sabe por qué Wilson y su progenitora declaran en su contra. (Folio 67 cdno. 1)

2. En el marco de la averiguación preliminar, ante la “manifiesta contradicción” entre los declarantes, la Fiscalía Delegada, ordenó la práctica de una “diligencia de confrontación de hechos”, entre Wilson Hernando Morales Hurtado y cada una de las testigos, Ana Rosa Moreno, Elda María Farfán Castro y Ruth Salamanca Serrano; de igual manera, entre Wilson Hernando y el Juez implicado.

Las diligencias de “confrontación de los hechos”, que fueron entendidas como el antiguo “careo” por los intervinientes, se llevaron a cabo y se registraron en video y en actas. (Folios 136 a 147 cdno. 1)

3. Atendiendo a la evolución del acopio probatorio, el 13 de febrero de 2003, la Fiscalía

Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Tunja abrió investigación y vinculó al Juez implicado.

En su indagatoria, SILVERIO AQUILINO CRUZ ROJAS reiteró su ajenidad frente a cualquier conducta de relevancia penal, y aseguró que designó a Wilson Hernando Morales Hurtado (hijo del secretario del Juzgado, que entonces padecía una grave enfermedad) en el cargo que ocupaba Oscar Rivera, por lo cual no pudo ascender al resto de personal, como lo mandan las normas de carrera; y que, en enero de 2001, cuando ya Wilson Hernando satisfizo el requisito de la judicatura, le solicitó que le permitiera designar un abogado, para enfrentar la mora del Despacho y el exceso de trabajo, ante lo cual le contestó que del cargo el Juez disponía.

Agregó que, de todas maneras, las empleadas que no fueron ascendidas, le expresaron de manera cordial “que no hallaban justificado que se les dejara sin ascenso, y se nombrara a una persona que nada sabía del trabajo u oficio de oficial o sustanciador.”

4. Al definir la situación jurídica provisionalmente, con resolución del 17 de octubre de 2003, la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Tunja declaró que la conducta del Juez SILVERIO AQUILINO CRUZ ROJAS se adecuaba en el injusto de concusión, tipificado en el artículo 140 del Código Penal, Decreto 100 de 1980, modificado por la Ley 190 de 1995. No obstante, se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento, por no ser necesaria ante la ausencia de requisitos subjetivos, pues nada indicaba que pudiera fugarse, ni obstaculizar la investigación, ni continuar en la actividad delictual. (Folio 288 cdno. 1)

5. Recaudada la prueba necesaria, con proveído del 30 de octubre de 2003, la Fiscalía instructora declaró cerrada la investigación. (Folio 326 cdno. 1)

6. La Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Tunja calificó el mérito del

sumario, el 4 de junio de 2004, con resolución acusatoria contra el Juez Tercero Civil del Circuito de Tunja, doctor SILVERIO AQUILINO CRUZ ROJAS, por el delito de concusión.

De otra parte, compulsó copias para que se investigara el posible compromiso penal de las señoras Ruth Salamanca, Elda María Farfán y Ana Rosa Moreno Duarte, empleadas de ese Despacho, a quienes Wilson Hernando Morales Hurtado dijo haberles entregado parte de su salario, como condición impuesta por el Juez, para que conservara su empleo. (Folio 363 cdno. 1)

7. El funcionario judicial implicado interpuso el recurso de apelación, que fue decidido por la Unidad de Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia, el 30 de julio de 2004, en el sentido de confirmar la acusación de primer grado. (Folio 473 cdno. 1)

El Fiscal Delegado de segunda instancia encontró acertada la calificación que del mérito del sumario hizo el Fiscal instructor, en cuanto atendió a lo expresado por la señora María Hurtado de Morales, por resultar cierto que el Juez Tercero Civil del Circuito de Tunja promocionaba a Wilson Hernando Morales Hurtado, a un cargo donde pudiese cumplir su año de judicatura, lo que traía como contrapartida que sus compañeras Ruth Salamanca, Elda Farfán y Rosa Moreno, no fueran ascendidas, como era la costumbre del titular del Despacho; pero a cambio de ello, por manifestación del Juez encausado, Wilson Hernando debía distribuir su salario en proporciones tales que Ruth, Elda y Rosa recibieran de manos suyas lo que hubiesen ganado si hubieran sido promovidas.

Agrega que esos acontecimientos fueron conocidos por varias personas mucho tiempo antes de que la señora María Hurtado de Morales relatara lo sucedido ante la Sala de Familia del Tribunal Superior de Tunja; como lo corroboran Olga Amparo Bernal Ariza, Segundo Quiroga Meneses y Dinael Ortega Ortiz, quienes en lo fundamental tuvieron conocimiento de lo que estaba ocurriendo en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de esa ciudad, por lo que no es cierto que doña María, con su hijo Wilson Hernando hubieran

inventado la historia y menos que tuviesen la intención de reforzar la pretensiones de la acción de tutela que ella instauró contra la Caja Nacional de Previsión Social.

De otro lado, el Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia advirtió que obviamente las otras testigos, Ruth Salamanca, Elda Farfán y Rosa Moreno, favorecidas con el pacto al que fue sometido Wilson Hernando Morales Hurtado, por parte del Juez implicado, nunca han aceptado en estrados judiciales haber conocido ese acuerdo, y menos van a hacerlo después que se ordenó compulsar copias en contra de ellas.

También resaltó que la declaratoria de insubsistencia no se compadece con la supuesta necesidad de mejorar el servicio con el nombramiento de un abogado, puesto que Wilson Hernando Morales Hurtado ya había culminado sus estudios y se encontraba llenando los requisitos para optar al título; “pero entonces el Juez Cruz Rojas se encontraba ante el dilema de cómo cumplir el precepto legal, pero al mismo tiempo seguir cumpliendo con la costumbre de promocionar a las personas de su despacho? Pues la única forma era expresándole a Morales que en el papel, en la resolución, iba a ser nombrado como oficial mayor, pero con la obligación de tener que distribuir el excedente de su sueldo con Ruth Salamanca, Elda Farfán y Rosa Moreno, y si bien ese nombramiento se realizaba mientras durante la licencia de su titular, según la resolución 03 de 7 de marzo de 2000, se precipitó su salida, sin haber cumplido esa condición, por no haber querido entregar parte de su sueldo.” (Folio 478 cdno. 1)

8. Ejecutoriada la acusación, asumió el conocimiento del asunto la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Tunja. Se adelantó la fase de la causa y al finalizar la audiencia pública profirió el fallo objeto de la alzada.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del 22 de enero de 20021, la Sala mayoritaria de Decisión Penal del

Tribunal Superior de Tunja² condenó a SILVERIO AQUILINO CRUZ ROJAS, por el delito de concusión, cometido en el ejercicio del cargo de Juez Tercero Civil del Circuito de Tunja, a la pena principal de cincuenta (50) meses de prisión, a interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso, al pago de multa por valor de cincuenta y un (51) salarios mínimos legales mensuales; le negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y le concedió el sustituto de la prisión domiciliaria.

La corporación A-quo encontró que la conducta desplegada por el doctor SILVERIO AQUILINO CRUZ ROJAS, objetiva y subjetivamente se enmarca en el delito de concusión, contemplado en el artículo 140 del Código Penal de 1980, modificado por la Ley 190 de 1995, tras verificar probatoriamente lo siguiente:

- Los testimonios de Wilson Hernando Morales Hurtado, María Hurtado de Morales (madre del anterior), Olga Amparo Bernal Ariza, Alberto Prieto Cely, Sonia Jiménez Cadena, Segundo Quiroga Meneses y Dinael Ortega Ortiz, resultan creíbles en cuanto se refieren a la conducta delictiva del procesado, porque coinciden en lo fundamental y no se vislumbran razones para desconfiar de ellos; máxime que las imprecisiones en que incurren no son relevantes.
- En cambio, las declaraciones de Oscar Raúl Rivera Garcés, Ruth Salamanca Serrano, Elda Farfán Castro y Ana Rosa Moreno Duarte, no merecen crédito, por interesadas, contradictorias o inverosímiles, en cuanto niegan cualquier tipo de conocimiento o relación con la conducta concusionaria endilgada al Juez Tercero Civil del Circuito de Tunja.
- Se refirió a las “diligencias de confrontación”, para concluir que nada novedoso aportaron a la investigación, pues los testigos se limitaron a repetir su versión original, sin contribuir datos adicionales para el esclarecimiento de los hechos.
- Confeccionó un indicio a partir de la motivación inadecuada de la Resolución No. 001 del 31 de enero de 2001, por la cual el Juez Tercero Civil del Circuito de Tunja declaró

insubsistente a Wilson Hernando Morales Hurtado del cargo de Oficial Mayor.

