

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Aprobado acta N° 279

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Mediante providencia del 17 de julio de 2013, el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en respuesta a solicitud previa de la Fiscalía, negó la preclusión de la investigación seguida en contra del doctor Adolfo León Prieto Molano por el delito de prevaricato por acción.

El delegado de la Fiscalía, coadyuvado por la defensa, apeló la decisión.

La Sala resuelve esa impugnación.

ANTECEDENTES

1. El 30 de mayo de 2011, por petición de la Fiscalía 21 Seccional de Socha (Boyacá), el doctor Adolfo León Prieto Molano, en su condición de Juez Promiscuo Municipal de esa localidad, instaló audiencia preliminar, en desarrollo de la cual la Fiscalía imputó al señor Fabio Alfonso Cristancho Chía, la comisión de los delitos de explotación ilícita de yacimiento minero y fraude a resolución judicial, previstos en los artículos 338 y 454 del Código Penal.

Por esas mismas conductas, la Fiscalía solicitó la imposición de medida de detención en establecimiento carcelario, a lo cual accedió el Juez, aunque de oficio la mudó a domiciliaria, no obstante que respecto de ninguno de los dos delitos se cumplía el requisito objetivo del artículo 313.2 del Código de Procedimiento Penal, como que las penas mínimas legales eran inferiores a 4 años de prisión, pero el funcionario afirmó que se superaba ese tope aplicando las reglas del concurso de delitos y al cálculo para el más grave, que le dio 32 meses, le sumó otro tanto, para llegar a 64 meses y con base en esto detuvo, aunque en el domicilio, al indiciado, quien denunció al juez por prevaricato.

2. La Fiscalía 1ª Delegada ante el Tribunal realizó actos de investigación, al cabo de los cuales solicitó a la Corporación la preclusión por atipicidad objetiva, en el entendido de que el Juez Promiscuo Municipal obró por error invencible, descartándose el dolo, toda vez que lo hizo asumiendo de buena fe que la Fiscalía acertaba en su pretensión, pues fue esta la que le hizo el cálculo del concurso para dar por superado el límite de los 4 años, máxime que la misma propuesta fue avalada por el apoderado de la víctima reconocida.

Además, la intervención de la defensa, previo a la decisión del juez, se centró en discutir la responsabilidad y solamente hizo algunos comentarios ligeros sobre al forma de calcular los 4 años. De ahí que la decisión se produjo siguiendo los criterios de Fiscalía y víctima, “personas éticas, correctas, honestas, que no quieren conseguir un provecho fuera del derecho”.

Por lo demás, por mala técnica legislativa, el artículo 313.2 procesal no clarifica cómo se calcula el lapso cuando se trata de varios delitos, de donde surgía válido acudir a las reglas del concurso, porque el tema de que se escoja el ilícito más grave no lo prevé la norma, sino que es objeto de interpretación por vía jurisprudencial.

Tampoco existe claridad sobre las reglas del artículo 31 del Código Penal y sobre el

asunto del “otro tanto” igual existen problemas de interpretación, pues se resuelve a la luz de la jurisprudencia, no de la claridad de la ley, que no la hay.

El juez, a pesar de aceptar el criterio de la Fiscalía sobre el cálculo de la pena, se apartó de él, para imponer, no la detención carcelaria solicitada, sino la domiciliaria, lo cual descartaba cualquier animadversión contra el hoy denunciante.

Todo eso indica que si bien se incurrió en error, se descarta el elemento “manifiestamente contrario a la ley”, en tanto este no cabe cuando hay lugar a varias interpretaciones.

Así, la preclusión procede por atipicidad objetiva, porque la providencia judicial no es manifiestamente contraria a la ley y, en segundo lugar, por atipicidad subjetiva, en tanto no se actuó con intención dañina contra el detenido, a quien, por el contrario, se lo favoreció al no enviarlo a la cárcel.

2.1. Con similares argumentos, la defensa coadyuvó esta postulación.

3. El apoderado de la víctima se opuso a la preclusión, por cuanto no puede admitirse el error en un juez que lleva buen tiempo en el cargo e incluso fue capacitador en el momento en que comenzó a operar el sistema penal acusatorio, lo cual descarta que se dejase guiar por las alegaciones de las partes, además de que el tema no era desconocido por el funcionario pues previamente conoció de una tutela sobre los mismos hechos y en la audiencia, previo a la providencia censurada, le hizo saber el error en relación con el cálculo de la pena mínima.

Igual insinuó al juez leyera la jurisprudencia sobre el tema, pero le impidió seguir hablando, retirándole con prepotencia el uso de la palabra, además de señalarle que “de la justicia y de él (del juez), ese señor no se iba a burlar”, lo cual sí denota

animadversión, además de que en varias ocasiones pospuso la audiencia solicitada por la Fiscalía y lo hizo esperar mucho tiempo (con desplazamientos de un pueblo a otro), sobre lo cual le advirtió que esas eran las consecuencias de no haberlo esperado 5 minutos y haberlo “entutelado”.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Tanto la decisión inicial, como la proferida en respuesta a la reposición interpuesta, negó la preclusión por cuanto sin esfuerzo surgía que ninguno de los dos delitos imputados tenía prevista pena mínima legal que superara los 4 años de prisión, como tampoco sucedía en el supuesto de que se admitiera aplicar el artículo 31 penal que regula el concurso (lo que no es posible tratándose de imponer medida de aseguramiento), pues la lógica indica que, partiendo del mínimo del delito más grave (32 meses), como “otro tanto” igual se imponía adicionar el mínimo, que sería un día, lo cual incluso surgía de aplicar las reglas del artículo 60 de la Ley 599 del 2000, norma a la que en el supuesto de alguna confusión ha debido acudir.

Tampoco se llegaría a ese tope de sumarse los mínimos previstos para cada delito, pues 44 meses (32 + 12) siguen siendo inferiores a 4 años (48 meses). En modo alguno podían adicionarse los máximos pues el mandato legal para detener habla de mínimos.

Lo anterior no es producto de una interpretación actual, sino que hace cerca de 10 años la jurisprudencia lo había enseñado, luego el juez no se apoyó en esta, sino que aceptó el argumento errado de la Fiscalía. Luego surge manifiesta, clara, evidente, la contrariedad de la decisión con la ley y la jurisprudencia.

El sindicado llevaba varios años en el cargo, lo cual lo obligaba a conocer la ley, y específicamente las normas que eran de permanente aplicación en su oficio, sin que pueda admitirse que se dejara inducir en error por las partes, pues el llamado a aplicar el derecho era él, no aquellas, que pueden tener intereses, y en caso de duda contaba con

posibilidades de consultar y aclararlas, máxime que sobre esto le insistió el defensor en la audiencia.

No puede admitirse negligencia de parte del juez (error vencible), pues el apoderado de la víctima (testigo de lo acaecido) puso de presente acciones de animadversión de aquel en su contra, lo cual (de ser cierto) podría indicar que el juez tenía en mente perjudicar a quien lo había demandado en sede de tutela y que con ese propósito pudo interpretar la ley. Por tanto, no surge evidente el supuesto yerro, o, cuando menos, esos aspectos deben ser investigados, debiendo la Fiscalía escuchar a la víctima, que por su condición puede contar con información sobre los hechos.

LA IMPUGNACIÓN

El delegado de la Fiscalía, coadyuvado por la defensa, postula se acceda a la preclusión negada. Inicialmente se queja de que el Tribunal se apoyara, para decidir, en dichos del apoderado de la víctima fuera de lo tratado en la audiencia, como que aludió a supuestas actitudes del juez, no debatidas. Insiste en que recaudó todos los elementos probatorios existentes y de una valoración ex ante (no ex post, como la del Tribunal) no surgen ni el dolo en el actuar del sindicado, ni el elemento “manifiestamente contrario a la ley”, necesario para la tipicidad del prevaricato, lo cual no puede extraerse de suposiciones.

La decisión cuestionada pudo ser contraria a la ley, pero no “manifiestamente”, que es lo que la hace delictiva, y no se estructura este elemento, por cuanto fue adoptada con fundamento en una interpretación, que resulta válida porque la ley no es clara respecto del tope mínimo de 4 años para detener cuando se trata de varios delitos y la solución de que se opte por el más grave, no es legal, sino de la jurisprudencia, la cual, además, fue emitida en vigencia de la Ley 600 del 2000 y no de la Ley 906 del 2004. Por tanto, resultaba válido que los delitos se trataran al amparo del concurso del artículo 31 y

de una lectura de este podía surgir legítimo que se aumentara “otro tanto”.

El Tribunal señala que el juez ha debido acudir al artículo 60 penal, lo que constituye otra forma de interpretar y eso corrobora que no hay tal claridad en la norma.

De existir animadversión del juez, fácil le hubiera quedado causar más daño, porque la Fiscalía le había solicitado detención carcelaria, no obstante, desconoció el pedido y decretó la domiciliaria.

El juez erró (pero no prevaricó) porque fue inducido por la Fiscalía, a quien creyó acertada en sus cálculos, sin que la decisión de segunda instancia de revocar la providencia, convertida a esta en prevaricadora, como que la tipicidad surge de lo legal no del acierto.

