

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Aprobado Acta No. 208

Bogotá D.C. julio tres (3) de dos mil trece (2013)

I. VISTOS

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Fiscal 5ª Delegado y el Procurador 79 Judicial Penal II, contra la sentencia proferida el 1º de noviembre de 2011 por la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, la cual absolvió a la ex Juez 1ª de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Palmira (Valle), MARIA CRISTINA SAAVEDRA YEPES1 y a la ex Procuradora 307 Judicial I Penal LIGIA GARCÉS RENTERÍA por los delitos de prevaricato por acción y omisión agravados, respectivamente.

II. ANTECEDENTES

Para la cabal comprensión de los hechos que motivaron la investigación contra las doctoras MARIA CRISTINA SAAVEDRA YEPES, y LIGIA GARCÉS RENTERÍA se estima pertinente referir previamente que:

Con ocasión de diversas investigaciones por narcotráfico fue detenido GILBERTO RODRÍGUEZ OREJUELA el 9 de junio de 1995, y un mes mas tarde, el 6 de agosto su hermano MIGUEL RODRÍGUEZ y enviados al pabellón de máxima seguridad de la cárcel La

Picota de Bogotá.

Acumulados varios procesos en el radicado 2668, el Juzgado Regional de Cali el 16 de enero de 1997, en sentencia anticipada condenó a GILBERTO y MIGUEL RODRÍGUEZ OREJUELA como responsables de los delitos de tráfico de estupefacientes y otros, decisión recurrida ante el Tribunal Nacional que en sentencia del 5 de mayo de 1998, modificó algunos apartes de la pena quedando la de Gilberto en 184 meses de prisión como autor de tráfico de estupefacientes, amenazas personales, enriquecimiento ilícito de particulares, porte ilegal de armas de defensa personal, falsedad de particular en documento público y privado, y falsedad personal para la obtención de documento público; y la de MIGUEL RODRÍGUEZ en 176 meses y 20 días de prisión como autor de los delitos de tráfico de estupefacientes, falsedad ideológica en documento público y falsedad en documento privado, decretó la nulidad y rompió la unidad procesal para que se investigara aparte el delito de enriquecimiento ilícito de particulares. Recurrido en casación, la Sala Penal de la Corte el 29 de octubre de 2001, prescribió el delito de amenazas respecto de GILBERTO, le disminuyó un mes a la pena y en lo demás se abstuvo de casar.

En otro proceso también por violación a la Ley 30 de 1986, radicado 3327, el Juez Regional de Cali el 21 de febrero de 1997 condenó a MIGUEL RODRÍGUEZ a 23 años de prisión, quantum reducido por Tribunal Nacional el 4 de julio de 1997 a 21 años, decisión que cobró firmeza el 18 de enero de 2001 fecha en que la Corte Suprema de Justicia no casó el fallo.

Posteriormente, por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares tramitado bajo el radicado 00-0005, el Juzgado 1º Penal del Circuito Especializado de Cali el 27 de mayo de 2002 condenó a MIGUEL RODRÍGUEZ OREJUELA a 5 años 4 meses de prisión, decisión que no fue recurrida.

Por quebrantos de salud los hermanos RODRÍGUEZ OREJUELA fueron enviados al pabellón de máxima seguridad de Palmira el 29 de septiembre de 2000, cuya ejecución de la pena le correspondió al Juzgado 1º de esta especialidad, en dicha ciudad.

Con relación a estas tres condenas, el apoderado de MIGUEL RODRÍGUEZ OREJUELA solicitó acumulación jurídica de penas, decisión objeto de cuestionamiento en este fallo.

III. HECHOS

El episodio fáctico se originó con el auto No. 1058 del 14 de agosto de 2002, proferido por la entonces Juez 1ª de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Palmira -Valle-, MARÍA CRISTINA SAAVEDRA YEPES, quien al hacer la acumulación jurídica de las penas de prisión de: a) 14 años 8 meses 20 días (176 meses 20 días) impuesta en sentencia anticipada dentro del radicado 2668; b) 5 años 4 meses definida en el radicado 00-005 y c) 21 años en el radicado 3327 por las que había sido condenado MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ OREJUELA, se basó en el delito sancionado con la pena mas grave de todos los infringidos y no en la sentencia con pena más alta, y volvió a dosificarla. Consideró que como entre los hechos fallados en las tres sentencias, el delito mas grave es el de narcotráfico el cual se encuentra en dos de ellas, - radicado 2668 y 3327 -, debía partir de la pena de 14 años 8 meses 20 días impuesta en el radicado 2668 “porque además de contener el delito determinado con la pena mas grave, contiene el mayor número de conductas de narcotráfico (envío de 14.050 kilos de cocaína) en concurso con el concierto para exportar y otros, es el primero que se falló, y el único que le permite al condenado obtener los beneficios de rebaja por confesión y acogimiento a sentencia anticipada”², a dicho quantum le aumentó 27 meses por las otras dos condenas (una por el envío de 150 kilos de cocaína penado con

21 años, y otra por enriquecimiento ilícito sancionado con 5 años 4 meses), para un total de 203 meses 20 días.

Tal razonamiento lo sustentó en la literalidad de los artículos 470 de la Ley 600 de 2000 en concordancia con el artículo 31 de la Ley 599 de 2000, al igual que con la jurisprudencia de la Corte del 24 de abril de 1997 según la cual: “ La acumulación jurídica de penas a que se refiere el artículo 505 del Código de Procedimiento Penal – modificado por el artículo 60 de la ley 81/1993-, por contraposición a la aritmética, tiene por finalidad efectuar por parte de los Jueces de Ejecución de Penas y medidas de Seguridad –o quien haga sus veces- una redosificación punitiva menos gravosa regida por los parámetros establecidos para el concurso de hechos punibles, en los casos de sentencias proferidas contra un mismo procesado en diferentes procesos”. (subrayas del texto consignado en auto 1058 del 14 de agosto de 2002).

Señaló la funcionaria que la anterior sanción se muestra acorde con los principios de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad “toda vez que no puede sobrepasar en forma considerable a la de su hermano” GILBERTO RODRÍGUEZ, a quien se le juzgó en el mismo proceso por un mayor número de envíos de cocaína (19.170 kilos) y otros delitos, a la pena de 183 meses y 13 días.

Concluyó que si MIGUEL RODRÍGUEZ OREJUELA “hubiese sido objeto de un solo proceso donde se juzgase el caso de los 150 kilos y el enriquecimiento ilícito, la penalidad no hubiese desbordado los 24 años y con las rebajas correspondientes por confesión y acogimiento a sentencia anticipada, su pena tampoco superaría la de aquel (su hermano)”³.

Ante tal decisión, la doctora LIGIA GARCÉS RENTERÍA representante del Ministerio Público en ése proceso, estando facultada para impugnar guardó silencio cobrando ejecutoria el proveído.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. Por los hechos mencionados, la Fiscalía 20 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá el 19 de mayo de 2003, compulsó copias para que se investigara la actuación de las funcionarias MARÍA CRISTINA SAAVEDRA YEPES y LIGIA GARCÉS RENTERÍA, dentro del inhibitorio proferido a favor del juez de ejecución de penas de Tunja, doctor PEDRO JOSÉ SUÁREZ VACCA.
2. El 26 de septiembre de 2003⁴, el Director Nacional de Fiscalías remitió la investigación a la Unidad de Fiscalías Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la cual ordenó apertura de investigación preliminar.
3. El 21 de julio de 2004, el Fiscal General de la Nación con resolución 34035 asignó la actuación a la Fiscalía 2ª Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, la cual, el 26 de julio de 2006 ordenó abrir instrucción⁶ y vincular a las implicadas mediante indagatoria, diligencias realizadas el 18 y 22 de agosto siguiente, cerrando la investigación el 18 de julio de 2007⁷.
4. El 16 de octubre de 2008, el funcionario instructor acusó⁸ a las doctoras SAAVEDRA YEPES y GARCÉS RENTERÍA de los delitos de prevaricato por acción y omisión agravados respectivamente, decisión confirmada por el Vicefiscal General⁹ el 22 de diciembre de 2009.
5. Ejecutoriada la acusación, la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga (Valle), el 5 de abril de 2010 asumió el trámite del juicio, en cuyo desarrollo la procesada SAAVEDRA YEPES solicitó nulidad de la etapa instructiva y en forma subsidiaria, la práctica de algunas pruebas. Dicha Corporación de instancia en audiencia preparatoria negó la invalidación y ordenó las pruebas demandadas¹⁰, decisión confirmada por la Corte en providencia del 27 de julio de 2011.

6. Como pruebas obrantes en el expediente se encuentran:

a. Copia del expediente que se siguió en contra del juez PEDRO JOSÉ SUÁREZ VACCA el cual terminó con decisión inhibitoria.

b. Copia del memorial del 2 de agosto de 2002 suscrito por OSCAR ÁLVARO MAZO BEDOYA defensor de MIGUEL RODRÍGUEZ OREJUELA, a través del cual solicita la acumulación jurídica de las penas.

c. Copia del interlocutorio No. 1058 del 14 de agosto de 2002 con el cual la procesada acumuló las diferentes penas a MIGUEL RODRÍGUEZ OREJUELA.

d. Declaración rendida por OSCAR ÁLVARO MAZO BEDOYA en la que explicó los argumentos expuestos en la solicitud de acumulación. Igualmente señaló que no tiene nexos de amistad con la juez SAAVEDRA YEPES, la conoce como colega en la judicatura toda vez que también hizo parte de la Rama Judicial por espacio de 32 años, desde juez hasta Magistrado de los Tribunales de Buga y Cali.

e. Inspección judicial realizada el 15 de abril de 2004 a las instalaciones del Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Palmira, obteniéndose copias de 16 autos interlocutorios relativos a acumulaciones jurídicas, emitidos por la juez entre el 2 de enero al 14 de agosto de 2002.

f. Versión libre rendida por la doctora SAAVEDRA YEPES en la cual precisó que no existe una metodología para acumular penas, debiéndose acudir al artículo 31 del Código Penal cuyo objeto es hacer menos gravosa la situación del condenado, conforme lo planteó la Corte en decisión del 24 de abril de 1997. Afirmó que la norma puede dar lugar a múltiples interpretaciones, sin embargo el desacuerdo sobre ella no constituye prevaricato pues no actuó de manera caprichosa o improvisada. Explicó la forma como acumuló las penas así: “Cuando procedí a efectuar la acumulación

jurídica, primero revisé las infracciones penales contenidas en las diferentes sentencias, para determinar el delito base estableciendo que este se encontraba tanto en la primera como en la segunda sentencia, éste delito no es otro que el de tráfico de 14.000 kilos de cocaína y 150 kilos en la segunda decisión. El delito base por consiguiente, era el de narcotráfico sancionado con pena máxima de 12 años, según las circunstancias en que fue cometido, conforme al artículo 31 del C. Penal, esta sanción máxima se podía doblar, entonces la sanción a imponer era la de 24 años, porque la pena final no puede exceder el doble de la considerada como más grave. A este quantum definitivo se llegó por considerársele únicamente circunstancias de agravación, es decir, se le impuso la sanción más alta que se podía; pero a esos 24 años había que deducirle a su favor los beneficios por confesión y sentencia anticipada, lo que le daría como pena definitiva 14 años aproximadamente”¹¹.

En relación con el aumento de 27 meses, señaló: “Porque el artículo 470 del C.P.P., después de remitir al 31 del C.P.P determina: “En estos casos la pena impuesta en la primera decisión, se tendrá como parte de la sanción a imponer”, de ahí que procediera a tener en cuenta la primera decisión y le aumentara 27 meses, pero entendía claramente que no podía sobrepasar los 24 años y menos doblar los 14 porque eso no lo autoriza la ley. Al estipular la suma de 27 meses, se tuvo en cuenta que su pena no fuera superior a la de su hermano, porque lo consideré desproporcionado, ya que aquel había cometido muchos más hechos delictivos (8 conductas punibles) y también había realizado más envíos de narcóticos al exterior pero que por haber sido juzgado en un solo proceso, iba a salir más beneficiado que su congénere únicamente por el hecho de que a MIGUEL se le abrieron tres procesos”¹²

g. Copia de la resolución No. 450 del 7 de diciembre de 2001 del Consejo Superior de la Judicatura distinguiéndola con la medalla “José Ignacio de Márquez” en categoría plata, como reconocimiento a su labor en la Rama Judicial.

h. Versión libre rendida por la ex procuradora GARCÉS RENTERÍA quien dijo no haber visto asomo de ilegalidad, actitud maliciosa o manifiestamente irregular en la decisión, la cual en su criterio contenía un análisis cuantitativo y cualitativo de la situación, con sujeción a la verdad procesal, motivo por el que se abstuvo de recurrir.

i. Indagatoria rendida por la doctora SAAVEDRA YEPES donde negó que los autos proferidos por ella en los casos de José Nain García y Elkin Darío Bolaños, tengan una directriz diferente a la que aplicó a Miguel Rodríguez Orejuela; también refirió que el artículo 31 no dice que se deba partir de la sentencia que imponga la pena mas alta sino que se someterá a la disposición que establezca la pena mas grave según su naturaleza. En relación con la variación del precedente que venía aplicando el cual partía de la sentencia con pena mayor agregó: “el variar de criterio jurídico es muy común en el ejercicio de la judicatura, en el caso por el cual se me pregunta, yo varié mi criterio cuanto tuve la oportunidad de estudiar y profundizar sobre la filosofía y finalidades de la acumulación jurídica de penas adentrándome en el estudio tanto de las normas que lo regulan como la jurisprudencia del doctor Arboleda Ripoll, Reyes Echandía y otros.”¹³. Respecto de la condena a 21 años explicó que “quedó subsumida en la acumulación jurídica de penas”;

j. Sobre el conocimiento personal, social y profesional de la doctora SAAVEDRA YEPES se allegaron declaraciones de CARLOS H. MURGUEITO ex magistrado de los Tribunales de Buga y Cali¹⁴, JESÚS MARÍA DÍAZ DELGADO ex magistrado de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura¹⁵ y JOSÉ ALIRIO CRUZ PERDOMO ex magistrado del Tribunal de Buga¹⁶.

