

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado Ponente

SP14201-2015

Radicación N° 37.748

Aprobado acta N° 366

Bogotá, D. C., catorce (14) de octubre de dos mil quince (2015).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Mediante sentencia del 28 de abril de 2011, el Juez 155 de primera instancia, adscrito al Departamento de Policía Nariño, declaró al señor José Luis Echeverry Orozco autor penalmente responsable de la conducta punible de concusión. Le impuso 6 años de prisión, 5 de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, multa de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

El fallo fue recurrido por el defensor del acusado y ratificado por el Tribunal Superior Militar el 29 de junio siguiente.

El nuevo apoderado del procesado interpuso casación.

En auto del 9 de julio de 2012 la Sala admitió la demanda presentada.

Recibido (el pasado 7 de septiembre) el concepto del Procurador 2º Delegado para la Casación Penal, la Corte resuelve el fondo del asunto.

HECHOS

Aproximadamente a las 2:40 horas del 28 de julio de 2009 el señor Franco Leonel Valencia Coral conducía su automóvil. El patrullero de la Policía Nacional José Luis Echeverry Orozco, quien, en ejercicio de sus funciones se encontraba realizando controles, le solicitó parara la marcha. Al percatarse el uniformado de que aquel se encontraba embriagado, avisó que el carro sería inmovilizado y conducido a la estación policiva y así lo hizo.

Con esos argumentos, el agente solicitó a Valencia Coral le pagara una multa de 300 mil pesos, permitiéndole que se fuera a su casa, de la cual regresó trayendo el dinero que entregó al sindicado. Puestos los hechos en conocimiento del comandante de la Estación de Policía, este dio a conocer la queja a Echeverry Orozco, quien aceptó haber recibido el dinero y devolvió \$ 210.000.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Adelantada la correspondiente investigación, el 22 de noviembre de 2010 la Fiscalía 158 Penal Militar acusó a Echeverry Orozco como autor del delito de concusión previsto en el artículo 409 del Código Penal.

La decisión fue recurrida. En auto del 17 de enero de 2012 la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior Militar declaró desierto el recurso.

2. Luego fueron proferidos los fallos señalados.

LA DEMANDA

El defensor formula un cargo al amparo de la causal tercera, nulidad, en atención a que se faltó al debido proceso, en cuanto se desconocieron el juez natural y, más que la competencia, la jurisdicción, pues la investigación y juzgamiento del delito correspondían al juez común, no al penal militar.

Tratándose de un patrullero de la policía, en el acusado concurría el elemento subjetivo del fuero militar, no así el factor funcional, que hace referencia a que en desarrollo de una orden u operativo inherente al cargo, el agente excede la órbita propia de sus funciones constitucionales o legales, lo cual comporta que el procesado inicie una actividad propia de la función castrense y que, en su desarrollo, se exceda o abuse del ejercicio de la autoridad incurriendo en una conducta punible.

Si bien el agente Echeverry Orozco hacía parte de la institución, la conducta endilgada de inducir o solicitar dinero (propia de la concusión) no constituye un acto relacionado con el servicio ni con las funciones a él asignadas, como que le estaba vedado retener el automotor que conducía el conductor embriagado, para, a cambio de su devolución, pedir o insinuar la entrega de una dádiva, pues, así, ese comportamiento no iniciaba la realización de una actividad asignada por la entidad.

El dinero recibido corresponde a una actividad ajena al cumplimiento de las funciones oficiales y, por tanto, la conducta realizada carece de relación con el servicio, de donde surge que la investigación y el juzgamiento correspondían a la jurisdicción ordinaria.

La sola inducción o petición para obtener un beneficio a cambio de omitir una actividad propia de la función pública no estructura acto relacionado con el servicio ni con las funciones encomendadas, pues como agente del orden no le correspondía ni cesar la inmovilización del vehículo ni dejar de elaborar el comparendo. Los policías jamás están instituidos para consumir conductas antijurídicas.

Solicita se case la sentencia, se anule lo actuado desde la apertura de la indagación

preliminar y se disponga la libertad del procesado.

EL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 2º Delegado para la Casación Penal se pronunció en forma favorable a las pretensiones del demandante, postulando que la nulidad se decrete desde el acto de cierre.

