

Proceso No 23987

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No.09

Bogotá, D. C., primero (1º) de febrero de dos mil siete (2007).

VISTOS

El Tribunal Superior de Tunja, Boyacá, por medio de sentencia de 17 de junio de 2005, condenó al doctor EDGAR MAURICIO ORJUELA SEGURA por los hechos punibles de concusión y falsedad ideológica en documento público, decisión contra la cual el defensor de oficio interpuso el recurso de apelación que es objeto de decisión.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los hechos fueron resumidos por la Unidad de Fiscalías Delegadas ante esta Corporación en la providencia que ordenó la expedición de copias para investigar al procesado por los delitos de concusión y falsedad ideológica, así:

“El 14 de diciembre de 1998, en la Unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía de Tunja se recibió la denuncia que por el delito de Hurto entre Condueños formuló LUIS GONZALO ROBLES SAENZ contra JORGE ALFONSO CLAVIJO DIAZ. Ese mismo día, el Fiscal Coordinador ofició al C.T.I. de Medellín solicitando la incautación e inmovilización del

tractocami3n de placas TBB 125, objeto material del il3cito denunciado.

"Asignadas las diligencias a la Fiscal3a 26 Local de Tunja, su titular para ese entonces la doctora MARTHA ESPERANZA MANRIQUE dispuso la apertura de investigaci3n previa, ordenando la pr3ctica de diligencia de conciliaci3n, la ampliaci3n de denuncia y la versi3n del imputado. Para la pr3ctica de esta 3ltima diligencia se3al3 el 2 de febrero de 1999 a partir de las 9 a.m., seg3n consta en el telegrama que se le envi3 al se3or DIAZ CLAVIJO a su residencia ubicada en Duitama.

"Con fecha 28 de enero de 1999, el Fiscal 26, el doctor EDGAR MAURICIO ORJUELA SEGURA, recib3 ampliaci3n de denuncia del se3or ROBLES SAENZ, quien inform3 que el veh3culo al parecer se encontraba en un parqueadero en la salida de Guayabal en Medell3n; que la esposa del imputado resid3a en Barbosa (Antioquia) y que 3ste probablemente se encontraba en Medell3n.

"Ese mismo d3a, el Fiscal declar3 abierta la instrucci3n, ordenando citar a las partes con el fin de realizar audiencia de conciliaci3n y dispuso o3r en indagatoria al sindicado, en el evento de que aquella fracasara.

"El mismo 28 de enero, el doctor ORJUELA SEGURA ofici3 al Director Seccional de Fiscal3as de Tunja solicit3ndole autorizar su desplazamiento a la ciudad de Medell3n 'con el fin de adelantar las diligencias necesarias para dar con el paradero del veh3culo (...) y de la misma forma ubicar a JORGE ALFONSO DIAZA CLAVIJO, responsable del hecho denunciado...'

"El domingo 31 de enero de 1999, siendo aproximadamente las 5:30 de la tarde, el doctor EDGAR MAURICIO ORJUELA SEGURA, se present3 en compa3a de dos miembros del Cuerpo T3cnico de Investigaciones de la Fiscal3a de Medell3n en la residencia de los suegros del se3or DIAZ CLAVIJO ubicada en Barbosa, ingres3 a la vivienda, solicit3 la identificaci3n de los moradores y realiz3 la captura de 3ste.

Posteriormente lo condujeron a su propia residencia con el fin de que recogiera alguna ropa y utensilios de aseo.

"El aprehendido fue trasladado en una camioneta dentro de la cual se encontraba el abogado SEGUNDO PINEDA, persona conocida por aquél como representante del denunciante. Tomaron rumbo hacia Medellín, pero en el trayecto el Fiscal solicitó al conductor dirigirse a la Cárcel de Bellavista, en donde pretendía dejar recluido al señor DIAZ CLAVIJO, ante la negativa de las autoridades carcelarias, lo condujo a las instalaciones del C.T.I.

"El Fiscal ORJUELA SEGURA comenzó a indagar al procesado a las 11:29 a.m. del 2 de febrero de 1999 y aproximadamente a las 6:00 p.m. le concedió la libertad, luego de que éste le entregara el tractocamión..."

La Unidad de Fiscalías Delegadas ante esta Corporación conoció de las diligencias por vía del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la providencia por medio de la cual la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Tunja, Boyacá, calificó el mérito sumarial, y revocó la preclusión de la investigación dictada a favor del doctor MAURICIO ORJUELA SEGURA, acusándolo en su lugar por la comisión del delito de privación ilegal de la libertad. Decisión en la que además ordenó la expedición de copias para que también se le investigara por los delitos de concusión y falsedad ideológica en documento público en los cuales consideró pudo haber incurrido y que no fueron objeto de averiguación conjunta con aquél ilícito.

Así, luego de que la Dirección Nacional de Fiscalías fijó la competencia en la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Tunja¹ para conocer de la investigación, el 5 de febrero de 2002, la Fiscalía Primera dispuso el inicio de investigación previa de acuerdo con lo previsto en el artículo 322 de la Ley 600 de 2000 y después de escuchar en declaración, por intermedio de funcionario comisionado, a

OMAR HERNAN QUINTERO ZAPATA y a EDGAR FERNANDO ZEA MAZO² miembros del C.T.I. de la Fiscalía que acompañaron al ex fiscal en las diligencias de búsqueda del automotor en la ciudad de Medellín y del señor JORGE ALFONSO DIAZ CLAVIJO en el municipio de Barbosa, Antioquia, el 19 de noviembre del mismo año, dispuso la apertura formal de investigación penal por el concurso de delitos de concusión y falsedad en documento público.

Ante la imposibilidad de lograr que el sindicado compareciera para escucharlo en diligencia de indagatoria por los aludidos delitos fue vinculado al proceso mediante declaratoria de persona ausente³, y a través de resolución de 27 de abril de 2004⁴ le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por los ilícitos de concusión y falsedad ideológica en documento público.

El 23 de julio de 2004⁵ clausuró la investigación y por medio de resolución de 25 de agosto de 2005⁶ acusó al doctor EDGAR MAURICIO ORJUELA SEGURA por el concurso de delitos que le dedujo en la resolución de situación jurídica. Consideró en relación con el delito contra la fe pública, que el testimonio de JORGE DÍAZ CLAVIJO, privado ilegalmente de la libertad por el ex fiscal, y el rendido por los investigadores del C.T.I. HERNAN QUINTERO ZAPATA y FERNANDO ZEA MAZO, el abogado JUAN GUILLERMO ACOSTA MONTOYA y JORGE y RICARDO ALFONSO DIAZ DIAZ, se establece que para el momento en que aquel fue privado de la libertad no obraba orden de captura previamente expedida, que el funcionario no exhibió documento escrito que amparara su proceder, guardando silencio cuando lo requirieron en tal sentido.

Que el episodio que se presentó en la Cárcel de Bellavista, donde el ex funcionario intentó dejar en condición de capturado al señor JORGE DÍAZ CLAVIJO, ratifica la inexistencia de la orden de captura, pues allí no lo recibieron porque no presentó documento que avalara la privación de la libertad, esto es orden escrita de autoridad judicial que permitiera dicha reclusión.

Recuerda que el procesado exteriorizó a los funcionarios del C.T.I. que lo acompañaron en Medellín, que en caso de lograrse la captura del implicado en el hurto, ellos debían pasar el informe correspondiente una vez él legalizara el procedimiento, es decir, cuando prohiriera el auto por el cual ordenaba la captura de DIAZ CLAVIJO, el cual como se verificó en la inspección judicial practicada, no existía en el plenario al momento de materializarse la misma.

Concluye que el procesado comprendía la ilicitud de su obrar cuando dispuso la ilegal captura del señor DIAZ CLAVIJO al extremo que para ocultarlo emitió posteriormente una resolución ordenando tal captura y libró el oficio solicitando al C.T.I. el apoyo correspondiente con fecha 31 de enero de 1999, falseando así la realidad, para abastecer de legalidad la captura ilegítimamente efectuada.