En dicho acto administrativo se adujo que se traba de un cargo en provisionalidad que no podía superar seis meses y que se requería mejorar el servicio con la designación de un abogado titulado.

Dicha motivación no corresponde a la realidad, porque el límite temporal no aplica a los cargos de carrera cuando aún no existe lista de elegibles; porque el rendimiento del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja según las estadísticas oficiales era adecuado; y porque no se hicieron llamados de atención a Wilson Hernando, de modo que no se observa la necesidad de prescindir de un empleado para mejorar el servicio con la designación de otro.

-. Falta a la verdad el Juez implicado cuando dijo que lo afirmado por Wilson Hernando Morales Hurtado no es real, porque de todas maneras el Juez no hubiese podido ascender a las tres empleadas. Y falta a la verdad, porque de hecho ya las había ascendido una vez cuando Wilson Hernando ingresó a laborar en el Despacho.

-. Olga Amparo Bernal Ariza, designada como Secretaria del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja, a la muerte del secretario titular, declaró que escuchó directamente a las empleadas Ruth Salamanca, Elda Farfán y Rosa Moreno decir que se había designado a Wilson Hernando Morales Hurtado como Oficial Mayor, quien les iba a entregar “algo de sueldo”, situación que luego le ratificó el propio Wilson Hernando.

-. El implicado CRUZ ROJAS hizo saber a Wilson Hernando Morales Hurtado que las empleadas Ruth Salamanca, Elda Farfán y Rosa Moreno estaban inconformes con su nombramiento en el cargo de Oficial Mayor, porque ellas no podían ascender, como era la costumbre en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja.

-. No obstante, el doctor CRUZ ROJAS condicionó la permanencia de Wilson Hernando

Morales Hurtado en el cargo de Oficial Mayor, al manifestarle que para la conservación del empleo, era necesario que él repartiera el sueldo devengado entre dichas empleadas y percibiera tan sólo el salario asignado al Citador.

-. Como quiera que Wilson Hernando Morales Hurtado aceptó la solicitud del Juez SILVERIO AQUILINO CRUZ ROJAS, éste lo designó en provisionalidad en el cargo de Oficial Mayor, con Resolución del 7 de marzo de 2000; y luego, como Sustanciador, con Resolución del 3 de abril del mismo año.

-. Las funciones de los cargos de Oficial Mayor y Sustanciador del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja estaban unificadas y eran equivalentes para efectos de nómina, de acuerdo con lo dispuesto por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración judicial. Ambos equivalían al de Oficial Mayor y servían para acreditar el requisito de la judicatura.

-. Como en enero de 2001, Morales Hurtado expresó que no continuaría cumpliendo el pacto, el Juez Tercero Penal del Circuito de Tunja le solicitó la renuncia; y debido a que no dejó voluntariamente el cargo, con Resolución No. 001 del 31 de enero de 2001, fue declarado insubsistente.

-. La conducta desplegada por el Juez, SILVERIO AQUILINO CRUZ ROJAS, se adecuaba en el injusto de concusión por inducción, toda vez que le manifestó a Wilson Hernando Morales Hurtado que la única forma para que pudiera continuar provisionalmente en el empleo de Oficial Mayor o de Sustanciador, consistía en que transfiriera parte del salario a devengar, a las empleadas del Despacho, Ruth Salamanca, Elda Farfán y Rosa Forero.

- En forma consciente y voluntaria, el procesado abusó del poder público que tenía como Juez de la República (potestad nominadora), al punto que no dejó alternativa distinta a Wilson Hernando, si quería ver cumplida su aspiración de continuar en el cargo, que le servía como requisito de la judicatura y a la vez como fuente de ingresos

económicos; por lo cual, ante el temor de que la autoridad nominadora no lo designara, aceptó la condición impuesta por el Juez. (metus publicae potestatis).

-. Se trata de concusión por inducción, toda vez que no se utilizó violencia directa y perceptible de manera lata, sino que la propuesta que el Juez hizo a Wilson Hernando Morales Hurtado, a manera de insinuación sutil, llevaba implícitamente la amenaza, pues de no aceptar el empleado la condición, el funcionario tenía el poder de la autoridad nominadora para decidir en contra de los intereses del empleado.

-. No es apropiado afirmar que Wilson Hernando Morales Hurtado accedió libremente a repartir parte de su salario entre las empleadas, porque, sin bien, intervino su voluntad, ésta se encontraba viciada por el temor.

-. El comportamiento del Juez procesado es antijurídico, porque generó menoscabo a la confiabilidad que los asociados tienen en la administración pública, y en concreto en la administración de justicia, “bien jurídico que se lesiona por el hecho de tener en su seno a un funcionario deshonesto”; y es factible atribuirle responsabilidad y erigir contra él un juicio de reproche, porque el doctor CRUZ ROJAS conocía las normas jurídicas y, aún así, quiso la realización de la conducta punible.

-. Para dosificar la pena a imponer, el Tribunal Superior de Tunja tomó por favorabilidad el artículo 140 del Código Penal, Decreto 100 de 1980, modificado por la Ley 190 de 1995, que sancionaba el delito de concusión con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales. Aplicó la circunstancia genérica de agravación punitiva consistente en la posición distinguida del agente, sopesó como atenuante la buena conducta anterior, y de ese modo impuso a SILVERIO AQUILINO CRUZ ROJAS la pena principal de 50 meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso, y multa por valor equivalente a 51 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena prevista en el artículo 63 del Código Penal, Ley 599 de 2000, por ausencia del requisito objetivo, toda vez que la pena impuesta supera los tres años de prisión.

Y concedió la prisión domiciliaria, regulada en el artículo 38 ibídem, al encontrar que el desempeño personal, laboral, familiar y social del implicado, permitían deducir que no colocaría en peligro a la comunidad y que no evadiría el cumplimiento de la pena.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El defensor de SILVERIO AQUILINO CRUZ ROJAS sustentó el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria de primera instancia, con la aspiración de que la Sala de Casación Penal la revoque y, en su lugar, emita un fallo absolutorio, bien porque la prueba testimonial no merece la credibilidad que le otorgó el A-quo, o, cuando menos, porque se puede colegir que “es la duda la que termina campeando en el proceso”, inclusive sobre la tipicidad.

A continuación el resumen de sus planteamientos:

- Analizando el conjunto de testimonios de cargo de acuerdo con los parámetros de la sana crítica -no de la convicción en conciencia- como lo hace el A-quo, se puede colegir que carecen de credibilidad.
- Como lo afirma el doctor CRUZ ROJAS y lo ratifica el mismo Wilson Hernando Morales Hurtado en la Audiencia Pública, éste no cumplió con la expectativa de aprender a sustanciar, pues no proyectaba ningún auto de fondo ni sentencias; y fue por ello que al completar el tiempo necesario para la judicatura, el Juez Tercero Civil del Circuito de Tunja le solicitó la renuncia; pero como no la presentó, entonces lo declaró insubsistente.
- Era necesario mejorar el rendimiento en el Despacho, pues ante la ausencia de un

buen sustanciador, el Juez mismo redactaba las sentencias, lo que conllevó a un retraso que ya le había valido una mala calificación por fallar fuera de términos, y se precisaba designar un sustanciador con experiencia para evitar otra calificación desfavorable.

-. El único testimonio directo contra el Juez CRUZ ROJAS, es el de Wilson Hernando Morales Hurtado; el resto, incluyendo su progenitora, son de oídas, y fueron presentados paulatinamente por Wilson Hernando, pese a que en principio dijo que no tenía testigos sobre los hechos. El Tribunal Superior de Tunja, con distancia de la sana crítica, no sopesó estas circunstancias y tomó por verdad lo dicho por Wilson Hernando, cuando no era más que una simple afirmación.

-. Incurriendo en el mismo defecto que la Fiscalía y el Ministerio Público, el Juez colegiado omitió confrontar el testimonio de Wilson Hernando Morales Hurtado, con lo relatado por los testigos de oídas que él mismo presentó. Esa ausencia de confrontación hizo que se soslayaran contradicciones importantes, que de advertirse, restan credibilidad a quienes declaran contra el Juez implicado.

-. La prueba de “careo” practicada por la Fiscalía debe excluirse, como lo ordena el artículo 29 de la [Constitución Política](#), porque no es un medio válido en el régimen procedimental de la Ley 600 de 2000, como lo dejó sentando la Sala de Casación Penal, en Sentencia del 19 de mayo de 1995, donde se afirma que el “careo” se marginó de la legislación por ineficaz, inconveniente y desprestigiado; dado que el derecho de contradicción se garantiza por diversos medios, entre otros, la comparecencia y el interrogatorio de los testigos.

