

Proceso No 26136

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No.268

Bogotá D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil nueve (2009).

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado JOSÉ TIBERIO SOCHA PÉREZ contra la sentencia de 4 de mayo de 2006 mediante el cual el Tribunal Superior Militar confirmó la dictada por el Juzgado 142 de Primera Instancia de la Policía Nacional, por cuyo medio lo condenó como autor penalmente responsable del delito de favorecimiento de fuga de presos en la modalidad culposa.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En la noche del 23 de marzo de 2001, luego de que el oficial de servicio, Sub Comisario de la Policía Nacional JOSÉ TIBERIO SOCHA PÉREZ le permitiera la salida de la celda para colaborar en el aseo de la unidad policial y lavarle su carro particular, de las instalaciones de la Estación Novena de Policía en la localidad de Fontibón en Bogotá se fugó Oveiro de

Jesús Bueno Molina —quien cumplía una pena de veintiocho años de prisión impuesta por el Juzgado Único Penal del Circuito de Calarcá-Quindío por los delitos de homicidio agravado, hurto calificado y porte ilegal de armas—. El 27 del mismo mes y año el evadido se entregó voluntariamente a las autoridades.

El Juzgado 148 de Instrucción Penal Militar abrió formal investigación penal en contra de JOSÉ TIBERIO SOCHA PÉREZ¹ y de los agentes de la Policía Nacional Luis Eduardo Villarraga Capera y Joaquín Torres Torres. Tras vincularlos a través de indagatoria, por proveído del 10 de diciembre de 2001 les resolvió la situación jurídica, al primero, con medida de aseguramiento de caución juratoria como probable responsable a título de autor del delito de favorecimiento de fuga de presos, —pero al conocer del recurso de apelación, el Tribunal Superior Militar aclaró que el delito procedía en su modalidad culposa—, en tanto que respecto de los segundos el despacho se abstuvo de imponerles alguna medida de aseguramiento.

El 1° de abril de 2002 el Juzgado 142 de Primera Instancia adscrito al Departamento de Policía Bacatá asumió el conocimiento del instructivo, sin embargo, el Tribunal Superior Militar al resolver el recurso de apelación elevado por la defensa contra la negativa de la práctica de unas pruebas, dispuso el 17 de junio de 2002 la nulidad de la actuación desde el citado auto mediante el cual el inferior había avocado el asunto dada la declaración de inconstitucionalidad de la Corte Constitucional de los artículos 578 y 579 de la Ley 522 de 1999 (Código Penal Militar) que preveían el trámite especial para la investigación de delitos relacionados, entre otros, con la fuga de presos, lo que implicaba, en consecuencia, su tramitación por la vía ordinaria o de corte marcial.

En virtud de lo anterior, correspondió a la Fiscalía 159 Penal Militar ante el Juez de Primera Instancia continuar con la investigación y luego de su clausura, a través de providencia de 9 de junio de 2004 calificó el mérito sumarial con resolución de acusación en contra de JOSÉ TIBERIO SOCHA PÉREZ por el delito de fuga de presos en la modalidad culposa

previsto en el artículo 450 de la Ley 599 de 2000. En la misma decisión cesó procedimiento a favor de los policiales Luis Eduardo Villarraga Capera y Joaquín Torres Torres.

En firme el enjuiciatorio ante su confirmación de 27 de mayo de 2005 por la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Penal Militar, la fase del juicio la adelantó el Juzgado 142 de Primera Instancia adscrito al Departamento de Policía Bacatá, despacho que luego de llevar a cabo la respectiva audiencia de corte marcial, mediante fallo de 3 de marzo de 2006 condenó a JOSÉ TIBERIO SOCHA PÉREZ como autor del delito objeto de acusación. Para la dosificación punitiva tuvo en cuenta el artículo 180 del Código Penal de 1980 y reconociendo la causal de atenuación relacionada con la presentación voluntaria por parte del evadido dentro de los tres (3) meses siguientes a la fuga, la cual es extensiva legalmente para el funcionario público que por culpa ha facilitado tal deserción, le impuso tres (3) meses de prisión, al tiempo que le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional previsto en Código Penal Militar.

Inconforme el defensor impugnó la decisión, y el Tribunal Superior Militar la confirmó por sentencia de 4 de mayo de 2006. El mismo sujeto procesal insistió a través del recurso extraordinario de casación de naturaleza discrecional con la formulación de tres cargos; uno al amparo de la causal tercera de casación, por nulidad, y dos bajo la causal primera, por violación directa de la ley sustancial.

La Corte mediante auto de 21 de febrero de 2007 admitió únicamente las censuras fundadas en la causal primera de casación, en tanto que rechazó la basada en la nulidad, y del libelo se recibió concepto del Ministerio Público el pasado 11 de febrero de 2009.

LA DEMANDA

Primer cargo:

Con la pretensión de que la Corte desarrolle la jurisprudencia, el defensor denuncia la falta de aplicación del artículo 452 de la Ley 599 de 2000 relacionado con la eximente de responsabilidad del fugado cuando se presenta ante las autoridades dentro de los tres días siguientes a la evasión, la cual al trasladarla a la situación de su defendido habría llevado también a exonerarlo de responsabilidad.

Pone de manifiesto que el Tribunal aceptó que Oveiro de Jesús Bueno Molina regresó prontamente a su sitio de reclusión, de ahí que siguiendo un “principio lógico de interpretación de la ley según el cual, si se puede lo más se puede lo menos” al eximir de responsabilidad al fugado que regresa, es dable que se haga lo propio respecto del servidor público que favoreció o permitió culposamente la fuga, máxime que aquí SOCHA PÉREZ logró la entrega de aquél a las autoridades.

Segundo cargo:

Postula la infracción al principio de favorabilidad ante la aplicación

indebida de los artículos 179 y 180 del Decreto- Ley 100 de 1980 que consagran penas de prisión, y la exclusión evidente de los artículos 450 de la Ley 599 de 2000 que apareja como sanciones la multa y pérdida del empleo o cargo público, así como del 451 que atenúa la pena para el copartípe o al servidor público cuando dentro de los tres meses siguientes a la fuga se logra la captura del evadido.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal de manera innecesaria dio contestación al cargo que por nulidad había postulado el censor, desconociendo que el mismo no había sido admitido por la Corte, por ello, la Sala releva su reseña.

Primer Cargo

Concerniente a la aplicación al servidor público de la eximente de responsabilidad cuando el fugado se presenta voluntariamente ante las autoridades dentro de los tres (3) días siguientes de su huída, reconoce la Procuradora que no obra pronunciamiento al respecto y agrega que no lo puede haber por cuanto la norma está destinada únicamente al evadido y no se busca así redimir la pena del funcionario estatal que por su actuar doloso o culposo ha permitido la fuga.

Destaca que de acuerdo con el artículo 6° de la [Constitución Política](#) los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, en tanto los servidores públicos lo son por la misma causa, así como por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, de ahí que si en este caso el procesado omitió cumplir adecuadamente las funciones que la ley le señalaba con un actuar descuidado que a la postre permitió la fuga de Oliverio Bueno Molina, el lograr su recaptura corresponde al cumplimiento de sus obligaciones, acto que de por sí no merece premio o felicitación.

En este sentido, explica que el policial dada su especial condición de servidor público, estaba obligado a buscar la cesación de los efectos ocasionados con su actuar negligente al desplegar los esfuerzos necesarios para que el fugado regresara o se lograra su captura.

Afirma que no puede aplicarse el criterio expuesto por el censor acerca de que si se puede lo más, se puede lo menos, pues con ello se convertiría el juez en legislador, además, en este caso no hay algún vacío normativo por cuanto legalmente no se consideró aplicable al servidor público la causal de exclusión de pena, a diferencia de lo que ocurre con la circunstancia de atenuación punitiva contemplada en el artículo 451 del Código Penal de 2000 cuando el servidor facilita la recaptura del fugado.

Así las cosas, sugiere a la Sala que la censura no prospere.

Segundo Cargo

Respecto a la aplicación por favorabilidad del artículo 450 del Código Penal de 2000 anhelada por el demandante, estima la Procuradora que tal pretensión tampoco tiene vocación de éxito porque de la simple confrontación de tal precepto con el artículo 180 del Código Penal de 1980 se establece que aquél contempla una pena de prisión de dos (2) a cuatro (4) años, en tanto que éste sólo tiene prevista seis (6) meses a dos (2) años de prisión, de ahí que estima acertada la escogencia que hizo el juzgador del derogado Código Penal para fijarle la pena al enjuiciado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer cargo

La consecuencia legalmente prevista para el supuesto de hecho de cuando el detenido o condenado retorna voluntariamente a su sitio de reclusión dentro de los tres (3) días siguientes a la fuga consiste en privilegiarlo al eliminar los efectos penales y quedar como reducto los efectos disciplinarios.

Por lo anterior, para el examen de la aplicación analógica de la exoneración de responsabilidad penal prevista para el evadido, respecto del servidor público que con su actuar culposos ha facilitado la fuga, la Sala a fin de atender el pedimento del censor acerca del desarrollo jurisprudencial, en cuanto efectivamente no hay un precedente en ese sentido, abordará el interés tutelado con el ilícito en cuestión, la órbita de competencia funcional del servidor público y la razón de ser de la aludida eximente.

1. El delito de fuga de presos atenta contra el bien jurídico de la eficaz y recta impartición de justicia por afectar la ejecución y cumplimiento de las decisiones judiciales, por ello, se sanciona tanto a quien bajo detención preventiva o cumpliendo condena se evade del lugar de encarcelamiento, como al servidor público encargado de la vigilancia, custodia o conducción de aquél que dolosa o culposamente procura o facilita la fuga.

La decisión judicial demarca el status de la persona respecto de su privación legal de la libertad, sin que incida el sitio oficialmente dispuesto para tal detención o reclusión, pues en ocasiones, como en este caso, pese a tratarse de un sujeto afectado con una sentencia condenatoria, su ejecución se estaba cumpliendo bajo custodia en una Estación de Policía debido a la crisis carcelaria y el hacinamiento que en ese entonces impedía su ingreso a un centro carcelario.

Tampoco tiene entidad si la persona se encuentra en detención o prisión domiciliaria, intramural o si ocasionalmente se halla en un centro de salud o despacho judicial cumpliendo alguna cita o diligencia o cuando es trasladado del lugar de reclusión por algún motivo, pues en todos y cada uno de tales eventos o en casos similares se puede realizar el comportamiento punible.

1.1. Respecto al actuar doloso del servidor público, se le sanciona por favorecer o procurar la evasión, patrocinarla o proporcionar los medios para hacerla posible apartándose así de sus deberes en claro desarrollo de postulados constitucionales relacionados con la legalidad del artículo 6º según el cual los servidores estatales sólo son responsables por infringir la Constitución o la ley y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, igualmente de los artículos 122 y 123 del mismo texto superior al prever como fuente formal de la cual pueden emanar las funciones; la Constitución, la ley o reglamento, y que no puede haber empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento, y por último el 124 al establecer que la ley determinará la responsabilidad de los servidores y el modo de hacerla efectiva.

Bajo el Código Penal de 1980 para sancionar la acción facilitadora del servidor público para la fuga, esto es, por conocer y querer su realización se preveían las penas de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a (5) cinco años, en tanto que en el estatuto sustantivo de 2000 se incrementó el rango de esas penas de cinco (5) a ocho (8), introduciendo además una circunstancia de agravación en cuanto

se aumentan las sanciones hasta en una tercera parte cuando el fugado estuviere privado de su libertad por determinados delitos, atendiendo su gravedad, como el genocidio, homicidio, secuestro, terrorismo, entre otros.

1.2. Tratándose de la modalidad culposa, el criterio de imputación del resultado (fuga) al servidor público radicará en el fin de protección de la norma de cuidado debiéndose determinar los riesgos que debió prever según sus circunstancias, si los mismos eran adecuados y qué medidas de precaución podía adoptar.

Para el fin anterior, es necesario determinar la órbita de competencia del funcionario a quien según la ley y los reglamentos le compete la vigilancia y custodia del evadido según las medidas relativas al funcionamiento y control de los establecimientos penitenciarios o carcelarios o en general de los sitios de reclusión, o si está encargado de su conducción en los casos de traslados o desplazamientos de tales centros.

Así, la falta de cuidado en alguna de las acciones encomendadas al servidor oficial en su relación con el detenido o condenado ha de conducir al resultado lesivo de la fuga, ora por no disponer las medidas adecuadas, hacer caso omiso de sus funciones, etc., situaciones que elevan el riesgo permitido en el manejo del personal recluido o interno y que se constituyen en causa eficiente de ese resultado.

En el artículo 180 del Código Penal de 1980 la fuga de presos en su modalidad culposa establecía para el servidor público una pena de seis (6) meses a dos (2) años de prisión.

Por su parte, el inicial artículo 450 del ordenamiento sustantivo de 2000 contempló como penas la multa y la pérdida del empleo o cargo público.

En razón de la baja entidad de tales sanciones frente a la creciente ola de fugas que se venían dando en los centros de reclusión, aún con el concurso de servidores

públicos, el legislador de 2002 vio la necesidad de introducir una circunstancia de agravación según la gravedad de los delitos por los cuales estaba detenido o condenado el sujeto fugado. Así con el artículo 10° de la Ley 733 se dispuso que: “Cuando el detenido o condenado estuviere privado de su libertad por los delitos de genocidio, homicidio, desplazamiento forzada, tortura, desaparición forzada, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, terrorismo, concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, o cualquiera de las conductas contempladas en el Título II de este Libro, incurrirán en prisión de dos (2) a cuatro (4) años.”

Efectivamente, esa ley estuvo motivada en erradicar los delitos de secuestro, terrorismo y extorsión, por ello se buscó un tratamiento más severo al elevar la pena para la modalidad culposa de fuga de presos en cuanto el accionar negligente, imprudente o violador de reglamento por parte de los servidores públicos cualificados respecto del manejo de internos o reclusos al propiciar la fuga de los procesados por esos ilícitos contribuía a la impunidad de los mismos.