Puntualizó que la motivación del funcionario para crear estos documentos no es un elemento imprescindible en la estructura del delito de falsedad ideológica en documento público, el cual exige simplemente el elemento volitivo y el conocimiento de que con tal proceder se vulnera la órbita de protección del ordenamiento penal, razonamiento que apoya en doctrina de esta Sala de la Corte.

En relación con el delito de concusión, expresó que está debidamente probado que el procesado valiéndose del temor por la autoridad que representaba en el momento y la facultad para disponer sobre la libertad de DÍAZ CLAVIJO y su eventual traslado a la penitenciaria de El Barne, condicionó la recepción de la indagatoria y la liberación del retenido a la entrega material de la tractomula que para ese momento la tenía en la ciudad de Cartagena.

Luego de hacer referencia a los medios de prueba, destacó que el Fiscal manifestó en la injurada que rindió dentro del proceso que se le siguió por el delito de privación ilícita de la libertad, que capturó a DIAZ CLAVIJO con el objeto de oírlo en indagatoria, sin embargo

tuvo oportunidad de cumplir con ese cometido el lunes siguiente pero sólo practicó la diligencia hasta el día martes en horas de la tarde, cuando

el rodante se encontraba en Medellín y había sido entregado a un funcionario del C.T.I. y puesto a disposición por uno de los hijos del capturado, liberando seguidamente a éste.

Que los medios de prueba permiten colegir que el doctor ORJUELA SEGURA “abusando de las funciones que le han sido confiadas constitucional y legalmente, constriñó a Jorge Alfonso Díaz Clavijo, para que procediera a colocar a disposición del Despacho un bien del cual se pregonaba, se erigía como objeto material de la ilicitud de hurto entre condueños; constreñimiento que se fundamenta en la amenaza abierta que el funcionario judicial ejerció sobre los miembros de la familia Díaz, a quienes indicó que de no colocar a disposición del despacho la tractomula procedería a conducir a Jorge Alberto Díaz Clavijo, a la penitenciaría ‘el Barne’, de Tunja.”

Finalmente, con apoyo en jurisprudencia de la Corte, aduce que el condicionamiento que hizo el doctor ORJUELA SEGURA de recibirle indagatoria al retenido DÍAZ CLAVIJO y posteriormente dejarlo en libertad cuando entregara la tractomula, constituyó una abierta amenaza que realizó prevalido de la investidura con la cual injurió la ética del Estado.

SENTENCIA APELADA

Después de hacer mención a los hechos y los antecedentes procesales con apoyo en las declaraciones de OMAR HERNÁN QUINTERO ZAPATA y EDGAR FERNANDO ZEA MAZO, quienes en su condición de funcionarios del C.T.I. de la Fiscalía acompañaron al procesado en la ciudad de Medellín en desarrollo de las labores orientadas a la localización de la tractomula que presuntamente había sido objeto de hurto por parte del señor JORGE ALFONSO DÍAZ CLAVIJO, concluye que el ex funcionario procesado no había expedido orden alguna para capturar a éste, “porque prácticamente él fue el que dirigió y

llevó a cabo la captura, quedando de legalizar (sic) después de este trámite.”

Que además de lo dicho por los investigadores del C.T.I., procesalmente se cuenta con las declaraciones vertidas por NICOLAS CUARTAS MURILLO y ROCIO LOURDES JARAMILLO ÁLVAREZ quienes dan cuenta de la forma como el ex fiscal ingresó a la casa, identificó y se llevó al señor DÍAZ CLAVIJO sin exhibir orden de allanamiento o captura alguna y cuando la última le exigió la orden judicial simplemente respondió que él era Fiscal. Circunstancias que también narró el señor JORGE ALFONSO DÍAZ CLAVIJO, quien, además, manifestó que al momento de la captura el ex funcionario le dijo que lo detenía por el robo de una tractomula y que lo llevaba para la Cárcel de Bellavista y el miércoles o jueves siguiente para la de El Barne, en Tunja.

Que en el mismo sentido atestiguaron RICARDO ALONSO DÍAZ DÍAZ y el abogado JUAN GUILLERMO MONTOYA, testimonios con fundamento en los cuales insiste en que el procesado privó de la libertad al señor DIAZ CLAVIJO por un delito querellable, sin la existencia de orden escrita, un día domingo, en una ciudad distinta a aquella de su habitual sede de funciones, coaccionando, además, al sindicato a entregarle el vehículo como condición indispensable para obtener su libertad so pena de ser conducido a la Cárcel de El Barne, en Tunja.

Como epílogo del ilícito proceder del funcionario investigado, ante la petición de LUÍS GONZALO ROBLES SÁENZ, el 18 de febrero de 1999 decretó el embargo y secuestro del 50% de lo perteneciente al sindicato de ese rodante y dispuso su entrega al denunciante, con lo cual desconoció las exigencias del artículo 681 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 67 de la Ley 794 de 2003, con fundamento en el cual debió entregársele a un secuestro.

Así, el funcionario acusado no fue consecuente con la anterior determinación, porque sin haber practicado la diligencia de embargo y secuestro sobre el rodante, ordenó al

comisionado hacer entrega provisional del mismo al denunciante, desconociendo las normas vigentes y las condiciones en las cuales surgió la querrela, pues en criterio del Tribunal se hacía imperioso dejarlo en poder de un auxiliar de la justicia, si de lo que se trataba era de proteger los derechos que surgían nítidos para ambos copropietarios.

Refiere que desde cuando el denunciante se presentó a ampliar la queja, el propósito del funcionario se orientó a obtener que le entregaran la tractomula, para él a su vez entregársele a aquél. Así se desprende, afirma, del contenido del oficio mediante el cual solicitó autorización para trasladarse a la ciudad de Medellín haciendo énfasis sobre tal aspecto. Una vez capturó a DIAZ CLAVIJO, lo amenazó con recluirlo en la Cárcel de Bellavista en Medellín y posteriormente trasladarlo a la de El Barne en Tunja, diciéndole que la detención dependía de él.

Por lo anterior, considera, fue que el mismo Tribunal en la sentencia dictada contra el ex funcionario por el delito de privación ilegal de la libertad, señaló que “El fiscal ORJUELA SEGURA ordenó verbalmente la captura de JORGE ALFONSO DIAZ CLAVIJO con el propósito de obtener también la entrega del tractocamión que se encontraba en su poder y que era producto del ilícito que se investigaba”.

En lo que concierne al delito de concusión afirmó que “el Fiscal abusó de sus atribuciones o funciones, porque teniendo competencia para instruir el proceso de hurto entre conductores y en general para librar órdenes de captura bajo los parámetros legales, hizo uso de las mismas saltando por encima de ellos con el propósito de obtener la entrega de la tractomula para devolverla a uno de los conductores en neto perjuicio del otro. Precisamente por eso, fue por lo que se aceptó la competencia para conocer de este proceso, porque quien abusando de sus propias funciones delinque ostentando una calidad que le da un fuero especial como en el caso del Fiscal, no se tiene en cuenta en sí el lugar de comisión del hecho para la atribución de competencia, sino el fuero que sigue la persona

donde quiera que ésta se halle en el territorio nacional.”

Que además de la realización de los verbos rectores que gobiernan esta conducta prohibida, también se requiere la concurrencia de elementos normativos para su estructuración, como la dación o la promesa para el servidor público o para el tercero, de dinero o cualquiera otra utilidad indebidos. En tal sentido, que “dar” implica la entrega presente, mientras “la promesa” hace referencia al futuro y la utilidad puede ser en dinero o corresponder a todo aquello capaz de producir provecho, comodidad, fruto o interés, que puede servir en tanto que aprovecharse, significa la conveniencia misma que se puede sacar de una cosa, de una persona o de una situación.