-. La señora María Morales de Hurtado, que declaró inicialmente en la acción de tutela, de donde dimanaron las copias que originaron este proceso penal, es testigo de oídas, pues relató lo que le comentó su hijo Wilson Hernando; y modifica su versión a su acomodo y se

contradice, perdiendo toda credibilidad.

En la primera declaración –en la acción de tutela- dicha señora dijo que el Juez le pidió a Wilson Hernando repartir su salario, desde que empezó a laborar en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja, esto es el 21 de enero de 2000; que no habían testigos de ese hecho; y que no tenían más que una casa para vivir.

Más adelante, en el proceso disciplinario en el Consejo Superior de la Judicatura y en el proceso penal, sostiene prácticamente lo mismo, incurriendo en contradicción con lo declarado Wilson Hernando, quien dice que la solicitud del Juez no ocurrió desde un principio, sino en el mes de marzo de 2000, cuando fue nombrado como sustanciador, lo cual tampoco es cierto, porque esa designación ocurrió el 3 de abril de 2000.

Tal incertidumbre comporta duda sobre la fecha de la supuesta sugerencia, que genera ausencia de verdad sobre los hechos; y por ende no es correcto que el Tribunal Superior hubiese concluido que la petición del Juez tuvo que ocurrir entre el 10 de febrero y el 7 de marzo de 2000, sosteniendo la Corporación que el cargo de Oficial Mayor era igual al de Sustanciador.

-. Wilson Hernando, en un principio también afirmó que no existían testigos sobre los hechos, sin embargo paulatinamente citó a Olga Amparo Bernal Ariza (compañera de trabajo del mismo Juzgado), Alberto Prieto Cely (magistrado), Segundo Quiroga Meneses (amigo) y Dinael Ortega Ortiz, todos testigos de oídas informados por él mismo.

-. En la acción de tutela, la señora María Morales de Hurtado dijo que su esposo, el fallecido Floriberto Morales, sólo dejó una casa a la familia; siendo ello falso, porque en el Juicio se demostró que tenía la casa, un apartamento, un lote, un vehículo, y dinero recuperado por valor de \$ 8.000.000; con lo cual se desmantela la mentira que habían fraguado para demostrar una situación económica que no correspondía a la verdad, aunque después Wilson Hernando hubiese dicho que la crisis era por falta de liquidez.

-. Wilson Hernando dijo que aceptó la propuesta ilegal del Juez, debido a su precaria situación económica. Pero como tal situación era diversa, lo que se colige es que ha faltado a la verdad para incriminar al funcionario judicial; como también lo hizo al declarar primero que a Rosa Moreno le entregaba \$ 70.000 y en el debate público cambió esa cifra por \$ 80.000.

Por ello, se pregunta el defensor: Cuál la razón para que Wilson Hernando se sintiera impelido a aceptar la pretendida propuesta del doctor CRUZ ROJAS para nombrarlo como sustanciador del juzgado, si la iliquidez por él pregonada no existió? Y se contesta: “La respuesta es clara, se inventó esta precaria situación económica para justificar la intervención de Wilson Hernando en los hechos delictivos que estaban investigando”. Y por ello su progenitora declaró primero en la acción de tutela, para no figurar como denunciante, pues, además, en éste trámite se debatía un derecho de petición y el debido proceso, y nada tenía que ver la presunta insinuación del Juez Tercero Civil del Circuito.

-. Wilson Hernando pretendía, entonces, rescatar el nombre de su padre, Floriberto Morales, quien falleció siendo Secretario del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja; ocultar así que él -Wilson Hernando- fue despedido por incompetente, y perseguir una indemnización del Estado, como lo hicieron, demandando la insubsistencia ante la jurisdicción contencioso administrativa.

-. La señora María Hurtado de Morales declaró que el 26 de enero de 2001 habló con el Juez CRUZ ROJAS, para solicitarle que no sacara a su hijo Wilson Hernando del puesto. No obstante, éste dice que habló con el Juez de ese tema el 26 y el 28 de enero de ese año; y en otra oportunidad Wilson dijo que el dialogo con el Juez lo sostuvo entre el 15 y el 20 de enero. Versión esta última en la que Wilson Hernando intenta desvirtuar la contradicción que se evidencia, porque su señora madre tendría que haber dialogado con el Juez muy temprano el 26 de enero, porque más tarde, el mismo día, supuestamente habló

Wilson Hernando.

-. Así, la señora María Hurtado de Morales y su hijo Wilson Hernando Morales Hurtado actuaron por venganza contra el Juez Tercero Civil del Circuito de Tunja, “por cuanto creían que por el hecho de que su esposo y padre trabajó durante varios años con él, aquél tenía la obligación de mantener vinculados a sus hijos como empleados de ese Despacho.”

Por ello, como no relatan la verdad histórica se contradicen esencialmente de una a otra versión, sin que tales diferencias puedan atribuirse a problemas de percepción o de memoria, como lo dice el A-quo.

-. El Tribunal Superior de Tunja es incoherente en la valoración probatoria, puesto que acoge el testimonio de María Hurtado de Morales y Wilson Hernando Morales, pese a que la Corporación admitió que tienen intereses directos en el asunto; y descartó la credibilidad de las tres empleadas supuestamente receptoras del dinero entregado por Wilson Hernando, porque tienen interés en no salir involucradas.

No se observa en ese caso, dice el defensor, la aplicación ecuánime de alguna regla de la sana crítica.

-. Olga Amparo Bernal Ariza, Oficial Mayor del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja, quien ocupó temporalmente la Secretaría, declaró lo que Wilson Hernando le comentó, en el sentido que tenía que repartir el salario con las tres empleadas. No obstante, se contradice también con éste, porque Wilson Hernando en el Consejo Superior de la Judicatura declaró que era ella quien le preguntaba por el presunto reparto del sueldo, en lugar de la conversación se hubiese presentado por iniciativa de él. Y es trascendente la contradicción, porque de testigo de oídas según ella misma, pasaría a testigo presencial o enterada por otros medios, según Wilson.

-. De otra parte, Wilson Hernando Morales Hurtado carece de cualidades morales para ser valorado como testigo creíble, porque primero niega la existencia de testigos y luego los presenta por partes, porque modifica las versiones para acomodarlas con las vertidas por su señora madre, según las circunstancias, falta a la verdad sobre los bienes de su padre, se graduó de abogado a través de una tutela “no ortodoxa” que luego revocó la Corte Constitucional; y porque buscó al magistrado Prieto Cely para crear una vía reprochable para comprometer al Juez SILVERIO AQUILINO CRUZ ROJAS.

-. Wilson Hernando Morales Hurtado dijo en la Fiscalía que se sintió coaccionado por el Juez, para luego, en la audiencia pública decir que el Juez no lo coaccionó, sino que simplemente le propuso las condiciones que él voluntariamente aceptó. Esa retractación –para el defensor- es importante en el sentido de restar crédito al testigo; igual que acontece cuando primero dijo que el Juez acordó con las empleadas el monto mensual que él (Wilson Hernando) les entregaría, para luego, en audiencia, retractarse al afirmar que no sabe si el Juez habló con ellas, pero que lo supone.

-. Wilson Hernando asegura que el Juez le hizo la insinuación de repartir su sueldo de Sustanciador, en el mes de marzo de 2000; el Tribunal Superior de Tunja aceptó tal dato como una realidad; lo que no es cierto, porque sólo fue nombrado en ese cargo el 3 de abril del mismo año, porque antes venía desempeñándose como Oficial Mayor.

-. Fue cuestión unilateral de Hernando Morales Hurtado proponer a las empleadas Ruth, Elda y Rosa que le aceptaran el ofrecimiento de dinero; y si ellas asintieron, es algo en lo que nada atiene que ver el Juez CRUZ ROJAS, “quedando así totalmente desvirtuado el hecho de la presunta coacción, exigencia o inducción que le hubiera podido hacer el Juez SILVERIO AQUILINO a Wilson Hernando.”

-. El movimiento bancario de Wilson Hernando Morales Hurtado no confirma lo dicho

por él, en el sentido que una vez consignado su sueldo, retiraba entre 500 y 550.000 pesos para repartirlos entre las empleadas; porque los certificados demostraron que efectuaba pluralidad de retiros por cifras muy disímiles.

-. A los declarantes Oscar Rivera y Dinael Ortega Ortiz y Sonia Jiménez nada les consta; y Segundo Quiroga Meneses, sólo informó que algún comentario le hizo Wilson Hernando sobre el problema en el Juzgado donde laboraba, sin aportar algo específico. Por lo cual, la credibilidad de Wilson Hernando y de su señora madre, queda en nada.

