

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Salazar Otero

Aprobado Acta No. 269

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil trece (2013)

ASUNTO

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Eduardo Enrique Bello Acosta contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva el 6 de mayo de 2011, confirmatoria de la emitida en primera instancia por el Juzgado Segundo Penal del Circuito el 17 de noviembre de 2010, mediante la cual fue condenado a la pena principal de 78 meses de prisión y multa en el equivalente a 68 s.m.l.m. como responsable del delito de concusión.

HECHOS Y ACTUACIÓN RELEVANTE

Está probado que el 10 de marzo de 2002, día de elecciones al Congreso, Delfín Losada Triviño fue retenido por autoridades militares dentro del Municipio de Algeciras (Huila), al ser encontrada dentro del vehículo que conducía un arma de fuego pese a la prohibición legal que regía, razón por la cual, sin ostentar ninguna competencia para ello y

afirmando una pretendida orden dada por la Dirección Seccional de Fiscalía so pretexto de no existir en el lugar oficina de esa entidad, el aprehendido fue puesto a disposición del entonces Juez Segundo Promiscuo Municipal Eduardo Enrique Bello Acosta, con miras a que lo escuchara en indagatoria.

Bello Acosta, al tiempo que aceptó que el ciudadano privado de la libertad fuera puesto a su disposición, además de avalar la privación de su libertad y recibirle indagatoria, le exigió, para ser liberado, que abonara \$500.000 dentro del proceso de alimentos instado por su esposa a nombre de sus menores hijos, fallado en ese despacho desde octubre de 2001, dinero que recibió en efectivo el propio Juez, entregando algunos días después a la querellante \$400.000 y quedándose con la diferencia para él, aun cuando adujera servir para el pago de una caución sin efectos impuesta inicialmente por la Fiscalía en ese mismo asunto.

Dispuesta apertura instructiva por parte de la Fiscalía Cuarta Delegada ante el Tribunal Superior de Neiva el 14 de marzo de 2003 (fl.14), una vez ratificada en su queja criminal la denunciante (fl.16) y aportada prueba de diversa índole, principalmente testimonial e inspecciones judiciales, se produjo la vinculación mediante indagatoria de Bello Acosta (fl.182) y su situación jurídica resuelta a través de resolución del 16 de marzo de 2006, sin afectársele con medida de aseguramiento alguna (fl.379).

El 15 de mayo posterior se dispuso el cierre de la instrucción y su calificación por parte de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, no obstante la Fiscalía Delegada ante la Corte al ocuparse de la apelación intentada, se abstuvo de conocer, tras advertir que dada la infracción imputada y el hecho de no haberse cometido mediando un desvío o desbordamiento de sus funciones como juez, dado que el asunto no era de su competencia, resolvió remitirlo ante una Fiscalía Seccional.

Así, el 31 de octubre de 2007, la Fiscalía 11 Seccional de Neiva acusó al inculcado por

el delito de concusión, en determinación confirmada por la segunda instancia el 29 de mayo de 2008.

Tramitada la fase del juicio se emitieron las sentencias de primera y segunda instancia en los términos sintetizados previamente.

DEMANDA

Un reproche es postulado por el apoderado de Eduardo Enrique Bello Acosta contra la sentencia impugnada.

Acude para el efecto a la causal tercera en el sentido de haberse proferido la sentencia dentro de un proceso viciado, en razón de carecer los funcionarios judiciales que conocieron del mismo de competencia.

Para el actor, este proceso debió ser fallado en primera instancia por el Tribunal Superior de Neiva, dado que en su concepto el inculcado actuó por razón de sus funciones como Juez Municipal de la República, por lo cual al adoptar esta decisión un juez del circuito se procedió con manifiesto incumplimiento de los mandatos previstos por el art. 76.2 de la Ley 600 de 2000.

Para el actor, en este caso Bello Acosta debió ser juzgado atendiendo al fuero que lo asistía por cometer delito en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, pues había recibido indagatoria al ciudadano Delfín Losada Triviño, sin que en su criterio quepa la distinción que hace el Tribunal para negar este planteamiento sosteniendo que se trató de un acto por fuera de sus deberes funcionales o por razón de ellos, pues resulta indiscutible que intervino en su condición de Juez Segundo Promiscuo Municipal.

“Dicho de otra manera -acota-, la expresión ‘por razón de’ requiere de una actividad previa, de un derivado, de un complemento y estos se dan de la especial

circunstancia de haber sido el procesado juez municipal. Además, no es un delito común en el que incurrió, es un reato con sujeto cualificado”, no obstante reconocer que no siempre representa esa condición, como cuando maneja un vehículo o gira un cheque sin fondos, por ejemplo.

Hace énfasis entonces en que Bello Acosta actuó como Juez y por razón de sus funciones, siendo equivocado considerar, como lo hizo el Tribunal, que al recibir indagatoria a un ciudadano y no ser esta intervención propia de su competencia, simplemente abusó del cargo y que entonces no lo ampara el fuero, visto que intervino “al recibir una orden directa del entonces Director Seccional de Fiscalías de Neiva quien le atribuyó dicha función”, máxime si se reconoció que no existía en Algeciras una sede de la Fiscalía.

El sentenciador, en forma errada, estimó que al no ser función constitucional ni legal del juez municipal Bello Acosta recibirle indagatoria a un ciudadano detenido en flagrancia, abusó de su cargo, configurándose el supuesto típico del delito de concusión, pero concluyendo pese a ello que esa conducta se realizó por fuera de sus funciones constitucionales y legales, cuando es evidente en su criterio que precisamente intervino por razón de las mismas, de donde proviene el fuero para su juzgamiento.

Se está, pues, en presencia de un aforado legal, no obstante lo cual por entender que le sirve de fundamento de referencia, recuerda que así como respecto de los aforados constitucionales no se pierde tal calidad cuando se comete un hecho por fuera de la función congresional, no existe ninguna razón para afirmar que en el caso de los aforados legales sí se pierda, más aun si en este caso cabe sostener que el abuso del cargo se realizó por razón de sus funciones.

Para el actor no se podría entender justificado el juzgamiento de que ha sido objeto el acusado, pretextando mayores garantías o instancias, pues el desconocimiento del fuero

comporta una incompetencia por parte del funcionario judicial que sólo puede ser corregida por vía de la nulidad.

Encuentra el libelista que la doctrina de la Corte citada,¹ corresponde al Decreto 2700 de 1991 vigente en la época, pero con supuestos diversos al estatuto actual, pues allá se preveía el fuero para conductas realizadas “por razón de sus funciones” y el actual es “en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas”, por lo que sería pertinente, la línea jurisprudencial trazada por la Corte en diversas decisiones.²

Entiende el actor que corresponde a la Corte declarar que cuando el delito de concusión se comete “por abuso del cargo”, esta forma alternativa es una opción de la especie “por razón de ellas” del art. 76-2 de la Ley 600 de 2000 aludido, pues sólo así tendría explicación que se halle incluida en el precepto esta otra modalidad.

Para el censor la irregularidad advertida es trascendente, pues la competencia para juzgar es uno de los principios basilaes del debido proceso, acorde con el art. 29 de la Carta Política, correspondiéndole a la Corte unificar el criterio pues “por el hecho de la dualidad que en sus verbos rectores alternativos consagra el tipo penal del art. 440 del C.P.”, se presentan controversias como las que se han originado en desarrollo de este proceso.

Solicita a la Corte se case el fallo y declare la nulidad de lo actuado a partir de la providencia del 9 de octubre de 2006, mediante la cual la Fiscalía Delegada ante la Corte se abstuvo de resolver la apelación.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Con apoyo en doctrina de la Sala No.33716 de 2011 que encuentra pertinente, para la Procuradora Tercera Delegada en Casación Penal, es claro que cuando la conducta

constituye un exceso funcional no tiene cabida la aplicación del fuero legal, sentido en el cual, en postura diametralmente opuesta a la del actor, tiene en su concepto absoluta vigencia el antecedente de esta Sala³, sin que se observen grandes diferencias entre los preceptos 76 del C. de P.P. en que se fijó la doctrina y la Ley 600 de 2000.

Lo primero que advierte la Procuradora es que el delito imputado contempla tanto la conducta del servidor que comete la infracción abusando del cargo o de la función, pero solamente en este último supuesto está cobijado por el fuero legal.

Sobre este particular se ocuparon diversas autoridades a lo largo del proceso, comenzando por la Fiscalía Delegada ante la Corte, cuando se abstuvo de desatar la impugnación del calificadorio que originalmente profirió el Tribunal de Neiva, luego el juez a quo y de nuevo el Tribunal para ratificar la negativa a una nulidad deprecada.

Entiende la Procuradora que dados los términos de la acusación, fuera de cualquier duda está que la competencia para conocer de este asunto recayera en los jueces ordinarios, sin que el problema jurídico para definir el tema esté dado por el cambio normativo que ameritara un nuevo entendimiento de la figura, pues ninguna duda hay en que el fuero no cobija al funcionario por tener esta condición, sino a la función desempeñada, razón suficiente para rechazar la censura.

CONSIDERACIONES

1. Garantía principal y originaria para el ejercicio del ius puniendi con legitimidad, es que el trámite a través del cual se llega a proferir una decisión definitiva, cumpla con el debido proceso, bajo el entendido del precepto constitucional 29 y de acuerdo con el cual nadie puede ser juzgado sino conforme con leyes preexistentes al acto que le es imputado, ante juez competente y con observancia de las formas propias de cada juicio.

2. Orientado al cumplimiento a plenitud de las formas propias de cada juicio, que entre muchas otras expresiones determina la autoridad a la que corresponde conocer de un proceso, está el fuero de juzgamiento, entendido en términos generales como aquella garantía de que gozan ciertos servidores públicos en virtud del cargo que ostentan, o por las funciones que desempeñan, para ser imperativamente juzgados por cierta autoridad y cuya violación implica quebranto al principio del juez natural.

3. Así, como bien se sabe, los parlamentarios, en términos de lo previsto por los artículos 235.3 y 186 de la Carta Política, deben ser investigados y juzgados por la Corte Suprema de Justicia por los delitos que les sean imputados en tanto ostenten dicha calidad, competencia que se mantiene no obstante la pérdida de la investidura, siempre y cuando las conductas objeto de investigación tengan relación con las funciones discernidas por la propia Constitución.

Existe otra suerte de servidores para los cuales igualmente la Constitución ha previsto su juzgamiento por parte de la Corte, tales como los Ministros del Despacho, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Procuradores ante la Corte y Consejo de Estado, Directores de Departamentos Administrativos, Contralor General, Embajadores y Jefes de delegaciones, Gobernadores, Magistrados de Tribunal, Generales y Almirantes de la Fuerza Pública.

4. Hay también otra categoría de servidores en relación con los cuales el fuero de juzgamiento se ha previsto en la ley, espacio al que pertenecen, entre otros, el Viceprocurador, Vicefiscal, Magistrados de Consejos Seccionales de la Judicatura, Registrador Nacional, Director Nacional y Seccionales de Fiscalías.

Igualmente, a la Corte Suprema corresponde conocer en segunda instancia de aquellos asuntos que son de dominio de los Tribunales Superiores en primera instancia y entre ellos, los procesos seguidos contra jueces del circuito, de ejecución de penas y medidas de

seguridad, municipales, de menores, de familia y penales militares, acorde con el art. 76.2 de la Ley 600 de 2000 aplicable en este caso.

Este precepto, al fijar el marco de intervención de los Tribunales y consecuentemente de la Corte, precisa que la conducta de esta clase de servidores será conocida por dichas autoridades “por delitos que cometan en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas”.

Precisamente la expresión modal en referencia, configura el objeto del recurso extraordinario, en tanto el impugnante entiende que la conducta imputada al juez promiscuo Eduardo Enrique Bello Acosta, debió ser tramitada en primera instancia por el Tribunal y no por un juzgado del circuito, al concurrir en este caso fuero de juzgamiento, aspecto sobre el cual, conforme quedó reseñado en la actuación procesal, se ocuparon las diversas autoridades que intervinieron en este trámite, por haberse considerado inicialmente que en efecto, se estaba frente a una actuación aforada, tesis rechazada a partir de decisión calendada el 9 de octubre de 2006 en que la Fiscalía Delegada ante la Corte advirtió que el delito atribuido al Juez no se habría realizado en razón de sus funciones, sino abusando de su cargo, de modo que debía tramitarse el proceso por una Fiscalía Seccional.

5. Imperativo para abordar el cuestionamiento que dentro de los linderos del debido proceso hace el actor, es recordar la intervención del juez Bello Acosta constitutiva de los hechos que le han sido imputados en la modalidad de concusión, ya reseñados en el acápite del acontecer fáctico, única forma de fijar un criterio comprensivo de su conducta dentro de los supuestos que ameritaban tratamiento foral o no.

6. Para dilucidar el tema sobre si concurría fuero legal o no, la Fiscalía Delegada ante la Corte citó la decisión de esta Sala⁴, mismo proveído fundamento para rechazar en las sentencias de primera y segunda instancia idéntica pretensión invalidatoria como la aducida

en casación, con el reiterado argumento que carece de actualidad o vigencia, lo que amerita abordar este aspecto del ataque en primer término.

Al revisar el devenir procesal a partir del Decreto 409 de 1971, se constata que la competencia de los Tribunales Superiores para juzgar en primera instancia, entre otros servidores, a los jueces municipales lo era “por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas” (art.33.2); idéntica fue también la regulación contemplada en el art.69.2 del Decreto 50 de 1987; a su turno, el art. 70.2 del Decreto 2700 de 1991, fijó dicha competencia exclusivamente “por delitos que cometan por razón de sus funciones”; el art. 76.2 de la Ley 600, aplicado en este caso, la prevé de nuevo “por delitos que cometan en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas”, misma regulación contenida, finalmente, en el art.34.2 de la Ley 906 de 2004.

Encuentra la Corte a través de los diversos ordenamientos procesales penales que se han ocupado del fuero de juzgamiento para este rango de servidores públicos, en doctrina que en cada época ha fijado el mismo alcance hermenéutico, que si bien ha existido una fluctuación entre su directo discernimiento para conductas derivadas del desempeño de funciones, en otras oportunidades se ha aludido también a delitos cometidos por razón de dichas funciones, expresiones que, en todo caso, ha entendido la doctrina de la Sala por lustros decantada como equivalentes, en el sentido que las conductas de un juez objeto de fuero, sólo son aquellas que expresan el cumplimiento de actos funcionales o directamente derivados de los mismos, bajo el categórico supuesto que esta especie de fuero está referida no a la condición de servidor público o por su investidura, sino exclusivamente al tipo de función que desarrolla, en donde debe precisarse el tipo de delito ejecutado y si deviene o no como producto de la función.

7. Es así que la Corte en vigencia del estatuto procesal 050 de 1987, advertía lo siguiente:

“1.La competencia que fija el artículo 69, numeral 2 del Código de Procedimiento Penal a las Salas de decisión Penal de los Tribunales Superiores de Distrito para que conozcan en primera instancia de los procesos que se sigan a los Jueces, se restringe expresamente a las infracciones cometidas “en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas”, consagrando así un fuero restringido o funcional, pertinente a los delitos cometidos por razón del servicio o con ocasión de éste, y distinto del pleno que cubre a los altos funcionarios del estado (arts. 96, 97, 102, 131 y 151 de la Constitución Nacional) donde se toma particularmente en cuenta la estabilidad de las instituciones”.⁵

Al tiempo que en la decisión mencionada párrafos atrás en este fallo⁶ era fijado el contenido y alcance de la expresión “por razón de sus funciones”, en los siguientes términos:

“Tal fuero, sin embargo, dista de ser personal o referente a la investidura, pues ni se extiende a la totalidad del tiempo en que el fiscal se desempeñe como tal, ni cubre toda clase de infracciones, sino tan solo aquellas que se cometan dentro de su ejercicio funcional o por razón del mismo, lo excluye (sic) no solamente los llamados delitos comunes, sino aún los de responsabilidad que se cometan con el solo abuso del cargo, lo que parece indicar que esta competencia especial refiere, a aquella responsabilidad adicional que la Constitución Política adjudica en su artículo 6. a los servidores públicos, que a diferencia de los particulares, no solo se deriva de la simple infracción a la constitución y a la ley, sino además “por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”

Tan específica atribución implica, entonces, dentro de otras consecuencias, que para aquellos delitos en que a su ejecución se llega tanto por el abuso de la función como del cargo, la competencia se escinda, cubriendo el fuero con exclusividad el evento primero, en tanto que si la infracción ocurre por un abuso de la investidura, habrán de conocer los funcionarios ordinarios, con sujeción a los demás factores que determinan

su intervención en cada caso concreto.

Tal es lo que sucede, entre otros, frente al delito de concusión, donde la descripción legal del tipo (artículo 140 del Código Penal, modificado por el artículo 21 de la Ley 190 de 1995) admite la ejecución de la conducta, sea porque el servidor público abuse de su “cargo” ora “de sus funciones”, siendo entendido que su aforamiento queda restringido a la segunda de estas dos hipótesis puntuales.

8. No escapa a la misma sindéresis, la reiteración que de éstas premisas hiciera la Corte en varias sentencias⁷, entre otras, como no podría ser de otro modo, esto es bajo el claro entendido que solamente son conductas aforadas aquellas que desarrolla el servidor público dentro del estricto marco de acción que la ley le concede y autoriza, o en aquellos actos derivados de esas mismas funciones.

9. El propio actor indica que la expresión “por razón de” es consecuencia derivada y natural de las funciones, en forma tal que bajo ninguna circunstancia conductas que no tengan ese estricto origen, pueden estar comprendidas por el presupuesto condicionante para el discernimiento del fuero legal, visto que en la secuencia legislativa, la expresión “por razón de” ha sido utilizada indistintamente, pero sin que esto pueda entenderse propio de una diferenciación al extremo de reconocer que tiene cabida en ella los abusos del cargo sin carácter funcional como actos juzgables con fuero, simplemente por el hecho de que unos y otros tuvieron por actor a un juez de la República, pues es imperioso que exista una estrecha relación entre la función y los actos derivados de la misma.

La locución de la cual se hace mención no tiene como complemento u origen la conducta de un juez, ni el hecho de tratarse de un delito con sujeto activo cualificado por sí mismo determina su juzgamiento foral, pues esta forma de argumentar pretende equiparar los fueros constitucional y legal. Y tampoco todos los actos de un juez deben ser

juzgados con fuero, sin que esa exclusión esté reservada a la comisión de delitos simplemente comunes.

10. También adujo el actor que la intervención del juez procesado al aceptar al ciudadano retenido, dejarlo privado de la libertad y tomarle indagatoria, se debió al hecho de recibir “orden directa del entonces Director Seccional de Fiscalías de Neiva”, como si estuviera en cuestión que esa autoridad podía alterar la ley o se tratase de un superior funcional que, por demás, actuara con ese rango.

Es lo cierto que el imputado no tenía absolutamente ninguna atribución -menos competencia alguna- para actuar frente al presunto infractor, que debía ser puesto a disposición privativa de la Fiscalía General, pero este proceder sólo hace parte de la conducta en su integralidad constitutiva del delito de concusión imputado, como quiera que, según se advirtió, para conceder la libertad del ciudadano Delfín Losada, lo indujo a entregarle \$500.000 a cuenta de un asunto por inasistencia alimentaria fallado seis meses atrás, quedándose de dicha suma con \$100.000 que a posteriori quiso justificar como propia de la caución impuesta en las postrimerías de ese mismo asunto y desde luego sin efectos a la fecha de la exigencia.

Finalmente el censor buscó apoyo en la propia descripción típica del delito de concusión, haciendo notar que admite su comisión por parte del servidor público tanto “abusando de su cargo” como “de sus funciones”, sin reparar en que la modalidad comportamental a que alude esta descripción no determina el fuero, o mejor aun que el hecho de poderse realizar el delito con abuso del cargo o de las funciones simplemente conduce a su adecuación en esta figura pero no fija la autoridad que debe juzgarlo, de manera que si se está frente a un abuso del cargo por parte del Juez, dentro de un contexto por fuera de sus deberes funcionales, no está amparado por el fuero legal, según sucedió en este caso, en tanto que si se expresa dentro de la órbita de sus responsabilidades como servidor judicial si estaría revestido de dicha garantía de

juzgamiento.

11. No hay, por tanto, violación alguna al debido proceso, cuando el asunto recurrido se tramitó sin sujeción foral alguna, ni quebranto del derecho al juez natural y menos incompetencia por parte de las autoridades que conocieron del mismo en los términos en que se procedió, razón suficiente para que, de acuerdo con el criterio del Ministerio Público, el fallo deba mantenerse incólume.

* * * * *

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

RESUELVE

No casar el fallo impugnado.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO

A.

CASTRO CABALLERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ
FERNÁNDEZ

GUSTAVO E. MALO

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JAVIER DE JESÚS

ZAPATA ORTIZ

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Radicado 1305 de 1997

2 Entre otras radicado 29.769 de 2009

3 Radicado 13.305 de 1997

4 Radicado 13305 de 1997

5 Auto de 1º de noviembre de 1990, radicado 4628

6 Ver cita de pie de pag. 3

7 Radicados 33716 de 2011 y 39863 de 2012