Admite con base jurisprudencial de la Corte, que no es necesario que la utilidad, el dinero o el provecho buscado realmente se obtengan, de tal suerte que para la estructuración basta que la exigencia se haga para que el delito de entienda consumado.

En torno al delito de falsedad ideológica en documento público, afirmó que también requiere de un sujeto activo cualificado –el servidor público– que en ejercicio de sus funciones al extender documento público que pueda servir de prueba, para el cual está facultado de conformidad con la órbita de sus funciones, consigne un hecho o circunstancia que no corresponde con la realidad.

En los hechos objeto de averiguación, razona, el ex funcionario capturó al señor JORGE ALFONSO DIAZA CLAVIJO, sin la existencia de resolución y de orden captura previamente emitidas. Una vez lo privó de la libertad en los calabozos del C.T.I. de Medellín sí pretendió legalizar la captura y oficio a los funcionarios del C.T.I. para que le dieran información sobre el procedimiento, con lo cual lesionó la norma prohibitiva de la falsedad ideológica.

Aun cuando el procesado fue vinculado al trámite por medio de declaración de ausencia, el sentenciador de instancia trajo a colación la injurada que rindió dentro del

proceso que se le adelantó por el ilícito de privación ilegal de la libertad, para concluir que lo que allí afirmó, en relación con los delitos de concusión y falsedad ideológica, no varía su situación porque la prueba recaudada informa que el ex Fiscal, desde el principio, le dijo a DIAZ CLAVIJO que necesitaba que la tractomula apareciera y que por eso la detención dependía de él, pues fue lo que le dijo al abogado antes de la indagatoria, motivo por el cual para poderla entregar se la hicieron traer desde Cartagena, circunstancia que conoció de antemano porque el primero de febrero uno de los hijos del ofendido lo llamó para decirle que la tractomula iba en camino y que tan pronto llegara a Medellín se la colocaría a disposición.

Que la orden de captura y el oficio correspondiente, fechados en Medellín el 31 de enero de 1999, para justificar la captura, fueron elaborados con posterioridad a la misma y a pesar de que el proceso no la ameritaba en ese momento porque válidamente se había fijado audiencia de conciliación para el 2 de febrero siguiente, oportunidad en la cual DIAZ CLAVIJO debía comparecer.

Después de la apertura la investigación tampoco ordenó la captura ni está fue la misión anunciada para solicitar la comisión de servicio, y al momento de producirse la misma no tenía ninguna orden, no la exhibió y cuando el abogado del capturado le reclamó por tal requisito, respondió que él podía hacerla y legalizar posteriormente el procedimiento. Y esto es lo que se deduce de las declaraciones de los investigadores del C.T.I., porque ellos jamás vieron que el fiscal tuviera orden alguna, porque prácticamente la captura la hizo él con la promesa de legalizarla ante sus superiores.

En suma, que constituyendo la orden de captura un documento público, impartida por el procesado en ejercicio de sus funciones, la misma como el oficio a través del cual la comunicó al C.T.I. su contenido fue falseado en cuanto en ellos se consignó una fecha diferente a aquella en que realmente fueron expedidos.

Por otra parte, que el procesado no tenía dentro de sus fines el de capturar al sindicado en la querella que estaba bajo su conocimiento, al punto que, según la indagatoria que rindió en el proceso que se le adelantó por el delito de privación ilegal de la libertad, contrariando la realidad, le adujo al Director Seccional de Fiscalías de Tunja, que ante la grosería y altanería de DIAZ CLAVIJO lo había capturado en las instalaciones.

Consideró que los tipos de prohibición de concusión y falsedad ideológica en documento público, no quedan inmersos en el de privación ilegal de la libertad. Al respecto dijo que “el delito de privación ilegal de la libertad, no puede contener los otros dos que tienen ingredientes estructurales que desbordan la capacidad del primero y cuyos objetos de protección jurídica son derechos absolutamente diversos; al contrario, pueden concurrir y en efecto lo hacen bien sea como delitos medio o como delitos fin”.

Igualmente, que no puede considerarse como irrelevante la fecha contenida en la orden de captura como en la comunicación que de la misma se remitió al C.T.I., porque cambiar la fecha en un documento que tiene el carácter de público afecta la confianza de los asociados en la verdad de su contenido y de la fecha en que se expidió.

Que la acuciosidad del Fiscal en ningún momento lo relevaba del categórico imperativo de cumplir con la Constitución y la Ley, respetando los derechos de los ciudadanos que son la base fundamental de la convivencia y del desarrollo de la nación.

Como corolario de todo, el Tribunal sentenció al sindicado a la pena de 60 de meses de prisión, multa en cuantía equivalente a 62.5 salarios mínimos a favor del Consejo Superior de la Judicatura y a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena de prisión, en razón del delito de concusión que punitivamente es el de mayor gravedad; y aumentó la pena privativa de la libertad en 24 meses por el delito de falsedad ideológica en documento público, respecto del cual, considerado individualmente, previamente calculó la pena en 57 meses de prisión.

LA APELACIÓN

El defensor de oficio del procesado interpuso recurso de apelación contra el fallo de instancia con el objeto de que sea revocado y en su lugar le absuelva de los cargos que le formuló la Fiscalía General de la Nación como presunto autor responsable de los delitos de concusión y falsedad ideológica en documento público.

En tal sentido, en relación con el delito de falsedad, anota que según la opinión más generalizada, incurre en detención arbitraria el funcionario que tiene entre sus funciones la facultad legal de privar de la libertad a las personas cuando lo hace sin sujeción a las formalidades prescritas legalmente o cuando la norma jurídica no autorizaba su detención.

Considera que si de acuerdo con el Tribunal la falsedad ideológica se consumó al consignar en la orden escrita de captura una fecha que no corresponde a la realidad, tal conducta es irrelevante, inocua y superflua como tipo penal autónomo, porque la misma se subsumiría dentro del tipo penal de privación ilegal de la libertad por haberse efectuado una detención arbitraria sin las formalidades legales prescritas, pues lo que el Tribunal denomina tipo autónomo de falsedad ideológica en documento público es apenas un medio instrumental para cometer la conducta punible descrita en el artículo 272 del Código Penal.

Que la privación ilegal de la libertad del señor DÍAZ CLAVIJO implicó el uso de medios no sujetos a las normas legales, luego la expedición oportuna o inoportuna de la orden escrita de captura es apenas un medio para lograr la privación ilegal de la libertad, por lo que esa actividad de la expedición escrita de la orden de captura forma parte de la conducta punible por la cual el procesado ya fue condenado.

De suerte que la conducta contra la fe pública no tuvo como finalidad atentar contra ese bien jurídico, sino que lo pretendido con la expedición posterior de la orden de

captura, según el razonamiento del a quo, fue la privación ilegal de la libertad conducta por la cual fue sancionado el ex servidor.

Finca el argumento de atipicidad de la conducta en que la orden de captura es absolutamente irrelevante y no tiene ninguna incidencia dentro del proceso penal, cuestión diferente es la legalidad de la orden de captura, la cual fue debatida en el proceso en que se condenó al ex fiscal por privación ilegal de la libertad concluyéndose en que era ilegal la orden de captura.

Que aceptando el argumento del Tribunal de que primero se captura y que después se expide la orden, tal actuación no implica el desarrollo de la conducta típica de falsedad atribuida porque el documento no contiene ninguna mentira, por el contrario corresponde a lo que realmente ocurrió, porque no existió falsedad en la ideas “en el documento que contiene la orden escrita de captura” de tal modo que la conducta es atípica.

Pero además de ser atípica la conducta de su procurado, cree que no existe prueba que demuestre la materialidad de la misma y la responsabilidad, pues la afirmación de que no se había elaborado orden escrita para proceder a la captura del procesado es apenas una suposición, como el argumento de que DIAZ CLAVIJO no fue recibido en la Cárcel de Bellavista, ante lo cual plantea diversas hipótesis de por qué no fue recibido, diferentes a la ausencia de orden de autoridad judicial para ese momento, siendo lo cierto que la privación de la libertad se verificó exclusivamente para recibirle indagatoria ante la negativa reiterada del procesado a comparecer.