-. Olga Bernal tampoco merece mayor credibilidad, porque sólo sabe lo que le comentó Wilson Hernando; y porque estaba disgustada con el Juez SILVERIO AQUILINO CRUZ ROJAS, debido a que absolvió en un proceso disciplinario a Ruth, quien había tenido problemas con ella.

-. El conjunto de contradicciones entre Wilson Hernando Morales Hurtado y su progenitora, indican que ellos manipularon a los otros testigos, siendo todo ello desconocido por el Tribunal Superior de Tunja.

-. Es deficiente la construcción del indicio de mala justificación de la resolución a través de la cual el Juez procesado declaró insubsistente a Wilson Hernando Morales Hurtado, puesto que como acto administrativo que es, su motivación sólo puede ser desvirtuada mediante declaración de invalidez en la jurisdicción contencioso administrativa. Pero además, como sólo el Juez calificaba el trabajo elaborado por el empleado, sólo dicho funcionario podía saber cómo era en realidad la calidad del mismo, siendo, por tanto, inanes los comentarios que se hagan desde afuera, más aún, si como el mismo Wilson lo dijo, sólo proyectaba autos de sustanciación y no sentencias, como era su deber según el manual de funciones; aunque Olga Bernal diga, para perjudicar al Juez, que Wilson y Ella se repartían el trabajo por igual.

De ahí que la razón de la declaratoria de insubsistencia no fue la que Wilson Hernando dice, sino que como estaba en provisionalidad y no aprendió a proyectar de fondo pasado un tiempo prudencial, cuando completó el requisito de la judicatura, el Juez prescindió de sus servicios, para conseguir un colaborador que conociera el oficio.

-. Para construir el indicio de falsa motivación, con relación a la estadística, el Tribunal Superior de Tunja incurrió en el error de comparar el rendimiento del Juzgado Tercer Civil del Circuito de Tunja con otros Despachos judiciales, cuando ha debido hacerlo respecto del mismo. Y en efecto, “para el año 199 se profirieron 304 sentencias, en tanto que para el 2000, solamente se dictaron 283, amén de las que quedaron pendientes, con términos vencidos para ser decididas en 2001”, como se probó en el juicio. Esa deficiencia, fue la que obligó al Juez procesado a tomar medidas correctivas.

De tal manera, como los hechos indicadores no existen, los indicios no han podido estructurarse.

-. Como todo el proceso material lo construyó Wilson Hernando Morales Hurtado, signado por los intereses que le asisten, al quedar sin credibilidad él, el resto de testigos de oídas que él mismo aleccionó, nada concreto aportan, puesto que inclusive lo desmienten; entonces no es factible, por ausencia de prueba, o cuando menos por efectos de la duda, mantener la condena contra el Juez SILVERIO AQUILINO CRUZ ROJAS, quien ha desempeñado durante 24 años su cargo con reconocimiento social.

Así, insiste en que no se verificaron los componentes jurídico sustanciales de una sentencia condenatoria, y por ello reclama la absolución, insistiendo en que SILVERIO AQUILINO CRUZ ROJAS es inocente; y de no compartirse tal aserto, la absolución de todas maneras debe concederse ante la ausencia de certeza para sostener la decisión impugnada.

INTERVENCIÓN DEL NO RECURRENTE

Dentro del término legal para que los no apelantes hagan sus manifestaciones, allegó un escrito con sus apreciaciones la Fiscal Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Tunja, que profirió la resolución de acusación y actuó en la etapa del juzgamiento.

Asegura que la diligencia de confrontación de testigos (que la defensa denomina “careo”) cabe dentro de la libertad probatoria establecida en el artículo 237 del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, por lo cual dicha prueba debe ser valorada; además, si se tiene en cuenta que en su práctica se garantizaron los derechos fundamentales, en especial la defensa.

Dedica buena parte de su escrito a referir las pruebas y el poder suasorio de las mismas, trayendo los argumentos de la resolución acusatoria y de su intervención en la audiencia pública, con lo cual refuta las pretensiones de la defensa, en especial en lo relativo a la credibilidad de los testigos de cargo, Wilson Hernando Morales Hurtado y su progenitora, María Hurtado de Morales, que son corroborados por Olga Amparo Bernal Ariza, quien, laborando en el mismo Despacho, dialogó con sus compañeras Elda Farfán, Ruth Salamanca y Rosa Moreno, sobre el reparto de dinero del salario de Wilson Hernando, entre ellas.

Se opone al supuesto montaje que, según la defensa, por venganza maquinaron Wilson Hernando y su progenitora, porque nada permite suponer tal historia, cuando se sabe que el proceso penal surgió a raíz de la compulsación de copias que oficiosamente dispuso la Sala Civil del Tribunal Superior de Tunja; y destaca que las contradicciones en los testimonios se presentan precisamente porque no fueron aleccionados, como se sostiene en el recurso de apelación.

Con apoyo en jurisprudencia de la Sala de Casación Penal³, culmina aludiendo al razonamiento que debe seguirse para alegar en derecho la incidencia del in dubio

pro reo, cometido que no se logra con la sola afirmación sobre la presencia de la duda, ni criticando cada prueba por separado, sino demostrando que no existe certeza acerca de la responsabilidad penal, después de un análisis de la prueba en su conjunto, ejercicio que no fue acometido por la defensa, ni por la magistrada disidente en su salvamento de voto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. De conformidad con lo estipulado en el numeral 3° del artículo 75 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), compete a la Sala de Casación Penal resolver las apelaciones interpuestas en los procesos que conocen en primera instancia las Salas de Decisión Penal de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. En consecuencia, emitirá el pronunciamiento que en derecho corresponda sobre el recurso presentado por el defensor del procesado SILVERIO AQUILINO CRUZ ROJAS.

En esta labor la Corte se encuentra limitada en su estudio al objeto de la impugnación y a los aspectos inescindiblemente ligados a ella⁴, salvo que advirtiere alguna situación irregular que conspire contra alguna garantía superior de los intervinientes, que deba ser enmendada de oficio.

2. Por disposición del artículo 9° del Código Penal, Ley 599 de 2000, para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable; lo cual implica que si llegare a descartarse cualquiera de los elementos objetivos o subjetivos, la conducta deja de ser punible, sin que sea necesario avanzar en la verificación de los otros componentes estructurales del ilícito.

Para la acreditación de cada uno de aquellos elementos sólo es válido sopesar pruebas legal, regular y oportunamente allegadas al proceso, en acatamiento del principio de necesidad de la prueba, que consagraba el artículo 246 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 2001), vigente al tiempo de los hechos; y que reprodujo el artículo 232 del subsiguiente Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de

2000), todo como una manifestación trascendente del debido proceso previsto en el artículo 29 de la [Constitución Política](#).

3. El impugnante cuestiona la legalidad de las diligencias de confrontación o “careo” entre el implicado y algunos testigos, practicadas en la fase instructiva, cuyos resultados fueron valorados con el conjunto de pruebas, y que, según él, sirvieron para ratificar las versiones y testimonios de los protagonistas de aquellas confrontaciones.

En orden a sustentar su pretensión, el defensor del Juez CRUZ ROJAS asegura que el “careo” practicado en la etapa instructiva no está contemplado como medio de prueba en el Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000; que es, por tanto, ilegal, y no debe tenerse en cuenta en el conjunto de pruebas estimables.

Aquella postulación comporta la necesidad de abordar integralmente el estudio de las confrontaciones o careos, a la luz de la normatividad vigente y de la jurisprudencia hasta ahora reiterada, con el fin de cambiar la comprensión de ésta última.

3.1 Puede afirmarse que la diligencia que la Fiscalía instructora denominó “confrontación de testigos”, por la manera como fue practicada, los contradictores con presencia física en la misma sesión, unos frente a otros, para afirmar las cosas que el opositor negaba, y viceversa, se asimiló en todo al “careo”, que contemplaba la legislación procesal penal colombiana desde la vigencia del Código Judicial, Ley 100 de 1892, en su artículo 1713, y fue mantenida hasta en los Códigos de Procedimiento Penal adoptados con la Ley 94 de 1938 y con el Decreto 409 de 1971; pero en adelante, en los regímenes procedimentales subsiguientes se eliminó la diligencia de careo y desde entonces quedó proscrita de la praxis procesal penal, pues no fue incorporada en el Decreto 050 de 1987 ni en el Decreto 2700 de 1991 ni en la Ley 600 de 2000 ni en la Ley 906 de 2004.

3.2 Bajo el anterior orden de ideas, esta Sala de la Corte venía reiterando que

el careo es improcedente por carecer de base jurídica; que no es atinado traerlo al proceso penal por integración con el artículo 230 del Código de Procedimiento Civil, debido a que en materia penal esa diligencia fue derogada ex profeso según lo antes anotado; y que no es necesaria para garantizar el derecho de contradicción, puesto que para tal fin se cuenta con todos los medios y oportunidades que la legislación procesal penal establece.