Para probar el dolo no se le puede exigir que acuda a una prueba impertinente, como escuchar a la víctima, porque esta es una fuente interesada.

La petición de preclusión -agrega la defensa- es un acto de parte que no admite control material, conforme lo dijo la Corte el 6 de febrero de 2013 (radicado 39.892). En otra decisión, la Sala de Casación Penal ha descartado el prevaricato cuando, como en este caso, se evidencia en el sindicado el ánimo de acertar (radicado 38.358, 17 de octubre de 2012). Igual resulta absurdo que se formulase imputación para luego precluir, pues ya el Fiscal concluyó que le resultaba imposible desvirtuar la presunción de inocencia.

EL NO RECURRENTE

El apoderado de la víctima se pronunció por la ratificación del auto cuestionado, pues en modo alguno puede considerarse que una detención ilegal de 60 días sea producto de un simple error intrascendente, cuando en el momento oportuno, en el traslado para recurrir, el mismo abogado le solicitó consultara y leyera las normas, porque no podía

hacer los cálculos de esa manera.

Bajo ninguna interpretación la operación matemática conducía a superar los 4 años, de donde no deriva confusión alguna, sino simple decisión sin valorar ni ponderar, lo cual evidencia el dolo, que igual deriva de la tutela que se interpuso contra el juzgador, lo cual no fue apreciado por la Fiscalía al solicitar la preclusión, acción esta que generó la realización de la audiencia y los pronunciamientos del sindicado en contra de la hoy víctima.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala ratificará la decisión recurrida, para cumplir lo cual resolverá la impugnación bajo el entendido de que su competencia es funcional, esto es, se ocupará exclusivamente de los aspectos objeto de inconformidad y, de ser necesario, extenderá su decisión a los que resulten inescindiblemente ligados a aquellos.

Las razones para hacerlo son las que siguen, que en ocasiones se apartan de las del Tribunal:

1. La decisión de precluir la investigación surte efectos de cosa juzgada. En principio, el juez solamente puede optar por decretarla cuando exista certeza, o plena prueba, o conocimiento más allá de toda duda razonable, respecto de que se estructura la causal invocada por la Fiscalía.
2. No obstante, a esas decisiones de exoneración igual puede llegarse en aplicación del principio y derecho fundamental del in dubio pro reo, de que tratan los artículos 29 de la [Constitución Política](#) y 7º del Código de Procedimiento Penal.

Ese postulado comporta que cuando los elementos probatorios no arrojen ese grado pleno de convicción, sino un estado de incertidumbre, este debe ser resuelto a favor

del sujeto pasivo de la acción penal y así debe ser declarado por el juzgador. No obstante, ese acto judicial parte del presupuesto necesario de que la duda no pueda ser aclarada, dilucidada en uno u otro sentido.

Entonces, la duda que se resuelve a favor del sindicado es aquella respecto de la cual el procedimiento legal no ofrezca vías para aclararla; en sentido contrario, si las formas propias de un proceso como es debido permiten a la justicia seguir actuando para dilucidar la incertidumbre, se impone este mecanismo descartándose la extinción de la acción penal.

Por vía de simples ejemplos, cuando quiera que adelantado el juicio en debida forma el juzgador se encuentre en la instancia para emitir sentencia, de concluir en la duda probatoria debe optar por la absolución como que en esa fase no existe viabilidad legal de aclararla. Igual, en el supuesto del artículo 332.7 procesal, si vencido el término legal allí previsto persisten las dudas al punto de que no se encuentra mérito suficiente para acusar, la decisión judicial que se impone es la de la preclusión acudiendo a resolver las dudas a favor del sindicado, como que la expiración de los plazos y la inexistencia de fundamentos para acusar hace que el estado de incertidumbre resulte insalvable.

En el evento considerado el material probatorio allegado no aporta el grado de convencimiento necesario para concluir, en este caso, en la atipicidad de la conducta. Tampoco existe vencimiento de términos y, como se detallará más adelante, pueden aportarse otros elementos de juicio, desde donde se infiere que no hay lugar a extinguir la acción penal.

3. En audiencia preliminar del 30 de mayo de 2011, celebrada por el Juez Promiscuo Municipal de Socha, el acá sindicado doctor Adolfo León Prieto Molano, sucedió lo siguiente:

3.1. Conforme a hechos acaecidos entre el año 2009 y febrero del 2011, la Fiscalía imputó a Fabio Alfonso Cristancho Chía la presunta comisión del concurso de delitos de explotación ilícita de yacimiento minero y fraude a resolución judicial, previstos en los artículos 338 y 454 del Código Penal, que dijo tenían señaladas penas de 32 a 144 y de 16 a 72 meses de prisión.

Luego pidió se decretara la medida de aseguramiento de prisión carcelaria del artículo 307,A,1 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto, además de cumplirse los requisitos subjetivos (de los que no se ocupará la Corte, pues son ajenos al presente debate), se reunía el objetivo del artículo 313.2, porque, aplicando las reglas del concurso del artículo 31 penal, a los 32 meses de la sanción mínima por la explotación ilícita se le debía adicionar hasta otro tanto, para un total de 64 meses, que superaban los 4 años.

Estos argumentos fueron reiterados por el apoderado de la víctima, quien agregó (para cuestionar a la defensa) que la sentencia C-063 del 2005 precisó que las decisiones administrativas, como las acá señaladas, tienen carácter jurisdiccional.

La defensa (que alegó antes de la víctima) se opuso a lo anterior y, en lo que acá interesa, argumentó que (I) no se tipificaba el fraude a resolución judicial, por cuanto las decisiones supuestamente incumplidas eran administrativas del alcalde, no judiciales, y (II) no se cumplía el requisito objetivo pues las penas mínimas eran de 32 (para la explotación ilícita) y 12 (para el fraude a resolución) meses, que incluso si se sumaban no alcanzaban ese tope de 64 meses, pero además el artículo 31 penal no era de recibo, pues operaba solo para fijar la pena, en tanto que para medida de aseguramiento debía estarse a la sanción mínima del delito más grave.

El Juez concedió una nueva oportunidad a la defensa, dentro de la cual esta le reiteró que el requisito objetivo no se cumplía y, para ratificarle, le solicitó consultara las providencias

de la Corte 24.152 y 7026 del 20 de octubre de 2005 y 26 de julio de 2001.

3.2. El juzgador señaló un receso, pues estimó necesario analizar las “potudas argumentaciones” de las partes, y, tras ello, decretó la detención, porque consideró que suficientes elementos probatorios señalaban al sindicado como incurso en el delito de explotación ilícita de yacimiento minero en concurso con fraude a resolución judicial. La exigencia objetiva se cumplía en tanto la pena mínima superaba los 4 años, dado que según el artículo 31 de la Ley 599 del 2000 la sanción a considerar era el doble de la prevista para el delito del artículo 338 ($32 + 32 = 64$ meses), siendo esta la dosificación que imponía el artículo 313.2 procesal. Concluyó en la reunión de los requisitos legales para imponer la detención domiciliaria.

4. De lo acaecido en ese acto surgen varios aspectos que impiden pregonar la plena inocencia proclamada por Fiscalía y defensa.

4.1. En principio, no es una concesión graciosa, como alude el ente acusador para descartar el dolo, que el juez sindicado hubiese otorgado una segunda oportunidad de intervención a la defensa, la cual resultaba no solamente obvia sino necesaria y legal, en tanto luego de la solicitud de la Fiscalía el juez dispuso que la defensa se pronunciara y en último lugar dejó a la víctima, cuando era evidente que a la defensa se le debía conceder un derecho a replicar al apoderado del ofendido.

No debe olvidarse que en el sistema de partes de que trata la Ley 906 del 2004, la defensa cuenta con el “derecho a la última palabra”, que surge, entre otros, del artículo 443, que debe irradiar todos los actos en donde exista debate y, en ese contexto, el juez tenía el deber de permitir una última intervención suya.

4.2. Con el mismo alcance, pero además en aplicación del postulado de “igualdad de armas”, el juez ha debido permitir una instancia a la defensa para pronunciarse como no recurrente respecto de la apelación de la víctima, pues del recurso de la defensa sí dio

traslado a todos los intervinientes. No haberlo hecho, significó que la Fiscalía y la víctima pudieron oponerse al recurso de la defensa, pero esta no contó con igual ocasión para refutar la impugnación de la víctima, lo cual obedeció a que la forma impuesta por el funcionario exigió que la defensa sustentara su alzada antes que la víctima, quien, así, contó con el “derecho a la última palabra”, que ha debido ser de la defensa.

4.3. El juzgador, no obstante que se tomó un tiempo prudencial, que expresamente dijo lo ocuparía en analizar las postulaciones de todos los intervinientes, dejó de hacer expresa referencia, como era su deber, a peticiones concretas de la defensa, específicamente las relacionadas con (I) la inexistencia del delito de fraude a resolución judicial, en tanto ninguna de las supuestamente incumplidas tenía ese carácter, como que eran de índole administrativo, y (II) la inaplicabilidad de las reglas del concurso de delitos para imponer medida detentiva, pues el mínimo debía deducirse a partir del delito más grave, para lo cual se le pidió consultara dos providencias de la Corte (radicados 24.152 y 7026) que dilucidaban el asunto.

