

HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, NORBERTO, "Comentario a la sentencia del 23 de septiembre de 2019 (11001-60-00-000-2018-00024-02) del Tribunal Superior de Cundinamarca. Flagrancia en el delito de concusión", *Nuevo Foro Penal*, 93, (2019)

Comentario a la sentencia del 23 de septiembre de 2019 (11001-60-00-000-2018-00024-02) del Tribunal Superior de Cundinamarca. Flagrancia en el delito de concusión.

Flagrant Delicto. Considerations on the sentence September 23, 2019, Cundinamarca Superior Court (11001-60-00-000-2018-00024-02).

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ**

Por lealtad con el lector debo iniciar reconociendo el sesgo que tengo hacia los salvamentos de voto de las sentencias, no solo por la gallardía que implica contrariar la posición mayoritaria, que no se corresponde con una rebeldía injustificada, sino que en muchas oportunidades esa posición alternativa parece ser más acertada que la de los demás integrantes de la Sala que decidieron la cuestión jurídica.

Solo para citar unos ejemplos, me gusta más el salvamento de voto a la sentencia C-293/95 por parte de los Magistrados Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz, que la posición mayoritaria de la Corte Constitucional, la cual en definitiva limitó la participación de las víctimas (parte

** Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, y miembro del grupo de investigación en Justicia Social, Teoría Jurídica General y Teoría Política. Correo electrónico: norberthernandezj@javeriana.edu.co. Abogado, especialista y magister en derecho penal de la Universidad Libre (Bogotá). Especialista en derecho constitucional y en derecho administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá). Master en criminología y ejecución penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Bogotá).

civil) al inicio formal de la fase de instrucción (Ley 600/00). Esa posición minoritaria fue el derrotero para la evolución de la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional en pro de garantizar los derechos de las víctimas ¹. Al respecto, Jiménez ² menciona que los salvamentos de voto son fuente y origen del cambio jurisprudencial.

Aunque no ha contado con este mismo efecto, consideró acertada la posición expresada por el Magistrado Jaime Araujo Rentería en el salvamento de voto a la sentencia C-335/08 en torno a la no configuración del delito de prevaricato por el ejercicio hermenéutico contrario al precedente. La posición mayoritaria permite actualizar el fenómeno de la expansión del Derecho Penal³ y es contraria a lo dispuesto en el artículo 230 Constitucional por cuanto la jurisprudencia es un criterio auxiliar.

Ya en el ámbito jurisdiccional penal, creo que muchos coincidimos más con la posición del Magistrado Sigifredo Espinosa Pérez en el salvamento de voto a la sentencia del 25 de agosto de 2010⁴ que con la posición mayoritaria de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Esta última ratifica la tesis del dolo eventual en accidente de tránsito en un hecho fenoménica y jurídicamente culposos.

Destapadas mis cartas, procedo a exponer las razones por las cuales considero acertado el salvamento parcial de voto del Magistrado Israel Guerrero Hernández a la sentencia del 23 de septiembre de 2019 mediante la cual el Tribunal Superior de Cundinamarca⁵ alude a una circunstancia de flagrancia inexistente, no solo para proteger el proceso (arreglando las falencias de la Fiscalía), sino también para bloquear el descuento punitivo pleno (50%) como consecuencia de la aceptación de cargos, limitando el mismo a un 12.5% en virtud de la reforma introducida por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011.

Los hechos objeto de la sentencia se circunscriben a exigencias económicas realizadas por un Juez Penal del Circuito, en contubernio con otros profesionales del derecho, a cambio de agilizar y absolver a un sujeto judicializado por delitos contra la administración pública. Dentro de los elementos materiales probatorios recaudados

1 HERNÁNDEZ, NORBERTO. "Rol probatorio del apoderado de las víctimas dentro del incidente de reparación integral". En: *Revista Diálogos de Saberes* No. 33, pp. 268-270.

2 JIMÉNEZ, ROBERTO. "Los salvamentos de voto como fuentes de la renovación de la jurisprudencia". En: *Prolegómenos – Derechos y Valores*, Vol. IX, No. 18.

3 SILVA, JESÚS. *La expansión del Derecho penal*, Madrid, Civitas, 2001.

4 Colombia. Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de agosto de 2010. Rad. 32964. Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez.

5 Colombia. Tribunal Superior de Cundinamarca. Sala Penal, sentencia del 23 de septiembre de 2019 (Proceso 11001-60-00-000-2018-00024-02), Magistrados Ponentes. Israel Guerrero Hernández y William Eduardo Romero Suárez.

se cuenta con interceptaciones telefónicas, realizadas los días 3 y 7 de noviembre de 2017, que dan cuenta de las exigencias y los pormenores de la negociación. La captura del funcionario judicial y los demás intervinientes se llevó a cabo el 18 de noviembre de 2017, momento en el cual se le informa al sujeto judicializado la manera cómo se adelantaría el proceso que culminaría con fallo absolutorio, quien posteriormente hace entrega de \$450.000.000.

En las audiencias preliminares concentradas, realizadas el 19 de noviembre de 2017 ante un Juez de Control de Garantías de Bogotá, se legalizaron: (i) la interceptación de comunicaciones y (ii) la captura *en flagrancia* de los secuaces, al considerarse que se habían acreditado los presupuestos establecidos en los numerales 1º y 3º del artículo 301 de la Ley 906 de 2004. Posteriormente se formuló imputación por el delito de concusión en calidad de intervinientes, ante lo cual los imputados aceptaron los cargos y se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva.

El día 8 de marzo de 2019 son condenados a la pena principal de 120 meses y 22.5 días de prisión, como coautores del delito de concusión; a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 98 meses y multa de 94.788 S.M.M.L.V.; no les concedieron la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni el sustituto de prisión domiciliaria. Las penas impuestas fueron modificadas por el Tribunal Superior de Cundinamarca – mediante la sentencia objeto de este comentario -, quedando establecidas en 76 meses y 23 días; multa de 57.6 S.M.M.L.V. e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 63 meses, aplicando el respectivo descuento como intervinientes en el delito de concusión y adecuando los cuartos punitivos, indebidamente enmarcados en la decisión de primera instancia.

El punto álgido – que es objeto del salvamento parcial de voto -, gira en torno a la captura en flagrancia de estos intervinientes en un delito como la concusión que es de mera conducta⁶. Para salvaguardar esta situación, la Sala mayoritaria inicia su argumentación advirtiendo la *preclusividad de los actos procesales*, siendo la discusión sobre la ilegalidad de la captura del resorte del Juez de Control de Garantías, habiendo quedado agotada en su oportunidad.

Pero “*en gracia de discusión*” (apartado 2.4.7) y reconociendo la clasificación del tipo de penal de concusión según su contenido, como aquellos de mera conducta, de pura acción o de pura actividad, es decir, aquellos en los cuales el legislador ha valorado de manera negativa la conducta con independencia del resultado que se produzca⁷, advierte la Sala mayoritaria que la conducta

6 Ver en este sentido la sentencia del 26 de junio de 2008, Radicado 22453. Analizada en Ramírez, *et. al.* (2015).

7 VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Manual de Derecho penal, parte general*, Medellín, Comlibros, 2009, P.634

se **reiteró** en el curso de las conversaciones que se adelantaron para negociar el monto de la pretensión económica ilícita y sin duda alguna se **actualizó**, cuando el propio Juez corrupto -ya condenado en proceso separado por razón del fuero- en desarrollo de previa concertación con W.F.B.E. y A.G.O.⁸, optó con sus secuaces, por trasladarse hasta la Clínica Colombia de la ciudad de Bogotá, donde los esperaba su víctima propiciatoria para la entrega del dinero exigido y acordado, pues allí sin recato alguno y de espaldas a los principios de dignidad, probidad y transparencia inherentes a la administración pública, guiado únicamente por la codicia, implícitamente **reiteró la solicitud** (Resaltado original).

Y más adelante es enfática en afirmar lo siguiente:

2.4.9.2. Aceptar que en el caso de la especie no se produjo una real y efectiva situación de flagrancia predicable frente a los aquí procesados, es ni más ni menos, que afirmar que estos fueron capturados en forma arbitraria y que, en el momento y lugar de su aprehensión no estaban desarrollando una actividad delictiva, lo cual resulta insostenible, si en cuenta se tiene, que el juez venal que actuaba en connivencia con los aquí procesados, no sólo **actualizó** con su intervención directa frente a la víctima la solicitud ilícita, sino que allí se procedió a recibir parte del producto de la pretensión delictiva, siendo instantes después que se produce la intervención de los integrantes de la policía judicial que efectúan las capturas y la respectiva incautación. (Resaltado original).

Ahora bien, la flagrancia es una excepción a la regla general de que nadie puede ser capturado sino mediante orden de autoridad judicial competente⁹ y dentro de sus requisitos está la actualidad¹⁰, lo cual se desprende de los supuestos establecidos en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal. Según lo descrito en la sentencia, las circunstancias de flagrancia que corresponden al presente caso, se enmarcan en lo regulado por los numerales 1º y 3º, lo que *per se* ya resulta exótico en términos temporales, comoquiera que una cosa es ser sorprendido y aprehendido *durante* la comisión del delito (numeral 1º) y otra la inferencia que se hace en virtud de los

8 Se hace reserva del nombre con miras a proteger la intimidad de los sentenciados.

9 MARTÍNEZ, GILBERTO, *Procedimiento Penal Colombiano. Sistema penal acusatorio*, Decimotercera edición Bogotá: Temis, 2006, p. 337

10 BERNAL, JAIME y MONTEALEGRE, EDUARDO. *El Proceso Penal. Estructura y garantías procesales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 337. *Procedimiento Penal Colombiano. Sistema penal acusatorio*, 2006, p. 334.

objetos instrumentos y huellas que permiten establecer que *cometió o participó* en el delito (numeral 3°). Este último supuesto, conocido como *cuasi-flagrancia*, exige una proximidad estrecha frente a los hechos; de lo contrario, lo procedente es solicitar una orden de captura.

En torno al aspecto temporal, en la sentencia C-657/96 se aclara que esta excepción en materia de privación de la libertad obedece a la urgencia y prontitud que demanda la situación y que imposibilita tramitar la correspondiente orden de captura:

(...) una situación actual que torna imperiosa la actuación inmediata de las autoridades [o de los particulares], cuya respuesta pronta y urgente impide la obtención previa de la orden judicial para allanar y la concurrencia del fiscal a quien, en las circunstancias anotadas, no podría exigírsele que esté presente, ya que de tenerse su presencia por obligatoria el aviso que debería cursársele impediría actuar con la celeridad e inmediatez que las situaciones de flagrancia requieren, permitiendo, de ese modo, la reprochable culminación de una conducta delictiva que pudo haber sido suspendida merced a la penetración oportuna de la autoridad al lugar en donde se desarrollaba (...).¹¹

Dos aspectos que se deben valorar en el presente caso son (i) el conocimiento que antes de la reunión del 18 de noviembre de 2017 se tenía de la conducta punible contra la administración pública (con base en la denuncia interpuesta por el sujeto judicializado, quien a su vez actúa como sujeto pasivo del delito de concusión) y se contaban con elementos materiales probatorios (entre otros, las interceptaciones de llamadas) que hubieran habilitado la solicitud de captura ante un Juez de Control de Garantías y, (ii) la imposibilidad de suspender una conducta punible que ya había culminado.

Así, el delito de concusión, tal y como lo reconoce la Sala mayoritaria, es de *mera conducta* y de conducta instantánea¹². El momento consumativo se verifica cuando el sujeto activo constrañe, solicita o induce al sujeto pasivo a dar o prometer, sin que la entrega efectiva sea un elemento constitutivo del delito, sino solo una consecuencia¹³. No interesa el tiempo que dure la realización de las acciones¹⁴, por lo que el argumento de reiteración y actualización del comportamiento carece de fundamento jurídico. Fue el momento de la solicitud (3 y 7 de noviembre de 2017) en el que se cometió el delito.

11 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, sentencia C-657 de 1996. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

12 PABON, PEDRO. *Manual de derecho penal* Tomo II. Bogotá, Ediciones Doctrina y ley. 2013, P.928

13 ARBOLEDA, MARIO y RUIZ, JOSÉ. *Manual de derecho penal. Partes general y especial conforme con el nuevo código penal*. Bogotá, Leyer. 2002, P. 978.

14 PABON, PEDRO. *Manual de derecho penal*, cit., P.928.

Frente a la actualidad del comportamiento para efectos de realizar el procedimiento de captura en flagrancia, en el salvamento parcial de voto se cita la sentencia C-024/94¹⁵, resaltando el siguiente apartado:

Y tampoco puede ser considerada flagrancia cuando la persona es reconocida al momento de cometer el delito pero es capturada mucho tiempo después. En efecto, lo que justifica la excepción al principio constitucional de la reserva judicial de la libertad en los casos de flagrancia es la inmediatez de los hechos delictivos y la premura que debe tener la respuesta que hace imposible la obtención previa de la orden judicial¹⁶.

Respecto a la consumación o perfeccionamiento del delito de concusión, se cita la sentencia del 5 de diciembre de 2018:

(...) para su consumación basta con la exigencia, no requiere que el desembolso se cause, o se entregue el objeto o la dádiva, por tratarse de un punible de conducta o mera actividad. Basta con la manifestación del acto de constreñir, inducir o solicitar dinero u otra utilidad indebida, independiente de que el sujeto pasivo esté en posibilidad de cumplirla (...) ¹⁷.

Con base en lo anterior, advierte el Magistrado disidente que la captura ocurrió 11 días después de la solicitud efectuada por el sujeto activo de la conducta como contraprestación por el fallo absolutorio a favor del sujeto pasivo. En consecuencia, la captura ocurrió en la fase de agotamiento o aprovechamiento, la cual no es un elemento del tipo penal.

No quiere lo anterior decir que en el delito de concusión es imposible llevar a cabo una captura en flagrancia. Piénsese en el supuesto en el que cualquier persona se encuentre presente en el momento en el que un servidor público, que abusando de su cargo, constriñe, induce o solicita dinero o cualquier utilidad a otra persona o incluso a aquella misma. Con base en el numeral 1° del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal podría capturarse al funcionario. Si este último sale a correr (lo cual sería muy curioso), podría aprehenderse por persecución o si es señalado por la víctima u otra persona como autor del delito (inmediatamente después), de

15 Citada en la sentencia del 5 de diciembre de 2018 [Rad. 53470 (SP4518), Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal].

16 Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena, sentencia C-024 de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

17 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de diciembre de 2018. Rad. 53470.

conformidad con el numeral 2° de la misma norma¹⁸. También si el sujeto fue grabado en video cuando cometía el delito en un sitio abierto al público o en un lugar privado con consentimiento de la persona (numeral 4°) o si la persona se encuentra en un vehículo utilizado para la huida. Todos estos supuestos, se repite, siempre y cuando haya inmediatez o proximidad temporal. Incluso en el supuesto del numeral 3° podría atribuirse la flagrancia frente a la posesión del dinero, siempre y cuando su entrega se encuentre asociada al momento de la solicitud, constreñimiento o inducción, pero no 11 días después.

Aunque en el salvamento parcial de voto se enfatiza esta situación por la incidencia que tiene en el *quantum* de rebaja punitiva por el allanamiento a cargos, lo cual comparto, para culminar este comentario deseo ir más allá. Aceptar la tesis de la “*preclusividad de los actos procesales*” en situaciones como las aquí descritas no es otra cosa que habilitar la ilegalidad de los procedimientos de captura, abriendo un boquete para la violación de derechos fundamentales con base en arbitrariedades que pueden desplegar los agentes del Estado o los particulares (artículo 32 Constitucional) que a su antojo determinen el concepto de flagrancia en la comisión de un delito. No importará el tiempo en el que se haya cometido, ni que la conducta constituya delito, como condiciones para que opere esta figura¹⁹. Tampoco se les exigirá a los delegados de la Fiscalía General de la Nación solicitar órdenes de captura bajo el argumento de que se puede *reiterar* y *actualizar* el comportamiento, aunque el delito ya se haya consumado, lo que por contera descongestiona la administración de justicia. Finalmente, los Jueces de Control de Garantías podrán legalizar capturas *ilegales* sin consecuencias adversas, deslegitimando seriamente la función de administrar justicia.

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Cundinamarca se interpuso el recurso de casación. Quedamos a la espera del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia que deberá bordear las fronteras entre eficientísimo y garantismo, respecto de una conducta que en lo personal considero gravísima, consistente nada más ni nada menos que en la compra y venta de la administración de justicia (450 millones de razones para evadir un fallo adverso), pero que en todo caso merece un debido proceso para los ciudadanos sometidos al proceso penal y si es procedente una rebaja del 50% de la pena, en vez de solo un 12.5% con base en la justicia premial, se deben cumplir estos parámetros que garantizan la seguridad jurídica de todos los asociados.

18 Piensen por ejemplo en las siguientes voces de auxilio: “*Cojánlo, cojánlo. Ese Juez me acaba de solicitar dinero para cambiar la decisión en el proceso que se adelanta en mi contra*”. Si logran capturarlo, puede pregonarse la flagrancia.

19 BERNAL, JAIME y MONTEALEGRE, EDUARDO. *El Proceso Penal. Estructura y garantías procesales*, P. 482-483

Bibliografía

- ARBOLEDA, MARIO y RUIZ, JOSÉ, (2002). *Manual de derecho penal. Partes general y especial conforme con el nuevo código penal*. Bogotá: Leyer.
- BERNAL, JAIME y MONTEALEGRE, EDUARDO, (2013). *El Proceso Penal. Estructura y garantías procesales*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- HERNÁNDEZ, NORBERTO, (2010). "Rol probatorio del apoderado de las víctimas dentro del incidente de reparación integral". En: *Revista Diálogos de Saberes* No. 33, pp. 261-286.
- JIMÉNEZ, ROBERTO (2006), "Los salvamentos de voto como fuentes de la renovación de la jurisprudencia". En: *Prolegómenos – Derechos y Valores*, Vol. IX, No. 18.
- MARTÍNEZ, GILBERTO (2006), *Procedimiento Penal Colombiano. Sistema penal acusatorio*. Decimotercera edición Bogotá: Temis.
- PABÓN, PEDRO (2013), *Manual de derecho penal* T. II. Bogotá: Ediciones Doctrina y ley.
- RAMÍREZ, SANTIAGO, CASTAÑEDA, DAVID, ESCOBAR, RICARDO, CARDONA, CAMILO (2015). "Las sentencias condenatorias por concusión y cohecho en el trámite del acto legislativo que aprobó la reelección presidencial en Colombia" En: *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 11, No. 84, pp. 200-214.
- SILVA, JESÚS, (2001), *La expansión del Derecho penal*. Madrid: Civitas.
- VELÁSQUEZ, FERNANDO, (2009). *Manual de Derecho penal, parte general*, Medellín: Comlibros.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional, Sentencia C-293/95, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional, Sentencia C-335/08, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional, Sentencia C- 657 de 1996. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional, Sentencia C-024 de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 26 de junio de 2008 (Radicado 22453).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de agosto de 2010 (Radicado 32964), M.P. José Leonidas Bustos Martínez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de diciembre de 2018. Rad. 53470.
- Tribunal Superior de Cundinamarca, Sala Penal, sentencia del 23 de septiembre de 2019 (Proceso 11001-60-00-000-2018-00024-02), MM.PP. Israel Guerrero Hernández y William