Que de los testimonios de los agentes del C.T.I. no se puede concluir con grado de certeza la inexistencia de la orden de captura, y menos de los testimonios interesados del denunciante, sus familiares y del abogado. En consecuencia, que no existe el grado de certeza necesario para condenar y hay dudas al respecto y, como no ha sido

desvirtuada la presunción de inocencia se debe absolver al procesado del cargo de falsedad ideológica.

En relación con el delito de concusión aduce que el Tribunal no tuvo en cuenta que el señor DIAZ CLAVIJO desapareció el tractocamión que era de una sociedad común y proindiviso con LUIS GONZALO ROBLES SAENZ y que el procesado cumpliendo fielmente con su función de “resolver un conflicto de hurto entre condueños recuperó el tractocamión”; rechazando que el procesado actuó de forma eficiente y eficaz frente a la normatividad procesal.

Por ello, la conducta de su procurado por ese hecho es atípica porque lo que hizo fue cumplir con sus funciones y “su conducta sorprende tanto, dentro de una generalizada ineptitud para investigar y resolver el conflicto penal de fondo y no solo con argumentos estériles e incomprensibles que no entienden ninguno de los sujetos procesales”.

Proclama que no es antijurídico el actuar del sindicado, que frente a un delito de hurto entre condueños cuyo objeto material corresponde a un tractocamión, persiguió su recuperación de manera diligente y ahora se le critica y se le establece responsabilidad penal por tal hecho.

En relación con las citas relativas al Código de Procedimiento Civil por el juzgador de instancia, afirma que no vienen al caso, porque en tratándose de un vehículo automotor, solamente se puede registrar la medida de embargo cuando la propiedad aparece inscrita a favor de los copropietarios, hecho que no ocurrió en este caso en el cual apenas hay un contrato de compraventa y una disputa evidente entre el derecho de copropiedad y explotación del vehículo la cual correspondía resolverla al juez civil. Así, desde el punto de vista penal, el procesado hizo lo correcto, restablecer el derecho y dejar a las partes en libertad para que reclamaran sus derechos ante la justicia ordinaria civil.

Insiste en que la conducta de concusión atribuida a su procurado es atípica porque el fiscal “asumió la competencia” solucionando un conflicto penal de hurto entre condueños.

Que la utilidad al recuperar la tractomula no fue otra que la solución del conflicto penal en beneficio de la justicia, en cuanto se hicieron cesar los efectos negativos de la conducta del señor JORGE ALFONSO DIAZ CLAVIJO quien efectivamente realizó una conducta típica al desaparecer con el vehículo de carga y amenazar constantemente con desguazarlo.

Finalmente, asevera que con la sentencia de instancia se violó el principio non bis in idem porque su procurado ya fue investigado y sancionado por los mismos hechos que inicialmente se adecuaron al ilícito de privación ilegal de la libertad, al punto que los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos por el a quo son similares a los que en su momento manifestó para condenarlo por el delito contra la libertad individual.

Sostiene que el proceso penal no se puede repetir y establecer dos sanciones por un solo hecho so pretexto de errores cometidos en la investigación, pues las equivocaciones en el proceso de adecuación típica no se pueden solucionar con la que se le ocurra al instructor con el vedado propósito de corregir errores judiciales, porque al final independientemente de cómo se denomine, la conducta es la misma, solo que sancionada dos veces.

Agrega, que el hecho de que se hayan utilizado las mismas pruebas que se acopiaron en el proceso que se adelantó por el delito de privación ilegal de la libertad es violatorio del debido proceso, porque no fue posible ejercer la contradicción respecto de unos elementos probatorios cuyo valor fue estimado previamente.

Concluye afirmando que en este caso el fiscal no realizó una gran investigación, simplemente fotocopió una investigación anterior y valoró la prueba de la misma forma

que lo había hecho anteriormente, comentario que hace extensivo a la actuación del procurador y del Tribunal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Es competente la Sala para pronunciarse acerca del recurso de apelación interpuesto contra las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial (art. 75.3, Ley 600 de 2000). En ese orden, y habiéndose acreditado en este asunto la calidad del procesado de Fiscal 26 Local de Tunja⁷ para la fecha de los hechos se procede a desatar el presentado por el defensor, no sin antes precisar que el estudio estará limitado al objeto de la impugnación y a los aspectos inescindiblemente ligados al mismo.

En orden a resolver el recurso de apelación interpuesto, observa la Sala que la defensa en la sustentación incurre en imprecisiones teóricas sobre la teoría de la acción y plantea la atipicidad de las conductas prohibidas imputadas desde la perspectiva del desvalor de la acción y, en su sentir, la conducta del ex funcionario solamente se adecua al delito de privación ilegal de la libertad por el cual ya fue condenado, el cual subsume las conductas que se investigaron en este proceso.

En torno de la teoría de la acción y el concurso de hecho punibles esta Sala de la Corte, en caso similar se pronunció del siguiente modo:

“2. Bajo este marco, así el defensor de la ex Fiscal no lo tenga claro al entremezclarlo con la ausencia probatoria sobre los delitos que dice se subsumirían en el de concusión, pues en un plano estrictamente analítico, el fenómeno de realización de la prohibición típica, o en términos neoclásicos, de la adecuación típica, para los efectos estrictamente jurídicos se da por descontada la problemática probatoria, la cual de todas maneras y a fin de responder plenamente la impugnación será tratada más adelante, es claro que, en criterio de este apelante, no son varias las acciones que

deben desvalorarse en contra de su defendida, y por ende, diversos resultados típicos a imputarle, sino una sola, la relacionada con el delito contra la Administración Pública, pues, los delitos de falsedad pasarían a ser medios de aquella conducta, es decir, actos que la integran, irrelevantes autónomamente como hechos punibles objeto de reproche.

"3. Así y aunque para tan hondo planteamiento, le es suficiente al impugnante la simple afirmación, reservándose las argumentaciones que eventualmente sustentarían su tesis y que de suyo, como es sabido, han generado arduos y profundos análisis dogmáticos en el pensamiento penalístico universal, una tal petición implica establecer los exactos límites de la acción, simple y llanamente así entendida o como acción típica o como acción típicamente antijurídica, y como basamento de ello la previa fijación de una fundamentación iusfilosófica del derecho o normativista o con raigambres vinculativos internos de política criminal o bajo la proyección renormativizadora funcionalista, en fin, la unidad delictiva dependería del contenido y alcance que se le de a la conducta como objeto de prohibición penal, pero como aquí se desconoce cualquier aproximación al respecto, todo indica que en el fondo, lo reclamado es que se revise el criterio del Tribunal en este sentido y, opuestamente, se afirme la "unidad de acción", o si se quiere, la existencia de una "conducta única", como la ejecutada por la ex funcionaria (...).

"4. Es, entonces, por el decurso de la alegación que, para el apelante, o la acción ónticamente comprendida tiende siempre a un fin, el cual, dirigido por la voluntad, hace que, previo el conocimiento causal, la exteriorice poniendo en marcha unos determinados medios, que se entienden idóneos para lograr ese objetivo propuesto, y precisamente en ellos estarían ubicados los que el Tribunal consideró constitutivos de falsedad y fraude procesal, esto es, que no son elementos de la acción final, actos integradores de ella, sino acciones también finales, independientes y autónomas caracterizadas, igualmente, por ser típicas o que existiendo multiplicidad de conductas causalmente ejecutadas y valoradas, es su relevancia jurídica en punto del tipo de

concusión la que permite colegir, diríamos que de acuerdo con su contenido y alcance, que en esa prohibición se desvaloran, así mismo, las conductas tipificadas por el a quo como constitutivas de falsedad y fraude procesal, o en últimas, que a base de afirmaciones sueltas, aun en estas condiciones, los resultados de estas acciones no le son jurídicamente imputables a la inculpada.

"5. Todas estas hipótesis dogmáticas explorables para determinar si en este caso y en relación con la ex Fiscal (...), los referidos delitos quedan subsumidos en la conducta concusionaria, o si el tipo penal imputable es únicamente el que prohíbe esta acción contra la Administración Pública, bien podrían plantearse, aun excediendo, y en qué medida, las infundadas aseveraciones del impugnante, que a la postre -como ya se dijo- se remiten a afirmar, simple y llanamente que, desde el punto de vista jurídico, sólo le es atribuible a su defendida el delito de concusión o que, debido a la ausencia de prueba, también es imperativo llegar a similar conclusión.

"Sin embargo y siendo el delito único a lo que contrae la pretensión, necesario resulta precisarle, que ni aun dando por entendido que su petición se haya inspirado en alguna de las posibles soluciones dogmáticas propuestas por la doctrina para abordar los baremos de la acción y por ende, de la problemática concursal, le asiste la razón.

"6. Si el fenómeno se aborda desde la perspectiva finalista, claro se debe tener que su fundamento óntico no está implicando ni sinónimo de impunidad ni un deslinde dogmático que conlleve a un desconocimiento de la normatividad positiva, pues de ser este el enfoque que pretenda dársele, necesariamente habría que colegir su absoluto rechazo siquiera para ser considerada su filosofía como sustento de una de las formas de concebir el derecho penal y específicamente, la teoría del delito. El problema es diverso, es el de recuperar respecto de la acción su real contenido, que no es otro que la voluntad

para oponerlo a la voluntariedad propia de la concepción causal de la conducta, y si para ello se parte de lo óntico, no se puede olvidar que es precisamente el reconocimiento de la acción como una de las estructuras lógico objetivas, a las cuales recurrió Welzel para que el sistema penal contara con un “sistema de conceptos puros supratemporales”, esto es, en contra de un sistema temporal perecedero, lo que hace que se acepte una determinada estructura de la acción, de conformidad con la cual la fijación en el individuo del fin que pretende alcanzar exige, además del conocimiento causal normal, la ya referida elección de medios, de los idóneos para lograr ese propósito y así acto seguido, previo conocimiento, igualmente, de las circunstancias concomitantes a su actuar (base para solucionar la problemática del dolo eventual), exteriorizar la acción interna y traspasar a la externa, en la que se cumple el fin propuesto dirigido por la voluntad.

”7. Esta estructura, aplicable tanto a las acciones lícitas como ilícitas, ya en punto de las prohibidas (no creadas por el legislador, sino vedadas por éste), impone el claro deslinde de las cadenas finales, es decir, establecer cuándo subsisten diversas acciones finales y cuando se trata de una sola, y respecto de esta labor, si bien el factor temporal y demás circunstancias que rodeen el actuar pueden ser útil ayuda para ello, es el análisis integral de la acción la que lo determina, pues el fin debe corresponder no únicamente al objetivo propuesto sino que éste, para lograrse, debe haber empleado los medios necesarios para su obtención, siendo posible que sean diversos los fines que pretenda lograrse en un momento dado.

”Entonces, impera cuestionarse si para la consumación de la conducta concusionaria era imprescindible la falsificación documental de que aquí se trata y posteriormente para ocultar el delito o buscar su impunidad, engañar a la justicia?. Es claro que no. Pero, es que, además, el establecimiento de esos medios debe verse de acuerdo a la acción prohibida, es decir, que con base en la conducta elevada a la categoría de delito por el legislador, es ella la que debe valorarse para que sea con esa fuente que se determine si fue la que su autor quiso realizar y realizó y qué medios empleó para lograrlo, o para ser

más precisos, en lo que atañe al presente caso, se impone partir de la acción prohibida típicamente para inferir en su respecto cuál fue su desarrollo interno y externo, sin que sea posible a motu proprio adicionarle otras que, tanto temporal como espacialmente, no aparecen como medios de la primera y por el contrario, surgen como correspondiente a otra finalidad, pues en tales eventos, si esas conductas también se encuentran típicamente prohibidas, imprescindiblemente corresponderán a una tipicidad autónoma.

"Y, si esto ocurre frente a la concepción final de la acción y dentro de su sistema, así en el neoclásico la voluntad no sea considerada, strictu sensu, como su contenido -a pesar que hoy en día, los mismo causalistas no duden en este reconocimiento, no obstante que la dinámica de su sistemática delictual implique otros alcances-, es del mismo modo evidente que frente al causalismo y a su integral percepción del hecho punible, tampoco, y con mayor razón, puede afirmarse unidad de acción delictiva cuando partiendo de una definición jurídica, es decir, creada por el legislador -contrario a la final, que es prejurídica-, de conducta causal, el individuo realiza diversas acciones típicas, pues frente a las bases teóricas que la inspiran, suficiente resultaría la exteriorización de un tal comportamiento para que concurra la tipicidad del mismo, predicable homogénea o heterogéneamente de la pluralidad de su ejecución.

"Ahora, si tanto causal como finalísticamente unas determinadas acciones aparecen óntica y jurídicamente independientes, no se ve cómo, en punto de tipicidad, no lo puedan ser; y si el análisis se pretendiere llevar al campo del "desvalor del resultado", como lo da a entender de modo inconexo el recurrente, si es que con dicha expresión quiere referirse a la doctrina según la cual, por razones eminentemente político criminales, en determinados casos la vulneración al bien jurídico objeto de tutela es prácticamente intrascendente, es obvio que para eventos como el presente, una tal teoría ni siquiera sería dable considerarla, como que se trata de la fe pública y la administración de justicia, de por sí trascendentes, tanto desde el punto de vista jurídico como social; por

demás, una tal alternativa se evidencia contradictoria, ya que precisamente la intrínseca vinculación entre la dogmática y la política criminal tiene como básico sustento, en cuestionamiento al finalismo sobre la trascendencia dada a la acción, el bien jurídico, siendo su protección finalidad del derecho penal y por ende, el objeto de protección sustentatio, a su turno, del por qué de la prohibición típica; entiéndese por qué, precisamente, sea respecto de los delitos contra el patrimonio económico donde con mayor facilidad se suele enfocar esta alternativa.

"Pero además, si lo que se pretende significar es que los resultados típicos de falsedad y fraude procesal quedan desvalorados, subsumidos, en el de la concusión, tampoco se ve viable esa posibilidad para unificar la conducta, pues tratándose de varias autónomas, es lo entendible que el desvalor de acción y el de resultado son independientes para efectos de inferir su correspondencia con la prohibición típica, siendo problema distinto el que concierne con la pena, ya en punto del tratamiento de los concursos delictivos que cada legislación consagre o de la acumulación jurídica de penas, como sucede en nuestra legislación.

"Y para acabar de englobar este marco teórico a fin de proceder a confrontarlo con lo probado en este proceso, no está por demás observar, que ni aun recurriendo a la teoría de la imputación jurídica u objetiva como se denomina más comúnmente dentro de esta corriente, y lejos de que sea el Código Penal próximo a regir el Estatuto que, en su artículo noveno la exija expresamente, ya que aun frente a la presente regulación, si así se quisiese, también se ha argumentado su reconocimiento, pues es sabido cómo la corriente funcionalista entiende que corresponde a una exigencia jurídica aplicable sin norma positiva que así lo imponga, toda vez que se trata -para su mayoría- de una nueva exigencia conceptual tácita del tipo, tampoco resulta viable siquiera pensar en la posibilidad a que aspira el impugnante, ya que, debidamente separadas causalmente

cada una de las conductas, el solo hecho de entender que frente a las mismas se ha creado el riesgo, ya sea al bien jurídico para unos o a la expectativa de inviolabilidad de la norma, para otros, excluye tal posibilidad”⁸.

El caso que se analiza la defensa alega que el ilícito de privación ilegal de la libertad, por el cual ya fue condenado el procesado, involucra en su ejecución y subsume los ilícitos contra la administración pública y la fe pública por los cuales ahora el a quo impartió sentencia de condena, como si constituyeran una unidad de acción inescindible, al extremo de proponer una presunta violación al principio non bis in ídem, desconociendo que una y otra conductas, a pesar de guardar relación de medio a fin, son autónomas.

Siguiendo el planteamiento de la defensa se llegaría a conclusiones jurídicamente devastadoras frente a lo ocurrido en el primer proceso, en el cual el ex funcionario fue condenado por un ilícito que frente a los de concusión y falsedad ideológica en documento público, es de menor entidad, dejando de lado, con esa proposición, que la acción finalísticamente estuvo orientada a la realización de la exigencia ilícita y que en tales condiciones, si su argumento fuera lógico y razonable, se tendría que admitir que fue sentenciado por un delito que forma parte de una conducta prohibida de mayor entidad jurídica, lo cual riñe con la lógica y la realidad, dada la autonomía de cada una de las conductas imputadas.

En efecto se desprende de las diligencias que ab initio el accionar del procesado tuvo como norte específico “la recuperación” del tractocamión y con ese propósito, previo visto bueno de Fiscal Coordinador, solicitó al Director Seccional de Fiscalías de Tunja autorización para trasladarse a la ciudad de Medellín con el objeto de realizar diligencias encaminadas a cumplir el objetivo previamente trazado.

Una vez llegó a aquella ciudad, ante la frustración por no haber hallado el camión en el sitio en el que le había sido informado, como tampoco en las zonas de la ciudad donde

normalmente se agolpan esa clase de automotores, resolvió dirigirse al municipio de Barbosa en el cual, según tuvo noticia, vivían los suegros de DÍAZ CLAVIJO, con el propósito de localizar y capturar a éste, intención que como se desprende de lo narrado por los funcionarios del C.T.I. que lo acompañaban, puso de manifiesto durante el recorrido, pues les dijo que si lo encontraban procedería a privarlo de la libertad, hecho que ulteriormente legalizarían.

De ahí en adelante, una vez capturado el señor DÍAZ CLAVIJO fue introducido en la camioneta utilizada por el ex Fiscal y los funcionarios del C.T.I. para el desplazamiento, dentro de la cual se encontraba el abogado SEGUNDO EUGENIO PINEDA quien representaba los intereses del denunciante no constituido en parte civil dentro de aquella actuación, y seguidamente, según narra OMAR HERNÁN QUINTERO ZAPATA⁹ el funcionario le preguntó por la tractomula y aquél le respondió que la tenía trabajando en la ciudad de Barranquilla y que no iba a traerla.

Ante la respuesta el doctor ORJUELA SEGURA emprendió la ejecución del plan previamente ideado para persuadirlo de colocar a disposición de su despacho el rodante, debiéndose observar en este sentido que la captura de DIAZ CLAVIJO se realizó el domingo 31 de enero de 1999 en horas de la noche, luego si la misma, como lo aseguró tenía como finalidad oírlo en indagatoria, debió recibírsela inmediatamente o a más tardar en la primera hora hábil siguiente, porque se daban las condiciones para ello, pues llegaron al lugar donde fue encarcelado, en el término de la distancia, los hijos de aquél y el abogado para enterarse de los motivos de la aprehensión y de su suerte.

Empero, como la tarea que se fijó desde cuando solicitó autorización para trasladarse a la ciudad Medellín, era la de recuperar el tractocamión que presuntamente había sido hurtado, vergonzosa-mente para la administración de justicia, dispuso la ilegal privación de la libertad constriñendo al sindicato para que dejara a disposición el automotor ejecutando actos que entrañaban la posibilidad de un mal mayor. Entre ellos,

haber acudido durante el recorrido del municipio de Barbosa al de Medellín, a la cárcel de Bellavista con el supuesto fin de dejarlo allí recluido mientras lo trasladaban, según él, a la penitenciaría de El Barne en la ciudad de Tunja, dando a conocer de esa forma hasta dónde llegaría en caso de que no se cumplieran las expectativas, entre estas, la de recuperación material de la tractomula.

Actos y manifestaciones con los cuales causó temor al señor DÍAZ CLAVIJO y a su familia, pues de esa manera los persuadió para que entregaran el tractocamión, como realmente ocurrió el martes 2 de febrero de 1999, fecha en la cual escuchó a aquél en indagatoria ordenando subsiguientemente su liberación, cumpliendo de esa forma lo que manifestó desde el comienzo.

Con fundamento en lo anterior la Fiscalía edificó la imputación jurídica por el delito de concusión, a la cual hizo eco el a quo en la sentencia. Empero, del examen de las diligencias, observa la Sala que la denominación jurídica que corresponde a los hechos es diferente como pasa a demostrarse.

El artículo 140 del Código Penal de 1980, modificado por la ley 190 de 1995, como el 404 de la Ley 599 de 2000, sancionan al “empleado oficial que abusando de su cargo o de sus funciones, constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo empleado o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite”.

De la anterior descripción se distinguen los siguientes elementos para su configuración:

1. El ejercicio de un cargo público, con prescindencia de la categoría y de las tareas administrativas asignadas.
2. El abuso de autoridad el cual se manifiesta en cualquiera de las formas alternativas de conducta establecidas en el tipo (constreñir, inducir o solicitar).
3. La dádiva entregada o prometida al servidor público o a terceras personas, la cual puede estar representada en dinero o cualquier otra utilidad.
4. El conocimiento de ilegitimidad del acto; y
5. La relación de causalidad entre el acto del funcionario y la

promesa de dar o la entrega del dinero o utilidad indebidos.¹⁰

En el caso bajo examen falla la estructuración del ilícito en cuanto que el ex fiscal procesado para cumplir con sus deberes oficiales –oír en indagatoria a DÍAZ CLAVIJO y ulteriormente liberarlo dada la naturaleza del delito que investigaba- exigió la entrega previa del vehículo que constituía el objeto material del hurto, respecto del cual el Coordinador de la U.R.I. de la ciudad de Tunja había ordenado su incautación e inmovilización mucho antes de que el aquí procesado conociera de las diligencias, como medida orientada a garantizar el establecimiento del derecho, se asume.

Y con la anterior finalidad el ex fiscal se trasladó a la ciudad de Medellín, de tal modo que si dentro de las pesquisas que realizó acompañado de los investigadores del C.T.I. hubiese localizado el automotor, indeclinablemente debía cumplir con ordenado dentro del proceso, lo cual constituía el objeto de su misión. De suerte que en este proceso no debió criticársele la legalidad de la incautación y la entrega ulterior del mismo al denunciante, considerada en el fallo de instancia como el provecho ilícito a favor de un tercero, sino el método utilizado para materializar aquella orden que sin duda alguna constituye un flagrante abuso de autoridad contemplado en el artículo 152 del Decreto 100 de 1980 y en el artículo 416 de la Ley 599 de 2000.

En efecto, nótese como en el delito de concusión el abuso reside en hacerse dar, entregar o prometer dinero o cualquier otra ventaja aprovechando el temor que el poder infunde en las personas, en tanto que en el abuso de autoridad puro y simple no existe el aprovechamiento personal o de terceros, basta que la actuación sea arbitraria e injusta, como finalmente se concibió en el artículo 416 de la Ley 599 de 2000, para que se estructure.

Lo anterior genera un conflicto jurídico que debe resolverse por vía de la variación de la calificación jurídica provisional como lo consideró esta Sala de la Corte en autos de 14 de

febrero y 12 de marzo de 2002 dictados dentro de los Radicados No. 18.457 y 19.013 en los que se dijo, en lo pertinente:

"Pero como consonancia no implica perfecta armonía o identidad entre el acto de acusación y el de fallo, sino señalamiento de un eje conceptual factico-jurídico para garantizar el derecho de defensa y la unidad lógica y jurídica del proceso, no se desconoce la congruencia, si el juez, al decidir sobre los cargos imputados, condena atenuadamente, por la elemental razón de que si puede absolver, puede atenuar, siempre y cuando se respete el núcleo básico de la conducta imputada.

"En consecuencia, habrá congruencia si al condenar, la conducta se califica con la denominación jurídica que se le dio en la resolución de acusación, o en la variación, o por la propuesta por el juez como objeto de debate y no admitida por el fiscal, o por una figura atenuada con relación a ellas.

"Así, si la resolución de acusación lo fue por homicidio simple y se modificó a agravado, no se romperá la congruencia si se condena por homicidio agravado o simple o culposos o preterintencional, etc.

"Si se acusa de peculado culposos y el juez, en la oportunidad procesal prevista en la ley, advierte la necesidad de que se cambie a peculado por apropiación, pero el fiscal no acepta la alteración, se podrá condenar por peculado por apropiación, o por culposos, o por abuso de confianza, por ejemplo.

"Si se acusa de tentativa de homicidio se podrá condenar por lesiones personales.

"La Sala insiste, lo que no puede hacer el juez, sin romper la congruencia, es agravar la responsabilidad con relación a los cargos imputados en la resolución de acusación y sus modificaciones. Así, si se acusó por homicidio culposos y se varió a homicidio simple, no se podrá condenar por homicidio agravado; y si se acusó por lesiones personales, no se podrá

condenar por tentativa de homicidio.

“Lo anterior implica que los sujetos procesales deben ser muy cuidadosos en presentar, en sus alegatos, frente a la realidad probatoria y al entendimiento de las normas jurídicas, aquéllas posibilidades de atenuación de responsabilidad a las que se podría acudir, en subsidio de la absolución”.

Así, la calificación jurídica que ahora considera la Sala no altera el núcleo básico de la acusación porque a pesar de que en ella no se mencionó como tampoco lo hizo el a quo en la sentencia, que la pretendida exigencia con fundamento en la cual se le enrostró al procesado el delito de concusión constituyera un acto arbitrario e injusto, tal valoración hace parte de la estructura típica de la concusión en cuanto el simple hecho de constreñir o inducir encierra la realización de un acto arbitrario, contrario a la legalidad, y, desde luego injusto porque el trato dado a la víctima, frente a los intereses superiores que gobierna la [Constitución Política](#) se tornó discriminatorio y agravante.

Téngase en cuenta que en el debate público la Fiscalía centró la imputación fáctica a la presión indebida que el doctor ORJUELA SEGURA ejerció sobre DIAZ CLAVIJO para que le hiciera entrega de la tractomula denunciada como objeto de sustracción, refiriendo, en tal sentido, los diversos medios de prueba que incriminan ese apremio como un condicionamiento arbitrario para restablecerle su derecho a la libertad, por lo que solicitó al Tribunal:

“ ... tener en cuenta el dicho del denunciante, en torno a la coacción indebida que fuera objeto, que el mismo afirma, que se trataba de un chantaje, desde el momento mismo en que se produjo su captura, en tanto el Fiscal fue muy claro en expresar ‘usted me entrega la mula, yo lo indago y le doy la libertad’”¹¹.

Y el defensor, intentando justificar la actuación del procesado, replicó que lo que hizo éste fue restablecer el derecho ante la advertencia conocida del procesado de que no

devolvería el tractocamión y amenazando con que lo iba a desbaratar y desaparecer. Motivo por el cual, resultaba natural que la primera discusión entre el sindicato y el funcionario hiciera referencia al automotor, afirmando seguidamente que: “eso jamás quiere decir, que el fiscal le condicionó la libertad a la entrega de la tracto mula (sic)” 12.

Sin embargo, refiriéndose al mismo hecho pero con perspectiva diferente, aseguró que ninguno de los funcionarios del C.T.I. que acompañó al Fiscal escuchó que condicionara la libertad de DÍAZ CLAVIJO, lo cual, en su criterio, generaba duda probatoria y debía absolversele.

Se desprende entonces que la defensa, de principio a fin, comprendió cuál era el núcleo fáctico de la acusación y, con base en él, desarrolló la argumentación que consideró necesaria en orden a justificar la actuación del ex funcionario, de tal modo que el derecho de defensa se mantuvo incólume y no sufre agravio alguno con la variación de su calificación jurídica.

Por otra parte, la subsidiariedad del delito de abuso de autoridad, frente a lo planteado por el recurrente, no es suficiente para desestimar su concurrencia con los ilícitos de privación ilegal de la libertad por el cual el ex funcionario fue condenado y el de falsedad ideológica en documento público, la ejecución de cada uno ocurrió en circunstancias separables, que no facilitan su subsunción en una cualquiera de las demás especies delictivas por las que se procedió.

La privación ilegal de la libertad se consumó con la captura de DÍAZ CLAVIJO, sin haber expedido previamente orden que así lo dispusiera. La falsedad la efectuó porque con conocimiento de que no había cumplido con los requisitos constitucionales y legales para afectar el derecho a la libertad de aquél, procedió a elaborar documentos con los cuales quiso legalizar la captura. Y, el abuso de autoridad lo ejecutó cuando condicionó la

recepción de la indagatoria y la liberación de aquél hasta cuando se le pusiera a disposición el tractocamión, lo cual constituyó el objetivo principal de su desplazamiento a la ciudad de Medellín.

En relación con el ilícito contra la fe pública, con fundamento en lo anotado más arriba, claro es que se trata de un hecho autónomo que no lo subsume el delito de privación ilegal de la libertad, pues para su configuración solo basta la dicotomía de lo consignado en el documento público con la realidad.

Al respecto, adviértese, que el procesado consciente de que la privación de la libertad del señor CLAVIJO DÍAZ se realizó sin el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales porque procesalmente, a pesar de haber abierto precipitadamente la investigación, sin esperar a que llegara la fecha que se había fijado por la fiscal que lo antecedió en el conocimiento de las diligencias, para escucharlo en versión libre, no dispuso su captura y tampoco emitió orden alguna a las autoridades de policía judicial en tal sentido y conciente de ello le dijo a los funcionarios del C.T.I. que lo acompañaron en el desarrollo de las diligencias, que si lograban ubicar al sindicado procedieran a capturarlo y que posteriormente él se encargaría de legalizar ese hecho.

Y, así procedió. Emitió la respectiva orden mediante resolución que fechó “Medellín 31 de Enero de 1999”¹³ y con la misma fecha, elaboró un oficio dirigido al Director Seccional del C.T.I. de Medellín

solicitándole apoyo para la realización de las diligencias y la captura de JORGE ALFONSO DÍAZ CLAVIJO. Cuando procesalmente está visto que el apoyo lo solicitó al C.T.I. desde antes de que él arribara a la ciudad de Medellín, pues a los funcionarios de policía judicial que lo acompañaron durante su estadía en aquella ciudad les habían impartido instrucciones precisas en la orden de trabajo, y en desarrollo de ellas hasta lo recogieron en el aeropuerto de esa ciudad, en este sentido declararon los señores

OMAR HERNAN QUINTERO ZAPATA y EDGAR FERNANDO ZEA MAZO¹⁴.

Lo afirmado bajo juramento por el señor QUINTERO ZAPATA, quien expuso “él nos dijo que al día siguiente nos hacía el oficio para efectos del informe con respecto a la captura del señor, lo que efectivamente se hizo”, no deja duda alguna acerca de la inexistencia de la orden para el momento en que se hizo la captura, aspecto que en relación con él fue aún más categórico en la primera versión que rindió sobre los hechos dentro del trámite adelantado por el delito de privación ilegal de la libertad, en donde, al interrogársele si el oficio de 31 de enero de 1999 les fue entregado antes o después de la captura manifestó que “después”¹⁵. Aspecto sobre el cual coinciden el denunciante y su cónyuge quienes fallidamente solicitaron al ex funcionario que exhibiera la orden de captura recibiendo como única respuesta que él era Fiscal¹⁶.

