

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado ponente

SP12913-2014

Radicación No. 44145

(Aprobado Acta No. 318)

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil catorce (2014).

VISTOS:

La Sala resuelve los recursos de apelación presentados por el procesado LUIS ENRIQUE JIMÉNEZ ZAPATA y su abogado defensor, contra la sentencia proferida el 6 de mayo de 2014 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar que lo condenó como autor de la conducta punible de prevaricato por acción agravada.

HECHOS:

El 31 de agosto de 2007 los investigadores de la SIJIN al practicar registro voluntario al inmueble en el que residía FABIO CASTAÑEDA MENESES, JULIO ALBERTO BERMÚDEZ BUELVAS y JULIO ENRIQUE BERMÚDEZ DÍAZ, en la ciudad de Valledupar¹, encontraron dos paquetes envueltos en bolsas de color negro con una sustancia sólida fragmentada, dos pimpinas de 5 galones y una bolsa plástica², a cuyos contenidos se les practicó las Pruebas de Identificación Preliminar Homologada³, arrojando

resultados positivos de cocaína y acetona.

Correspondió adelantar la investigación de tales hechos a LUÍS ENRIQUE JIMÉNEZ ZAPATA, en su calidad de Fiscal 4 Delegado ante el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Valledupar, quien durante la diligencia de indagatoria imputó al sindicado CASTAÑEDA MENESES, exclusivamente, el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes; empero, al momento de definir situación jurídica, mediante proveído del 10 de septiembre de 2007, le impuso medida de aseguramiento por el delito de «tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos», absteniéndose de hacerlo por el delito de «tráfico, fabricación o porte de estupefacientes», no obstante que del material probatorio se podía estructurar la responsabilidad del investigado por ambos delitos.

Se dio inicio al presente proceso penal por la compulsa de copias ordenadas por el Fiscal 1 Delegado ante el Tribunal de Valledupar, al momento de resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor de FABIO CASTAÑEDA MENESES, contra la resolución del 16 de abril de 2008 proferida por el Fiscal 4 Especializado, a través del cual se profirió acusación contra el mencionado sindicado por el delito de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos y precluyó por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y se tomaron otras determinaciones.

ANTECEDENTES:

1. El 24 de agosto de 2010 la Fiscalía 3 Delegada ante el Tribunal de Valledupar abrió investigación formal en contra de LUÍS ENRIQUE JIMÉNEZ ZAPATA, a efecto de determinar si al emitir éste las resoluciones del 10 de septiembre de 2007 y 16 de abril de 2008, dentro de la actuación penal que seguía contra FABIO CASTAÑEDA MENESES, JULIO ALBERTO BERMÚDEZ BUELVAS y JULIO ENRIQUE BERMÚDEZ DÍAZ bajo el radicado

No. 188633, había incurrido en el delito de prevaricato por acción.

1. Empero, tras constatar que una de las mencionadas decisiones consideradas como presuntamente prevaricadoras fue expedida en fecha anterior a la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 en el Distrito Judicial de Valledupar, procedió a ordenar el rompimiento de la unidad procesal, encargándose de adelantar la presente investigación exclusivamente respecto del proveído calendado el 10 septiembre de 2007 bajo la regulación consagrada en la Ley 600 de 2000.

1. Practicada la inspección judicial al proceso No. 188633, se vinculó a LUIS ENRIQUE JIMÉNEZ ZAPATA mediante diligencia de indagatoria⁴, actuación durante la cual se declaró inocente del cargo de prevaricato por omisión que le fuera endilgado, arguyendo que incurrió en “un error de apreciación probatoria” originado en que la Prueba de Identificación Preliminar Homologada – PIPH- “fue allegada de manera incompleta al expediente”⁵; aunado a factores tales como “el excesivo trabajo y falta de tiempo para resolver la situación jurídica de los implicados.”⁶

1. El 17 de mayo de 2011 definió situación jurídica al procesado JIMÉNEZ ZAPATA, adecuando su comportamiento a la conducta punible de prevaricato por acción agravado, de conformidad con los artículos 411 y 415 del Código Penal⁷; absteniéndose de decretar medida de aseguramiento en su contra⁸.

1. El 16 de abril de 2012 se decretó el cierre de la investigación⁹ y con resolución del día 25 del mismo mes y año se calificó el mérito sumarial, profiriéndose resolución de acusación contra LUÍS ENRIQUE JIMÉNEZ ZAPATA, por su presunta participación en el delito de prevaricato por acción agravado¹⁰.