Así lo indicó la Sala en Sentencia de casación del 19 de mayo de 1995, radicación 8724:

“En tal sentido, si ya se ha dicho que la diligencia de careo no es un medio de prueba, sino uno apenas, entre varios mecanismos procesales aptos para contrastar los testimonios o la injurada, ha de entenderse que la remisión del inciso segundo del artículo 248 del C. de P.P5. para que se integren como pruebas en materia penal las previstas como tales en otros ordenamientos legales, debe entenderse improcedente para traer del Código de Procedimiento Civil esa diligencia que de manera expresa excluyó la ley procesal penal hace ya tiempo.”

La misma tesis fue ratificada por esta corporación en la Sentencia de casación del 2 de agosto de 2001, radicación 13811:

“No es el careo un medio de prueba, en sentido estricto, sino un mecanismo para volver a exponer, dentro de una misma diligencia, versiones discordantes, que es posible confrontar, replicar y contrastar sin la presencia física simultánea de los deponentes, resultando sin base acudir al Código de Procedimiento Civil para revivir una actuación manifiestamente excluida de la ley procesal penal, según recuerda el representante del Ministerio Público.”

De mantenerse la anterior senda jurisprudencial habría de concluirse que las diligencias de confrontación o careos no son procedentes, por carecer de fundamento jurídico.

3.3 No obstante, una revisión integral de la cuestión concita a la Sala a variar la postura hasta ahora sostenida, para iniciar una nueva línea jurisprudencial, bajo el entendido que el principio de libertad probatoria contenido en los artículos 233 y 237 de la Ley 600 de 2000 y en el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, no permiten una exclusión genérica y ex ante del medio de conocimiento denominado careo, a condición de que, en todo caso, se garanticen los derechos de los intervinientes, que cada sistema de enjuiciamiento no pierda los rasgos esenciales que lo caracterizan y que a prudente juicio del funcionario judicial su práctica resulte viable, pertinente, conducente, útil y eficaz.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, integrado a la normatividad colombiana con la Ley 74 de 1968, en su artículo 14, numeral 3°, letra e) reconoce el derecho de toda persona a quien se endilga un delito:

“A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.”

Un precepto similar contempla la Convención Americana Sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (Ley 16 de 1972), en el artículo 8° referente a las garantías judiciales y en concreto al derecho a la defensa.

Nada indica que las normas transcritas hubiesen consagrado una forma estandarizada, única o directa de interrogatorio, dado que en la aproximación racional a la verdad, o en la búsqueda de una convicción del Juez que vaya más allá de la duda razonable -que son objetivos constitucionales del proceso penal- se puede acudir a prácticas más avanzadas para auscultar el conocimiento que una persona tenga sobre los hechos por dilucidar; tal el caso del contrainterrogatorio, del “interrogatorio cruzado” como se denomina en los sistemas acusatorios, e inclusive del careo, cuando fuere

útil y necesario; que es un mecanismo legal y pacíficamente admitido en procesos contenciosos y civiles, sin ser exclusivo de ellos⁶.

Es que si al implicado, sindicado, procesado, indiciado o acusado, según el caso concreto, el bloque de constitucionalidad le reconoce el derecho a “interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”, lo que se percibe es que quien está siendo enjuiciado por el Estado, vale decir, el sujeto pasivo de la acción penal, tiene un derecho de rango Superior, no sólo a conocer a quien lo sindicó o hace cargos contra él, sino también a confrontarlo cuando se le haga comparecer.

Y, aunque es claro que no se trata de un derecho absoluto, sino que como todos, debe ponderarse y ser llevado por los funcionarios judiciales a una racionalidad práctica, esa prerrogativa de rango constitucional no puede ser subalterna de los reglamentos legales que versan sobre los diversos medios de prueba o de conocimiento. De ahí que, en principio, no resulta atendible descartar la eventual realización de una diligencia de confrontación o careos, pretextando que ni la Ley 600 de 2000 ni la Ley 906 de 2004 la mencionan.

La libertad probatoria -como principio- y los avances contemporáneos de las ciencias y la de tecnología son incompatibles con el mantenimiento de antiguas tendencias jurisprudenciales a través de las cuales se restringía la práctica de medios de conocimiento que no estuviesen regulados explícitamente en las codificaciones.

3.4 El careo podría tener lugar cuando los testigos entre sí, los procesados o acusados entre sí, o aquellos con éstos hicieren afirmaciones ostensiblemente discordantes acerca de algún hecho o circunstancia esencial y trascendente que interese a la investigación.

El careo presupone la comparecencia simultánea de las personas cuyas versiones son contradictorias; y al llevarlo a cabo se preservarán las formalidades y garantías sustanciales inherentes a la posición que cada uno ocupe dentro del proceso, a condición que resulte compatible con la naturaleza de éste. Así, por ejemplo:

- i) Los testigos tendrán que haber declarado previamente en forma separada, de modo que se conozcan de antemano los aspectos en discordia.
- ii) Los testigos serán confrontados bajo la gravedad del juramento y no podrán rehusarse a acudir a la diligencia.
- iii) La valoración del resultado de la confrontación de testigos sigue las reglas generales para la apreciación del testimonio.
- iv) El implicado estará siempre asistido por su defensor y se le recordarán sus derechos a guardar silencio y no autoincriminarse.
- v) No es posible compeler al implicado a someterse a la práctica de careos, de suerte que su eventual participación en ellos será siempre libre, voluntaria y consciente.
- vi) En el esquema de la Ley 600 de 2000, el fiscal en la etapa instructiva y el juez en la fase de la causa, son los únicos funcionarios habilitados jurídicamente para ordenar y presidir las diligencias de careos, las cuales indefectiblemente deberán realizarse en su presencia, pues si lo estiman conveniente y a prudente juicio, podrán modular su ejercicio, regular las intervenciones o suspenderlos; y si fuere el caso, aplicar correctivos disciplinarios.

De igual manera, a dichos funcionarios compete determinar cuál o cuáles de los intervinientes pueden formular preguntas a los confrontados; y también decidirán si bajo algunas condiciones éstos pueden interrogarse mutuamente o dirigirse reconvenciones.

vii) Atendiendo a la naturaleza del modelo de enjuiciamiento acusatorio de la Ley 906 de 2004, que prevé una serie de mecanismos metodológicos para aproximarse de un modo razonable al conocimiento de la verdad, el careo sólo sería factible esporádicamente y por excepción, a modo subsidiario, cuando se demuestre que las alternativas del interrogatorio cruzado (directo, indirecto, redirecto, etc.), no resultaron suficientes para dilucidar los puntos en discordia, de trascendental incidencia para la decisión del caso.

En la eventualidad de que la parte interesada solicite un careo en el sistema acusatorio, únicamente será viable en el juicio oral y sólo el Juez de conocimiento podrá decretarlo y dirigir su desarrollo, de suerte que su práctica resulte razonablemente útil; y, por supuesto, el Juez podrán modular su ejercicio, regular las intervenciones o suspenderlo; y aplicar correctivos disciplinarios cuando a ello hubiere lugar.

viii) Los miembros de los organismos de policía judicial, por sustracción de materia, no podrán realizar confrontaciones o careos.

ix) Atendiendo a la naturaleza técnico científica de la experticia, y por la inutilidad práctica de confrontar conocimientos legos con saberes científicos, o postulados de las ciencias entre sí en un escenario jurídico, no es factible efectuar careos de peritos con el implicado ni de peritos con testigos ni de peritos entre sí.

x) Como el careo es un medio de conocimiento que no está regulado en la Ley 600 de 2000 ni en la Ley 906 de 2004, y sin embargo ambos regímenes consagran la libertad probatoria, con respeto de las garantías procesales y los derechos humanos, para la valoración del resultado de la confrontación el Juez deberá ceñirse a los postulados de la sana crítica, y podrá guiarse por medios correlacionados, tales como la indagatoria y los testimonios, según cada caso.

xi) Dado el carácter subsidiario o supletorio del careo, el funcionario judicial no está

obligado a ordenar su práctica, pues, como lo establece el artículo 230 del Código de Procedimiento Civil, su decreto sólo será viable “cuando lo considere conveniente”, y según su prudente juicio.

Sobre este específico tópico, había expresado la Sala de Casación Penal:

“...la práctica de un careo no es de obligatorio cumplimiento por parte del funcionario, pues tal diligencia y con base en las pruebas que se ha practicado, queda al prudente juicio del funcionario.” (Auto del 13 de abril de 1951 - LXIX, 600)

“...los careos son facultativos. De ahí que si se prescinde de ellos, ni siquiera se incurre en una simple informalidad”. (Sentencias: 20 de abril de 1961 -XCV, 598-, y 20 de abril de 1964 -CVII, 438).