Finalmente, en torno de la credibilidad que se le ha dado a los testimonios que comprometen la responsabilidad de su procurado, solo presentó un argumento vago, pues no expuso razonadamente con apoyo en la sana crítica los motivos por los cuales no debe creerse en lo afirmado por los testigos y por ende no demuestra cual fue el error en la valoración probatoria en que incurrió el a quo, según su criterio.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la conducta del procesado no constituye el delito de concusión la Sala procederá a modificar la condena que le fue irrogada para en su lugar, hacerlo por el delito de abuso de autoridad al cual se adecua ajustando lo necesario en cuanto a la pena que en este caso, por el tránsito de legislación es exclusivamente de multa, pues las demás penas principales se hacen inaplicables porque en la nueva legislación no se consideró la interdicción de derechos y funciones públicas sino la pérdida del empleo o cargo público que no estaba contemplada en la anterior disposición, subsistiendo únicamente la pecuniaria que en este caso

se graduará dentro de los extremos señalados en el artículo 152 del código derogado, por resultar más favorable para el sentenciado.

De este modo, el mínimo de la multa, es decir, diez salarios mínimos mensuales vigentes, conservando los criterios que tuvo en cuenta el a quo para graduar la pena privativa de la libertad por el delito de concusión, se aumentarán en un veinticinco por ciento, con lo cual la pena de multa asciende a 12.5 salarios mínimos mensuales vigentes.

Así las cosas, se mantendrá la pena privativa de la libertad por el delito contra la fe pública en la cantidad que consideró el a quo antes de hacer el incremento por el concurso delictivo, es decir, en cincuenta y siete meses de prisión con la imposición de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas hasta por ese mismo lapso, la cual se consideró como principal en relación con el delito de concusión que se le había atribuido.

En mérito de lo expuesto la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Primero: MODIFICAR el numeral “primero” de la parte resolutive de la sentencia impugnada en el sentido de condenar a EDGAR MAURICIO ORJUELA SEGURA en su condición de ex Fiscal 26 Local de Tunja, Boyacá, a cincuenta y siete (57) meses de prisión y multa de 12.5 salarios mínimos mensuales vigentes para el momento en que se produzca su pago, como autor responsable de los delitos de falsedad ideológica en documento público y abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, respectivamente, de acuerdo con lo considerado en la anterior motivación.

Segundo: CONDENAR a EDGAR MAURICIO ORJUELA SEGURA a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa

de la libertad.

Tercero: CONFIRMAR el fallo apelado en los demás aspectos que no fueron motivo de impugnación.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvanse las diligencias al Tribunal de origen.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ ALVARO O. PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN JORGE L. QUINTERO MILANÉS

Salvamento de voto

YESID RAMÍREZ BASTIDAS JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA JAVIER ZAPATA ORTÍZ

Excusa justificada

TERESA RUÍZ NÚÑEZ

Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que siempre he profesado por las opiniones y el criterio ajenos, procedo a consignar las razones que me llevaron a separarme de la decisión adoptada por la Sala el día 1º de febrero de 2007, según así quedó consignado en Acta No. 09 de la misma fecha.

Para comenzar, debo precisar que mi desacuerdo se concreta en punto a la condena impartida por la mayoría de la Sala por el atentado contra la administración pública, ilícito por razón del cual debió emitirse fallo absolutorio.

Comparto el criterio expuesto por la Sala mayoritaria, conforme al cual la conducta desplegada por el ex Fiscal EDGAR MAURICIO ORJUELA SEGURA no configura el delito de concusión. Pero me distancio de la Corporación cuando ubicó dicho comportamiento, variando la calificación jurídica propuesta por la fiscalía, en el tipo penal que establece el abuso de autoridad en su expresión pura y simple.

En orden a sustentar mi punto de vista, adecuado resulta recordar que el ilícito previsto actualmente en el artículo 416 de la Ley 599 de 200 y denominado abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto corresponde a un tipo penal de carácter subsidiario, en la medida en que es aplicable siempre que los hechos no se subsuman en otra conducta punible, que es justamente lo acontecido en este caso, donde el comportamiento del ex funcionario de la Fiscalía, doctor EDAR MAURICIO ORJUELA SEGURA, estructuró únicamente el ilícito de privación ilegal de la libertad, por virtud del cual se le condenó en el otro proceso que se le siguió por estos mismos hechos.

La conducta punible última mencionada, según la descripción típica que de ella trae el artículo 174 del actual estatuto punitivo, se presenta cuando el servidor público, abusando de sus funciones, priva a otro de su libertad. Como bien se desprende del texto legal en cita, se trata esa de una modalidad de abuso de autoridad, mediante la cual el funcionario estatal de manera arbitraria y aprovechándose de su investidura priva a otro sin razón de su derecho de locomoción.

Cuando el servidor público actúa de la forma antes reseñada, es decir, priva de la libertad a alguien abusando de sus funciones, no puede entonces hablarse de la comisión simultánea de los delitos de privación ilegal de libertad y abuso de autoridad por acto

arbitrario e injusto, pues este último comportamiento, dada su naturaleza subsidiaria, queda subsumido en el atentado contra la libertad individual en mención. Afirmar lo contrario, comporta no solo desconocer la subsidiariedad que es connatural al abuso de autoridad sino incurrir en vulneración del principio non bis in ídem.

En el asunto que correspondió definir a la Corte, resulta claro que el ex funcionario ORJUELA SEGURA privó ilegalmente de la libertad al denunciante con evidente abuso de sus funciones y con el único fin de lograr la recuperación del tractocamión, cuya inmovilización e incautación había sido dispuesta dentro del proceso penal que estaba a su cargo en ese momento, y es así como lo mantuvo en ese estado hasta tanto no cumplió con tal cometido, como quiera que condicionó la liberación del retenido a la entrega efectiva del automotor.

La conducta desarrollada por el ex fiscal, en consecuencia, no fue más allá de privar ilegalmente de la libertad al denunciante, reteniéndolo por algún tiempo mientras lograba su propósito, sin que sea dable predicar que incurrió, mediante el abuso de sus funciones, en un acto arbitrario e injusto distinto al de coartar el derecho de locomoción del afectado; luego no debió, por ese hecho, deducírsele delito adicional a aquel por razón del cual obtuvo condena por separado.

Así las cosas, reitero que la Sala debió revocar la condena por el ilícito atentatorio de la administración pública, y de ahí la razón de mi discrepancia.

Con toda atención,

MARINA PULIDO DE BARON

Magistrada

Fecha ut supra

1 Fl. 62 y ss. c.o.

2 Fls. 74 - 77 y 80 - 81 c.o.

3 Fls. 208 - 209 c.o.

4 Fls. 216 - 247 del c.o.

5 Fls. 279

6 Fls. 294 - 324 del c.o.

7 Fl. 44 del c. a. No. 3 y 264 del c.o.

8 Sentencia de 2ª Instancia de 15 de noviembre de 2000, Radicación No. 14.815

9 Fls. 71 y ss. del c.o.

10 En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte en Sentencias de julio 31 de 1984, M.P. Dr. Fabio Calderón Botero, marzo 28 de 1985, noviembre 24 de 1987 y septiembre 10 de 2003.

11 Fl. 452 del c.o. (Fl. 6 Audiencia Pública)

12 Fl. 474 ídem (Fl. 28 Audiencia Pública)

13 Fl. 26 cuaderno anexo de la actuación del Fiscal.

14 Fls. 74 - 77 y 80 - 81 del c.o.

15 Fl. 128 del c.o.

16 Fls. 101 - 110 y 164 - 170 del c.o.