Tal circunstancia agravante para el delito en cuestión introducida con la ley 733 de 2002 pasó el examen de confrontación con el texto superior cuando la Corte Constitucional en sentencia 762 de 17 de septiembre de 2002 concluyó que:

“Mientras el legislador actúe dentro del marco de la [Constitución Política](#) y adopte medidas que en forma razonable y proporcional interpreten las realidades sociales y las necesidades más urgentes de la población, en ejercicio de su potestad de configuración política está facultado para desarrollar el poder punitivo del Estado y, en su nombre, para establecer tratamientos diferenciales respecto de las conductas punibles y de las penas que les deben ser aplicables, pudiendo -en relación con estas últimas- aumentarlas y disminuirlas o agravarlas y atenuarlas de acuerdo con las circunstancias históricas imperantes.

(...)

“Es obvio que la fuga de un detenido o condenado por un delito menor, en ningún caso puede tener el mismo impacto y gravedad para la convivencia social, que la de aquél privado de la libertad por la comisión o participación en un delito atroz. En esta última hipótesis, resulta sensato que la comunidad exija del servidor público una mayor diligencia, de manera que su inobservancia o desconocimiento genere a la vez un mayor reproche jurídico.”

1.3. De otro lado, tanto en la anterior legislación sustantiva, como en la actual se consagró expresamente como circunstancia específica de atenuación para el fugado la disminución en la mitad de la pena si dentro de los tres (3) meses siguientes se presenta voluntariamente ante las autoridades. En la misma proporción se le reduce al partícipe o al servidor público que por culpa permitió la fuga, si facilita la captura del mismo o logra su presentación voluntaria ante la autoridad dentro de ese plazo.

Pero si la entrega espontánea del escapado se realiza dentro de escasos tres (3) días siguientes a la fuga, tanto el artículo 141 del Código Penal de 1980 (modificado por la Ley 65 de 1993), como el artículo 452 de la Ley 599 de 2000 establecen la eximente de responsabilidad penal únicamente para el evadido, al prever que “la fuga se tendrá en cuenta únicamente para efectos disciplinarios”.

2. La postura del demandante se reduce a la aplicación analógica de la ley penal al abogar por el traslado de la aludida excluyente de responsabilidad al servidor público que culposamente facilitó la fuga, por ende es necesario precisar que de manera general la analogía es definida como la relación de semejanza entre dos cosas distintas. En sentido lógico corresponde a una forma de razonamiento o inferencia similar a un silogismo en la cual una de las premisas es esa relación de semejanza.

La relación de similitud ha de partir del estudio de las propiedades y finalidades de una

cosa a fin de compararlas con la otra y establecer así los puntos en común en aspectos tanto cuantitativos, como cualitativos.

Denominada en latín *exemplum* o razonamiento por vía de ejemplo, es explicada mediante la siguiente fórmula; A es B; C es similar a A; Luego C es B.

Jurídicamente se la conoce con el aforismo *ubi eadem ratio; ibi eadem dispositio juris debet* (donde existe la misma razón; deben aplicarse las mismas disposiciones de derecho) y se traduce en atribuir a un caso no regulado el tratamiento de uno sí abordado legalmente.

Así, bajo los principios fundantes de justicia y equidad, la analogía se constituye en una forma de razonamiento, de argumentación y valoración jurídica realizada con posterioridad al procedimiento interpretativo en el cual no se encontró norma aplicable al caso en estudio, y que busca ante la similitud de elementos y características que un hecho no previsto por el legislador reciba el mismo tratamiento de uno expresamente regulado.

La comparación de los dos supuestos fácticos ha de estar ligada con el estudio de sus finalidades, por ello es dable acudir a los argumentos a simili basado en razones de semejanza, y a fortiori como juicio de valor para denotar la existencia de una razón mayor para justificar su aplicación a un caso sin solución expresa en la ley.

El artículo 8° de la Ley 153 de 1887 autoriza la analogía al prever que: “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o material semejantes y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho.”

En el cotejo de ese precepto con el texto superior la Corte Constitucional precisó en la sentencia C-083 de 1° de marzo de 1995 que la analogía:

“Es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general.

“Aunque el razonamiento se cumple, en apariencia, de lo particular a lo particular, es inevitable la referencia previa a lo general, pues los casos análogos tienen en común, justamente, el dejarse reducir a la norma que los comprende a ambos, explícitamente a uno de ellos y de modo implícito a otro. En la analogía se brinda al juez un fundamento para crear derecho, pero ese fundamento se identifica con la ley misma que debe aplicar. El juez que apela al razonamiento per analogiam no hace, pues, otra cosa que decidir que en una determinada situación, es el caso de aplicar la ley.

“Por ende, la analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley. Su consagración en la disposición que se examina resulta, pues, a tono con el artículo 230 de la Constitución.”

Si bien en el derecho civil se justifica su admisión en tanto el juez tiene la obligación de dirimir el conflicto privado de intereses que se le presenta, en el ámbito penal están los limitantes del principio de legalidad y tipicidad a los cuales debe sujetarse el juez, por ello la prohibición de la aplicación analógica de la ley penal se incluyó desde el Código Penal de 1980.