Es así que, si el funcionario judicial niega la realización de un careo, contra dicha decisión no procede recurso alguno, precisamente porque, como antes se dijo, no se trata de un derecho absoluto, sino que es al director del proceso a quien corresponde definir autónomamente y a prudente juicio si es o no conveniente dentro de la racionalidad práctica.

En el derecho procesal argentino, la negativa del Juez a decretar un careo tiene idéntico tratamiento, dado que no es un medio de obligatoria práctica. (Artículo 220 del Código de Procedimiento Penal Nacional argentino).

En conclusión, en la sistemática normativa colombiana, que incluye algunas disposiciones del bloque de constitucionalidad, el medio de conocimiento denominado careo no es ilegal y, por el contrario, podría practicarse siempre que se respeten los derechos procesales y las garantías superiores de los intervinientes, bajo la condición de que su desarrollo no desnaturalice los sistemas de enjuiciamiento. De tal manera, queda atrás la antigua postura jurisprudencial de esta Sala, en cuanto

parecía prohibir, por supuesta ausencia de base jurídica, esa forma de confrontación.

3.5 Retornando al asunto que se examina y en el anterior orden de ideas, no se observan ilegales las diligencias de “confrontación de hechos” o careos que dispuso la Fiscalía instructora entre el principal testigo de cargo, Wilson Hernando Morales Hurtado, y las otras testigos, Ana Rosa Moreno, Elda María Farfán Castro y Ruth Salamanca Serrano; ni puede tildarse de ilegal el careo practicado entre Wilson Hernando y el Juez implicado; porque al llevarlas a cabo se respetaron las garantías procesales y los derechos fundamentales de cada uno de los intervinientes.

Pero ocurre que, además, en el presente caso tales confrontaciones resultaron completamente inanes o superfluas, porque no aportaron nada diferente de lo que ya se había establecido a través de la prueba testimonial, al punto que a dichos careos no se atribuyó peso o poder suasorio alguno en el fallo de segundo grado, realidad que le resta relevancia a la pretensión del defensor, en el sentido de que no se tengan en cuenta.

4. Contrario a lo que expresa el defensor, la prueba testimonial, documental e indiciaria que nutre el expediente tiene la entidad necesaria y suficiente para concluir que existe certeza acerca de la responsabilidad penal del procesado, en el delito de concusión que se le endilga, y que en el ejercicio de estimación de ese acervo probatorio el Tribunal Superior de Tunja no se distanció de los parámetros de la sana crítica, como lo pregonan la defensa.

5. El origen de la investigación penal se remonta a la compulsación de copias que la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Tunja dispuso, una vez escuchó en testimonio a la señora María Hurtado de Morales, dentro de la acción de tutela instaurada por ella, el 13 de febrero de 2001, contra la Caja Nacional de Previsión Social, entidad que le reconoció la pensión de sobrevivientes con Resolución No. 024481 del 27 de octubre de 2000 y, pese

a ello, no la incluyó en nómina.

En la demanda de tutela, la accionante no se refirió a las irregularidades que se venían presentando en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja, lo que enseña que ella no tenía la intención de que se investigara al titular de ese Despacho, utilizando soterradamente ese medio, como lo sugiere la defensa.

La magistrada sustanciadora de la Sala Civil del Tribunal Superior de Tunja preguntó a la accionante sobre las gestiones que había realizado para sostenerse ella y su familia, y la señor María Hurtado de Morales contestó:

“Pues a raíz de la muerte de mi esposo y como quedamos sin recursos con qué sostenernos, logré que el Dr. José Aquilino recibiera a mi hijo WILSON HERNANDO, quien como dije estaba estudiando derecho, allí trabajó como desde el 21 de enero de 2000 al 31 de enero de 2001, sin embargo allí el Doctor Aquilino lo nombró con la condición de que repartiera el sueldo a Rosa, Elda y Ruth, es decir que fue nombrado como sustanciador cobraba su sueldo como tal, pero con la condición de que sólo recibiría el sueldo de citador y ese excedente lo tenía que repartir entre las mencionadas señoras, esto se vino haciendo desde que inició hasta el mes de noviembre de 2000, pero en diciembre yo le dije a mi hijo que no les diera más ese dinero, porque realmente no teníamos recursos...ante eso en Diciembre llegó la señora Rosa...y le dijo a mi hijo que les diera la plata a que se había comprometido mi hijo les dijo que no podía hacerlo y que de pronto en marzo de esta año les entregaba esa plata, esto necesariamente motivó a que el Dr. Aquilino lo llamara y le dijera al muchacho que tenía que darles la plata a las señoras tal como se había convenido, mi hijo le respondió que no lo podía hacer porque tenía muchas obligaciones, hecho ante el cual le dijo que tenía que pasarle la renuncia, mi hijo me comentó y que hacía ante eso, yo le dije que no mijo no les vaya a dar nada y tampoco le vaya a pasar la renuncia, que lo eche, y fue así como lo declaró insubsistente.” (Folio 28 cdno. 1)

Recaudado ese testimonio, en la sentencia que definió favorablemente la acción de tutela, se dispuso compulsar las copias para las investigaciones respectivas.

El proceso penal no se originó, pues, en un montaje calculado y frío, con el ánimo de vengarse del Juez, como lo reitera el defensor. Sino que las cosas se dieron por su cause normal, al punto que la acción de tutela tenía fundamento y razón de ser, y por ello se decidió favorablemente con sentencia del 2 de marzo de 2001.

La declaratoria de insubsistencia de Wilson Hernando Morales Hurtado se produjo el 31 de enero de 2001. No obstante, ni el ex empleado ni su progenitora instauraron denuncia contra el Juez Tercero Civil del Circuito de Tunja, porque no era su intención hacerlo, inclusive, quizá por el eventual compromiso penal del mismo Wilson Hernando; de ahí que, no se trataba de un plan macabro y preconcebido tendiente a perjudicar al funcionario judicial. La acción de tutela la instauró su progenitora el 13 de febrero del mismo año, cuando la falta de recursos era inminente, por la perdida del ingreso de aquél.

Es más, en su testimonio vertido en la audiencia pública, la señora María Hurtado de Morales, explicó que a sabiendas de que era incorrecto, por la necesidad económica y de que su hijo Wilson Hernando culminara su judicatura, aceptaron la condición que impuso el Juez CRUZ ROJAS; a quien, sin embargo, no quería perjudicar, pues ella habló, en la acción de tutela, porque la magistrada (Luzmila Chavez de Vargas, de la Sala Civil del Tribunal Superior de Tunja) le preguntó si no tenía un hijo que trabajara y la ayudara. (Folio 99 cdno. 2)

En las intervenciones posteriores de la señora María Hurtado de Morales y de su hijo Wilson Hernando, que fueron plurales, se reitera esencialmente lo mismo, con adiciones, aclaraciones, e inclusive con anotaciones que podrían parecer contradictorias, pero todo en tópicos completamente insustanciales; no trascendentales, como lo propone la defensa.

6. No resulta extraño que la señora María Hurtado de Morales hubiese estado al tanto de lo que acontecía en la cotidianidad de su hijo Wilson Hernando, en especial en cuanto tenía que ver con su empleo en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja. Recuérdese que ella fue la esposa de Floriberto Morales, Secretario del mismo Juzgado durante mucho tiempo, y que falleció por quebrantos de salud.

La enfermedad de don Florentino Morales determinó que él pidiera licencias sucesivas, generando la respectiva vacante, que era llenada con el nombramiento provisional de otro empleado y los ascensos se hacían en cadena.

Por petición de Floriberto Morales y/o de su esposa – siendo esto insustancial- el Juez Tercero Civil del Circuito de Tunja, quien visitó a la familia y conversaron sobre el tema, designó a Wilson Hernando Morales Hurtado en el cargo de Oficial Mayor; su nombramiento impidió los ascensos escalonados de las empleadas, generó el disgusto de ellas y propició ambiente para que el titular del Despacho, que no pudo resolver la situación de otra forma, para sostener la palabra a los Morales Hurtado y para no quedar mal con sus subalternas, condicionara el nombramiento de Wilson Hernando a que repartiera el excedente del salario percibido, quedándole sólo el salario equivalente al que devengaba un citador. Y es que Wilson Hernando no podía ser nombrado como citador, porque ese empleo no calificaba para acreditar el requisito de la judicatura.