Por lo primero, de haber concluido con la defensa en la inexistencia del fraude a resolución judicial, para el juez el asunto hubiese quedado en una sola conducta que descartaba el supuesto problema de establecer la sanción mínima, porque solamente se estaría ante un delito.

Cabe advertir que, a la postulación defensiva, el apoderado de la víctima se opuso con el criterio de que en la sentencia C-063 del 2005 la Corte Constitucional declaró que las decisiones policivas supuestamente infringidas en este caso tenían carácter jurisdiccional, no administrativo, con lo que se reunía el presupuesto del tipo penal de fraude a resolución judicial. Pero lo cierto es que el juez sindicado no presentó argumento, siquiera tácito, sobre el particular, simplemente calló sobre el asunto.

El señor juez denunciado tampoco se pronunció (en asunto que la Fiscalía ha debido, y debe, considerar) respecto de que el 2 de marzo del 2011 emitió un fallo de tutela por hechos directamente relacionados con los que originaron la investigación penal, de lo cual surge que, primero, cuando menos ha debido merecer argumentación de su parte sobre si se estructuraba o no una causal de impedimento, en tanto podría estar “contaminado” con el tema por resolver en la medida de aseguramiento, y, segundo, se imponía razonara sobre su aparente cambio de criterio, porque en la sentencia de amparo concluyó que las resoluciones que habría incumplido Cristancho Chía eran de carácter administrativo cuestionables en la jurisdicción contenciosa, pero al decretar detención, si bien nada fundamentó, surge que las consideró judiciales, porque sólo así se entiende que ordenara la detención por fraude a resolución judicial.

Por lo segundo, el defensor solicitó consultar dos decisiones de la Sala de Casación Penal y el juez interrumpió el acto para tomarse un tiempo que, dijo, sería precisamente para eso. De haber cumplido la promesa, muy seguramente hubiese dilucidado la supuesta confusión legislativa que se dice lo llevó a concluir que se imponía la detención en cuanto la pena mínima de los dos delitos superaba los 4 años de prisión.

Así, el funcionario dedujo, por lo demás sin explicación, que para establecer el mínimo de la sanción debían aplicarse las reglas del concurso del artículo 31 del Código Penal, norma que no es de recibo en el tema tratado. Pero así se aceptase que resultaba admisible, se tiene que de haber leído la decisión 7026 del 26 de julio de 2001, como prometió hacerlo en el receso que decretó, habría encontrado que en la concurrencia de delitos el monto del “hasta otro tanto” no equivale a doblar la pena del delito base.

Por el contrario, en esa sentencia la Corte fue didáctica en enseñar que deben individualizarse las penas de cada uno de los delitos concurrentes, escogiendo como base la del más grave, a partir de lo cual se adiciona “hasta otro tanto”, monto este que no puede superar la suma aritmética de cada uno de los delitos individuales.

En esa decisión, que se le pidió al juez consultara y este prometió hacerlo, la Sala dijo:

“5.4. Pena de prisión a imponer en virtud del concurso de delitos.

En materia de concurso de hechos punibles –dijo la Sala en otra oportunidad—1

la ley dispone que el condenado quedará sometido a la disposición que establezca la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto. Ello implica entonces, que el fallador, de entre los varios ilícitos concurrentes, deba seleccionar cuál fue en concreto el hecho punible que ameritaría pena mayor, y para éste efecto debe proceder a individualizar las distintas penas, con el fin de escoger la más gravosa y, posteriormente, decidir en cuánto la incrementa habida consideración del número de delitos concursantes, su gravedad y sus modalidades específicas.

“En ese ejercicio debe tener en cuenta no solamente que la pena final no debe exceder el doble de la individualmente considerada como más grave, sino además que ella no puede resultar superior a la suma aritmética de las que corresponderían en el evento de un juzgamiento separado de las distintas infracciones, ni de 60 años de prisión, siguiendo siempre, en el proceso de dosificación individual de cada una de las penas, los criterios que sobre el particular ha venido sentando la Sala en torno a los factores modificadores de los límites legales (menor y mayor) previstos para cada delito, y a las reglas que, a la luz del artículo 61 del C. P., le dan un margen de movilidad racional dentro de los límites mínimo y máximo así deducidos”.

En el presente caso, dado que el concurso de tipos fue homogéneo y que los delitos se realizaron en circunstancias similares, la determinación del delito más grave se adoptó simplemente en consideración a la cuantía de los peculados. Y tasada la pena para el de mayor valor en 7 años 5 meses y 15 días, siguiendo los lineamientos vistos, la

sanción de prisión a imponer al procesado... la fija prudencialmente la Sala en 11 años de prisión. Esta pena, ello es evidente, no desborda el doble de la que en concreto se tasó para el delito más grave y está muy lejos de superar la suma aritmética de las penas individualmente consideradas para cada una de las infracciones por las cuales se declarará penalmente responsable al acusado”.

El argumento de que ese precedente no podía admitirse en cuanto fue dado en vigencia del procedimiento de la Ley 600 del 2000, ni se entiende ni resulta de recibo, porque tanto para el último sistema procesal como para el instaurado por la Ley 906 del 2004 el Código Penal admisible es exactamente el mismo, la Ley 599 del 2000, luego el asunto del régimen del concurso de conductas punibles del artículo 31 se aplica igual en los dos procedimientos.

Por lo demás, Fiscalía y defensa insisten en que el juez de garantías se limitó a aplicar el artículo 31 penal, cuya lectura habilitaba el cálculo de tomar la sanción mínima del delito más grave y doblarla. Pero sucede que la literalidad de la disposición, sin acudir a interpretación alguna, impedía esa operación, en tanto esta reza que el responsable de un concurso de conductas punibles “quedará sometido a la que establezca la pena más grave... 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”.

Por modo que si el juez se limitó a aplicar el artículo 31 penal, según la remisión que, entendió, hacía el artículo 313.2 procesal, es evidente, manifiesto, patente, que debió determinar los mínimos de cada uno de los delitos y el cálculo jamás podía ser superior a la suma de estos guarismos. Nótese cómo en la decisión que se le puso de presente y de la que, se entiende, tomó un tiempo para valorarla, se estaba ante un concurso de múltiples peculados y el “otro tanto” ni siquiera llegó a la mitad de lo señalado para el delito base.

Ahora, si a lo dicho en esa decisión, el funcionario agregaba el sentido natural de las palabras de la norma (que se tomó su tiempo para revisar), como se insiste en que lo hizo, habría constatado que el mandato legal hablaba, no de un aumento “de otro tanto”, sino “hasta en otro tanto” y sucede que, con el sentido común de las palabras o acudiendo al diccionario, hubiese verificado que la preposición “hasta” indica el límite o término en cuanto al tiempo, de donde deriva que el “hasta en otro tanto” comporta una adición que puede ir desde la mínima unidad de tiempo “hasta” (como máximo) un monto igual al del delito base.

Y si de aplicar las dos disposiciones se trataba, de los artículos 31 penal y 313.2 procesales surge como obvio que debía estarse al “mínimo” de las sanciones (no al máximo), luego al mínimo del delito más grave (32 meses), debió adicionarle el mínimo del “hasta otro tanto” (un día), con lo cual jamás se llegaría a cumplir el aludido requisito objetivo.

El Tribunal y alguno de los intervinientes se equivocaron al señalar que, tratándose de la dosificación en la concurrencia de delitos era de recibo el artículo 60 del Código Penal, pues sucede que los parámetros de esta disposición son de aplicación para la “individualización” de la pena pero en un delito concreto (en cuanto a la forma de fijar los aumentos o rebajas cuando de causales de agravación o atenuación específicas se trata), en tanto que el concurso se regula solamente por las formas del artículo 31.

En la segunda decisión que, por postulación de la defensa, el señor juez sindicado prometió consultar (sentencia 24.152 del 20 de octubre de 2005), la Corte dijo:

“2.2.- En el caso concreto, dos son las normas que han suscitado la problemática que amerita el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, dando por sentado que no hay réplica alguna en torno a la viabilidad de aplicación de la norma más favorable, a propósito de la expedición y vigencia progresiva de la Ley 906 de 2004, tal como esta

Corporación lo ha venido haciendo.

Tales disposiciones son las siguientes:

“Artículo 313. Procedencia de la detención preventiva. Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:...

1. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años”.

Y, de otra parte:

“Artículo 315. Medidas de aseguramiento no privativas de la libertad. Cuando se proceda por delitos cuya pena principal no sea privativa de la libertad, o por delitos querellables, o cuando el mínimo de la pena señalada en la ley no exceda de cuatro (4) años, satisfechos los requisitos del artículo 308, se podrá imponer una o varias de las medidas señaladas en el artículo 307 literal B, siempre que sean razonables y proporcionadas para el cumplimiento de las finalidades previstas.”

Para lograr una debida labor de interpretación en el puntual aspecto que trata la decisión del Tribunal... y al que se circunscribe el reclamo del recurrente, debe partirse de la identificación del problema normativo frente al cual ha de tomar postura esta Sala de Casación Penal.

Dicho problema no es otro que resolver el interrogante acerca de la antinomia o contradicción que existe entre los artículos 313-2 y 315, pues si se refiere a la primera norma, es claro, sin discusión alguna, acudiendo a su propio tenor literal, es decir, a la exégesis, que cuando el delito tenga una pena que sea o exceda de 4 años en su mínimo, procede la detención preventiva, eso sí, satisfechos otros requisitos, y cuando

miramos el artículo 315, la norma refiere a que si la pena mínima no excede de 4 años, satisfechos otros requisitos, procede una medida de aseguramiento no privativa de la libertad.

Esta situación, bajo la lupa de la exégesis normativa, no arroja a otra conclusión, en aplicación de simple lógica y racionalidad en el entendimiento de la disposición, que el límite de 4 años ó 48 meses, se encuentra evidentemente inmerso en las dos disposiciones, lo que genera un contrasentido.

En efecto, un meridiano entendimiento lógico lleva a concluir que 4 años está incluido cuando el legislador dice que por ese monto o uno superior procede la detención preventiva (sea o exceda) y, al mismo tiempo, cuando dice que la medida de aseguramiento no privativa de la libertad procede para delitos que su pena mínima no exceda de 4 años, pues si exceder es propasarse, superar, pasar de algo, ir mas allá², no exceder es lo contrario, no propasarse, no superar o no pasar de 4 años. Para concretar, exceder es sencillamente 4 años y 1 día y no exceder es 4 años.

En otras palabras, al mismo tiempo el legislador sostiene que la privación de libertad procede para la pena de 4 años y que para esa misma pena es procedente una medida restrictiva de la libertad personal.

Entonces, hasta aquí el problema no se puede solucionar a través de la exégesis normativa, pues las disposiciones son claras y explícitas en su propio contenido. La discusión surge es al momento de entrelazar las citadas normas, pues el lapso de 4 años queda cobijado en ambas disposiciones, razón por la cual debe acudirse a la integración normativa que entra a solucionar esta evidente violación al principio de no contradicción, como quiera que una proposición lógica no puede señalar que para un mismo evento se es restrictivo frente a la libertad personal y, seguidamente, para idéntico parámetro, se pueda ser permisivo en la concesión de medidas que si bien restrictivas

de la libertad, como las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, no comportan semejante afrenta y lesión objetiva al derecho a la libertad como la detención preventiva. O sea, no se puede ser y no ser al mismo tiempo...

Para solucionar tal situación, quiere relieves la Sala precisamente la consagración novísima de una norma en la Ley 906 de 2004, que surge como presupuesto de interpretación legal y que con base en su propio título de “disposición común” a las normas relativas al “RÉGIMEN DE LA LIBERTAD Y SU RESTRICCIÓN”, señalado en el Título IV, propician su utilización como punto de partida para arrojar claridad en torno a la problemática aquí propuesta.

Tal disposición no es otra que el artículo 295, que a pesar de no encontrarse en el título preliminar del nuevo Código de Procedimiento Penal que señala los “PRINCIPIOS RECTORES Y GARANTÍAS PROCESALES”, bien puede ser considerado como tal, pues reza:

“TÍTULO IV

RÉGIMEN DE LA LIBERTAD Y SU RESTRICCIÓN

CAPÍTULO I

Disposiciones Comunes

Artículo 295. Afirmación de la libertad. Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; sólo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.”

Esta norma entrega herramientas de suma importancia para concluir que, por ejemplo,

situaciones en las que se llegue a la conclusión motivada, justificada y, especialmente, razonable acerca de que pasajes legales puedan ser oscuros o contradictorios, es necesario que se interpreten de manera restrictiva, resaltando la excepcionalidad con que debe ser vista la permisión constitucional y legal de autorizar la privación y la restricción a la libertad personal...

3.- Corolario de lo anterior, debe interpretarse que en la interrelación de los artículos 313-2 y 315 de la Ley 906 de 2004, cuando ambas disposiciones coinciden en el límite punitivo de 4 años, debe entenderse que prevalece lo normado en la segunda de las disposiciones, como quiera que comporta una menor limitación y restricción que la primera a un derecho fundamental, pues permite que se imponga medida de aseguramiento no privativa de libertad a una pena cuyo mínimo es de 4 años.

En estas condiciones, contrario sensu, en esta labor de interpretación, es posible concluir que la detención preventiva, en el evento del artículo 313-2, sólo procede, entonces, para cuando el delito tiene una pena mínima que excede de 4 años de prisión”.

Tal lineamiento, igual habría despejado la supuesta confusión, en tanto una vez la defensa de Cristancho Chía hizo saber al señor juez acá indiciado el yerro al realizar sumas aritméticas desde los máximos, la Fiscalía refutó con el argumento de que a partir de los mínimos igual se llegaba a 4 años, sobre los que también se imponía detención, y sucede que la sentencia que ha debido leer el juez dejó en claro que no había lugar a ello.

4.4. Atina el Tribunal al señalar que la función de juez de control de garantías imponía al funcionario denunciado la carga de conocer en detalle las normas y, agrega la Corte, la jurisprudencia, sobre la materia, en tanto, de necesidad, su actividad normal y reiterada apuntaba a que frecuentemente se pronunciara sobre medidas de aseguramiento.

Por tanto, en atención a que la Fiscalía ha señalado que, salvo en casos de confesión, el tipo

subjetivo doloso solamente puede dilucidarse por prueba indirecta, parecería surgir obvio que se hubiesen revisado y allegado a la investigación decisiones anteriores a la censurada en donde el funcionario indiciado hubiese adoptado determinaciones similares, para establecer o descartar un parámetro de comportamiento y/o las razones del cambio, haciendo otro tanto con las providencias de segunda instancia que se hubieren originado en aquellas.

Lo propio parecería necesario sucediera con las providencias de los demás jueces de control de garantías de la región, en atención a la necesaria tendencia de que en el denominado proceso penal acusatorio se construya un sistema de precedentes.

Con el mismo argumento de lo casi imposible que resulta dilucidar el dolo por prueba directa, asiste razón al Tribunal, no en apreciar las versiones del apoderado de la víctima traídas a última hora por fuera de lo debatido, sino en la necesidad de haberse escuchado, desde un comienzo, al ofendido (y, se agrega hoy, a su apoderado), no bajo el absurdo propuesto por la Fiscalía de preguntarle si sabe que el juez actuó con intención y voluntad de prevaricar, sino para establecer circunstancias antecedentes, concomitantes o subsiguientes a lo acaecido, a partir de las cuales pudiese construirse o descartarse algún indicio. Y mal puede negarse esa vía investigativa por adelantado, bajo el supuesto no demostrado de que esa fuente ya está contaminada.

Nótese cómo algunas actuaciones procesales permitirían inferir si existía animadversión o no, como que al menos una de las audiencias no se llevó a cabo por razón estrictamente personal del funcionario (según constancia del 22 de marzo de 2011), a pesar de lo cual no avisó oportunamente a las partes y las hizo perder tiempo en el despacho. En otra constancia, sin fecha, se verifica que las partes comparecieron, esperaron mucho tiempo y, al parecer, el juez no se hizo presente, lo que impidió realizar la audiencia. Una más, del 19 de mayo de 2011, refiere la presencia de indiciado y defensa, pero no al del juez por causa, al parecer, del “transporte debido al

tiempo”.

4.5. Surge necesario que la investigación profundice sobre una circunstancia puesta de presente, en el sentido de que el señor juez denunciado cumplió como capacitador en el nuevo sistema procesal penal, lo cual, de ser cierto, podría dar luces sobre si era viable o no que desconociera postulados legales como los requeridos para imponer medida detentiva, siendo su tarea diaria como juez de garantías precisamente conocer y decidir esos temas.

4.6. Para prohiar la preclusión se citan decisiones de esta Sala. Una, la 38.358 del 17 de octubre de 2012, no viene al caso, en tanto allí se concluyó que el juez investigado tomó una decisión debidamente motivada y apoyada en la jurisprudencia, lo cual, según se ha reseñado a espacio, no parece haber sucedido con el doctor Prieto Molano, sin que entre a valorarse lo justo o injusto de lo resuelto. Tan disímil es el caso que, ya se vio, el seños Juez Promiscuo Municipal de Socha obvió pronunciarse sobre peticiones expresas de la defensa y no consultó la jurisprudencia concreta que se le reseñó, alguna de la cual, incluso, se le entregó en fotocopia.

La conclusión es similar respecto de lo dicho en el radicado 39.892 (6 de junio de 2013), en tanto aquí la Corte se pronunció respecto de que la tipicidad de las conductas en el momento de acusar, es exclusiva de la Fiscalía, sin que, por regla general, el juez pueda cuestionarla. Pero tal asunto difiere del presente evento, como que en este el competente para decidir la preclusión, por pedido de la Fiscalía, es el juez de conocimiento, de donde surge apenas evidente que para adoptar su decisión el último deba valorar todos los aspectos del delito, precisamente en aras de encontrar probada la causal de extinción alegada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

Confirmar la providencia recurrida.

No procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CASTRO CABALLERO

FERNANDO ALBERTO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ
FERNÁNDEZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JAVIER ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 . Sentencia de casación del 7 de octubre de 1998. Radicación 10.987.

2 Según el Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. Vigésima Primera Edición.