

Proceso n.º 30193

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Aprobado Acta N° 098

Bogotá, D. C., abril siete (7) de dos mil diez (2010).

V I S T O S

De conformidad con el artículo 325 de la Ley 600 de 2000, resuelve la Sala si en el presente asunto que se adelanta en relación con el ex—Senador de la República Guillermo León Gaviria Zapata, hay lugar a disponer apertura de instrucción o a dictar auto inhibitorio, petición en este último sentido elevada por el defensor.

ANTECEDENTES FÁCTICOS

En desarrollo de la audiencia pública de juzgamiento celebrada el 10 de abril de 2007 por el Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, dentro del proceso adelantado contra Jorge Ignacio Suescún Díaz por el delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, en el cual incurrió cuando se desempeñó como Alcalde Municipal de San Jerónimo, Antioquia, actuación que culminó con sentencia condenatoria de primera instancia emitida el 14 de noviembre del ese año y que confirmó el Tribunal Superior de Antioquia el 15 de mayo de 2008, el nombrado condenado denunció al ex—Senador de la República Guillermo León Gaviria Zapata por la persecución política que emprendió en su

contra con su jefe político César Pérez García, en razón de no haber accedido durante su mandato, comprendido entre el 1º de enero de 2004 hasta el 3 de diciembre de 2006, a “...darle un treinta por ciento de la nómina, todos los contratos de obras públicas y como si fuera poco había que darle el diez por ciento de los dineros que él consiguiera en Bogotá como Senador...”

La anterior noticia criminosa fue puesta en conocimiento de esta Corporación por el Juez Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, mediante oficio del 1º de julio de 2008, remitiendo copia del acta del debate público, y de los fallos de 1º y 2º grado antes mencionados¹.

RELACIÓN PROCESAL

1. Con el propósito de establecer el fundamento de los episodios antes descritos, en primer término se obtuvo el certificado expedido por el Sub—Secretario General del Senado de la República² sobre la elección de Guillermo León Gaviria Zapata como miembro de ese organismo para los períodos constitucionales 2002-2006 y 2006-2010, y sobre el desempeño de dicho cargo durante el último lapso, desde el 20 de julio de 2006 hasta el 19 de agosto de 2008, cuando presentó y le fue aceptada la renuncia en sesión plenaria de la última fecha³.

2. Al carecer de investidura congresional el ciudadano Gaviria Zapata, su defensor solicitó la remisión del expediente a la Fiscalía General de la Nación, petición que respondió la Sala en auto del 27 de octubre de 2008⁴ en la siguiente forma:

“Luego la conclusión que se impone es que a pesar de no tener el imputado la calidad de Senador de la República, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es la competente para cumplir las funciones de investigación y juzgamiento de dicho ex parlamentario, dado que la conducta que se le atribuye guarda relación con algunas de las

funciones propias del cargo, previstas para estos funcionarios públicos en la ley (artículo 283, numerales 6° y 8 de la Ley 5ª de 1992), razón por la cual no es atendible la petición del defensor de remitir este asunto a la Fiscalía General de la Nación”.

3. En la misma providencia se dispuso la apertura de investigación previa en cuyo desarrollo el material probatorio obtenido está integrado por:

* La fotocopia del formulario de la Registraduría Nacional del Estado Civil E—6 AG correspondiente al Acta de Inscripción y Constancia de aceptación de candidatos a Alcalde del Municipio de San Jerónimo, Antioquia, para el período 2004-2007, suscrita por Jorge Ignacio Suescún Díaz, en representación del Movimiento Nacional Progresista, y el respectivo aval, y reproducción del acto de elección en sí mismo⁵.

* La fotocopia del formulario de la Registraduría Nacional del Estado Civil E—6 alusivo al Acta de Inscripción y Constancia de aceptación de candidatos al Senado de la República para el período 2002-2006, de la lista encabezada por Guillermo León Gaviria Zapata, en representación del Partido Liberal Colombiano y contando con el aval respectivo, en la cual aparecen como inscriptores César Pérez García, entre otras personas⁶, y además, copia de la declaratoria de la elección a dicho organismo realizada por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

* El testimonio de Jorge Ignacio Suescún Díaz⁷ refiriendo que en el año 2003, cuando él aspiraba a ser Alcalde del Municipio de San Jerónimo, conoció a Guillermo León Gaviria

Zapata con quien conformó un grupo político, liderado por César Pérez, sin embargo, en noviembre de ese año, una vez fue elegido, al proponerle el ex—congresista inicialmente mencionado que nombrara a algunas personas cercanas a él en las Secretarías Municipales, él se negó a complacerlo argumentando que la selección de dichos funcionarios sería de su exclusiva incumbencia. No dio información sobre el lugar en donde ocurrió tal encuentro por haberlo olvidado, tan solo anotó que su único interlocutor había sido Gaviria Zapata.

La desatención al señalado pedimento burocrático generó distanciamiento inmediato entre el testigo y el imputado, quien a partir de ese momento emprendió en su contra persecución política anunciando que iba a hacer todo lo posible para obstaculizarle el ejercicio del cargo de Alcalde y que no iba a descansar en paz hasta no verlo sancionado por la Procuraduría General de la Nación e interno en una cárcel, manifestaciones éstas de las cuales Suescún Díaz se enteró por murmullos que circularon en San Jerónimo, pues en ningún momento el ex—Senador se las comunicó personalmente.

Interrogado por las incriminaciones que hizo al ex—Congresista Gaviria Zapata durante la audiencia de juzgamiento celebrada en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia dentro del proceso adelantado en su contra, ratificó, en términos generales, la persecución política promovida por éste en su contra, traducida en la vigilancia de todas sus actuaciones oficiales realizada por los seguidores del exsenador, con el fin de obstaculizarle el cumplimiento del mandato popular y promover acciones públicas investigativas, según se enteró a través de los murmullos que circulaban por el edificio municipal de San Jerónimo. Adicionalmente descartó que el aforado le hubiera exigido dinero o participación en los contratos a celebrar por la Administración Municipal; o que le hubiera entregado hojas de vida con pretensión de nominación; o que hubiera gestionado recursos del Presupuesto Nacional para el nombrado ente territorial, dado que la aproximación política que tuvieron expiró en los mismos días en que él fue

elegido Alcalde, es decir, en noviembre de 2003.

* Durante la inspección judicial practicada a la Oficina de Recursos Humanos de la Alcaldía Municipal de San Jerónimo, Antioquia, previa consulta de la hoja de vida de Jorge Ignacio Suescún Díaz, se estableció que desempeñó el cargo de Alcalde desde el 1º de enero de 2004 hasta el 3 de diciembre de 2006, cuando se ejecutó la sanción de destitución e inhabilidad general por diez años que le impuso la Procuraduría Provincial del Valle de Aburrá mediante Resolución N° 18 del 27 de noviembre de 2006.

En la Secretaría de Hacienda del Municipio acabado de mencionar se inspeccionaron los documentos atinentes a los presupuestos aprobados para los años 2004 a 2006 y a través de ellos se pudo establecer que ingresaron recursos ordinarios del presupuesto nacional, mediante traslado, provenientes del: (i) Sisben, Sistema de identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales; (ii) Etesa, Entidad Territorial para la Salud; (iii) SGP, Sistema General de Participaciones, con destino a la educación, salud, alimentación escolar, recreación y deportes, y cultura; (iv) Fosyga Salud, Fondo de Solidaridad y Garantías; (v) ICBF, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para la alimentación escolar y ayuda integral del joven (vi) Faep, Fondo de Estabilización Petrolera; (vii) Convenio Apoyo Eventos Culturales; y (viii) Convenio Fiestas del Túnel y del Turismo¹⁰.

* En el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia fue inspeccionado el proceso con Radicación N° 05-042-31-89-001-2006-00208 adelantado contra Jorge Ignacio Suescun Díaz, por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

De este plenario vale la pena destacar que se inició con base en la denuncia formulada el 6 de marzo de 2006 por Guillermo León Gaviria Zapata¹¹ cuando se desempeñaba como Senador de la República, ante la Fiscalía Vigésima Quinta Delegada de Medellín¹², poniendo en conocimiento la apropiación por parte de José Ignacio Suescún Díaz de la suma de \$3'469.498, representada en un título de depósito judicial constituido por el Municipio de San Jerónimo y cuyo pago fue ordenado por la oficina competente a favor de dicha persona jurídica de carácter público, instrumento que asegura hizo efectivo el nombrado burgomaestre el 12 de noviembre de 2004, en el Banco Agrario de Santa Fe de Antioquia. Posteriormente suministró más información sobre el mismo acontecimiento a la Fiscalía 63 de Medellín, Unidad de Delitos contra la Administración Pública y la Administración de Justicia, oficina que al haberle correspondido por reparto la noticia criminal le recibió ampliación el 4 de septiembre de 2006 y un oficio calendado el 11 de septiembre del mismo año¹³.

Este episodio fue comunicado por el denunciante al Contralor General de Antioquia el 24 de febrero de 2006; y con respecto a tal suceso ejerció el derecho de petición el 21 de febrero siguiente ante el Gerente del Banco Agrario de Santa Fe de Antioquia, el Alcalde de San Jerónimo Jorge Ignacio Suescún Díaz y el Juez Promiscuo del Circuito de esa población¹⁴.

Jorge Ignacio Suescún Díaz durante su indagatoria¹⁵ si bien es cierto admitió la disposición del mencionado título de depósito judicial, explicó que destinó el valor cobrado por este medio, previa la celebración del contrato respectivo, a la reparación de una maquinaria del municipio de San Jerónimo, necesaria para la realización de una obra pública urgente, diligencia en la cual aludió tangencialmente a la persecución política emprendida en su contra por Guillermo León Gaviria Zapata y que reiteró en posterior ampliación de injurada¹⁶.

La actuación examinada concluyó con fallo condenatorio de primera instancia

pronunciado el 14 de noviembre de 2007, mediante el cual fue declarado José Ignacio Suescún Díaz responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, cuya confirmación produjo el Tribunal Superior de Antioquia, Sala Penal, el 15 de mayo de 2008¹⁷.

También fue encontrada dentro del proceso penal inspeccionado la Resolución N° 18 del 27 de noviembre de 2006, proferida por la Procuraduría Provincial del Valle de Aburrá, radicado No. 136-7002-06, imponiéndole al disciplinado Jorge Ignacio Suescún Díaz sanción de destitución e inhabilidad general por el término de diez años por los mismos sucesos sancionados penalmente, ya referidos, y de la providencia confirmatoria de segunda instancia dictada por la Procuraduría Regional de Antioquia el 15 de marzo de 2006.

4. Por su parte el defensor del ex—congresista denunciado allegó los documentos enunciados a continuación:

* El Director de Inversiones y Finanzas Públicas del Departamento de Planeación Nacional en oficio N° 20082600682091 del 13 de noviembre de 2008¹⁸, dirigido al ex—congresista imputado, explica que la asignación de recursos del Presupuesto General de la Nación a las entidades territoriales se hace, en primer término, mediante transferencia, en desarrollo de los artículos 151, 288, 356 y 357 de la Carta Fundamental, y constituyen el Sistema General de Participaciones, SGP; y en segundo lugar, se hacen apropiaciones a nivel de proyectos de inversión, los cuales, en cumplimiento del artículo 68 del Estatuto Orgánico del Presupuesto requieren estar inscritos y viabilizados en el Banco de Programas y Proyectos de Inversión Nacional, BPIN, para poder ser ejecutados.

A continuación asevera que previa consulta a la Dirección de Desarrollo Territorial

Sostenible, DDTS, confirmó la transferencia de recursos al Municipio de San Jerónimo, Antioquia, a través del Sistema General de Participaciones, en los años 2004 a 2007, con destino a educación, salud, propósitos generales (libre destinación, agua potable, deporte, cultura, libre inversión y Fonpet¹⁹) y alimentación escolar.

A través del Sistema Integrado de Información Financiera, SIIF, la oficina citada verificó que al municipio de San Jerónimo no se le asignaron recursos para proyectos de inversión; por intermedio del BPIN estableció la inexistencia de proyectos de inversión con apropiaciones del Presupuesto General de la Nación, cuyo beneficiario exclusivo hubiese sido dicho ente territorial; y logró conocer que tampoco el Fondo Nacional de Regalías le financió proyectos de los mencionados.

* El Alcalde Municipal de San Jerónimo en oficio N° 200.19.03 del 10 de febrero de 2009²⁰, informa que previa revisión de los contratos celebrados con imputación a las vigencias presupuestales de 2004 a 2007 estableció que no intervinieron en ellos contratistas con vínculos de parentesco o empresarial con el ex—congresista Guillermo León Gaviria Zapata.

* El Secretario de la Comisión Cuarta Constitucional Permanente del Senado de la República, según oficio N° 0682 del 9 de febrero de 2009²¹, señala que no encontró solicitud alguna realizada por el ex—congresista Guillermo León Gaviria Zapata, de asignación o traslados presupuestales al municipio de San Jerónimo.

ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

Estima que se debe proferir auto inhibitorio en razón de la inexistencia de conducta punible

alguna, en cuanto se demostró que esta actuación tuvo origen en las “afirmaciones calumniosas” de Jorge Ignacio Suescún Díaz vertidas en contra del ex—Senador Guillermo León Gaviria Zapata en el curso de la audiencia de juzgamiento celebrada dentro del proceso penal que le adelantó el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, finiquitado con sentencia condenatoria, y cuya confección tuvo origen en la denuncia formalmente presentada por su poderdante.

Además, porque así lo indican las certificaciones provenientes del Departamento de Planeación Nacional y del Ministerio de Hacienda sobre la ausencia de destinación de recursos del orden nacional para el Municipio de San Jerónimo, durante el tiempo que se desempeñó como Alcalde Suescún Díaz, y sobre la inactividad del nombrado ex—Congresista en dicho sentido.

En apoyo de su planteamiento el letrado acude al testimonio rendido por el burgomaestre mencionado en cuanto expresó que Guillermo León Gaviria Zapata no intervino durante su mandato, ni en la contratación administrativa, ni en los nombramientos del nivel municipal, dado que la relación que existió entre ellos expiró cuando el primero fue elegido Alcalde en noviembre de 2003.

CONSIDERACIONES

1. La Corte es competente para conocer del presente asunto por cuanto se acreditó que el ciudadano Guillermo León Gaviria Zapata fue elegido Senador de la República para los períodos constitucionales 2002-2006 y 2006-2010²², cargo del cual tomó posesión, durante el último lapso, el 20 de julio de 2006 y desempeñó hasta el 19 de agosto de 2008 cuando renunció a la investidura congresional, y además, porque los hechos que de él se predicen fueron realizados en ejercicio de sus funciones, posición que se asume de conformidad con los artículos 235-3 de la Carta Política y 75-7 de la Ley 600 de 2000.

2. El artículo 327 del Código de Procedimiento Penal de 2000 establece que la resolución inhibitoria procede cuando el funcionario judicial advierta que (i) no ha tenido realización la conducta puesta en conocimiento de la jurisdicción, (ii) o que pese a haber tenido ocurrencia es atípica, (iii) o que la acción penal no puede iniciarse, (iv) o que está demostrada una causal de ausencia de responsabilidad.

3. En criterio de la Sala, con relación a dos de los comportamientos objeto de esta averiguación, a saber: la exigencia de Guillermo León Gaviria Zapata en su calidad de Senador de la República, a Jorge Ignacio Suescún Díaz cuando fue nombrado Alcalde del Municipio de San Jerónimo, del pago de un porcentaje indeterminado de todos los contratos de obra pública que celebrara el burgomaestre y de un 10% de los dineros gestionados en Bogotá por el ex—congresista para dicho ente territorial, es suficiente el material probatorio recaudado en esta fase preprocesal para afirmar la configuración del supuesto enunciado en el literal (i), en cuanto se logró establecer que Guillermo León Gaviria Zapata no hizo al nombrado ex—Alcalde las exigencias económicas por éste descritas, tendientes a afectar los recursos presupuestales de dicho ente territorial.

Así se infiere de la secuencia fáctica que se pasa a describir:

3.1. Los episodios objeto de averiguación se remontan al año 2003 cuando Guillermo León Gaviria Zapata fungía como Senador de la República en representación del Partido Liberal de Colombia y convino con Jorge Ignacio Suescún Díaz, quien contaba con el aval del Movimiento Nacional Progresista, la conformación de un equipo de trabajo para lograr que éste fuera elegido Alcalde Municipal de San Jerónimo, Antioquia, para el período 2004-2007, relación que se rompió en noviembre de 2003 cuando el recién elegido burgomaestre se negó a darle al congresista una cuota burocrática en el Gabinete Municipal que debía conformar a partir del 1º de enero de 2004.

3.2. Este distanciamiento muy probablemente incidió en la actitud vigilante asumida por los seguidores del ex—Senador Guillermo León Gaviria Zapata en relación con el comportamiento oficial de Jorge Ignacio Suescún Díaz y que conllevó a que con el transcurso del tiempo, más exactamente el 6 de marzo de 2006, el ex—Congresista lo denunciara ante la Fiscalía Vigésima Quinta Seccional de Medellín por sucesos presuntamente constitutivos de un delito contra la administración municipal de San Jerónimo, ocurridos en noviembre de 2004, cuya investigación y juzgamiento concluyó con el pronunciamiento de la sentencia de primer grado proferida por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia el 14 de noviembre de 2007, confirmada por el Tribunal Superior de Antioquia el 15 de mayo de 2008, y mediante las cuales le fue impuesta condena por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

3.3. Y fue en desarrollo de dicha actuación, específicamente el 10 de abril de 2007, en el curso de la audiencia de juzgamiento, que Jorge Ignacio Suescún Díaz se refirió por primera vez a la forma “mezquina y politiquera” como Guillermo León Gaviria Zapata lo denunció penalmente por haberse negado a darle una participación del 30% de la nómina del Municipio de San Jerónimo, del 10% de los recursos públicos que él gestionara en Bogotá con destino al citado ente territorial y en una proporción indeterminada de todos los contratos de obra pública, información ésta que conllevó a la compulsación de copias para el inicio de esta actuación.

3.4. Sin embargo, en el curso de la presente indagación previa, al ser interrogado Jorge Ignacio Suescún Díaz concretamente, bajo la gravedad del juramento, por las anteriores incriminaciones, se abstuvo de convalidarlas y, por el contrario, negó que el congresista le hubiera hecho exigencias ilícitas en materia contractual o presupuestal. Únicamente se refirió a la alianza estratégica de carácter político convenida con Guillermo León Gaviria Zapata y sus correligionarios, al rompimiento de ésta en noviembre de 2003 tan pronto él fue elegido Alcalde Municipal por

haberse negado a darle participación en la conformación de su gabinete municipal y a la persecución política emprendida por el ex—Congresista en su contra en retaliación por el rechazo de la propuesta de reparto burocrático que le hiciera.

3.5. Durante la inspección judicial²³ practicada en la Secretaría de Hacienda del Municipio de San Jerónimo y, específicamente, a raíz del análisis de los ingresos del Presupuesto Municipal correspondiente a los años 2004 a 2006 —es decir, durante el tiempo que duró el mandato popular de Jorge Ignacio Suescún Díaz, según se estableció a través de su hoja de vida que reposa en la Oficina de Recursos Humanos—, se comprobó que los recursos del Presupuesto General de la Nación asignados mediante transferencia al citado ente territorial, provinieron del Sistema General de Participaciones y se destinaron a educación, salud, alimentación escolar, cultura, deporte y otras necesidades comunitarias, es decir, fueron administrados en la forma señalada por los artículos 356 y 357 de la Constitución Política, actividad en la cual, por lo tanto, no pudo haber tenido injerencia alguna Guillermo León Gaviria Zapata.

3.6. También se logró conocer, a través del oficio N° 20082600682091 del 13 de noviembre de 2008 del Director de Inversiones y Finanzas Públicas del Departamento de Planeación Nacional, que al Municipio de San Jerónimo no se le asignaron recursos para proyectos de inversión que hubiesen sido financiados con recursos del Presupuesto Nacional o el Fondo Nacional de Regalías, información que confirmó el Secretario de la Comisión Cuarta Constitucional Permanente del Senado de la República en oficio N° 0682 del 9 de febrero de 2009, al verificar la inexistencia de solicitudes de asignación o traslados presupuestales con destino al Municipio de San Jerónimo, gestionados por el ex—congresista imputado

4. Conforme a las anteriores premisas la Sala considera que la denuncia realizada en contra de Guillermo León Gaviria Zapata por Jorge Ignacio Suescún Díaz,

libre de juramento, durante la audiencia de juzgamiento celebrada dentro del proceso penal seguido en su contra y que originó esta actuación, refleja fundamentalmente su contrariedad ante al progreso del trámite procesal promovido por Guillermo León Gaviria Zapata en su contra, pero que se abstuvo de convalidar cuando fue interrogado, bajo juramento, dentro de esta averiguación, en cuanto a la delictual injerencia del aforado en los asuntos contractuales y presupuestales del Municipio de San Jerónimo, luego con base en aquella inicial incriminación no es posible iniciar investigación alguna; hacerlo, implicaría desconocer que el derecho penal sólo opera ante la presunta existencia de comportamientos que vulneren o pongan en peligro bienes jurídicos amparados por el Estado.

5. De otra parte, la Sala considera que respecto de la solicitud que dice Jorge Ignacio Suescún Díaz le hizo Guillermo León Gaviria Zapata de "...darle un treinta por ciento de la nómina del Municipio de San Jerónimo...", en opinión de la Sala, también procede decisión inhibitoria en razón de la configuración del evento descrito anteriormente en el literal (ii), es decir, que no obstante haber tenido ocurrencia tal suceso, carece de tipicidad.

5.1. Lo anterior por cuanto si bien es cierto el contexto fáctico en el cual se desarrollaron los hechos averiguados indica que Guillermo León Gaviria Zapata y Jorge Ignacio Suescún Díaz se aliaron estratégicamente, a pesar de pertenecer a facciones políticas diferentes, con el fin de que éste fuera elegido Alcalde del Municipio de San Jerónimo en el año 2003; que el primero le propuso al burgomaestre le nombrara las personas por él recomendadas en algunas Secretarías Municipales, en compensación por el respaldo político que le había dado para el logro de dicha meta; y que el rechazo de tal solicitud provocó el rompimiento de dicha relación en noviembre de 2003, cuando apenas se conocía el resultado de esas elecciones y aún no se había posesionado en la Alcaldía de San Jerónimo Jorge Ignacio Suescún Díaz, también es verdad que el ex—congresista no entregó hojas de vida a Jorge Ignacio Suescún Díaz de las personas

que aspiraba integraran el gabinete municipal, no lo intimidó para que accediera a su solicitud, tampoco le expresó las consecuencias de su negativa, se limitó, según afirma el deponente Suescún Díaz, a dejar de tratarlo cordialmente como lo venía haciendo y a poner a circular la especie de que lo iba a perseguir políticamente para obstaculizarle el cumplimiento del mandato popular y para que fuera privado de la libertad, esto último, sin que hubiera sido demostrado, pues el deponente señaló como fuente de esta información los murmullos que circularon en su sede laboral oficial.

5.2. Los supuestos de hecho antes señalados y la liberalidad y rapidez con las cuales Jorge Ignacio Suescún Díaz expresó al ex—Congresista Gaviria Zapata que no accedería a su propuesta, a pesar de haber contribuido a su campaña electoral, permite inferir con facilidad que ésta no le generó ningún temor.

En tales condiciones, no es posible adecuar el comportamiento examinado al delito de concusión, así contemplado en el artículo 404 de la Ley 599 de 2000,

“El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite...”,

dado que con las múltiples pesquisas hasta ahora realizadas no se obtuvo la demostración de uno de sus elementos estructurales, el denominado por la doctrina como “metus publicae potestatis”, y así definido por esta Sala:

“...es el temor derivado de fuerza física o moral (constreñimiento) que infunde el funcionario en razón de su investidura oficial o por la inducción a entregar determinada dádiva”²⁴.

5.3. Al tema se ha referido la Corte en su jurisprudencia, en los siguientes términos:

“Dicha solicitud debe ser inequívoca, pues no toda expresión o comportamiento del funcionario pueden ser tomados como delictuosos. No debe quedar duda, por decirlo de otra forma, acerca de la pretensión del funcionario de poner en venta su propia función o cargo mediante el ofrecimiento directo, y sin necesidad de acudir al ardid o a las amenazas.

“Es importante señalar finalmente que, en tratándose de una cualquiera de dichas formas de exteriorizar la exigencia, debe permanecer subyacente el denominado *metus publicae potestatis* como elemento subjetivo predicable de la víctima. De modo que, si la investidura carece de la capacidad de persuadirla, en el sentido de no llegar a comprender fácilmente que no tiene otra alternativa que ceder a la ilegal exacción o asumir los perjuicios derivados de su negativa, la conducta no alcanza configuración”²⁵.

5.4. La ausencia de acreditación del elemento integrante de la concusión antes reseñado, permite afirmar la atipicidad relativa del comportamiento en referencia y torna improcedente la apertura de investigación penal por tal evento.

6. En conclusión: con base en las razones expuestas la Sala estima que al haberse logrado demostrar plenamente que dos de los hechos cuya denuncia suscitó el inicio de esta instrucción no han tenido existencia, y que el restante y analizado en el numeral inmediatamente anterior es parcialmente atípico, se impone la aplicación del artículo 327 del Código de Procedimiento Penal que contempla la posibilidad de proferir decisión inhibitoria, luego se accederá a la decisión inhibitoria reclamada por la defensa en razón de la fundamentación de la misma.

7. Es necesario advertir que si con posterioridad aparecen nuevas pruebas que desvirtúen los fundamentos que aquí se exponen, la Corte podrá revocar esta providencia en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 328 del Código de

Procedimiento Penal de 2000.

A mérito de lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA;

R E S U E L V E :

1. INHIBIRSE de abrir investigación penal en contra del ex—Senador de la República Guillermo León Gaviria Zapata, por los hechos relacionados al inicio de esta providencia.
2. ADVERTIR que contra esta decisión procede el recurso de reposición. Y,
3. ARCHIVAR el expediente, en firme este auto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria.

- 1 C. orig. N° 1, fols. 1-46.
- 2 C. orig. N° 1, fol. 59.
- 3 C. orig. N° 1, fols. 60-61.
- 4 C. orig. N° 1 de la Corte, fols. 63-76.
- 5 C. orig. N° 1, fols. 89-92.
- 6 C. orig. N° 1, fol. 93-95.
- 7 Registrado en disco compacto que forma parte de esta actuación y las notas civiles generales el acta obrante a los folios 212 y 213.
- 8 C. orig. N° 1, fols. 230, 231 y 233.
- 9 C. orig. N° 1, fols. 242-243.
- 10 C. orig. N° 1, fols. 214-229.
- 11 C. orig. N° 1, fols. 247-250.
- 12 C. orig. N° 1, fols. 247-250.
- 13 C. orig. N° 1, fols. 2640-265.
- 14 C. orig. N° 1, fols. 251-254.
- 15 C. orig. N° 1, fols. 255-259.
- 16 C. orig. N° 1, fols. 266-268.

17 C. orig. N° 1, fols. 6-46.

18 C. orig. N° 1, fols. 86-88.

19 Fue creado a través de la Ley 549 de 1999, por la cual se crea el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales – FONPET – que es un sistema de ahorro obligatorio que tiene por objeto recaudar recursos para que las Entidades Territoriales cubran sus pasivos pensionales.

20 C. orig. N° 1, fol. 105.

21 C. orig. N° 1, fol. 106.

22 C. orig. N° 1, fol. 42.

23 C. orig. N° 1, fols. 214-229.

24 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto del 4 de marzo de 2009, Radicado N° 28.203.

25 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 2 de julio de 2008, Radicado N° 28.150. En el mismo sentido el Auto del 29 de septiembre de 2008, Radicado N° 29.659.