Se observa una gestión normal, mancomunada de la familia Morales Hurtado, para conseguir el empleo que requería Wilson Hernando, joven que fue víctima de la concusión ejercida por el Juez procesado, puesto que, si no aceptaba la condición desde el principio, sencillamente no tenía el cargo de Oficial Mayor, a partir del 7 de marzo de 2000, o de Sustanciador, desde el 3 de abril del mismo año, o no podía preservar éste último.

7. Ahora, no pasa de ser una apreciación adicional de la defensa, la afirmación según la

cual la señora María Hurtado de Morales actuó de mala fe, porque negó –en la acción de tutela- que tuviera bienes dejados por su esposo. La experiencia enseña que las personas que pretenden se tutelen sus derechos relacionados con el ingreso mínimo vital tienden a exagerar la precariedad de su situación; y si bien, luego se verificó que la familia Morales Hurtado tenía una casa, un apartamento, un lote y un vehículo, en ningún momento se probó que se tratara de bienes que para ese momento produjeran renta. De ahí que, si en esa declaración ella no explicitó los bienes con que contaba la familia, tal postura no la descalifica como testigo al interior del proceso penal, máxime que en interrogatorio en la acción de tutela fue superficial.

8. Que la señora María Hurtado de Morales y su hijo Wilson Hernando Morales Hurtado no concuerden exactamente en cuanto dicen, es cierto. Pero tales discordancias en nada desdibujan la integridad del testimonio de cada cual, porque ella básicamente hace su relato a partir de lo que su hijo le contó y agrega los apartes donde ella fue protagonista, así como cuando le pidió al Juez que reversara la insubsistencia de su hijo, o cuando comentó lo que sabía a terceras personas.

Es por ello que, sin el reparto del salario de Wilson Hernando empezó al recibir el pago del mes de marzo de 2000 y culminó con el pago de noviembre del mismo año, carece de relevancia que uno y otro difieran en la fecha exacta cuando el Juez sentó la condición; y nada especial indica el hecho de que la señora María no pudiese precisar las cuantías entregadas a cada empleada; pues tales factores no interesan a la tipicidad del ilícito de concusión, ni desvanecen el injusto, ni interfieren con el reproche que puede hacerse contra el funcionario judicial procesado.

9. Por las razones que se viene exponiendo, no se vislumbra el interés que –según la defensa- mueve a la señora María Hurtado de Morales y su hijo Wilson Hernando a declarar contra el doctor SILVERIO AQUILINO CRUZ ROJAS.

Tal aserto no se desvirtúa porque Wilson Hernando hubiese demandando la declaratoria de insubsistencia ante la jurisdicción contencioso administrativa. Las acciones penal y contenciosa, independientes la una de la otra, surgieron después de los hechos que realmente ocurrieron, sin que nada indique que el proceso penal se ha utilizado como medio para preconstituir o constituir pruebas para luego hacerlas valer en el proceso administrativo.

10. No se ajusta a la realidad procesal la afirmación del defensor, en el sentido que Wilson Hernando Morales Hurtado primero dijo que no existían testigos y luego fue introduciéndolos, según las necesidades.

En la primera oportunidad que Wilson Hernando declaró, en la averiguación preliminar, cuando la Fiscal le preguntó acerca de personas a quienes les constaran los hechos, él respondió: a los empleados del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja, entre ellos, Oscar Raúl Rivera y Olga Bernal; que él no comentó a nadie lo sucedido, pero que sí llegaban personas y le preguntaban “si era verdad que yo tenía que repartir mi sueldo”, como sucedió con el señor Ortega, auxiliar del doctor Amilcar Cuevas, de la Procuraduría de Familia; y con el magistrado Alberto Prieto. (Folio 55 cdno. 1)

La señora María Hurtado de Morales también dijo, en su primera versión, que todos los empleados del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja estaban enterados del asunto, y que ella tocó el tema con una señora Sonia, al parecer, Sonia Jiménez. (Folio 60 Cdno. 1)

Si ello es así, con independencia de lo que uno y otros hubieren declarado, no se trata de pruebas aportadas según la conveniencia del momento o estado procesal, sino que se enunciaron desde un principio.

Amén de lo anterior, el doctor Alberto Rafael Prieto Cely, magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior de Tunja, confirmó que Wilson Hernando Morales le hizo

“comentarios sobre irregularidades relacionadas con la necesidad de aportar parte de su sueldo como condición para sostenerse en el cargo.” (Folio 104 cdno. 1)

Si en su primera declaración, Wilson Hernando anunció al doctor Prieto Cely como un eventual testigo, no es posible sostener que se trate de una prueba montada según las circunstancias.

El señor Ortega, resultó ser Dinael Ortega Ortiz, pensionado de la Procuraduría General de la Nación, refirió que por comentarios de Wilson Hernando y de su señora madre, se enteró de que a aquél le tocaba repartir su salario. (Folio 233 cdno. 1)

Olga Amparo Bernal Ariza, que laboró en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja dijo:

“HERNANDO MORALES, cuando yo regresé a la sustanciación me comentó que él tenía que darles parte del sueldo a las escribientes y citadora RUTH SALAMANCA, ELDA MARÍA FARFÁN y ANA ROSA MORENO, y la verdad no me mereció ninguna observación, ni ningún comentario, porque bastante tenía con mi problema por el que había renunciado (al encargo como Secretaria), y así paso el tiempo... el once (11) de enero de dos mil uno (2001), cuando ingresamos a laborar HERNANDO MORALES me comentó que ese día en las horas de la mañana lo habían llamado a la secretaría, y le habían solicitado que cómo iban a hacer para lo de las primas y que él les había dicho que él no estaba obligado y ante eso ellas se habían puesto muy bravas y le habían reclamado y que tuvieron ahí un altercado y que entonces ante eso, él les había dicho que entonces él no les daba ya nada.”

Mas adelante, Olga Amparo Bernal Ariza agrega que Elda Farfán y Ana Rosa Moreno le comentaron que:

“HERNANDO MORALES había sido designado como oficial mayor y les iba a dar algo de su salario..Igualmente con Ruth Salamanca...ella también hizo el comentario, de que habían

nombrado a HERNANDO, que les iba a dar algo, pero que (sic) incómoda esa situación, ni ellas me comentaron más, ni yo profundicé indagándoles.” (Folio 81 cdno. 1)

Como se observa, Olga Amparo Bernal Ariza estaba enterada del reparto del salario de Wilson Hernando, no sólo por que dialogaba con él al respecto, sino porque ese era una cuestión evidente en el Despacho, al punto que tocó el tema con las mismas beneficiarias de las cuotas indebidas.

No existe razón alguna para dudar de la integridad del testimonio de la señora Olga Amparo, licenciada en ciencias sociales y con estudios de derecho, que con sinceridad refirió también el difícil ambiente laboral en la Secretaría del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja.

En modo alguno se observa que Wilson Hernando Morales Hurtado sea el ideólogo de un montaje ni el vengativo y hábil manipulador de testigos, que en él encuentra la defensa.

11. Las empleadas de aquel Despacho, Ruth Salamanca Serrano, Elda Farfán Castro y Ana Rosa Moreno, a quienes les era entregada la suma \$ 200.000, \$ 160.000 y \$ 70.000, respectivamente, niegan tal acontecimiento, pero ratifican que ellas no pudieron ascender por la designación que el Juez hizo en Wilson Hernando Morales Hurtado, para que pudiera completar los requisitos de la judicatura. (Folios 111, 120 y 127 cdno. 1)

Tal negación no obedece a que los hechos constitutivos de delito no se hubiesen presentado, sino a la postura defensiva de ellas, ante la eventual responsabilidad que pudiere corresponderles.

12. Dice el defensor que Wilson Hernando Morales Hurtado fue declarado insubsistente por el Juez implicado, debido a que no era competente en el cargo para el que fue

designado, y que tramó el proceso penal y la acción contencioso administrativa para rescatar su buen nombre y el de su padre Florentino (fallecido).

En la parte motiva de Resolución No. 0001 del 31 de enero de 2001, por la cual se declaró insubsistente el nombramiento de Wilson Hernando Morales, se anotó:

“Que se hace necesario para la buena marcha del despacho la designación de un abogado titulado y con mayor experiencia, a partir de la presente fecha”

...

“Que el nombramiento hecho en provisionalidad no otorga derecho de permanencia en el cargo ante la necesidad del servicio y siempre que el mismo realmente mejore” (Folio 140 cdno. pruebas en el juicio)

El defensor propone que esa motivación es real y con ello pretende desvirtuar uno de los indicios erigidos contra los intereses del Juez implicado.

