

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Aprobado acta N° 324

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de agosto de dos mil doce (2012)

V I S T O S

La Corte resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y la defensa del Dr. JORGE ROBERTO RÍOS OTERO en contra del fallo de primera instancia proferido, el 11 de noviembre de 2010, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, que lo declaró responsable del delito de prevaricato por acción.

HECHOS

El a quo los expuso de la siguiente manera:

“De las piezas procesales se extrae que José Miguel Tordecillas Argumedo, en escrito presentado ante la Dirección de Fiscalías de Montería – Córdoba el 29 de enero de 2007, puso en conocimiento que el Doctor JORGE ROBERTO RÍOS OTERO, cuando se desempeñaba como Fiscal 24 Seccional de Montelíbano – Córdoba, adelantó investigación penal en contra de Anuar Arango y Elver Mendoza por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes con ocasión de la incautación de setenta (70) kilos de base de coca, les otorgó libertad, calificó el mérito del sumario pese a carecer de competencia dada la naturaleza de la conducta punible y finalmente remitió el expediente a la autoridad

que debía adelantar la etapa del juicio. El denunciante contrastó este caso con el suyo, pues en una ocasión fue procesado por comportamiento similar y menor cantidad de sustancia estupefaciente por el funcionario cuestionado, quien no le concedió libertad y además fue condenado por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Montelíbano-Córdoba, circunstancias que lo llevan a la conclusión que se procedió de esa manera por no dar dinero a aquel.”

ANTECEDENTES PROCESALES

La Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Córdoba dispuso, el 26 de febrero de 2007, la apertura de investigación previa y el 26 de abril siguiente la apertura de instrucción, vinculando el 21 de abril de 2008, mediante diligencia de indagatoria, al Dr. JORGE ROBERTO RÍOS OTERO. Cerrada la investigación el 19 de agosto de ese año y estando las diligencias para calificar por la Fiscalía Cincuenta y Dos Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, despacho al que fueron remitidas conforme resolución del Fiscal General de la Nación, decretó, el 13 de enero de 2009, la nulidad de la actuación desde el cierre. Luego de escuchar al implicado en ampliación de indagatoria, clausuró la instrucción y, el 4 de febrero de 2010, profirió resolución de acusación en su contra por el delito de prevaricato por acción

agravado¹.

Conoció la causa el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería -Sala Penal-, que avocó el conocimiento de las diligencias el 30 de abril de 2010, celebró la audiencia preparatoria el 28 de junio del mismo año y la pública el 14 de julio siguiente.

Posteriormente, el 11 de noviembre de esa anualidad, emitió sentencia a través de la cual condenó a JORGE ROBERTO RÍOS OTERO a las penas principales de prisión por treinta y seis (36) meses, multa de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales e

inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años, como autor responsable de prevaricato por acción².

Se abstuvo de condenarlo patrimonialmente por perjuicios y le concedió el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería emitió decisión de condena, a partir de los siguientes razonamientos:

En la actuación quedó acreditado que el Dr. JORGE ROBERTO RÍOS OTERO, fungiendo como Fiscal 24 Seccional de Montelíbano-Córdoba, conoció el trámite seguido en contra de Helder Mendoza Valderrama y Anuar Hamilton Arango Marín, ciudadanos dejados a disposición de su despacho mediante informe en el cual se dio cuenta de su captura por hallárseles un arma de fuego sin permiso para porte y bajo la sospecha de ser los dueños de dos bultos contentivos de sustancia estupefaciente, profiriendo la resolución calendada el 7 de octubre de 2005, en la cual dispuso la compulsa de copias para que se investigara por esta última conducta delictiva a personas desconocidas, con el argumento que de dicho informe no se podía deducir compromiso de responsabilidad contra los retenidos.

Luego de hacer un recuento de las probanzas allegadas a las diligencias, el Tribunal refiere que el Estado, a través de la Fiscalía General de la Nación, está en la obligación de garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico, siendo deber de ese ente mediante la investigación previa determinar la eventual comisión o no de una conducta punible.

En ese orden, el procesado, por su larga experiencia como fiscal, tenía presente ese propósito pero pasó por alto que del informe citado resultaba evidente la presunta participación de los aprehendidos en el delito de tráfico de estupefacientes, lo que era claro conforme el acta de derechos del capturado, porque precisamente por esa conducta fue que se les privó de la libertad. Así, es inexplicable que iniciara investigación previa

contra desconocidos y dejara en libertad a los implicados con una resolución de sustanciación, cuando lo procedente era dejarlos a disposición del funcionario competente o, por lo menos, escucharlos en versión libre.