Citando en extenso el fallo C-358 de 1997 y varios de la Corte Suprema de Justicia, concluye que la concusión cometida no guardaba ninguna relación con la función policiva, sin que pueda predicarse que se tratase de un desvío o extralimitación, en tanto la exigencia dineraria obedeció a un acto arbitrario, fundado en motivo ilegal, con lo cual no se ajusta al marco normativo que disciplina su función.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala, apartándose de los planteamientos del recurrente, avalados por el delegado en el Ministerio Público, no casará la sentencia demandada, por cuanto encuentra que en el caso concreto la conducta punible juzgada comportó una extralimitación, un desvío de la función policial asignada al acusado, de donde deriva que el juzgamiento correspondía a la justicia penal militar. Las razones son las que siguen:

1. El original artículo 221 de la Constitución Política de Colombia establecía que de “los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio”, conocerán los tribunales militares con arreglo a los lineamientos del Código Penal Militar. Para lo que interesa al tema debatido, la disposición permaneció igual con las modificaciones introducidas en los Actos Legislativos números 2 y 1 de 1995 y 2015, en su orden.
2. Sobre los parámetros a seguir para dilucidar si un asunto corresponde a la jurisdicción

castrense, esto es, si se encuentra cobijado por el fuero militar, la jurisprudencia de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia ha decantado los siguientes lineamientos, que hoy se reiteran:

(I) La justicia penal militar constituye una excepción a la regla ordinaria y se aplica exclusivamente cuando en el agente activo concurren dos elementos: (1) el subjetivo, (cuando se incurre en el delito se pertenece a la institución castrense y se es miembro activo de ella), y, (2) de carácter funcional (el delito debe tener relación con el servicio); este representa el eje central para la competencia militar.

(II) El ámbito del fuero penal militar debe ser interpretado de manera restrictiva, en el entendido de que el delito cometido “en relación con el servicio” es aquel realizado en cumplimiento de la labor (del servicio).

(III) Debe existir un vínculo claro en el origen del delito y la actividad de servicio. Se impone que esa relación sea directa, un nexo estrecho.

(IV) La conducta punible debe surgir como una extralimitación, desvío o abuso de poder en desarrollo de una actividad vinculada directamente a una función propia. Si se está dentro de una sana y recta aplicación de la función y en cumplimiento de ella se origina y desarrolla el delito, este tiene un vínculo sustancial con aquella y resulta de buen recibo el fuero.

(V) El nexo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, no hipotético y abstracto, de donde deriva que el exceso o la extralimitación deben darse dentro de la realización de una tarea propia de las funciones de las fuerzas armadas y de la Policía Nacional.

(VI) Si desde el inicio el agente activo tiene propósitos delictivos y utiliza su investidura para delinquir, no lo ampara el fuero. Si se llega a la función con el propósito de ejercerla

con fines delictivos y en desarrollo de estos se cumple aquella, se está frente a una actividad criminal que no puede cobijar el fuero.

(VII) El nexo se rompe cuando el delito es de una gravedad inusitada, como en aquellos de lesa humanidad, por la plena contrariedad entre la conducta punible y los cometidos de la fuerza pública, como que se trata de ilícitos manifiestamente contrarios a la dignidad humana y a los derechos de la persona.

(VIII) Un acto del servicio nunca puede ser delictivo, por ende, aquel no será castigado, como sí el que tenga “relación con el servicio”.

(IX) La relación con el servicio debe surgir con claridad de las pruebas. Si existe duda, se descarta el fuero y la competencia es del juez común, pues la del extraordinario (el militar) debe estar demostrada plenamente.

(X) Si el delito comporta la violación grave de un derecho fundamental o del derecho internacional humanitario, siempre debe tenerse como ajeno al servicio.

(Confrontar: Corte Constitucional, sentencias C-358 de 1997, C-878 del 2000 y SU-1184 del 2001; Corte Suprema de Justicia, auto del 23 de agosto de 1989, sentencias 15.705, 17.094, 18.729 del 2003, 17.946 del 2004, 20.764, 21.923 del 2006, 24.329, 25.405, 25.630 del 2007, 25.933 del 2008, 29.934 del 2010, AP 6317 del 2014).