En la audiencia pública testificaron JULIO CESAR VELASCO OSPINA, comerciante de Tuluá; JESÚS ANTONIO BALANTA asistente del Juzgado 4º de ejecución de penas de Cali; ANA HILDA GUDZIOL VIDAL ex magistrada de la Sala Penal del Tribunal de Cali; AMANDA LORZA VÉLEZ ex magistrada de la Sala Civil del Tribunal de Cali; OLGA GÓMEZ MARIÑO,

titular del Juzgado 2º de Ejecución de Penas de Cali y Magistrada en encargo del Tribunal de la misma ciudad, quienes destacaron las cualidades y virtudes de la juez SAAVEDRA YEPES como funcionaria y profesional, exaltaron su reconocida solvencia moral, calidad humana, capacidad y disciplina, por lo que es respetada en el círculo judicial.

k. Sobre el conocimiento personal, social y profesional de la ex procuradora GARCÉS RENTERÍA se expresaron los testigos CONSUELO ARGENIS MINA CHARA abogada y profesional universitario grado 17 de la Procuraduría Provincial de Buga¹⁷; CLARA ESTELA QUINTERO ESQUIVEL abogada y funcionaria de la procuraduría¹⁸; RUBÉN PÉREZ ECHEVERRI abogado ex funcionario jubilado de la Procuraduría¹⁹, quienes refieren que se trata de una persona de intachable comportamiento labora y social.

l. Acta de posesión de MARIA CRISTINA SAAVEDRA YEPES como Juez 1º de Ejecución de Penas y medidas de Seguridad de Palmira²⁰ y de LIGIA GARCÉS RENTERÍA como Procuradora 307 Judicial I Penal con sede en Cali²¹

Culminada la vista pública el 14 de septiembre siguiente, el a quo absolvió a las procesadas en sentencia del 1º de noviembre de 2011²², decisión recurrida por el Fiscal 5º Delgado ante el Tribunal y el Procurador 79 Judicial Penal I.

V. PROVIDENCIA IMPUGNADA

1. El Tribunal de Descongestión de Buga absolvió por atipicidad de la conducta a MARIA CRISTINA SAAVEDRA YEPES ex juez de ejecución de penas de Palmira acusada de prevaricato por acción agravado, al considerar que la decisión cuestionada -de fecha 14 de agosto de 2002- según la cual, la redosificación en caso de acumulación jurídica no debía partir de la sentencia que registrara la sanción más alta o mayor, sino que el precepto legal sugería estarse a la que contemplara el delito con pena mas grave, no es manifiestamente contraria a la ley, en razón a que:

a) La interpretación de la norma que trata sobre la acumulación jurídica de penas -artículo 470 de la Ley 600 de 2000 y su remisión al artículo 31 de la Ley 599 de 2000- ha sido discutible, en consecuencia, el criterio sostenido por la juez en su momento no era un “cabal desatino”.

b) La literalidad del artículo 31 ibídem aplicado a la acumulación jurídica de penas no es del todo diáfano que permita entender que, cuando habla de “la disposición que establezca la pena más grave”²³ se trata de la “pena más alta”, lo cual ha generado pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia a fin de aclarar dicha expresión.

c) Si ahora está zanjada la discusión, el juicio debe hacerse ex ante, es decir ubicar al operador jurídico al momento en que emitió la decisión cuestionada.

d) No fue maliciosa la interpretación dada por la funcionaria al texto legal y a la jurisprudencia citada, toda vez que el código sustantivo apenas tenía un año de vigencia, por tanto no puede decirse que existía una clara línea jurisprudencial trazada por la Corte.

e) El criterio vertido por la funcionaria en la decisión cuestionada es coherente con los emitidos meses atrás, como lo demuestra los varios interlocutorios allegados al expediente obtenidos en diligencia de inspección judicial, radicados No. 369, 461, y 51124, advirtiéndose que tal discernimiento no fue aislado ni con propósitos venales, “luego, no es cierto, como lo plantearon los distintos voceros del ente acusador, que la Juez muestra con decisiones contradictorias su afán de apartarse “ostensiblemente” de la ley”²⁵.

f) La situación de los sentenciados Gilberto y MIGUEL RODRÍGUEZ OREJUELA dentro de un mismo proceso, verificada por la juez acusada para determinar cuál debía ser el delito base, no da muestra de ser un extravagante afán de favorecimiento a este célebre

narcotraficante, sino el propósito de ofrecer una solución con un sustrato de justicia, apoyado en bases serias y razonables, siendo inadmisibles asumir de manera prejuiciosa que toda decisión con algún alcance favorable hacia aquellos celeberrimos personajes esté inspirada en ánimo prevaricador.

g) Con sustento en las pruebas testimoniales, concluyó que la Juez SAAVEDRA YEPES es una funcionaria destacada, de reconocida solvencia y probidad como lo han expresado sus superiores y amigos.

Manifestó el Tribunal Superior de Buga, que si bien el Estado tiene la imperiosa tarea de recuperar su legitimidad medrada por la complacencia a ciertos contrapoderes, ella no puede descansar sobre la base de que el derecho penal tiene zonas de exclusión vedadas a los jueces como figuras de equilibrio, que mediante el principio pro homine y de la ley penal mas favorable, aplican principios proclamados por nuestros Códigos Sustantivo y Procesal Penal. Así considera la Sala que procedió la Juez, y si de ello se deriva censura, conforme a otras posturas, de que hubo equívoco, de ninguna manera entraña delito de prevaricato”.

2. En cuanto a la ex Procuradora LIGIA GARCÉS RENTERÍA, la colegiatura sin más asintió que su situación estaba supeditada a la suerte de la doctora SAAVEDRA YEPES, en consecuencia, como el prevaricato por acción no se configuró, por sustracción de materia quedaba sin fundamento el reproche contra la entonces Procuradora.

I. LAS IMPUGNACIONES

1. Argumentos de la Fiscalía.

Solicitó la revocatoria de la sentencia absolutoria para en su lugar condenar a las

doctoras SAAVEDRA YEPES y GARCÉS RENTERÍA por el delito de prevaricato por acción y omisión agravados, respectivamente, pues en su criterio existe prueba sobre la conducta y responsabilidad de las procesadas al configurarse los elementos estructurales de los tipos penales consagrados en los artículos 413 y 414 del Código Penal.

a) Señaló que la decisión analizada sí es manifiestamente contraria a la ley, pues el artículo 470 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 31 del Código Penal son claros, al igual que los lineamientos jurisprudenciales ex ante en torno al tema, los cuales no han variado en el sentido que para la acumulación jurídica se parte de la pena más alta y no del delito imputado con pena más grave, como se desprende de la lectura desprevénida de la decisión de la Corte Suprema de Justicia del 24 de abril de 1997 M.P. Fernando Arboleda Ripoll, con base en la cual la Juez de Ejecución de Penas, dándole un alcance inadecuado, emitió el reprochado auto No.1058 del 14 de agosto de 2002, donde se observa que la pena menos grave terminó absorbiendo a la más grave, generando una contradicción.

b) En este contexto, adujo el Fiscal que la Juez debió partir "...de la pena mas alta impuesta en las sentencias a acumular o sea veintiún (21) años atendiendo que la naturaleza de todas las condenas era la privación de la libertad, por lo tanto en sana lógica la mas grave era la que tuviera mayor numero de años de prisión, sin que tampoco pudiera acceder a una valoración de las conductas y de los beneficios por confesión y sentencia anticipada, que lo fueron por el juez de conocimiento que impuso la condena; su labor estaba encaminada a tomar en cuenta la pena más grave que ya se había impuesto y que estaba en firme e incrementarla hasta en otro tanto como lo autoriza el artículo 470 C.P.P".

c) Criticó los razonamientos de la juez basados en la igualdad, proporcionalidad y justicia por considerarlos ajenos al tema, máxime cuando compara a los dos narcotraficantes y afirma que uno no puede sufrir mayor pena que otro conforme a las diferentes cantidades

de droga enviadas al exterior.

d) Refirió el impugnante, que en el auto 1053 donde el condenado es ELKIN DARÍO BOLAÑOS, proferido en la misma fecha que el aquí cuestionado, la juez aplicó un criterio diferente al utilizado en la acumulación de penas relacionada con MIGUEL RODRÍGUEZ OREJUELA.²⁶

Respecto del prevaricato por omisión imputado a la procuradora GARCÉS RENTERÍA, señaló que si la juez cometió el delito de prevaricato por acción esta última incurrió en el mismo por omisión ya que dejó de ejercitar la función legal de oponerse a lo decidido, asumiendo un comportamiento pasivo que originó la sanción disciplinaria por la cual la destituyeron.

2. Argumentos de la Procuraduría.

Coincide en que en el plenario se encuentra demostrado que la Juez SAAVEDRA YEPES desconoció el marco jurídico sobre la acumulación jurídica de penas “de forma notoria, grosera, o de tal grado ostensible que se muestra de bulto con la sola comparación de la norma que debía aplicarse”²⁷, con lo cual benefició al condenado RODRÍGUEZ OREJUELA, toda vez que:

a) La correcta teleología del artículo 470 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el artículo 31 del Código Penal según el cual “quedará sometido a la que establezca la pena mas grave según su naturaleza...” imponía que partiera de la base de 21 años de prisión y no de 14 años 8 meses 20 días como lo hizo, desacierto magnificado por la ausencia de ponderación y proporcionalidad en el aumento de las sanciones (hasta en otro tanto), pues de las dos condenas restantes (21 años y 5 años y 4 meses), tan sólo agregó 27 meses, es decir quedó en 16 años, 11 meses.

b) Para el impugnante, no es cierta la afirmación del a quo en relación con la

dicotomía entre “pena mas grave” y “pena mas alta”, artificioso argumento presentado por la procesada para eludir la simplicidad del procedimiento ordenado por la norma y adentrarse en complejas valoraciones como: “el número de delitos, la fecha de proferimiento de las sentencias, la conexidad con otros delitos, la cantidad de droga comercializada, la comparación con las penas dosificadas en otros procesos, que tienen un marcado cariz subjetivo y carecen por completo de aval normativo, jurisprudencial y doctrinario”²⁸, con lo cual quebrantó el principio de legalidad de la pena que prescribía partir del mínimo de 21 años de prisión y que en la práctica se tradujo en la supresión de esta condena.

c) Añade el Ministerio Público, que conforme variada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre ellas auto del 12 de noviembre de 2002 radicado 14170, auto del 18 de febrero de 2005 radicado 18911 y auto del 17 de marzo de 2007 radicado 21936, para seleccionar la “condena base” en la acumulación, solo debió acudir a las penas concretamente dosificadas en las sentencias y a partir de una comparación matemática definir cual es la más grave, ya que no supone una nueva graduación de la pena.

d) Disiente el delegado de la Procuraduría de la tesis del Tribunal de Descongestión de Buga, según la cual, por la época de los hechos, hacía tan solo un año que había entrado en vigencia el Código Penal y de Procedimiento Penal, en consecuencia no existía línea jurisprudencial sobre la acumulación de penas; tal oposición se funda en que tanto el ordenamiento derogado como el vigente conservan el mismo sistema de acumulación jurídica de penas, el cual fue reproducido sin modificaciones, en ese contexto el referente jurisprudencial del 24 de abril de 1997 con ponencia del Magistrado Arboleda Ripoll correspondía al derogado Decreto 2700 de 1991.

e) Además, controvierte el alcance dado por la juez y avalado por el fallador a la expresión “una redosificación punitiva menos gravosa” acuñada en la pluricitada jurisprudencia, pues en su criterio, ha sido tomada en forma descontextualizada con olvido

de la presencia de unas reglas claras para la acumulación de penas, no sometidas a la arbitrariedad del dispensador de justicia.

f) En cuanto al dolo, encuentra la Procuraduría numerosos elementos de juicio positivos a partir de los cuales se erige la inferencia inequívoca de tal actuar, entre ellos: i) que para la fecha de la emisión de la providencia cuestionada llevaba aproximadamente 5 años en ejercicio de la labor específica de ejecución de penas; ii) persona con amplia trayectoria y conocimientos profundos sobre el tema, en la medida en que era su función cotidiana; iii) comprensión del instituto de la acumulación de penas no solo porque su regulación legal no ha sufrido alteración significativa en un largo periodo, sino porque su tratamiento jurisprudencial ha sido uniforme, resultando arbitrarias las complejas valoraciones subjetivas que realizó.

Sobre la situación jurídica de la ex Procuradora LIGIA GARCÉS RENTERÍA, refirió el ente de control, que definida la existencia de la decisión manifiestamente contraria a la ley, la cual fue notificada en forma personal a la doctora GARCÉS RENTERÍA, ésta afirmó compartir su contenido, de lo cual se advierte que la no interposición del recurso no obedece a una ligereza, sino al conocimiento y voluntad de contravenir el ordenamiento jurídico al desobedecer el deber legal que le asistía de recurrir las decisiones judiciales adversas al ordenamiento jurídico, incurriendo en el delito de prevaricato por omisión.

VII. ALEGATOS DE LOS NO RECURRENTES

1. La doctora MARIA CRISTINA SAAVEDRA YEPES y su defensor:

Solicitan a la Corte confirmar la decisión de primera instancia y refutan los argumentos de la Fiscalía y de la Procuraduría en los siguientes términos:

a) El artículo 31 del Código Penal, “al ordenar que el que infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición queda sometido a la disposición que establezca la pena más grave, es clara en que si habla de disposición no puede estar hablando de sentencia, y por lo tanto la pena más grave es la señalada para el delito”.

De esta forma, afirman, la juez hizo una interpretación adecuada de la ley, toda vez que la finalidad de la acumulación jurídica de penas es la de realizar una redosificación menos gravosa regida por los parámetros del concurso de conductas punibles, el cual, cuando señala la “pena mas grave” se refiere al delito, es decir a la conducta punible y no a la sentencia, caso contrario, es decir, partir de la sentencia mas alta, agrava con largueza la pena de delitos conexos que se fallaron en forma independiente, contrariando la finalidad y esencia del sistema.

b) A la doctora SAAVEDRA YEPES le era imposible aplicar las jurisprudencias que la Fiscalía y el Ministerio Público le exigen, pues fueron emitidas con posterioridad a la decisión por ella adoptada, ya que para la época en que procedió a acumular las penas solo existían las que determinaban que el punto de partida para la graduación punitiva era el delito que en concreto amerite una pena mayor.

c) El punible de prevaricato se erige por contrariar la ley y no la jurisprudencia conforme sentencia C-335 del 18 de abril de 2008²⁹, y en su criterio la interpretación de la ley es la adecuada.

d) Si la doctora SAAVEDRA YEPES se equivocó en la interpretación de la ley, no lo hizo dolosamente ni fue su voluntad agravar el ordenamiento jurídico, pues siempre ha sido una funcionaria correcta y honesta que ni antes ni después de estos hechos se había visto investigada penalmente.

e) La acumulación jurídica es un derecho a favor del condenado, que no puede ser aplicado restrictivamente, conforme a lo expresado por la Corte Constitucional en sentencia C-1086 de 2008: “La acumulación jurídica de penas constituye una metodología para la medición judicial de la pena cuando ocurre el fenómeno del concurso de delitos, según la cual, una vez establecida la pena imponible en cada delito se aplica aquella correspondiente al delito más grave aumentada en una determinada proporción³⁰”.

f) Señaló que la sentencia del 15 de mayo de 2003 radicado 15868 y la proferida el 12 de noviembre de 2002 son opuestas, comprobándose que el tema no es pacífico.

h) Por otro lado, recordó el carácter doloso del prevaricato, el cual debe ser probado siendo insuficiente la mera disparidad con el derecho, requisito que la Fiscalía no demostró pues olvidó indagar sobre algún interés particular que beneficiara su patrimonio, su personalidad o comportamiento.

i) La comparación de los dos sentenciados efectuada por la Juez acusada esta basada en el sentido humano del derecho, la igualdad de la pena para casos iguales, y los principios de razonabilidad y proporcionalidad y así evitar una mayor severidad en la sanción en relación con otro que cometió mayor número de delitos.

2. La doctora LIGIA GARCÉS RENTERÍA y su defensor.

Solicitan se confirme la sentencia impugnada, no obstante en caso de ser adversa, se debe declarar la prescripción de la acción penal toda vez que al momento de quedar ejecutoriada la resolución de acusación, había transcurrido 88 meses y 8 días.

No obstante, defiende la actuación de la funcionaria así:

- a) La ex Procuradora no tenía el deber de apelar el auto acusado porque lo consideró ajustado a derecho en el aspecto fáctico y jurídico.
- b) En esos términos, no actuó con dolo ya que nunca pretendió lesionar o poner en peligro el bien jurídicamente tutelado.
- c) En contravía de lo expuesto por los recurrentes, afirma que las providencias recogidas en la inspección judicial sobre acumulación jurídica de penas realizada por la doctora SAAVEDRA YEPES, conservaron siempre el mismo formato, fundamento y motivación que las del el auto cuestionado: “La normatividad penal vigente no precisa que para realizar redosificación de la pena, en caso de acumulación jurídica, se deba partir de la sentencia que ha registrado la sanción más alta o mayor. Lo que sugiere es que se establezca el delito que contemple la pena más grave y conocida esta, se aumente hasta en otro tanto³¹
- ”; criterio forjado conforme a la interpretación del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia.
- d) En el evento de configurarse la lesión de la norma penal, solicita se reconozca el error de tipo como causal excluyente de la antijuricidad, toda vez que obró con error invencible que en su conducta no concurría un hecho constitutivo de la descripción típica.

VIII. CONSIDERACIONES

La Sala es competente para resolver los recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía y el Ministerio Público contra la sentencia absolutoria dictada en primer grado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 75 de la Ley 600 de 2000.

En esta labor, la Corte se encuentra limitada en su estudio al objeto de la impugnación y a los aspectos inescindiblemente ligados a ella, conforme al artículo 204 de dicho estatuto procesal.

Con tal fin partirá del delito de prevaricato por acción, advirtiéndose desde ya que la sentencia objeto de disenso será revocada, al asistírle razón en su inconformidad a la Fiscalía y Procuraduría que impugnaron la providencia en cuestión.

1. Del Prevaricato por acción atribuido a la doctora MARIA CRISTINA SAAVEDRA YEPES.

Inicialmente la Sala precisa que éste delito, previsto en el artículo 413 del Código Penal, se configura cuando el servidor público en ejercicio de las funciones oficialmente discernidas, profiere resolución, dictamen o concepto ostensiblemente contrario a la norma jurídica aplicable al caso, haciendo prevalecer su capricho con afectación al ordenamiento jurídico y a la administración pública a cuyo nombre actúa.

“Art. 413. Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de ...”

En lo referente a la tipicidad objetiva, la hipótesis normativa prevé un sujeto agente calificado, pues se trata de servidor público, un verbo rector consistente en proferir, y dos clases de ingredientes normativos: de una parte, “dictamen, resolución o concepto”, y de otro “manifiestamente contrario a la ley”, y un bien jurídico a resguardar cual es la administración pública.

En torno de la expresión “manifiestamente contrario a la ley”, la jurisprudencia ha sido enfática en señalar que hace referencia a decisiones de cuyo contenido se infiere de forma evidente y sin dificultad alguna, la falta de sindéresis y de todo fundamento para juzgar los supuestos fácticos y jurídicos de un asunto sometido a su conocimiento, de tal suerte que el reconocimiento que se haga resulta arbitrario y

caprichoso no por la incapacidad del servidor público y si por la notoria actitud de apartarse de la norma jurídica que lo regula.

Sobre este tema la Corte ha referido:

"De igual manera, la adecuación típica del delito de prevaricato debe surgir de un cotejo simple del contenido de la resolución o dictamen y el de la ley, sin necesidad de acudir a complejas elucubraciones o a elocuentes y refinadas interpretaciones, pues un proceso de esta índole escaparía a una expresión auténtica de lo 'manifiestamente contrario a la ley'. Así entonces, para la evaluación de esta clase de conductas delictivas se adopta una actitud más descriptiva que prescriptiva, es decir, sujeta a lo que realmente hizo el imputado en la respectiva actuación, asistido de sus propios medios y conocimientos, no a lo que debió hacer desde la perspectiva jurídica y con base en los recursos del analista de ahora (juicio ex ante y no a posteriori). Desde luego que si el objeto de examen es una decisión ostensiblemente contraria a la ley, el juzgador no puede abstenerse de señalar el 'deber ser' legal que el infractor soslayó maliciosamente, pero como un 'deber ser' que éste conocía (no aquél) y que obviamente estaba al alcance de sus posibilidades"³².

A contrario sensu, no se advierte intención de contrariar el ordenamiento cuando se avistan simples diferencias de criterios respecto de un determinado punto de derecho, especialmente frente a materias que por su enorme complejidad o por su misma ambigüedad admiten diversas interpretaciones u opiniones, pues no puede ignorarse que en el universo jurídico suelen ser comunes las discrepancias aún en temas que aparentemente no ofrecerían dificultad alguna en su resolución³³, máxime cuando la decisión se apoya en criterios lógicos y razonablemente admisibles, así a la postre no merezca el respaldo de la mayoría o sea desestimada como verdad objetiva.

Igualmente la Corte hace hincapié en que el análisis de la contradicción de lo decidido

con la ley se debe hacer mediante un juicio ex ante, ubicándose el juzgador en el momento mismo cuando el servidor público emitió la resolución, el dictamen o el concepto, examinando el conjunto de circunstancias por él conocidas, siendo improcedente, por tanto, sustentar ese elemento del prevaricato en un juicio de verificación ex post, en el que se tomen en consideración hechos o conocimientos desconocidos al momento de la realización de la conducta.

“...la dirección típica de la norma sobre el prevaricato exige primero y directamente una confrontación entre la decisión proferida por el acusado y la ley. Puede ser que el juicio de reproche requiera de la clarificación que eventualmente surge de las explicaciones del procesado en el curso de sus intervenciones, o de las reflexiones de los distintos sujetos procesales en torno a lo que significa el presupuesto fáctico y jurídico sobre el cual se edifica la prevaricación, o de los pareceres de otras autoridades judiciales, pero lo primero que debe enfrentar el juzgador es lo que hizo el inculcado en la resolución redargüida de ostensiblemente ilegal, pues, por lo obvio, es en este momento cuando se realiza la conducta juzgada y no, verbigracia, en la indagatoria o la audiencia pública, oportunidades estas en las cuales se producen los descargos o explicaciones sobre los hechos que ya se habían consumado”.³⁴

En relación con el elemento subjetivo, es decir la voluntad y conciencia del actuar la Sala ha dicho que es necesario hacer un estudio detallado de la actuación previa realizada por el funcionario, junto con las motivaciones plasmadas en la decisión cuestionada y las justificaciones que se ofrezcan más adelante, así como las circunstancias específicas que rodearon su proferimiento, toda vez que no es dable inferir la existencia del dolo de la misma resolución, dictamen o concepto que se debate pues se confundiría el elemento objetivo y subjetivo del injusto penal.

En suma, el delito de prevaricato no se tipifica por la ocurrencia de una mera equivocación valorativa de las pruebas ni por la interpretación infortunada de unas normas,

o por el acierto o desacierto de la determinación que se investiga, tema restringido al estudio y decisión de las instancias; la verdadera esencia del tipo de prevaricato activo es un actuar malicioso dentro del cual el sujeto agente se aparta de manera consciente del deber funcional que le estaba impuesto al proferir una resolución, dictamen o concepto.

1.1. Caso Concreto

Toda vez que esta conducta supone la reconstrucción del derecho que regía el caso concreto, en las condiciones en que se encontraba la funcionaria investigada (ex ante), – fue lo que hizo y no lo que debió hacer-, la Sala, hará caso omiso de las críticas realizadas por los recurrentes en torno a la inaplicación de la jurisprudencia del 12 de noviembre de 2002 radicado 14170, auto del 18 de febrero de 2005 radicado 18911 y auto del 17 de marzo de 2007 radicado 21936, por ser posteriores a los hechos.

Como el motivo de la alzada fue la inconformidad por la absolución a las procesadas impartida por el Tribunal Superior de Buga, soportada en la atipicidad de la conducta al no encontrar que la decisión proferida haya sido manifiestamente contraria a la ley, la Sala abordará el estudio de este elemento normativo confrontando los argumentos expuestos en la decisión que se acusa de prevaricadora con la norma reguladora del asunto puesto a su consideración y las circunstancias fácticas que el funcionario tuvo al frente al momento de decidir.

1.2. Decisión calificada de prevaricadora:

Como la base de la decisión es el contenido del auto No. 1058 del 14 de agosto de 2002 proferido la ex juez 1ª de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Palmira - Valle-, a continuación la Sala lo transcribe en su integridad a partir de las consideraciones.

“El instituto de la acumulación jurídica está reglado por el artículo 470 del código de procedimiento penal que a la letra dice:

“Las normas que regulan la dosificación de la pena, en caso de concurso de conductas punibles se aplicarán también cuando los delitos conexos se hubieren fallado independientemente. Igualmente, cuando se hubieren proferido varias sentencias en diferentes procesos. En estos casos la pena impuesta en la primera decisión se tendrá como parte de la sanción a imponer.

“No podrán acumularse penas por delitos cometidos con posterioridad al proferimiento de sentencia de primera o única instancia en cualquiera de los procesos, ni penas ya ejecutadas, ni las impuestas por delitos cometidos durante el tiempo que la persona estuviere privada de la libertad”.

Para que proceda la acumulación jurídica conforme con la norma citada se requiere que los delitos conexos se hayan fallado independientemente o que contra una misma persona se hubiere proferido varias sentencias en diferentes procesos.

Delitos conexos son aquellos unidos entre sí por cualquier circunstancia de conexidad ideológica, consecuencial u ocasional, y ocurre cuando el hecho punible ha sido cometido por dos o más personas en concurso o cooperación entre ellas, o ha intervenido mas de una a título de participación, también cuando se imputa a una persona la comisión de más de un hecho punible con una acción u omisión o varias acciones u omisiones, e igualmente cuando se acusa a una persona de la comisión de varios hechos punibles, si uno se ha cometido con el fin de consumir u ocultar otros.

Al examinar los alcances del artículo 505 del anterior código de procedimiento penal, disposición recogida en el texto del artículo 470 del vigente, ha expresado la Corte Suprema de Justicia: “ La acumulación jurídica de penas a que se refiere el artículo 505 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 60 de la ley 81/93, por el

contraposición a la aritmética, tiene por finalidad efectuar por parte de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad- o quien haga sus veces - una redosificación punitiva menos gravosa, regida por los parámetros establecidos para el concurso de hechos punibles, en los casos de sentencia proferidas contra un mismo procesado en diferentes procesos.”

Este intitulo solo opera si se cumple las exigencias derivadas de la sistemática interpretación de la normatividad establecida al respecto:

1. Que se trate de penas de igual naturaleza, ... (continúa).
2. Que las penas a acumular hayan sido impuestas...(continúa)
3. Que su ejecución no se haya cumplido en su totalidad...(continúa)
4. Que los hechos por los que se emitió condena...(continúa)
5. Que las penas no hayan sido impuestas por delitos...(continúa)

“La acumulación jurídica de penas, como quedó visto, si bien por sus efectos se contrapone a la “acumulación aritmética”, exige para su procedencia, el cumplimiento de todos los requisitos antes señalados, los cuales no pueden ser desconocidos por el solo hecho de que “las causas fueron separadas y falladas individualmente... por hechos cometidos en conexidad o concurso...” (Casación de abril 24/97 Mag. Ponente Fernando Enrique Arboleda Ripoll). (negrilla y subrayas del texto).

La acumulación jurídica implica una redosificación o reevaluación de la pena y para su desarrollo se debe partir de la más grave, según su naturaleza, entendiéndose que los incrementos acumulativos se realizan examinando la existencia o no de las circunstancias de mayor punibilidad, con los límites establecidos por la propia ley. La

pena máxima solamente se puede imponer cuando sobre el hecho concurren circunstancias de agravación, en tanto la mínima cuando concurren circunstancias de atenuación. Cuando existan unas y otras, consideradas en cada una de las sentencias, se parte de la pena mas grave para proceder a incrementarla atendiendo a los parámetros señaladas en la ley.

El juez al realizar la redosificación en el proceso de la acumulación jurídica no puede apartarse por ningún motivo de las consideraciones contenidas en las sentencias que la impusieron, referentes a las circunstancias y modalidades del hecho punible, a las causales de agravación o de atenuación punitiva consideradas en ellas. (negrilla fuera de texto).

Por expreso mandato del artículo 470 del código de procedimiento penal el mecanismo que debe utilizarse para proceder a la acumulación es el previsto en el artículo 31 del código penal, que regula la dosificación de la pena en caso de concurso de conductas punibles.

El artículo 26 del anterior Código Penal refiriéndose al concurso de hechos punibles ordenaba que el infractor de la ley penal quedara sometido a la que estableciera la pena más grave aumentada hasta en otro tanto y por una mala interpretación se consideró por algunos, que siempre que una persona materializaba un concurso de hechos punibles incurría en el doble de la pena más grave, sin tener en cuenta que lo que en definitiva se pretende es evitar la sumatoria aritmética, para darle cabida a la jurídica, cuyo límite lo determinaba el artículo 28 del mismo código.

El artículo 31 ibídem recoge en uno solo, lo establecido en los artículos 26 y 28 del anterior, agregando que cuando se incurre en concurso de conductas punibles, el infractor queda sometido a la que establezca la pena mas grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que se supere la suma aritmética de las que correspondan a las

respectivas conductas punibles, debidamente dosificadas. Establece además que la pena máxima no puede exceder de 40 años y que cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena mas grave contemplen sanciones distintas a la establecida en ésta, aquellas circunstancias se deben tener en cuenta en el momento de la tasación de la pena. (subrayas del texto).

Predica la norma citada que la dosificación de la pena debe realizarse tomando en consideración el delito que establezca la pena mas grave, determinando que ésta solo puede ser aumentada hasta en otro tanto, con la limitante de no superar la suma aritmética de las que corresponden a las respectivas conductas punibles investigadas.

Este es el mecanismo que debe adoptarse para la acumulación jurídica de pena, pues la normatividad procesal penal no señala que la sentencia de la cual debe partirse para la redosificación punitiva sea la que comporte la pena mas alta, Lo que exige la ley es que se tome como base el delito que contenga la pena mas grave, de entre los varios tipos penales infringidos. Ahora, si se presenta alguna duda respecto a esta interpretación o sobre la misma voluntad de la ley, naturalmente tendrá que acogerse a la que favorezca al sentenciado, por ser norma de garantía a su favor, como lo sostiene la jurisprudencia y la doctrina. (subrayas del texto y negrilla fuera de texto).

En este aspecto se señala que al Juez no le es dado apartarse del texto de la ley, con el pretexto de consultar su espíritu cuando este es claro y diáfano. Fernández Carrasquilla enseña que el texto de la ley "no es corregible ni completable en disfavor del reo, pues justo encarna para el ciudadano una invaluable Carta de Garantía que le da derecho a atenerse a su primer sentido, esto es el sentido gramatical tal como es captado por la generalidad de los lectores o destinatarios".

Respecto a la acumulación jurídica de penas solicitada debe tenerse presente que los

hechos fallados en las tres sentencias contra Miguel Rodríguez Orejuela son violatorios de las normas relativas al estatuto de estupefacientes, que entre ellos existe conexidad, pues el enriquecimiento ilícito hace parte de la finalidad perseguida con el concierto que se formó con miras a la exportación de drogas al exterior y que la pena más grave según su naturaleza no es otra que la prevista en el artículo 33 de la ley 30 de 1.986, con el agravante del numeral 3º del artículo 38 ibídem, aumentada hasta en otro tanto por el concurso de concierto para delinquir.

En efecto, el proceso número 2001-0982 (anterior 2668) contiene una pluralidad de hechos punibles cometidos dentro del período comprendido ente 1982 a 1995, los cuales fueron investigados y fallados por su evidente conexidad, el número 2001-0234 (antes 3327) trata de un hecho de narcotráfico aislado agotado en el año de 1990 que desde el punto de vista naturalista, pertenece al conjunto de hechos de la otra sentencia, y el número 2002-0428 (00-0005 del juzgado especializado) nace de la nulidad decretada en el primer proceso, cuando se investigaba en esa actuación como conexo a los otros hechos.

Ahora, como la conducta punible más grave, se encuentra realizada tanto en el proceso distinguido con la radicación número 2001-0982, acreedor de la sentencia del Juzgado Regional de Cali fechada 16 de enero de 1.997 como en el 2001-0234 fallado con sentencia de febrero 21 de 1.997 por un Juzgado Regional de Bogotá, cabe preguntarse: ¿cuál de ellos contiene el factor a tener en cuenta para establecer la ilicitud base de la dosificación?

En el caso presente no se puede tomar como base para la dosificación punitiva la sentencia que impuso la pena mas alta, porque así no lo ordena la norma, menos aún porque dicho proceso no contiene los beneficios de rebaja de pena por confesión y sentencia anticipada, como si ocurre en el otro.

Es indudable que ante la presencia de dos procesos que contienen el mismo delito determinado con la pena mas grave, debe partirse del proceso 2001-0982 porque además de comportar el mayor número de conductas de narcotráfico, en concurso con el concierto para exportar y otros es el primero que se falló en el tiempo (16 de enero de 1.997) y también porque, como ya se dijo, es el único que le permite al condenado obtener los beneficios de rebaja por confesión y acogimiento a sentencia anticipada

“Como el proceso 2001-0982 (antes 2668) contiene la conducta punible mas grave, la penalidad impuesta en él será la que se tome para realizar la tasación definitiva. Ahora, como el señor MIGUEL RODRÍGUEZ OREJUELA fue condenado a 176 meses y 20 días, esta debe ser la base para acumular las penas impuestas en las otras dos sentencias que versan: una sobre el envío de 150 kilos de cocaína en concurso con el concierto para agotarlo, que corresponde al mismo propósito que movió la realización de los otros envíos y la otra al enriquecimiento ilícito que se juzgaba en el primer proceso que por haberse decretado la nulidad de toda la actuación, debió tramitarse por otra cuerda procesal. (negrrllas y subrayas fuera del texto).

Se observa que en el proceso seguido contra Gilberto y Miguel Rodríguez Orejuela, al primero se le impuso una penalidad de 183 meses y 13 días y al segundo 176 meses y 20 días, por considerar las autoridades judiciales que conocieron y definieron el caso, que a ellos les era aplicable el máximo reproche punitivo previsto en el artículo 33 de la ley 30 de 1986 agravado por el artículo 38-3 ibidem aumentado por virtud del concurso homogéneo y heterogéneo de conductas de narcotráfico y concierto para narcotraficar. El Tribunal Nacional al explicar la diferencia de las sanciones dice que la disparidad obedece a la nulidad que se decretó en cuanto al enriquecidito ilícito y “ a la disimilitud numérica de infracciones endilgadas a los dos procesado” porque a Gilberto José se le juzgó por mayor cantidad de envíos de cocaína (19.170 kilos contra (14.050 de su hermano. De lo anterior se infiere que si Miguel Ángel Rodríguez hubiese sido objeto de un solo proceso, donde se juzgase el caso de los 150 kilos y el enriquecimiento ilícito, la penalidad no

hubiese desbordado los 24 años, y con las rebajas correspondientes por confesión y acogimiento a sentencia anticipada, su pena tampoco superaría la de aquel.”

“En esas circunstancias, y en consideración los principios de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, su pena no puede sobrepasar en forma considerable a la de su hermano. El juzgado registra de la lectura de los expedientes un envío de cocaína durante ese periodo de tiempo muy superior por parte de Gilberto con respecto de Miguel, tampoco puede ser igual o inferior la sanción, por no haberse acogido a beneficio alguno en el proceso 2001-0234 (3327). El castigo impuesto debe guardar simetría con el comportamiento y culpabilidad del sujeto a quien se el imputa enseña nuestro máximo Tribunal de Justicia”. (negritas fuera de texto).

Fernando Velásquez V. En su manual de derecho penal al referirse a las características de la pena dice que esta debe ser igual porque el castigo se aplica a todos los infractores, sin hacer distinciones de ninguna naturaleza en consideración a su edad, clase social, jerarquía, sexo, raza, nacionalidad, etc; y agrega que “este atributo de pena estatal, sin duda, es una emanación del principio de igualdad material ante la ley penal (Const. Pol., art 13 y C.P. art 7) el cual impone un trato semejante para los casos iguales y uno desigual para los diferentes.

Por lo tanto el Juzgado le aumentará por efectos de la acumulación jurídica 27 meses por los dos ilícitos, para un total de doscientos tres (203) meses veinte (20) días, Esta sanción se considera equilibrada y razonable, además se ajusta a la tasada por el Tribunal Nacional, con el aval de la Corte, en el proceso en donde se juzgó el mayor numero de conductas punibles.”³⁵.

1.3. De la Tipicidad Objetiva

La Corte entra a definir si la decisión emitida por la doctora SAAVEDRA YEPES como Juez 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Palmira al acumular las

penas a Miguel Rodríguez Orejuela, es prevaricadora.

1.3.1. Ingrediente normativo “manifiestamente contrario a la ley”

No comparte la Corte el análisis realizado por el Tribunal de Descongestión del Distrito de Buga en la sentencia recurrida, toda vez que estudiada detenidamente la conclusión esbozada por la doctora SAAVEDRA YEPES en el auto No. 1058 del 14 de agosto de 2002 y los argumentos allí esgrimidos, se advierte que la interpretación dada al artículo 470 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el artículo 31 del Código Penal que definen la acumulación jurídica de penas, es manifiestamente contraria a la ley.

La Corte basa esta afirmación en que: i) el artículo 470 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el 31 del Código Penal es claro y no admite diversas interpretaciones desde la óptica de la ejecución de la sentencia, costado en el que se encontraba la funcionaria; ii) al tomar el artículo 31 del Código Penal de forma aislada y aplicarlo como si fuera juez de instancia hizo caso omiso de la remisión que a él hace el artículo 470 del Código de Procedimiento Penal con el cual forma una unidad; iii) al “volver a dosificar la pena”, desconoció abiertamente la naturaleza jurídica y la funciones de los jueces de ejecución de penas; iv) para justificar su postura presentó de forma descontextualizada la Jurisprudencia de la Corte de 1997 a la cual se remite en apoyo a su decisión y, omitió deliberadamente referirse al párrafo que de forma clara contradice su criterio; v) es tal la claridad de la norma que la aplicó correctamente durante 7 años, de 1994 hasta el 2002; vi) sin explicación razonable, el 14 de abril de 2002, cambió la interpretación que venía haciendo correctamente de la figura de acumulación jurídica de penas, por la que hoy es motivo de estudio en razón del auto de fecha 14 de agosto de 1997; vii) La novedosa interpretación permite que la pena menos grave subsuma a la más grave lo cual conlleva a una contradicción, carente de lógica y razonablemente inadmisibles; viii) No es cierto que existan decisiones de la Corte que avalen su criterio, pues todas las que relacionó la defensa con este fin, corresponden a análisis sobre el concurso de

conductas punibles y no sobre la acumulación jurídica de penas.

Los anteriores argumentos se examinan a continuación:

a). El artículo 470 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el 31 del Código Penal es claro y no admite diversas interpretaciones desde la óptica de la ejecución de la sentencia, costado en la que se encontraba la funcionaria.

No se presta a discusión que el juez de ejecución es el encargado de vigilar y asegurar el cumplimiento de las penas, tanto principales como accesorias y las medidas de seguridad, cuya competencia se activa únicamente con la ejecutoria de la sentencia condenatoria la cual es inmodificable, es decir que no le es dable dosificar penas como si fuera juez de instancia.

Dentro de las funciones a ellos atribuidas en el artículo 79 del Código Penal, el artículo 470 del Código de Procedimiento Penal, ubicado en el libro IV dedicado a la “Ejecución de Sentencias” definió la forma para acumular jurídicamente las penas en caso de delitos conexos que se hubieren fallado independientemente, o se hubieren proferido varias sentencias en diferentes procesos, en concordancia con la figura del concurso de conductas punibles así:

“Art. 470. Acumulación jurídica. Las normas que regulan la dosificación de la pena, en caso de concurso de conductas punibles, se aplicarán también cuando los delitos conexos se hubieren fallado independientemente. Igualmente, cuando se hubieren proferido varias sentencias en diferentes procesos. En estos casos la pena impuesta en la primera decisión se tendrá como parte de la sanción a imponer.

No podrán acumularse penas por delitos cometidos con posterioridad al proferimiento de sentencia de primera o única instancia en cualquiera de los procesos, ni penas ya ejecutadas, ni las impuestas por delitos cometidos durante el tiempo que la persona

estuviere privada de la libertad.”

El artículo 31 del Código Penal, reza:

“Concurso de conductas punibles. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones y omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas”. (negrilla fuera de texto).

Como se observa, el único entendimiento posible del artículo 470 adjetivo en concordancia con el 31 sustancial, dentro del contexto de la ejecución de la sentencia, conforme a la naturaleza y funciones asignadas a los jueces de ejecución de penas y a la específica finalidad de la figura de acumular penas como su nombre lo indica, es el de adicionar las penas atendiendo a la más grave, siendo expreso y claro el mandato; sin que admita interpretación en otro sentido, pues las sentencias a ejecutar son inmodificables por los jueces de penas.

Tomar el artículo 31 de forma aislada como si fuera un juez de instancia y valorar nuevamente los hechos para dosificar, es desconocer abiertamente no solo la remisión que al él hace el artículo 470 del Código de Procedimiento Penal con el cual apareja una unidad, sino el debido proceso en sus componentes de las formas propias del juicio, las etapas del proceso y el juez natural cuyas funciones le fueron asignadas específicamente por la Constitución y la Ley a los diferentes servidores judiciales que intervienen en el proceso penal y en la ejecución de la pena después de su culminación.

b) Al reclamar la aplicación literal del artículo 31 del Código Penal, ignora la

irreformabilidad de las sentencias ejecutoriadas para en su lugar volver a dosificar.

Con base en la supuesta “literalidad” del artículo 31, la juez usurpó las funciones de los jueces de instancia que son los competentes para dosificar penas en caso de concurso de conductas punibles, para volver a dosificar en los mismos términos que lo hizo el juez de instancia, como se observa de la explicación dada en su versión acerca de la acumulación, lo cual resulta abiertamente inadmisibles conforme a la naturaleza y esencia de los jueces de ejecución de penas.

Aferrada a la pretendida interpretación literal del artículo 31, forzó el entendimiento de la norma con argumentos vacuos, para así concluir que, como la norma no menciona la palabra “sentencia” entonces parte del “delito que contenga la pena más grave”, veamos: “Este es el mecanismo que debe adoptarse para la acumulación jurídica de pena, pues la normatividad procesal penal no señala que la sentencia de la cual debe partirse para la redosificación punitiva sea la que comporte la pena mas alta, Lo que exige la ley es que se tome como base el delito que contenga la pena mas grave, de entre los varios tipos penales infringidos”, afirmación inconsistente y carente de sustrato lógico y jurídico no solo por la ausencia de conexión semántica entre la premisa y la conclusión, sino porque pretender que el artículo 31 haga referencia a la “sentencia” es de suyo desatinado por cuanto la referida norma se encuentra ubicada en la parte general del código penal destinada a dosificar la pena por los jueces de instancia, siendo obvio que no mencione la palabra sentencia porque aún ella no se ha emitido, y porque ha de interpretarse con el artículo 470 del Código de Procedimiento Penal que reglamenta la ejecución de la pena, esto es, después de culminado el proceso.

c) Al “volver a dosificar la pena” desconoció abiertamente la naturaleza jurídica y funciones de los jueces de ejecución de penas.

Resulta inconsistente pensar que luego de terminado el proceso con sentencia

ejecutoriada, el juez de ejecución pueda entrar a valorar nuevamente el delito, las circunstancias de agravación o atenuación, la confesión, la sentencia anticipada, etc. e imponer penas que ya habían sido cuantificadas por el juez de instancia las cuales se tornan inmodificables en razón de la ejecutoria como si fuera a dictar un fallo, repitiendo lo que ya había hecho el juez de instancia, y como si fuera poco, comparar las penas de dos detenidos para con base en una de ellas tasar la otra, como pretende la doctora SAAVEDRA sea entendida la figura según expresó en su versión:

Cuando procedí a efectuar la acumulación jurídica, primero revisé las infracciones penales contenidas en las diferentes sentencias, para determinar el delito base estableciendo que este se encontraba tanto en la primera como en la segunda sentencia, este delito no es otro que el de tráfico de 14.000 kilos de cocaína y 150 kilos en la segunda decisión. El delito base por consiguiente, era el de narcotráfico sancionado con pena máxima de 12 años, según las circunstancias en que fue cometido, conforme al artículo 31 del C. Penal, esta sanción máxima se podía doblar, entonces la sanción a imponer era la de 24 años, porque la pena final no puede exceder el doble de la considerada como más grave. A este quantum definitivo se llegó por considerársele únicamente circunstancias de agravación, es decir, se le impuso la sanción más alta que se podía; pero a esos 24 años había que deducirle a su favor los beneficios por confesión y sentencia anticipada, lo que le daría como pena definitiva 14 años aproximadamente. Por qué le aumenté 27 meses? Porque el artículo 470 del C.P.P., después de remitir al 31 del C.P.P determina: "En estos casos la pena impuesta en la primera decisión, se tendrá como parte de la sanción a imponer", de ahí que procediera a tener en cuenta la primera decisión y le aumentara 27 meses, pero entendía claramente que no podía sobrepasar los 24 años y menos doblar los 14 porque eso no lo autoriza la ley. Al estipular la suma de 27 meses, se tuvo en cuenta que su pena no fuera superior a la de su hermano, porque lo consideré desproporcionado, ya que aquel había cometido muchos más hechos delictivos (8 conductas punibles) y también había realizado

más envíos de narcóticos al exterior pero que por haber sido juzgado en un solo proceso, iba a salir más beneficiado que su congénere únicamente por el hecho de que a MIGUEL se le abrieron tres procesos”³⁶

En otro aparte señaló:

“De acuerdo con estas condenas tuve presente que tanto la primera como la segunda sentencia contenían el mismo delito con pena mas alta.

Como en su caso se daban exclusivamente circunstancias de agravación se impuso la pena mas alta -12 años- al efectuarse la acumulación jurídica esta pena fue aumentada al máximo autorizado 24 años, y como se hizo acreedor a unos beneficios legales la pena debió reducirsele. En esta forma se efectuó la redosificación de sus penas, pero habida consideración al artículo 470 del C.P.P. que ordena que en la acumulación jurídica la pena impuesta en la primera decisión se tendrá como parte de la sanción a imponer se partió de la de 176 meses y 20 días y se le aumentó 27 meses para que no fuera a desbordar el tope máximo de sanción y para que su pena no fuere muy superior a la de su hermano Gilberto Rodríguez condenado a 183 mese y 13 días, por mas envíos de cocaína y muchos mas delitos, para evitar una injusta e inequitativa sanción.”³⁷

Tal entendimiento permite además que la pena menos grave subsuma a la más grave, como se observa en el caso de MIGUEL RODRÍGUEZ OREJUELA, donde la de 14 años 8 meses absorbió a la de 21 años, lo cual constituye claramente un contrasentido.

d) Presentó de forma descontextualizada la jurisprudencia de la Corte a la cual se remite en apoyo a su decisión, pues una lectura completa del texto rechaza su postura.

Tampoco es de recibo el argumento de la doctora SAAVEDRA YEPES, según el cual, la

interpretación que dio a las normas que refieren la acumulación jurídica está respaldado en la facultad para “redosificar la pena” otorgada por la jurisprudencia de la Corte el 24 de abril de 1997, M.P. Fernando Arboleda Ripoll y que transcribió en la decisión cuestionada, cuyo aparte pertinente es el siguiente: “ La acumulación jurídica de penas a que se refiere el artículo 505 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 60 de la ley 81/93, por contraposición a la aritmética, tiene por finalidad efectuar por parte de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad- o quien haga sus veces – una redosificación punitiva menos gravosa, regida por los parámetros establecidos para el concurso de hechos punibles, en los casos de sentencia proferidas contra un mismo procesado en diferentes procesos...”; para la Sala, conforme lo expuso la Procuraduría, una lectura desprevenida de dicho texto en manera alguna autorizaba la redosificación de la sentencia ejecutoriada como de manera sesgada lo asumió la juez, pues allí lo que el ponente refiere es que la acumulación jurídica de penas por contraposición a la matemática permite una redosificación punitiva menos gravosa, (toda vez que, como se sabe, en ésta última no era admisible ninguna intervención), de donde se advierte, que el entendimiento dado por la juez a dicho aparte fue fraccionado, haciendo énfasis solo en la frase “una redosificación punitiva menos gravosa”, para con ello tener el aval de volver a dosificar.

Y es que la anterior conclusión no admite otra lectura, toda vez que la juez, a pesar de que en forma reiterada acudió a la pluricitada jurisprudencia como soporte para fundar su razón en el actuar, la cual transcribió en diferentes oportunidades, omitió referirse al siguiente aparte: “Significa lo anterior, que la redosificación de las penas para efectos de su acumulación jurídica, debe regirse por los parámetros que gobiernan la tasación punitiva para los casos de concurso de hechos punibles según la expresa remisión que a esta figura hace el artículo 505 del Código de Procedimiento Penal, debiéndose partir entonces de “la pena más grave” y aumentarla

“hasta en otro tanto”, según el número de sentencias a acumular y la duración de cada uno, -y no “restar” una pena a la otra, como erróneamente lo hizo el juzgador de instancia.”. (comillas de texto, subrayas fuera del texto).

Este párrafo que se encuentra casi al final de la jurisprudencia con ponencia del doctor Arboleda Ripolla de abril de 1997, descartado de manera maliciosa, evidencia que la Corte no había tomado partido por el camino señalado por la juez como reiteradamente lo afirmó, todo lo contrario, entre comillas que pertenecen al texto, resalta que para efectos de la acumulación jurídica se debe partir de “la pena mas grave” y aumentarla “hasta en otro tanto”, siendo poco creíble que la juez no hubiera leído toda la jurisprudencia, o que luego de haberla leído, aún entendiera que no debía partir de la pena mas grave.

De lo anterior se colige que no es cierto lo afirmado por la doctora SAAVEDRA YEPES que tan solo a partir de noviembre de 2002 con el radicado 14170, es decir, con posterioridad a la decisión por ella adoptada, la jurisprudencia haya aclarado el sentido de la norma sobre la acumulación jurídica de penas, pues como se observa, ya en 1997 se había definido el tema.

e) Cuatro meses antes de la decisión objeto de cuestionamiento, el 14 de abril de 2002, la doctora SAAVEDRA YEPES, sin explicación razonable, cambió la interpretación correcta de la figura de la acumulación jurídica de penas que había mantenido durante los últimos 7 años.

Este hecho de significativa relevancia que omitió analizar el Tribunal de Descongestión de Buga, de entrada confirma que la norma no es confusa ni permite variedad de interpretaciones, al contrario es tal la claridad que la misma doctora SAAVEDRA YEPES desde que fue nombrada juez de ejecución de penas en Palmira en 1994 y durante 7

años, la aplicó de manera adecuada sin ambages, tan solo hasta el 14 de abril de 2002, 4 meses antes de acumular las penas de MIGUEL RODRÍGUEZ OREJUELA, cambió de criterio sin mayor soporte jurídico, y carga argumentativa con el solitario y deleznable razonamiento que la jurisprudencia le autorizaba para “redosificar la pena”. Veamos el auto 461 -interno JOSÉ GUSTAVO MARTÍNEZ SANDOVAL- en éste sentido:

“El juzgado en tratándose de acumulación jurídica, en caso de sentencias proferidas en diferentes procesos, partía de la sentencia cuya pena era mayor y la aumentaba hasta en otro tanto, sin que se superara la suma aritmética de penas. Hoy en día, se separa de ese criterio, sobre todo después de estudiar detenidamente la disposición legal y las enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia cuando determina: “La acumulación jurídica de penas a que se refiere el artículo 505 del Código de Procedimiento Penal- modificado por el art. 60 de la ley 81/93-, por contraposición a la aritmética, tiene por finalidad efectuar por parte de los jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad - o quien haga sus veces- una redosificación punitiva menos gravosa, regida por los parámetros establecidos para el concurso de hechos punibles, en los casos de sentencias proferidas contra un mismo procesado en diferentes procesos” (negrilla del texto) . Agrega la Corte que la redosificación de las penas para efectos de la acumulación jurídica, debe regirse por los parámetros que gobiernan la tasación para los casos de concursos de hechos punibles. De acuerdo con estos claros postulados sobre la redosificación, vistos los delitos juzgados en las sentencias a acumularse y teniendo presente las normas para la dosificación de la pena en el evento de concurso de conductas punibles, se debe partir de la conducta punible sancionada con la pena más grave para aumentarla hasta en otro tanto.”³⁸

La Sala advierte que el único argumento plasmado en esta decisión es el de la “redosificación punitiva menos gravosa” el cual no pasa de ser una disculpa carente de contenido, pues como se evidenció en el acápite anterior, la expresión se presenta descontextualizada y recortada tergiversando así su contenido que es opuesto al

que propugna.

Es más, una tan superflua y lacónica explicación desatiende la trascendencia que representa un cambio de precedente en virtud de la cual los funcionarios judiciales deben tener en cuenta que para garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos, la coherencia del sistema, la confianza legítima y la igualdad, al momento de fallar se encuentran vinculados bajo los criterios estables y uniformes consignados en su propio precedente, y que si pretenden apartarse de ellos en virtud de la autonomía judicial, deben hacerlo bajo una carga argumentativa más estricta, demostrando de manera adecuada y suficiente las razones por las cuales se aparta, lo cual no se advierte en este caso, máxime cuando el superior no había revocado o desautorizado durante 7 años la anterior interpretación, ni la norma hubiere variado, pues los artículos vinculados a la acumulación jurídica de penas tanto en el Decreto 2700 de 1991 como en la Ley 600 de 2000 permanecieron inmodificados.

En torno al mismo tema y como explicación al cambio del precedente, la funcionaria en su indagatoria dijo: “El variar de criterio jurídico es muy común en el ejercicio de la judicatura, en el caso por el cual se me pregunta, yo varié mi criterio cuanto tuve la oportunidad de estudiar y profundizar sobre la filosofía y finalidades de la acumulación jurídica de penas, adentrándome en el estudio tanto de las normas que lo regulan como la jurisprudencia del doctor Arboleda Ripoll, Reyes Echandía y otros. Quiero aclarar que a todos los funcionarios judiciales –jueces y Magistrados-, en el ejercicio de nuestro cargo, se impone la interpretación de las normas y cuando se adentra uno en el estudio de ellas, puede variar de posiciones y criterios...”³⁹ (negrilla fuera de texto).

Tal valoración no es de recibo por cuanto riñe con la realidad y la lógica, por el contrario, no es común que en el ejercicio de la judicatura los funcionarios judiciales cambien de criterio jurídico con facilidad, como lo pregonan la doctora SAAVEDRA para justificar su

actuar, ello es excepcional, y cuando eventualmente ocurre, si no es por orden del superior sino a motu proprio, es menester un estudio detallado y minucioso de la situación, el cual brilla por su ausencia, ofreciéndose este parecer abrupto y carente de todo análisis.

f) No es cierto que existan decisiones de la Corte que avalen su criterio, pues todas las que relacionó la defensa con este fin, corresponden a análisis sobre el concurso de conductas punibles y no sobre la acumulación jurídica de penas.

Infructuosos resultaron los esfuerzos de la defensa por tratar de establecer que en diversos pronunciamientos la Corte avalaba la interpretación de la doctora SAAVEDRA YEPES, pues de las muchas decisiones aportadas, todas ellas hacían referencia a la aplicación del artículo 31 por el juez de instancia para dosificar en el caso de concurso de conductas punibles, y no sobre la acumulación jurídica de penas, a excepción de la ya mencionada del doctor Arboleda Ripoll, y en relación con el tratadista y ex magistrado doctor Alfonso Reyes Echandía, la cita no aduce a la acumulación jurídica de penas por cuanto esta figura se implementó con el decreto 2700 de 1991, en tal razón sus providencias que solo abarcan hasta 1985, no pueden desarrollar este tema.

De otro lado, en respuesta a los argumentos de la defensa que no quedaron plasmados en las anteriores consideraciones, la Sala en contravía de lo señalado por los recurrentes, advierte que el auto interlocutorio referido al caso de ELKIN DARÍO BOLAÑOS sobre acumulación jurídica de penas realizada por la doctora SAAVEDRA YEPES, conservó el mismo formato, fundamento y motivación que el cuestionado, es más, luego de la variación de criterio el 14 de abril de 2002, la funcionaria mantuvo tal postura como se observa en las diferentes providencias obtenidas en la diligencia de inspección judicial la que incluye la del 14 de agosto objeto de análisis, sin que sea dable cuestionamiento al respecto; igualmente evidencia la Corporación, que a la doctora SAAVEDRA YEPES le era imposible aplicar las jurisprudencias echadas de menos por la

Fiscalía y la Procuraduría, entre ellas auto del 12 de noviembre de 2002 radicado 14170, auto del 18 de febrero de 2005 radicado 18911 y auto del 17 de marzo de 2007 radicado 21936, por cuanto fueron emitidas con posterioridad a la decisión cuestionada, en consecuencia no se puede deducir de ello reproche alguno.

De esta forma quedan desvirtuados los argumentos presentados por el Tribunal, confirmándose que la trasgresión a la ley fue ostensible, palmaria y maliciosa pues no estamos frente a una funcionaria judicial confundida o errada sobre la ley y la jurisprudencia vigentes, sino ante una que con conocimiento y voluntad decidió desconocer de forma manifiesta el tenor literal de la norma y el precedente, como finalmente lo hizo. Así las cosas, no se trata, pues, de una discrepancia judicial sino de la concreción objetiva de la conducta típica de prevaricato por acción que se le imputó, descrito en el artículo 413 del Código Penal.

1.4 De la tipicidad subjetiva

De forma pacífica la Corte ha dicho que el dolo está conformado por dos componentes, el cognitivo-intelectivo el cual exige tener conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal respectivo y el volitivo que implica querer realizarlos, por tanto, actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización.

En relación con la demostración del dolo en los delitos de prevaricato por acción, éste que se hace evidente con la concreción y materialización de actos externos del sujeto activo que permiten inferir razonablemente entre su querer y su actuar:

“La conducta dolosa, conforme al artículo 36 del Código Penal (actual artículo 22), se acredita comprobando que el sujeto agente tuvo conocimiento de la ilicitud de su proceder y que se orientó con libertad a su ejecución, independientemente de que obre en el proceso la prueba del motivo que determinó al sujeto activo a actuar, o de sí se

propuso causar perjuicio, pues los tipos penales en los que se adecuaron las conductas ilícitas aparte del dolo no exigen ninguna finalidad especial.

La intención se debe deducir de los factores demostrados, generalmente los objetivos, pues no se puede ocultar la dificultad que existe para obtener pruebas directas sobre el aspecto subjetivo. En consecuencia, circunstancias como la basta trayectoria y experiencia profesional en el ámbito de administrar justicia que poseía el procesado, la manera minuciosa y disfrazada como se llevó a cabo el comportamiento dirigido a infringir la ley penal, las explicaciones ofrecidas con base en hechos que procesalmente resultaron inexistentes, ocultos o tergiversados, son razones que permiten atribuir la acción como voluntaria e intencional”⁴⁰.

No se exige para la estructuración del delito de prevaricato la acreditación de una finalidad distinta a que su decisión sea contraria a la ley.

“...5. El actuar doloso en el prevaricato, como viene en juzgarlo la Sala, requiere entendimiento de la manifiesta ilegalidad de la resolución proferida y conciencia de que con tal proveído se vulnera sin derecho el bien jurídico de la recta y equilibrada definición del conflicto que estaba sometido al conocimiento del servidor público, quien podía y debía un pronunciamiento ceñido a la ley y a la justicia (Cfr. sentencia mayo 20 de 1997), pero no es de la esencia de la figura la comprobación de una concreta finalidad, que si bien puede ser relevante en la determinación de la culpabilidad, tampoco su indemostrabilidad conduce inexorablemente a declarar la falta de responsabilidad en el delito.

Para el caso, son evidentes las manifestaciones externas acerca del conocimiento y voluntad que la doctora SAAVEDRA YEPES tenía acerca de su actuar contrario al ordenamiento jurídico, al punto que de lo expresado se infiere que de antemano y en forma premeditada se dirigió en este sentido, pues resulta clara:

a) La comprobada y frontal contrariedad de su decisión con la ley, tal como se analizó in extenso en el acápite de la tipicidad objetiva, toda vez que, se itera, dentro del contexto de la ejecución de la sentencia, conforme a las funciones asignadas a los jueces de ejecución de penas y a la específica finalidad de la figura de acumulación jurídica de penas como su nombre lo indica, el único entendimiento dable es el de acumular las penas atendiendo a la mas grave, es expreso y claro el artículo 31, no admite explicación en otro sentido, pues las sentencias a ejecutar son inmodificables por los jueces de penas.

b) La vasta experiencia como Juez de ejecución de penas, cargo que venía desempeñando desde 1994, hacía imposible que interpretara la norma llevándose por la calle la naturaleza jurídica, funciones y facultades de los jueces de ejecución de penas, los cuales en manera alguna pueden tasar penas cual si fueran jueces de instancia.

c) El hecho de que luego de 7 años de estar acumulando correctamente las penas haya variado su precedente horizontal sin fundamento jurídico atendible tan solo 4 meses antes de decidir la acumulación jurídica de MIGUEL RODRÍGUEZ OREJUELA, postura con la cual lo benefició en el cómputo de la pena en más de 12 años, evidencian su voluntad inquebrantable de transgredir la norma.

d) La gravedad e importancia del asunto por decidir no podía pasar desapercibido para la juez del caso, pues se trataba de MIGUEL RODRÍGUEZ OREJUELA quien por esa época era uno de los narcotraficantes más reconocidos a nivel nacional e internacional, cabecilla del cartel de Cali, condenado por el envío de miles de toneladas de cocaína al exterior y otros delitos, con un descomunal poder económico para permear parte de la sociedad a fin de lograr sus propósitos, situación que le exigía una especial atención y análisis a su decisión salvo que de forma deliberada actuara en contrario como en efecto lo hizo.

Lo anterior evidencia que pocos meses después de haber sido repartido el proceso de

Gilberto y MIGUEL RODRÍGUEZ OREJUELA en su despacho, la doctora SAAVEDRA YEPES, sin soporte jurídico razonable, cambió el precedente horizontal que venía aplicando en relación con la acumulación jurídica de penas, es así como de 21 años que debió haber partido y aumentarle hasta otro tanto sin sobrepasar de 40 años, como pena a imponer a MIGUEL RODRÍGUEZ tomó 14 años 8 meses 20 días y le aumentó 27 meses para un total de 16 años 11 meses advirtiéndose una ostensible reducción en el quantum que legalmente debía purgar.

Resta por decir que la conducta también es antijurídica, pues se vulneró sin derecho el bien jurídico de la recta y equilibrada definición del conflicto que estaba sometido al conocimiento del servidor público, quien podía y debía un pronunciamiento ceñido a la ley y a la justicia, menoscabando de manera grave la credibilidad de la sociedad en las personas que intervienen particularmente en la impartición de justicia y la confianza en sus instituciones. Además, ninguna circunstancia le impidió la comprensión de la conducta, al paso que actuó con culpabilidad, pues teniendo la posibilidad de dirigirse conforme a derecho optó de manera consciente por hacerlo contrariamente a la ley, situación que desencadenó un evidente acto de injusticia.

Reunidos como se encuentran los requisitos previstos en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 para condenar, la Sala de Casación Penal procederá a declarar la responsabilidad penal de la doctora MARIA CRISTINA SAAVEDRA YEPES frente a la conducta punible objeto de acusación esto es prevaricato por acción agravado.

Del prevaricato por omisión atribuido a la ex procuradora LIGIA GARCÉS RENTERÍA.

1. Prevaricato por omisión.

Sea del caso inicialmente hacer un somero estudio sobre el delito de prevaricato por omisión previsto en el artículo 414 del Código Penal, que lo describe así:

“Prevaricato por omisión. El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años”.

En cuanto a la tipicidad objetiva es un delito de sujeto activo calificado, de conducta alternativa y en blanco, que protege el bien jurídico de la administración pública y esencialmente doloso en cuanto a su tipicidad subjetiva.

En tal comportamiento omisivo, el sujeto activo debe ser un servidor público cuya conducta reprochable se encuentra enmarcada en los verbos omitir, rehusar, retardar o denegar acciones, bastando la constatación material de una cualquiera de ellas, con independencia de las otras para que la conducta típica se entienda ejecutada.

“Se trata, según se advierte, de un tipo penal de conducta alternativa susceptible de ejecutar mediante uno de los verbos rectores en él contenidos, esto es, omitir, retardar, rehusar o negar algún acto comprendido dentro de las funciones que por mandato constitucional o legal debe realizar el funcionario cuestionado”.⁴¹

Sobre el contenido y alcance de estas modalidades, la Corte ha hecho precisión en el sentido de que omitir es abstenerse de hacer una cosa, pasarla en silencio; retardar es diferir, detener, entorpecer, dilatar la ejecución de algo; rehusar es excusar, no querer o no aceptar una cosa; y denegar es no conceder lo que se pide o solicita.⁴²

En relación con la diferencia entre omitir y retardar la Corte ha dicho:

“La omisión y el retardo no son fenómenos idénticos, aunque todo retardo supone una omisión; cuando ocurre aquélla, el sujeto no hizo lo que podía y debía hacer; cuando esto acontece, el sujeto dejó de hacer lo que jurídicamente debió realizar en un momento o

período dados, aunque lo hizo o pueda válidamente hacerlo con posterioridad, más allá de los límites temporales que le habían sido trazados; en la omisión el actor no cumplió definitivamente con su deber de acción, en el retardo no ejecutó el acto esperado y debido dentro del término previsto para ello, pero lo realizó más tarde, o está en condiciones de cumplirlo extemporáneamente. La omisión propiamente dicha se produce y agota en el momento mismo en que el sujeto incumplió su deber de actuar; el retardo, en cambio, comienza al expirar el término dentro del cual debió actuar y perdura mientras no cumpla con su obligación de realizar la acción esperada”.⁴³

En cuanto a la diferencia entre rehusar y retardar la Corte ha precisado:

“[...] Pero rehusar y retardar no son fenómenos idénticos, porque cuando ocurre aquél, el funcionario se resiste a hacer lo que podía y debía hacer, es decir, niega su deber jurídico; mientras que cuando éste acontece, el sujeto deja de hacer lo que jurídicamente debió realizar en un momento o período dados, aunque lo hubiera hecho o pudiera válidamente hacerlo con posterioridad, pero siempre más allá de los límites temporales que le habían sido trazados. Cuando se rehúsa, el actor se sustrae definitivamente a su deber de acción, mientras que en el retardo no ejecuta el acto esperado y debido dentro del término previsto para ello, pero lo realiza más tarde, o está en condiciones de cumplirlo extemporáneamente”.⁴⁴

El delito de prevaricato por omisión es un tipo penal en blanco, por cuanto castiga al servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, las cuales no están incluidas en la norma, debiendo acudir a los preceptos constitucional, legal o reglamentario que la contengan para darle entendimiento al mandato.

“El tipo penal de prevaricato por omisión lo describe el artículo 414 de la Ley 599 de 2000 en los mismos términos que lo estaba en la codificación vigente para la época de

los sucesos, acertadamente precisada por el aquí demandante, que grava con pena privativa de la libertad al 'servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones'. Se trata, ciertamente, de un precepto penal en blanco, toda vez que para adecuar en el mismo el obrar de quien tiene la condición de sujeto activo de la conducta, es preciso acudir a la normatividad en la que se hallan establecidas sus funciones específicas".⁴⁵

El omitir, rehusar, retardar y denegar, debe concretarse o recaer sobre un acto propio de sus funciones, siendo el conocimiento de la norma extrapenal que las contiene y su preexistencia al momento de realizar la conducta, elementos necesarios para cometer el juicio de tipicidad objetiva de este delito. ⁴⁶

En cuanto a la tipicidad subjetiva, el prevaricato por omisión sólo admite el dolo, exigencia que entraña la confluencia de sus dos componentes, el cognitivo o conciencia de que su actuar es objetivamente típico, y el volitivo, que comporta querer realizarlo.⁴⁷

Sobre el particular la Corte ha destacado:

"No en vano viene sosteniendo la Corte que no toda omisión o retardo en el cumplimiento de un acto propio de las funciones asignadas, constituye delito de prevaricato por omisión, pues siendo este delito esencialmente doloso, requiere necesariamente que cualquier conducta de las descritas en el artículo 150 del Código Penal de 1980 (artículo 414 de la Ley 599 de 2000), esté precedida del conocimiento y voluntad claros de faltar a la lealtad debida en el ejercicio de dicha función".⁴⁸

2. Caso concreto

La Fiscalía acusó a la doctora LIGIA GARCÉS RENTERÍA de prevaricato por omisión, por cuanto pese a que la determinación adoptada por la Juez 1º de Ejecución

de Penas de Palmira doctora MARIA CRISTINA SAAVEDRA YEPES en el asunto de la acumulación jurídica de penas de MIGUEL RODRÍGUEZ OREJUELA era manifiestamente contraria a la Ley, guardó silencio y no interpuso los recursos de ley, cobrando ejecutoria la decisión.

Por estos hechos el Tribunal absolvió a la ex procuradora, toda vez que su conducta estaba ligada a la de la doctora SAAVEDRA YEPES a quien no encontraron incurso en el delito de prevaricato por acción.

La Sala, se aparta de los argumentos absolutorios expuestos por el a quo en la decisión recurrida y procede a analizar la conducta de la doctora GARCÉS RENTERÍA, previo a lo cual se pronunciará sobre el tema de la prescripción solicitado por la defensa.

2.1. La Prescripción.

Según el defensor, la acción penal se encuentra prescrita, porque de la fecha de comisión de los hechos a la ejecutoria de la resolución de acusación transcurrieron 88 meses y 8 días, análisis al que procede la Sala, toda vez que en caso de verificarse, resultaría inane cualquier otro estudio.

No le asiste razón al defensor y la acción penal no se halla prescrita toda vez que para determinar el máximo de la pena fijado en la ley, ha de tenerse en cuenta el inciso 4o del artículo 83 del actual estatuto penal, esto es “las causales modificadoras de la punibilidad”, las que desde luego, cobijan las circunstancias específicas de agravación, y la ampliación del término de prescripción para el caso de los servidores públicos.

La procesada GARCÉS RENTERÍA fue acusada por el delito de prevaricato por omisión cuyo máximo es de 5 años, que con el agravante de una tercera parte y la ampliación del término de prescripción por ser servidor público que también es de una tercera parte, da como resultado 106,6 meses, lapso que no se sobrepasó, por tanto la acción penal no prescribió.

2.2. Tipicidad objetiva

De acuerdo con lo que se ha dejado visto, el tipo penal de prevaricato por omisión exige para su estructuración, en su expresión objetiva, la comprobación de tres elementos, (i) que el sujeto activo tenga la condición de servidor público, (ii) que la conducta típica recaiga sobre un acto propio de sus funciones, y (iii) que consista en omitir, rehusar, retardar o denegar el cumplimiento de esa función.

La calidad de servidora pública de la doctora LIGIA GARCÉS RENTERÍA se encuentra acreditada con el acta de posesión como Procuradora 307 Judicial Penal I con sede en Cali de fecha 9 de diciembre de 1997 y, con la certificación expedida por el Coordinador de Procuradores de Palmira de noviembre 5 de 2002, donde hace constar que viene ejerciendo como Agente del Ministerio Público ante el Juzgado 1º de ejecución de Penas y medidas de Seguridad de Palmira desde el 1º de febrero de 2000.⁴⁹

La acusada, en su condición de agente del ministerio público, tenía por mandato legal y reglamentario la obligación de actuar en defensa del orden jurídico y la sociedad en el proceso 2001-0234-00 que cursaba en el Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad cuyo condenado era MIGUEL RODRÍGUEZ OREJUELA.

Tal deber se encuentra reseñado en los artículos 122 de la Ley 600 de 2000 y en la resolución 205 de 18 de julio de 2001 expedida por el Procurador General de

la Nación según la cual, en los asuntos penales regidos por la Ley 600 de 2000, como actuaciones mínimas obligatorias de sus agentes están la de “interponer los recursos legales pertinentes contra las decisiones judiciales que no consulten la adecuada aplicación de la ley”, así:

“RESOLUCIÓN NUMERO 205 (18 DE JULIO DE 2001). El Procurador General de la Nación en desarrollo de la atribución prevista en el artículo 275 de la [Constitución Política](#) y los artículos 1° y 7°, numerales 2 y 7 del Decreto Ley 262 de 2000, como supremo director del Ministerio Público, para una adecuada intervención de sus agentes en los asuntos penales, y CONSIDERANDO: Que ante la vigencia del nuevo Código Penal (ley 599 de 2000) se hace indispensable que el Procurador General de la Nación, señale, de manera concreta, las actuaciones mínimas obligatorias que deben cumplir quienes representan el Ministerio Público en los procesos que se adelanten en la justicia ordinaria por delitos que comprometen de manera severa las normas de convivencia... RESUELVE: Artículo Primero: Quien represente al Ministerio Público deberá cumplir celosamente las obligaciones previstas en el Código de Procedimiento Penal, el Decreto Ley 262 de 2000, las Resoluciones de la Procuraduría General y demás normas vigentes; para lo cual desplegará la actividad necesaria en defensa del orden jurídico y las garantías de las personas que intervienen en el proceso. Para el cumplimiento de esta finalidad, realizará, entre otros, los siguientes comportamientos... g) Interponer los recursos legales pertinentes contra las decisiones judiciales que no consulten la adecuada aplicación de la ley”.

Sobre el particular al Corte ha expresado que cuando la actuación judicial que el funcionario debe vigilar desconoce el ordenamiento jurídico, o afecta el patrimonio público, o vulnera los derechos o garantías fundamentales de las partes, su intervención se torna necesaria porque la normatividad le defiende la salvaguarda de estos bienes, para lo cual debe acudir a las alternativas de postulación que el procedimiento le ofrece, según la naturaleza de la decisión y el momento procesal en que se presenta⁵⁰.

Tales directrices las desconoció la funcionaria quien pese a que la decisión era manifiestamente contraria a la ley, desatendió su deber legal de recurrirla.

Dicha ilegalidad, para la Sala, se advierte de bulto por cuanto que: i) el artículo 470 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el 31 del Código Penal es claro y no admite diversas interpretaciones desde la óptica de la ejecución de la sentencia, costado en el que se encontraba la funcionaria; ii) al tomar el artículo 31 del Código Penal de forma aislada y aplicarlo como si fuera juez de instancia desconoció la remisión que a él hace el artículo 470 del Código de Procedimiento Penal con el cual forma una unidad; iii) al “volver a dosificar la pena”, desconoció abiertamente la naturaleza jurídica y la funciones de los jueces de ejecución de penas; iv) para justificar su postura presentó de forma descontextualizada la Jurisprudencia de la Corte de 1997 a la cual se remite en apoyo a su decisión y, omitió deliberadamente referirse al párrafo que de forma clara contradice su criterio; v) es tal la claridad de la norma que la aplicó correctamente durante 7 años, de 1994 hasta el 2002; vi) sin explicación razonable, el 14 de abril de 2002, cambió la interpretación que venía haciendo correctamente de la figura de acumulación jurídica de penas, por la que hoy es motivo de estudio en razón del auto de fecha 14 de agosto de 1997; vii) La novedosa interpretación permite que la pena menos grave subsuma a la mas grave lo cual conlleva a una contradicción, carente de lógica y razonablemente inadmisibile ; viii) No es cierto que existan decisiones de la Corte que avalen su criterio, pues todas las que relacionó la defensa con este fin, corresponden a análisis sobre el concurso de conductas punibles y no sobre la acumulación jurídica de penas.

En las anotadas condiciones, la acumulación jurídica de penas realizada por la juez emergía abiertamente contraria al ordenamiento jurídico, específicamente al artículo 407 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el 31 del Código Penal.

Frente a esta realidad, la doctora LIGIA GARCÉS RENTERÍA tenía la obligación de intervenir en defensa del orden jurídico a fin de restablecer su vigencia, en cumplimiento de los artículos 277.7 de la Constitución Nacional, 122 de la Ley 600 de 2000, y 1° de la resolución 205 de 2001, que le imponían el deber de “interponer los recursos legales pertinentes contra las decisiones judiciales que no consulten la adecuada aplicación de la ley”, toda vez que la discrecionalidad de que goza el funcionario no está referida a si actúa o no, sino a la libertad de definir, frente al caso concreto, si es o no necesaria su intervención, atendidos los fines que debe cumplir como agente del Ministerio Público en el proceso penal.

No obstante, la funcionaria con su silencio permitió que la decisión quedara ejecutoriada con el consecuente detrimento para el orden jurídico, enmarcándose objetivamente su actuar en el tipo en mención definido por el verbo omitir, que implica, abstenerse de hacer una cosa; y en sentido jurídico, dejar de cumplir una acción que estaba obligado a ejecutar descrito en el artículo 414 del Código Penal.

2.3. Tipicidad subjetiva.

Ahora bien, la conducta punible se entiende que es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. El dolo como modalidad de ejecución de la conducta punible (Ley 599 de 2000, artículos 21 y 22), significa, en términos elementales, disposición de ánimo hacia la realización de una conducta definida en la ley como delictiva (tipicidad objetiva) y causante de daño o de puesta en peligro, sin justificación alguna (tipicidad o antijuridicidad material), por tanto, actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente

típica y quiere su realización.

La funcionaria en sus diferentes intervenciones manifestó haber leído con detenimiento el auto y compartir lo expuesto por la juez, es más, al ser interrogada sobre el tema expresó: “estoy de acuerdo que debe partirse del hecho punible sancionado con la pena más grave”; al preguntársele qué había pasado con la sentencia que impuso al MIGUEL RODRÍGUEZ la pena de 21 años de prisión expresó: “quedó incluida en la tasación que hizo la señora juez, como lo manifesté”, y agregó mas adelante: “ la ley no dice que se debe partir de la sentencia más alta, sino de la contentiva de la pena más grave artículo 31 del Código Penal.”

De esta forma la Sala encuentra que la doctora GARCÉS RENTERÍA tenía pleno conocimiento de la ilegalidad de la decisión, no solo porque ella ya actuaba como Ministerio Público ante ese juzgado cuando hubo el cambio de precedente horizontal, sino por su amplia trayectoria en la Procuraduría y en los juzgados de ejecución de penas, por lo que sabía la forma correcta de acumular las penas, pues estas son el diario devenir de esos despacho, en consecuencia le era claro que: i) el artículo 470 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el 31 del Código Penal conforman una unidad desde la óptica de la ejecución de la sentencia; ii) las sentencias son inmodificables por los jueces de ejecución de penas; iii) al tomar el artículo 31 del Código Penal de forma aislada desconoce no solo la remisión que a él hace el artículo 470 del Código de Procedimiento Penal, sino el debido proceso en sus componentes de las formas propias del juicio y del juez natural; iv) al volver a dosificar la juez de penas usurpaba las funciones de los jueces de instancia.

No obstante la comprensión de los elementos objetivos del tipo, voluntariamente omitió el deber legal que tenía de recurrir la decisión y no desplegó los mecanismos a su alcance tendientes a evitar que cobrara ejecutoria, comportamiento doloso que de suyo excluye el error de tipo apenas mencionado.

Finalmente la Sala señala que la conducta también es antijurídica, porque cuando el funcionario público incumple un acto propio de sus funciones, sea que lo omite, retarde, rehúse o deniegue, no solamente infringe el deber de servicio y el compromiso de lealtad, sino que perturba el correcto funcionamiento de la administración pública y frustra las expectativas que tienen los administrados, afectando su legitimidad y la confianza en sus instituciones y en las personas que intervienen particularmente en la impartición de justicia.

Al paso que actuó con culpabilidad, pues teniendo la posibilidad de dirigirse conforme a derecho optó de forma conciente por hacerlo de forma contraria a la ley, situación que desencadenó un evidente acto de injusticia.

Reunidos como se encuentran los requisitos previstos en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 para condenar, la Sala de Casación Penal procederá a declarar la responsabilidad penal de la doctora LIGIA GARCÉS RENTERIA frente al punible de prevaricato por omisión agravado.

Acreditada como se encuentra la estructuración de los elementos objetivo y subjetivo de los delitos de prevaricato por acción y por omisión atribuidos a las procesadas en la acusación, corresponde ahora adelantar el respectivo procedimiento de individualización de las penas por imponer en relación con tales los comportamientos delictivos.

Determinación de las consecuencias jurídicas de la conducta punible:

En principio se debe precisar que como los hechos analizados fueron cometidos en vigencia de la Ley 600 de 2000, no se aplica el incremento punitivo previsto en la Ley 890

de 2004 ni se exige el pago de la multa para la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

1. Punibilidad en el prevaricato por acción agravado

El delito de prevaricato por acción, de conformidad con el artículo 413 del Código Penal, contempla las siguientes penas principales: prisión de treinta y seis (36) a noventa y seis (96) meses; multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de sesenta (60) a noventa y seis (96) meses.

Respecto de ese delito fue deducida la causal específica de agravación prevista en el artículo 415 de la Ley 599 de 2000, debido a que la acción prevaricadora se materializó en una actuación judicial por un delito de narcotráfico, luego dichas sanciones deben incrementarse “hasta en una tercera parte”, con sujeción a la regla establecida en el artículo 60-2 del Código Penal de la siguiente manera: prisión de treinta y seis (36) a ciento veintiocho (128) meses; multa de cincuenta (50) a doscientos sesenta y seis coma sesenta y seis (266,66) salarios mínimos mensuales legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de sesenta (60) a ciento veintiocho (128) meses.

Los ámbitos de movilidad se fraccionan en cuatro partes, tal y como lo ordena el artículo 61 de la citada codificación, operación que arroja el siguiente resultado:

Para la pena de prisión: cuarto mínimo, de treinta y seis (36) a cincuenta y nueve (59) meses; primer cuarto medio, de cincuenta y nueve (59) meses y un (1) día a ochenta y dos (82) meses; segundo cuarto medio, de ochenta y dos (82) meses y un (1) día, a ciento cinco (105) meses; y cuarto máximo, de ciento cinco (105) meses y un (1) día, a ciento veintiocho

(128) meses.

Respecto de la sanción pecuniaria: cuarto mínimo, de cincuenta (50) a ciento cuatro coma ciento sesenta y cinco (104,165); primer cuarto medio, de ciento cuatro coma ciento sesenta y cinco (104,165) a ciento cincuenta y ocho coma treinta y tres (158,33); segundo cuarto medio, de ciento cincuenta y ocho coma treinta y tres (158,33) a doscientos doce coma cuatrocientos noventa y cinco (212,495); y cuarto máximo, de doscientos doce coma cuatrocientos noventa y cinco (212,495) a doscientos sesenta y seis coma sesenta y seis (266.66) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

En cuanto a la interdicción: cuarto mínimo, de sesenta (60) a setenta y siete (77) meses; primer cuarto medio, de setenta y siete (77) meses y un (1) día a noventa y cuatro (94) meses; segundo cuarto medio, de noventa y cuatro (94) meses y un (1) día a ciento once (111) meses; y cuarto máximo, de ciento once (111) meses y un (1) día a ciento veintiocho (128) meses.

Corresponde ahora individualizar la pena conforme las reglas del artículo 61 del Código Penal. Como no se dedujo ninguna circunstancia de mayor punibilidad (artículo 58) y por el contrario puede inferirse la del numeral 1º del artículo 55 ibídem, en cuanto a la ausencia de antecedentes penales⁵¹, para la individualización de la sanción se ubicará la Sala en el cuarto mínimo.

Teniendo en cuenta la gravedad de la conducta de prevaricato por acción, el daño causado con el mismo, pues se propició una rebaja de pena considerable a MIGUEL RODRÍGUEZ OREJUELA, la intensidad del dolo con el que obró la acusada al expedir la resolución contraria a derecho, y la necesidad y función de prevención general de la pena, no es posible partir del límite inferior de los cuartos mínimos de cada una de

las sanciones principales consagradas para el comentado injusto, siendo las anteriores razones suficientes para infligir por la misma, cincuenta y nueve (59) meses de prisión, multa en cuantía equivalente a cinco mil cuatrocientos sesenta y cinco (54,65) salarios mínimos mensuales legales vigentes, y setenta y siete (77) meses de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Como sanción accesoria se impondrá a la acusada la pérdida del cargo público como Juez 4º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali, toda vez que el ejercicio y poderes discernidos por la función pública detentada tuvieron relación directa con la ejecución de las conductas punibles atribuidas (Ley 599 de 2000, artículo 43-2, 45 y 52).

No hay lugar a conceder el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, debido a que no está satisfecho, en principio, el factor objetivo previsto en el artículo 63-1 del Código Penal, pues la sanción impuesta es superior a tres (3) años de prisión.

En cuanto a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la intramural (artículo 38 ibídem), si bien es cierto el delito por el que se procede tiene contemplada una pena mínima que no excede de cinco (5) años, cumpliéndose con el factor objetivo, igualmente es verdad que el requisito de naturaleza subjetiva previsto en el numeral segundo de la citada disposición, no se encuentra acreditado.

En efecto, el presupuesto en cuestión exige que "...el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena", conclusión para la que se torna necesario, conforme ya lo tiene decantado la Corte⁵², estudiar los fines de la pena:

"[...] El artículo 4° del Código Penal señala que la pena cumplirá funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado y que la prevención especial y la reinserción operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

"[...] La Corte interpreta que cuando allí se declara que las funciones de prevención especial y reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión (sea esta domiciliaria o carcelaria) no se excluyen las demás funciones como fundamento de la misma pena, sino que impide que sean la prevención especial y la reinserción criterios incidentes en la determinación o individualización de la pena privativa de la libertad.

"[...] Significa lo anterior que tanto para imponer, como para ejecutar la prisión domiciliaria en sustitución de la prisión carcelaria deben tenerse en cuenta también las funciones de la pena que tienen que ver con la prevención general y la retribución justa.

"[...] Independientemente de las afinidades teóricas que se tengan sobre los conceptos básicos que integran las funciones de la pena, la decisión de política criminal del Estado colombiano en cuanto a los principios y los fines de la pena es la adoptada en los artículos 3 y 4 del Código Penal. Desde esa óptica, la función de 'retribución justa' puede abordarse de manera general en dos estadios claramente diferenciados del proceso penal. Como criterio que influye en la determinación judicial de la pena, en cuanto es en tal momento que se define la medida de la retribución y se determina su contenido de justicia, de mano de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; y, como función vinculada a la ejecución de la pena que no puede ser dejada de sopesar cuando vaya a enjuiciarse la adopción de providencias que anticipen material y condicionalmente una parte de la privación efectiva de la libertad o la subroguen por un periodo de prueba.

"[...] Igual cosa ocurre con la función de 'prevención general', a través de la cual se advierte a la sociedad de las consecuencias reales que puede soportar cualquiera que incurra en una conducta punible: paradójicamente el hombre se ve compelido a proteger la sociedad mediante la amenaza a los individuos que la componen. Porque el orden jurídico es un sistema que opera bajo la fórmula acción-reacción, supuesto-consecuencia jurídica. Ese fin de 'prevención general' es igualmente apreciable tanto para la determinación judicial de la pena como para el cumplimiento de la misma, pues se previene no solo por la imposición de la sanción, sino y sobre todo, desde la certeza, la ejemplarización y la motivación negativa que ella genera (efecto disuasivo), así como desde el afianzamiento del orden jurídico (fin de prevención general positiva).".

Consecuente con el anterior criterio, atendida la gravedad y modalidad de las conductas atribuidas al acusado, el daño real causado con las mismas al bien jurídico tutelado, la intensidad del dolo con el que obró el enjuiciado, atendidos los fines de prevención general, retribución justa y prevención especial, se hace necesario el cumplimiento de la pena bajo el rigor y disciplina de un centro penitenciario.

Por considerar la Sala que con la privación inmediata de la libertad de la doctora SAAVEDRA YEPES -actualmente Juez de Ejecución de Penas— se perturba la buena marcha de la administración de justicia al generarse solución de continuidad en el despacho a su cargo, se solicitará al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en concordancia con el artículo 359 de la Ley 600 de 2000, que proceda a suspenderla en el ejercicio del cargo que ostenta. Una vez cumplida la anterior disposición o pasados 5 días desde la fecha de la petición de suspensión, se dispondrá su captura.

2. Punibilidad en el prevaricato por omisión agravado.

Ahora bien, la conducta punible de prevaricato por omisión, según el contenido del

artículo 414 de la Ley 599 de 2000, contempla las siguientes sanciones: prisión de veinticuatro (24) a sesenta (60) meses; multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de sesenta (60) meses.

Frente al injusto que se analiza, en la acusación se dedujo la causal específica de agravación prevista en el artículo 415 de la Ley 599 de 2000, debido a que la acción prevaricadora se materializó en una actuación judicial por un delito de narcotráfico, luego las aludidas sanciones deben incrementarse “hasta en una tercera parte”, es decir, atendiendo la regla consagrada en el artículo 60-2 del Código Penal, aquéllas quedan de la siguiente manera: prisión de veinticuatro (24) a ochenta (80) meses; multa de diez (10) a sesenta y seis coma sesenta y seis (66,66) salarios mínimos mensuales legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) meses.

Tal y como lo ordena el artículo 61 de la citada codificación, los aludidos ámbitos de movilidad se fraccionan en cuatro partes, operación que arroja el siguiente resultado:

Para la pena de prisión: cuarto mínimo, de veinticuatro (24) a treinta y ocho (38) meses; primer cuarto medio, de treinta y ocho meses (38) meses y un (1) día a cincuenta y dos (52) meses; segundo cuarto medio, de cincuenta y dos (52) meses y un (1) día, a sesenta y seis (66) meses; y cuarto máximo, de sesenta y seis (66) meses y un (1) día, a ochenta (80) meses.

Respecto de la sanción pecuniaria: cuarto mínimo, de diez (10) a veinticuatro coma ciento sesenta y cinco (24,165); primer cuarto medio, de veinticuatro coma ciento sesenta y cinco (24,165) a treinta y ocho

coma treinta y tres (38,33); segundo cuarto medio, de treinta y ocho coma treinta y tres (38,33) a cincuenta y dos coma cuatrocientos noventa y cinco (52.495); y cuarto máximo, de cincuenta y dos coma cuatrocientos noventa y cinco (52.495) a sesenta y seis coma sesenta y seis (66,66) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

En cuanto a la interdicción, como el legislador estableció su duración en un guarismo fijo, no hay lugar a establecer ámbito de movilidad punitiva en cuartos, permaneciendo entonces esa sanción en ochenta (80) meses.

Respecto del delito de prevaricato por omisión, también es manifiesta la gravedad de la conducta, el dolo directo con el que obró la acusada, y el daño causado a la administración de justicia, además de los fines y necesidad de prevención general y especial de la pena, motivos por los que respecto de ese comportamiento procederían como sanciones principales treinta y seis (36) meses de prisión, multa en cuantía de veintidós (22) salarios mínimos mensuales legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) meses.

No hay lugar a imponer a la doctora GARCÉS RENTERÍA la pena accesorio de pérdida del cargo publico prevista en el artículo 43-2, 45 y 52 de la Ley 599 de 2000, toda vez que disciplinariamente la Procuraduría la sancionó con destitución.

Se concede el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un periodo de tres años, debido a que está satisfecho el factor objetivo previsto en el artículo 63-1 del Código Penal, pues la sanción impuesta no excede de tres (3) años de prisión, debiendo cumplir las obligaciones mencionadas en el artículo 65 ibídem.

De igual forma los antecedentes personales, sociales y familiares referidos en curso del

proceso, así como la modalidad de la conducta punible son indicativos de que no hay necesidad de la ejecución de la pena.

3. Estima la Sala, para finalizar, que los Magistrados de la Sala de Descongestión que suscribieron la absolución dictada a favor de las doctoras MARÍA CRISTINA SAAVEDRA YEPES y LIGIA GARCÉS RENTERÍA, pudieron incurrir, en razón del proferimiento de esa sentencia, en infracción a la ley penal y disciplinaria. En consecuencia, para las investigaciones a que haya lugar, se ordenará expedir copias de lo pertinente con destino a la Fiscalía General de la Nación y a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el fallo de fecha 1º de noviembre de 2011 emitido por la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, a través del cual absolvió a MARIA CRISTINA SAAVEDRA YEPES y LIGIA GARCÉS RENTERÍA por los delitos de prevaricato por acción y omisión, agravados, respectivamente, de conformidad con las consideraciones a que se hizo alusión en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la doctora MARIA CRISTINA SAAVEDRA YEPES como autora penalmente responsable del delito de prevaricato por acción agravado, a las penas principales de cincuenta y nueve (59) meses de prisión, multa en cuantía equivalente a cinco mil cuatrocientos sesenta y cinco (54,650) salarios mínimos mensuales legales vigentes, y setenta y siete (77) meses de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas. Como sanción accesoria la pérdida del cargo público de Juez 4º de ejecución de Penas y

Medidas de Seguridad de Cali (Valle).

TERCERO: NO CONCEDER a MARIA CRISTINA SAAVEDRA YEPES la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria, por no acreditarse los requisitos para ello.

CUARTO: CONDENAR a la doctora LIGIA GARCÉS RENTERÍA, como autora penalmente responsable del delito de prevaricato por omisión agravado, a las penas principales de treinta y seis (36) meses de prisión, multa en cuantía de veintidós (22) salarios mínimos mensuales legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) meses..

QUINTO: CONCEDER a LIGIA GARCÉS RENTERÍA la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por acreditarse los requisitos para ello.

SEXTO: ORDENAR la captura de MARIA CRISTINA SAAVEDRA YEPES, una vez se produzca la suspensión en el ejercicio del cargo de Juez de Penas que actualmente ostenta, para lo cual SE DISPONE remitir la solicitud pertinente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Mientras se cumple la suspensión, ADÓPTENSE las medidas necesarias para evitar que la mencionada eluda la acción de la justicia.

SÉPTIMO: REMITIR copia de esta sentencia a la Registraduría Nacional del Estado Civil, a la Procuraduría General de la Nación, a la Fiscalía General de la Nación y a la Dijin, para lo de su cargo.

OCTAVO: EXPEDIR las copias a que se hizo alusión en las motivaciones para las investigaciones penal y disciplinaria a que haya lugar, en contra de los Magistrados de la

Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Buga que profirieron la sentencia absolutoria de primera instancia.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO

ALBERTO CASTRO CABALLERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ
FERNÁNDEZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JAVIER ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Actual Juez 4º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali.

2 Folio 96 c.o.2 auto de acumulación jurídica de penas a Miguel Rodríguez Orejuela.

3 Folio 96 c.o. 2

4 Folio 227-228 c.o. 1

5 Folio 212 y 213 c.c. 2

6 Folio 220 c.c No. 2

7 Folio 290 c.c. No. 2

8 Folio 62 a 107 c.c. No. 3

9 Folio 71 a 89 Cuaderno de copias segunda instancia.

10 Folio 62 c.o. 4.

11 Folio 112 c.o. 2

12 Folio 112 c.o. 2

13 Folio 271 c.o.2

14 Folios 160 a 162 c.o. 2

15 Folios 171 y 172 c.o.2

16 Folios 174 y 174 c.o.2

17 Folios 163 a 167 c.o. 2

18 Folios 168 a 170 c.o. 2

19 Folios 175 a 176 c.o. 2

20 Folio 300 c.o.1

21 Folio 253 c.o. 1

22 Folios 242- 281. Cuaderno No 4.

23 Artículo 31 ley 599 de 2000. “Concurso de conductas punibles. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena mas grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, , sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas”.

24 Folio 276, Cuaderno No 4.

25 Folio 276, Cuaderno No 4.

26 Folio 201, Cuaderno No 4.

27 Folio 308, c.o. 4..

28 Folio 314 c.o. 4

29 “En ese orden, contrario a lo sostenido por los demandantes, la Corte encontró que los servidores públicos, incluidos los jueces y los particulares que ejercen funciones públicas, pueden incurrir en el delito de prevaricato por acción, por emitir una providencia, resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a los preceptos constitucionales, la ley o un acto administrativo de carácter general. En cuanto concierne a la jurisprudencia de las altas cortes, la Corporación estableció que la contradicción de esta jurisprudencia, per se, como fuente autónomo del derecho, no da lugar a la comisión del delito de prevaricato por acción, salvo que se trate de la jurisprudencia sentada en los fallos de control de constitucionalidad de las leyes o que el desconocimiento de la jurisprudencia conlleve a la infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general. A la vez reiteró que, sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve el carácter de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la

ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente, que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues de lo contrario estarían infringiendo el principio de igualdad...”

30 Folio 334, Cuaderno Original No 4.

31 31 Folio 361, Cuaderno Original No 4.

32 Cfr. Sentencia del 26 de mayo de 1998, radicación 13628.

33 Corte Suprema de Justicia radicado 29382 del 18 de junio de 2008

34 Cfr. Sentencia del 26 de mayo de 1998, radicación 13628.

35 Folio 96 c.o. 2

36 Folio 112 c.o. 2

37 Folio 297 c.o. 1

38Folio 77 c.o.2

39 Folio 270 c.o.2

40. Sentencia de 3 de agosto de 2005, radicado 22112.

41 C.S.J., Unica instancia 24053, auto de 21 de febrero de 2007.

42 C.S.J., Unica Instancia 26243, auto de 27 de octubre de 2008.

43 C.S.J., Auto de 19 de junio de 1984.

44 C.S.J. Segunda Instancia 19912, sentencia de 26 de noviembre de 2003. En el mismo sentido, Unica Instancia 26243, auto de 27 de octubre de 2008.

45 C.S.J., Casación 19389, Sentencia de 28 de febrero de 2007.

46 C.S.J., Segunda Instancia 22639, sentencia de 27 de octubre de 2004; Única Instancia 27695, auto de 26 de septiembre de 2007; Segunda Instancia 28428, sentencia de 17 de septiembre de 2008, entre otras.

47 El artículo 22 del Código Penal asume que la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización, o cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

48 C.S.J., Segunda Instancia 19762, sentencia de 23 de febrero de 2005. En el mismo sentido, Única Instancia 24053, auto de 21 de febrero de 2007; Única instancia 20402, sentencia de 21 de marzo de 2007; Segunda Instancia 28984, auto de 9 de mayo de 2008; Única Instancia 34221, auto de 8 de septiembre de 2010, entre otras.

49 Folios 250 y 253 c.o.1.

50 C.S.J. radicado 30592 del 5 de octubre de 2011.

51 No puede considerarse como antecedente la condena impuesta al procesado por el delito de abuso de la función pública, según hechos ocurridos el 12 de noviembre de 2008 (posteriores a los aquí debatidos), la cual fue confirmada por esta Sala en sentencia de segunda instancia del 29 de febrero de 2012, radicación N° 38050.

52 Cfr. Auto del 28 de noviembre de 2001, radicación 18285, y en el mismo sentido auto de 14 de marzo de 2002, radicación 7026.