1. Ejecutoriado el vocatorio a juicio, asumió el conocimiento del proceso la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, la cual, una vez realizadas las audiencias preparatoria y pública de juzgamiento, profirió el 6 de mayo de 2014 sentencia condenatoria.

Decisión contra la que el procesado y su abogado defensor interpusieron los recursos de apelación que ahora deben resolverse.

LA SENTENCIA IMPUGNADA:

Una vez la Sala Penal del Tribunal de Valledupar sintetiza los argumentos esgrimidos por intervinientes procesales durante sus alegaciones finales, destacó que el acusado LUIS ENRIQUE JIMÉNEZ ZAPATA profirió la resolución del 10 de septiembre de 2007, la cual califica como «ostensiblemente contraria a la ley» bajo las siguientes consideraciones:

[1.] El «fundamento de la decisión cuestionada... se concreta en afirmar que en las actas de la pruebas de identificación Preliminar Homologada, no aparece consignada o establecida la naturaleza de la sustancia pulverulenta decomisada, por lo que no se ha podido determinar si se trata de base de cocaína o de otra sustancia, ni su peso; [sin embargo], «Revisada la actuación... se observa el acta de diligencia de PIPH, toma de muestras, embalaje y destrucción de sustancias sujetas a control, cuyo objeto de análisis fue la sustancia sólida en granos color beige, contenida en dos bolsas negras, en la que se anota que el peso de la sustancia contenida en la muestra No. 1, es igual a 1.112,5 gramos; y la incluida en la bolsa No. 2, tenía un peso de 862 gramos, cantidades que

sumadas arrojan un total de 1.977,5 gramos netos... esta sustancia fue sometida a prueba de identificación preliminar homologada PIPH, aplicándose los reactivos Tanred y ácido Clorhídrico, obteniéndose como resultado positivo para cocaína y sus derivados.

(...)

[2.] Al comparar lo consignado en la resolución del 10 de septiembre de 2007, con el contenido del acta de la prueba de identificación preliminar homologada PIPH señalada, se advierte, que no es cierto que esta prueba no establezca el peso de la sustancia pulverulenta incautada a Fabio Castañeda Meneses, como lo afirma el acusado LUIS ENRIQUE JIMÉNEZ ZAPATA, en resolución señalada de prevaricadora.

(...)

[3.] se había acreditado que la sustancia pulverulenta, que arrojó positivo para cocaína y sus derivados, era de propiedad del procesado FABIO BERMÚDEZ DÍAZ, pues así lo había testificado JULIO ENRIQUE BERMÚDEZ DÍAZ, prueba que comprometía la responsabilidad de aquel.»

Los fundamentos anteriormente transcritos llevan al a quo a colegir que el entonces Fiscal 4 Especializado de Valledupar incurrió en el delito de prevaricato por acción, precisando en lo atinente al dolo en el comportamiento del acusado lo siguiente:

«en la diligencia de indagatoria, rendida por Fabio Castañeda Meneses, el doctor LUIS ENRIQUE JIMÉNEZ ZAPATA, actuando en su condición de Fiscal Cuarto Especializado, al hacer los cargos al indagado le manifestó: “De acuerdo con las piezas procesales usted ha traficado con sustancias que producen dependencia, conducta que está erigida como delito en nuestro Código Penal en su artículo 376 conocido como TRÁFICO. FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, que tiene que decir al despacho con

relación a su responsabilidad penal?"; esta manifestación del aquí procesado, revela que éste sí conocía la prueba de identificación preliminar homologada PIPH, y que la misma establecía que la sustancia pulverulenta incautada, había dado positivo para cocaína o sus derivados, y es esta la razón por la cual imputó a aquel encartado el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, pues si en verdad la prueba mencionada no existía no hubiera imputado este punible y sí el tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos, por la sustancia líquida - acetona- incautada»¹¹.

Así, pues, finalmente colige la Corporación de instancia que se reunieron los presupuestos exigidos en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 para declarar penalmente responsable a LUIS ENRIQUE JIMÉNEZ ZAPATA e imponerle las penas de 42 meses de prisión, multa equivalente a 58.33 salarios mínimos legales mensuales vigentes y 70 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas; así como concederle al procesado el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria.

LA IMPUGNACIÓN

El procesado

Manifiesta su inconformidad con los fundamentos esgrimidos por el a quo al momento de proferir el fallo condenatorio en su contra, afirmando que en dicha decisión no se hizo «un análisis serio, ponderado y objetivo de la causal [de ausencia de responsabilidad por él] invocada [atinente a que actuó bajo] un error invencible de que no concurrían en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica del ilícito de prevaricato por acción.»¹², causado por «la precariedad de la prueba PIPH»¹³.

Respecto a ese tópico, precisa el procesado que «a la sustancia líquida le fue practicada una prueba PIPH totalmente independiente de la practicada a la sustancia pulverulenta. [De tal forma que mientras en] el acta de la diligencia practicada

a la sustancia líquida, con nítida claridad se establecía la naturaleza y cantidad del precursor [del] líquido decomisado, cosa distinta ocurrió con los folios del acta de la prueba PIPH de la sustancia pulverulenta, los que aparecían incompletos, sin poderse establecer con ellos, la naturaleza y cantidad de la sustancia pulverulenta.»¹⁴

Agrega que para subsanar tal falencia, la Corporación de instancia ha dado «valor de prueba al informe de policía judicial, rendido por la SIJIN Seccional del Cesar, contrariando así, abiertamente, lo establecido en el artículo 314 de la Ley 600 de 2000 y la Ley 50 de 1999, que prohíbe expresamente dar valor probatorio a los informes de Policía Judicial, reconociéndoles eso sí... como criterios orientadores de la investigación».

Finalmente, en orden a reforzar la referida tesis defensiva afirmó:

«hasta ahora no ha sido desvirtuado que mi conducta fue culposa, bien puede aparecer la cuestionada resolución, manifiestamente contraria a la ley (sic), pero su expedición pudo haberse originado en un descuido, imprudencia o un acto de excesiva confianza, en ningún momento mi voluntad o querer fue violar la ley. No aparece a lo largo del sumario, una sola prueba que permita inferir que proferí la resolución acusada de prevaricadora, para satisfacer un interés distinto a los fines de la Administración de justicia, pude equivocarme [pero] en ningún momento actué de manera intencional o deliberada... la decisión fue equivocada, todo se debió a un error, tal vez provocado por la excesiva carga laboral con que contaba el despacho»¹⁵.

De otra parte, censura que el Tribunal para desestimar el testimonio del exprocurador delegado PUMAREJO USTARIZ, arguya «que su solicitud de declaratoria de nulidad fue presentada con posterioridad al momento en que se resolvió la resolución de situación jurídica de CASTAÑEDA MENESES», calificando tal argumento como «ligero, vago y temerario», por cuanto, afirma: «la fecha de la solicitud de declaratoria de nulidad en nada altera sus fines, y lógicamente, su pedimento solo podía devenirse con

posterioridad al auto de cierre de investigación y no antes»¹⁶.

Con sustento en las anteriores razones, el procesado solicita revocar la sentencia impugnada y, en su lugar, absolverlo del cargo que le fuera imputado.

El defensor de oficio

Censura que el a quo «no tuvo en cuenta los alegatos planteados por la defensa al sostener que [su] representado no actuó en forma dolosa, por cuanto no se representó en su conciencia, en el momento de dictar la resolución tildada de prevaricadora, la comisión de conducta punible alguna»¹⁷.

En aras de reforzar tal tesis, arguye que su defendido actuó «bajo un error por exceso de confianza al momento de valorar todo el material existente en la investigación» el cual afirma se presentó «al considerar la no existencia de la prueba preliminar homologada para la sustancia solida encontrada».

Así, el impugnante pregona la ausencia de prueba demostrativa de un actuar doloso y, por el contrario, considera que la realidad procesal evidencia «deficiencia e impericia que lleva como consecuencia a un accionar culposo».

En otro aparte del recurso, censura el recurrente que el a quo negó la concesión a su representado del «beneficio de la suspensión condicional de la pena» al haber aplicado el artículo 68A en los términos en que fue modificado por la Ley 1453 de 2011, pese a que la norma vigente para el momento en que aconteció el hecho objeto de la presente investigación, esto es el 10 de septiembre de 2007, era la Ley 1142 de 2007, la cual no hacía alusión a delito alguno para excluirlo del otorgamiento del referido subrogado y, por ende, le era más favorable al procesado.

Los referidos supuestos llevan al recurrente a solicitar se revoque la sentencia condenatoria

o, en su defecto, se conceda a JIMÉNEZ ZAPATA el subrogado de la suspensión condicional de la pena.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Competencia

A la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia le corresponde desatar el recurso de apelación interpuesto, de acuerdo con la competencia que le asigna el numeral 3° del artículo 75 de la Ley 600 de 2000, toda vez que la acción penal es ejercida contra el exfiscal 4 Delegado ante el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Valledupar, quien fue juzgado en primera instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la referida sede judicial por conductas realizadas en ejercicio de sus funciones.

Conforme a lo estipulado en los artículos 31 de la [Constitución Política](#) y 204 del estatuto procesal penal en mención, la labor de la Corte se contraerá a examinar los aspectos sobre los cuales se expresa inconformidad, incluyendo, como lo autoriza esa preceptiva, los temas inescindiblemente vinculados al objeto de la censura.

Análisis del escrito impugnatorio.

Como quiera que las impugnaciones se contraen a cuestionar los fundamentos que tuvo el Tribunal para proferir la sentencia de condena, al invocar los recurrentes que es atípica la conducta delictiva de prevaricato por acción atribuida a LUÍS ENRIQUE JIMÉNEZ ZAPATA, como resultado de haber obrado éste bajo un error de tipo, se impone por la Corte examinar si el supuesto de hecho sobre el cual edificó el a quo la responsabilidad del procesado, aparece acreditado a través del material probatorio recaudado, en el grado de certeza requerido por el inciso 2º del artículo 232 del código de procedimiento penal.

Con el propósito de abordar el análisis del anterior cuestionamiento, resulta necesario tener en cuenta que el tipo penal de prevaricato por acción se encuentra definido en la Ley 599 de 2000, así:

«Artículo 413. Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.»

En su aspecto objetivo, se ha considerado un ilícito de resultado, eminentemente doloso en el que la descripción típica tiene la siguiente estructura básica: a) Tipo penal de sujeto activo calificado, para cuya comisión se requiere la calidad de servidor público en el autor, aspecto que no ofreció ningún tipo de controversia y, b) Que se profiera una resolución, dictamen o concepto contrario a la ley, es decir que exista una contradicción evidente e inequívoca entre lo resuelto por el funcionario y lo mandado por la norma¹⁸.

Ahora bien, en lo tocante a la alegada ausencia del aspecto subjetivo exigido por el tipo penal consagrado en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, como consecuencia del error de tipo que arguyen los impugnantes determinó el actuar del aquí acusado, importante resulta hacer las siguientes precisiones:

Nuestra Constitución Política consagra como principio el derecho penal de acto, lo cual apareja entender que el delito es, ante todo, una conducta o un comportamiento humano¹⁹. Y bajo esa ideología se estipuló en el artículo 9 de la Ley 599 de 2000:

«Para que la conducta sea punible se requiere sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado».

De modo, que las conductas consideradas por el legislador como vulneradoras o atentatorias de aquello que un sistema social determinado, en un momento histórico preciso, selecciona como digno de tutela, son descritas e insertadas en la estructura del modelo legal que las prohíbe, a la que se le denomina «tipo penal», el cual está conformado por una parte subjetiva y otra objetiva²⁰; mientras que aquel comportamiento que se considera contrario a lo justo, contrario al derecho, por ser vulnerador del interés jurídico objeto de protección por la legislación penal, se le conoce como «conducta antijurídica».

La parte subjetiva del tipo se refiere al proceso ideativo de la acción, representación o motivación, que constituye el proceso de selección de los mecanismos o medios y la voluntad que mueve al acto. La objetiva es la exteriorización del comportamiento que se proyecta en relación con los intereses jurídicos que son objeto de tutela penal, lesionándolos o colocándolos en peligro efectivo²¹.

La Sala respecto al dolo que exige el tipo penal de prevaricato por acción, para que pueda predicarse una conducta como típica, ha considerado:

«para proferir un fallo de naturaleza condenatoria por esta modalidad delictiva, resulta imprescindible comprobar que el autor sabía que actuaba en contra del derecho y que, tras ese conocimiento, voluntariamente decidió vulnerarlo.

Significa entonces, que el dolo prevaricador se configura con la conciencia y el querer proceder en contra de la ley, sin más aditamentos. Por eso esta Corporación ha señalado que es fundamental que las resoluciones y dictámenes sean injustos, en el sentido de que se aparten protuberantemente del derecho, sin que sea necesaria la concurrencia de los motivos que orientaron al servidor público a adoptarlas.»²²(Subrayas fuera del texto original).

Ahora bien, el error de tipo hace referencia al desconocimiento o conocimiento defectuoso de las circunstancias objetivas del hecho que pertenecen al tipo legal, con independencia de que estas tenga carácter fáctico, esto es de naturaleza descriptiva (cosa, cuerpo, causalidad), o normativa, de esencia comprensiva (ajenidad, documento, funcionario).

De manera que en orden a verificar si, como lo alegan los recurrentes, «la precariedad de la prueba PIPH»²³ logró inducir al entonces Fiscal Especializado a una errada valoración de las circunstancias objetivas del tipo penal de prevaricato por acción, careciendo, por tanto, su comportamiento del elemento doloso; o, por el contrario, como lo consideró el a quo, si el acusado actuó con conocimiento pleno de los elementos fácticos y del ingrediente normativo descrito en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, necesario resulta auscultar las circunstancias precedentes y concomitantes a su comportamiento, las cuales se encuentra descritas en la decisión que se tacha de prevaricadora en los siguientes términos:

«HECHOS.

Se iniciaron estas instructivas con base en los hechos consignados en el oficio número 1384/ GRUES- SIJIN - DECES de fecha Agosto 31 de 2007, en el cual se dice... por información humana, funcionarios de la SIJIN, tuvieron conocimiento que en el inmueble urbano ubicado en la calle 7B No. 19B1-15 Barrio la Esperanza de esta ciudad, se venían realizando actividades propias de narcotráfico, procesamiento y expendio de estupefacientes; que personas ajenas al sector entraban y salían a dicho inmueble.

En razón a lo anterior, el grupo investigativo dispuso verificar la información recibida, para el efecto realizó un registro voluntario al citado inmueble, donde fueron atendidos por JULIO ALBERTO BERMÚDEZ BUELVAS, quien permitió el registro a la vivienda.

En la diligencia de registro, en la habitación principal, en un rincón camuflado con

ropas se halló una bolsa negra con estupefacientes, así mismo en otra habitación fueron halladas dos pimpinas plásticas de cinco (5) galones cada una, que contenían una sustancia líquida al parecer acetona, dos (2) bolsas plásticas con una sustancia química pulverulenta de color blanco y negro.

(...)

ADECUACIÓN TÍPICA DE LAS CONDUCTAS

Conforme a las piezas procesales, los hechos objeto de instrucción puede adecuarse perfectamente en las descripciones de los artículos 376 y 382 del C.P. conocidas con los nombres juris de TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES y TRAFICO DE SUSTANCIAS PARA PROCESAMIENTO DE NARCÓTICOS.

MEDIOS DE PRUEBA

En el presente proceso se han allegado, decretado y practicado las siguientes diligencias:

1. Oficio No. 1284/ GRUES - SIJIN- DECES de agosto 31 de 2007; 2) Acta de Registro Voluntario; 3) Acta de incautación de la Policía Nacional de Colombia de fecha 31 de Agosto de 2007; 4) Acta de diligencia de prueba de identificación preliminar homologada de toma de muestras, embalaje y destrucción de sustancias sujetas a control de fecha 1 de septiembre de 2007 Oficio No. 3136, 5) Diligencia de indagatoria rendida por JULIO ALBERTO BERMÚDEZ BUELVAS; 6) Oficio No. 0902 GRUES - SIJIN- DECES de fecha 3 de septiembre de 2007; 7) Diligencia de indagatoria rendida por FABIO CASTAÑEDA MENESES, 8) Diligencia de indagatoria rendida por JULIO ENRIQUE BERMÚDEZ DÍAZ; 9) Declaración jurada de ALFONSO TOLOZA ARCINIEGAS; 10) declaración jurada de PEDRO LUIS OJEDA BELTRÁN.»²⁴

Al analizar los tres primeros elementos con vocación probatoria anteriormente referidos, esto es: «el Oficio No. 1284/ GRUES – SIJIN- DECES de agosto 31 de 2007; el Acta de Registro Voluntario y el Acta de incautación de la Policía Nacional de Colombia de fecha 31 de Agosto de 2007», se constata que en todos y cada uno de ellos se hace referencia a que el Grupo de Estupefacientes de la Policía Nacional halló y recolectó «una sustancia sólida fragmentada que por su olor, color y características morfológicas son similares a la base de coca y sus derivados»²⁵, en una de las habitaciones de la vivienda ubicada en la calle 7B No. 19 B1-15, barrio la Esperanza, del municipio de Valledupar.

Ahora bien, como quiera que uno de los cuestionamientos de los recurrentes a la sentencia impugnada es haberle otorgado valor probatorio a los referidos informes de policía judicial, contrariando lo dispuesto en el artículo 314 de la Ley 600 de 2000, necesario resulta precisar que aun cuando en esa disposición normativa se consagraba una especie de tarifa legal negativa, al señalarse que los resultados de las labores previas de verificación, tales como las entrevistas o exposiciones, no tienen valor testimonial ni indiciario pero podrán servir como “criterios orientadores de la investigación”; lo cierto es que la finalidad de tal precepto no era otra que la guarda de la presunción de inocencia, en el entendido que solamente ésta puede ser desvirtuada con prueba legal y regularmente aportada al proceso que pueda controvertir el procesado, lo cual no ocurría con los informes de policía judicial por ser actuaciones previas de verificación – extraprocesales-.

En el sub judice, el mencionado fin de protección de la norma se cumplió, por cuanto el Fiscal JIMÉNEZ ZAPATA se vio compelido a producir pruebas a partir de lo consignado en los referidos informes de policía judicial, tales como la prueba de identificación preliminar homologada, las declaraciones juradas de los técnicos en criminalística que participaron en el mencionado operativo, ALFONSO TOLOZA ARCINIEGAS y PEDRO LUIS OJEDA BELTRÁN; y las diligencias de indagatoria de

JULIO ALBERTO BERMÚDEZ BUELVAS, FABIO CASTAÑEDA MENESES y JULIO ENRIQUE BERMÚDEZ DÍAZ; mismos elementos probatorios que le sirvieron de fundamento al aquí acusado al momento de proferir la decisión que se tacha como objeto material de la conducta prevaricadora.

Entonces, una vez aclarado lo pertinente a ese tópico, la Corte continúa con el análisis de las actuaciones adelantadas por LUIS ENRIQUE JIMÉNEZ ZAPATA, en calidad de Fiscal 4 especializado de Valledupar, dentro de la actuación penal que seguía contra FABIO CASTAÑEDA MENESES y otros bajo el radicado No.188633.

Así, pues, se observa a folios 65, 66 y 67 del cuaderno original No.1, el acta de la «Prueba de Identificación Preliminar Homologada» presentada con fecha del 1 de septiembre de 2007, en la que se hace constar que al someterse la mencionada sustancia sólida o pulverulenta a los reactivos «tanrred y ácido clorhídrico», se logró establecer que se trataba de «cocaína y sus derivados».

Seguidamente, sin evidenciarse alteración alguna en la foliatura, indicativa del arribo extemporáneo o parcializado de la mencionada pericia, a folios 68 y siguientes del cuaderno original No. 1 reposan las actas de las diligencias de indagatoria practicadas a JULIO ALBERTO BERMÚDEZ BUELVAS, FABIO CASTAÑEDA MENESES y JULIO ENRIQUE BERMÚDEZ DÍAZ, en las que el entonces Fiscal Especializado JIMÉNEZ ZAPATA estructuró su interrogatorio en orden a establecer a quién le era atribuible el porte o tráfico de las sustancias incautadas en el operativo adelantado el 31 de agosto de 2007, sin que se observe cuestionamiento alguno referido a la naturaleza, esencia o propiedad de las mismas, por cuanto la totalidad de las preguntas que formuló el funcionario a los sindicados permiten entrever que para aquel momento tenía como hecho cierto que aquellas se trataban de estupefacientes o sustancias para su procesamiento.

En orden a ilustrar el grado de conocimiento del procesado en el sub judice, se

transcribe a continuación el cuestionario obrante a folios 82 a 86 del referido anexo:

«En su residencia fueron halladas algunas sustancias que al parecer responden a base de cocaína y acetona, que puede decirle usted al despacho al respecto?(...)Entre los elementos llevados por FABIO CASTAÑEDA a su residencia observó usted que había envases o pimpinas, en caso afirmativo diga de qué color y es posible la capacidad? (...) Diga quién es el propietario o dueño de los elementos y sustancias hallados en su residencia el día 31 de agosto del año en curso por miembros de la SIJIN? (...) Por qué cree usted que los elementos encontrados sean del señor FABIO CASTAÑEDA MENESES? (...) Bajo la gravedad del juramento se ratifica usted de los cargos que ha formulado en esta diligencia en contra del señor FABIO CASTAÑEDA MENESES del delito de TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES (sic) a las luces del artículo 376 del citado código»²⁶.

Igualmente, reposan en el expediente, a folios 88 y siguientes ibídem, las declaraciones rendidas por los técnicos en criminalística que participaron en el mencionado operativo, ALFONSO TOLOZA ARCINIEGAS y PEDRO LUIS OJEDA BELTRÁN, quienes narraron al Fiscal LUÍS ENRIQUE JIMÉNEZ ZAPATA los hechos acontecidos el 31 de agosto de 2007 en el inmueble ubicado en la calle 7B No. 19 B1-15, barrio la Esperanza, del municipio de Valledupar, y el comportamiento de cada una de las personas que residían en esa vivienda, realizando los siguientes señalamientos respecto del investigado FABIO CASTAÑEDA MENESES:

«Llegué yo hasta la residencia antes mencionada donde sucedieron los hechos y preciso me identifiqué como miembro de la Policía Nacional Adscrito a la SIJIN encontrando una persona de sexo masculino, diciéndole que quién era el responsable del estupefaciente, él me dijo[:] yo, le solicité la cédula y lo llevé hasta la Permanente Central para investigación más no retenido, se identificó como CASTAÑEDA MENESES FABIO manifestándome que me daba cuatro millones de pesos para arreglar

el negocio, yo le dije[:] no[,] que no había problema[;] pero él me insistía... que el dueño de la droga era él»²⁷.

Corolario de lo anteriormente expuesto, se concluye que todas y cada una de las prueba que enlistó LUIS ENRIQUE JIMÉNEZ ZAPATA en la decisión que se predica como objeto material de la conducta prevaricadora, eran indicativos de la participación del indagado FABIO CASTAÑEDA MENESES en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes; razón por la que es posible colegir que en dicha investigación existían más de dos indicios de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso que hacían procedente la imposición de la medida preventiva por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, al tenor de lo dispuesto en el artículo 356 de la Ley 600 de 2000.

En otras palabras, el elemento fáctico sobre el cual se estructuraba la imputación a CASTAÑEDA MENESES del tipo penal de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, contaba con suficiente respaldo probatorio, pues a más de demostrarse su responsabilidad mediante la prueba técnico científica pertinente, esto es la «Prueba de Identificación Preliminar Homologada», también militaba en el proceso las incriminaciones del testigo JULIO ENRIQUE BERMÚDEZ DIAZ, junto con los señalamientos que hicieran los técnicos en investigación judicial y criminalística, ALFONSO TOLOZA ARCINIEGAS y PEDRO LUIS OJEDA BELTRÁN, en sus declaraciones juradas.

Así, entonces, del recuento sobre la forma como se desarrolló la investigación que se le seguía a FABIO CASTAÑEDA MENESES y otros, mientras fue dirigida por el Fiscal Especializado JIMÉNEZ ZAPATA, se puede inferir que éste emitió de manera consciente la resolución de definición de situación jurídica del 10 de septiembre de 2007, sin que exista prueba alguna indicativa de que su conducta prevaricadora estuviera determinada por un error al momento de imponerle aquel la medida de aseguramiento

exclusivamente por el delito de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos, absteniéndose de hacerlo por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, no obstante que del material probatorio se podía estructurar la responsabilidad del investigado por ambos delitos.

De tal forma que como la hipótesis que encontró demostrada el a quo es la existencia del dolo en el comportamiento del exfiscal JIMÉNEZ ZAPATA al momento en que éste profirió la resolución del 10 de septiembre de 2007, sin que la Corte advierta la existencia de nuevas fundamentaciones fácticas o jurídicas en punto de desvirtuar tan expresa conclusión, procederá esta Corporación a confirmar el fallo condenatorio proferido el 6 de mayo de 2014 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar.

Para esta Sala tampoco resultan de recibo los planteamientos elevados por el abogado de la defensa, en calidad de recurrente, atinentes a que la legislación vigente para el momento en que ocurrieron los hechos (septiembre de 2007) permitía el reconocimiento de la suspensión de la ejecución de la pena, pues si bien es cierto la remisión que hacía el artículo 63 de la Ley 599 de 2000 al artículo 68 A del mismo compendio normativo no excluía el otorgamiento del subrogado penal en mención para los casos en que se juzga la conducta prevaricadora, en los términos de la Ley 1142 de 2007²⁸, también es cierto que aquella norma (art. 63 del C.P.) en su numeral segundo consagraba la siguiente exigencia:

«ARTÍCULO 63. SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años.
2. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la

modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

Su concesión estará supeditada al pago total de la multa.

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad concurrentes con ésta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, se exigirá su cumplimiento.»
(Subrayas fuera del texto original).

Entonces, como en el sub judice la pena privativa de la libertad impuesta a LUIS ENRIQUE JIMÉNEZ ZAPATA es de 42 meses de prisión, no se cumple el transcrito requisito objetivo, resultando improcedente el subrogado en mención.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de mayo de 2014 mediante la cual el Tribunal Superior de Valledupar declaró a LUIS ENRIQUE JIMÉNEZ ZAPATA, exfiscal 4 Especializado, autor responsable del delito de prevaricato por acción.

Contra esta decisión no proceden recursos ordinarios.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1Conforme obra en el auto de apertura de investigación formal del 31 de agosto de 2007, a folio 6, se registró el inmueble ubicado en la calle 7B No.19 B1-15 del barrio La Esperanza de Valledupar.

2 Acta de incautación a folio 60.

3 Más conocidas por sus siglas: PIPH.

4 Diligencia de indagatoria adelantada el 11 de enero de 2011, obrante a folios 137 a 149.

5 Afirmó durante la diligencia de ampliación de indagatoria, realizada el 10 de mayo de 2011 a solicitud del sindicato. Obrante a folios 163 a 169.

6 Ibídem, folio 142.

7 Folios 180 a 202.

8Consideró el ente acusador: “no aparece prueba indicativa de que el procesado puede irritar los fines de la detención preventiva, se torna improcedente la medida de aseguramiento”, conforme obra a folio 198.

9Folio 308.

10 Resolución de acusación obrante a folios 309 y 338. Específicamente a folio 323 afirmó la Fiscalía: “Se le recrimina que solo imputó cargos al señor FABIO CASTAÑEDA MENESES por la conducta de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, decidiendo que la conducta de Tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos le era completamente ajena; procediendo a imponerle medida de aseguramiento por la conducta de Tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos, la misma por la cual, luego lo acusó. Determinación esta, que adoptó, fundamentándose en forma exclusiva en su parecer; puesto que no tuvo en cuenta el informe policivo No. 1284 de agosto 31 de 2007, mediante el cual las autoridades respectivas dejaban a sus disposición los allí procesados, además de los elementos incautados”

11 Folio 117 del cuaderno No.2

12 Folio 147

13 Folio 150

14 Folio 151

15 Folio 152

16 Folio 151

17 Folio 155

18 CSJ, SP del 27 de julio de 2011, radicación 35656.

19 Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. Estructura de la Teoría del Delito, Civitas, 1997. § 10, num. 88, págs. 319 – 320 “Según la concepción actual, la realización del tipo presupone en todo caso y sin excepción tanto un desvalor de la acción como un desvalor del resultado. Es verdad que la configuración del desvalor de la acción puede ser diferente según la forma, requerida en cada caso concreto, de dolo o de imprudencia, de tendencia y de cualidad de la acción, y que también el desvalor del resultado se configura de modo distinto en la consumación o en la tentativa, en la lesión o en la puesta en peligro; pero el injusto consiste siempre en una unión de ambos, pues incluso en los llamados delitos de mera actividad (cfr. nm. 103 ss.), como el allanamiento de morada (§ 123), existe un resultado extremo, aunque el mismo es inseparable de la acción”.

20 Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal, Parte General, 2ª. ediciones Tirant lo Blanch, Valencia 1996, Págs. 31 – 32 “En cualquier tipo de sociedad, por primitiva que ésta sea, se dan una serie de reglas, las normas sociales, que sancionan de algún modo –segregación, aislamiento, pérdida de prestigio social, etc.– los ataques a la convivencia. Estas normas sociales forman el orden social. Históricamente éste orden social se ha mostrado por sí solo como insuficiente para garantizar la convivencia. En algún momento histórico se hizo necesario un grado de organización y regulación de conductas humanas más preciso y vigoroso. Nace así, secundariamente, la norma

jurídica que a través de la sanción jurídica se propone, conforme a un determinado plan, dirigir, desarrollar o modificar el orden social. El conjunto de estas normas constituye el orden jurídico. Titular de este orden jurídico es el Estado, titular del orden social de la sociedad. Tanto el orden social, como el jurídico se presentan como un medio de represión del individuo y, por tanto, como un medio violento, justificado sólo en tanto sea un medio necesario para posibilitar la convivencia...”.

“...La norma jurídica penal constituye también un sistema de expectativas: se espera que no se realice la conducta en ella prohibida y se espera igualmente que, si se realiza, se reaccione con la pena en ella prevista...”

21 CSJ, SP del 15 de julio de 2009, radicación 31780.

22 CSJ, SP del 27 de julio de 2011, radicación 35656.

23 Folio 150

24 Folios 62 y 63 del Cuaderno Original No.1.

25 A folio 56,58, 60, 65, 68, 71, 76, 82, 88, 92 del cuaderno original No.2.

26 Folio 82 y s.s.

27 Folio 89 y 90 del cuaderno original No.1.

28 Artículo 32. La Ley 599 de 2000, Código Penal, tendrá un artículo 68A el cual quedará así: Exclusión de beneficios y subrogados. No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados

por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.