Siendo creíble la versión de Wilson Hernando Morales Hurtado, según se ha venido explicado, a quien, por demás, todos los declarantes califican como buen funcionario, no conspira contra la sana crítica inferir que esa motivación no corresponda a la realidad, máxime que los análisis de la estadística el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja para los años 1999, 2000 y 2001 no permiten deducir sin mayor análisis que la disminución del rendimiento de 2000 con relación a 1999, obedezca a la presencia de Wilson Hernando, pues se ignora la complejidad de los asuntos evacuados en cada anualidad; se sabe que desde que enfermó terminalmente el Secretario (don Floriberto Morales) se hicieron necesarios los encargos en la secretaría, generando movimientos en el Despacho, lo cual conlleva no pocas dificultades; y porque Wilson Hernando no era responsable del destino de ese Juzgado, sino que la producción era asunto de todos.

Pero real o presunta la motivación de la resolución a través de la cual Wilson Hernando fue separado del cargo, la declaratoria de insubsistencia por sí misma no indica mayor cosa con relación a la comisión del ilícito de concusión, pues la inducción concusionaria se materializó en el mes de marzo de 2000 y se mantuvo hasta enero de 2001. El acto administrativo que declaró la insubsistencia fue suscrito el 31 de enero de 2001.

Quiere ello decir que si la concusión se materializó en marzo de 2000, la declaratoria de insubsistencia como acto aislado en nada mina la concreción del injusto, pues fueron los efectos de éste los que se prolongaron durante casi un año, sin que la fecha en que cesó, por cualquier causa, torne atípica la conducta ni la justifique.

Huelga advertir que siendo independientes las acciones penal y contencioso administrativas, la presunción de legalidad de los actos administrativos, prevista en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, no impide que el funcionario responsable de la investigación penal pueda analizar en sana crítica la fundamentación de las decisiones de autoridad de esa índole. De lo contrario, se generaría una especie de prejudicialidad ex ante, que daría al traste con la posibilidad de adelantar averiguaciones penales en los casos concretos; y una tal eventualidad no cabe en términos razonables en la legislación colombiana.

Estipula dicho precepto que “los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción contencioso administrativa”, lo cual indica que, una vez en firme, los actos administrativos cobran carácter ejecutivo, esto es, pueden aplicarse en sus efectos y que son suficientes por sí mismos para que la administración ejerza de inmediato las acciones u operaciones necesarias para su cumplimiento, según se desprende del artículo 64 ibídem.

De ahí que, la presunción de legalidad de los actos administrativos opera esencialmente

al interior de la misma administración, y no puede confundirse con una especie de gracia, franquicia, inmunidad o fuero para impedir, suspender, ni enervar las investigaciones de carácter penal.

13. Tampoco tiene asidero en el conjunto probatorio, ni la experiencia permite admitirla, la suposición de la defensa en el sentido que, de haber existido el reparto del salario, tal cosa habría ocurrido por mera liberalidad y decisión unilateral Wilson Hernando, quien decidió reservarse sólo el monto devengado por el Citador; y que después, como fue declarado insubsistente, por venganza decidió inventar la historia de la supuesta condición que el Juez le impuso.

Esa hipótesis no llega siquiera al campo de la mediana probabilidad, dado que desde el ingreso de Wilson Hernando a laborar en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja, su padre, Floriberto Morales, ya padecía serios quebrantos de salud y era inminente la crisis económica de la familia; y con mayor razón aún, cuando se sabe que la condición para que Wilson Hernando pudiera ser designado y conservara el empleo, se produjo, no para nombrarlo la primera vez como Sustanciador -el 21 de enero de 2000-, sino en marzo de 2000, cuando por Resolución del 7 de marzo de 2000 fue designado como Oficial Mayor, fecha ésta para la cual ya el señor Floriberto había fallecido, concretándose como real la ausencia del salario que él, como Secretario de ese Despacho devengaba, pues el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora María Hurtado de Morales tardó un tiempo considerable y la inclusión en la nómina de pensionados sólo vino a lograrse mediante una sentencia de tutela.

14. En las anteriores condiciones, el notorio esfuerzo de la defensa por sacar adelante sus tesis, de inexistencia de la conducta punible, o de la ausencia de certeza sobre los elementos estructurales del delito, se desvanece en la redundante exaltación de la discordancia ínfima, de la contradicción no esencial o aparente y en la descalificación, inclusive por desmerecimiento moral, de la señora María Hurtado de Morales y de su hijo

Wilson Hernando Morales Hurtado.

No empece, la argumentación defensiva no mina la solidez del fallo condenatorio de primera instancia, que será confirmado, como lo solicita la Fiscal instructora en su escrito de intervención como no apelante.

15. Sin perjuicio de la decisión enunciada, la Sala de Casación Penal de manera oficiosa rectificará el quantum de sanción privativa de la libertad, de la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y de multa, en el sentido de retirar lo correspondiente a la circunstancia genérica de agravación punitiva derivada de la posición distinguida del agente.

El numeral 11 del artículo 66 del Código Penal (Decreto 100 de 1980) contemplaba como circunstancia de agravación genérica: “La posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por su riqueza, ilustración, poder, cargo, oficio o ministerio”, en tanto no ha sido prevista de otra manera⁷:

Cabe recordar que para calcular la sanción a imponer, el Juez colegiado aplicó, por favorabilidad⁸, el artículo 140 de Código Penal de 1980, modificado por la Ley 190 de 1995, que reprime la concusión con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales.

Entonces, a partir de la pena mínima, esto es 48 meses de prisión, aumentó dos meses por la circunstancia genérica de agravación punitiva consistente en la posición distinguida del agente, y no hizo incrementos adicionales porque concurría la atenuante de la buena conducta anterior, de modo que impuso a SILVERIO AQUILINO CRUZ ROJAS la pena principal de 50 meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso, y multa por valor equivalente a 51 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Como lo ha venido reiterando esta Sala de la Corte, en la determinación de la pena a imponer no es viable tener en cuenta la causal genérica de agravación consistente en la posición distinguida que ocupaba el procesado cuando cometió el ilícito, en este evento, Juez Tercero Civil del Circuito de Tunja, toda vez que resulta violatorio del principio non bis in ídem valorar doblemente de manera desfavorable ese mismo indicador; de una parte, como elemento del tipo penal de sujeto activo calificado y, de otra, como factor de incremento de la punibilidad.

La condición de Juez de SILVERIO AQUILINO CRUZ ROJAS coincide con la calidad de servidor público que exige el delito de concusión; por ende, es improcedente sopesar nuevamente esa calidad para agravarle la pena, pues ello equivaldría a sancionarlo más de una vez en razón de su investidura.

En el anterior sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Penal, como se puede confrontar, entre otras, en estas decisiones: Sentencia de única instancia del 23 d febrero de 2005, radicación 19.762; Sentencia de casación del 18 de mayo de 2005, radicación 21.649; y Sentencia de única instancia del 18 de agosto de 2005.

En aquel orden de ideas, se desechará aquella agravante genérica, y se restarán de la pena imponible los dos (2) meses de prisión que el A-quo asignó por concepto de la posición distinguida del agente. En consecuencia, se declarará que SILVERIO AQUILINO CRUZ ROJAS queda condenado a la pena principal de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, y a interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso, por el delito de concusión.

La pena de multa también será reducida al extremo inferior, esto es, cincuenta salarios mínimos legales mensuales, dado que, en tratándose del ilícito de concusión es una pena que también es principal, debiendo seguir para su tasación la misma lógica que para dosificar la sanción restrictiva de la libertad.

En todos los demás aspectos la sentencia de primera instancia será confirmada.

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

Confirmar la sentencia del veintiséis (26) de abril de dos mil cinco (2005) proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja, de conformidad con la parte motiva de esta providencia, con la modificación consistente en declarar que SILVERIO AQUILINO CRUZ ROJAS queda condenado por el delito de concusión, a la pena principal de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, a interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso, y al pago de multa por valor equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

MAURO SOLARTE PORTILLA

Aclaración de voto

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aclaración de voto

Excusa justificada

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

Aclaración de voto

Permiso

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Adición de voto

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Folios 409 a 527 cdno. 2.

2 Con salvamento de voto de la H. magistrada, Cándida Rosa Araque de Navas, quien sostiene que ha debido absolverse al procesado, por ausencia de certeza para condenarlo. (Folio 529 cdno. 2)

3 Sentencia de casación del 4 de septiembre de 2002.

4 Artículo 204 Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000.

5 Se refiere al Código de Procedimiento Penal, Decreto 2700 de 1991.

6 Artículo 230 del Código de Procedimiento Civil.

7 Equivalente al numeral 9° del artículo 58 del Código Penal, Ley 599 de 2000, que estipula las circunstancias de mayor punibilidad.

8 El artículo 404 del Código Penal, Ley 599 de 2000, reprime la concusión, con prisión de 5 a 8 años, 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.