

Proceso No 31151

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Aprobado acta N° 209

Bogotá, D. C., ocho (8) de julio de dos mil nueve (2009).

V I S T O S

La Corte resuelve el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado JAIRO ALCIDES MOTAVITA JOYA, en contra del fallo de primera instancia del 23 de octubre de 2008, proferido por el Tribunal Superior de Villavicencio.

HECHOS

La señora Gloria Esperanza Velásquez Ortiz denunció ante la Fiscalía General de la Nación al doctor JAIRO ALCIDES MOTAVITA JOYA, Juez Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare, puesto que a través del fallo del 19 de diciembre de 2002, emitido dentro del proceso adelantado por el comportamiento punible de rebelión en contra de John Alexander Tobón Rey, radicado bajo el No. 20020025600, le concedió rebajas punitivas por sentencia anticipada y confesión -sin que se dieran los presupuestos para ello- las cuales fueron revocadas por el ad-quem. Agregó que el funcionario judicial fue denunciado por el secretario de su despacho por haber recibido la suma de \$20.000.000 en razón a la decisión adoptada en dicha causa.

La investigación determinó que, para justificar la rebaja por sentencia anticipada, el juez MOTAVITA JOYA, a través de determinación del 18 de octubre de 2002, admitió el decreto y práctica de pruebas solicitados de manera extemporánea por la defensa en la audiencia preparatoria.

ANTECEDENTES PROCESALES

La denuncia instaurada por Gloria Esperanza Velásquez Ortiz el 3 de noviembre de 2004, le permitió a la Fiscalía Segunda de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Villavicencio abrir investigación previa, mediante resolución del 19 de noviembre de 2004. A su turno, la gestión probatoria realizada en dicha etapa procesal justificó la apertura de formal investigación en contra de JAIRO ALCIDES MOTAVITA JOYA, a través de resolución del 20 de mayo de 2005, por la conducta punible de prevaricato por acción. Fue así que MOTAVITA JOYA fue vinculado a través de indagatoria el 11 de julio de 2005.

La investigación fue clausurada el 26 de octubre de 2005, y el 23 de noviembre siguiente JAIRO ALCIDES MOTAVITA JOYA fue afectado con resolución de acusación “por el delito de prevaricato por acción, descrito en el artículo 413 del Código Penal, con la circunstancia de agravación enunciada en el artículo 414 Bis.” La anterior determinación fue apelada por el defensor del procesado y confirmada por la Unidad de Fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia en resolución del 27 de febrero de 2006.

En firme la resolución de acusación, la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio corrió el traslado previsto en el artículo 400 del Código de Procedimiento Penal de 2000. A través de decisión del 29 de septiembre de 2006, el Tribunal de Villavicencio fijó fecha para la celebración de la audiencia preparatoria, diligencia que tuvo lugar el 13 de febrero de 2007. En ella se denegaron las pruebas

solicitadas por el defensor del procesado, al tiempo que la Corporación se abstuvo de disponer de manera oficiosa la práctica de pruebas. El defensor del acusado apeló la decisión del Tribunal que denegó la práctica de pruebas, la cual fue confirmada por esta Sala en auto del 14 de marzo de 2007.

La audiencia pública de juzgamiento se celebró el 12 de junio de 2007 y a través de sentencia de primera instancia del 23 de octubre de 2008, el Tribunal Superior de Villavicencio condenó a JAIRO ALCIDES MOTAVITA JOYA a las penas principales de 59 meses de prisión, multa de 104 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de 102 meses, como autor del comportamiento punible de prevaricato por acción agravado (artículos 413 y 415 del Código Penal), al tiempo que le concedió la prisión domiciliaria.

El procesado apeló la decisión condenatoria y su defensor sustentó el recurso de manera oportuna.

LA IMPUGNACIÓN

El defensor del procesado MOTAVITA JOYA ofrece, de manera principal, tres argumentos de censura:

i) A través del primero explica que la decisión del funcionario judicial, por medio de la cual dispuso el decreto y práctica de los testimonios de Julio Jiménez Romero y Hernando Ríos, fue legal, pues estuvo rodeada de todas las garantías y, además, no fue objetada por la fiscalía ni por el Ministerio Público; ii) En segundo lugar, señala que al conceder la rebaja por sentencia anticipada obró en error invencible, dado su desconocimiento e inexperiencia en temas penales; iii) Por último, aduce que la rebaja por confesión estuvo legalmente justificada, de manera que si el fallador de segundo grado la revocó, ello no es más que una diferencia de criterios, la cual no comporta

responsabilidad penal.

Por todo lo anterior, el impugnante solicita que se revoque la decisión de primer grado y, en su lugar, se absuelva al procesado MOTAVITA JOYA.

De manera subsidiaria, el recurrente solicita se redosifique la pena de prisión por razón de la incongruencia entre la acusación y el fallo, así como la de multa por estimarla exagerada, al tiempo que pide se aclare el monto de la multa y se revoque la orden de captura emitida por el Tribunal.

El recurrente inicia por recordar que para el fallador de primer grado la ilegalidad en la actuación de JAIRO ALCIDES MOTAVITA JOYA, en su condición de Juez Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare, consistió en que éste, en el fallo proferido contra John Alexander Tobón Rey, omitió la agravación del delito de rebelión de que trata el artículo 470-c del Código Penal y le concedió, de manera indebida, las rebajas por confesión y sentencia anticipada.

i) Enseguida, el recurrente sostiene que los testimonios de Julio Jiménez Romero y Hernando Ríos, los cuales justificaron la eliminación de la aludida agravante para el punible de rebelión y permitieron la rebaja por sentencia anticipada, fueron decretados en la audiencia preparatoria por el juez de la causa, a través de decisión que fue notificada en estrados a la fiscalía y al representante del Ministerio Público, quienes no la objetaron y, más aún, intervinieron en su práctica en la audiencia pública.

“De esta manera -asegura el impugnante- el juez director de esa audiencia cumplió los principios de necesidad, contradicción y publicidad de las pruebas”, según lo disponen los artículos 232, 236, 237 y 238 de la Ley 600 de 2000, y actuó conforme la obligación de investigar tanto la favorable como lo desfavorable a los intereses del procesado.

Agrega que las pruebas cuestionadas no eran ilegales, pues fueron decretadas por la fiscalía en la etapa de instrucción, fueron pedidas por el defensor del procesado al descorrer el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000 y, además, “porque no fueron pruebas reservadas, o decretadas y practicadas a puerta cerrada, sino con pleno conocimiento de todos los sujetos procesales... en tales condiciones no puede hablarse jamás de ilegalidad en estos elementos probatorios”, por manera que -insiste- eran pruebas idóneas para excluir la imputación de la causal de agravación del delito de rebelión.

Aduce el impugnante que si el decreto y práctica de tales testimonios, por parte del juez MOTAVITA JOYA, fuese ilegal, entonces tanto el fiscal como el representante de la Procuraduría fueron sus cómplices, pues cohonestaron la irregular decisión. Critica la actitud pasiva de estos sujetos procesales y subraya la equivocación del Procurador Judicial quien, al apelar el fallo, pidió la revocatoria de la condena, cuando en realidad su inconformidad radicaba en la errónea concesión de rebajas punitivas.

Aduce que como el fiscal y el procurador avalaron la práctica de las declaraciones, ello permite afirmar que éstas no se incorporaron de manera ilegal, injustificada o sorpresiva, motivo por cual el sentenciador de primer grado se equivocó al excluirlas de apreciación por ilegal aducción.

El apelante admite que la actuación del MOTAVITA JOYA, al conceder la rebaja punitiva de una tercera parte por razón de la sentencia anticipada (según el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal, pudo ser “un poco equivocada por cuestiones de interpretación”, pero -asegura- “lo hizo plenamente convencido de que podía hacer esa rebaja aún sin tratarse de un procedimiento abreviado, sino simplemente como culminación del procedimiento ordinario y porque desde el punto de vista constitucional consideró que la rebaja de pena era procedente sin retrotraer la actuación a los estadios de la sentencia anticipada, y esa fue la explicación que dio el Dr. MOTAVITA en su

diligencia de indagatoria”.

Fue en ese aspecto de la rebaja de pena “donde el funcionario se equivocó de buena fe, pero no en el aspecto del juicio de reproche penal, porque de todas maneras impartió condena contra el guerrillero”, e insiste en que la concesión de la rebaja “la hizo como una forma de aplicación de los principios de equidad e igualdad, y sin ánimo de favorecer al ajusticiado”, como –según dice el recurrente– sí lo favoreció el Tribunal de San Gil al resolver el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, puesto que le concedió al procesado la rebaja por trabajo y estudio, lo que –unido a la demora para resolver el recurso– dio lugar a la libertad provisional. Dice que de haber querido el juez MOTAVITA JOYA favorecer al procesado, hubiera decretado una nulidad con el fin de obtener la libertad provisional por razón del vencimiento de términos.

ii) Por otra parte, el recurrente sostiene que el procesado JAIRO ALCIDES MOTAVITA JOYA, al conceder la rebaja del artículo 40 del Código de Procedimiento Penal sin que mediara una petición de sentencia anticipada, obró en error invencible, lo cual lo excluye de responsabilidad penal. En apoyo de la anterior afirmación, explica que aquél no contaba con especialización en derecho penal, ni había podido asistir a cursos de actualización y que, como juez promiscuo, debía despachar asuntos del área civil y de familia, todo lo cual lo condujo a interpretar erradamente la norma penal.

iii) Por último, en lo que tiene que ver con la indebida rebaja por confesión, el impugnante manifiesta que el entonces procesado por rebelión, John Alexander Tobón Rey, tenía derecho a ella puesto que desde el momento de su captura, la cual –según asegura– no fue producida en flagrancia, admitió pertenecer al grupo subversivo y dicha manifestación, junto a otros elementos de juicio, fue el sustento de la condena. Y si para conceder la rebaja por confesión el juez MOTAVITA JOYA se equivocó, dicho error fue el producto de un criterio diferente, que no entraña violación a la ley penal.

De manera subsidiaria, el apelante solicita se redosifique la pena de prisión, toda vez que la resolución de acusación imputó el delito de rebelión, agravado por la circunstancia prevista en el artículo 414b, norma que no existe en el Código Penal; no obstante, el fallador de primer grado la tomó como si se tratara de aquella prevista en el 415, circunstancia que viola el principio de congruencia entre la acusación y el fallo.

Respecto de la multa, pide que se redosifique su monto por estimar que es exagerado, pues, según dice, el procesado no cuenta con trabajo, y solicita al sentenciador de segunda instancia haga claridad acerca de si su cuantía está fijada en salarios mínimos vigentes al 19 de diciembre de 2002.

Para terminar la petición subsidiaria, requiere que se revoque la orden de captura proferida por el Tribunal en contra de JAIRO ALCIDES MOTAVITA JOYA, toda vez que a éste se le concedió la prisión domiciliaria, por cuanto siempre se mostró dispuesto a presentarse ante la autoridad judicial.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Sea lo primero precisar que a la Sala le corresponde desatar el recurso de apelación interpuesto, de acuerdo con la competencia que le asigna el numeral 3 del artículo 75 de la Ley 600 de 2000, toda vez que la sentencia de primer grado fue proferida, en este caso, por el Tribunal Superior del Distrito de Villavicencio como fallador de primer grado, tal como lo prevé el numeral 2 del artículo 76 del mismo estatuto.
2. El primer argumento del apelante consiste en que tanto el decreto de los testimonios de Julio Jiménez Romero y Hernando Ríos en la audiencia preparatoria -los cuales le sirvieron al Juez Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare JAIRO ALCIDES MOTAVITA JOYA para descartar en la sentencia la agravación de la conducta punible de rebelión-, así como su práctica en la audiencia pública fueron legales, toda vez que ambos

actos estuvieron rodeados de las garantías de publicidad y contradicción. Además, asegura el recurrente, ni la fiscalía ni el representante del Ministerio Público los objetaron.

No le asiste razón al impugnante en ninguno de los planteamientos que propone, pues en primer lugar resulta desatinado predicar la legalidad de la determinación de decreto y práctica de la prueba testimonial solamente por el hecho de que los sujetos procesales -fiscalía y Ministerio Público- no se hubieren pronunciado al respecto. Recuérdese que el director del proceso, en su etapa de la causa, no es otro que el juez de conocimiento; de manera que es él -y no los sujetos procesales- a quien corresponde decidir sobre la legalidad de la actuación procesal.

De modo que si el fiscal y el procurador judicial ninguna observación hicieron sobre la legalidad del decreto y práctica de la prueba, se dirá -a lo sumo- que su actuación no fue la esperada, mas ello no los convierte en partícipes de la ilegalidad, como lo pretende el recurrente, menos aún su silencio convierte en legal lo que naturalmente no lo es.

Ahora bien, el proceso permite observar que en verdad el Juez Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare JAIRO ALCIDES MOTAVITA JOYA incurrió en varias ilegalidades ostensibles dentro del proceso que en su despacho cursó contra John Alexander Tobón Rey, por el comportamiento punible de rebelión.

2.1 La primera de ellas aparece cuando, en la audiencia preparatoria del juicio, el juez MOTAVITA JOYA, tras acceder “a lo pedido por el señor defensor del procesado” dispuso la práctica de los testimonios de los aludidos Julio Jiménez Romero y Hernando Ríos (fl. 59, cuaderno No. 2 del proceso seguido por rebelión contra John Alexander Tobón Rey), pruebas que el defensor de Tobón Rey en realidad no pidió al recorrer el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000.

En efecto, véase que en el escrito correspondiente (fl. 11 cuaderno No. 2 del

proceso contra Tobón Rey), el abogado solicitó al juzgado que practicara aquellas pruebas que, a través del “auto” del 5 de junio de 2002 (sic), la fiscalía ordenó en la etapa de instrucción; no obstante, en dicha decisión (fl. 160 del c. No. 1 del proceso contra Tobón Rey), no existe determinación alguna encaminada a practicar los testimonios de Julio Jiménez Romero y Hernando Ríos.

Así las cosas, surge nítido que el juez MOTAVITA JOYA obró de manera ilegal al disponer la práctica de los testimonios aludidos, como si hubieran sido pedidos por el defensor de Tobón Rey, lo cual nunca ocurrió. Sobre este punto la actuación procesal es clara, sin que exista imprecisión alguna que permita inferir que el funcionario judicial, cuando menos, dispuso la práctica de tales declaraciones de manera oficiosa.

Por lo tanto, si el decreto de las declaraciones de Julio Jiménez Romero y Hernando Ríos adolecía de ostensibles vicios de legalidad, ninguna relevancia tiene que dichas pruebas hubiesen sido practicadas de manera pública, bajo el principio de contradicción, menos aún que la fiscalía y representante de la Procuraduría participaran interrogando a los deponentes, pues la intervención de dichos sujetos procesales o el cumplimiento de las garantías aludidas –insiste la Sala- no tenían la virtud de normalizar la situación irregular.

En sustento del argumento encaminado a justificar la legalidad del decreto de los testimonios de Julio Jiménez Romero y Hernando Ríos, el apelante ofrece otro razonamiento, según el cual el entonces Juez Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare –al disponer la práctica de los testimonios cuestionados- obró en cumplimiento del deber de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado Tobón Rey. Dicha postura no puede ser de recibo, pues los principios orientadores del proceso penal –y el de investigación integral, consagrado en el artículo 20 de la Ley 600 de 2000, no es la excepción- no son absolutos, pues su aplicación debe respetar la regulación legal que establece la oportunidad para llevar a

cabo las actuaciones que conforman el debido proceso, así como ceder ante otros principios orientadores de igual relevancia tales como el de lealtad procesal e igualdad de armas, los cuales evidentemente se ven vulnerados cuando el director de la causa, arrogándose la carga que le corresponde al sujeto procesal defensor, pretende suplantarle en su rol defensivo, con el fin de buscar un beneficio indebido.

2.2 Por otra parte, en lo relativo a la rebaja punitiva por sentencia anticipada, ninguna duda cabe en cuanto que ésta fue indebidamente deducida en la sentencia, toda vez que en realidad -tal como la defensa lo admite y de manera clara lo deja ver la actuación procesal- no existió una aceptación por parte del entonces procesado John Alexander Tobón Rey respecto del comportamiento punible que en su momento le imputó la fiscalía.