Destacó el a quo que lo correcto era iniciar sin tardanza los actos

tendientes al esclarecimiento de los hechos relatados en el informe de policía judicial, escuchar en versión libre a los capturados, oír en testimonio a los uniformados que procedieron a su retención y, con esos parámetros probatorios, remitir la actuación al funcionario competente o, en su defecto, decidir a prevención acerca de la libertad.

Por eso, aún cuando el Dr. JORGE ROBERTO RÍOS OTERO se precie de garantista, aduciendo que esta postura fue la que dio lugar a su proceder por la imposibilidad de privar de la libertad a las personas por mera sospecha, debía precisamente despejar esa incertidumbre a través de la investigación previa.

De esta manera, estimó el juzgador que la decisión de compulsar obedeció al capricho, siendo evidente el dolo del procesado cuando después de abrir las diligencias de manera preliminar y dejar en libertad a los implicados, no remitió de forma inmediata la actuación al funcionario competente. Sólo dos años más tarde un nuevo fiscal se percató de la situación y envía el proceso a la fiscalía especializada. “Así las cosas, la Sala debe decir, entonces, que el procesado en forma intencional no envió de forma inmediata el expediente a la autoridad competente, pues era la única forma de ocultar su ilícito proceder, pues de haber actuado como debía ser, no tenía porque romper la unidad procesal, si los sujetos habían sido capturados como sospechosos de ser los dueños de la droga y en el vehículo iban armas de fuego, lo jurídico era investigar todo en una misma cuerda.”

Por consiguiente, halló reunidos los requisitos para emitir sentencia condenatoria por el

delito de prevaricato por acción, imponiendo el mínimo previsto para la infracción al considerar que no concurrían circunstancias de mayor punibilidad y la ausencia de antecedentes penales. Además, atendiendo la pena impuesta, por las características sociales y familiares del implicado, dispuso reconocerle la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

LA IMPUGNACIÓN

1. El Fiscal 52 Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá interpuso y sustentó oportunamente recurso de apelación en contra de la anterior determinación, solicitando incrementar la pena impuesta e imponer el cumplimiento intramural de la sanción. Expone que la argumentación del Tribunal para la dosificación y concesión del subrogado es insuficiente, porque no tuvo en cuenta los parámetros previstos en el artículo 61, inciso 3, del Código Penal, relativos a la gravedad de la conducta punible, el daño real o potencial creado, la intensidad del dolo, la necesidad de la pena y la función que debe cumplir en el caso concreto.

En este evento, dice, pasó desapercibida la gravedad del delito que en términos de la jurisprudencia ha de ser sancionado ejemplarmente, ya que no puede dejarse de lado que el procesado obró con el propósito de favorecer a dos personas a quienes se les vinculaba con setenta kilos de base de coca, “comportamiento delictivo de extrema gravedad, no sólo en virtud del bien jurídico para cuya tutela fue dispuesta la norma incriminante, sino porque su poder corruptor derivado de las exorbitantes utilidades que produce el negocio del narcotráfico, logró permear a todos los poderes del Estado, entre ellos el judicial, generando una gran alarma social y absoluta pérdida de valores”.

Subraya el recurrente lo atinente a la intensidad del dolo en este caso, al estimar que por tratarse el procesado de un profesional con amplia experiencia en la Fiscalía General de la Nación, despreció el ordenamiento jurídico a un punto tal que pretendió la impunidad

de su conducta cuando se abstuvo de remitir el expediente a la autoridad competente para seguir con la investigación.

Igualmente, a pesar de cumplirse el factor objetivo previsto por la ley para la concesión de los subrogados penales, considera que no pasa lo mismo con el requisito subjetivo, trayendo a colación un pronunciamiento de la Sala que, asevera, es aplicable a este asunto, en el que se menciona que la actitud de mantener sin el impulso oportuno un proceso devela una personalidad que colocaría en peligro a la comunidad. Por eso, de cumplirse en su morada la sentencia, se transmitiría una sensación colectiva de impunidad.

Por tales razones, depreca se aumente el quantum punitivo impuesto y no se concedan los subrogados penales, emitiéndose la respectiva orden de captura.

2. La defensa, por su parte, también interpuso y sustentó recurso de apelación. Refirió que en el presente asunto se iniciaron las diligencias por virtud de un escrito anónimo que planteó hechos abstractos en contravía de lo dispuesto por el artículo 29, inciso 2, de la Ley 600 de 2000, ya que el supuesto allí consignado, relativo a la no entrega de dinero en otra actuación penal, no fue demostrado. Así mismo, no consta en las diligencias que los ciudadanos aprehendidos fuesen dejados a disposición por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, se les investigó por el porte de un arma de fuego sin salvoconducto que dio lugar a resolución de acusación y posterior condena, la cual se notificó a los sujetos procesales, entonces, no puede predicarse la emisión de una resolución de sustanciación con el fin de archivar las diligencias.

Ahora bien, aunque en las actas de derechos de los capturados dice que fueron dejados a disposición por "Ley 30", no aparece esta nominación como delito a la luz del ordenamiento jurídico, y tales derechos aplican para los capturados, no para el Fiscal, pues a éste se le tenía que indicar que se procedía concretamente por la conducta punible

prevista en el artículo 376 del Código Penal. Debía, entonces, el funcionario adelantar la actuación por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones que fue por el cual se produjo la captura en flagrancia, de contera al no darse los presupuestos del Código de Procedimiento Penal para privar de la libertad por esta conducta, concedió la misma dándole vigencia al derecho fundamental.

Por ende, al desplegar el procesado la conducta investigada en ejercicio de sus deberes como funcionario no existe el prevaricato, no se le puede sancionar por la interpretación que del ordenamiento jurídico efectuó al resultar razonable, según se apreció en el radicado 22299, en el cual la Corte absolvió, caso que, afirma, es aplicable a este asunto.

Por último, expone que la sentencia es incongruente con la acusación, puesto que esta consignó cargos por el delito de prevaricato por acción, disponiendo por separado la compulsas de copias con ocasión del no envío al competente de las diligencias adelantadas contra desconocidos. Por eso, invoca se decrete la nulidad por violación al debido proceso, al principio de legalidad y derecho de defensa, en razón a que el Tribunal dedujo el dolo por esta última circunstancia que no fue prevista en la decisión que calificó el mérito del sumario; así, el comportamiento del procesado no se adecuó al tipo penal que en el fallo condenatorio fue endilgado.

De esta manera, solicita se revoque la sentencia apelada y se emita fallo absolutorio; subsidiariamente, se decrete la nulidad de todo lo actuado por violación del principio de congruencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto en las diligencias, de acuerdo con la competencia asignada por el artículo 75, numeral 3, de la Ley 600 de 2000, toda vez que se trata de una decisión emitida en primera instancia por el Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Montería, en virtud de la calidad foral (Fiscal Seccional) que le asiste al procesado (artículo 76, numeral 2, ibídem).

2. Hecha esta precisión y de acuerdo con los postulados metodológicos

demarcados por el artículo 204 de la normatividad en cita, procederá la Sala a examinar la decisión catalogada por el Tribunal como manifiestamente ilegal, para así resolver, en primer lugar, la impugnación efectuada por la defensa del procesado en contra de la sentencia de condena del 11 de noviembre de 2010, de la que pretende su revocatoria y, luego, abordará la apelación de la Fiscalía porque, de prosperar aquella, no habría lugar a analizar la argumentación del ente acusador dirigida a incrementar el quantum punitivo y revocar la suspensión condicional de la ejecución de la pena dispuesta por la primera instancia.

2.1. Resolución del 7 de octubre de 2005

La providencia suscrita por el Fiscal 24 Seccional de Montelíbano, Dr. JORGE ROBERTO RÍOS OTERO, obrante a folio 66 del cuaderno original número 1, textualmente dispuso lo siguiente:

“Encontrándose la investigación que se sigue en contra de los señores ANUAR ARANGO y ELVER MENDOZA por el delito de porte ilegal de arma y observando que del contenido del informe No. 3214 de fecha octubre de la presente anualidad se dejó a disposición sustancia alucinógena al parecer base de coca que hasta el momento no compromete la responsabilidad de los procesados, se dispone a compulsar fotocopias del informe y las demás actuaciones para que se proceda abrir investigación previa contra DESCONOCIDOS por el delito de TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTE”.

La actuación procesal surtida hasta ese momento, estaba constituida por los siguientes elementos de convicción:

-Noticia criminis suscrita el 6 de octubre de 2005 por Julio César Parada Vera, Sargento Primero del Batallón de Infantería No. 31 Rifles, en la cual relata que durante un retén militar en el sector de “La Ye” de Cerro Matoso, jurisdicción de Montelíbano (Córdoba), miembros del ejército hallaron dos bultos contentivos de setenta y un (71) paquetes, cada uno de mil gramos (1000 gr.), al parecer de base de coca; “posteriormente a unos cuatrocientos metros aproximadamente, más atrás del retén fue parado un vehículo tipo campero marca Trooper, placas MLV 845 de Manizales el cual transitaba sobre la ruta Montelíbano – Puerto Libertador donde se movilizaban los particulares ANUAR ARANGO M. y ELVER MENDOZA V. En el momento son retenidos como sospechosos por ser las personas más cercanas que se encontraban al sitio del hallazgo”.

Se señaló igualmente que al revisarse el automotor en el que se movilizaban los citados, se les encontró una pistola calibre 7.65 con diecinueve cartuchos para la misma sin permiso para su porte y la suma de \$7.800.000, dejándose a disposición los retenidos junto con el material decomisado3.

-Acta de derechos de los capturados suscrita por Anuar Hamilton Arango Marín y Helber Jaisir Mendoza Valderrama, en la cual los miembros del ejército que practicaron el procedimiento consignaron, en el acápite correspondiente, el delito: “Ley 30”4.

-Declaración del Sargento Julio César Parada Vera, rendida el 6 de octubre de 2005, en la cual ratificó el contenido del informe 3214 por él suscrito, aclarando que fue el SV. Luís Briceño Gómez quien conoció de los pormenores de la aprehensión. De su declaración vale la pena destacar:

“PREGUNTADO: Usted en respuesta anterior dice que capturan a las dos personas ya relacionadas como sospechosas de ser los propietarios de la droga incautada, porque los señalan a ellos. CONTESTÓ: Porque fueron las personas que se encontraron más cerca de ese sitio y así lo entendieron los soldados que hicieron el procedimiento y por

eso se dejaron a disposición por el porte de armas ya que no teníamos la certeza de que la droga fuera de ellos y eso lo dejábamos a consideración de la Fiscalía... Como le dije a las personas se llevaron como sospechosas no más, evidencias no teníamos, pero igual había que judicializarlas por el porte ilegal de armas y con la droga que la Fiscalía se encargara de eso. PREGUNTADO: Cómo se hace el hallazgo de esa droga. CONTESTÓ: Todo lo que yo le estoy diciendo es por información del SV. Briceño Gómez Luís, quien era el encargado del puesto de control o retén, él me informó que efectivamente habían encontrado abandonados dos bultos con esa droga, que no se habían percatado de la presencia de personas por ese sector, sino que como a medio kilómetro iba el vehículo que se inmovilizó, la droga se encontró por los movimientos que hace la tropa en los puestos de control".⁵

Las anteriores probanzas dieron lugar a la resolución de apertura de instrucción en contra de los capturados, calendada 6 de octubre de 2005, por el delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones, actuación en la que se les vinculó mediante indagatoria realizada ese día (donde manifestaron su ajenidad con la base de coca incautada), luego de la cual, se dispuso su libertad previa suscripción del acta de compromiso. El día siguiente, 7 de octubre de 2005, fue que se dispuso también por el Dr. RÍOS OTERO la apertura de investigación previa por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en contra de desconocidos, providencia transcrita en precedencia.⁶

Efectuadas estas precisiones respecto de la decisión objeto de investigación y que dio lugar a la sentencia apelada, procederá la Sala a auscultar los recursos formulados contra ella.

2.2. Apelación de la defensa

Aseveró el procurador judicial del Dr. RÍOS OTERO que la actuación tuvo sustento en los

dichos de José Miguel Tordecillas Argumedo, quien puso de presente, a través de denuncia, que a diferencia de Anuar Arango y Elver Mendoza, había sido acusado y condenado por una conducta similar de narcotráfico porque supuestamente no dio dinero, circunstancias estas que no fueron acreditadas en el plenario como tampoco la identidad del supuesto sentenciado.

Sobre el particular, se advierte que si bien es cierto no se estableció de manera certera la identidad del denunciante ni se procuró su comparecencia al proceso, no puede predicarse que la misiva en cuestión resultaba insuficiente para adelantar la acción penal, toda vez que a dicha denuncia en las diligencias sólo se le asignó un carácter informativo⁷ cuando reportó a las autoridades la eventual comisión de una conducta punible⁸; entonces, por sí misma no constituyó el fundamento de la imputación y tampoco fue sustento de la sentencia. Simplemente, se encargó de indicar la existencia de un proceso penal (el radicado 1264), en el que presuntamente no se emitió una decisión acorde a derecho, dando lugar a las respectivas labores investigativas.

Nótese, por tanto, que contrario a lo manifestado por el apelante, la denuncia sí suministró datos concretos que permitieron encauzar la investigación, incluso brindó el nombre del funcionario implicado en los hechos, es decir, al hoy procesado. Y con ella se estableció la existencia de la decisión del 7 de octubre de 2005 que se estimó contraria a derecho; en síntesis, el juicio de reproche no devino como consecuencia de la denuncia ni de los hechos allí aseverados relativos a la entrega o no de dinero, sino de dicho proveído.

Ahora bien, esta providencia se catalogó manifiestamente contraria a derecho, en atención a que desvinculó de la actuación penal a dos personas cuyas circunstancias en las que se dio su aprehensión, legalmente ameritaba investigar si estaban relacionadas con el hallazgo de una apreciable cantidad de sustancia estupefaciente.

Afirmó el procesado que del informe allegado por el ejército no podía deducirse tal situación, al no indicarlo expresamente (lo que replica el apelante), pero es evidente, como lo apreció el Tribunal, que la valoración jurídica de las condiciones en que se dio la captura correspondía a la fiscalía y no a la fuerza pública, inclusive desde un principio el único uniformado convocado a la actuación así lo puso de presente. En consecuencia, el manejo de las categorías legales desplegado por esos funcionarios no remplazaba la función de la fiscalía ni morigeraba el contexto en que acaeció la aprehensión que por los elementos de juicio hasta ese momento disponibles develaban la existencia de un nexo causal entre los retenidos y el estupefaciente hallado que, precisamente, debía ser esclarecido por la autoridad judicial. Por eso, la emisión de la resolución del 7 de octubre de 2005 que compulsó copias para investigar el delito en contra de “desconocidos”, solo responde al subjetivismo del procesado que consideró el señalamiento del ejército como una mera sospecha, pese a evidenciarse en las diligencias explícitamente la presencia de circunstancias que debían despejarse por el ente acusador para así arribar a una conclusión de tal calado.

Además, el legitimado para pronunciarse sobre el particular era un fiscal especializado en razón a la cantidad y calidad del estupefaciente incautado⁹, arrogándose el fiscal seccional investigado esta competencia junto con un análisis refractario a los medios de conocimiento obrantes en la actuación.

El prevaricato por acción no se configura exclusivamente con la manifiesta contrariedad entre un precepto normativo y la interpretación o aplicación que de él haga el funcionario, pues también puede surgir a partir de una valoración probatoria incompleta, maliciosamente sesgada, que termina sosteniendo una decisión arbitraria y, por tanto, contraria al ordenamiento jurídico, al resultar alejada de las normas que tutelan su análisis, conforme a la sana crítica y ajena a la apreciación conjunta de las pruebas incorporadas legalmente al proceso¹⁰.

Surge evidente, entonces, que el informe 3214 del 6 de octubre de 2005 permitía colegir, de manera nítida, un presunto compromiso de la responsabilidad de Anuar Arango y Elver Mendoza respecto del alijo hallado a poca distancia del lugar donde acaeció su aprehensión, situación adicional a la conducta de porte ilegal de armas por la que también fueron puestos a disposición de autoridad competente y que fue el único aspecto al que le dio relevancia el funcionario.

Por lo tanto, no se trata de un punto de derecho de complicada resolución o de un choque de criterios legítimos acerca de cómo debía resolverse el asunto, como se plasmó en la jurisprudencia citada por el recurrente¹¹, porque es claro que el operador jurídico tiene la facultad de aplicar su postura jurídica, pero esto no es dejado a su libre arbitrio, ya que se encuentra limitado por la sana crítica como método de apreciación probatoria, brillando en este caso por su ausencia alguna pauta de hermenéutica sostenible, porque en la decisión calificada como ostensiblemente ilegal ninguna referencia se hizo sobre el tema. Lacónicamente el Dr. JORGE ROBERTO RÍOS OTERO indicó que no había lugar a poner en entredicho a los capturados por el hallazgo de la droga, sin exponer las razones para ello, lo que devela el capricho y la subjetividad que acogió para arribar a su decisión en desmedro de la administración pública. No puede decirse que la determinación adoptada el 7 de octubre de 2005, responde a una postura garante de la libertad individual, toda vez que ninguna argumentación o alusión dirigida a una ponderación de los intereses en conflicto que demandara proteger este derecho se incluyó en el proveído.

La contrariedad manifiesta de la resolución del 7 de octubre de 2005 con la ley se dilucida, entonces, porque ninguna reflexión mereció el informe proveniente del ejército e, inclusive, se ofreció una conclusión opuesta a lo allí consignado, falencias que son producto del antojo y de la finalidad de contravenir el ordenamiento jurídico. La importancia probatoria de dicho informe fue desconocida sin ningún argumento, pues de haber sido considerado indefectiblemente no se hubiese escindido la actuación y

se habría remitido al funcionario competente para que resolviera el particular¹²

, o por lo menos hubiese dado a considerar en ese momento la práctica de otras probanzas, como la declaración de los militares que participaron del retén y procedieron a la captura, si realmente se buscaba dilucidar el punto.

No es correcto tomar una decisión de compulsas de copias contra “desconocidos” haciendo abstracción de indicios edificadas por la actuación de una autoridad pública en ejercicio legal de funciones de control, siendo inaceptable que se pretenda exhibir esta determinación como producto de un error secretarial por el supuesto entendimiento de que el ejército en el informe trataba dos acontecimientos distintos. La gravedad de los hechos ordenaba un análisis riguroso de la situación y no de forma simplista, el funcionario no podía limitarse a escuchar los capturados en indagatoria por el delito respecto del que procedía concederles libertad provisional para de manera inconsulta, a través de una resolución de sustanciación, desvincularlos del contexto que dio lugar a su retención.

Lo anterior cobra mayor relevancia porque el ejército fue explícito, diáfano, cuando comunicó a la fiscalía que los capturados se dejaban a disposición por el hallazgo de aproximadamente setenta kilos de lo que posteriormente se confirmaría por el propio procesado, con auxilio del perito químico, era base de coca, y no sólo por encontrárseles un arma de fuego sin salvoconducto, lo que resultó accesorio en su reporte, porque se enfatizó el asunto del estupefaciente como motivo circundante de la privación de la libertad, asociándose este con quienes resultaron aprehendidos, “Son retenidos como sospechosos, por ser las personas más cercanas que se encontraban al sitio del hallazgo”. Imperaba entonces, se reitera, dilucidar esta situación antes de ordenarse la libertad bajo el prurito que se trataba de “un falso positivo” según la exculpación del Dr. RÍOS OTERO en injurada. Y resulta inaudito que el procesado, quien para la fecha de

los hechos contaba con una amplia trayectoria en la fiscalía¹³, no tuviese conocimiento que en el medio judicial penal “Ley 30” (situación que en el acta de derechos del capturado se consignó como motivo de la aprehensión), se asocia con la Ley 30 de 1986, la cual durante años fue referente en materia legislativa en cuanto a la sanción de conductas relacionadas con el narcotráfico, o que la hubiese confundido con la ley 30 de 1992, que organiza el servicio público de educación superior, como lo insinúa la defensa.

Por eso y así lo enfatizó el a-quo, la decisión resulta manifiestamente contraria al acervo probatorio, a la manera en que debía interpretarse el derecho, configurándose el delito de prevaricato por acción.

Ahora, en lo que tiene que ver con una presunta incongruencia entre acusación y sentencia basta referir que el no envío de las diligencias en contra de desconocidos de forma oportuna, no fue lo que dio lugar a la condena por el punible objeto de acusación y sentencia, sino que se aludió a esta conducta como hecho indicador del deliberado propósito de quebrantar el ordenamiento jurídico plasmado en la decisión del 7 de octubre de 2005 pluricitada, porque si impoluto era el proceder del Dr. RÍOS OTERO, debió remitir en el acto dicho trámite al competente o, por lo menos, hacerlo con la misma celeridad con la que ordenó la libertad provisional o con la que dispuso la devolución de los \$7.800.000 en efectivo que fueron incautados.¹⁴

En consecuencia, no hay lugar a aludir una hipotética incongruencia, ya que el núcleo fáctico-jurídico de la acusación en ningún momento fue desbordado, como quiera que la sentencia impuso sanción con ocasión de la resolución del 7 de octubre de 2005 y no por la omisión en la remisión de unas diligencias. El asunto, se insiste, se retomó únicamente como elemento indicador del dolo de la conducta frente a que unas actuaciones no se hicieron esperar y otras si, concurre a perfilar un conocimiento jurídico

en el sentenciado que le permite vislumbrar el contenido y alcance de su ilegal proveído, que no fue producto de error o de un criterio discutible por contar con un mínimo de respaldo sino del querer manifiesto de tergiversar el derecho.

Por lo expuesto, los argumentos de la defensa no prosperan.

2.3. Apelación de la Fiscalía

Este sujeto procesal pretende el incremento de la pena impuesta y la revocatoria del subrogado concedido al sentenciado. Pues bien, hay que decir que el Tribunal en su proveído, tal y como lo señaló el recurrente, no brindó ninguna argumentación sobre el particular que permitiera cotejar las razones que dieron lugar al criterio asumido en ese sentido, diversas a la escueta mención de la ausencia de antecedentes penales. No tuvo en cuenta la gravedad y modalidad de la conducta, tampoco los fines de la pena e inclusive dejó de lado la causal de agravación específica que para el prevaricato está prevista en el artículo 415 del Estatuto Punitivo, que fue contemplada expresamente en la acusación y reiterada en los alegatos de conclusión de la Fiscalía durante la audiencia pública¹⁵, referente a que la pena para esta especie delictiva se aumentará hasta en una tercera parte cuando se realice en actuación judicial seguida por el delito de narcotráfico, contexto que aquí se materializó.

El impugnante se encarga de señalar claramente en su disenso que al recaer la decisión prevaricadora en un trámite relacionado con sustancias estupefacientes, el delito se torna especialmente gravoso por las consecuencias que para la sociedad e institucionalidad ha generado este flagelo criminal, sobre lo cual, ninguna consideración tuvo el Tribunal pese al inconcuso asidero de un reclamo de este carácter.

En consecuencia, procede modificar el fallo con la correspondiente redosificación de la pena ante la omisión del a quo en tal aspecto.

Lo anterior porque con el incremento previsto en el canon en cuestión, se modifican los

extremos punitivos fijados en el fallo de primera instancia que se mantuvieron dentro de la sanción básica que oscila entre tres (3) a ocho (8) años de prisión, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años. En estas condiciones, conforme con el artículo 60 del Código Penal, la pena a imponer está comprendida entre tres (3) a diez (10) años y ocho (8) meses de prisión, multa de cincuenta (50) a doscientos sesenta y seis punto seis (266.6) salarios mínimos legales mensuales e interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años y ocho (8) meses.

Ahora, de acuerdo con el artículo 61 ibídem, los cuartos en que oscila la sanción quedan así: el primer cuarto de tres (3) a cuatro (4) años y once (11) meses de prisión, multa de cincuenta (50) a ciento cuatro punto quince (104.15) salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a seis (6) años y cinco (5) meses; los cuartos medios de cuatro (4) años, once (11) meses y un (1) día a ocho (8) años y nueve (9) meses de prisión, multa de ciento cuatro punto dieciséis (104.16) a doscientos doce punto cuarenta y cinco (212.45) salarios e inhabilitación de seis (6) años, cinco (5) meses y un (1) día a nueve (9) años y tres (3) meses; y el último cuarto de ocho (8) años, nueve (9) meses y un (1) día a diez (10) años y ocho (8) meses de prisión, multa de doscientos doce punto cuarenta y seis (212.46) a doscientos sesenta y seis (266.6) salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de nueve (9) años, tres (3) meses y un (1) día a diez (10) años y ocho (8) meses.

En el presente asunto, no se endilgaron causales genéricas de mayor punibilidad, previstas en el artículo 58 del Código Penal y concurre la causal de menor punibilidad consagrada en el artículo 55, numeral 1, ibídem, la carencia de antecedentes penales, por lo que la sanción ha de ubicarse en el primer cuarto. Dicho esto, debe indicarse que contemplando la naturaleza de la infracción por la cual se procede, como las condiciones

en que fue proferida la decisión manifiestamente ilegal, es decir, con ausencia total de argumentación y desconocimiento absoluto de las pruebas aportadas a la actuación sometida a consideración del Dr. RÍOS OTERO, tiene cabida una respuesta estatal ejemplarizante que tienda a un efecto disuasivo en términos de prevención general y especial, igualmente, que se compadezca con una retribución proporcional atendiendo la lesión irrogada al bien jurídico de la administración pública. Por ello, se fijarán las penas principales en cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión, multa de noventa (90) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de seis (6) años, todo dentro del cuarto mínimo.

De otro lado, la Sala ha decantado el axioma¹⁶ referido a que en esta clase

de delitos no procede un diagnóstico favorable del factor subjetivo demandado para la concesión de los mecanismos sustitutivos de la pena de prisión, que en este caso, sería la prisión domiciliaria¹⁷, toda vez que el quantum punitivo impuesto descarta la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad¹⁸. Ello, como quiera que la defraudación de la expectativa social en cuanto se ha confiado a determinados servidores públicos el correcto desempeño de la función judicial, genera desconcierto, zozobra en la colectividad y, en particular, por el rol derivado del cargo de fiscal en el que se designó al Dr. JORGE ROBERTO RÍOS OTERO que ha de transmitir seguridad en su desempeño a la ciudadanía, pero en este evento, se empleó para desplegar una especial indiferencia por los postulados normativos precisamente encaminados a velar por la protección del conglomerado.

Por consiguiente, se revocará la decisión del Tribunal respecto de la concesión del subrogado penal y se libraré la correspondiente orden de captura en contra del sentenciado, para el cumplimiento penitenciario de la sanción impuesta.

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: CONFIRMAR EL FALLO RECURRIDO en lo atinente a la declaratoria de responsabilidad penal del procesado Dr. JORGE ROBERTO RÍOS OTERO, por el delito de prevaricato por acción agravado (Artículos 413 y 415 del Código Penal), en concordancia con la acusación efectuada en su contra.

SEGUNDO: MODIFICAR la sentencia de 11 de noviembre de 2010, emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería en cuanto a la pena impuesta y, en su lugar, IMPONER a JORGE ROBERTO RÍOS OTERO las penas principales de cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión, multa equivalente a noventa (90) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de seis (6) años, de conformidad con las consideraciones efectuadas en precedencia.

TERCERO: REVOCAR la decisión impugnada respecto a la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad, para en su lugar NEGAR tanto ésta como la prisión domiciliaria y ORDENAR LA CAPTURA del Dr. JORGE ROBERTO RÍOS OTERO, con el propósito de que cumpla de manera efectiva la pena impuesta en su contra en el centro carcelario que disponga el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, por las razones anotadas en esta providencia.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ
OTERO

LUIS GUILLERMO SALAZAR

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA
ORTIZ

JAVIER ZAPATA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folio 270 y siguientes cuaderno original 2

2 Fl. 48 y s.s c.o 3

3 Fl. 46 c.o 1

4 Fl. 49 y 51 c.o. 1

5 Cfr. Fl. 55 y s.s c.o. 1

6 Fl. 58 y s.s c.o. 1

7 Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1177 de 17 de noviembre de 2005

8 Cfr. Fl. 42 c.o 1

9 Ley 600 de 2000, Artículo 5 Transitorio, numeral 9

10 Cfr. Rad. 35153, sentencia de 31 de agosto de 2011

11 Rad. 22299, sentencia de 6 de julio de 2005

12 Así lo ordenaba Ley 600 de 2000, artículo 12 transitorio: “Término para recibir indagatoria. En los procesos de competencia de los jueces penales de circuito especializado se recibirá la indagatoria en el término señalado en el artículo 340 de este código.

Cuando los hechos sucedan en lugar distinto a la sede del fiscal delegado, el fiscal del lugar al cual la unidad de policía entregue las diligencias, deberá avocar la investigación e indagará a los imputados enviando las diligencias inmediatamente a la dirección de fiscalías correspondiente.” (Subrayas de la Sala).

13 El Dr. JORGE ROBERTO RÍOS OTERO se graduó como abogado el 29 de mayo de 1992 (fl. 46), ingresó a la Fiscalía General de la Nación el 3 de junio de 1994 (fl. 139) y para el 7 de octubre de 2005, había adelantado estudios de especialización en derecho penal además de múltiples simposios, diplomados, seminarios y cursos en esta área, según consta en la copia de su hoja de vida con la cual se conformó el cuaderno de anexos No. 1.

14 La señora María Salomé Murillo Giraldo autorizada por los retenidos para reclamar el dinero, lo recibió del Fiscal Seccional JORGE ROBERTO RÍOS OTERO el 27 de octubre de 2005. En contrapartida la investigación previa adelantada contra desconocidos nunca fue remitida a la fiscalía especializada por este funcionario, sino por su sucesor en el cargo, el 12 de marzo de 2007.

15 Cfr. Récord 1:08:30

16 Cfr. Rad. 16519, sentencia de 29 de agosto de 2002, Rad. 23972, sentencia de 30 de marzo de 2006, Rad. 23933, sentencia de 7 de julio de 2008, Rad. 35153, sentencia de 31 de agosto de 2011, entre otras.

17 Artículo 38, Código Penal

18 Artículo 63, ídem