En los antecedentes legislativos de tal ordenamiento, las comisiones encargadas de su redacción destacaron la necesidad de que junto a la previsión del principio de legalidad se eliminara expresamente la analogía de la ley penal. Así se aprecia en las actas de la Comisión de 1972 al elevar como principio rector la exclusión de la analogía (artículo 4°: “En ningún caso se podrán configurar hechos punibles o imponer penas por aplicación analógica de la ley penal”).²

Finalmente, en el artículo 7° del Decreto-Ley 100 de 1980 se estableció que: “Salvo las excepciones legales, queda proscrita toda forma de aplicación analógica de la ley” por ello, ante esa salvedad se ha dicho que v. gr., una autorización para su aplicación es la relacionada con las circunstancias genéricas de atenuación punitiva al contemplar el artículo 65 del mismo ordenamiento que se puede tener en cuenta cualquier situación similar a las previstas legalmente, ora que aludan a la persona o su actuar con posterioridad al delito, a las causas o motivo que influyeron para su realización, etc.

En el estatuto sustantivo de 2000 se contempló en el artículo 6° que: “La analogía sólo se aplicará en materias permisivas”, por lo tanto, en materia penal es permitida la analogía in bonam partem siempre que al darle solución a un caso no previsto aplicando una ley o un principio general se beneficie de alguna manera al procesado, como por ejemplo, al reconocer atenuantes, causales de justificación, exoneración de responsabilidad y en general determinadas circunstancias que hagan menos grave el comportamiento, atenúen el juicio de reproche o lo excluyan con base en la igualdad de trato que merecen dos situaciones semejantes.

3. Como lo planteado por el censor apuntaría a que supuestos fácticos similares deben tener igual regulación y recibir el mismo tratamiento, esto es, así como el particular que retorna al control del ius puniendi dentro de los tres (3) días siguientes de la fuga, es exonerado de responsabilidad penal, también debe aparejar esa consecuencia el servidor público que por culpa facilitó la evasión, la Sala advierte que

pese a tratarse de una misma base fáctica (pronto regreso del fugado) no se puede privilegiar al servidor público por estar ante un delito de infracción del deber dada la condición de funcionario estatal del procesado que le implicaba adoptar una especial relación de cuidado a fin de observar el cabal cumplimiento de los fines y cometidos de la función pública la cual ha de estar al servicio de los intereses generales y desarrollarse conforme con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, como lo preceptúa el artículo 209 del texto superior.

Efectivamente, no puede recibir prebenda su actuar negligente y violador de reglamentos, por cuanto como policial y oficial de servicio en la Estación de Policía tenía la obligación de custodiar adecuadamente a los sujetos allí internos con el debido control y vigilancia.

Le asistía el deber jurídico concreto de obrar a fin de impedir que se produjera ese resultado típico que era evitable (fuga), de ahí que al no conducirse de determinada manera de acuerdo con su rol, no puede ser dispensado por el actuar de un tercero, específicamente por el fugado cuando retornó prontamente a su centro de reclusión o internamiento.

Ciertamente SOCHA PÉREZ desatendió el especial cuidado que debía observar, máxime que por Reglamentos ante las instrucciones escritas dadas por el Comandante de la Estación de Policía le impedían manejar a su capricho a los allí recluidos: “Ningún detenido podrá salir de la Sala sin la autorización del Comandante de Estación, Jefe de Oficina Denuncias y Contravenciones o del Oficial de Servicio, dependiendo del motivo que amerite su salida”.

En este caso, como lo resaltó el Tribunal, el procesado sacó al interno a altas horas de la noche para que cumpliera labores de aseo y seguidamente lo ubicó en el parqueadero de

las dependencias policiales a fin de que le lavara su carro particular (Renault 9), no se trataba entonces de una circunstancia especial, sino que utilizó al recluso para su propio beneficio.

A ese respecto, no encontró excusable el juzgador el hecho relacionado con que ya en varias oportunidades el interno había colaborado en las tareas de aseo de la Estación, porque la negligencia y descuido del policial investigado era evidente ante la excesiva confianza que lo llevó a no prever un resultado previsible pues sacar a altas horas de la noche de su celda a un hombre joven, condenado a veintiocho años de prisión por los delitos de homicidio agravado, hurto calificado y porte ilegal de armas y dejarlo sin alguna vigilancia, propiciaba claramente su fuga.

4. De otra parte, la Sala reconoce que el Estado, como titular del ius puniendi, fija los lineamientos de la política criminal los cuales se materializan a través de las leyes expedidas por el Congreso, de ahí que dentro de la libertad de configuración normativa el legislador consideró que sólo la causal de atenuación basada en la rebaja de la mitad de la pena cuando el fugado se presenta dentro de los tres (3) meses siguientes a su evasión era predicable tanto para éste como para el servidor público que facilita la captura del fugado o logra su presentación ante la autoridad competente, en tanto que el retorno inmediato dentro de los tres (3) días siguientes a la huída, sólo ameritaría privilegiar al interno al eximirlo de responsabilidad penal y seguir la causa sólo en el ámbito disciplinario.

Ese trato diferencial encuentra razonabilidad en que se busca con el premio para el particular el disuadirlo para que retorne al control punitivo y permita el cumplimiento y ejecución de las decisiones judiciales, además, el escaso límite temporal de tres (3) días permite entender que el bien jurídico retorna a su statu quo, en otras palabras, ante una afectación momentánea el arrepentimiento demostrado por el fugado merece el olvido a través de la exclusión de su responsabilidad penal.

Contrariamente, respecto del servidor estatal, como tiene un plus ante sus deberes funcionales, no resulta adecuado que también sea exonerado, por cuanto de todas formas su actuar negligente, imperito, imprudente o violador de reglamentos, como factores generantes de la infracción del deber objetivo de cuidado, además de lesionar el bien jurídico de la recta y eficaz impartición de justicia, transgrede la administración pública, dado que su rol está relacionado directamente con una finalidad de interés colectivo en claro desarrollo de la función pública.

Aquí, se insiste, la imputación subjetiva a título de culpa surgió ante su función como policía y oficial de servicio de la respectiva Estación por no obrar con la debida atención, cuidado y diligencia que le imponían sus deberes respecto del personal bajo custodia en dicha guarnición.

5. Finalmente, la Corte destaca que los dos presupuestos fácticos que exhibe el libelista en su argumentación no se satisfacen cabalmente, primero: el retorno del fugado no se cumplió dentro de los tres (3) días siguientes de la fuga, si se tiene en cuenta que ésta se dio en la noche del viernes 23 de marzo y su regreso se llevó a cabo hasta el martes 27 de marzo de la misma anualidad cuando una vez en su casa pidió a los policiales hacerse presente siendo trasladado a la respectiva Estación hacia las once de la mañana, lo que significa que tal entrega se surtió a los cuatro días de la huída.

Segundo: el retorno del evadido no se cumplió por el actuar del servidor público procesado, ni a la disuasión dada a aquél o su recaptura, sino por la voluntad del fugado como lo reconoció la Fiscalía Delegada ante el Tribunal al resolver el recurso de apelación contra la resolución de acusación, por cuanto las pruebas revelaban el propio arrepentimiento de Oveiro de Jesús Bueno Molina.

Efectivamente, el fugado explicó que luego de salir en la noche del viernes de la Estación abordó un taxi, se fue para unas residencias en el centro de Bogotá donde pernoctó y

sólo hasta el domingo llamó a su esposa para contarle la fuga y manifestarle que se iba a entregar, luego, se escondió en el monte y el lunes llamó nuevamente a su esposa a fin de que se comunicara con los agentes para indicarles que se entregaría, y ya el martes hacia las seis de la mañana llegó a su casa y esperó la llegada de los policiales Velandia y SOCHA, quienes lo condujeron a la correspondiente guarnición.

A su turno, la esposa del fugado, María Eugenia González Holguín, ratificó lo anterior al precisar que ella se comunicó con el sargento Velandia para indicarle que Bueno Molina se iba a entregar.

No obstante, como el juzgador para efectos de reconocer la circunstancia de atenuación punitiva de que trata el artículo 451 del Código Penal basada en facilitar la captura o lograr la presentación del evadido asimiló a tal situación el interés demostrado por SOCHA PÉREZ en la búsqueda del interno y la asistencia a su entrega, la Corte no puede apartarse de tal aceptación.

En suma, la finalidad de la aludida eximente de responsabilidad establecida legalmente para el fugado cuando se presenta prontamente ante las autoridades, impide aplicarla a la situación fáctica del servidor público que por culpa ha permitido la evasión.

Por lo anterior, al concluir que carece de fundamento la pretensión del defensor, la censura no debe prosperar.

Segundo cargo

En esta oportunidad aboga el defensor por la restauración de la garantía de aplicación de la ley más favorable respecto de la variación cualitativa de la sanción que aparejó el inicial artículo 450 del Código Penal de 2000, al establecer pena pecuniaria y pérdida del empleo público a cambio de la otrora pena de prisión del artículo 180 del estatuto punitivo de 1980.

Con anterioridad esta Corporación³ ha reconocido la aplicación favorable del inicial artículo 450 de la Ley 599 de 2000 ante la existencia de tres disposiciones que modificaron la consecuencia jurídica para el mismo supuesto fáctico.

Efectivamente, si bien el momento de la comisión del hecho prohibido es el que permite establecer la ley a aplicar (*tempus regit actum*), desde el mismo texto constitucional se impone la aplicación retroactiva o ultractiva al consagrar en el artículo 29 que la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, lo que guarda correspondencia con Instrumentos Internacionales como el artículo 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 16 de 1972), o el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968).

Esa garantía tiene desarrollo legal en los artículos 44 de la Ley 153 de 1887, 6° del Código Penal (Ley 599 del 2000) y 6° del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 del 2000), apareciendo en estos últimos como norma rectora, postulado que no establece salvedad alguna, por ello es que en presencia de tránsito de leyes o coexistencia de las mismas que regulan el mismo supuesto fáctico de diferente forma, se debe optar por la que favorezca al procesado.

En el artículo 180 del Decreto-Ley 100 de 1980, vigente para cuando se cometió el delito que motivó este diligenciamiento, el delito de favorecimiento a la fuga de presos en su modalidad culposa preveía una pena de prisión de seis (6) meses a dos (2) años, y en virtud del artículo 52 del mismo estatuto implicaba la accesorio de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal privativa de la libertad.

Por su parte el artículo 450 de la Ley 599 de 2000 (vigente desde el 25 de julio de 2001) señaló para el referido comportamiento delictivo pena de multa y pérdida del empleo

o cargo público, pero posteriormente el artículo 10° de la Ley 733 de 2002 (en vigor desde el 31 de enero de 2002) introdujo una modificación al establecer que cuando el detenido o condenado estuviera privado de su libertad por los delitos, entre otros, de homicidio, la pena para los servidores públicos que por culpa facilitaran la evasión, sería prisión de dos (2) a cuatro (4) años.

Por ello, se ha optado por el precepto intermedio con efectos retroactivos al cobijar hechos acaecidos antes de entrar en vigencia, pero también, con efectos ultractivos, dado que su empleo se produce cuando ya no se encuentra vigente, características propias de la denominada ley intermedia.

Atinente a este tópico el Tribunal avaló la postura del inferior de optar por el artículo 180 del Decreto-Ley 100 de 1980 “vigente para la época de los hechos al cual se diera aplicación en virtud del principio de favorabilidad, no obstante hacerse imputación jurídica por el artículo 450 del Código Penal, desde la definición de situación jurídica, la cual fuera ratificada en la resolución de acusación, por cuanto es menor el término punitivo consagrado al haber incorporado la nueva Codificación agravante cuando el condenado fugado lo estuviere por el delito de homicidio”.

Bajo tal óptica el juez plural comparó el caso en estudio con el supuesto al contemplado en la reforma legislativa de 2002 para excluirlo al ratificar así la adecuación a la previsión del Código Penal de 1980.

Sin embargo, con tal proceder desconoció el tránsito legislativo en

cuanto el inicial artículo 450 del Código Penal de 2000 le reportaba un trato más benigno al enjuiciado.

En el fallo se condenó a SOCHA PÉREZ a la pena de tres (3) meses de prisión tras reconocerle la rebaja punitiva prevista en el artículo 451 del Código Penal por haber

retornado el fugado dentro de los tres (3) meses siguientes a la evasión y se le otorgó el instituto de la condena de ejecución condicional previsto en el Código Penal Militar, y si bien esta última situación pareciera advertir un tratamiento más favorable que el despojo de su empleo y la aflicción pecuniaria, dada la naturaleza de la sanción impuesta, como en caso de incumplir las obligaciones contraídas por tal subrogado implicaría su revocación para hacer efectiva la privación de su libertad, se considera que no le resultaría beneficioso, lo que refuerza el planteamiento de que la norma más favorable es el artículo 450 de la Ley 599 de 2000, como atrás se indicó.

En este orden, no comparte la Sala el planteamiento de la Procuradora Delegada, por cuanto se detuvo en la modificación hecha por la Ley 733 de 2002 que introdujo un mayor rigor punitivo, y desconoció el primigenio artículo 450 de la ley 599 de 2000, pues, se insiste, se presenta aquí el fenómeno denominado ley intermedia entendida como aquella que entra en vigencia luego de la comisión del comportamiento y sufre alguna modificación por otra ley expedida antes de la ejecutoria de la sentencia.

No obstante, para la aplicación de las sanciones diferentes a la aflicción de la libertad allí contempladas la Corte debe analizar de manera independiente la pérdida del empleo o cargo público y la sanción pecuniaria en relación con la forma como estaban contempladas en el Código Penal de 1980 a fin de materializar cabalmente el principio de aplicación favorable de la ley penal.

Ciertamente, la pérdida del empleo o cargo público no estaba prevista en la parte general del Decreto-Ley 100 de 1980 en calidad de pena principal al catalogarla el artículo 42 como sanción accesoria, y la multa sí estaba elevada como pena principal de manera general en el artículo 41 y 46 del mismo estatuto punitivo.

De ahí que aplicar conjunta e integralmente las dos sanciones principales contempladas

en el inicial artículo 450 de la Ley 599 de 2000, especialmente, la pérdida del empleo o cargo público por ser una pena que para el momento de los hechos, además de no estar consagrada para el delito de la especie, no era tratada como pena principal, sería una situación que a todas luces desfavorece al inculpatado.

Por lo tanto, la Sala considera que sólo resulta jurídicamente viable la imposición de la pena de multa, institución prevista en la nueva normatividad y que guarda correspondencia con la jerarquía que tenía en la legislación vigente para el momento de los hechos.

Consecuentemente, se deberá casar parcialmente el fallo a efectos de modificar la sanción impuesta a JOSÉ TIBERIO SOCHA PÉREZ al fijarle pena de multa, para ello comparando el sistema dosimétrico previsto en los dos ordenamientos penales con el fin de desechar también el que resulte odioso o desfavorable, se tiene que el artículo 46 del Decreto-Ley 100 de 1980 determinaba la multa en unidad monetaria sin fijar un límite mínimo, pues sólo se preveía que no fuera superior a diez millones de pesos (\$10.000.000), en tanto que el artículo 39 de la Ley 599 de 2000 atiende el factor del salario mínimo legal mensual vigente, con un límite máximo de 50.000 salarios cuando concurre con la pena de prisión, y entre uno a 1.000 salarios si se trata de pena autónoma de la que se hace mención en el respectivo tipo penal en la modalidad progresiva de unidad de multa según el promedio de ingresos recibidos en el último año por el enjuiciado⁴.

Al cotejar los límites mínimos y máximos previstos en cada legislación no queda duda que resulta menos odioso el procedimiento fijado en el Código Penal de 1980, porque la situación económica del procesado SOCHA PÉREZ según lo manifestado en su indagatoria, para el año 2001 por su vinculación con la Policía Nacional tenía ingresos mensuales de \$1.538.000,00, suma que promediada para el año anterior lo ubica, para las unidades de multa, en el tercer grado que lo haría acreedor a una que oscila entre cien a mil

salarios mínimos legales mensuales.

Por lo expuesto, resulta favorable el sistema de tasación pecuniario contemplado en el Código Penal de 1980 que parte de un peso (\$1.00) sin poder superar los diez millones de pesos (\$10.000.000,00).

Atendiendo así situación económica cuando en su injurada indicó estar casado tener bien raíz y un vehículo la multa se le fija en doscientos mil pesos (\$200.000,00) suma que en virtud de la circunstancia de atenuación punitiva del artículo 451 de la Ley 599 de 2000 reconocida por el juzgador deberá reducirse a la mitad, esto es, cien mil pesos (\$100.000,00) los cuales cancelará totalmente, una vez se produzca la ejecutoria de éste fallo, a favor del Tesoro Nacional —cuenta especial del Consejo Superior de la Judicatura—.

No sobra precisar que ante la modificación cualitativa de la pena, pierde toda razón de ser la condena de ejecución condicional que le fuera otorgada al enjuiciado en el fallo.

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

RESUELVE

1. NO CASAR el fallo por razón del primer cargo formulado en la

demanda de casación formulada por el defensor de JOSÉ TIBERIO SOCHA PÉREZ.

2. CASAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida, para imponer a JOSÉ TIBERIO SOCHA PÉREZ como única pena principal la de multa en suma equivalente a cien mil pesos (\$100.000,00) que deberá cancelar en favor del Tesoro Nacional en los términos indicados en la parte considerativa del presente fallo.

3. DECLARAR que queda sin efecto la condena de ejecución condicional concedida al enjuiciado en el fallo recurrido.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Excusa justificada

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Comisión de servicio

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANES

Comisión de servicio

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

Permiso

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 También el Comando del Departamento de Policía Bacatá el 17 de abril de 2001 abrió formal investigación disciplinaria en contra del SC. JOSÉ TIBERIO SOCHA PÉREZ a quien le formuló pliego de cargos el 25 de mayo siguiente por la presunta infracción del artículo 37 del Decreto 1798 de 2000 falta considerada gravísima, pero culposa.

2 “CANCINO, Antonio José. “Las instituciones Penales Colombianas y su evolución a partir del Código de 1837. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. 1986, pag 78.

3 Cfr. Providencias de 12 de octubre de 2006, radicación 25443 y de 12 de agosto de 2009, radicación 24021.

4 Artículo 39. (...) Unidad de multa. La unidad de multa será de:

“1. Primer grado. Una unidad multa equivale a un (1) salario mínimo legal mensual. La multa oscilará entre una y diez (10) unidades de multa.

En el primer grado estarán ubicados quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. Segundo grado. Una unidad multa equivale a diez (10) salarios mínimos legales mensuales. La multa oscilará entre una y diez (10) unidades multa.

En el segundo grado estarán ubicados quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, superiores a diez (10) salarios mínimos.

1. Tercer grado. Una unidad multa equivale a cien (100) salarios mínimos legales mensuales. La multa oscilará entre una y diez (10) unidades multa.

En el tercer grado estarán ubicados quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, superiores a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes”