

RELEVANTE

SALA DE CASACIÓN PENAL

M. PONENTE	: FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO / EUGENIO FERNANDEZ CARLIER
NÚMERO DE PROCESO	: 36784
NÚMERO DE PROVIDENCIA	: SP5065-2015
CLASE DE ACTUACIÓN	: ÚNICA INSTANCIA
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA
FECHA	: 28/04/2015
DELITOS	: Peculado por apropiación / Concierto para delinquir / Falsedad ideológica en documento público / Violación ilícita de comunicaciones / Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto
FUENTE FORMAL	: Constitución Política de Colombia art. 235 núm. 4 / Ley 906 de 2004 art. 32 núm. 6 / Ley 890 de 2004 art. 6 / Ley 599 de 2000 art. 83-86 / Ley 906 de 2004 art. 292-189 / Decreto 643 de 2004 / Decreto 4657 de 2006 art. 14 / Decreto 960 de 1970 / Ley 599 de 2000 art. 416 / Ley 270 de 1996 art. 57 / Decreto 643 de 2004 art. 53-54 / Ley 599 de 2000 art. 286 / Ley 599 de 2000 art. 418 / Ley 599 de 2000 art. 397 / Ley 599 de 2000 art. 340-342 / Ley 599 de 2000 art. 443 / Ley 599 de 2000 art. 31 / Constitución Política de Colombia art. 122 / Ley 1709 de 2014 / Ley 599 de 2000 art. 4-38 / •Convención Americana sobre Derechos Humanos. art. 5 núm. 6 / Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 10 núm. 3 / Ley 599 de 2000 art. 38D

TEMA: CASO INCURSIONES ILEGALES DEL DAS

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prescripción: Después de la formulación de imputación / **PRESCRIPCIÓN** - Servidor público: Término a tener en cuenta / **PRESCRIPCIÓN** - Abuso de función pública

«Desde la comisión del acto delictivo la prescripción opera en el término máximo previsto en el tipo penal como pena imponible, sin que éste pueda ser inferior a 5 años ni superior a 20.

Ese lapso se interrumpe con la formulación de la imputación, momento a partir del cual comienza a correr de nuevo la prescripción por un término igual a la mitad del máximo de la pena fijada en la ley sin que pueda ser inferior a 3 años (artículo 292 de la Ley 906 de 2004) ni superior a 10.

Este último intervalo, tres años, se amplía en una tercera parte cuando quiera que el delito sea cometido por servidor público en ejercicio de las funciones del cargo o con ocasión ellas, según así lo indica el inciso 6º del artículo 83 de la normatividad penal sustancial.

Ahora bien, de acuerdo con la calificación jurídica que hizo la delegada fiscal, tanto en la acusación como en su alegato de conclusión, a ambos procesados les atribuyó, entre otros delitos, el de abuso de función pública previsto en el artículo 428 del Código Penal, el cual prevé una sanción de 1 a 2 años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 5 años.

Dicha pena, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, vigente a partir del 1º de enero de 2005, se aumenta en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo, motivo por el cual el rango de punibilidad oscila entre 16 y 36 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 meses.

Para casos como el presente, cuando el delito es cometido por servidor público en ejercicio de las funciones propias del cargo o con ocasión de ellas, el término máximo de prescripción de la acción penal una vez interrumpido, será de 48 meses a partir de la formulación de imputación, el cual resulta de incrementar 12 meses (tercera parte) a los 36 meses, que es el término mínimo que en todos los casos fija la ley para que la acción penal prescriba una vez surtida la imputación, pero que como ya se indicó, debe incrementarse en una tercera parte por razón del inciso 6º del artículo 83 del Código Penal.

(...)

En esa medida, emerge claro que desde el 18 de mayo de 2011, fecha en la que se formuló imputación, hasta este momento, no han transcurrido 48 meses o 4 años para que se produzca el fenómeno de la prescripción respecto del delito de abuso de función pública y por tanto, al estar vigente la acción penal, se asumirá el estudio acerca de la materialidad de dicha conducta punible».

FUERO - Director de Departamento Administrativo: investigación en única instancia respeta el debido proceso

«Ha de decirse que el procedimiento que adelanta la Corte Suprema de Justicia contra aforados constitucionales se hace con estricto apego a la Carta Política, cuya normativa, artículo 235 superior, siguiendo la voluntad del poder constituyente, estableció que los procesos penales contra altos dignatarios del Estado fuesen de única instancia.

La Corporación no solo acata el mandato constitucional, sino la interpretación que sobre el tema ha hecho el máximo órgano de dicha jurisdicción que en sentencia

SU 195 de 2012, con efectos erga omnes, ha concluido que no se vulneran garantías fundamentales cuando los funcionarios indicados en el citado artículo 235 son investigados y juzgados por el máximo órgano de la Jurisdicción Ordinaria en un procedimiento de única instancia, por manera que en lo que atañe al caso aquí debatido la Corte ha respetado y aplicado las normas que fijan el procedimiento a seguir tratándose de aforados constituciones cuando se ven vinculados a un proceso judicial por la comisión de conductas delictivas».

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Principio de imparcialidad: designación de conjuces

«En cuanto a la inconformidad acerca de que sea la misma Corte Suprema de Justicia la que deba juzgar a los procesados por comportamientos que presuntamente atentaron contra la Corporación Judicial, la Sala se remite a los argumentos que expuso el 13 de septiembre de 2011 al dar respuesta a la recusación propuesta por el defensor de BMV, así como a lo decidido por una sala de conjuces al declarar infundada dicha recusación, auto de 21 de septiembre de 2011, pronunciamientos en los que se trató ampliamente este tema, quedando establecido, que siendo necesario que fuera la Corte Suprema de Justicia la que asumiera el conocimiento de este asunto con la participación de conjuces, de todas formas se garantizaba el principio de imparcialidad».

PROCESO PENAL - No sigue un juicio político

«Respecto a la crítica acerca de que este juicio es político, se debe precisar que la Sala se ha limitado a ejercer una competencia funcional que le impone conocer del juzgamiento de los aquí acusados por razón del fuero constitucional que los cobija, competencia originada en la acusación presentada por la entidad que también por mandato constitucional ostenta la titularidad de la acción penal.

Adicional a lo anterior, el debate en este procedimiento se ha centrado en la demostración a cargo de la Fiscalía General de la Nación, de que HA y MV cometieron conductas delictivas mientras ejercían sus cargos como Directora del Departamento Administrativo de Seguridad y Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, respectivamente, sin que el motivo de la acusación se sustente en las ideas políticas de los procesados o su pertenencia o cercanía a algún movimiento o dirigente político, ni tampoco este ha sido el fundamento de las decisiones que en el transcurso del trámite penal ha adoptado la Corte, las cuales, a no dudarlo corresponden a discusiones exclusivamente jurídicas, resueltas en estricto derecho».

ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA - Regulación

«La actividad de inteligencia que para ese entonces desplegaba el extinto Departamento Administrativo de Seguridad, se encontraba regulada por el Decreto 643 de 2004 y en algunas sentencias de la Corte Constitucional que trataron el

tema, en las que se fijaron pautas puntuales acerca de cómo debía conciliarse esta necesaria función del Estado con los derechos fundamentales de los ciudadanos, así como el tipo de información sobre la cual el Estado podía auscultar y cuándo y en qué condiciones era posible hacerla pública.

Hay que aclarar que para ese momento no existía dentro del ordenamiento jurídico interno una norma específica y especializada acerca de cómo debían ejercerse las labores de inteligencia, como sí sucede en la actualidad con la Ley Estatutaria 1621 de 2013 que fue objeto de control previo y automático por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-540 de 2012, que de manera precisa regula las funciones de inteligencia en cabeza de varios organismos del Estado».

ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA - Desarrollo jurisprudencial

«La Corte Constitucional en sede de tutela (T- 444 de 1992), al resolver un caso contra el Ejército Nacional, hizo un importante desarrollo sobre el derecho a la intimidad, indicando que si bien el Estado tiene el deber de salvaguardar esta garantía, también cuenta con la potestad de investigar a personas que presuntamente atentan contra el orden político y jurídico del país, "puesto que el Estado tiene la obligación de defender el Estado y también las instituciones democráticas".

A partir de esa decisión el juez constitucional instituyó como límite a la recopilación y archivo de información de personas, la verificación acerca de que posiblemente éstas podían alterar la seguridad del Estado, con la obligación de los organismos encargados de esta tarea de no divulgar esos datos, a menos que se trate de una sentencia ejecutoriada proferida por un juez penal, pues de lo contrario se transgrediría el derecho a la intimidad (Constitución Política artículo 15) .

(...)

También se indicó en este fallo de tutela que las distintas entidades oficiales pueden cruzar información sobre determinada persona, con la obligación de mantener la reserva frente a terceros privados y de respetar, en el proceso de recaudo, los derechos humanos contenidos en la Carta Política y en los Pactos Internacionales, tales como la intimidad y la inviolabilidad del domicilio.

Y al referirse a la libertad de expresión e información que ejercen los medios masivos de comunicación, la Corte Constitucional señaló que no se trata de una garantía absoluta, puesto que en ciertos casos sobre ese derecho consagrado en el artículo 20 superior, debe prevalecer la reserva como por ejemplo, en tratándose de indagaciones penales.

En fallo de tutela del mismo año (CC ST-525 de 1992), se precisó que la recopilación y acopio de información personal de los ciudadanos podía realizarse

por los organismos de inteligencia del Estado, siempre que se respeten los derechos a la intimidad, el buen nombre y la honra.

(...)

En decisión posterior, también en sede de tutela (T-066 de 1998), la situación que se presentó tuvo origen en la publicación de un medio periodístico de alta divulgación, en el que con base en un documento reservado del Ejército Nacional, se afirmaron vínculos de varios alcaldes del país con grupos insurgentes.

En aquella oportunidad, la Corte Constitucional reiteró que el cumplimiento del deber del Estado de velar por el mantenimiento del orden constitucional no implicaba acciones ilimitadas, pues en dicha tarea se tienen que observar los derechos humanos y el debido proceso, prohibiéndose la divulgación de la información que sus organismos de inteligencia recopilen en ejercicio de dicha función, información que debe ser la estrictamente necesaria en términos de los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

(...)

Del mismo modo, se indicó que solo ante la sospecha fundada de que la persona investigada pudo haber incurrido en un ilícito, es posible que el Estado emprenda la tarea de obtener su información personal, pues «De no existir esta última condición se abriría la puerta a un Estado controlador en desmedro de la libertad de los ciudadanos.

Para el año 2008, aunque se trata de decisiones proferidas con posterioridad a los hechos que aquí nos concitan, de todas formas la Corte Constitucional en sentencias T-708 de 14 de julio, C-1011 de 16 de octubre y T-1037 de 23 de octubre, volvió a referirse a estos temas reiterando sus posturas anteriores acerca de que la legitimidad y legalidad de dicha función, además de las exigencias antes indicadas, solo se garantiza si se permite la intervención de los jueces, se limita razonablemente el tiempo en el que se va a recopilar la información, si la misma es la estrictamente indispensable para el mantenimiento del orden constitucional y de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades previstos en la Constitución de 1991, o existen indicios o manifestaciones de la perpetración de un delito».

ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA - Desarrollo jurisprudencial / **ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA** - Regulación / **ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA** - Está limitada por la protección de los derechos fundamentales

«Emerge con claridad que para la fecha de los hechos (años 2007 y 2008), no existía en nuestro ordenamiento jurídico una normativa concreta y precisa que regulara la actividad de inteligencia por parte de los órganos estatales encargados, legal y constitucionalmente, de esta tarea; sin embargo, sí se percibía un desarrollo

jurisprudencial que estableció algunos límites mínimos a los que las autoridades públicas debían someterse y que imponían la prohibición de trasgredir el derecho a la intimidad de las personas, pues de ser necesaria la interceptación de comunicaciones, en todo caso se requería de orden judicial previa.

También que la labor de inteligencia debe tener como motivo principal la protección del Estado social y democrático de derecho, siendo obligatorio mantener la reserva sobre la información de los ciudadanos obtenida en desarrollo y con ocasión de este tipo de actividades».

ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA - Reserva: no es absoluta, análisis de cada caso concreto / **ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA** - Está limitada por la protección de los derechos fundamentales

«Sobre la reserva de la información de inteligencia, aspecto que resulta de particular importancia en este caso, la Corte Constitucional se refirió a situaciones en las que es posible darla a conocer a la opinión pública sin que se trasgredan derechos fundamentales, puesto que no en todos los asuntos la reserva de los datos recaudados como consecuencia de una labor legítima de inteligencia, se torna en algo absoluto, sino que en cada caso hay que acudir a criterios de ponderación en orden a resolver la tensión que surge entre el derecho a la información en cabeza de la prensa y de los ciudadanos y el derecho a la intimidad.

(...)

Tanto en el marco normativo como jurisprudencial que sobre el acopio, uso y divulgación de información de inteligencia y contrainteligencia de Estado regía para la fecha de los hechos objeto de acusación en este juicio, como en la actualidad, se establecen limitaciones a dicha actividad en aras de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos a la intimidad, honra, buen nombre y habeas data. En otras palabras, para que la ejecución de dicha actividad pueda ser calificada como constitucionalmente legítima, la barrera que no pueden sobrepasar los organismos de inteligencia está conformada por estas garantías constitucionales, cuyo contenido ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional desde la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991».

ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA - Diferencia con la actividad de policía judicial

«Otro tema que resulta preciso delimitar para definir este caso, es el relacionado sobre cuáles de las actividades desplegadas por el DAS estaban amparadas por el ejercicio legítimo de las funciones de la entidad y cuáles requerían de una orden judicial previa y, en ese sentido, diferenciar las labores de inteligencia y contrainteligencia de aquellas ejecutadas por la policía judicial al interior de una investigación penal. Lo anterior, toda vez que varios de los reproches de la acusación presentada por la Fiscalía General de la Nación se basan precisamente

en que el DAS requería de una orden judicial previa para adelantar sus indagaciones.

La investigación penal supone una sucesión de actos procesales dirigidos al recaudo de elementos probatorios útiles para esclarecer conductas punibles, cuyo acopio corresponde a la policía judicial quien debe actuar bajo las directrices de un fiscal mediante un programa metodológico preciso, correspondiéndole a éste, en tratándose de casos regidos por la Ley 906 de 2004, obtener la orden judicial cuando sea necesario realizar procedimientos que invadan la esfera íntima de las personas, u ordenarlos directamente, cuando son asuntos regulados por la Ley 600 de 2000, los cuales claramente describe y regula la ley procesal penal. Mientras que "las actividades de inteligencia y contrainteligencia se desarrollan por organismos especializados del Estado del orden nacional, empleando medios humanos o técnicos para la recolección, procesamiento, análisis y difusión de información con la finalidad de proteger los derechos humanos, prevenir y combatir amenazas internas o externas contra la seguridad y defensa nacional, vigencia del régimen democrático y otros fines». (CC SC 12 Jul. 2012, rad. 540).

Teniendo en cuenta las finalidades y características entre las actividades de inteligencia y contrainteligencia y las de policía judicial al interior de investigaciones penales, la información que se obtenga como resultado de las primeras no puede ser utilizada con fines probatorios, «por consiguiente, no son actividades judiciales las que se despliegan por los organismos de inteligencia y contrainteligencia". (Ibídem).

Valga aclarar, que lo anterior no significa que los organismos de inteligencia estén autorizados para realizar todo tipo de actividades para el recaudo, uso o divulgación de la información, puesto que, cuando quiera que se necesite adoptar medidas como la interceptación, registro, sustracción de comunicaciones privadas, o la obtención de datos personales de carácter privado o reservado, o el registro del domicilio, dichas medidas solo pueden ser ejecutadas si un juez penal las autoriza, lo cual de acuerdo con la Constitución y la Ley supone la existencia de por lo menos una indagación previa por la presunta comisión de un delito bajo la coordinación de un fiscal. En sí solo una situación de esa naturaleza justificaría la intervención por parte del Estado y la vulneración necesaria, proporcional y razonable de derechos fundamentales personalísimos como la intimidad, el buen nombre y la inviolabilidad del domicilio.

Es decir, las actuaciones antes reseñadas en realidad no pueden ser consideradas como labores de inteligencia y contrainteligencia, sino que se enmarcan dentro de la función propia del DAS como órgano de la policía judicial dentro de un proceso penal, la cual impone el cumplimiento de toda una serie de requerimientos de orden constitucional (artículo 15 de la Carta Política) y legal (artículo 17 de la Ley 1621 de 2013) que sobrepasan las autónomas potestades de los organismos de inteligencia.

En últimas las actividades de inteligencia son de naturaleza preventiva cuya finalidad es la protección de la seguridad del Estado social de derecho y de sus instituciones, pero si en el ejercicio de dicha actividad se advierte la posible comisión de conductas punibles, el órgano de inteligencia pasa a actuar como policía judicial bajo la estricta dirección del ente persecutor del delito, esto es, la Fiscalía General de la Nación».

ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO - Se configura: ejecutar actividad de inteligencia, obtener ilegalmente información reservada de la Corte Suprema de Justicia / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: Testigo beneficiario de recompensa o beneficio

«No hubo razón legítima alguna que motivara la actividad de campo desarrollada por el DAS, valga decir, "un riesgo para la seguridad nacional o para el mantenimiento del Estado constitucional de derecho", por el contrario, lo que se quería averiguar era información sobre la labor que venía realizando la Corte Suprema de Justicia de investigar y juzgar a los miembros del Congreso de la República, tema que despertó el interés de la Presidencia de la República.

De allí que todo el procedimiento ejecutado por la agente ALFG, que indudablemente contó con el respaldo del DAS y de su directora, está por fuera del marco jurídico que para la fecha estaba claramente delimitado por la Constitución, la jurisprudencia y el decreto que regulaba y orientaba la actividad del Departamento Administrativo de Seguridad, pues recuérdese que si bien era la agenda de requerimientos de la Presidencia de la República la que fijaba los parámetros de la actividad de inteligencia, ésta debía propender por la protección de la seguridad del Estado respetando los derechos y las garantías constitucionales dentro de un marco de legalidad y legitimidad acorde con los derechos humanos y las previsiones constitucionales.

No por el hecho de que para el Gobierno de la época fuera importante el tipo de información que se obtuvo, se legitima cualquier clase de abuso y las acciones ilegales del órgano de inteligencia, ni tampoco que los miembros del Ejecutivo pudieran ordenar actividades encaminadas a satisfacer intereses políticos personales que en nada se relacionaban con la seguridad de la nación o con la protección del Estado de derecho, que son las razones que permitían al DAS desplegar su función legítima como órgano de inteligencia».

ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO - No se configura: ejecutar actividad de inteligencia, para obtener información pública o semi - privada, con base en razones válidas, información financiera / **ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO** - Se configura: divulgar información reservada de inteligencia

«La información financiera que obtuvo entonces la UIAF y en menor medida el DAS, es de aquella información que la sentencia T-729 de 2002 califica como semiprivada, esto es, aquella a la cual pueden acceder las autoridades administrativas, siempre que ello ocurra dentro del ámbito de sus funciones. Y era justamente una de esas labores la que debía cumplir el Departamento Administrativo de Seguridad a voces del numeral 3º del artículo 2º del Decreto 643 de 2004, que imponía la obtención y el procesamiento de información de inteligencia sobre asuntos relacionados con la seguridad nacional, al igual que la coordinación e intercambio de datos con entidades del orden nacional e internacional que cumplieran funciones afines al DAS, ante la sospecha de infiltración del narcotráfico en la Corte Suprema de Justicia.

A su turno la sentencia C-1011 de 2008, que se ocupó del estudio previo de la Ley Estatutaria que regula el manejo de información contenida en bases de datos y el derecho al habeas data por parte de las entidades que trabajan con información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países, excluyó de las obligaciones contenidas en la ley, la de que los organismos de seguridad deban obtener orden judicial previa para acopiar esa clase de información.

(...)

De lo anterior emerge clara la facultad del DAS para que como órgano de inteligencia por excelencia, accediera a bases de datos para obtener cierto tipo de información personal, siempre y cuando contara con una justificación legítima, puesto que dicha facultad no es ni era absoluta.

(...)

En la acusación se reprocha que la UIAF hubiera obtenido información financiera contenida en bases de datos sometida a reserva sin la orden judicial correspondiente, cuestión que resulta equivocada, pues téngase en cuenta que precisamente la UIAF desarrolla actividades de inteligencia financiera, lo cual la autoriza para acceder a bases de datos públicas sin requerir la orden de un juez, siempre que se trate de aquella información catalogada por la Corte Constitucional como semi-privada es decir, "el dato que no tiene naturaleza íntima, reservada, ni pública y cuyo conocimiento o divulgación puede interesar no solo a su titular sino a cierto sector o grupo de personas o a la sociedad en general, como el dato financiero y crediticio de actividad comercial o de servicios", y obviamente exista un motivo que justifique la acción de la UIAF como puede ser un reporte de operación sospechosa que es lo que sucede en la mayoría de los casos, o también con base en información de prensa, como lo indicó el testigo Juan Carlos Riveros, de la que pueda deducirse actividades de lavado de dinero.

En este asunto, ninguna información personal de carácter privado, mucho menos de índole reservado, a la que bajo ningún motivo se puede acceder, fue objeto de

recolección por parte del DAS o la UIAF dentro de lo que se llamó el «caso paseo», además de que cuando se inició dicha actividad, la Presidencia de la República les suministró a ambas entidades una razón válida para desplegar labores de inteligencia, como se indicó en párrafos anteriores, y dentro del desarrollo de las mismas no se trasgredieron derechos constitucionales fundamentales como la intimidad, el buen nombre o el habeas data, pues la información de inteligencia que se recolectó fue de aquella clase a la cual los órganos de inteligencia pueden acceder en ejercicio legítimo de sus funciones públicas.

Ahora bien, lo que sí se le reprocha penalmente a MPH es que hubiera dado la orden de entregar o divulgar información de inteligencia, que por esa misma razón tiene carácter reservado.

(...)

Se califica de típica, antijurídica y culpable, la conducta de la ex directora del DAS, por cuanto dentro sus facultades no estaba la de divulgar la información de inteligencia a los medios de comunicación por ser de índole reservada, teniendo la obligación de mantenerla en secreto, sin que la facultad que le otorgaban los numerales 6º y 7º del artículo 6º del Decreto 643 de 2004, comprendiera la de entregar a los medios de comunicación datos obtenidos como resultado de la labor de inteligencia que le competía al DAS, puesto que dichas normas establecían la difusión al Gobierno Nacional y a las autoridades que requirieran la información y no a medios privados, tal y como ocurrió en este caso.

Y si bien la Dirección del DAS podía autorizar la publicación de las actividades de la entidad, así como los informes o boletines correspondientes, dicha permisión debe entenderse en el sentido de que la difusión de esos datos debía hacerse en el marco institucional y de manera oficial, y no en forma subrepticia o secreta, entregando información reservada a periodistas, la que además no había sido verificada y respecto de la cual existían indicios de ser infundada, valga decir, que no podía afirmarse que Asencio Reyes tuviera vínculos con el narcotráfico, aún después de la exhaustiva investigación que había adelantado la UIAF en asocio con el DAS, puesto que como lo indicaron varios testigos, nunca se logró corroborar dicho vínculo delictivo».

ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO - Se configura: divulgar información reservada de inteligencia

«El procesado MV también ejecutó comportamientos por fuera de la ley, al ordenar una investigación de inteligencia motivada no en la intención de proteger las instituciones del Estado de derecho, verificando si eran ciertos los vínculos del narcotráfico con miembros de la Corte Suprema de Justicia, sino desde un principio, en utilizar la información que se recopilara para divulgarla a la prensa, esto último que por sí solo constituye una conducta delictiva autónoma al suministrar a los medios de comunicación una información de inteligencia que tenía carácter reservado, sin interesarle que la misma no había sido confirmada».

ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO - Demostración: eventos en que no está demostrado el delito / **ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO** - Se configura: divulgar información

«Debe decir la Corte que la acción desplegada por el DAS, dispuesta por MPH, quien a su vez recibió instrucciones de BM, era legítima en términos de actividad de inteligencia de Estado, puesto que se obtuvo información sobre un hecho muy grave consistente en que el Magistrado Auxiliar IV presuntamente estaba incurriendo en una conducta irregular mientras se desempeñaba como coordinador de las investigaciones penales de la Corte Suprema de Justicia, además en un tema muy sensible y de interés nacional como lo eran los vínculos de los congresistas con grupos de autodefensa y la ostentación del poder político por parte de éstos en amplias zonas del territorio patrio.

A lo largo de este juicio no se aportó prueba demostrativa de que la conducta que se le atribuyó al Magistrado Auxiliar IV, fuera el producto de un plan encaminado a obtener evidencia falsa que lo incriminara en un hecho punible y que dicha idea proviniera de BM o de MPH o de algún funcionario de la Presidencia de la República. Una afirmación en tal sentido no corresponde más que a conjeturas originadas en el contexto político de la época y que, por lo mismo, escapan a la discusión que corresponde a un proceso penal, toda vez que ninguno de los testigos que declararon sobre este episodio ni las pruebas documentales allegadas sobre el particular, dan cuenta de un montaje contra dicho servidor judicial en represalia por su labor en la Corte Suprema de Justicia.

(...)

Lo que sí evidencia la Sala es que las pruebas recopiladas por el DAS producto de esta actividad de inteligencia, fueron entregadas a los medios de comunicación, lo que en principio conduciría a pensar que el motivo de dicha labor fue el de obtener información útil para desprestigiar a funcionarios de la Corte Suprema de Justicia, concretamente al entonces Magistrado Auxiliar IVG.

Sin embargo, tal acción debe atribuirse a funcionarios de la Presidencia de la República, por cuanto en lo relativo a los servidores del DAS, la justificación que tuvieron para desplegar dicha tarea estaba dentro del marco que regulaba la actividad de inteligencia y ninguna de las pruebas arrojadas al juicio por la fiscalía es indicativa de que fueron los enjuiciados los que filtraron la información a los medios de comunicación o que éstos hubieran dado una orden directa en esos términos ».

ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO - Se configura: ejecutar actividad de inteligencia, debidamente justificada

«Emerge claro que para el año 2008 el Departamento Administrativo de Seguridad adelantó la tarea de recolección, acopio y análisis de información referente a la ex Representante a la Cámara YMP, sin que hasta el momento ninguna de las pruebas sobre este episodio presentadas por la defensa, permita advertir que la razón para ejecutar dicha labor estuviera incluida dentro de los motivos que justifican la intervención del organismo de inteligencia.

(...)

Aquí la responsabilidad penal de MPHA emerge diáfana, por cuanto a sabiendas de que el DAS carecía de un motivo legítimo para desplegar su acción de inteligencia, dio órdenes directas a sus subalternos para que consiguieran información sobre esta ciudadana, sin que el hecho de que el requerimiento, a todas luces infundado, hubiera provenido de la Presidencia de la República, valide la actuación dolosa de la directora del Departamento, quien en todo caso debía actuar dentro del marco de la legalidad y de sus estrictas atribuciones funcionales como lo ordena la Constitución Política.

(...)

Ahora bien, en cuanto al compromiso penal de BMV la Sala otorga credibilidad a lo dicho por el testigo GSP, y da por sentado que el acusado fue destinatario de la información que se recopiló respecto de YM, lo cual no fue información dispersa u ocasional, sino justamente la que se condensó en un solo documento de inteligencia al que el testigo se refirió como un dossier.

En esa medida, no habiendo duda de que el ilegítimo requerimiento provino de la Presidencia de la República y que el procesado recibió los datos solicitados, es dable inferir que él hizo la solicitud al DAS, puesto que de no haber sido así, no tenía por qué haber sido receptor de una información que no había pedido, sin que surja la posibilidad de un error en el destinatario, puesto que, recuerda la Corte, la entrega se hizo por el sistema de la valija, lo cual imponía un total celo y un procedimiento casi que infalible para que la información reservada llegara solamente a la persona a la que se disponía entregarla, en este caso, a BMV».

ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO - No se configura: ejecutar actividad de inteligencia, con justificación de la intervención del organismo de inteligencia / **ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA** - Está limitada por la protección de los derechos fundamentales / **INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES** - Autorización judicial

«Habiéndose establecido concretamente las actividades de inteligencia de las que fue objeto PC la Sala no puede desconocer que en su caso sí existían serios y graves motivos de seguridad nacional que justificaban que el Estado colombiano obtuviera información legítima sobre ella, pues recuérdese que según el dicho de FT la preocupación provenía de sus estrechos vínculos con el gobierno venezolano, el

apoyo público que ella pregonaba al movimiento bolivariano y su participación en varias reuniones con algún movimiento universitario que había sido infiltrado por las FARC, frente a lo cual ya el DAS había coordinado con la Fiscalía General de la Nación una acción conjunta para investigar y neutralizar dicha infiltración, actuaciones que fueron cumplidas por PC mientras ostentaba la calidad de Senadora de la República.

Cabe añadir que la preocupación que surgía por su relación con el gobierno de Venezuela no se fundaba simplemente en las diferencias ideológicas que existían entre el primer mandatario de ese país y el Presidente de Colombia en esa época, sino por la acción política y de inteligencia que el gobierno de Venezuela estaba ejerciendo en nuestro país.

(...)

En esa actividad de inteligencia no se trasgredió el derecho a la intimidad de la excongresista al no tratarse de datos sobre su vida privada, por cuanto sus ideas fueron publicitadas por ella misma en las intervenciones que realizó en reuniones políticas abiertas al público, a las que accedió el DAS sin restricción, al igual que la consulta en bases de datos se hizo sobre información personal de carácter semiprivado, cuya indagación estuvo mediada por un motivo válido de inteligencia y fue requerida por una autoridad administrativa en ejercicio de su función constitucional y legal, cual era, la de establecer quien financiaba sus constantes viajes al exterior por tratarse de una Senadora en ejercicio.

Lo contrario debe afirmarse de las labores de inteligencia que dio a conocer el capitán Jorge Lagos, quien indicó que por orden suya y con el aval de MPH se interceptaron comunicaciones, ingresando a los correos electrónicos de PC y de los asesores de la exsenadora, con motivo de su relación con el gobierno venezolano y debido a la información que se tenía acerca de las actividades de inteligencia que ese país estaba adelantando en Colombia con ayuda de agentes cubanos.

Ese tipo de acciones desplegadas por el DAS, aunque contaban con una justificación legítima para que el Estado ejerciera su función de inteligencia y de contrainteligencia, de todas formas implicaron la invasión al derecho a la intimidad de la ciudadana PC y de algunos de sus asesores, por lo cual se configura un ejercicio abusivo de tal función.

Para la Sala es claro que se trasgredió este derecho fundamental, por cuanto solo es posible acceder a una comunicación privada con orden de autoridad judicial competente, según se expuso al delimitar el marco jurídico de las labores de inteligencia por parte del Estado para la época de los hechos, requerimiento que actualmente también es necesario cumplir cuando quiera que la intención sea obtener información de una comunicación de este tipo, como la que se sostiene a través de correos electrónicos (CC, ST 18 Sept. 2008, rad. 916)».

ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO - No se configura: ejecutar actividad de inteligencia, con justificación de la intervención del organismo de inteligencia /**ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA** - Está limitada por la protección de los derechos fundamentales / **ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO** - Se configura: ejecutar actividad de policía judicial sin orden judicial en los casos en que ésta se requiere, interceptación de comunicaciones / **INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES** - Autorización judicial

«Respecto de la filtración al esquema de seguridad de la ex parlamentaria, éste consistió en contactar a uno de sus escoltas para que a cambio de dinero, suministrara al DAS datos sobre la agenda política de CR, esto es, la reuniones en las que iba a participar y los discursos que iba a pronunciar, lo cual se justificó en la relación que ella sostenía con el gobierno venezolano y los riesgos que esa relación implicaba para la seguridad nacional.

En ese orden, dicho procedimiento, según la prueba obrante, tampoco vulneró los derechos a la intimidad, la honra o el buen nombre de la ex senadora, toda vez que la ubicación de una fuente humana dentro de su esquema de seguridad no se hizo con el objetivo de obtener información privada de esta ciudadana o de conocer aspectos de su vida personal o familiar reservados a su domicilio o a espacios no públicos, sino para saber a qué actos políticos asistiría para que el DAS pudiera dar cubrimiento a los mismos con el fin de hacer constante seguimiento a su relación con el gobierno venezolano y los espías de los demás gobiernos como Cuba o Irán.

Además, en ese contexto, tal procedimiento no comporta un acto ilegal, sino un mecanismo de los organismos de inteligencia para el logro de un fin constitucionalmente legítimo.

(...)

En lo relativo a los correos electrónicos, MPH avaló dolosamente dicha labor en la que se menoscabó el derecho a la intimidad de la exsenadora PC, de acuerdo con lo que manifestó el capitán ® JLL, es decir, ella consintió con que se conociera el contenido de información privada, a sabiendas de que se iba a vulnerar un derecho fundamental que solo puede ser invadido siempre que un juez o un fiscal, esto último en los casos tramitados por el procedimiento penal de la Ley 600 de 2000, lo autorice, como ya lo tenía fijado la jurisprudencia constitucional desde mucho antes a la fecha de los hechos.

Respecto de BMV es un hecho probado que recibió información sobre PC en más de una ocasión, tal y como lo señaló el Subdirector de Análisis del DAS GSP, incluso antes de que MMPH llegara a la dirección, pero el testigo no refirió que a BM se le reportara información obtenida a través de ingresos a correos electrónicos relacionados con PCR o que él hubiera dado una instrucción en ese sentido u otra

de la que se infiriera que la intención era esa, por tanto su presunta participación en ese suceso no fue demostrada».

ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO - No se configura: ejecutar actividad de inteligencia, para obtener información pública o semi - privada, con base en razones válidas, información financiera

«La Sala también encuentra legítima la labor que hizo contrainteligencia del DAS, al indagar en la UIAF sobre información financiera de la entonces Congressista de la República, puesto que la finalidad era establecer de dónde procedían los dineros que dicha ciudadana recibía en sus cuentas personales desde el vecino país de Venezuela».

PRUEBA DOCUMENTAL - Factura: No es un documento reservado

«Tampoco puede decirse que la difusión que se hizo de parte de esta información a la Presidenta del Congreso de la República, NPG, en marzo de 2008, por orden directa de MPH, cuando se le entregó a aquella la factura del alojamiento de PC en un hotel de Ciudad de México, comporte una acción indebida por parte del DAS, pues como lo indicó esta Corporación al decidir el proceso penal que se adelantó contra NPG por esos hechos, esa factura no tenía el carácter de documento reservado, ni la acción de la entonces Presidenta del Congreso se tornó en algo irregular al exhibirla en la plenaria, puesto que estaba cumpliendo un legítimo acto de control político en ejercicio de sus funciones. (CSJ SP, 13 Jun. 2012, rad. 35331)».

ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO - Demostración: eventos en que no está demostrado el delito

«Respecto de la instalación de un micrófono en la camioneta de PC, dicha actividad, aunque claramente ilegal, no puede atribuirse a la conducta de los aquí acusados, toda vez que ML informó que esa labor se hizo por orden de AP y que se prolongó por el término de ocho días, dado lo dispendioso del procedimiento, motivo por el que se evidencia que MPHA no intervino en la ejecución de dicha acción. Y frente a BMV no concurre ninguna prueba ni siquiera indirecta, que acredite en este juicio que dio una instrucción en esos términos o que recibió información como resultado de dicha misión.

ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO - Se configura: divulgar información reservada de inteligencia

«Otra de las conductas que surgió con ocasión de la labor de inteligencia desplegada por el DAS, fue la entrega de información, recaudada como resultado de esa tarea, a un medio de comunicación masivo para el año 2008, que tenía relación con los datos obtenidos acerca de sus vínculos financieros con la empresa (...) y de ésta con el gobierno venezolano.

En efecto, el capitán® FT señaló que para el mes de agosto de 2008, MPHA, por orden de la Presidencia de la República, dio la instrucción de entregar a un diario de amplia circulación nacional esa información de inteligencia, que efectivamente fue publicada casi que de inmediato.

Si bien es cierto, los medios de comunicación tienen el deber de informar a la opinión pública sobre asuntos que sean de su interés, entre ellos el ejercicio del poder político, esto no implica que los servidores públicos que están obligados a mantener la reserva sobre cierto tipo de información, como sucede con la obtenida en labores de inteligencia, deban entregarla a la prensa. Una conducta como esa debe estar mediada por el estudio sobre la conveniencia de dar a conocer información sensible, aspecto que una vez determinado, impone que la revelación de los datos sea un acto institucional y abierto.

Nada de lo anterior cumplió MPH cuando decidió acatar lo que se le indicó desde la Presidencia de la República, por lo que de manera consciente y libre dispuso la entrega oculta de información de inteligencia reservada muy sensible, puesto que se estaba involucrado un país extranjero que para ese momento podía calificarse de hostil, lo cual comportaba una conducta indebida por parte de la otrora directora del DAS».

ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO - Demostración: eventos en que no está demostrado el delito

«Frente a la intervención de BMV en la revelación a la prensa de información de inteligencia reservada sobre PC no obra en el juicio ninguna prueba de la que pueda la Corte concluir que fue él quien dio esa orden, pues si bien algunos testigos indicaron que el enlace entre la Presidencia de la República y el Departamento Administrativo de Seguridad era BM, para la Sala dicho hecho indicador no es suficiente a la hora de concluir que esa instrucción específica provino del acusado, dado que también se ha conocido que otros funcionarios de la Presidencia de la República interactuaron con el DAS y participaron de la filtración de datos de inteligencia a los medios de comunicación; a lo que se suma que en lo relativo a las indagaciones sobre las actividades de PC, no se logró establecer un interés personal o una intervención trascendental del acusado para el despliegue de las mismas».

ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO - Se configura: ejecutar actividad de inteligencia, para obtener información pública o semi - privada, sin tener razones válidas

«De lo probado en este proceso, frente a GPU, no advierte la Sala la obtención de datos de carácter privado o reservado, ya que lo que se consiguió fueron datos biográficos, la conformación de su familia, lo cual constituye información pública que es aquella que puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna y sin importar

si la misma sea información general, privada o personal. Por vía de ejemplo, pueden contarse los actos normativos de carácter general, los documentos públicos en los términos del artículo 74 de la Constitución, y las providencias judiciales debidamente ejecutoriadas; igualmente serán públicos, los datos sobre el estado civil de las personas o sobre la conformación de la familia. Información que puede solicitarse por cualquier persona de manera directa y sin el deber de satisfacer requisito alguno.” (CC ST 5 Sep., 2002 rad. 729); (negrilla fuera de texto)

Y pese a que también se estableció información relativa al lugar del domicilio, números telefónicos y correos electrónicos de G P y de su familia, esos datos aunque personales, podían ser obtenidos por el DAS por constituir información semiprivada a la que las autoridades administrativas pueden acceder en ejercicio de sus funciones, ingresando a bases de datos sin la exigencia de la orden previa de autoridad judicial, mucho más en este caso cuando la información se obtuvo de las bases de datos internas que acopia el DAS, entre ellas, la de las hojas de vida de personajes públicos, según lo señaló Jorge Lagos.

No obstante quedar claro que la información que obtuvo el DAS, en lo que atañe a G P, no implicó una vulneración a los derechos a la intimidad, honra o buen nombre del ex senador, puesto que no se acreditó que los datos acopiados fueran de carácter reservado o que hubiera sido objeto de interceptaciones ilegales o de filtración de su información personal o pública a los medios de comunicación, de los testimonios de los varios funcionarios del DAS que se refirieron al tema, no se estableció cuál fue el motivo que llevó al DAS a investigar al dirigente político, distinto a su postura como opositor del gobierno de Álvaro Uribe Vélez, ni tampoco dieron cuenta los declarantes de algún indicio o sospecha de que P U tuviera vínculos con las FARC.

(...)

En este orden de ideas, respecto del exsenador P U, debe decir la Sala que los pronunciamientos de los ciudadanos en los que manifiesten su desacuerdo ideológico o político con un determinado gobierno, o su participación en actos de control al poder político en legítimo ejercicio de sus funciones, como le compete, por ejemplo, a los miembros del Congreso de la República, no pueden ser motivo legalmente válido para que se haga uso de las agencias oficiales de inteligencia, ya que ese tipo de comportamientos no ponen en riesgo la seguridad del Estado o su institucionalidad y, más bien, corresponden a actos de persecución política que resultan intolerables e inaceptables en un régimen democrático, participativo y pluralista como el que rige en nuestra República.

Así las cosas, de lo evidenciado en este juicio, concluye la Sala que ni el Departamento Administrativo de Seguridad, ni la Presidencia de la República estaban legitimados para acopiar o requerir información sobre G P U, toda vez que el hecho de ser contradictor del gobierno de la época no facultaba al Estado para utilizar en contra del político su aparato de inteligencia, mucho menos cuando no se

demonstró que su actividad opositora estuviera relacionada con vínculos con las FARC. En ese orden, al ser claro que tanto MPH como BMV impartieron instrucciones en ese sentido, su comportamiento se aparta del ordenamiento jurídico.».

ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO - Demostración: eventos en que no está demostrado el delito

«Como se indicó en precedencia, las acciones que el DAS desplegó respecto de la señora H y en las que se extralimitó el organismo de inteligencia, como por ejemplo, cuando registró su correo electrónico, no son atribuibles a los procesados».

ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO - Se configura: ejecutar actividad de inteligencia, para obtener información pública o semi - privada, sin tener razones válidas

«Es de resaltar que la motivación que tuvo el DAS para indagar sobre el comunicador, no fue otra que el interés de conocer las personas que le brindaban información que servía de insumo al periodista para publicar artículos en los que hacía señalamientos muy fuertes contra el Presidente de la República y su familia y en esa medida, el organismo de inteligencia no estaba facultado para desplegar su accionar, pues no observa la Sala que se trate de un asunto que implique un riesgo para la seguridad nacional, sino más bien de un interés particular.

(...)

Ahora bien, sobre la intervención de los acusados en tal procedimiento de inteligencia, ML sostuvo que esa orden la recibió de AP, labores que se prolongaron durante la administración de MPHA, lo cual coincide con lo dicho por DT acerca de que a la subdirección de operaciones a cargo de su entonces jefa, ML, llegaron requerimientos de la acusada para obtención de información sobre Daniel Coronell, órdenes que condujeron al despliegue de actividades de seguimiento y vigilancia de dicho comunicador que le constan, en tanto fue él el encargado de autorizar el uso de los vehículos de la entidad para que los detectives ejecutaran dicha actividad, sin que, afirma la Corte, la misma estuviera soportada en una razón legal para que el DAS interviniera.

Y en lo que atañe a BMV existe claridad en torno a que dio la instrucción de que el DAS recaudara información sobre DC, según lo indicó FT».

ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO - Se configura: ejecutar actividad de inteligencia, para obtener información pública o semi - privada, sin tener razones válidas / **ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO** - Demostración: eventos en que no está demostrado el delito

«Corresponde llamar la atención acerca de que la información sobre la que estaba indagando el DAS, no tenía restricción para su acceso de acuerdo con lo indicado en el Decreto 960 de 1970.

(...)

No obstante que el acceso a los datos solicitados no implica una violación al derecho a la intimidad, toda vez que los actos realizados ante notarios son de naturaleza pública, ello no purga la ilegalidad de la orden que impartió la acusada para que la entidad desplegara una actividad que en nada estaba relacionada con sus objetivos institucionales, pues de las pruebas practicadas en el juicio no se estableció un motivo legítimo por el cual era necesario que el DAS contara con esos datos en aras de preservar la seguridad de Estado o sus instituciones democráticas, luego la instrucción que impartió HA resulta apartada del derecho.

Acerca de la participación de BMV en este hecho no emerge ninguna prueba indicativa de que hubiera ordenado esa actividad.

(...)

Nuevamente aquí la Corte quiere dejar clarificado que aunque de acuerdo con lo expuesto por JL y FT, puede afirmarse que el funcionario que servía de enlace entre la Presidencia de la República y el Departamento Administrativo de Seguridad era BMV, y que a no dudarlo fue desde la Presidencia de donde se hizo el requerimiento de información sobre los doctores CJVC y RBG , estos dos hechos indicadores resultan insuficientes a la hora de demostrar con certeza que fue MV y no otro alto funcionario de la Presidencia el que impartió esa instrucción».

ABUSO DE FUNCIÓN PÚBLICA - Elementos: elementos normativo, funciones públicas diversas de las que legalmente le corresponden

«Observa la Sala que el procesado incursionó en el delito de abuso de función pública al usurpar una competencia que le correspondía a otra autoridad, lo cual ocurrió cuando decidió indagar personalmente sobre el vuelo de algunos magistrados a la ciudad de Neiva, requiriendo para ello directamente la información a la empresa Satena, habida cuenta que esa legítima labor de verificación, cuya finalidad era indagar sobre la financiación por un particular de un homenaje en el que participaron Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, le correspondía a los organismos de inteligencia legalmente facultados para establecer, si a partir de ese suceso, se configuraba algún delito o se advertía alguna situación que pusiera en riesgo la institucionalidad o la administración de justicia, empero el acusado se arrogó esa competencia que claramente no le correspondía.

En efecto, dentro de las funciones enumeradas en el artículo 14 del Decreto 4657 de 2006, no se extrae que el procesado tuviera la facultad de indagar o requerir información a otras entidades por motivos de inteligencia de Estado, en tanto que

la misma estaba asignada por ley a los organismos que cumplían dicha función, entre ellos el DAS, a los que correspondía analizar y establecer si el recaudo de la información solicitada, tenía o no que ver con la necesidad de proteger la seguridad nacional.

De allí que el citado decreto, en el numeral 2º del artículo 14, imponga como una de las funciones del Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, coordinar con ministerios y otros Departamentos Administrativos el ejercicio de sus actividades, de donde resulta que no es su labor la de realizar directamente las tareas que corresponden a tales instituciones.

Por lo anterior, concluye la Sala que el procesado MV incurrió, por este solo hecho, en el delito previsto en el artículo 428 del Código Penal, bajo el nomen iuris de abuso de función pública, puesto que realizó un acto que si bien era legal, no estaba incluido dentro de sus competencias funcionales.

(...)

En efecto, el delito de abuso de función pública descrito en el artículo 428 del Código Penal, impone al servidor público que obra como autor, la ejecución dolosa de funciones diferentes a las que la ley asigna al funcionario. Así lo tiene dicho la jurisprudencia de la Sala al sostener que:

"De esta manera se trata de un tipo penal con sujeto activo calificado (servidor público), cuya modalidad conductual comporta: a) abusar del cargo y, consecuentemente, b) realizar funciones públicas diversas de las que legalmente le han sido deferidas.

El eje de la conducta del delito de abuso de función pública se refiere a una ilegalidad signada por desbordar una atribución funcional que le corresponde ejecutar a otro funcionario, en lo cual radica la ilegalidad del acto. En cambio, en el prevaricato, el sujeto puede ejecutar el acto en el ámbito de su función, pero al hacerlo, infringe manifiestamente el orden jurídico. En otras palabras, mientras en el abuso de función pública el servidor realiza un acto que por ley le está asignando a otro funcionario que puede ejecutarlo lícitamente, en el prevaricato el acto es manifiestamente ilegal, sin que importe quién lo haga (...)"

(...)

En conclusión, el punible descrito en el artículo 428 de la norma penal se agota cuando "el servidor público, desbordando las facultades derivadas de su cargo, asume y desempeña funciones diferentes a las otorgadas por la Constitución, la ley o los reglamentos" (CSJ SP, 29 Feb.2012, rad.38050), con dolo, es decir, conoce que realiza funciones que no le competen y quiere hacerlo de manera que pone en peligro la administración pública sin justa causa y de manera culpable, lo que implica el potencial conocimiento de lo ilícito de su acto.

Sea esta la oportunidad para recoger la regla fijada en CSJ SP, 21 feb 2007 rad. 23812, decisión en la que se indicó que el delito en mención «es una especie delictiva que tiene doble vía para su comisión, bien porque a iniciativa del servidor público abuse de su señoría dominante de atribuciones oficiales o bien porque usurpe otras que no son suyas, que no le pertenecen o que no le competen. Es decir: el servidor abusa de su cargo en razón a que esa posición que ocupa dentro de la Administración Pública le permite realizar otras funciones que no son de su competencia».

Estima la Sala que resulta desacertado afirmar que el delito de abuso de función pública se comete, ya sea porque el funcionario abusa de su cargo, o porque usurpa una competencia que le corresponde a otro servidor, puesto que con dicho planteamiento se da a entender que ese punible puede realizarse en cualquiera de estas dos modalidades, cuando lo que se extrae claro de la redacción del artículo 428 del Código Penal, es que tal conducta solo admite una modalidad, veamos:

"Abuso de función pública: El servidor público que abusando de su cargo realice funciones públicas diversas de las que legalmente le correspondan, incurrirá en prisión de..."

Es decir, se trata del aprovechamiento del cargo para usurpar una función que está asignada a otro servidor público, siendo claro que la finalidad que se persigue a través de tal ejercicio abusivo, a saber la ejecución de una función pública ajena, es un elemento estructurante del tipo penal en cuestión que no puede escindirse del uso indebido del cargo, como sí se plantea en la decisión que ahora se recoge.

El simple abuso del cargo es una conducta cuyo desvalor está contenido en otro tipo penal de naturaleza subsidiaria que se aplica cuando el aprovechamiento del cargo, no implica la usurpación de la competencia de otro funcionario público».

ABUSO DE FUNCIÓN PÚBLICA - Diferencia con abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: variación de la calificación jurídica por el juez, procedencia

«Las instrucciones que impartieron los procesados, cada uno en su rol, como directora del DAS y como director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, las hicieron dentro del ámbito de las funciones que les asignaba la ley. Sin embargo, teniendo competencia para actuar, el cumplimiento de esas específicas funciones claramente implicó que los procesados emitieran órdenes arbitrarias e injustas, puesto que no podían solicitar dolosamente la obtención de información de los ciudadanos considerados objetivos de inteligencia por motivos distintos a la preservación de la seguridad nacional y la protección del Estado constitucional de derecho y de sus instituciones, mucho menos disponer, avalar o asentir en la realización de procedimientos de recaudo ilegal de ciertos datos, en los casos que se han precisado en esta sentencia.

Y se afirma que las instrucciones que impartieron los procesados fueron acciones propias de sus funciones, teniendo en cuenta que, en lo que atañe a HA, el Decreto 643 de 2006, el cual establecía las funciones del director del DAS, en el artículo 6º numerales 1º y 2º, señalaba:

Ejecutar la Agenda de Requerimientos del Presidente de la República sobre asuntos relativos a la Seguridad Nacional e Inteligencia de Estado y los cursos de acción estratégicos para desarrollar su plan de gobierno.

Diseñar y ejecutar por conducto de las distintas dependencias el Plan Estratégico Institucional de conformidad con las directrices señaladas en la Agenda de Requerimientos de la Presidencia de la República y demás programas que ésta disponga.

Parágrafo: Las decisiones inmediatas y urgentes relativas al servicio de inteligencia y de seguridad de Estado, serán impartidas en su orden por el Director del Departamento, el Subdirector del Departamento, el Director General de Inteligencia y el Director General Operativo.

Por su parte, BMV, de acuerdo con el artículo 14 del Decreto 4657 de 2006, numerales 2º, 4º y 7º, tenía dentro de sus funciones:

Apoyar al Presidente de la República en la coordinación de actividades de los ministerios, departamentos administrativos, establecimientos públicos y demás organismos y entidades públicas.

Colaborar con el Presidente de la República en el ejercicio de las funciones que le corresponde en relación con el Congreso, la administración de justicia y demás organismos o autoridades a que se refieren la Constitución y la ley.

Ejercer las funciones que le delegue el Presidente de la República conforme a la ley.

La normatividad en cita, sin mayor dificultad evidencia que los acusados sí podían disponer el despliegue de actividades de inteligencia a cargo del DAS y en el caso de MV, éste tenía la facultad de coordinar con dicha institución las funciones propias de la misma, como era la realización de las referidas acciones y fijar los objetivos que fueran de interés para la Presidencia de la República, labores que obviamente, dada su calidad de servidores públicos, tenían que ejecutar dentro del marco que les fijaba la constitución y la ley.

(...)

Sin embargo, de las indicadas en el precepto legal que invoca la fiscalía y de las normas constitucionales que allí se citan, tampoco se extrae que el primer mandatario no pudiera solicitarle al Director del Departamento Administrativo de

la Presidencia de la República su apoyo para que coordinara las actividades propias de diferentes instituciones del Estado, entre ellas el DAS, como sí expresa y claramente lo contempla el Decreto 4657 de 2006, norma específica regulatoria de las funciones del Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Es por lo anterior, que la Sala afirma que el comportamiento de los procesados no corresponde al abuso de funciones, puesto que no se trata de la utilización abusiva del cargo para usurpar competencias asignadas a otras autoridades públicas o de la realización de funciones públicas diversas a las deferidas legalmente a estos servidores, sino que consistió en la impartición de instrucciones que aunque podían darlas por ser funciones propias de sus cargos, resultaron arbitrarias e injustas y por ende, su conducta se adecúa al delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, descrito en el art. 416 del Código Penal.

(...)

La jurisprudencia de la Sala ha indicado que el delito de abuso de autoridad tiene por objeto proteger el normal funcionamiento de la administración pública, la cual es perturbada en su componente de legalidad por el servidor público que en ejercicio de sus funciones o excediéndose en ellas, comete un acto arbitrario e injusto a través de la manifestación de su voluntad con alcance jurídico o expresada como un hecho material.

Al mismo tiempo se ha definido el concepto de arbitrario como aquello realizado sin sustento en un marco legal, en donde la voluntad del servidor se sobrepone al deber de actuar conforme a derecho; mientras que lo injusto es algo que va directamente contra la ley y la razón.

En ese sentido la Sala ha definido el acto arbitrario como el realizado por el servidor público haciendo prevalecer su propia voluntad sobre la ley con el fin de procurar objetivos personales y no el interés público, el cual se manifiesta como extralimitación de facultades o el desvío de su ejercicio hacia propósitos distintos a los previstos en la ley, Y, la injusticia, como la disconformidad entre los derechos producidos por el acto oficial y los que debió causar de haberse ejecutado con arreglo al orden jurídico. La injusticia debe buscarse en la afectación ocasionada con el acto caprichoso. (CSJ AP 11 Sep.2013, Rad.41297, reiterada en CSJ AP 12 Nov. 2014, Rad.40458).

En ese orden, es claro que la conducta de los procesados consistente en utilizar el DAS para que se desplegaran labores de inteligencia con propósitos distintos a los fijados en las normas vigentes para la época, implicó en realidad la comisión de un concurso real y sucesivo de delitos de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, respecto de los cuales resulta procedente emitir condena sin que con ello se vulnere el principio de congruencia, por cuanto la imputación fáctica se mantiene incólume, se trata de un delito del mismo género al de abuso de función pública,

este último por el que la fiscalía acusó y solicitó condena, y en cuanto a la pena, el punible de abuso de autoridad reporta una sanción menos grave que la indicada para el delito acusado».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prescripción: Después de la formulación de imputación / **PRESCRIPCIÓN** - Servidor público: Término a tener en cuenta / **PRESCRIPCIÓN** - Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto

«En respuesta a una petición del defensor de la acusada corresponde precisar que la acción penal respecto del delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto se encuentra vigente, pues si bien, contempla como pena única y principal, la de multa, el artículo 83 del Código Penal señala que en los delitos que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribe en 5 años.

A su turno el artículo 86 del mismo estatuto señala que interrumpido el término de prescripción con la formulación de imputación, éste se reduce a la mitad del indicado en el artículo 83. Por su parte el artículo 289 dispone que dicho término en ningún caso podrá ser inferior a 3 años, monto al que en cumplimiento de lo previsto en el inciso 6º del artículo 86 del Código Penal, debe incrementarse la tercera parte cuando la conducta es cometida por servidor público en ejercicio de sus funciones, resultando 48 meses como término máximo para que el Estado pueda ejercer su potestad punitiva frente a tal comportamiento, tiempo que a la fecha aún no se ha cumplido.

No es acertado el planteamiento del defensor cuando sostiene que el incremento al que se refiere el artículo 86 del estatuto represor cuando la conducta es cometida por servidor público por razón de las funciones propias del cargo, solo puede aplicarse a la pena privativa de la libertad y no a la de multa, en tanto que la norma no hace ninguna distinción entre pena privativa de la libertad y sanción pecuniaria. Por lo anterior, obligado es concluir que en todo caso la acción penal respecto de delito cometido por servidor público relacionado con sus funciones, siempre será superior al término ordinario de prescripción que se aplica al comportamiento delictivo cometido por un particular.

Tampoco el hecho de que el artículo 289 procedimental ninguna mención haga a los casos en los que debe incrementarse el término allí fijado, una vez se interrumpe el término prescriptivo de la acción penal, es motivo para señalar que ese quantum no puede incrementarse como sí lo establece la norma sustancial en su artículo 86 al desarrollar todo el capítulo relativo a la extinción de la acción penal y de la pena, precepto que incluso con la modificación posterior a través del artículo 14 de la Ley 1474 de 2011, reitera que el término de prescripción se aumenta ya no en la tercera parte, sino en la mitad, para el servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas, realice una conducta punible o participe en ella, sin que haga distinción alguna entre la pena de multa y la de prisión, o fije la naturaleza de la pena como criterio para definir la vigencia de la acción penal.

Corolario de lo expuesto, la acción penal para el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto se encuentra vigente, debiendo la Corte imponer condena a los procesados por dicho comportamiento».

VIOLACIÓN ILÍCITA DE COMUNICACIONES - Elementos: verbos rectores / **VIOLACIÓN ILÍCITA DE COMUNICACIONES** - Agravado: cuando se revela el contenido de la conversación o la emplea en provecho propio o ajeno o en perjuicio de otro / **VIOLACIÓN ILÍCITA DE COMUNICACIONES** - Se configura

«Este delito se encuentra descrito en el artículo 192 del Código Penal y contempla variedad de verbos rectores, entre ellos sustraer, ocultar, extraviar, destruir, interceptar, controlar o impedir una comunicación privada dirigida a otra persona, o enterarse indebidamente de su contenido, comportamiento que se agrava si el autor de la conducta revela el contenido de la comunicación o la emplea en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro.

(...)

Se estableció que MPH, para cumplir el pedimento de la Presidencia de la República de obtener información privilegiada de la Corte Suprema de Justicia, utilizó los recursos de la entidad a su cargo, e impartió instrucciones a sus subalternos encaminadas al logro de ese fin, avalando posteriormente el procedimiento de grabación de las sesiones de la sala plena de la Corte Suprema de Justicia, recibiendo los reportes de la información obtenida y ordenando la transcripción de los audios para luego remitir los documentos a la Presidencia de la República.

También se acreditó a través del testimonio de JLL que la entonces directora del departamento dio su visto bueno para que agentes del DAS ingresaran indebidamente a la dirección de correo electrónico de la ex Senadora PC y sus asesores, medio a través del cual ésta se comunicaba con aquellos».

AUTORIA - Teoría del dominio del hecho / **VIOLACIÓN ILÍCITA DE COMUNICACIONES** - Se configura: grabación a la sesiones de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia / **INDICIO** - Apreciación probatoria / **INDICIO** - Noción / **DETERMINADOR** - Configuración / **VIOLACIÓN ILÍCITA DE COMUNICACIONES** - Se configura: interceptación de correos electrónicos

«HA fue coautora de las varias conductas de violación ilícita de comunicaciones, habida cuenta que al avalar el procedimiento ilegal que permitió sustraer diálogos y conversaciones de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y autorizar el que dio paso a que se ingresara al correo electrónico de la ex parlamentaria, concurrió a la realización de tal procedimiento con dominio funcional del hecho, puesto que de no haber sido por su respaldo a dicha acción, la misma no se hubiera ejecutado y además porque contaba con la facultad de interrumpir su realización dada su calidad de directora del DAS.

(...)

Y lo debatido en las sesiones de sala plena entra en el concepto de comunicación al que se refiere el tipo penal, si en cuenta se tiene que dicho término se traduce en la acción de comunicar, que no es otra cosa que "descubrir, manifestar o hacer saber a alguien alguna cosa; conversar, tratar con alguien de palabra o por escrito; consultar, conferir con otros un asunto tomando su parecer;" (Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Primera Edición).

También que se trata de comunicaciones privadas y sometidas a reserva hasta tanto el contenido de la sesión no se consigne en el acta respectiva, por tanto al sustraerse su contenido de manera subrepticia y siendo conocido por personas distintas a las que participaron en esas comunicaciones, se vulneró el derecho a la intimidad de los interlocutores de las mismas, quienes manifestaron libremente sus puntos de vista sobre los temas allí tratados, bajo el convencimiento de que se guardaría el sigilo que corresponde a dichas sesiones, hasta tanto no se aprobaran las actas respectivas y se le diera publicidad a las mismas. No en forma caprichosa se establece que los que participan en esas reuniones son los miembros de la Corporación (artículos 3º a 9º del Reglamento de la Corte Suprema de Justicia) y la Secretaria General de la Corte por ser a la que compete elaborar el acta (Artículo 24 de la misma normatividad), sin que exista norma que permita el libre acceso del público o de funcionarios distintos a los Magistrados titulares de la Corporación.

El artículo 57 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia señala que las actas de sesiones de Sala Plena, entre otras, son de acceso público, excepto cuando se refieran a actuaciones y decisiones judiciales o disciplinarias de carácter individual de grupo o colectivas, pues adquieren la condición de documentos reservados salvo para los sujetos procesales.

De la lectura de la norma en mención, la interpretación que debe seguirse es que si bien las actas de las sesiones de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia son públicas, esa publicidad no se reputa de las sesiones en sí mismas, dado que solo adquieren tal carácter una vez se elabora el acta y ésta es aprobada. Ese es el entendimiento que le dio la Corte Constitucional al referirse a la publicidad de tales documentos.

(...)

Para el presente caso es de resaltar que el DAS accedió a los diálogos, conversaciones, opiniones y demás manifestaciones propias de los debates de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, mucho antes de que las incidencias de tales sesiones se consignaran en las respectivas actas y las mismas fueran aprobadas por los miembros de la Corporación, justamente porque el objetivo del DAS y de la Presidencia de la República era anticiparse a la publicidad de aquellas y así contar con información de primera mano, motivo por el que es dable afirmar que la

acusada sí incurrió en el delito de violación ilícita de comunicaciones, pues para el momento en el que se realizó el subrepticio procedimiento de grabación, la comunicación no había alcanzado el carácter de pública.

La misma conducta punible debe endilgarse a la acusada respecto del ingreso indebido al correo electrónico de los asesores de PC y de ella misma, pues además de ser claro que la información que se cruzan los interlocutores de la comunicación a través de este medio, es de carácter privado y que se ingresó ilícitamente a los mismos, según lo indicó GAO respecto de los correos de los asesores de PC y JL en lo relativo al correo de la exparlamentaria, también emerge diáfano que MPH dio su visto bueno para ejecutar esa práctica, lo que a no dudarlo equivale a impartir una instrucción específica para que se concretara esa labor, así la idea no hubiera sido suya sino de JL.

En ese orden, la acusada es responsable a título de coautora del delito de violación ilícita de comunicaciones, puesto que previo acuerdo prestó un aporte determinante para su realización con dominio funcional de la acción, cual fue el aval a ese procedimiento, habida cuenta que de no haberlo autorizado éste no se hubiera ejecutado, forma de ejecución del hecho punible que además se evidencia por el seguimiento y control que MPHA realizó sobre dichas actividades de inteligencia, directa o indirectamente por medio de sus subalternos.

De otro lado, frente al compromiso de MV en el mencionado delito, se demostró que éste fue el receptor de los informes de inteligencia que reportaban las grabaciones a las sesiones de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con lo manifestado por GSP y FDT, quienes lo ubican como destinatario de las transcripciones de las grabaciones obtenidas por el DAS.

(...)

En esa medida del anterior hecho indicador que la Corte da por demostrado, surge el indicio contingente grave de que el procesado hizo el requerimiento de la información que llegó a sus manos, puesto que en el escenario propio de la actividad del órgano de inteligencia, dada la compartimentación con la que se maneja la información y que el DAS actuaba de acuerdo con los requerimientos puntuales que se le hicieran, razonable es deducir que quien fue receptor de determinados datos es quien hizo el pedimento para el recaudo de la información recibida.

La anterior construcción lógica resulta suficiente para derivar la responsabilidad penal del acusado en el mencionado delito, puesto que el indicio es un medio de convicción válido, es una prueba indirecta, construida con base en un hecho (indicador o indicante) acreditado con otros medios de persuasión autorizados por la ley, del cual razonadamente, según los postulados de la sana crítica, se infiere la existencia de otro hecho (indicado), hasta ahora desconocido y que interesa al objeto del proceso, el cual puede recaer sobre la materialidad de la conducta típica

o la responsabilidad del sujeto agente, para confirmar o infirmar cualquiera de esas categorías (CSJ SP 19 mar 2014, rad.38793).

(...)

La participación de MV en este delito se le atribuye como determinador, pues de no haber sido por su requerimiento de información más concreta sobre la Corte Suprema de Justicia una vez se supo que el DAS tenía personal infiltrado en la Corporación, los autores de dichas conductas no hubieran dispuesto, ideado y ejecutado el procedimiento para el logro de dicho propósito, siendo suficiente para atribuirle tal calidad al acusado, la manifestación de su intención al DAS de obtener la información, cuyos funcionarios decidieron acceder a la solicitud diseñando la forma como lo harían.

El hecho de que el procesado no hubiera tomado parte en el procedimiento de grabación subrepticia de dichas conversaciones, incluso que no hubiera venido de él esa idea, en nada desvirtúa su condición de determinador, pues recuérdese que en la figura de la determinación es el autor el que decide el sí y el cómo de la conducta delictiva, mientras que la acción del determinador se concreta a instigar, persuadir, ocasionar o causar que otro libremente decida realizar la conducta típica y antijurídica».

VIOLACIÓN ILÍCITA DE COMUNICACIONES - Agravado: cuando se revela el contenido de la conversación o la emplea en provecho propio o ajeno o en perjuicio de otro, eventos en que no está demostrado

«Frente a la circunstancia agravante específica del delito de violación ilícita de comunicaciones, prevista en el inciso segundo del artículo 192 del Código Penal, el ente acusador sostuvo que la información obtenida fue empleada en perjuicio de los afectados y en provecho propio, esto último únicamente respecto de BMV.

Empero, no encuentra la Sala que se hubiese demostrado el perjuicio para las personas que intervenían en esas comunicaciones, distinto a la trasgresión a su derecho a la intimidad, cuya ofensa ya viene inmersa en el tipo básico. Tampoco se observa que el acusado hubiera derivado un provecho para sí a partir de dicha información, ya que el hecho de obtener esas comunicaciones no se equipara al logro de un beneficio personal, amén que tampoco afloró en este juicio cuál fue el uso que el procesado le dio a los reportes que le hacía el DAS sobre las grabaciones a las sesiones de Sala Plena del alto Tribunal, como para poder establecer qué provecho fue el que obtuvo MV.

Así las cosas, la Corte no encuentra ni en los hechos de la acusación ni en los probados en este trámite, cuál es el soporte fáctico de la circunstancia agravante, mucho menos el fundamento probatorio para tenerla por demostrada, razón por la cual la condena por este delito solo se hará con base en la descripción típica contenida en el primer inciso del artículo 192 del Código Penal».

PECULADO POR APROPIACIÓN - Se configura: autorizando pagos con cargo al rubro de gastos reservados del D.A.S. por actividades que no correspondían a los fines de la entidad

«Es evidente que la acusada actuó dolosamente en desmedro del patrimonio público y en beneficio de un tercero particular, disponiendo del uso indebido de los recursos de la entidad que ella dirigía para un fin ilegal.

La disposición de los recursos públicos, concretamente del rubro de gastos reservados que era de donde se financiaban los pagos por información, era una función propia del Director del Departamento, pues era este funcionario y no otro el que determinaba en qué casos y por qué monto se pagaban las recompensas, así como hacer gastos reservados cuando las necesidades de la entidad lo impusieran.

Esta función como ordenador del gasto para el director del DAS se encontraba prevista claramente en los artículos 53 y 54 del Decreto 643 de 2004.

(...)

Al autorizar un pago que no correspondía a los fines de la entidad, permitió que un particular se apropiara indebidamente de los recursos públicos, a cambio de la información que esa persona suministró acerca de que YM podría verse inmersa en la comisión de conductas delictivas por sus presuntos nexos con el ELN, lo cual no correspondía con la verdad, pero principalmente porque el DAS no contaba con un motivo de inteligencia para realizar labores de ese tipo respecto de la exparlamentaria.

Es por lo anterior que a juicio de la Corte concurren a cabalidad todos los elementos del tipo penal de peculado por apropiación, en tanto la conducta fue cometida por una servidora pública quien en razón de sus funciones tenía el deber de administrar los recursos públicos que indebidamente se entregaron a un particular que se los apropió sin que existiera razón válida para que la procesada autorizara el pago del dinero al señalado periodista».

FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO - Se configura

«En la acusación este cargo se sustenta en la suscripción de cuatro oficios por parte de MPH, uno el 23 de abril de 2008, dirigido al entonces Presidente de la Sala Penal, YRB; otro al Secretario Privado del Procurador General de la Nación el 22 de julio de 2008; uno remitido al otrora Presidente de la Corte Suprema de Justicia, FJR el 9 de mayo de 2008 y otro más adiado 11 de agosto de 2008, dirigido al Procurador General de la Nación de la época, EJMV(Evidencia F.32).

(...)

Emerge diáfano que la acusada faltó a la verdad al negar que el DAS estaba ejecutando labores de indagación, verificación y acopio de información sobre miembros de la Corte Suprema de Justicia, lo cual claramente corresponde a una labor de inteligencia propia del Departamento Administrativo de Seguridad, de la que HA era plenamente conocedora y pese a que no se logró determinar el despliegue de seguimientos personales, de todas formas se ejecutaron labores de inteligencia de las que ella debió dar cuenta cuando se le solicitó dicha información, o abstenerse de suministrarla mediando un motivo válido para que se mantuviera bajo reserva.

(...)

Corolario de lo anterior, la Sala condenará a la acusada como autora de dos delitos de falsedad ideológica en documento público, descrito en el artículo 286 del Código Penal, pues si bien en la acusación se refirió la falsificación de la veracidad del contenido de cuatro documentos, en el alegato final la fiscalía se concretó a dos de ellos, a saber, el de abril 23 de 2008, relacionado con la respuesta al derecho de petición que le elevó el doctor Yesid Ramírez Bastidas y el de agosto 11 del mismo año, contentivo de la respuesta a la información que le solicitó el Procurador General de la Nación, siendo estos dos episodios respecto de los cuales la fiscalía solicitó condena en el alegato de cierre».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: Desconocimiento / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: Imputación fáctica, obligación de respetarla / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Se configura

«Cabe anotar que la variación de la calificación en la sentencia, es permitida siempre que: "a) la Fiscalía así lo solicite de manera expresa; b) la nueva imputación debe versar sobre un delito del mismo género, c) el cambio de calificación debe orientarse hacia una conducta punible de menor entidad, d) la tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación, y e) no debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes."(CSJ SP 3 jun. 2009, rad.28649)

En decisión posterior se señaló que el requisito referido a la petición del ente persecutor no era necesario para que el juez procediera a variar la calificación jurídica de las conductas punibles siempre que se cumplieran los demás requisitos.

(...)

Estima la Sala le asiste razón a los defensores y al delegado del Ministerio Público, en cuanto que ciertamente los hechos señalados en la acusación como soporte del concierto para delinquir, además de un presunto acuerdo de voluntades para infringir la ley, se concretaron esencialmente en la impartición de la orden de MV a

partir de septiembre de 2007 para que el DAS y la UIAF realizaran labores de inteligencia respecto de ciertas personas, y en la disposición emitida por MPH para que funcionarios del DAS desplegaran dichas actividades de recaudo de información.

Empero, en el alegato final la Fiscalía agregó que la impartición de dichas órdenes fue el resultado del concierto para delinquir que se venía cometiendo desde el año 2005 por la Presidencia de la República, el cual estaba dirigido, entre otros, por el entonces primer mandatario AUV, con el que también se habrían concertado los aquí procesados, al decidir "adherirse" a ese acuerdo criminal que operaba desde mucho antes que HA llegara a la dirección del DAS.

Esta nueva hipótesis del acusador claramente modifica y desborda los hechos que motivaron el llamamiento a juicio de los procesados, a quienes nunca se les reprochó el "adherirse" a la estructura piramidal supuestamente creada por el Presidente de la República y otros altos funcionarios de dicha entidad en fecha incierta con el único propósito de desprestigiar a sus opositores, asumiendo para ello la comisión de delitos en forma permanente e indeterminada, sino que la recriminación por el delito contra la seguridad pública siempre se fundó en el presunto acuerdo criminal surgido en septiembre de 2007 por el consenso exclusivo de los dos acusados en el desayuno del Club (...), en orden a que se desplegaran labores de inteligencia respecto de ciertos objetivos, algunas de ellas abiertamente ilegítimas.

(...)

No obstante lo anterior, no es posible acoger la petición absolutoria que frente a este delito elevaron los defensores y el Ministerio Público, y en cambio sí debe atenderse la solicitud de condena presentada por la fiscalía en su alegato final, toda vez que de las pruebas practicadas en el juicio emerge clara la materialidad del delito contra la seguridad pública, atendiendo los hechos relevantes debidamente circunstanciados señalados en la acusación, motivo por el cual se emitirá fallo de responsabilidad frente a esta conducta, sin que se trasgreda el principio de congruencia, por cuanto los hechos que lo sustentan sí fueron objeto de debate y controversia en este juicio y se trata de un comportamiento respecto del cual existe petición expresa de condena por parte del ente de persecución penal (Art. 448 del C.P.P.).

(...)

Por lo expuesto, los acusados MPHA Y BMV serán igualmente condenados como autores del delito de concierto para delinquir, tipificado en el inciso 1º del artículo 340 del Código Penal.

En el caso de MPHA debe aplicarse además el incremento punitivo especial consagrado en el artículo 342 del Código Penal por haber cometido esta conducta siendo miembro de un organismo de seguridad del Estado».

REVELACIÓN DE SECRETO - Se configura

«La Sala quiere señalar que de los hechos probados y que hicieron parte del soporte fáctico de la acusación, se extrae que los procesados revelaron en forma indebida y dolosa documentos de inteligencia que por dicha condición tenían el carácter de reservados, según se expuso en capítulos precedentes, comportamiento que se ajusta al delito de revelación de secreto tipificado en el artículo 418 del Código Penal, pues la información consignada en varios documentos de inteligencia fue entregada en forma subrepticia a los medios de comunicación, con la única finalidad de que realizaran artículos periodísticos que llamaran la atención de la opinión pública sobre la conducta y actuaciones de funcionarios públicos».

REVELACIÓN DE SECRETO - Diferente al Abuso de función pública / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: Imputación jurídica

«La revelación de la información sometida a reserva configura un tipo penal autónomo y específico, que aunque comporte el aprovechamiento indebido de la función o el cargo, pues es en razón de ellos que el servidor público tiene acceso a la información reservada, su reproche debe hacerse a través del tipo penal especial, que en este caso es el consagrado en el artículo 418 del Estatuto Punitivo y no por el de abuso de función pública que fue el elegido por la Fiscalía General de la Nación. Sin embargo, como aquella conducta no fue imputada, no es dable incluirla en la condena, pues de hacerlo se trasgrediría el debido proceso por desconocimiento del principio de congruencia».

DOLO - Demostración

«Para la Sala emerge claro que las acciones delictivas que cometieron los acusados, las realizaron con el conocimiento de que estaban trasgrediendo el ordenamiento jurídico, queriendo la realización de tales conductas, pues solo así podrían brindar resultados positivos y satisfacer los intereses políticos del gobierno de la época, a quien debían su posición dentro de la administración pública, motivo por el que es dable afirmar que los procesados actuaron dolosamente, haciendo un uso indebido de sus cargos y de sus funciones» .

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: existe entre la acusación, la solicitud de condena y la sentencia, omisión de la Fiscalía de solicitar la condena con las circunstancias de mayor punibilidad, el juez no puede tenerlas en cuenta

«En orden a determinar el cuarto de punibilidad en el que se impondrá la sanción, la Sala debe indicar que no es posible tener en cuenta las circunstancias genéricas

de mayor punibilidad que aunque se imputaron fáctica y jurídicamente en la acusación, no lo fueron en el alegato de cierre en donde la Fiscalía guardó silencio sobre ellas, siendo esta la razón por la que en el anuncio del sentido de fallo no se hizo alusión a las mismas, más no porque la Corte las hubiera omitido, como lo planteó la delegada fiscal en la audiencia prevista en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

La anterior consecuencia se sustenta en el criterio según el cual, no pueden deducirse en la sentencia circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad a las que no se hubiera referido el acusador en el alegato final, pues es claro el deber del ente persecutor de «exponer los argumentos relativos al análisis de la prueba, tipificando de manera circunstanciada la conducta por la cual se ha presentado la acusación» (Artículo 443 de la Ley 906 de 2004).

Esta obligación a cargo de la fiscalía entraña consigo la precisión no solamente de los delitos por los cuales se solicita el fallo de responsabilidad, sino de sus consecuencias punitivas, por manera que se hace exigible tanto la adecuación jurídica de los hechos dentro del tipo penal específico, como también el señalamiento expreso de las circunstancias genéricas y específicas en que ocurrieron los mismos y su incidencia en la fijación de la pena, pues solo así se garantiza que la defensa las conozca en el momento oportuno y pueda ejercer la debida controversia cuando le corresponda el turno para alegar, luego de escuchar las consideraciones del acusador y en todo caso teniendo el derecho a la última palabra.

Atendiendo la estructura del nuevo esquema de enjuiciamiento criminal y dado que se trata de un sistema con tendencia acusatoria donde el titular de la acción penal es la Fiscalía General de la Nación, quien tiene a su cargo la misión constitucional de investigar los delitos y propender por el castigo de sus responsables, para la Corte es claro que la determinación de una sanción penal no puede fundarse solo en los hechos jurídicamente relevantes imputados en la acusación, sino principalmente en la solicitud de condena que haga el ente persecutor en el alegato de cierre, valga decir, después del debate probatorio del juicio, pues solo en ese momento es que la partes pueden conocer a ciencia cierta la verdad histórica de lo acontecido y ello es lo que permite discernir cuál es el derecho aplicable. Esta realidad es lo que le da sentido a lo dispuesto en el artículo 443 de la Ley 906 de 2004.

Conforme con lo anterior, no es jurídicamente viable deducir a los procesados las circunstancias genéricas de mayor punibilidad previstas en los numerales 9 y 12 del artículo 58 del Código Penal, porque si bien se imputaron en la acusación, en su alegato de cierre el acusador al hacer la adecuación típica de la conducta de manera circunstanciada, como lo manda el artículo 443 del Código de Procedimiento Penal, no las tuvo en cuenta y por tanto el juez no puede oficiosamente aplicarlas como si se hubieran incluido en la solicitud de condena».

DOSIFICACIÓN PUNITIVA - Intensidad del dolo

«De acuerdo con las pautas descritas en la citada norma, en especial la intensidad del dolo, no se impondrá el extremo mínimo de 64 meses, sino que éste se aumentará en 22 meses, ponderando de un lado que se trata de un peculado de menor cuantía (\$20.00.000) que no representa afectación sensible al patrimonio público, pero sí tuvo un motivo bastante reprochable como lo fue pagar por una gestión que desprestigiara a la ex congresista Yidis Medina. Es decir, la gravedad del peculado objetivamente no es mayor pero su ejecución hizo parte de un concierto para delinquir y tenía por finalidad obtener información que desprestigiara a la entonces parlamentaria Yidis Medina opositora del gobierno.

A la acusada no le importó que el pago que autorizó carecía por completo de soporte legal, lo cual evidencia su directa intención de trasgredir el derecho y obtener el resultado antijurídico, menospreciando el patrimonio público que estaba obligada a resguardar, máxime la preponderancia que le otorgaba el cargo de Directora del DAS que le imponía una mayor exigencia de respetar la ley».

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Dosificación punitiva

«En cuanto al delito de concierto para delinquir, la pena oscila entre 64 y 162 meses de prisión y habiéndose indicado que el cuarto de movilidad debe ser el primero, el cual fluctúa entre 64 y 88.5 meses de prisión, la Sala teniendo en cuenta aspectos como la intensidad del dolo y la modalidad de la conducta, estima justo y proporcionado fijar la pena para este delito individualmente considerado en 78 meses de prisión, no pudiéndose dejarse de lado la intención con la que la acusada decidió realizar este comportamiento al no dudar en aliarse con un funcionario de su misma categoría y luego comprometer en esa causa a funcionarios subalternos de su entidad, todo para satisfacer intereses políticos de la Presidencia de la República, estando dispuesta a infringir la ley para lograr dicho objetivo, aprovechándose de su posición como Directora del máximo órgano de inteligencia y seguridad del Estado, lo cual evidencia con claridad la gravedad de su conducta y el alto grado de reproche que merece».

FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO - Dosificación punitiva / **DOSIFICACIÓN PUNITIVA** - Aspectos a tener en cuenta: daño real o potencial creado

«Respecto del delito de falsedad ideológica en documento público cuya pena es de 64 meses en el mínimo y 144 meses en el máximo, rango en el que el primer cuarto ondea entre 64 meses y 84 meses de prisión, la Corte teniendo en cuenta el grado de lesión al bien jurídico de la fe pública, cuando la procesada consignó hechos que no correspondían a la realidad en respuesta a un derecho de estirpe constitucional, como lo era el de petición y al requerimiento de una autoridad pública de alto nivel perteneciente a la Procuraduría General de la Nación encargada de velar y vigilar el cumplimiento estricto del derecho por parte de las instituciones públicas y

funcionarios del Estado, razones por las que estima la Sala que la sanción para cada delito falsedad individualmente considerado no podría fijarse en el mínimo de 64 meses, sino que se justifica un incremento sobre éste de 6 meses para un total de 70 meses.

En cuanto a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas como parte de la pena principal para el delito contra la fe pública, se partirá del mínimo dentro del primer cuarto que es 80 meses, al cual se hará el mismo incremento que se hizo para la pena de prisión que fue de seis meses, siguiendo iguales criterios respecto de la sanción privativa de la libertad, por lo que dicha inhabilitación se fija en 86 meses».

VIOLACIÓN ILÍCITA DE COMUNICACIONES - Dosificación punitiva / **DOSIFICACIÓN PUNITIVA** - Aspectos a tener en cuenta: daño real o potencial creado

«En relación con el delito de violación ilícita de comunicaciones, la sanción es de 16 a 54 meses de prisión, por lo que el primer cuarto de punibilidad es de 16 meses en el extremo inferior y de 25.5 en el máximo. Considerando el daño efectivo al bien jurídico tutelado, al haberse realizado en múltiples ocasiones con trasgresión al derecho personalísimo de la intimidad del cual eran titulares varios ciudadanos, entre ellos, magistrados de la Corte Suprema de Justicia, la ex senadora PC Ruíz y dos asesores de ésta, no sería posible imponer el mínimo de la conducta, sino que la sanción que resulta proporcionada a la lesión ocasionada es la de 24 meses de prisión, para cada delito de violación ilícita de comunicaciones».

ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO - Dosificación punitiva / **MULTA** - Unidad de multa: Dosificación

«En cuanto al delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto la pena será de multa, la cual habrá de fijarse de acuerdo con los criterios que impone el artículo 39 del Código Penal, esto es, en unidades multa, atendiendo la capacidad económica del condenado, dado que el tipo penal en mención solo hace referencia a la pena pecuniaria como única sanción para este comportamiento, sin establecer un monto específico.

El artículo 39 del estatuto represor ordena tener en cuenta los ingresos promedio del penalmente responsable dentro del último año, sin aclarar si el momento para calcularlo es el de la ocurrencia del hecho o el de fijación de la sanción, entendiendo la Corte que debe ser este último por ser el que más se ajusta a la realidad económica actual del llamado a pagarla.

Es así que corresponde ubicarse dentro del primer grado, habida cuenta que de acuerdo con los argumentos y medios de prueba presentados por las partes durante el traslado del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, debe concluirse que la procesada percibió ingresos promedio durante el último año, inferiores a 10 salarios mínimos

legales mensuales vigentes, rango en el que cada unidad de multa equivale a un salario mínimo legal mensual vigente.

Ahora bien, aplicando los criterios que señala el numeral 3º del artículo 39 de la norma penal sustancial a efectos de individualizar la pena, tales como la intensidad de la culpabilidad, el daño causado y la situación económica del sentenciado, la Corte fija la multa para el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto en 10 unidades de multa, es decir, en 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, considerando que fueron seis las conductas cometidas bajo esta modalidad».

MULTA - Dosificación punitiva: concurso de conductas que establecen la pena de multa de diferente clase, no es posible su acumulación / **MULTA** - Clases: multa acompañante de la pena, no es susceptible de amortización / **MULTA** - Clases: en la modalidad progresiva de unidad multa, amortización

«En el presente caso, concurre tanto la multa fijada en el respectivo tipo penal como parte de la sanción principal para el delito que reporta la sanción más grave según su naturaleza, que es el de peculado por apropiación, como aquella que corresponde calcularse en unidades de multa por razón del delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, frente al cual la pena se fijó en 10 unidades de multa.

Teniendo en cuenta que la ley no contempla la acumulación de multas de diferente naturaleza, puesto que la propia norma hace la distinción al utilizar la expresión «para cada clase de multa», no es posible englobar en un solo monto las sanciones pecuniarias derivadas, por un lado, como parte de la pena principal para el delito de peculado por apropiación que se fijó en \$20.000.000 atendiendo el valor de lo apropiado, y por otro, la fijada en la modalidad de unidad de multa para el punible de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

En tal medida MPHA será condenada, por un lado, al pago de 43.33 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa al ser hallada responsable del delito de peculado por apropiación, monto que resulta de tomar la suma de \$20.000.000 que fue el valor de lo apropiado con ocasión del delito de peculado y dividirlo entre \$461.500 que era el valor del salario mínimo legal mensual vigente para el año 2008, fecha en la que se cometió el hecho.

Y de otra parte, deberá pagar la suma de 10 unidades de multa o lo que es lo mismo, 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes como autora de varios delitos de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

La presente distinción resulta necesaria, en orden a dar respuesta a la solicitud de amortización de multa que elevó el defensor de la procesada, MARÍA DEL PILAR HURTADO AFANADOR, toda vez que la jurisprudencia ha concluido que solo se

permite amortizar con trabajo la pena pecuniaria que se fija en unidades de multa, más no la acompañante a la de prisión.

Así se dijo en CSJ AP, 11 sep 2013, rad.41617.

(...)

Es claro entonces que en el presente caso solo sería posible amortizar la pena pecuniaria que se impuso en unidades de multa equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales, siempre que se cumplan las condiciones exigidas.

En efecto, teniendo en cuenta lo expuesto por la delegada fiscal en el traslado que regula el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, no se determinó que la procesada tuviera bienes de su propiedad o que generara ingresos suficientes que le permitan sufragar la multa que aquí se le impone. Adicionalmente, debido al estado de reclusión en el que ahora se encuentra y en el que permanecerá cumpliendo la pena de prisión intramural que aquí se le impone, las posibilidades de pagar la multa se ven aún más restringidas.

Por lo anterior, estima la Corte que se cumplen los requisitos para amortizar con trabajo social no remunerado la multa impuesta a MPHA por el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, motivo por el cual el juez al que corresponda vigilar la ejecución de la pena, en coordinación con la Secretaria Distrital de Integración Social, por tener su sede y campo de acción en la ciudad de Bogotá, mismo lugar en el que la acusada cumplirá la sanción, determinará en concreto en qué actividad de las desarrolladas por dicha entidad distrital, la procesada puede prestar sus servicios».

INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS - Pena intemporal: Únicamente en cuanto a las funciones públicas / **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS** - Dosificación punitiva: Concurso, cuando para un delito es pena principal y para el otro(s) es accesoria

«La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas será intemporal como lo indica el artículo 122 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 1 de 2004, como quiera que el delito de peculado por apropiación por el que se condena a HA, causó detrimento al patrimonio del Estado.

Sin embargo, valga aclarar que dicha sanción opera solo respecto de los derechos a los que se refiere el inciso 5º de la citada norma , puesto que respecto de otros derechos políticos, la inhabilitación será de 14 años por ser éste el monto definitivo de la prisión, el cual resultó de aplicar las reglas del concurso de conductas delictivas, tomando como base el delito de peculado por apropiación (delito más grave), en el que la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas prevista como sanción principal se debe fijar por un término igual al de la pena de

prisión, esto es, 86 meses, a los cuales corresponde adicionar el incremento de las demás conductas concursantes, en donde la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se prevé como pena accesoria.

(...)

En este orden de ideas, en los casos en los que la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas concurre como pena principal para varios delitos y al mismo tiempo como pena accesoria para otros, debe preferirse la indicada en el tipo penal que reporta la sanción más grave según su naturaleza, que en este caso es el de peculado por apropiación por contemplar la pena de prisión más alta, y que hace depender el monto de la inhabilitación de derechos del quantum de la pena privativa de la libertad que en este caso fue de 14 años de prisión».

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Dosificación punitiva: Intensidad del dolo

«Considera la Sala que no puede imponerse el mínimo de 48 meses de prisión, sino que éste se incrementará a 58 meses, toda vez que no tuvo el menor reparo en materializar su intención de cometer delitos en forma mancomunada y permanente, valiéndose ilegítimamente de una entidad pública, apartándose del servicio público que debía prestar en defensa del Estado constitucional de derecho e hizo prevalecer intereses personales de carácter político para satisfacer las pretensiones del gobierno de la época, lo cual revela la intensidad del dolo».

VIOLACIÓN ILÍCITA DE COMUNICACIONES - Dosificación punitiva

«Frente a este delito no sería proporcionado frente al daño al bien jurídico, imponer el mínimo y sí se justifica una pena de 22 meses de prisión, no solo porque incurrió en varias ocasiones en delitos de violación ilícita de comunicaciones de los que fueron víctimas Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y por lo mismo, en multiplicidad de infracciones al mismo bien jurídico, sino también por haber determinado la comisión de tales conductas, valiéndose de la actividad y función de otros servidores públicos, repudiando por completo su compromiso como alto funcionario del poder ejecutivo de respetar la Constitución y la ley, todo por dar prevalencia a los intereses políticos del gobierno de ese momento, aspectos que evidencian su clara intención de infringir el ordenamiento jurídico».

ABUSO DE FUNCIÓN PÚBLICA - Dosificación punitiva

«Por el delito de abuso de función pública, de determinarse individualmente su pena habrían de imponerse 20 meses, en la medida en que el procesado motivado por satisfacer propósitos políticos del gobierno al que pertenecía y de acuerdo a un concierto para delinquir previo, se arrogó una competencia que no le pertenecía al apersonarse indebidamente de una tarea cuya única finalidad fue la de poner en entredicho la reputación de los miembros de una de las más altas corporaciones de

justicia, atacando de este forma los pilares del Estado Democrático, lo cual es indicativo de su culpabilidad dolosa».

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Inaplicación de la Ley 1709, favorabilidad / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Factor objetivo

«El artículo 63 del Código Penal antes de la modificación insertada por la Ley 1709 de 2014, establecía que la pena de prisión podía suspenderse siempre que la sanción impuesta en la sentencia no superara los tres años de prisión y los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad del delito, fueran indicativos de que no existía necesidad de ejecución de la pena.

Se concluye que la normatividad anterior, vigente para la época de los hechos, resulta más favorable a los intereses de los acusados que la Ley 1709 de 2014, actualmente en vigor, toda vez que en la nueva legislación se fija la prohibición de conceder la condena de ejecución condicional a los condenados por ciertos delitos, entre ellos, el de violación ilícita de comunicaciones y los ilícitos contra la administración pública, siendo estas conductas, algunas por las cuales están siendo responsabilizados los aquí acusados.

Empero, aplicando la norma anterior, de todas formas los procesados no se hacen merecedores a que se les suspenda condicionalmente la ejecución de la pena, por cuanto la sanción impuesta supera los tres años de prisión».

PRISIÓN DOMICILIARIA - Inaplicación de la Ley 1709, favorabilidad / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Factor objetivo / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Factor Subjetivo

«Teniendo en cuenta que el instituto en mención ha sufrido varias modificaciones en los últimos años, siendo en la actualidad improcedente frente a varios de los delitos por los que están siendo condenados los procesados, se impone por favorabilidad, analizarlo bajo los supuestos señalados en la regulación original del artículo 38 de la Ley 599 de 2000, por ser la norma vigente al momento en el que se cometieron los hechos.

(...)

En el caso de la acusada HA tres de los delitos por los que fue hallada responsable, a saber, peculado por apropiación, concierto para delinquir agravado y falsedad ideológica en documento público, superan el límite de los 5 años de prisión, motivo por el que tal sustituto en su caso resulta claramente improcedente.

(...)

Siguiendo el contenido del artículo 38 del Código Penal, antes de que fuera modificado por la Ley 1709 de 2014, en el caso de MV, ninguna controversia suscita la satisfacción de la exigencia objetiva establecida en el numeral 1° de dicha disposición, pues los delitos por los cuales se profiere condena -concierto para delinquir simple, violación ilícita de comunicaciones, abuso de función pública y abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto- están reprimidos con pena mínima no superior a 5 años.

En consecuencia, a efectos de discernir la posibilidad de concederle el beneficio en comento, se hace necesario examinar su "desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado", con el propósito de establecer si a partir de ellos puede deducirse fundadamente "que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena".

En ese sentido, lo primero que ha de decirse es que la valoración de esas circunstancias -los antecedentes personales, laborales, familiares y sociales del sentenciado— debe estar ligada, como lo tiene precisado la Corte, a la gravedad de las conductas que motivan el fallo de condena.

Se debe advertir, en primer lugar, que la posibilidad de BMV de utilizar el aparato estatal para reincidir en las conductas imputadas, es una circunstancia que no subsiste en la actualidad.

No se encuentra revestido, en efecto, de la condición de servidor público -de hecho está inhabilitado para adquirirla—, carece de acceso a los organismos de inteligencia y no cuenta con ninguna posibilidad de contratar con el Estado o asesorarlo. Claramente, además, el Gobierno al cual sirvió no se mantiene en el poder.

La gravedad y naturaleza de los delitos que se le imputaron, en segundo lugar, tienen que evaluarse sin dejar de lado las condiciones personales actuales del condenado. La consideración de éstas necesariamente pesará en la definición de si se le concede o no el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria. Ello aportará, no hay duda, una serie de informaciones valiosas que permitirán mayor probabilidad de acierto en el diagnóstico atinente a si se debe ordenar el cumplimiento de la pena privativa de la libertad en un establecimiento carcelario o en el domicilio del penado.

No se cuenta en la actuación con ningún medio de prueba que conduzca a afirmar que BMV, después de la comisión de los delitos por los que aquí se le procesó, ha reiterado su actuar criminal o puesto en peligro a la comunidad con la realización de cualquier otro tipo de conductas. Tampoco obra evidencia de que haya intentado entorpecer la acción de la justicia o de que haya observado un comportamiento indebido a nivel laboral, social o familiar.

Se destaca, además, que en los cerca de 19 meses que permaneció detenido carcelariamente por cuenta de este proceso registró buena conducta y la mantuvo -sin tacha— después de que se le concedió la libertad como consecuencia de la revocatoria de la medida de aseguramiento. Dichas circunstancias, al tiempo que constituyen una expresión de su personalidad, sirven de fundamento para señalar sin vacilación que en su caso las funciones y fines de la pena fueron satisfechas durante el tiempo en que permaneció bajo detención preventiva intramural.

Cabe resaltar, adicionalmente, la excelente conducta procesal observada por BM. El respeto con el que se ha sometido a la justicia y el acatamiento a todos sus llamados. Es una actitud ejemplar que reivindica la institucionalidad, en momentos en que la misma es a veces desafiada. Y eso no lo puede dejar de considerar la Corte en el presente examen. Ponerse de espaldas a ese talante del condenado para negarle la prisión domiciliaria con apoyo en el argumento fácil de que incurrió en delitos graves, significaría el desconocimiento de una realidad que en su caso es terca en señalar que quiere con sinceridad reintegrarse al seno familiar y social y que no es necesario, en esa medida, su internamiento en un centro penitenciario.

Ni siquiera, frente a la posibilidad que existía de privarlo de la libertad en la audiencia en la que se anunció el sentido de la sentencia, dejó de dar la cara a sus jueces desde el banquillo de los acusados. Expresó con ello su inquebrantable voluntad de obediencia a la administración de justicia, cuya imagen nunca buscó desdibujar o destruir -y con ello la legitimidad del proceso y del mensaje que se envía a la sociedad con su resultado— acudiendo a ataques personales contra los funcionarios o a través de estrategias de cualquier tipo.

Se suma a las circunstancias relacionadas, que ya revelan que la decisión de la Sala Mayoritaria será concederle a BMV la prisión domiciliaria, el sentido de responsabilidad y respeto por las reglas de convivencia que delata su ofrecimiento de pagar los perjuicios a las víctimas, en la medida de sus posibilidades económicas, y haber consignado para el efecto la suma de \$25.000.000.00.

No está de más señalar que MV carece de antecedentes penales y cuenta con arraigo social y familiar definido. El juicio, bueno es recordarlo también, se adelantó siempre con su asistencia. Siguió haciendo presencia, inclusive, tras ser dejado en libertad al revocarse la detención preventiva.

Los hechos registrados en los párrafos anteriores, cuya realidad no ofrece ninguna discusión, se erigen en circunstancias de la mayor relevancia para efectuar un pronóstico favorable sobre el comportamiento que asumirá el condenado respecto del cumplimiento de la pena para los efectos de la prisión domiciliaria.

En verdad, no existe en la actuación ningún elemento de juicio que permita suponer fundadamente que MV pondrá en peligro a la comunidad al serle otorgada la medida sustitutiva, o que evadirá el cumplimiento de la sanción impuesta.

(...)

De acuerdo con lo antes expuesto, se concluye que el juzgador en cada caso particular, al determinar la imposición de la pena y el modo de su ejecución, debe sopesar los fines de resocialización y de prevención especial de ella, así como las funciones de retribución justa y prevención general.

(...)

En otras palabras, la satisfacción de las funciones que debe cumplir la pena (prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado), no se encuentra vinculada exclusivamente a la prisión carcelaria sino que igualmente la domiciliaria cumple esas mismas finalidades.

La privación de la libertad en el domicilio de BM que dispondrá la Corte, entonces, perseguirá esos propósitos.

(...)

No desconoce en el presente caso la Sala Mayoritaria, ni más faltaba, que la gravedad de las conductas realizadas por el procesado son un aspecto negativo de su personalidad. Tampoco que dicho criterio ha sido considerado por la Corte como definitorio en varios casos para denegar el sustituto de la prisión domiciliaria (CSJ SP, 9 oct 2013, rad. 40536). No obstante, se advierte que la Corporación ha indicado igualmente que

"la mera consideración de la relevancia del bien jurídico tutelado no puede constituir el único criterio para llegar a una conclusión sobre la concurrencia del presupuesto subjetivo del sustituto penal, sino que es necesario consultar las funciones y fines de la pena que tiene que ver con la prevención general y la retribución justa" (CSJ AP, 23 nov 2011, rad. 37209).

En síntesis, al contrastar la naturaleza y modalidades de las conductas imputadas, la personalidad del infractor para el momento de delinquir, su comportamiento durante el tiempo que estuvo detenido y el que siguió a su liberación, incluido naturalmente el que observó durante el trámite en su contra, se arriba a la deducción de que al otorgársele la prisión domiciliaria no pondrá en peligro a la comunidad ni evadirá el cumplimiento de la pena. La sala mayoritaria, en consecuencia, le concederá a BMV esa medida sustituta de la prisión».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Rad: T 444 DE 1992 | Tema: ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA - Desarrollo jurisprudencial

Rad: ST 525 DE 1992 | Tema: ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA - Desarrollo jurisprudencial

Rad: T 066 DE 1998 | Tema: ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA - Desarrollo jurisprudencial

Rad: T-708 | Tema: ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA - Desarrollo jurisprudencial

Rad: C-1011 | Tema: ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA - Desarrollo jurisprudencial

Rad: T - 1037 | Tema: ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA - Desarrollo jurisprudencial

Rad: ST 036 DE 2002 | Tema: ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA - Reserva: no es absoluta, análisis de cada caso concreto

Rad: ST 25 DE 2002 | Tema: ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA - Reserva: no es absoluta, análisis de cada caso concreto

Rad: ST 036 DE 2002 | Tema: ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA - Reserva: no es absoluta, análisis de cada caso concreto

Rad: C-692 DE 2003 | Tema: ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA - Reserva: no es absoluta, análisis de cada caso concreto

Rad: SC 692 | Fecha: 12-08-2006 | Tema: ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA - Reserva: no es absoluta, análisis de cada caso concreto

Rad: T-729 DE 2002 | Tema: ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA - Reserva: no es absoluta, análisis de cada caso concreto

Rad: ST 729 | Fecha: 5/09/2002 | Tema: ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA - Reserva: no es absoluta, análisis de cada caso concreto

Rad: SC 640 | Fecha: 18/08/2010 | Tema: ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA - Reserva: no es absoluta, análisis de cada caso concreto

Rad: SC-334 | Fecha: 12/05/2010 | Tema: ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA - Reserva: no es absoluta, análisis de cada caso concreto

Rad: C-692 | Fecha: 12/08/2006 | Tema: ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA - Reserva: no es absoluta, análisis de cada caso concreto

Rad: SENTENCIA C -274 DE 2013 | Tema: ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA - Reserva: no es absoluta, análisis de cada caso concreto

Rad: ST 038 | Fecha: 05/02/1996 | Tema: ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA - Reserva: no es absoluta, análisis de cada caso concreto

Rad: C-540 DE 2012 | Tema: ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA - Reserva: no es absoluta, análisis de cada caso concreto

Rad: T - 040 DE 2005 | Tema: ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA - Está limitada por la protección de los derechos fundamentales

Rad: C 491 DE 2007 | Tema: ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA - Está limitada por la protección de los derechos fundamentales

Rad: CORTE CONSTITUCIONAL SC 540 | Fecha: 12/07/2012 | Tema: ACTIVIDAD DE INTELIGENCIA - Diferencia con la actividad de policía judicial

Rad: C-1011 DE 2008 | Tema: ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO - No se configura: ejecutar actividad de inteligencia, debidamente justificada

Rad: ST 916 | Fecha: 18/09/2008 | Tema: INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES - Autorización judicial

Rad: SC 540 | Fecha: 12/07/2012 | Tema: ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO - No se configura: ejecutar actividad de inteligencia, debidamente justificada

Rad: 35331 | Fecha: 13/06/2012 | Tema: PRUEBA DOCUMENTAL - Factura: No es un documento reservado
Rad: 10131 | Fecha: 14/09/1995 | Tema: ABUSO DE FUNCIÓN PÚBLICA- Se configura
Rad: 37883 | Fecha: 28/02/2012 | Tema: ABUSO DE FUNCIÓN PÚBLICA- Se configura
Rad: 23812 | Fecha: 21/02/2007 | Tema: ABUSO DE FUNCIÓN PÚBLICA- Se configura
Rad: 37509 | Fecha: 08/11/2011 | Tema: ABUSO DE FUNCIÓN PÚBLICA- Se configura
Rad: 38050 | Fecha: 29/02/2012 | Tema: ABUSO DE FUNCIÓN PÚBLICA - Se configura
Rad: 41297 | Fecha: 11/09/2013 | Tema: ABUSO DE FUNCIÓN PÚBLICA - Diferencia con abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto
Rad: 40458 | Fecha: 12/11/2014 | Tema: ABUSO DE FUNCIÓN PÚBLICA - Diferencia con abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto
Rad: 28649 | Fecha: 03/06/2009 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Variación de la calificación jurídica
Rad: 32685 | Fecha: 16/03/2011 | Tema: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: variación de la calificación jurídica por el juez, procedencia
Rad: 41617 | Fecha: 11/09/2013 | Tema: MULTA - Clases: multa acompañante de la pena

SALVAMENTO / ACLARACIÓN / ADICIÓN DE VOTO:

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO: FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO: EYDER PATIÑO CABRERA

DOSIFICACIÓN PUNITIVA - Aspectos a tener en cuenta

«De acuerdo con los parámetros legales establecidos para la dosificación punitiva, la Sala ha debido imponer al acusado BMV una pena de prisión mayor. En mi criterio, la resultante de ubicarse en el extremo superior del primer cuarto para el delito base de concierto para delinquir y así aumentar otro tanto por razón de los concursantes.

Los motivos no son personales o despóticos, sino que responden a la plena observancia de los criterios señalados en el inciso tercero del artículo 61 del Código Penal, tales como la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la intensidad del dolo, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

A mi juicio, con el actuar ilícito del procesado se lesionaron de manera preponderante los bienes jurídicos tutelados por la ley, en especial, la seguridad

pública y la intimidad, al tiempo que se afectaron, considerablemente, los derechos de excongresistas, magistrados y exmagistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Entendida la seguridad pública como «el conjunto de condiciones materiales mínimas para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales» (CSJ SP, 25 nov. 2008, rad. 26942), surge en esta ocasión una mayor afectación de ese interés jurídico, dado que el acusado, pasando por alto su condición de servidor público, con un alto cargo en la Rama Ejecutiva, la cual le imponía actuar con especial rectitud y transparencia, se asoció a una empresa criminal, en la cual, incluso, desempeñó un papel preponderante, con la deleznable misión de neutralizar, a toda costa, los opositores del gobierno de la época y deslegitimar a la administración de justicia.

Es reprochable, desde todo punto de vista, que esa concertación haya tenido lugar al interior del Estado y que apuntara a atentar contra la institucionalidad del mismo Estado.

Así, atendiendo la gravedad de sus actos, las delicadas consecuencias que de ellos se derivaron y la reiterativa infracción de bienes jurídicos, se imponía, a efectos de cumplir con los fines de prevención general y especial de la pena, imponerle una sanción más más gravosa ».

PRISIÓN DOMICILIARIA - Factor Subjetivo

«Sorprende negativamente al suscrito que la Sala mayoritaria le otorgue el beneficio en comento bajo el argumento efímero que ella se aconseja para las personas que delinquen por primera vez, cuando en realidad ese no es uno de los criterios que enumeró el legislador para analizar la figura.

Claro, siguiendo el hilo conductor de la sentencia de la cual discrepo, es evidente que en esta ocasión no se está ante alguno de los delitos en ella señalados como excepción para, en esos eventos -delincuentes primerizos-, conceder la prisión extramural, pero sí ante una persona que, como Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, se concertó para delinquir en contra de magistrados y exmagistrados del órgano cierre de la jurisdicción ordinaria, excongresistas y periodistas, entre otros.

Parece olvidar la Sala mayoritaria que, precisamente, en reciente ocasión (CSJ SP4250-2015), frente a una situación similar, tratándose de otro alto funcionario del gobierno anterior, se hicieron consideraciones completamente distintas para, justamente y con razón, negar la prisión domiciliaria. Transcribo su contenido porque, a pesar de que no la suscribí, dado que no integré esa Sala, creo que esos fundamentos son plenamente aplicables al caso.

(...)

Siendo ello así, la Sala se ve en la obligación de concluir negativamente acerca de la procedencia de la prisión domiciliaria en este asunto, pues se trata de altos funcionarios de un Gobierno al que sirvieron sacrificando la pulcritud y transparencia del ejercicio de la función pública que a cada cargo le correspondía, ya que abusando del poder que el mismo les otorgaba lograron cambiar el rumbo de un debate legislativo, en el cual, por antonomasia, resulta ser el escenario donde se exponen con solidez y transparencia las ideas, como corresponde en toda democracia.

Lo anterior sirve de elemento para valorar la personalidad de los tres condenados, quienes actuaron mancomunadamente y orientados decididamente a un fin específico: hacer lo que fuera con tal de lograr un cambio institucional que le permitiera al Gobierno de entonces prolongar el periodo constitucional.

Por ello, no resulta posible que ante conductas de tamaña gravedad, la pena de prisión, como respuesta proporcionada y adecuada que al Estado le es obligado imponer, se ejecute en el domicilio, ya que resultaría intolerable ante la sociedad, y esta no entendería cómo personajes de tan alto nivel cultural y social que denotaron un rango ético y moral muy por debajo de lo que de ellos se esperaba y les era exigible, puedan terminar en su domicilio purgando una condena por delitos cometidos en circunstancias tan complicadas, como las que se han demostrado a lo largo de esta sentencia.

Lo anterior, no desconoce sin embargo, que el sustituto en comento implica desde luego una restricción a la libertad personal, aunque sin el rigor pleno del régimen intramural. De ahí que su otorgamiento debe sustentarse en criterios que los principios de prevención general y especial puedan entenderse claramente ante la sociedad para que cumplan su objetivo.

De lo contrario, en eventos como el presente se enviaría un mensaje distorsionado y equivocado, según el cual la importancia de los cargos, en si misma, anticipa un juicio positivo acerca de la personalidad del condenado, cuando, al contrario, este debe emerger como consecuencia de la transparencia de sus actos.

En dicho sentido no está de más señalar que si bien en el asunto que ocupa a la Sala el delito objeto de la condena tiene una pena mínima objetivamente baja en comparación con el catálogo de conductas punibles que el Código Penal trae en punto de los atentados contra la administración pública, en este caso particular no puede en modo alguno soslayarse, precisamente, que se trató de funcionarios del más alto nivel, como ya se dijo, quienes al interior del propio Gobierno promovieron la corrupción penetrando una Rama del Poder Público, la cual, dentro de una democracia seria, debía estar ajena a cualquier tipo de injerencias del Ejecutivo y desarrollar su labor con absoluta independencia.

[29: Tres (3) años.]

Ni más ni menos se trató del Estado sobornando al propio Estado para el logro de un cambio constitucional que indudablemente afectó el desarrollo institucional del país y el de todos los ciudadanos colombianos a quienes se les exige respetar la Constitución y las leyes, cuya formación en circunstancias como las comprobadas en este asunto, no pueden generar menos que desconfianza, falta de credibilidad y desobediencia en sus destinatarios.

De modo pues, que para hacer efectivos los fines de prevención general y especial, así como los de resocialización y retribución de los funcionarios condenados, se negará la prisión domiciliaria. (Subrayas fuera de texto).

Debo rescatar, eso sí, que el señor Moreno Villegas estuvo pendiente del proceso penal y atendió los llamados que se le hicieran al mismo, sin embargo, no puede ser ese el factor determinante para otorgar la prisión domiciliaria, dado que constituye un deber de los asociados atender los requerimientos judiciales y no evadir la acción de la justicia.

Es que, adicional a ese aspecto, se hace necesario examinar otros relacionados con el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado, los que, en mi parecer, impedían concederle tal sustituto.

Los varios delitos cometidos por el señor Moreno Villegas denotan, como se expuso en precedencia, su propósito claro y directo de deslegitimar a la Corte Suprema de Justicia, de afectar la reputación de sus magistrados y exmagistrados y de contrarrestar, a toda costa, a aquellos que se encontraban del lado contrario al gobierno de la época -excongresistas, periodistas y abogado-.

Su personalidad no puede analizarse solo desde el punto de vista de que enfrentó personalmente el proceso penal, sino de cara a que, pese a ostentar un alto cargo en el gobierno, Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, y tener la obligación constitucional de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades, y «asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares», no tuvo reparo en trasgredir varias veces el ordenamiento penal con la única finalidad de minar la capacidad de acción de los críticos del gobierno de turno, comprometiendo con ello la honorabilidad de la Corte Suprema de Justicia y de las demás víctimas en este proceso, conduciendo así al desequilibrio institucional.

[30: Artículo 2 de la Carta Política.]

Pasó por alto la Sala mayoritaria que, según el artículo 4 del Código Penal, la pena cumple las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado; y que «[l]a prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena». Igualmente, que, en torno a este concreto aspecto, la Corte ha señalado que, tanto para imponer, como para ejecutar la prisión domiciliaria como sustitutiva de la

intramural, se deben tener en cuenta «también las funciones de la pena que tienen que ver con la prevención general y la retribución justa» (CSJ AP, 28 nov, 2001, rad. 18285).

(...)

Por consiguiente, en mi criterio, a Bernardo Moreno Villegas se le debió negar el sustituto de la prisión domiciliaria y librar la correspondiente orden de captura ».

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO: G ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