

Proceso No 28975

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta No. 28

Bogotá, D. C., trece de febrero de dos mil ocho.

VISTOS

Examina la Sala, en sede de apelación, la sentencia fechada el 10 de octubre de 2007, por medio de la cual el Tribunal Superior de Cundinamarca condenó al doctor ARTURO CORTÉS CADENA, ex Juez Penal del Circuito de Leticia, Amazonas, por el delito de prevaricato por acción.

Interpuesta y sustentada la impugnación por el procesado y su defensor, le corresponde a la Sala la decisión de segunda instancia, dado que la acusación se refiere a un delito que el funcionario judicial cometió en el ejercicio de sus funciones.

HECHOS

En horas de la tarde del 24 de octubre de 2000, en el perímetro urbano de Leticia, específicamente en la calle 5ª con carrera 8ª, agentes adscritos al Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S., interceptaron la motocicleta Yamaha de placas JXC-8166 del Brasil, conducida por Carlos Alberto Capto Da Silva, quien intentó darse a la

fuga, abandonando el vehículo para introducirse por la ventana de una residencia, desde donde arrojó un teléfono celular y un paquete-encomienda con etiqueta de la empresa DEPRISA AVIANCA, remitido aparentemente por Horacio Ortiz M. desde la carrera 45 No. 15-20 de Bogotá y con destino a Octavio Vargas Soto.

Da Silva fue retenido y conducido a las instalaciones del D.A.S., en donde, en presencia del Personero Municipal, los agentes revisaron el contenido de la “encomienda”, encontrando un directorio telefónico de la ciudad de Bogotá y un paquete que contenía una sustancia vegetal compacta, la que fue pesada en el acto, arrojando una cantidad neta de 1.029 gramos, cuya identificación preliminar resultó positiva para “canabis o marihuana o sus derivados”. De la sustancia se recolectaron tres muestras que fueron remitidas al Instituto de Medicina Legal, entidad que en dictamen del 21 de noviembre de 2000 confirmó que se trataba de marihuana.

A Capto Da Silva se le privó de su libertad y fue puesto a órdenes de la Fiscalía Seccional, junto con el informe respectivo, al cual se adjuntaron las actas de identificación de la sustancia y de los derechos del capturado, firmadas por el Jefe de la Unidad Investigativa de Policía Judicial, el Personero, el capturado, el perito y el secretario ad-hoc.

En el informe respectivo, los agentes indicaron que el capturado había señalado a Jorge Orobio Rodríguez como la persona que le hizo entrega de la sustancia identificada, facilitándole la motocicleta y ofreciéndole la suma de \$50.000 por transportarla a la calle 3ª con carrera 7ª esquina de Leticia, donde debía entregarla a otro sujeto que también se transportaba en motocicleta.

El 25 de octubre de 2000 la Fiscalía Seccional de Leticia dispuso la apertura de investigación contra los dos mencionados, a quienes escuchó en indagatoria. Capto Da Silva admitió en su indagatoria que con anterioridad a los hechos Jorge Orobio se

transportaba en la motocicleta en que fue capturado, y que lo había inculcado ante las autoridades que lo aprehendieron por los “acosos” de que fue víctima, pero que en realidad aquél no había tenido participación en el hecho, pues el paquete y la motocicleta las recibió de un tercero, respecto de quien no conocía su identidad.

Por su parte, Jorge Orobio Rodríguez admitió conocer a Capto Da Silva y que en algunas oportunidades se había transportado en la motocicleta de marras, pero de “pato”, porque nunca la alquiló para su uso personal. Negó su participación en el hecho.

Mediante diligencia de inspección judicial en las instalaciones de la empresa de transportes DEPRISA, se encontró que una encomienda de similares características a la hallada en poder de Capto Da Silva había sido reclamada por un sujeto de nombre “Jorge”, cuyo apellido no se pudo leer, pero identificado con la C.C. No. 15.889.424 de Leticia, que corresponde al documento de identidad de Jorge Orobio Rodríguez, evidencia incriminatoria que se le puso de presente en su indagatoria, advirtiéndole el fiscal instructor que la misma motivaba la imputación como presunto infractor a la ley 30 de 1986.

A los mencionados se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva sin excarcelación como presuntos coautores de la infracción contenida en el inciso 3º del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, modificado por el artículo 17 de la Ley 365 de 1997.

En el curso de la investigación rindió declaración el detective del D.A.S. Javier Londoño Torres, quien conoció del caso, reafirmando bajo juramento la información que les suministró Capto Da Silva sobre la participación de Jorge Orobio en los hechos investigados.

El 20 de diciembre de 2000, se escuchó en ampliación de injurada a Orobio y a Capto Da Silva y el 26 posterior se declaró cerrada la investigación respecto de estos

dos procesados, contra quienes se profirió resolución de acusación por la misma conducta en relación con la cual se les había afectado con medida de aseguramiento, según proveído del 29 de enero de 2001.

El 20 de febrero siguiente, el Juzgado Penal del Circuito de Leticia avocó el conocimiento del proceso y al día siguiente dispuso el traslado de que daba cuenta el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal de 1991.

Evacuada la audiencia pública, el 22 de mayo de 2001, el Juez ARTURO CORTÉS CADENA profiere sentencia de primera instancia en la cual toma las siguientes determinaciones que fueron motivadas como se reseña:

a) Condenó al procesado Carlos Alberto Capto Da Silva, tras aducir que “su responsabilidad se encuentra acreditada desde el mismo momento de su captura puesto que se efectuó en flagrancia” y en su injurada aceptó que la marihuana incautada se la había entregado un sujeto a quien sólo había visto tres veces, para que a su vez se la entregara a otro, facilitándole una motocicleta y ofreciéndole un dinero por el mandado. Destacó también que este procesado había reconocido que la motocicleta era de Jorge Orobio, aunque negó que él hubiese sido la persona que le entregó la encomienda.

No obstante, al referirse a la “calificación jurídica” de la conducta para efectos de la pena, dijo sin mayores consideraciones que:

“Los hechos a que se contrae este proceso, encuentran su adecuación típica en el Art. 33, numeral tercero, pero debido a la anomalía presentada en la diligencia de pesaje es aplicar (sic) la *favoris reus*, por lo que se partirá del numeral segundo del mismo artículo de la Ley 30 de 1986...”,

Bajo ese razonamiento, entró a fijar la pena, señalando que debía imponerse el

mínimo determinado en el precepto aplicado, a saber, un (1) año de prisión y multa de dos (2) salarios mínimos mensuales, porque en contra del procesado no concurrían circunstancias de agravación punitiva.

b) Absolvió al procesado Jorge Alberto Orobio Rodríguez, tras considerar que en su contra únicamente obraba la versión que Carlos Capto suministró a los agentes del D.A.S., pero que no fue reafirmada en su indagatoria, pues aquí sólo reconoció que la motocicleta era de propiedad de Orobio, pero negó que éste hubiese sido quien en la fecha de los acontecimientos le entregó el paquete y el vehículo, y que su inculpación inicial ante los agentes del D.A.S., la cual reconoció, se había debido a las “presiones de tantas preguntas”. Destacó que Orobio no negó que la motocicleta fuera suya, pero que de acuerdo al artículo 313 los informes de policía judicial carecían de valor probatorio, y no se había tenido en cuenta el postulado de la investigación integral, razón por la cual “existe la duda” que favorece al procesado.

La anterior determinación fue impugnada por el fiscal delegado, dando lugar a la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior de Cundinamarca el 4 de septiembre de 2001, en la que se revocó la absolución que favoreció a Orobio Rodríguez y en su lugar se le condenó a la pena principal de cuatro (4) años de prisión y multa de diez (10) salarios mínimos mensuales, sanción señalada para la conducta que le fue imputada en la acusación, punibilidad que no se pudo extender al co-procesado Capto Da Silva por respeto a la prohibición de reformatio in pejus, no obstante lo cual se dispuso:

“...la compulsa de copias con destino a la Fiscalía General de la Nación para investigar la conducta del Dr. Cortés Cadena, quien a más de ser exiguo en argumentos, olímpicamente desconoce el pesaje de estupefaciente en 1.092 gramos (7) y por ende la acusación formulada por la Fiscalía por el inciso 3º del art. 33 de la L. 30/86, modificado por el art. 17 de la L. 365/97, bajo el pretexto de “anomalías”, por demás inexistentes, en la

diligencia respectiva, toda vez que la errada conclusión, derivó en una conducta benigna”.

Al revocar la absolución de Jorge Orobio Rodríguez, destacó el Tribunal que el informe de policía judicial había sido ratificado por el detective Javier Londoño Torres en la declaración que bajo juramento rindió en el curso de la investigación, funcionario a quien, directamente, Capto Da Silva le dijo que la persona que le había suministrado el “atadijo” y la motocicleta Yamaha para que, a cambio de \$50.000, se lo entregara a un individuo que se encontraba en cercanías de la estación de servicio del barrio El Porvenir, quien se movilizaba en otro vehículo similar, había sido Orobio Rodríguez.

Destacó también el relato del funcionario en el sentido de que Capto Da Silva se mostró temeroso de las represalias que pudiera tomar Orobio, testimonio en el cual, dijo, no se avizoraba interés distinto al de cumplir con la tarea encomendada, por lo que no era de recibo el cuestionamiento a su validez que adujo el a-quo.

Resaltó, además, que en el proceso se acreditó que, bajo la misma modalidad de encomienda, Orobio Rodríguez recibió el 16 de septiembre de 2000 un paquete marcado con la guía 016822154, que curiosamente había sido remitido por la misma persona -Horacio Ortiz- que aparecía enviando el paquete contentivo del estupefaciente.

Sobre esa base, descartó toda credibilidad a las afirmaciones exculpatorias de Orobio Rodríguez, cuando pretendió que se le creyera que no conocía al remitente de la encomienda, Horacio Ortiz, porque la prueba demostraba lo contrario, al tiempo que calificó como inverosímil las afirmaciones de Capto Da Silva en el sentido de que fue presionado por los detectives para que sindicara a Orobio, pues ello no tenía respaldo probatorio alguno en el proceso.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Con base en las copias de la actuación cuestionada, un Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Cundinamarca, mediante resolución de 30 de mayo 2003 ordenó la apertura de investigación penal contra el doctor ARTURO CORTÉS CADENA, a quien se escuchó en indagatoria a través de comisionado.

La situación jurídica del inculpado se resolvió en resolución del 20 de octubre de 2003, en la que el Fiscal Delegado se abstuvo de imponer medida de aseguramiento, tras encontrar que en su caso no concurrían los objetivos constitucionales y fines rectores para la misma, pues se contaba con elementos de juicio demostrativos de que el procesado no eludiría la acción de la justicia; tampoco existía la posibilidad de que obstaculizara la recolección de evidencia; y, no había prueba indicativa de que pudiera poner en peligro a la comunidad mediante la continuidad de una actividad delictiva.

El 17 de diciembre de 2003 se decretó el cierre de la investigación, cuyo mérito se calificó en proveído del 20 de mayo de 2004, con resolución de acusación en contra del doctor ARTURO CORTÉS CADENA, como autor del delito de prevaricato por acción, según la tipicidad contenida en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, sin que se imputaran circunstancias de agravación punitiva.

El fundamento fáctico de la acusación se circunscribió a dos decisiones relevantes. La primera tiene que ver con la negación de valor probatorio a la diligencia de pesaje y toma de muestras de la sustancia decomisada, realizada inmediatamente después de la captura en flagrancia por las autoridades de Policía Judicial con base en las facultades del artículo 312 del Código de Procedimiento Penal entonces vigente (decreto 2700 de 1991), decisión con la cual se terminó favoreciendo al procesado Carlos Alberto Capto Da Silva,

“... en el sentido de desconocer el peso neto que arrojó el estupefaciente de 1.029 gramos, para adecuar la conducta punible al inciso 2º del artículo 33 de la Ley 30 de 1986 y no al que realmente correspondía, o sea, al inciso 3º del mismo artículo y Ley”.

La segunda decisión gira en torno de la absolución que favoreció al procesado Orobio Rodríguez, pues aquí el doctor CORTÉS CADENA “no apreció el informe del DAS, ni la declaración del detective Londoño Torres”, desconociendo además, que,

“... bajo esa misma modalidad Orobio Rodríguez el 16 de septiembre de 2000, recibió encomienda o paquete despachado desde Bogotá a Leticia, por el mismo remitente, o sea, Horacio Ortiz, quien remesó el envoltorio contentivo del estupefaciente”.

Se concluyó, entonces, que el acto material reprochable social y penalmente al doctor CORTÉS CADENA estriba “en el desconocimiento del conjunto de pruebas y su valoración objetiva”.

Contra la anterior determinación el doctor CORTÉS CADENA interpuso los recursos de reposición y apelación, que se declararon desiertos en proveído del 14 de julio de 2004, por falta de una adecuada sustentación.

Ejecutoriada así la acusación, el proceso se remitió a la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, en la que después de la resolución de múltiples peticiones del procesado, se evacuaron las audiencias preparatoria y pública de juzgamiento.

En el juicio se practicaron las siguientes pruebas:

1. A través de comisionado, se escuchó en declaración al señor Jorge Eliécer Valencia González, quien fungía como Oficial Mayor del Juzgado Penal del Circuito de

Leticia, Amazonas, para la época de los hechos, quien dijo que dentro de sus funciones, respecto de los proyectos de sentencia, se le asignó la elaboración de los antecedentes del caso, pues el señor Juez, doctor ARTURO CORTÉS CADENA, era quien dictaba directamente la parte considerativa, valiéndose para ello del escribiente del despacho. Y aunque no recuerda exactamente los pormenores del caso que aquí se juzga, dice que se debió proceder conforme las instrucciones que había impartido el titular del despacho.

2. Se recibió declaración mediante certificación jurada a la educadora Gloria Orobio Rodríguez, en su condición de Gobernadora del Departamento del Amazonas desde el 1º de mayo de 2005, quien manifestó ser hermana del señor Jorge Orobio Rodríguez, condenado en el proceso por el que se cuestiona al doctor CORTÉS CADENA, a quien dijo conocer desde el año de 1996 cuando fue asesor jurídico externo de esa Gobernación, época para la cual ella se desempeñaba en la misma como Secretaria de Educación. Sus relaciones, agrega, fueron estrictamente laborales.

3. Se incorporaron copias de las estadísticas de producción laboral del Juzgado Penal del Circuito de Leticia durante los meses de enero a julio de 2001.

4. Se allegó copia íntegra del proceso penal que cursó en el Juzgado Penal del Circuito de Leticia contra Carlos Alberto Capto y Jorge Orobio Rodríguez por el delito de tráfico de estupefacientes.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

En la sentencia de primera instancia, dictada el 10 de octubre de 2007, el Tribunal Superior de Cundinamarca condenó al doctor ARTURO CORTÉS CADENA a la pena principal de 48 meses de prisión, multa por el equivalente, en moneda nacional, a 82.25 salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, negándole el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el

sustituto de la prisión domiciliaria.

Los fundamentos del fallo pueden resumirse de la siguiente manera:

Respecto de la decisión tomada en relación con Capto Da Silva, destaca que el Juez desconoció que su captura en posesión del paquete, autorizaba a los agentes investigadores a conducirlo hasta las instalaciones del D.A.S. para verificar el contenido y peso del mismo, momento en el cual Capto Da Silva no tenía la condición jurídica de imputado, sino de mero “sospechoso”, y de ahí que en ese momento no requería estar asistido por un defensor. La tesis contraria, que sostuvo el doctor CORTÉS CADENA, implicaría que en todo momento los organismos de policía judicial tuvieran que estar acompañados de abogados para que ante cualquier requerimiento en orden a descubrir o prevenir comportamientos criminales asistiesen a las personas.

Para el Tribunal, la tesis esgrimida por el Juez acusado estaba dirigida a favorecer dolosamente al procesado Capto Da Silva, pues contradictoriamente le da valor al procedimiento para declarar que su captura fue en flagrancia, pero lo considera inexistente cuando se trata de demostrar el peso de la sustancia decomisada, actuar que pone de presente inequívoco propósito conciente y voluntario de emitir providencia judicial contrariando la legalidad, y descarta una indebida interpretación.

En relación con la absolución que favoreció al procesado Jorge Orobio Rodríguez, señala que el juez no podía acudir de manera aislada a la preceptiva contenida en el artículo 213 del decreto 2700 de 1991, reformada por el artículo 50 de la ley 504 de 1999, como si no existiera el artículo 312 ídem, en cuanto disponía que “...en los casos de flagrancia y en el lugar de los hechos, los servidores públicos que ejerzan funciones de policía judicial podrán ordenar y practicar pruebas sin que se requiera providencia previa”.

Pero además, encuentra el Tribunal que el Juez acusado ignoró deliberadamente otras pruebas incriminatorias que obraban en el proceso, como testimonios, dictamen pericial e inferencias indiciarias claras como la que se derivaba del hecho de que la motocicleta en que se transportaba Capto Da Silva cuando fue capturado, era de propiedad de Orobio Rodríguez, y que éste había recibido otra encomienda en similares condiciones, del mismo emisario, apartándose así de manera manifiesta del mandato contenido en el artículo 238 del Código de Procedimiento Penal, de acuerdo con el cual el funcionario debe apreciar las pruebas en conjunto y exponer razonadamente el mérito que se les otorga.

En esas condiciones, concluye el Tribunal, la valoración del caudal probatorio asumida por el doctor CORTÉS CADENA cuando dictó la sentencia por la que se le cuestiona, fue sesgada y claramente encaminada a privilegiar a los procesados, con un análisis parcializado de los fragmentos que a sus intereses convenían.

Para el fallador de primera instancia, el comportamiento se adecua al delito de prevaricato por acción, sin que sea necesario la acreditación del interés que pudo tener el juez procesado al tomar esa decisión, como lo reclama la defensa.

Al dosificar la pena, consideró que era aplicable por favorabilidad el artículo 149 del Decreto 100 de 1980, vigente a la fecha de los hechos, en cuanto sanciona el prevaricato por acción con pena de 3 a 8 años, multa de 50 a 100 s.m.l.m.v. e inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena de prisión.

Atendiendo los criterios de individualización señalados en el artículo 61 de la Ley 599 de 2000, que consideró más favorables frente a los estipulados en el decreto 100 de 1980, el Tribunal estimó que ante la ausencia de causales de mayor punibilidad y la concurrencia de una de menor punibilidad -artículo 55-1 de la Ley 599 de 2000-, debía ubicarse en el cuarto mínimo -36 a 51 meses de prisión y multa de 50 a 87.5 s.m.l.m.v.-

Luego, con fundamento en lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 61 ídem, consideró la gravedad de la conducta del doctor CORTÉS CADENA, especialmente por la connotación social de la impunidad relacionada con el tráfico de estupefacientes en el reducido circuito de Leticia; la intensidad del dolo en atención a su experiencia como abogado litigante y funcionario judicial; la intencional defraudación de la confianza otorgada para el desempeño de juez en la categoría de circuito; el daño potencial al prestigio, pulcritud y transparencia en la función pública de administrar justicia, razones todas que lo llevaron a señalar una pena de 48 meses de prisión, multa por el equivalente a 82.25 salarios mínimos mensuales e inhabilitación de derechos y funciones públicas por igual término a la pena principal de prisión.

Consecuente con el quantum punitivo, negó el subrogado de la condena de ejecución condicional, y frente al sustituto de la prisión domiciliaria, lo declaró improcedente tras seguir reiterada jurisprudencia de la Corte.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Contra ese fallo, el procesado ARTURO CORTÉS CADENA y su defensor interpusieron recurso de apelación, cuya fundamentación en cada caso puede resumirse de la siguiente manera:

1. Para el defensor, no existe en el proceso plena certeza de que la conducta desarrollada por el doctor CORTÉS CADENA configure el delito de prevaricato por acción. Ello porque el Juez CORTÉS en ningún momento desconoció que el paquete que transportaba Capto Da Silva contuviera marihuana, sino que en su criterio el tipo penal aplicable no era el señalado por el fiscal en la acusación.

Dice no compartir el argumento según el cual su defendido dio una aplicación insular al artículo 50 de la ley 504 de 1999, cuando este precepto es posterior al artículo 312 del Código de Procedimiento Penal de 1991, y por lo tanto prevalecía el primero, que fue el

que aplicó legalmente, sin que exista dolo en su actuación.

Afirma que la función primordial del juez al fallar es confrontar los hechos con la normatividad y eso fue exactamente lo que hizo el doctor CORTÉS CADENA, por lo que no lesionó la administración de justicia, ni propició impunidad alguna, y tampoco se le probó que hubiese procedido llevado por la amistad, el halago u otra consideración, es decir, nunca se concretó el móvil, el dolo.

La condena se sustenta, según el defensor, en suposiciones y en una responsabilidad objetiva porque no se demostró cuál fue la intención y el móvil de la decisión.

La interpretación que le dio a la experticia del DAS está acorde con lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 504 de 1999, por lo que el análisis hecho al respecto no es ilegal, ya que acudió al “favores reus” para aplicar el “numeral” (sic) segundo de la ley 30 de 1986.

Dice que los juicios de valor asumidos por su defendido no son investigables, pues se sustentan en norma legal, la cual fue interpretada en debida forma, por lo que no existe dolo y eso descarta cualquier hecho punible.

En cuanto a las argumentaciones para absolver a Orobio Rodríguez, se basó en las pruebas incorporadas, entre ellas, el dicho de Capto Da Silva, quien se abstuvo de hacerle cargos. Además, en el hecho de que no fue capturado en flagrancia y no se probó su participación. Por lo tanto, agrega, el juicio de valor asumido en este aspecto por CORTÉS CADENA está acorde con los hechos y no contraría la normatividad.

Según el defensor, la resolución de acusación contra su representado sólo abarcó la situación de Orobio Rodríguez, razón por la cual el Tribunal no podía referirse a la decisión que se tomó respecto de Capto Da Silva.

Afirma que la mayor parte de la sentencia proferida por su representado fue

confirmada y hoy se encuentra en firme, razón por la cual no puede decirse que la sentencia es ilegal.

Pide que se tenga en cuenta que el doctor CORTÉS CADENA no registra antecedentes penales y que siempre ha observado buena conducta, por lo que no constituye un peligro para la comunidad.

2. Por su parte, el procesado doctor ARTURO CORTÉS CADENA presenta un primer memorial impugnando la condena en su contra, en el que alega la existencia de varias irregularidades generadoras de nulidad.

En primer lugar, advierte, la resolución de acusación dictada en su contra fue impugnada, pero a pesar de sus insistentes alegatos por violación al debido proceso, al derecho de defensa y a la integridad probatoria, “se impuso la jerarquía potestativa e imperativa del ente acusador”.

De otro lado, dada su estrecha condición económica, el apoderado que lo representó al inicio del juicio tuvo que retirarse ante su dificultad de proveerle los gastos necesarios y ante escritos “presionantes” del Tribunal.

Además, la audiencia preparatoria se hizo sin su presencia ni la de su defensor, lo que le impidió solicitar nulidades y pruebas, y actuar en beneficio de sus derechos.

Finalmente, agrega, en la audiencia pública el Magistrado Ponente le interrumpió, impidiéndole continuar plena y cabalmente con su discurso defensivo, afectando el artículo 29 de la Carta Política y el “conjunto complementario y extensible de derechos protectores”.

Bajo lo que titula “PRUEBAS: EN EL PROCESO CONCAUSAL”, sostiene que como lo sostuvo en la audiencia pública, la normatividad sustancial penal vigente para la época de

la sentencia objeto de la condena, específicamente el artículo 161 del Código de Procedimiento Penal, señalaba que toda probanza o diligencia jurídica de carácter probatorio que se llevara a cabo sin la presencia del defensor técnico se consideraba inexistente y, por tanto, no podía tener consecuencias en derecho, y, en ese sentido, ninguna razón les asiste a la Fiscalía, al Ministerio Público y al Tribunal de primera instancia cuando sostienen lo contrario.

Dice que también esclareció en la audiencia pública que de acuerdo con el artículo 313 del entonces vigente Código de Procedimiento Penal y específicamente el artículo 50 de la Ley 504 de 1999, ninguna validez tenían los informes de policía judicial y las versiones suministradas por informantes.

Pide que se considere que la declaración del agente que concurrió al proceso es un testimonio indirecto “o de segunda mano”, y, por tanto, de mínimo valor probatorio, máxime cuando fue rebatido por el dicho del encausado Capto Da Silva, con lo cual perdió todo valor.

De allí que las reflexiones de sus acusadores no tienen sustento probatorio y ni siquiera indiciario, lo cual implica un ánimo persecutor en su contra, ya que consideraron “pensar por mí”, cuando la hermenéutica jurídica y la misma analogía proscriben interpretaciones y aplicaciones de la ley “in malam partem”, por lo que no es lógico, racional ni valedero “pensar por los demás y más absurdo aún es conceptuar equivocadamente, controvirtiendo lo que no se ha dicho o manifestado”.

Sostiene que nunca pretendió desconocer las facultades adscritas a la policía judicial, sino que las pruebas, para que sean valederas, deben ser legales y constitucionales.

Rememora que en el proceso por el que se le cuestiona, se estableció la existencia de la droga en dictamen rendido cuando ya actuaba la defensa, pero no su pesaje.

Cuando condenó a Capto Da Silva, consideró la flagrancia o “cuasiflagrancia” en que fue capturado, así como la confesión o aceptación que hizo de los hechos, aunado ello al dictamen proferido en legal forma.

Agrega que la absolución de Orobio Rodríguez se sustentó en la falta de probanzas en su contra, aplicando los artículos 161, 313 y demás del Código de Procedimiento Penal citados en la vista pública, aunado ello a la falta de constataciones probatorias válidas, porque “no hubo indicio necesario alguno” ni “conjunto de indicios” que constataran, sin la menor duda, su participación delictiva, y menos el especulado concierto para delinquir o delito continuado, que no fue sino una invención de sus acusadores, que por tanto no resiste la menor concreción real.

Destaca, como lo hizo en la audiencia pública, que el Tribunal de Cundinamarca en el fallo que revisó el que se le cuestiona, nada objetó en la parte resolutive sobre la determinación que cobijó a Capto Da Silva, motivo por el cual, por ser cosa juzgada, sobre esa decisión nada se le podía imputar en la resolución de acusación, la que quedó afectada, por ese motivo, de nulidad constitucional, sustancial y procesal, porque ello viola sus derechos al debido proceso, a la defensa y a la integridad probatoria, lo cual pide que se analice.

A continuación hace una extensa disertación sobre el indicio en materia penal, y bajo lo que titula “JURIDICIDAD” cita los artículos 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 3, 14, 23 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Ley 74 de 1968; artículos 1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por la Ley 16 de 1972.

Trae otras disertaciones generales sobre alcance del principio de igualdad, citando el artículo 13 de la Carta Política.

Cita jurisprudencia y doctrina sobre el concepto de dolo; las diferencias entre dolo

eventual y culpa con representación; el principio de buena fe; la presunción de inocencia; la causalidad en materia penal; la antijuridicidad; el objeto de las pruebas; el principio de contradicción; y, el factor “a sabiendas” en el delito de prevaricato.

Afirma que jamás tuvo la mínima intención, finalidad o ánimo de violar la ley o de actuar contra derecho, ni conciencia o inteligencia de hacerlo. Simplemente, en la sentencia por la que se le juzga, se limitó sana, objetiva y prioritariamente a aplicar las normas y los criterios y conocimientos jurídicos que consideró adecuados y convenientes al caso, interpretando la normatividad.

Por lo tanto, considera que no hubo tipicidad por falta del elemento subjetivo; tampoco antijuridicidad porque no afectó, vulneró o puso en peligro bien jurídico alguno.

Dice oponerse a la “punción” y a la falta de aplicación de subrogado alguno, porque se desconoció el mínimo aplicable para la época y los subrogados le fueron negados caprichosamente.

En escrito complementario afirma que cuando el Tribunal de Cundinamarca dispuso compulsar copias en su contra, se refirió exclusivamente al desconocimiento del pesaje del estupefaciente, pero la resolución acusatoria excedió esos parámetros con argumentos que califica de “acomodaticios, contraevidentes, injustos y alejados de la lógica, de la razón, de la experiencia decantada de la vida, del debido proceso, del derecho y de la imparcialidad”, para imputarle cargos por su decisión frente a los dos procesados investigados.

Sostiene que el argumento de la Fiscalía es contradictorio, cuando de un lado sostiene que perjudicó a uno de los procesados en ese asunto, y a renglón seguido manifiesta que lo trató benévolamente.

Insiste en que el peso de la sustancia no tuvo valor probatorio alguno en el proceso,

porque fue vertido contra derecho, situación distinta al resultado de toxicología, que sí se tuvo en cuenta. Frente al testimonio del agente del D.A.S. resalta “su no validez intrínseca” por falta de defensa, ser indirecto y porque fue rebatido por el procesado.

Dice que en ninguna parte del proceso aparece probada su amistad con la Gobernadora del Amazonas, luego toda la argumentación de la Fiscalía resulta inane, vacía y sin sustento jurídico alguno.

Afirma que al procesado Orobio no le enviaron encomienda correlacionada con el investigativo. En el proceso no existió prueba de coautoría.

En la diligencia de pesaje se incumplió el artículo 161 del entonces vigente Código de Procedimiento Penal y no puede sostenerse que un personero suple a plenitud al defensor.

Por lo tanto, no existen los requerimientos del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal para dictar sentencia en su contra, lo cual pide que se proclame, porque su actuar jamás fue contrario a la normatividad, ni tampoco tuvo la intención o voluntad de actuar dolosamente contra la ley.

Alega que la circunstancia de que a una prueba no se le pueda considerar por vicios de fondo o de forma, no significa que pueda tenersele como indicio, pues tal forma de proceder es contraria a los requisitos de la prueba indiciaria y burla las leyes esenciales del proceso y los principios de la sana crítica.

Lo primero, porque si la ley determina las condiciones de existencia y eficacia de un medio de prueba, faltando ellas, el medio debe sufrir las consecuencias pertinentes, que no son otras que la inexistencia, la invalidez o la ineficacia. Lo segundo, porque en la estructura del indicio, el hecho indicante debe estar plenamente acreditado con pruebas legalmente aportadas al proceso. Por lo tanto, los vicios de la prueba del hecho indicante, se trasladan al indicio, “que no puede resultar saneado como por milagro por

la sola circunstancia de que se le llame indicio o indicante”.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Sobre la nulidad solicitada por el procesado ARTURO CORTÉS CADENA

En su primer memorial de impugnación, el doctor CORTÉS CADENA alega la existencia de varias irregularidades generadoras de nulidad por afectar sus garantías fundamentales.

En primer lugar, sostiene que la resolución de acusación fue impugnada, pero que a pesar de sus insistentes alegatos por violación al debido proceso, al derecho de defensa y a la integridad probatoria, “se impuso la jerarquía potestativa e imperativa del ente acusador”.

El apelante no explica cuál es el fundamento de su queja, parece ser, entiende la Sala, que la misma deriva de la circunstancia verificada en la reseña procesal, según la cual los recursos de reposición y subsidiario de apelación que en su oportunidad interpusiera el procesado CORTÉS CADENA contra la resolución de acusación proferida por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cundinamarca, fueron declarados desiertos en proveído del 14 de julio de 2004, por falta de una adecuada sustentación.

El punto ya había sido propuesto por el procesado en el traslado para la preparación de la audiencia pública, siendo resuelto por el Tribunal de instancia en la respectiva audiencia preparatoria, en la que rechazó la nulidad postulada tras encontrar que la deserción de varios de los recursos interpuestos por el procesado fueron consecuencia de su propia conducta, porque con claro desconocimiento de los presupuestos legales omitió exponer con claridad las razones de su disenso, de cara a los argumentos

plasmados en la misma, tal como se consignó en el respectivo proveído.

En la sistemática de la Ley 600 de 2000, que rige este caso, agotada la etapa del sumario con la resolución de acusación ejecutoriada, se inicia la del juzgamiento, en desarrollo de la cual las partes pueden solicitar las pruebas que a bien tengan y plantear las nulidades originadas en la instrucción, dentro del término señalado en el artículo 400. Luego toda petición que se presente para esas finalidades después de haber transcurrido la citada oportunidad legal es extemporánea, salvo que se trate de hechos o circunstancias que sobrevinieron en el juicio.

Es cierto, ha dicho la Sala, que el proceso penal está fundamentado en su legalidad y para que ella sea respetada, los sujetos procesales pueden y deben velar por su cumplimiento, cuestionando todas aquellas irregularidades estructurales y de garantía que lo vicien, “pero no negando el mismo proceso, sino ejerciendo sus derechos en las etapas que la misma ley señala, de lo contrario su sistemática y finalidad se tornarían nugatorias, generando el caos en esta segunda manifestación del poder-deber punitivo del Estado, el cual, a su turno, desde luego, encuentra su máximo control en la reserva de oficiosidad que deberá ejercitar por intermedio del funcionario correspondiente, para efectivizar ese presupuesto insoslayable de legalidad”¹.

Como en el presente caso, la nulidad aducida se pidió y rechazó dentro de la oportunidad debida, con argumentos frente a los cuales la Sala no tiene cuestionamiento alguno, no es viable insistir en ella en este momento procesal.

La segunda irregularidad causante de nulidad se generó, según el procesado, por la intempestiva renuncia que tuvo que presentar su primer defensor de confianza cuando se tramitaba el juicio, ante su dificultad de proveerle los gastos necesarios y los actos de “presión” que dice ejerció en su contra el Tribunal.

Aquí tampoco explica el procesado qué efectos generó en sus derechos la

renuncia que presentó su inicial defensor de confianza, máxime cuando inmediatamente después designó un nuevo defensor que lo ha asistido hasta el actual momento procesal, sin que se observe interrupción alguna en la defensa técnica.

Y tampoco es cierto que el Tribunal hubiese ejercido “presiones” para lograr la renuncia del inicial defensor, pues lo que se observó es que ante su reiterada inasistencia en las fechas señaladas para evacuar la audiencia pública de juzgamiento, el juez, en cumplimiento de sus deberes legales, en auto del 13 de julio de 2006, lo requirió para que explicara los motivos de su no presencia, so pena de compulsarle copias para investigación disciplinaria, procedimiento que lejos está de constituir un acto arbitrario y menos de presión para obtener su renuncia.

Como tercer aspecto generador de nulidad, alega el procesado que la audiencia preparatoria se evacuó sin su presencia ni la de su defensor, lo que le impidió solicitar nulidades y pruebas, y actuar en beneficio de sus derechos.

Sea lo primero advertir que de acuerdo con las constancias procesales verificadas por la Sala, la programación de la audiencia preparatoria en este evento fue comunicada con antelación al procesado no privado de la libertad y a su defensor, por lo que su ausencia en el acto no genera irregularidad alguna, en la medida en que ello no obedeció al capricho del Tribunal, sino a la propia voluntad de los sujetos interesados.

Además, ha de recordarse que de acuerdo con el artículo 400 de la Ley 600 de 2000, iniciada la fase del juicio, el expediente queda en la secretaría del Juzgado o Tribunal de conocimiento, a disposición de los sujetos procesales a fin de que puedan preparar las audiencias preparatoria y pública, solicitar nulidades originadas en la etapa

de investigación y las pruebas que consideren necesarias, luego de lo cual, según el artículo 401, el Juez debe citarlos para la realización de la audiencia preparatoria, en la que se resuelven las nulidades y las probanzas pedidas por los sujetos dentro del término anterior, pasos todos que se cumplieron a cabalidad en este caso, pues en el proceso se surtió el traslado respectivo, término dentro del cual el procesado hizo múltiples peticiones que fueron resueltas en la audiencia preparatoria, cuya fecha y hora, se reitera, le fue comunicada con antelación.

Por lo tanto no se observa irregularidad alguna en el trámite de la audiencia preparatoria, respecto de la cual ha dicho la Corte en reiterada jurisprudencia, no es obligatoria la presencia del procesado y su defensor².

Finalmente, esgrime el procesado ARTURO CORTÉS CADENA que en la audiencia pública de juzgamiento, el Magistrado Ponente en el Tribunal interrumpió su intervención, impidiéndole continuar plena y cabalmente con su discurso defensivo, afectándole el debido proceso.

Revisada en toda su integridad el acta de la diligencia en cuestión, advierte la Sala que el doctor CORTÉS CADENA procede con una evidente deslealtad procesal cuando sostiene que se le impidió el ejercicio cabal de su derecho a la palabra en el acto público, pues lo que ocurrió es que ante su extenso y desordenado discurso, el Magistrado Ponente, en uso de las facultades de dirección de la audiencia, le llamó la atención para que concretara su alegato a lo que es materia del debate, a continuación de lo cual el procesado continuó con el uso de la palabra hasta cuando lo consideró necesario, siendo más que exhaustivo en sus alegaciones defensivas, sin que en ningún momento se le impidiera el ejercicio de su derecho, pues, se reitera, voluntariamente culminó su intervención, como se lee en el folio 18 del cuaderno original No. 3.

En consecuencia, como no existió la irregularidad que injustificadamente

denuncia el doctor CORTÉS CADENA, se negará la pretensión anulatoria que invoca.

2. Sobre la impugnación al mérito de las pruebas

No se encuentra sometido a discusión que para la época de los acontecimientos aquí juzgados el doctor ARTURO CORTÉS CADENA ostentaba el cargo de Juez Penal del Circuito de Leticia, Amazonas, y que como tal tuvo a su cargo el trámite del juicio seguido contra Carlos Alberto Capto Da Silva y Jorge Orobio Rodríguez, a quienes la Fiscalía General de la Nación acusó por el delito de tráfico de estupefacientes, trámite que culminó en primera instancia con la sentencia dictada por el juez procesado el 22 de mayo de 2001, en la que condenó al primero de los citados a la pena principal de doce (12) meses de prisión y multa por el equivalente a dos (2) salarios mínimos mensuales, por infringir el inciso segundo del artículo 33 de la ley 30 de 1986, mientras que al segundo lo absolvió de los cargos que en su oportunidad le fueron imputados por el ente acusador.

El fundamento fáctico de la acusación que por el delito de prevaricato vincula al doctor CORTÉS CADENA, se circunscribe a estas dos determinaciones, pues en relación con la primera, se le cuestiona el trato benevolente que dispensó al procesado Capto Da Silva al condenarlo por una conducta menos grave que la imputada, para lo cual desconoció prueba legalmente incorporada al expediente, específicamente aquella que daba cuenta de la cantidad de sustancia estupefaciente decomisada al implicado.

En relación con la segunda, a saber la absolución que favoreció a Orobio Rodríguez, también se le cuestiona el desconocimiento de múltiples elementos de juicio que fueron legal y oportunamente incorporados al expediente, los que concurrían a demostrar en grado de certeza la participación de este personaje en el tráfico de la sustancia estupefaciente que le fue decomisada al primero de los mencionados.

Por lo tanto, como la incriminación que se hace en contra del ex juez CORTÉS CADENA, gira, en esencia, alrededor del desconocimiento de elementos de juicio que fueron recabados en el proceso que tuvo a su cargo, para arribar por ese camino a decisiones ilegales, resulta pertinente recordar que la jurisprudencia de la Corte ha precisado que el comportamiento prevaricador no sólo deriva de la abierta oposición entre la norma sustancial en abstracto y la interpretación o aplicación que de esta se hace, sino también por ocasión de la apreciación probatoria y lo que de ella se extracta en punto de los hechos examinados.

En ese sentido, cabe resaltar el siguiente pronunciamiento:

“En contrario el juicio de prevaricato respecto de una providencia judicial no puede hacerse de otra manera que incluyendo dentro de tal análisis las circunstancias de hecho concretas dentro de las que se adoptó la decisión. La ley a cuyo imperio están sometidos los Funcionarios Judiciales en sus decisiones, no surge pertinente al caso concreto de manera automática, sino como fruto de un proceso racional que le permite al Juez o al Fiscal determinar la validez, vigencia y pertinencia de la norma a la que se adecua el supuesto de hecho que pretende resolver.

“Pero esa que es, o intenta ser, la verdad jurídica, es apenas una parte del contenido de una providencia judicial. Esta se halla igualmente conformada por la verdad fáctica. Tal concepto corresponde a la reconstrucción de los hechos de acuerdo con la prueba recaudada, siendo necesario que entre ésta y aquella exista una correspondencia objetiva en cuanto las específicas circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el acontecimiento fáctico, deben estar demostradas con el material probatorio recaudado en la actuación. El prevaricato puede entonces ocurrir en uno de los dos aspectos de la solución del problema jurídico. En el fáctico o en el jurídico. O en los dos simultáneamente, pero en todo caso, el uno no puede desligarse del otro en cuanto la función judicial consiste precisamente en determinar cuál es el derecho que corresponde

a los hechos”3.

Se recuerda igualmente que para el momento en que se dictó la sentencia en el proceso adelantado por el acusado CORTÉS CADENA, 22 de mayo de 2001, regía aún el Decreto 2700 de 1991, cuyo artículo 247 indicaba qué era la prueba legal, regular y oportunamente aportada la que conducía a la certeza o al estado de duda sobre el hecho punible y la responsabilidad del acusado, razón por la cual tanto la certeza como el in dubio pro reo sólo podían y pueden derivarse conforme a las legislaciones posteriores, de la racional y objetiva valoración de las evidencias procesales.

Bajo estas premisas, entra la Sala a examinar cada una de las decisiones que se le cuestionan al acusado, con el fin de verificar si como se pregona en el fallo impugnado, entre ellas y el material probatorio que tuvo a su disposición no existe una correspondencia objetiva, o si como lo alegan los recurrentes, las decisiones reseñadas fueron el fruto de un proceso racional que se acomodan a los mandatos legales que debía observar para resolver el caso puesto a su consideración.

a. Sobre la condena atenuada que favoreció a Carlos Alberto Capto Da Silva.

La compulsa de copias que originó esta investigación contra el doctor ARTURO CORTÉS CADENA en su condición de Juez Penal del Circuito de Leticia, se fundamentó precisamente en la ostensible falta de objetividad observada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca en la determinación que llevó a favorecer al entonces procesado Capto Da Silva con una pena significativamente atenuada, al desconocer la imputación que le había sido formulada por la Fiscalía como coautor de la conducta descrita en el inciso 3º del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, modificado por el artículo 17 de la Ley 365 de 1997, bajo el pretexto de “anomalías” en la diligencia de pesaje e identificación preliminar del estupefaciente decomisado al capturado.

Como se destacó en la reseña procesal de la actuación, en la sentencia cuestionada el juez

CORTÉS CADENA sostuvo, sin una motivación clara, que:

“Los hechos a que se contrae este proceso, encuentran su adecuación típica en el Art. 33, numeral tercero, pero debido a la anomalía presentada en la diligencia de pesaje es aplicar (sic) la *favoris reus*, por lo que se partirá del numeral segundo del mismo artículo de la Ley 30 de 1986...”.

Sin embargo, en ninguna parte de las consideraciones de la sentencia explicó el señor Juez cuál había sido la “anomalía” observada en la diligencia de pesaje de la sustancia estupefaciente, razón por la cual sólo cuando se le escuchó en el proceso se pudo establecer que para el funcionario judicial la misma careció de validez porque se ejecutó sin la presencia de un defensor como lo disponía el artículo 161 del decreto 2700 de 1991, tesis que precisamente había esbozado la defensa de Capto Da Silva en sus alegaciones en la audiencia pública, como se lee en la página 3 del fallo cuestionado (fl. 256 cuaderno anexo).

En la sentencia ahora impugnada, el Tribunal de primera instancia se aparta de la excusa ofrecida por el procesado, aduciendo que éste desconoció dolosamente que la captura de Capto Da Silva en posesión del paquete, autorizaba a los agentes investigadores para su conducción hasta las instalaciones del DAS en orden a verificar su contenido y peso, instante en el cual Capto Da Silva no tenía aún la condición jurídica de imputado, sino de mero “sospechoso” y de ahí que en ese momento no requería la asistencia de un defensor.

En sus memoriales de impugnación, el procesado y su defensor insisten en que la diligencia de pesaje de la sustancia estupefaciente se ejecutó con violación del artículo 161, y por tanto no tenía validez jurídica alguna, como tampoco lo tenía el informe de policía judicial, al tenor del artículo 313 del mismo Código de Procedimiento Penal, reformado por el artículo 50 de la Ley 504 de 1999.

La Sala encuentra justa razón a la tesis del Tribunal, pues, en primer lugar, el juez CORTÉS CADENA no motivó en el texto de las consideraciones de su sentencia, el fundamento de la “anomalía” que pregonó de la diligencia de pesaje de la sustancia estupefaciente, y su posterior alegación de que la misma contravino el artículo 161 del entonces vigente estatuto procesal, se evidencia como una excusa inaceptable si en cuenta se tiene que el Estatuto Nacional de Estupefacientes - Ley 30 de 1986-, regulaba, en su artículo 78, de una manera muy particular la diligencia de identificación técnica preliminar realizada por la policía judicial, en los siguientes términos:

“Cuando la policía judicial decomise marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquier otra droga que produzca dependencia, realizará sobre ella inmediatamente la correspondiente identificación técnica; precisará su cantidad y peso; señalará nombre y demás datos personales de quienes aparecieren vinculados al hecho y describirá cualquier otra circunstancia útil a la investigación, de todo lo cual se dejará constancia en un acta suscrita por los funcionarios que hubieren intervenido en la diligencia y por la persona o personas en cuyo poder se hubiere encontrado la droga o sustancia. Cuando esta diligencia se realice en zona urbana deberá ser presenciada por un agente del Ministerio Público.

“Excepcionalmente podrá hacerse la diligencia en las instalaciones de la entidad que hizo el decomiso, cuando las circunstancias de modo y lugar así lo aconsejen”.

En el caso a consideración del juez procesado, ninguna duda surge de que se trataba de una diligencia de identificación preliminar que debía ser realizada en el acto y lugar de la incautación, o en la sede de la entidad que hizo el decomiso si las circunstancias así lo aconsejaban, con la asistencia de la persona o personas en cuyo poder se encontró la sustancia y de un representante del ministerio público, porque el operativo tuvo lugar en zona urbana, condiciones que se cumplieron a cabalidad en el caso sometido a estudio, y así se hizo contar en el acta respectiva, que aparece firmada

por el Jefe de la Unidad Investigativa de Policía Judicial, el perito designado, el Personero Delegado, la persona a quien se le incautó el estupefaciente y el secretario (folio 6 cuaderno anexo).

Ese procedimiento, que no podía desconocer el juez procesado, resultaba compatible con las facultades otorgadas a la policía judicial en el entonces vigente artículo 312 del decreto 2700 de 1991, del siguiente tenor:

“En los casos de flagrancia y en el lugar de los hechos, los servidores públicos que ejerzan funciones de policía judicial podrán ordenar y practicar pruebas sin que se requiera providencia previa”.

La facultad-deber que atribuyó esta norma a la policía judicial se refería precisamente a “los casos de flagrancia” y tenía como fin el aseguramiento y la recolección de aquellos medios de convicción urgentes o de inconveniente aplazamiento que resultaran de innegable importancia para establecer y comunicar a la autoridad judicial competente la comisión de un hecho punible, y asegurar el éxito de la correspondiente investigación.

Las circunstancias modales en que se practicó la diligencia no dejaban duda de que se trataba de una indagación de verificación en orden a establecer si se estaba ante un comportamiento delictivo, y como se trataba del decomiso de una sustancia estupefaciente, las autoridades debían realizar “inmediatamente” la diligencia de identificación técnica, precisando su cantidad y peso, sin que para su evacuación fuera necesaria la presencia de un defensor, como lo pregona a posteriori el procesado, pues, de un lado, así no lo disponía la ley, y, de otro, la naturaleza del procedimiento no lo hacía viable.

El asunto no es de interpretación normativa en ejercicio de la discrecionalidad judicial, terreno hacia el cual el procesado y su defensor quieren desviar la atención

en su memorial de apelación, sino del reconocimiento de que en el caso sometido a consideración del juez procesado, existían disposiciones que fueron desatendidas caprichosamente por el acusado, las cuales llevaban a prohiar la validez del procedimiento realizado por la policía judicial en el caso del señor Capto Da Silva.

En esas condiciones, de ninguna manera podía desechar el señor Juez la prueba demostrativa de que la marihuana incautada a Capto Da Silva, arrojó un peso neto de 1.029 gramos, y que por tanto su conducta se adecuaba a la descripción típica contenida en el inciso tercero del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, sancionada con prisión de 4 a 12 años, como se le imputó en la resolución de acusación, y no en el inciso segundo del mismo precepto, como arbitrariamente lo dedujo en la sentencia sin ofrecer elemento de juicio serio, pues salvo la referencia a la “anomalía” observada en la diligencia de pesaje, no dio ninguna argumentación para soportar su tesis.

Y esa argumentación era obligatoria para el señor Juez, pues no sólo se trataba de la exclusión de una prueba fundamental, sino que el punto ya había sido objeto de amplia discusión en la investigación y siempre fue rechazado por el fiscal instructor con argumentos lógicos y razonados, como aquellos que plasmó en la resolución de acusación (fl. 225 cuaderno de anexos), respecto de los cuales se guardó completo silencio en el fallo criticado, lo cual es demostrativo de que la infundada decisión del juez implicado no fue fruto de la ignorancia o el error, sino consecuencia de un actuar conscientemente dirigido a desconocer la ley.

Ahora bien, el procesado y su defensor alegan que la acusación no podía incluir imputación por la decisión que se confirmó en segunda instancia, esto es, aquella que cobijó a Capto Da Silva, porque sobre ella nada se objetó en la parte resolutive, adquiriendo la condición de cosa juzgada y por tanto indiscutible.

En este punto, tampoco asiste razón a los impugnantes, pues el hecho de que

el Tribunal haya confirmado en la parte resolutive del fallo de segunda instancia la condena impuesta a Capto Da Silva, no significa que la misma fuese legal, pues como lo advirtió el Tribunal en esa oportunidad, la imposibilidad de reformar la pena surgió del respeto al principio de la no reformatio in pejus, porque el fiscal recurrente sólo había impugnado la absolución de Orobio Rodríguez, pero no la benigna sanción impuesta a Capto Da Silva, tal como se lee en el siguiente párrafo de la decisión:

“Como quiera que para el caso del señor Orobio Rodríguez es el Fiscal el sujeto procesal recurrente, la Sala no está atada a la limitante del artículo 31 de la [Constitución Política](#) que consagra el principio de la no reformatio in pejus, como sí ocurre respecto del otro procesado que no empece contener un error atribuible exclusivamente al juez del conocimiento, se impone la ratificación de la pena y por ende la compulsa de copias de rigor”

b. Sobre la absolución que favoreció a Jorge Orobio Rodríguez

Más perplejidad causa aún, la decisión absolutoria con la que el Juez acusado arrojó a este implicado en el caso, pues para arribar a ella desconoció elementos de juicio legal y oportunamente incorporados al expediente, apartándose así de manera manifiesta del precepto contenido en el artículo 254 del entonces vigente decreto 2700 de 1991, que le mandaba apreciar las pruebas en conjunto, exponiendo razonadamente el mérito que se les otorga a cada una de ellas, como se reseñó en la sentencia que se revisa.

En efecto, para absolver a Orobio Rodríguez, el juez CORTÉS CADENA se limitó a señalar que en su contra sólo obraba la versión que Capto Da Silva había suministrado a los agentes del DAS, pero que ella fue desmentida por el propio implicado, señalando que la misma había sido consecuencia de las presiones que lo llevaron a declarar de esa forma, a lo cual agregó que los informes de policía “carecen de valor probatorio en

contra de sindicatos”, motivo por el cual surgía una duda que favorecía a Orobio.

No obstante, como lo reseñó el Tribunal de Cundinamarca al revisar por vía de apelación la anterior determinación, en contra de Orobio Rodríguez obraba la declaración del detective Javier Londoño Torres, quien bajo juramento había ratificado la información suministrada por Capto Da Silva sobre la persona que le había entregado el “atadajo” y la motocicleta Yamaha para que, a cambio de \$50.000, se lo entregara a otro individuo que se encontraba en cercanías de la estación de servicio del barrio El Porvenir, destacando que Capto Da Silva se había mostrado temeroso de las represalias que pudiera tomar Orobio.

Igualmente, como quedó consignado en la reseña de la actuación surtida en el proceso por el tráfico de sustancias estupefacientes, y lo destacó el Tribunal de Cundinamarca en el aludido fallo de segunda instancia, en el expediente se contaba con prueba demostrativa de que bajo la misma modalidad de encomienda, Orobio Rodríguez recibió, el 16 de septiembre de 2000, un paquete marcado con la guía 016822154, que curiosamente había sido remitido por la misma persona –Horacio Ortiz- que aparecía enviando el paquete decomisado a Capto Da Silva, contentivo del estupefaciente.

La evidencia que surgía de este elemento de juicio fue tan contundente en la investigación, que en la indagatoria de Orobio Rodríguez la Fiscalía se la puso de presente, advirtiéndole que esa “circunstancia le permite a la Fiscalía formularle a usted los cargos de PRESUNTO AUTOR RESPONSABLE DE INFRACCIÓN A LA LEY 30 DE 1986”, por lo que ninguna explicación distinta a la de querer beneficiar al procesado, justifica su absoluta omisión en la sentencia cuestionada.

Tan contundentes elementos de juicio llevaron con razón al Tribunal de Cundinamarca a descartar toda credibilidad a las exculpaciones de Orobio Rodríguez, sin que ello signifique que la Sala quiere ahora sobreponer al criterio del Juez acusado, el que

esgrimió la Corporación cuando revisó por vía de apelación el fallo absolutorio, sino que en sana lógica, con el plexo probatorio que tenía a disposición, es evidente que cualquier funcionario, actuando desprevenidamente y prevalido del interés por acertar, habría emitido un fallo condenatorio y no como el aquí reprochado al procesado.

Además, basta leer la argumentación que soporta la absolución, para verificar el ostensible propósito de negar a la evidencia las consecuencias que de ella se derivaban. Así, obsérvese que a pesar de que reconoce que Orobio no negó que la motocicleta utilizada por Capto Da Silva fuera suya ni el conocimiento que tenía de este último personaje, ninguna consecuencia le otorgó a esos hechos indicadores, los que aunados a aquellos que se derivaban de las evidencias arriba mencionadas y omitidas por el juez, no dejaban duda sobre la participación de ese personaje en el delito que se juzgaba, conclusión a la cual se arribaba independientemente de que ningún valor se hubiese otorgado al informe de policía judicial, razón por la cual las alegaciones alrededor de este aspecto, no tienen para la Sala trascendencia alguna.

Esa omisión, voluntaria y consciente, de considerar en toda su extensión la prueba incriminatoria que obraba contra Orobio Rodríguez, condujo a que la absolución así decretada fuera manifiestamente contraria a la ley, porque, como ya se advirtió, la normatividad que regulaba el caso obligaba al juez a apreciar las pruebas en su conjunto, exponiendo razonadamente el mérito otorgado a cada una de ellas, según el mandato contenido en el artículo 254 del decreto 2700 de 1991.

La experiencia del Juez acusado en el ejercicio de la judicatura, su condición de Juez de Circuito, la claridad de la prueba sometida a su consideración y la motivación escueta que sustenta la decisión cuestionada, se erigen entonces en indicios claramente indicativos de que el procesado sabía que su decisión contrariaba los preceptos legales aquí mencionados, y que voluntariamente quiso su realización.

Por lo tanto, además de típica, la conducta del ex Juez acusado se revela antijurídica y culpable, pues con ella lesionó sin motivo alguno de justificación atendible el bien jurídico de la administración pública, y porque hallándose en condiciones de actuar en forma distinta, resolvió llevar adelante la acción prevaricadora, con conciencia plena de su tipicidad y antijuridicidad.

Ahora bien, en el escrito complementario a la impugnación, el procesado esgrime que cuando el Tribunal de Cundinamarca dispuso compulsar copias en su contra, se refirió exclusivamente a la conducta relacionada con el desconocimiento de la diligencia de pesaje del estupefaciente, no obstante lo cual la resolución acusatoria excedió esos parámetros para imputarle cargos por la absolución que favoreció a Jorge Orobio Rodríguez.

Para contestar la inquietud, basta señalar que independientemente de las conductas que motivaron la compulsa de copias contra el doctor CORTÉS CADENA, es en la resolución de acusación en donde se definen los cargos de acuerdo con lo que arroje la investigación, por lo que resulta completamente desatinado pretender que exista congruencia entre ambos actos judiciales, pues ello significaría darle al primero un alcance que no tiene, y desconocer lo obvio, esto es, que después de una investigación, es de esperarse que las pruebas aclaren el panorama, incluso llegando a la demostración de conductas distintas a aquellas que motivaron la compulsa de las copias.

Finalmente, encuentra la Sala que la profusa jurisprudencia reproducida por el recurrente en su alegato, no puede suplir la carencia de razones de fondo para controvertir lo decidido por el Tribunal en primera instancia, lo cual, aunado a las razones expuestas llevará a la confirmación de la sentencia condenatoria impugnada.

3. Sobre la negativa a conceder la prisión domiciliaria

Aunque los recurrentes no presentan una argumentación de fondo para

controvertir la negativa de conceder al doctor CORTÉS CADENA la prisión domiciliaria, el defensor alegó que su representado no registra antecedentes penales y que siempre ha observado buena conducta, por lo que no constituye un peligro para la comunidad, mientras que el procesado calificó de caprichosa la negativa de los subrogados.

La Sala avala las razones esgrimidas por el Tribunal para negar tanto la condena de ejecución condicional como el sustituto de la prisión domiciliaria.

El primero, porque ciertamente la pena de prisión impuesta excede el límite objetivo señalado tanto en los artículos 68 del Código Penal de 1980, vigente a la fecha de los hechos, y el artículo 63 de la Ley 599 de 2000.

La segunda, porque ya la Sala tiene decantado que el mérito de la prevención general (artículo 4º del Código Penal), al lado de los demás fines de la pena, “radica en su vocación por la paz jurídica de la comunidad, cuya garantía incumbe fundamentalmente al derecho penal, y la cual puede verse quebrantada o seriamente afectada cuando los asociados ven regresar inopinadamente a casa (así sea en detención o prisión domiciliaria) a quien, inicialmente visto y aceptado por ellos como guardián de la legalidad, después la ha vulnerado abiertamente, sin escrúpulos para acrecentar significativamente en la sociedad los males que él tenía como misión atacar. En realidad, se deja a la comunidad afectada un sabor amargo de desequilibrio en la aplicación del derecho, una sensación de apertura a la impunidad, que de pronto estimularía a otros, en medio del desconcierto, a seguir el mal ejemplo”⁴

En el presente caso, la conducta por la cual se condena al doctor ARTURO CORTÉS CADENA, es de especial gravedad, porque con las decisiones prevaricadoras se favoreció a sujetos involucrados con el tráfico de estupefacientes, de tal manera que no puede hacerse un pronóstico favorable de que el procesado no cometerá nuevos hechos punibles al permanecer en el seno comunitario, así no puedan ser ya funcionales.

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

RESUELVE:

Confirmar el fallo impugnado.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Permiso

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 sentencia 3 de septiembre de 2002, rad. 17.865.

2 Ver, entre otras, sentencias de casación del 13 de septiembre y del 26 de octubre de 2006, radicados Nos. 20.345 y 23.462, respectivamente.

3 Sentencia del 8 de noviembre de 2001, radicado 13.956

4 Sentencia de segunda instancia del 8 de julio de 2003, radicado No. 18.583.