3. El defensor recurrente y el Ministerio Público concluyen en la ausencia del vínculo entre el delito juzgado y el servicio, con el argumento central de que dentro de las funciones policivas no se encontraba el que el procesado cometiera un delito (una concusión en este caso), esto es, que pidiera dinero para no cumplir sus tareas.

El argumento resulta inadmisibles, como que, de necesidad, surge que dentro de las funciones propias de la actividad militar y policiva no está la de cometer delitos

(cualesquiera que sean), de tal manera que no puede descartarse el fuero con el único pretexto de que se incurrió en una conducta punible porque, obviamente, la función pública (no solo la militar) no puede prever y avalar en su desarrollo la comisión de conductas típicas, antijurídicas y culpables.

Es por ello que ni el mandato constitucional ni el del Código Penal Militar, que desarrolla el primero, adjudican a la justicia castrense el conocimiento de los “actos del servicio”, pues estos jamás pueden ser delictivos, sino de aquellos que tengan una “relación” con ese servicio.

De no ser así, resultaría un imposible jurídico que el estatuto punitivo militar tipificase los delitos en su parte especial, ni siquiera aquellos que pueden denominarse “militares” (insubordinación, desobediencia, ataques a superiores e inferiores, abandono del puesto, etc.), como tampoco aquellos que pueden tenerse como “comunes” (peculado, tráfico de influencias, abuso de autoridad), en tanto resulta incuestionable que unos y otros mal pueden ser propios del servicio, como que, admitir tal cosa, comportaría que es inherente a la función oficial atacar al superior o apropiarse de los bienes de dotación, por poner algunos ejemplos.

Lo que sanciona el estatuto punitivo militar y que adjudica el fuero para ser juzgado en esa jurisdicción, parte de la circunstancia necesaria de que el militar o el policía iniciaron una actuación válida, legítima, propia de sus funciones (conducta esta que jamás puede ser reprochable), solo que en el camino, en el desarrollo de la misma, decidieron desviarla, extralimitarse o abusar, pero siempre en el entendido de que estos proceder indebidos tenían una correspondencia, un vínculo, un nexo, con la tarea específica propia del servicio correspondiente.

Por abusar se entiende usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente la función concreta, específica, que correspondía por ley y reglamento.

Desviar implica que el servidor se aleja, aparta, separa de la función iniciada en forma legítima. Extralimitarse tiene el alcance de actuar más allá, fuera de los límites fijados por el servicio correspondiente.

Nótese, entonces, que la concesión del fuero parte del hecho necesario de que el militar o el policía dieron comienzo legítimo a un acto propio del servicio, pero en el camino decidieron salirse del mismo para realizar conductas delictivas, siempre en el entendido de que esos actos desviados igual tienen un nexo, un vínculo estrecho con esa función válida iniciada y que no se encuentren dentro de las excepciones ya reseñadas.

4. En el caso en estudio, con el acta de posesión, el extracto de la hoja de vida, el libro de minutas de la Estación de Policía de Pupiales (Nariño), el testimonio del comandante de esta y del propio acusado, se demostró que, para el momento de los hechos, José Luis Echeverry Orozco era agente (patrullero) de la Policía Nacional, que le habían sido asignadas funciones de vigilancia, dentro de las cuales le correspondía inmovilizar vehículos, en los términos del Decreto 015 del 5 de abril de 2009, proferido por la Alcaldía municipal, habiendo sido instruido con amplitud sobre el procedimiento a seguir en las situaciones que se le presentaran.

El decreto aludido se expidió para poder ejercer un control de los vehículos automotores conducidos por personas en estado de embriaguez; dispuso que el personal policivo de vigilancia que se encontrase en turno debía realizar esa tarea y, al detectarse una situación concreta, se imponía inmovilizar el carro y conducirlo a la estación, en donde se realizaría el comparendo para que el conductor cancelase la multa en la tesorería.

Las pruebas señaladas demuestran que el día y hora de los hechos el agente acusado se encontraba en servicio, en turno de vigilancia y que concretamente, según el mandato del decreto, pero además por instrucciones precisas del comandante y del subcomandante de la estación, se le asignó esa específica tarea, para ejercer la cual, fue ampliamente

instruido por aquellos.

En esas condiciones, no admite discusión que antes de realizar la conducta delictiva, el procesado se encontraba en servicio activo, en ejercicio de sus funciones, que dio comienzo a una de las específicas tareas encomendadas por el reglamento y sus superiores, en tanto, al detectar un vehículo que transitaba, cuyo conductor estaba bajo los efectos del alcohol, lo detuvo y lo condujo a la estación policiva.

Hasta ese momento, el procedimiento realizado era propio del servicio asignado, pero sucede que, llegados a la estación, el acusado dijo al infractor que debía pagarle a él (al agente) la multa tasada en 300 mil pesos (la cifra legal era inferior, además de que no se imponía verbalmente, sino en el escrito del comparendo), conminándolo a que fuera por esa suma, lo cual se hizo y el procesado recibió esa suma.

Obsérvese, entonces, que el agente activo del delito dio inicio a una actividad, no solo válida, sino propia del servicio que le correspondía, solo que en desarrollo de la misma, se desvió, se excedió, se extralimitó en la tarea que le correspondía (que hasta entonces había ejecutado en forma legítima) para presionar la entrega indebida del dinero que supuestamente pagaba la multa por la infracción y, así, no realizar el comparendo, tarea esta última que, a la vez, también correspondía ejecutarla al agente acusado.

Así, se reúnen los presupuestos que, a partir de los mandatos constitucional y legal, la jurisprudencia ha desarrollado para concluir que el delito cometido está vinculado, tiene un nexo estrecho, cercano con el servicio asignado y que en un comienzo se desarrolló en forma válida, sin que se trate de una conducta de aquellas que se han exceptuado.

5. El Ministerio Público y el demandante traen a colación diversos casos resueltos por la jurisprudencia, con la postulación de que se aplique la misma solución, esto es, se concluya en la inaplicabilidad del fuero, con la consiguiente declaratoria de

nulidad.

Sucede que las situaciones de hecho de los casos reseñados difieren de la investigada en este asunto y, por ende, la respuesta en el derecho debe ser diferente. Obsérvese:

(I) En el caso 15.075 de 2003 los hechos consistieron en que tres individuos subieron a un taxi y despojaron al conductor del dinero, asunto que, ni de lejos, podía tener nexo con las funciones que dos de los agresores cumplían en su condición de miembros activos de la Fuerza Aérea Colombiana.

(II) En el suceso de la providencia del 23 de agosto de 1988 los militares juzgados estaban en servicio prestando guardia externa, pero caprichosamente resolvieron mudar el sitio de su prestación. Accidentalmente apareció en la playa un costal con marihuana, siendo llamados a recogerla, lo que hicieron, pero al llevarla hacia la autoridad, optaron por venderla. Es claro, como decidió la Corte en ese entonces, que los procesados rompieron el vínculo con el servicio, esto es, se despojaron del fuero.

Lo anterior, porque, de una parte, cambiaron el sitio asignado para cumplir su función, y, de otra, se aprovecharon de la posesión del estupefaciente para venderlo, actitudes que no estructuran una extralimitación del servicio, porque “la retención del alucinógeno, que bien pudo hacerlo cualquier particular y llevarlo a la autoridad respectiva, no comporta la aplicación específica de un servicio que dé lugar a la acción delictiva. El servicio se roza con ésta, pero no es propia de aquel”.

La situación hoy juzgada es bien diversa, como que mediante decreto e instrucciones precisas de sus superiores, al agente acusado le correspondía retener el vehículo, cuyo conductor estaba embriagado, conducirlo a la estación, todo lo cual fue llevado a cabo por el sindicado durante el turno de servicio que le correspondía, pero llegado al sitio de destino, en lugar de elaborar el comparendo, tarea que le correspondía a él y a nadie más, insinuó y logró que el dinero de la multa le fuera entregado en lugar

de hacer “el parte”.

Acá el nexo entre el delito y la función, el servicio, resulta nítido y deriva como una extralimitación, un abuso de la tarea que se inició en forma legítima, pero en su desarrollo se desvió hacia la ilegalidad.