Así lo plasmó la fiscalía en la resolución de acusación del 25 de julio de 2002, al señalar que: “para el día 2 de mayo de 2002 el aquí sindicado solicita el trámite del artículo 40 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), y es así como se adelanta diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada y ante los cargos que hace esta Fiscalía de rebelión, con circunstancias de agravación punitiva, el señor Tobón Rey no aceptó el cargo”.

Ahora bien, que el procesado MOTAVITA JOYA sostenga un supuesto error invencible al conceder la rebaja punitiva por sentencia anticipada, en la medida en que “lo hizo plenamente convencido de que podía hacer esa rebaja aún sin tratarse de un procedimiento abreviado, sino simplemente como culminación del procedimiento ordinario y porque desde el punto de vista constitucional consideró que la rebaja de pena era procedente sin retrotraer la actuación a los estadios de la sentencia anticipada”, no es más que una exculpación carente de contenido, pues la Sala -por más que trate de flexibilizar la interpretación de las normas legales y de los mandatos constitucionales- no entiende de qué manera cabe la tesis que trae el ex funcionario

judicial procesado, quien para sustentar su increíble explicación no trae un antecedente jurisprudencial, una posición doctrinaria o una interpretación legal razonable, menos aún proveniente del derecho comparado, que parezca medianamente justificativa de las “situaciones patéticamente ilegales”, como las calificó la fiscalía acusadora.

Y aún cuando es cierto que la Sala, a través de abundante jurisprudencia, se ha ocupado del tema de la sentencia anticipada de que trata el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, también lo es que nunca ha admitido –como no podría hacerlo, sin desconocer la naturaleza de esa institución jurídica- que la rebaja punitiva que ésta acarrea pueda tener lugar en casos en los cuales no existe una aceptación por el investigado o enjuiciado de los cargos que le formula la fiscalía.

Podrán ser materia de discusión otros diversos aspectos relativos a la figura de la rebaja por sentencia anticipada, pero lo que de ninguna manera ofrece duda o interpretación distinta es el requisito de la existencia de una aceptación por el investigado o enjuiciado de los cargos formulados por el acusador.

En este punto del razonamiento de la Sala, es menester entrar a detallar cuál fue el argumento del entonces Juez Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare, JAIRO ALCIDES MOTAVITA JOYA, para conceder la rebaja punitiva censurada: El funcionario judicial sostuvo en la sentencia del 19 de diciembre de 2002, proferida dentro de proceso en el cual se produjo el prevaricato que aquí se le recrimina, que como John Alexander Tobón Rey, en la etapa de instrucción, aceptó la incriminación por rebelión, misma conducta que motivó su condena en primera instancia, entonces cabía la rebaja de la tercera parte de que trata el artículo 40 de la Ley 600 de 2000.

La anterior tesis es del todo insostenible, pues nada más el tenor literal de la norma permite comprender, sin mayores interpretaciones, que la rebaja es procedente cuando el

investigado acepta el cargo que le imputa “el fiscal General de la Nación o su delegado” a partir de la diligencia de indagatoria y hasta antes de que quede ejecutoriada la resolución de cierre de investigación, o bien aquél que se le endilga al enjuiciado en la resolución de acusación. Y en este caso surge de bulto que la fiscalía, tanto durante la etapa de instrucción como en la resolución de acusación, fue insistente en imputar en todo momento el comportamiento punible de rebelión agravada, el cual nunca aceptó el procesado John Alexander Tobón Rey, como el mismo Juez Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare lo admitió.

No se entiende, entonces, de dónde surge la tesis del funcionario judicial MOTAVITA JOYA, según la cual la rebaja del artículo 40 de la Ley 600 de 2000 es procedente cuando el investigado o procesado acepta, no el comportamiento punible que le imputa la fiscalía en la resolución de acusación o antes del cierre de investigación, sino aquél por el cual en últimas es condenado por el juez.

Y llama la atención que hubiese sido ese mismo juez quien, dentro de la actuación surtida ante su despacho, negara una nulidad fundado precisamente en no existir los presupuestos de la sentencia anticipada, lo cual permite inferir que el funcionario no desconocía los requisitos legalmente previstos para conceder la rebaja punitiva por razón del artículo 40 de la Ley 600 de 2000.

De manera que la tesis a través de la cual el procesado pretende hacer ver la legalidad de la rebaja por sentencia anticipada, no puede ser el producto de una interpretación diferente del contenido o la teleología de la norma, ya que su literalidad es clara, sino de una maniobra por completo ajena a los fines del derecho, y encaminada -de manera deliberada- a desconocer el deber de la recta e imparcial administración de justicia.

Es así que la exculpación que ofrece el entonces Juez Promiscuo del Circuito de San José

del Guaviare según la cual su ignorancia en asuntos penales lo mantuvo en un error invencible que, a su vez, lo condujo a conceder la rebaja por sentencia anticipada resulta casi temeraria, además porque es ostensible que la prueba que obra en la actuación descarta de plano semejante desconocimiento de las normas penales, pues véase cómo las diversas decisiones adoptadas durante la audiencia preparatoria (fl. 52-60, c. No. 2 de la actuación contra John Alexander Tobón Rey) permiten inferir una comprensión razonable de las instituciones jurídico-procesales.

2.3 En lo que tiene que ver con la concesión de la rebaja por razón de la confesión, la Sala observa que, una vez más, el Juez Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare insistió en desconocer de manera grosera el contenido de las normas procesales que claramente regulan la materia.

Véase que, conforme el artículo 283 de la Ley 600 de 2000, la rebaja punitiva por razón de la confesión opera “fuera de los casos de flagrancia”, cuando el investigado admite en su primera indagatoria “su autoría o participación en la conducta punible que se investiga”, y siempre que “dicha confesión fuere el fundamento de la sentencia”.

Ninguno de los tres presupuestos mencionados se cumplía en el caso que se tramitó en contra de John Alexander Tobón Rey:

a) En primer lugar, la conducta punible investigada a lo largo de toda la actuación fue la de rebelión agravada -tal como se le imputó en la indagatoria, en la audiencia para sentencia anticipada y en la resolución de acusación- cargo que nunca fue reconocido por aquél.

b) En segundo término, la captura del procesado Tobón Rey se produjo en flagrancia, toda vez que tal como se desprende del informe de la Brigada Móvil No. 7 que dio origen a la investigación, la aprehensión tuvo lugar con ocasión de los combates que tuvieron

lugar con la guerrilla de las FARC dentro de la denominada ‘Operación Resplendor’, es decir, en momentos en que el entonces investigado ejercía actividades propias de la rebelión.

Además, según lo reconoció el mismo Tobón Rey en su indagatoria, al momento de su aprehensión militaba en el citado grupo guerrillero –lo cual permite, una vez más, predicar la flagrancia, pues el delito de rebelión es de ejecución permanente¹- y se encontraba cumpliendo funciones propias de esa militancia², en particular el reconocimiento de los pobladores ubicados en el lugar de influencia del grupo armado. Así mismo, tal como lo admitió el capturado, en ese momento portaba la suma de \$1.500.000, dinero que le fue entregado por otros miembros de la guerrilla y estaba destinado al sostenimiento del grupo, tal como lo refirieron algunos de los presuntos insurgentes capturados en la misma operación.

Todo lo anterior permite inferir a las claras que John Alexander Tobón Rey fue capturado en flagrancia, pues se encontraba realizando actividades propias del comportamiento punible de rebelión y, además, portaba elementos que así lo indicaban. Dichas circunstancias, admitidas por el mismo Tobón Rey, eran más que suficientes para impedir la concesión de la rebaja punitiva por razón de la confesión.

c) Por último, surge más que evidente que el dicho de Tobón Rey sobre su pertenencia a la guerrilla, aunque en verdad se tuvo en cuenta en el fallo de primer grado, no fue el fundamento de la decisión condenatoria, pues basta revisar la decisión para concluir en que el juicio de responsabilidad fue el resultado de apreciar numerosas pruebas, entre ellas el informe del 18 de marzo de 2002 del Batallón de Contraguerrilla No. 64, Compañía “A” del Ejército Nacional, el testimonio del Coronel Jairo Rodríguez Sarmiento –apoyado en informes de inteligencia allegados a la actuación-, la declaración de los presuntos subversivos Isaac Castañeda Pachón, Nelson Peña Barrera, Alberto Augusto Ríos Marulanda, José Domingo León Silva y Jairo Lozada Serrato, quienes fueron capturados

en la misma operación militar.

Solamente en último lugar, el fallo de primera instancia en contra de Tobón Rey menciona que “por la misma confesión hecha por el encausado éste ciertamente es miembro del grupo subversivo de las FARC” (fl. 105, c. No. 2 del proceso contra John Alexander Tobón Rey), expresión que, vista en el contexto de la decisión y según su sentido natural y lógico, indica que el reconocimiento del entonces procesado sobre su pertenencia a la guerrilla no hacía más que corroborar un hecho que ya se había determinado con certeza a partir de los demás elementos de juicio.

En conclusión, la concesión de la rebaja punitiva de que trata el artículo 283 de la Ley 600 de 2000 a favor del entonces procesado John Alexander Tobón Rey que en su momento dispusiera el Juez Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare JAIRO ALCIDES MOTAVITA JOYA, también fue ilegal, toda vez que, de manera ostensible, por parte alguna el proceso permitía dar por acreditados los supuestos necesarios para ello.

2.4 Ahora bien: aún cuando las circunstancias que han sido objeto del análisis precedente (esto es, la ilegalidad de la aducción de los testimonios de Julio Jiménez Romero y Hernando Ríos; la concesión de la rebaja del artículo 40 de la Ley 600 de 2000 sin que existiera el reconocimiento de los cargos imputados por la fiscalía y la indebida rebaja punitiva por confesión) pudieran –en gracia de discusión, y no sin enorme dificultad– interpretarse como meras diferencias en el criterio jurídico del a-quo y el ad-quem, semejante hipótesis tampoco tendría cabida, puesto que es necesario contrastar las irregularidades reseñadas con otras circunstancias acreditadas en el proceso.

Es así que, al lado de las anteriores consideraciones, debe tenerse en cuenta que, tal como lo admitió el procesado MOTAVITA JOYA en la audiencia del juicio (fl. 67-68, c.o. 2), en la audiencia preparatoria realizada dentro del juicio por rebelión contra Tobón Rey se

le hizo un ofrecimiento de \$20.000.000 para dejar al entonces acusado en libertad, hecho que extrañamente no denunció ante las autoridades y que, como se ha precisado, fue seguido -no de manera casual o inadvertida- de la emisión de la cuestionada decisión de decreto y práctica de pruebas encaminadas a derruir la agravante del comportamiento punible de rebelión, y de allí a beneficiar al aludido guerrillero.

De manera que el argumento del apelante, a través del cual, en últimas, pretende presentar el comportamiento del entonces Juez Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare JAIRO ALCIDES MOTAVITA JOYA, como el de un servidor público que incurre en un error insuperable, o bien que cuenta con un criterio jurídico diferente al de sus superiores jerárquicos, no es más que un razonamiento encaminado a dar apariencia de legalidad a un trámite judicial que natural y ostensiblemente no la tuvo, toda vez que la expedición de las decisiones antes detalladas por parte del funcionario judicial fue clara, ostensible y “manifiestamente contrario a la ley”, como lo establece el artículo 413 del Código Penal que describe la conducta punible de prevaricato por acción.

Respecto de lo anterior, dígase que en este caso no se advierte por parte alguna ese margen de error que eventualmente puede otorgar la posibilidad de interpretación de la norma, en razón a su complejidad, oscuridad o indeterminación, las cuales impiden predicar la materialidad de la conducta, tal como de tiempo atrás lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala y aquí lo reitera una vez más:

“[E]s cierto que es función del juez interpretar la ley, y que si en el cumplimiento honesto de esa actividad constitucional a su cargo se equivoca o decide en detrimento de derecho ajeno, no incurre en prevaricato ni comete otro delito, especialmente cuando la complejidad del texto examinado, o su confusa redacción, admiten interpretaciones discordantes. Pero cuando el sentido literal de la norma y su concreta finalidad son suficientemente claros y pese a ello se distorsionan dándoles un alcance que no pueden tener, cuando esa torcida interpretación no se explica por ignorancia o por

errónea asimilación de su contenido y cuando además ella se concreta en decisión que conculca indebidamente derechos legítimos, entonces tendrá que reconocerse que una tal providencia sería manifiestamente ilegal, y por ende, demostrativa de prevaricato.”³

Pero dicha hipótesis no fue la que aquí tuvo lugar, pues como ha quedado precisado, el sentido de la norma indebidamente aplicada es lo suficientemente claro, de manera que dentro del margen de interpretación a que eventualmente podría dar lugar su contenido, no puede admitirse aquella interpretación que, con el fin de beneficiar ilegalmente al entonces procesado, adujo en su momento en el juez MOTAVITA JOYA.

De manera que desde los anteriores razonamientos, quedan más que acreditados los elementos que materializan el comportamiento punible de prevaricato por acción, tal como la jurisprudencia de la Sala los ha detallado de manera reiterada:

“Para que se tipifique el delito de prevaricato por acción es necesario que la resolución, el dictamen o el concepto que profiera el servidor público sean manifiestamente contrarios a la ley. Es como el legislador ha descrito la conducta en el artículo 149 del decreto 100 de 1980, en el 28 de la ley 190 de 1995 y en el 413 del Código Penal vigente. No configura el tipo penal, entonces, cualquier error en el cual incurra el funcionario sino que se requiere que entre lo que decidió, dictaminó o conceptuó, y la ley o el derecho aplicable, se presente una contradicción ostensible. Así el juicio de tipicidad queda completo. El de culpabilidad, para que pueda atribuirse el delito y cuando ya se ha determinado que no puede justificarse la conducta, requiere que el acto del servidor público evidentemente contrario a la ley ha sido determinado por su ánimo consciente y voluntario de violarla, con independencia del motivo que lo impulsó.”⁴

Así, con fundamento en los anteriores razonamientos, la Corte, como sentenciador de

segunda instancia, no revocará la decisión apelada, en lo que tiene que ver con la responsabilidad del procesado JAIRO ALCIDES MOTAVITA JOYA por el comportamiento punible de prevaricato por acción.

3. A través de sendos reparos subsidiarios, el impugnante sostiene que: a) es menester redosificar la pena de prisión, toda vez que la resolución de acusación imputó el delito de rebelión, agravado por la circunstancia prevista en el artículo 414b, norma que no existe en el Código Penal; no obstante lo anterior, el fallador de primer grado la tomó como si fuera aquella prevista en el artículo 415, circunstancia que viola el principio de congruencia entre la acusación y el fallo; b) la pena de multa debe redosificarse puesto que su monto es exagerado; c) el sentenciador de segunda instancia debe preciar si la multa está dada en salarios mínimos legales mensuales vigentes de la época de los hechos; d) es improcedente la determinación de orden de captura en contra del sentenciado, pues el fallo le concedió la prisión domiciliaria.

La Corporación entra a analizar cada uno de estos reparos:

3.1 En cuanto a la censura por incongruencia entre la acusación y el fallo, la Corte desde ya anticipa su conclusión en el sentido de que le asiste razón al apelante, pues el desacierto pregonado es evidente, tal como enseguida se demuestra:

El Tribunal, en su condición de sentenciador de primer grado, dedujo, en perjuicio del procesado JAIRO ALCIDES MOTAVITA JOYA, la causal específica de agravación prevista para el comportamiento punible de rebelión de que trata el artículo 415 del Código Penal (fl. 113, c.o. 2)⁵, toda vez que la actuación judicial sobre la que recayó el prevaricato se tramitó por el delito de rebelión, una de los comportamientos punibles que detalla la norma como presupuesto para que opere el incremento punitivo. Dicha

determinación la argumento el Tribunal de la siguiente manera: “Sin embargo, al ser una conducta agravada por el artículo 415 del Código Penal, los límites punitivos varían...”

No obstante lo anterior, la Corte encuentra que en la resolución de acusación no existe una clara imputación –ni fáctica ni jurídica- de la reseñada agravación punitiva, por razón de la circunstancia descrita en el artículo 415 de la Ley 599 de 2000.

En efecto, la resolución de acusación en contra del investigado MOTAVITA JOYA, al delimitar la imputación jurídica, menciona lo siguiente: “se proferirá resolución de acusación en contra del doctor JAIRO ALCIDES MOTAVITA JOYA, por el delito de prevaricato por acción, descrito en el artículo 413 del Código Penal, con la circunstancia de agravación enunciada en el art. 414 Bis.” (fl. 259, c.o. 1).

A las claras surge más que nítido que allí existe una grave imprecisión en la imputación jurídica, pues en la Ley 599 de 2000 no existe ni ha existido el artículo 414 Bis, ni se encuentra elemento de juicio alguno que permita comprender a cuál circunstancia de agravación quiso hacer referencia el acusador. Respecto de esto último, véase que el Tribunal, en el fallo de primera instancia, asumió que la causal de agravación imputada en la acusación era la señalada en el artículo 415 del Código Penal, no obstante por parte alguna aparece un razonamiento encaminado a resolver la inconsistencia que claramente surge con la resolución de acusación que imputó un inexistente artículo 414Bis6, lo cual permite afirmar que la causal de agravación mencionada en la sentencia carece de un sustento normativo y fáctico.

Por otra parte, aunque es cierto que la resolución de acusación precisa en varios de sus apartes (fl. 245, 249, 251 del c.o. No. 2) que el proceso dentro del cual ocurrieron las irregularidades investigadas se siguió por la conducta punible de rebelión agravada, también lo es que por parte alguna dicha pieza procesal le pone de presente al entonces

investigado que esa circunstancia, en el evento de fallo condenatorio, constituirá un motivo de incremento punitivo, frente al cual podría ejercer el derecho de defensa en la etapa del juicio⁷. La ausencia de un razonamiento que hubiese hecho precisión sobre lo anterior permite afirmar que tampoco existe una clara imputación fáctica de la agravación.

En otras palabras, la resolución de acusación imputa una circunstancia de agravación para el delito de prevaricato por acción sobre una norma que no existe, y tampoco señala las circunstancias de hecho sobre las que se apoya dicha agravación. Dichas inconsistencias conducen a afirmar que no hay una clara imputación fáctica ni jurídica. Y, como de antaño lo tiene dicho la Corporación, para que el sentenciador pueda deducir un incremento punitivo con fundamento en las circunstancias genéricas o específicas de agravación punitiva, éstas deben aparecer claramente señaladas en el pliego de cargos, a tal punto que no albergue duda su imputación. Dicha tesis la ha reiterado de la siguiente manera:

“En efecto, como lo tiene establecido la Sala, las circunstancias de mayor punibilidad sólo pueden ser consideradas por el juez en la sentencia como factor de aumento de la sanción cuando ellas han integrado la imputación, bien sea la estructurada en la resolución de acusación, frente al procedimiento normal, o en el acta de formulación de cargos, cuando la actuación se encauza por el trámite abreviado de la sentencia anticipada. Al respecto señaló recientemente esta célula judicial:

“b) Si bien tradicionalmente para la Sala bastaba con el planteamiento fáctico de la investidura para deducir la agravante, en decisión del 23 de septiembre del año en curso (radicación número 16.320) amplió su criterio y a partir de allí comenzó a exigir que en la resolución acusatoria tanto la imputación del delito o de los delitos, como toda causal de agravación –genérica y específica- debía ser determinada diáfananamente desde el punto de vista fáctico y desde el punto de vista jurídico” (Septiembre 29

de 2003. Rad. Única inst. 19734).”⁸

El perjuicio ocasionado al procesado fue evidente, por cuanto le significó una pena de prisión superior a la legalmente permitida. La anterior conclusión surge sin dificultad al revisar el fallo de primer grado, pues en éste aparece que al deducir indebidamente la causal de agravación, el sentenciador incrementó en 8 meses la extensión del primer cuarto de movilidad punitiva y fijó la pena en el límite máximo de ese cuarto. De manera que de no haber mediado el yerro, la pena privativa de la libertad hubiese sido inferior en - al menos- 8 meses.

Por lo tanto, la Corte, en su condición de fallador de segundo grado, habrá de revocar parcialmente la sentencia de primera instancia y redosificar la pena de prisión, como consecuencia del yerro en su tasación. Así, como se advierte que el Tribunal fijó de manera acertada los límites punitivos del primer cuarto de movilidad en aquella parte que no involucra la causal de agravación, la Sala -por encontrarlos ajustados-respetará los criterios de individualización de la pena privativa de la libertad señalados por el a-quo y la fijará definitivamente en cincuenta y un (51) meses.

3.2 En lo que se refiere a la inconformidad del apelante respecto de la pena de multa, cuyo monto califica de exagerado, la Corte advierte que el aserto del recurrente no pasa de la mención del reparo sin ofrecer un sustento serio y, además, carece de prueba dentro del proceso.

Por el contrario, lo que la actuación procesal demuestra es que con posterioridad a los hechos investigados, el procesado JAIRO ALCIDES MOTAVITA JOYA mantuvo permanentemente una actividad laboral. Así consta en la audiencia pública de juzgamiento, en la cual el Tribunal inquirió así al procesado:

“Doctor Motavita, desde la época en que usted fue Juez Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare hasta la fecha , a qué se ha dedicado? CONTESTÓ: Vengo trabajando

desde esa época de desvinculación del Tribunal de Villavicencio, con el Tribunal Superior de Yopal en el cargo primeramente de durante tres años y últimamente como Juez Promiscuo del Circuito de Paz de Ariporo”.

Adicionalmente, en su diligencia de versión libre, el procesado MOTAVITA JOYA, admitió ser propietario de una motocicleta y devengar un salario de \$2.600.000., como Juez Promiscuo Municipal de Maní.

Por otra parte, no debe perderse de vista que la corrupción en el ejercicio de la función pública, más específicamente en la administración de justicia penal, resulta ser un factor desestabilizador de las democracias modernas, más aún en momentos en que el Estado y las ramas del Poder Público se empeñan en superar una crónica situación de impunidad, a través del reconocimiento especial a las víctimas y a la sociedad de los derechos de verdad, justicia y reparación; es así que, como lo expresara la Corte en anterior oportunidad, al ejercer como fallador de instancia⁹, “las instituciones colombianas basan su legitimidad en el respeto absoluto a la legalidad imperante, razón por la cual las manifestaciones delincuenciales deben ser reprimidas y sancionadas ejemplarmente en los términos establecidos en los estatutos penales”, concepción del ejercicio ético del deber de administración justicia que el procesado JAIRO ALCIDES MOTAVITA JOYA desconoció.

Todo ello permite estructurar los presupuestos de que trata el numeral 3 del artículo 39 del Código Penal de 2000 para fijar –o mejor, mantener– el monto de la pena de multa en la cuantía equivalente de 104 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2002, aclaración que solicita el impugnante en el recurso de alzada, y que encuentra respaldo en los precedentes de esta Corporación 10.

No sobra advertir que la jurisprudencia de la Corte ha establecido que el monto de la pena de multa no se fija a través del sistema de cuartos punitivos, tal como el que la ley ha

fijado para individualizar la sanción privativa de la libertad, sino conforme los criterios que consagra el artículo 39-3 del Código Penal¹¹. No obstante que el ad-quem desconoció lo anterior, ello no incide en el monto de la pena de multa, pues -como ya se advirtió- los criterios del artículo 39-3 de la Ley 599 de 2000 aplicados al presente caso permiten mantener inmodificada la sanción pecuniaria.

3.3 Por último, la Sala encuentra que le asiste razón al apelante para objetar la decisión del sentenciador de primer grado en el sentido de disponer la captura del condenado, una vez en firme la sentencia.

Véase que en la sentencia apelada el a-quo dispuso la captura del condenado MOTAVITA JOYA, en los siguientes términos: “una vez en firme la presente, díctese en su contra orden de captura para que se haga efectiva la pena”.

No obstante lo anterior, en el párrafo inmediatamente anterior le concedió al condenado la prisión domiciliaria: “atendiendo que se cumple con el factor objetivo consagrado en el artículo 38 del Código Penal, e igualmente que se considera que estando por fuera de su cargo de juez, pero en caso de que aún lo desempeñe en cualquier parte del país, no colocará en peligro a la comunidad, como tampoco evadirá el cumplimiento de la pena, pues se ha hecho presente dentro del proceso sin dificultad alguna (...) se le sustituirá la prisión intramuros por la domiciliaria, caucionada con 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes y suscripción de acta de compromiso, conforme al numeral 3º del artículo 38 ejusdem”.

Así las cosas, resulta manifiestamente inconsecuente haber dispuesto la orden de captura en contra del condenado si al mismo tiempo se le otorgó la prisión domiciliaria, motivo por el cual la Corte, como fallador de instancia, procederá a la revocación de dicha determinación, a efecto de que se haga efectiva la sustitución punitiva reconocida en la sentencia.

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

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE EL FALLO RECURRIDO. En consecuencia se fija la pena principal de prisión en contra del procesado JAIRO ALCIDES MOTAVITA JOYA en cincuenta y un (51 meses), como autor del comportamiento punible de prevaricato por acción.

SEGUNDO: REVOCAR la orden de captura impartida en contra del condenado MOTAVITA JOYA por el Tribunal Superior de Villavicencio.

TERCERO: ACLARAR que la pena de multa está determinada en salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año de 2002.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

Contra esta decisión no procede recurso alguno

Notifíquese y cúmplase.

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
DE LEMOS

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

PERMISO

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUÍZ NUÑEZ

Secretaria

1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 18 de noviembre de 2004, radicación No. 20005

2 Al ser preguntado por sus funciones dentro del grupo insurgente, el indagado Tobón Rey expresó en su indagatoria lo siguiente: “pues la captura fue en el primer frente y yo pertenecía a ese frente, mis funciones pues eran por las cuales yo pues andábamos por ahí y recorriamos, pues ultimadamente yo andaba por esa parte de La Libertad, y mi función era charlar con la gente de una manera que dándoles a conocer que éramos nosotros;” (subraya fuera del texto)

3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 16 de agosto de 1983.

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 3 de septiembre de 2002, radicación No. 15513.

5 “ARTICULO 415. CIRCUNSTANCIA DE AGRAVACION PUNITIVA. Las penas establecidas en los artículos anteriores se aumentarán hasta en una tercera parte cuando las conductas se realicen en actuaciones judiciales o administrativas que se adelanten por delitos de genocidio, homicidio, tortura, desplazamiento forzado, desaparición forzada, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, rebelión, terrorismo,

concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, o cualquiera de las conductas contempladas en el título II de este Libro.”

6 El artículo 414 del Código Penal describe el tipo penal del prevaricato por omisión, de manera que aún cuando existiese un artículo con la nomenclatura 414Bis habría de hacer referencia al prevaricato por omisión, razón de más que impide asimilar, sin más, el inexistente artículo 414Bis al 415 de la Ley 599 de 2000.

7 Tampoco la intervención de la fiscalía en la audiencia pública de juzgamiento permite aclarar la imputación fáctica o jurídica, pues se limitó a mencionar el comportamiento punible de prevaricato por acción (fl. 73, c.o. No. 2).

8 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 16 de octubre de 2003, radicación No. 19743.

9 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de única instancia de 26 de junio de 2008, radicación No. 22453.

10 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de única instancia de 26 de junio de 2008, radicación No. 22453

11 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de segunda instancia del 21 de marzo de 2007, radicación No. 26129.