(III) En el caso 25.933 del 2008, la Corte encontró probado que si bien para el momento de los hechos el procesado cumplía como agente de la Policía Nacional,

“la conducta imputada como inducción para obtener un ofrecimiento dinerario a cambio de omitir una actividad propia de la función pública que cumplía, no constituye un acto relacionado con el servicio ni con las funciones a él encomendadas, pues como agente de tránsito, no le correspondía retener de manera indefinida automotores de servicio público y conductores presuntamente infractores, para luego dejar de elaborar los comparendos correspondientes a cambio de la dádiva provocada, en los términos denunciados y acreditados probatoriamente, circunstancias que indican que el miembro de la Fuerza Pública no inició la realización de una actividad propia de la Policía Nacional, cuando incurrió en la conducta punible atribuida”.

En ese entonces, el vínculo entre el delito y el servicio se descartó, por cuanto se encontró probado que no era propio de las funciones asignadas retener de manera indefinida los vehículos y a los conductores presuntamente infractores, conducta utilizada a modo de presión para inducir a los afectados a que ofrecieran el dinero.

El supuesto de hecho hoy juzgado es diverso, como que mediante decreto y precisas órdenes de sus superiores al acusado le correspondía, como tarea propia del servicio, retener el carro, conducirlo a la estación de policía y elaborar el comparendo, de tal manera que si no ejecutó lo último, y eso generó el acto corruptor, es claro que sí existe un vínculo próximo entre este y la función que, se repite, fue iniciada de manera lícita y según las tareas que correspondían, de donde aquel deriva como una extralimitación, como

un desvío del trabajo.

(IV) En el caso 25.405 del 2007, la Corte encontró probado que “no se trató de una extralimitación de poder dentro del marco de la actividad propia de la función policial, porque claramente se advierte que la actividad estuvo encaminada desde un inicio a la violación de la ley dada la forma como dos integrantes de la Policía Nacional se presentaron en el inmueble de... en compañía de un particular so pretexto de revisar el vehículo y tras advertir irregularidades en sus sistemas de identificación exigieron la entrega de dos millones de pesos (\$2.000.000,00) para no judicializar el asunto, así, como lo estimó el juzgador, se demarcaba ab initio que su propósito era el de exigir y obtener un provecho para sí mismos”.

Lo probado en ese entonces fue que desde un comienzo los agentes del orden encaminaron su comportamiento hacia el delito y esa es precisamente una de las excepciones que impiden reconocer el fuero, porque en esos eventos si bien en apariencia se ejerce la función, lo cierto es que se aprovecha de esta para cometer el delito ya premeditado.

(V) En el fallo 29.934 del 2010 sucedió otro tanto: se demostró “la deliberada infracción de la ley penal ordinaria, desde luego, extraña al servicio que ellos deben desempeñar”, esto es, que el comportamiento de los agentes activos del delito, desde un comienzo estuvo signado por delinquir, supuesto en el cual, la función prestada solo les servía de mampara. En efecto, los agentes allí juzgados, decidieron, sin más, llamar a las víctimas para exigirles dinero a cambio de “arreglarles” una supuesta orden de captura y no aprehenderlos, nada de lo cual les había sido específicamente asignado como parte de su servicio y que denota, no el afán de cumplir tareas policivas, sino de delinquir desde un comienzo.

Nada de lo anterior, como se ha demostrado, acaeció en el presente juicio, como que

Echeverry Orozco estaba en servicio y todos los actos (incluso del que se valió para insinuar la entrega del dinero) le correspondía ejecutarlos por asignación expresa, habiendo dado comienzo legítimo a ellos, desde donde lo último deriva como una extralimitación de la función que debía prestar.

6. En conclusión: en el caso juzgado los actos imputados al acusado fueron cometidos como una extralimitación, un desvío de la función, del servicio que correspondía y que fue iniciado y parcialmente desarrollado en forma legítima, consecuencia de lo cual es que, cometida la conducta punible “en relación con el servicio” policivo, la competencia correspondía a la justicia penal militar que fue la que investigó, juzgó y condenó, lo cual descarta la nulidad reclamada por este concepto.

Consecuente con 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

No casar la sentencia demandada.

Contra esta determinación no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Presidente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria