

Proceso No 14660

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado ponente:

Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar

Aprobado Acta # 73

Bogotá D.C., julio nueve (9) de dos mil dos (2002).

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal 3º Delegado ante el Tribunal Superior de Buga contra la sentencia de mayo 12 de 1998, mediante la cual la Sala Penal de dicho Tribunal absolvió a la doctora SOLEDAD MARIN LOZANO del cargo de prevaricato por acción por el cual fue acusada.

Antecedentes:

1. El 17 de julio de 1993 la doctora SOLEDAD MARIN LOZANO se desempeñaba como Fiscal 10ª Seccional de la Unidad de Investigación Previa y Permanente con sede en la ciudad de Buga. Ese día la Policía, a través del oficio 1096 (fl. 2), le dejó a su disposición a YAMIL SHAIKH ROJAS, quien hacía parte de uno de los dos grupos de personas que la noche anterior protagonizaron un enfrentamiento con armas de fuego en el Hotel Guadalajara, ubicado en la calle 1ª con la carrera 12 de la ciudad de Buga, y como resultado del cual murieron SAMUEL RENGIFO REVELO, de 30 años de edad, NELSON OSORIO AMAYA, de 20, y DIEGO LUIS PEDRAZA TENORIO, de 27.

La Policía adjuntó las actas de los testimonios rendidos ante ella por SHAIKH ROJAS (fl. 4), DELIO ALEJANDRO SANCHEZ HERRERA (fl. 6), NUBIA HERRERA LEON (fl. 8) y LUIS ALFONSO HERNANDEZ (fl. 9). A las 4 de la tarde de ese día la Fiscal dictó la siguiente decisión:

“Como de la lectura del informe policivo, así como también de las diferentes diligencias recaudadas por los agentes que conocieron de los hechos de que da cuenta el informe #1096 de esta misma fecha, se tiene que hasta la presente en contra del señor OMAR YAMIL SHAIKH ROJAS, no se dio el fenómeno de la captura en flagrancia, así como también de que en contra del mismo, no se aprecian por parte de esta Seccional cargos concretos, que permitan su vinculación directa como autor, cómplice, estima esta oficina que no existe mérito para que el mismo continúe privado de su libertad, por lo que se dispone remitir oficio en tal sentido al señor Jefe de la Subsijin de la ciudad, a efecto de que deje en libertad al aludido señor, quien a su vez deberá firmar diligencia de compromiso de presentarse ante este despacho el próximo jueves 22 del cursante a la hora de las dos de la tarde”. (fl. 10).

La diligencia fue suscrita (fl. 12) y SHAIKH ROJAS, ya dispuesta la apertura de investigación preliminar el 19 de julio de 1993 (fl. 24) y practicadas algunas diligencias por la funcionaria en su desarrollo, se presentó en la fecha y hora del compromiso. Y la Fiscal Seccional profirió la siguiente decisión:

“Como quiera que en la fecha y hora anteriormente indicada, ha comparecido al despacho el señor OMAR YAMIL SHAIKH ROJAS, a darle cumplimiento al acto de compromiso que firmara con esta Seccional y por estimar que hasta la presente no existe mérito como para someterlo a diligencia de injurada ni mucho menos de versión, se dispone escucharlo en declaración jurada”. (fl. 48).

Así se hizo el mismo día (fl. 48 vto). La Fiscal Seccional realizó otras diligencias y el 11

de agosto de 1993 el Coordinador de la Unidad, a través del oficio 031, le sugirió la remisión del caso, por competencia, a los Fiscales Regionales de Cali. El fundamento fue el hallazgo en el lugar de los hechos de 11 vainillas calibre 9 mm, indicativo de la hipótesis delictiva de porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares (fl. 93). La doctora MARIN LOZANO atendió la sugerencia mediante auto del mismo día (fl. 94 vto) y el 24 de noviembre siguiente un Fiscal Regional de Cali no estuvo de acuerdo con la determinación y decidió regresar las diligencias a la Unidad de Fiscalía de Investigaciones Previas de Buga, con proposición de colisión negativa de competencias (fl. 97).

La Fiscal Seccional volvió a asumir la investigación el 14 de enero de 1994 (fl. 101), dispuso la práctica de una prueba de balística y mediante auto interlocutorio del 21 de junio del mismo año, también firmado por el Fiscal Coordinador GERARDO GRAJALES TORRES, dispuso la suspensión de la actuación en concordancia con lo previsto en el artículo 326 del Código de Procedimiento Penal de 1991 (fl. 115). Esta decisión se le notificó personalmente al Agente del Ministerio Público y por estado el 27 de junio de 1994.

A raíz de una solicitud que presentó SHAIKH ROJAS, el Secretario de la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Buga le expidió el 21 de marzo de 1996 la certificación que obra a folio 117, en la cual se hace constar:

“Que en la FISCALIA DECIMA DELEGADA ANTE LOS JUECES PENALES DEL CIRCUITO DE BUGA VALLE, se lleva a cabo investigación por el delito de Triple homicidio, donde resultaron occisas las siguientes personas: DIEGO LUIS PEDROZA, SAMUEL RENGIFO REVELO y NELSON OSORIO AMAYA, diligencias radicadas bajo partida número 2054, donde figura como imputado OMAR YAMIL SHAIKH ROJAS, según hechos ocurridos el día 17 de julio de 1993”. (Resaltados del texto original).

El 28 de marzo de 1996 SHAIKH ROJAS le otorgó poder a un abogado para que lo representara en la investigación y el profesional, en la misma fecha, le solicitó al Coordinador de la Unidad de Fiscalía copias de las diligencias. Se le expidieron al siguiente día y el 3 de abril de 1996 solicitó dar por terminada la investigación previa y proferir a favor de su representado resolución inhibitoria (fl. 121). El 19 de abril de 1996 el doctor PEDRO NEL RAYO CANDELO, a quien el Coordinador de la Unidad reasignó el expediente, accedió a la petición (fl. 128).

El 3 de junio de 1996 la Directora Seccional de Fiscalías pidió que le remitieran el proceso para examinarlo. Al siguiente día le remitió al Jefe de la Unidad de Fiscalía el oficio 680, el cual se constituyó en la génesis del presente proceso penal y cuyo texto dice:

“Adjunto me permito remitirle el proceso por homicidio (occisos: Diego Luis Pedroza y otros), enviado por su Despacho ante nuestra solicitud, para revisión, el cual acorde con lo allí recaudado, considera ésta Dirección debe reabrirse la investigación. Por lo anterior mucho le agradecería se conforme una Unidad de Fiscales, por los doctores (...) , para que lleven hasta su culminación dicha diligencia. Asimismo solicito se compulse copias del proceso para que se inicie investigación a los doctores PEDRO NEL RAYO CANDELO y SOLEDAD MARIN LOZANO, funcionarios instructores del mismo, para mirar la conducta por ellos desplegada” (fl. 140).

2. La investigación le correspondió al Fiscal 3º Delegado ante el Tribunal Superior de Buga. Escuchó en versión a la doctora SOLEDAD MARIN LOZANO (fl. 200) y al doctor PEDRO NEL RAYO CANDELO (fl. 212). Pero en consideración a que la investigación respecto del último la venía adelantando el Fiscal 1º, se dispuso la apertura de la instrucción el 18 de octubre de 1996 en contra de la doctora MARIN LOZANO (fl. 243), quien fue vinculada a través de indagatoria el 15 de noviembre de 1996 (fls. 260 y 268). La situación jurídica se le resolvió con detención preventiva el 20 de febrero de 1997 (fl. 284) y en la misma decisión se dispuso vincular al proceso al Fiscal GERARDO GRAJALES TORRES, lo cual ocurrió

el 27 de febrero siguiente (fl. 319). El 11 de marzo del mismo año el Fiscal instructor declaró que el último funcionario no cometió el delito de prevaricato y declaró extinguida la acción penal en su favor.

El 8 de julio de 1997 la doctora SOLEDAD MARIN LOZANO fue acusada por el cargo de prevaricato por acción. La providencia quedó ejecutoriada el 14 de agosto siguiente, fecha en la cual adquirió firmeza el auto por el cual se declaró desierto, por falta de sustentación, el recurso de apelación que había interpuesto el defensor. (fls. 409 y 437).

La acusación:

Según el Fiscal 3º Delegado ante el Tribunal Superior de Buga las pruebas que aportó la Policía el 17 de julio de 1993 demostraban que SHAIKH ROJAS había participado como determinador de los hechos ocurridos en el Hotel Guadalajara, “lo cual evidenciaba necesariamente su coautoría”. Y la Fiscal no lo apreció así ni el 17 ni el siguiente 22 de julio. “...no ordenó su captura, a sabiendas que se trataba de un triple homicidio que ameritaba detención sin beneficio de excarcelación, artículos 397 y 417 del C. de P. Penal” (de 1991). A juicio del instructor, de otra parte, OMAR SHAIKH ROJAS fue capturado en situación de flagrancia, como “lo deja ver el informe policivo”. Por ende, no se trataba de una cuestión de criterio sino de cumplir con la ley, especialmente cuando la Policía Judicial “...ya había aplicado lo concerniente al artículo 322 inciso 2º del C. de P. Penal (de 1991), es decir, ya le habían recibido versión al señor OMAR YAMIL SHAIKH ROJAS, como persona capturada en flagrancia, pues es la única manera en que el Código autoriza a la Policía Judicial para adelantar la versión libre a estas personas con la presencia de un abogado defensor y con la asistencia también del Ministerio Público, y existía por lo menos una declaración, la de NUBIA HERRERA LEON y a falta de una la del señor DELIO ALEJANDRO SANCHEZ HERRERA, que sindicaba a SHAIKH ROJAS como determinador de los hechos de sangre perpetrados en la noche de autos al interior del

hotel tantas veces referido, y es que los agentes inmediatos o autores materiales del reato criminal desde un principio se dejó en claro que habían sido los guardaespaldas de OMAR SHAIKH, obrando este último de instigador y, por lo tanto, participó en el reato respondiendo en iguales condiciones punitivas a las de autor o autores materiales...”.

Las violaciones de la ley que, en suma, le atribuye el instructor a la funcionaria procesada son no haber formalizado la captura de SHAIKH ROJAS y existiendo cargos en su contra, confirmados a través de las diligencias que la Fiscal recaudó inmediatamente después de dejar en libertad al mencionado, haberlo convertido en testigo en lugar de vincularlo a la investigación.

Para el Fiscal ante el Tribunal “hay un comportamiento persistente” de la funcionaria “que busca sacar adelante al presunto sindicado”. Primero, a pesar de la flagrancia, lo deja en libertad, contrariando así el artículo 371 del Código de Procedimiento Penal de 1991. La imputación de instigador a SHAIKH ROJAS, además, era “seria y valedera”. Merecía haber sido tenida en cuenta para iniciar la respectiva investigación.

“Por qué razón, entonces –dice la acusación—la actitud generosa de la funcionaria convierte al señor OMAR SHAIKH ROJAS en un testigo, cuando la propia policía lo entrega a la Fiscalía como presunto sindicado? Por qué no se realizó alguna investigación por la señora Fiscal para desvirtuar el informe policivo y así poder tener la doctora en cuestión elementos de juicio para tratar al imputado y a su señora como simples testigos de los hechos? Qué lleva presurosamente a la doctora SOLEDAD MARIN LOZANO a manifestar que contra el señor en cuestión no se ‘aprecia de esta Seccional cargos concretos que permitan su vinculación como autor, cómplice...’ (fl. 10), cuando recibió el informe policivo que viene acompañado con dos declaraciones que sindicaban al señor SHAIKH ROJAS como responsable determinante de los hechos? La respuesta es una sola, la doctora SOLEDAD MARIN LOZANO obró de manera dolosa, al tratar de favorecer

al determinador del múltiple homicidio, señor OMAR YAMIL SHAIKH ROJAS y, por consiguiente debe responder en juicio criminal por el delito de prevaricato por acción, tal como lo determina el artículo 149 del Código Penal" (de 1980).

La sentencia:

En la audiencia pública la Fiscalía solicitó condenar a la procesada y el Agente del Ministerio Público y el defensor demandaron su absolución. El Tribunal optó por lo último. La Corporación sostiene, en primer lugar, que el prevaricato que se le atribuyó a la funcionaria consistió en emitir la resolución de sustanciación del 17 de julio de 1993, por la cual dejó en libertad al capturado OMAR SHAIKH ROJAS. Aunque la primera instancia reconoce que en el calificadorio se mencionaron otras determinaciones adoptadas por la doctora MARIN LOZANO (autos del 22 de julio de 1993 y del 21 de junio de 1994) "...la verdad es que el pliego acusatorio es un poco vago y difuso y parece sólo concretar lo que inicialmente se menciona, es decir, referir a la determinación de 17 de julio de 1993 por la cual la acusada ordena dejar en libertad al aprehendido SHAIKH al estimar que no había sido sorprendido en flagrancia".

Para el Tribunal así han de entenderse las cosas, ya que si se tratara del cuestionamiento de las tres decisiones tendría que haberse dictado la acusación por igual número de prevaricatos. Pero se hizo por uno solo y entonces "...ha de comprender ... esta judicatura que la Fiscalía resolvió incriminar por la determinación aludida. Sobre ella, además, relanza en el enjuiciatorio el mayor bagaje argumental, enfatizando que la captura había sido producida en flagrancia y que el individuo de marras tenía la calidad de determinador o instigador".

Así las cosas, se procede a examinar en el fallo si la decisión adoptada por la procesada el 17 de julio de 1993 es o no manifiestamente contraria a la ley, concluyéndose que no luego de examinar los elementos de juicio con los cuales contó la Fiscal para ese momento. Los

siguientes son los argumentos:

1. El informe de la Policía no es demostrativo de la situación de flagrancia. Si bien el mismo da cuenta de la discusión que tuvo lugar entre NUBIA HERRERA y SHAIKH ROJAS, es enfático en expresar que quienes dispararon fueron los acompañantes del último. En ninguna parte se dice que éste haya intervenido ni directa ni indirectamente en lo sucedido. No se aduce que haya ordenado o motivado las conductas criminales, como reacción a la diferencia sostenida con la señora HERRERA. Su conducta aparece independiente de la “de aquellos que se dice estaban en su compañía”.
2. En el informe policivo se precisa que SKAIKH “fue llevado hasta las dependencias de la policía” en consideración a que “se encontraba en el Hotel Guadalajara departiendo con las personas que se encontraban involucradas en la riña”, las cuales huyeron y no fueron identificadas. Su captura no se produjo, entonces, por el hecho de que alguien lo haya sindicado como autor o partícipe.
3. Para el Tribunal la información sobre la captura fue poco clara. Según el informe se produjo en el Hotel Guadalajara. La testigo HERRERA LEON, no obstante, señaló que una hora después de lo ocurrido, mientras esperaba en la Policía que le recibieran declaración, SHAIKH se presentó voluntariamente y lo hizo porque conocía que lo estaban involucrando en los hechos. Esto contradice y pone el tela de juicio el informe de policía en ese aspecto.

Dado que la mencionada no tenía razón para mentir lo que dijo “...permite relieves que no existió la captura en el lugar de los hechos, que en ese sitio nadie señaló a SHAIKH y que su aprehensión o retención se hizo realidad cuando se presentó ante la unidad de investigación policial, para que el funcionario judicial con posterioridad le definiera su situación”.

4. Los testigos DELIO ALEJANDRO SANCHEZ y NUBIA HERRERA en sus declaraciones

ante la Policía calificaron a los acompañantes de SHAIKH como sus guardaespaldas, hicieron alusión al “insulto o reclamo” que éste le hizo a SAMUEL RENGIFO REVELO, a la amenaza que hizo de “darles plomo” y a su expresión burlona que asumió luego del enfrentamiento armado.

Nada de lo anterior, sin embargo, es indicativo para el Tribunal de la existencia de “una orden, indicación comportamiento instigador” de SHAIKH hacia sus acompañantes. No emerge con claridad, en suma, la acción determinadora a la que se refiere la Fiscalía en la acusación. Y la condición de escoltas de OMAR SHAIKH de algunos de los intervinientes no es suficiente para el efecto, como tampoco el hecho de que se hayan suscitado las circunstancias antecedentes a que se hizo mención.

Ante la ausencia de claridad en cuanto a la flagrancia y el carácter de determinador de SHAIKH ROJAS, en conclusión, es aceptable lo dicho por la procesada en su indagatoria.

“Ante una captura que mostraba visos de irregularidad –expresa finalmente el Tribunal— o ante la ausencia de debida claridad sobre los sucesos dicha funcionaria no tuvo alternativa distinta que dar aplicación al artículo 383 del Código de Procedimiento Penal, que obliga a quien recibe una persona en calidad de capturada o aprehendida a valorar la legalidad de tal acto. Es decir, actuó sin ligereza, con precaución debida y en respeto de los derechos ajenos, garantizando de ese modo los que a tal sujeto correspondían. Esta norma es de notable claridad, no admite exceptividades y es desarrollo del postulado constitucional de protección a la libre locomoción de la persona humana”.

La impugnación:

El primer desacuerdo del Fiscal recurrente es con la afirmación del Tribunal relativa a que la acusación “parece sólo concretar” como cargo de prevaricato el proferimiento por parte de la procesada del auto de julio 17 de 1993, por el cual dispuso la libertad de OMAR SHAIKH ROJAS basada en que su captura no se produjo en flagrancia. Aduce que las

decisiones que adoptó la doctora MARIN LOZANO el 22 de julio de 1993 y el 21 de junio de 1994, contrarias a la ley, las adoptó como consecuencia de la primera. Su voluntad siempre estuvo orientada a favorecer al mencionado, “reconocido jefe narcotraficante de la región”.

“Las tres providencias –anota el impugnante—no constituyeron actos delictuales independientes, como para haber configurado ‘un concurso real homogéneo’, puesto que la autonomía de cada una no existió, ya que de la primera dimanaba necesariamente la segunda y así sucesivamente y la primera ejecutoria, la del 17 de julio de 1993, configuraba, desde un principio, la tipicidad y la procaz intención”.

Insiste en que SHAIKH ROJAS fue tanto instigador como determinador de los delitos y por lo tanto fue capturado en situación de flagrancia. El informe de policía señaló que el enfrentamiento ocurrido en el hotel “se debió” a la discusión entre NUBIA HERRERA y OMAR SHAIKH. Y las declaraciones rendidas ante la Policía Judicial por la mencionada y por ALEJANDRO SANCHEZ HERRERA, cuyos apartes pertinentes destaca el impugnante, son claros en afirmar su participación en los hechos. Estaba con sus guardaespaldas, cualquier deseo que expresara era una orden para éstos y no hubiera pasado nada sin sus desafíos y amenazas. La lectura de las declaraciones que recibió la policía, además, evidencian el temor reverencial que le tenían, inclusive “sus ocasionales contrincantes”.

La prueba con la cual contó la acusada, entonces, indicaba que el capturado había tenido participación en los hechos. Y sin embargo lo dejó en libertad, como si se tratara de un delito leve o de bagatela.

El informe de policía y el propio OMAR SHAIKH, de otro lado, dejan claro que éste fue aprehendido en el Hotel Guadalajara por los agentes que conocieron del caso. Y a ello no es oponible lo dicho en su declaración por NUBIA HERRERA LEON, que fue lo que hizo

el Tribunal en la sentencia.

La relación autor intelectual y material en un caso como el examinado, agrega el recurrente, "...se da sin acuerdo concreto para un determinado fin, la relación está dada de patrón a obsecuente servidor y la orden se puede recibir instantes antes con un guiño o gesto, con una insinuación, con la sola amenaza como proferir palabras tales como 'es que quieren plomo' o 'quieren bala hijueputicas' o autorizando la acción con una conducta omisiva al no detener a sus lacayos oportunamente, observando complaciente que de las palabras están pasando a los hechos, golpes, amenazas con armas, etc., aún haciendo caso omiso de las súplicas que sus futuras víctimas le hicieran de detener la agresión comenzada".

Para el impugnante, en suma, la doctora SOLEDAD MARIN LOZANO quiso ayudar al capturado. Y se obstinó en ello. A pesar de la flagrancia lo dejó en libertad el 17 de julio de 1993. Inició investigación previa, en su desarrollo le recibió testimonio a NUBIA HERRERA LEON, ésta señaló que OMAR SHAIKH les dijo antes de los hechos que iban a morir ese día y no obstante la funcionaria sostuvo el 22 de julio siguiente que no existía mérito para recibirle versión ni indagatoria.

"Esta es la ayuda que le viene prestando la funcionaria al señor SHAIKH y que culminó, meses después, cuando se ordenó suspender la investigación previa por haberse cumplido los 180 días de que trata el artículo 326 del C. de P.P.", concluye el impugnante. Solicita, en consecuencia, que se revoque la sentencia del Tribunal y se condene a la procesada por el cargo de la acusación.

Alegato del defensor en calidad de no recurrente:

Protesta el abogado, en primer lugar, por los términos "insultantes" de la sustentación del recurso de apelación, a la que además califica de irrespetuosa para con la Sala Penal del Tribunal Superior. No se explica el profesional, de otro lado, qué "cuenta de cobro" le

está pasando el impugnante a la procesada.

Sobre el fallo de la primera instancia dice que es claro, profundo y aquilatado.

Transcribe un aparte de una jurisprudencia de la Sala del 10 de julio de 1980 y se pregunta si habrá prevaricato en las providencias que dictó su representada “o será que el señor Fiscal 3º Delegado quiere endilgarle también a la Honorable Sala de Decisión Penal en sus razonamientos ligeros un accionar prevaricador, con el caprichoso argumento de que no fue afortunada o certera en su análisis porque no se comparte su criterio?”.

La sentencia –dice en conclusión el abogado—es congruente, corresponde a un examen lógico de las pruebas hecho con sujeción a la sana crítica, es conforme a una viable interpretación de la ley y acorde con los principios sustantivos y procedimentales reconocidos por la jurisprudencia y la doctrina.

Consideraciones de la Sala:

1. En primer lugar advierte la Corte, contrariamente a lo que sostiene el defensor en su escrito de oposición a la pretensión del apelante, que éste no asumió ninguna conducta reprochable en el memorial de sustentación del recurso. Los términos que utilizó no pueden calificarse de insultantes y tampoco de irrespetuosos para con el Tribunal. Simplemente, en ejercicio de su derecho de recurrir, insistió en su convicción relativa a que la procesada incurrió en el delito de prevaricato y dijo los argumentos por los cuales le parece desacertado el fallo del Tribunal. Los apartes del memorial que el defensor considera ofensivos son los siguientes:

“El H. Tribunal, Sala de Decisión Penal, presidida por su señoría, cuestiona a esta Delegada en el sentido de que el señor SHAIKH ROJAS no fue capturado en flagrancia ni tuvo calidad de determinador o instigador, como se ha afirmado y se ha acusado reiterada y enfáticamente en esta sede judicial. Qué lamentable e infortunado criterio, que tiende

a demeritar no sólo la apreciación bien fundamentada de esta Fiscalía con relación a la dupla autor intelectual y flagrancia (...), sino que compromete también la Honorable Sala su criterio en el negocio jurídico valorativo de la responsabilidad del sindicado OMAR SHAIKH ROJAS, que se encuentra reactivado y que cursa en la Fiscalía 26 Seccional de esta ciudad”.

“Con el debido respeto –es el otro aparte—extraña, por decir lo menos, la distorsión que de la apreciación probatoria hizo la Sala, sacando avante la conducta proclive que el señor OMAR YAMIL SHAIKH ROJAS desplegara al interior del hotel y que lo ubica no sólo como el instigador del reato criminal, sino también como el determinador del mismo, cometido materialmente por sus secuaces (todos sus guardaespaldas)”.

En manera alguna pueden tomarse como displicentes e irrespetuosos dichos planteamientos. Son coherentes con la tesis que sostiene el Fiscal y que ha propuesto en ejercicio de su derecho de contradicción. Los mismos están contenidos en un escrito que satisface el requisito legal de sustentación y que en consecuencia le imponen a la Corte pronunciarse de fondo sobre la impugnación, cuyo objeto es la discusión sobre la responsabilidad penal de la procesada frente al cargo de prevaricato que se le imputó en la acusación, de cara naturalmente a los medios probatorios que obran en el proceso.

2. El primer punto problemático del caso es el consistente en establecer cuál fue el cargo concreto de la acusación. Y lo es porque el Tribunal señaló en el inicio de las consideraciones de la sentencia impugnada, que si bien es cierto la Fiscalía hizo “mención” a las tres determinaciones que adoptó la doctora MARIN LOZANO (de julio 17/1993, de julio 22/1993 y de junio 21/1994), “...la verdad es que el pliego acusatorio es un poco vago y difuso y parece sólo concretar lo que inicialmente se menciona, es decir, referir a la determinación de 17 de julio de 1993 por la cual la acusada ordena dejar en libertad al aprehendido SHAIKH al estimar que no había sido

sorprendido en flagrancia”.

Así finalmente lo determinó la primera instancia. Asumió que el cargo de prevaricato objeto de la acusación se hizo radicar en la manifiesta vulneración de la ley en la cual incurrió la funcionaria al dictar el auto de sustanciación del 17 de julio de 1993, mediante el cual ordenó la libertad inmediata de OMAR SHAIKH ROJAS.

“Las cosas han de entenderse así -fue el argumento dicho por el Tribunal para enfatizar la conclusión—si tenemos en cuenta que de ser otra la perspectiva de la Fiscalía, o sea, si se tratase de cuestionar la trilogía decisoria destacada en líneas que preceden, necesariamente debía haberse pronunciado por la concursabilidad del tipo penal del prevaricato, a la luz de la homogeneidad del accionar y en forma material, pues debe entenderse que cada una de esas resoluciones son diferenciables y ubicables por sí solas en el tiempo y en el espacio. Empero, ha de comprender pues esta judicatura que la Fiscalía resolvió incriminar por la determinación aludida. Sobre ella, además, relanza en el enjuiciatorio el mayor bagaje argumental, enfatizando que la captura había sido producida en flagrancia y que el individuo de marras tenía la calidad de ‘determinador’ o ‘instigador’ ”. (fl. 647).

Si se repasa la resolución acusatoria queda claro que la Fiscalía hizo relación a las tres decisiones que adoptó la funcionaria procesada y las cuestionó, aunque imputó un solo delito de prevaricato. En los hechos de la decisión están comprendidas y en las motivaciones son presentadas como parte del mismo propósito de favorecer “al instigador o determinador” de los homicidios. El siguiente aparte de la providencia así lo demuestra:

“Pero no solamente la omisión de la formalización de la captura, la concesión de libertad, a pesar de estar expresamente prohibida para comitentes del tipo de delito que se le endilgaba (a SHAIKH ROJAS), la funcionaria judicial omitió el diligenciamiento

adecuado en procura de una completa y efectiva investigación (...). Al inicio se llevó a cabo un irregular manejo y al iniciarse la investigación previa, recaudando la misma, la Fiscal, el probatorio que confirmaba las primeras versiones rendidas ante la autoridad policiva y que señalaban igualmente a OMAR SHAIKH como un presunto coautor del reato criminal, ante su presentación lo deja en libertad y sólo atina a recibirle una declaración jurada para convertirlo en testigo, prosiguiendo el negocio jurídico y justo al cumplirse los 180 días de que trata el artículo 326 del C. de P. Penal (de 1991), se lo envía al Jefe de la Unidad, doctor GERARDO GRAJALES TORRES, para suspender las diligencias previas". Transcribe el acusador a continuación lo que dijo éste último funcionario en relación con la suspensión de la investigación, específicamente que le dio su visto bueno "sin haber revisado el expediente", y concluye:

"Luego se observa un amañado e irregular proceder para violar la ley".

Aunque el "irregular proceder" está referido al conjunto de decisiones adoptadas de conformidad con lo transcrito, cuando finalmente es precisado el cargo en la resolución acusatoria sólo hace referencia la Fiscalía a la decisión del 17 de julio de 1993. Es la que controvierte explícitamente. Frente a ella dice las normas legales que se desconocieron e igualmente suministra las razones para considerar que se trataba de un evento de captura en flagrancia y que existían evidencias suficientes de participación del aprehendido en los homicidios. Lo hecho por la funcionaria procesada después, en especial su actuación del 22 de julio siguiente, se asumió como una reiteración de la primera conducta y obviamente fue una circunstancia apreciada probatoriamente para denotar su persistencia por "sacar adelante al presunto sindicado", al cual ilegalmente dejó en libertad y mantuvo en esa situación, al margen de cualquier implicación en la investigación penal.

Es lo que se extrae de un sereno examen del pliego de cargos, que no es un ejemplo de claridad, aunque tampoco intrincado al punto de haber impedido el ejercicio de la defensa

por la ambigüedad de sus términos.

Los siguientes apartes de la providencia acusatoria son demostrativos de la conclusión anotada:

“Pero al observarse las pruebas presentadas con el informe policivo, ni el 17 de julio, una vez capturado OMAR SHAIKH, ni el 22 del mismo mes en que se presenta respondiendo a la cita impuesta ..., se apreció, por la Fiscalía, su participación determinante en los hechos sangrientos, lo cual evidenciaba necesariamente su coautoría. Sin embargo, la Fiscalía no ordenó la captura, a sabiendas de que se trataba de un triple homicidio que ameritaba detención sin beneficio de excarcelación, artículos 397 y 417 del C. de P. Penal”.

(...)

“En el caso que nos ocupa –dice más adelante la decisión— no se puede reducir el análisis a simple valoración de criterios encontrados o apreciaciones aparentemente erróneas, pues la discrecionalidad de la funcionaria le permitía tal o cual deliberación sobre la norma, puesto que una cosa sería que los pasos que siguió y que plasman su conducta desviada estuvieran prescritos en el derecho adjetivo y, en ese caso, se hubiera ceñido a la aplicación jurídica aunque nos llevara a una equivocada posición y en ese caso el delito contemplado en el artículo 149 del C. Penal no existiría y otro que cada paso que da se aparta del debido procedimiento. La norma ordena la manera como debe tramitarse un detenido capturado en flagrancia, su calidad de tal está más que demostrada, ya las autoridades policiales han dado los trámites que les autoriza el artículo 322 del C. de P. Penal (de 1991) y a la funcionaria le correspondía proseguir con lo rituado en el artículo 371 ídem y no lo hace procurando, antes por el contrario, la libertad inmediata del sindicado, del presunto determinador del triple homicidio que se efectuó en ... el establecimiento hotelero.

“Se dirá que la Fiscala podía, motu proprio –sigue la cita—apreciar que no se trataba de una aprehensión o captura en flagrancia como lo sostuvo en su versión libre y en injurada. Qué se hace entonces con el cargo de determinador, de instigador que se le hace a OMAR SHAIKH cargo manifiestamente demostrado a través de testimonios que son aportados por la policía y corroborados ante la propia delegada por los mismos perjudicados con la agresión de SHAIKH ROJAS y sus secuaces?. Esta era una imputación seria y valedera que merecía haber sido tomada en cuenta por la funcionaria judicial para iniciar una investigación de la misma característica. Por qué razón, entonces, la actitud generosa de la funcionaria convierte al señor OMAR SHAIKH ROJAS en un testigo, cuando la propia policía lo entrega a la Fiscalía como presunto sindicado? Por qué no se realizó alguna investigación por la señora Fiscala para desvirtuar el informe policivo y así poder tener la doctora en cuestión elementos de juicio para tratar al imputado y a su señora como simples testigos de los hechos? Qué lleva presurosamente a la doctora SOLEDAD MARIN LOZANO a manifestar que contra el señor en cuestión no se ‘aprecia de esta Seccional cargos concretos que permitan su vinculación como autor, cómplice...’, cuando recibió el informe policivo que viene acompañado con dos declaraciones que sindicaban al señor SHAIKH ROJAS como responsable determinador de los hechos? La respuesta es una sola, la doctora SOLEDAD MARIN LOZANO obró de manera dolosa, al tratar de favorecer al determinador del múltiple homicidio ... y por consiguiente debe responder en juicio criminal por el delito de prevaricato por acción, tal y como lo determina el artículo 149 del Código Penal” (de 1980).

Para la Fiscalía, entonces, las pruebas que tuvo a su consideración la procesada el 17 de julio de 1993 eran demostrativas de que OMAR SHAIKH ROJAS participó en los homicidios y fue capturado en flagrancia. No obstante, dispuso su libertad inmediata y lo mantuvo en tal situación el 22 siguiente, cuando acudió a su despacho a cumplir con la obligación de presentarse que había contraído. No lo dijo explícitamente la acusación, pero se deriva que englobó dichas actuaciones en un solo delito de prevaricato,

dada la identidad de propósito de las mismas y la reiteración en la segunda del argumento de no participación criminal en los homicidios de SHAIKH, aspecto éste (el de la participación) ampliamente discutido en el fallo apelado y que por lo mismo, al ser objeto de consideración por parte de la Corte en esta providencia, no traduce la vulneración del principio de la doble instancia.

La decisión de la funcionaria procesada que sí quedó por fuera de la acusación, distinto a como piensa el recurrente, fue la orden de suspensión de la investigación preliminar. Sobre la misma no aparece ningún discernimiento en el pliego de cargos y solamente se la menciona como hecho. En consecuencia, fue incompleta la calificación en esa medida y en consecuencia, para remediar la impropiedad, que no tiene la virtud de invalidar la actuación, procedería la expedición de copias para lo pertinente, si no fuera porque la acción penal está prescrita y así lo declarará la Corte. En efecto, el delito de prevaricato para la fecha de la decisión, junio 21 de 1994, tenía previsto como pena máxima 5 años. Más la tercera parte en cuanto se le atribuye a una servidora pública en ejercicio de sus funciones, arroja como total 6 años y 8 meses, lapso que se encuentra ampliamente superado.

3. Ahora bien, la primera instancia apoyó la decisión recurrida, en lo fundamental, en el hecho de que la doctora MARIN LOZANO al adoptar la decisión del 17 de julio de 1993, actuó conforme a la ley. Es decir, que en realidad OMAR YAMIL SHAIKH ROJAS debía quedar en libertad por cuanto no fue capturado en flagrancia y no existían cargos concretos en su contra que permitieran su vinculación como autor o partícipe de los homicidios ocurridos la noche anterior en el Hotel Guadalajara de Buga.

La Corte se encuentra persuadida de lo contrario. Los elementos de juicio que la Policía le entregó a la Fiscal MARIN LOZANO evidenciaban la hipótesis de algún grado de compromiso penal de OMAR YAMIL SHAIKH ROJAS en los hechos. E igualmente que fue capturado y que la aprehensión se produjo en situación de flagrancia.

Buga se encontraba en ferias y fiestas el viernes 16 de julio de 1993. En la noche, en el Hotel Guadalajara, un establecimiento de cierta importancia en la ciudad, tenía lugar un “remate de cabalgata”. Y hacia las 10 de la noche ocurrieron los acontecimientos como producto de los cuales fallecieron tres personas. No se trató de un hecho rutinario, sino sobresaliente debido a su gravedad que “...causó un profundo impacto en la ciudadanía Bugueña” y “generó un ambiente de expectativa”, como lo expresó el abogado HOLVER LEON RIVERA CABAL en su declaración obrante a folio 254.

No fue cualquier caso, entonces, el que le correspondió asumir a la doctora SOLEDAD MARIN LOZANO. Y aunque lo que se espera en todos es la actuación más diligente y ponderada del funcionario judicial, bien para dejar en libertad inmediata al capturado con derecho a obtenerla o bien para disponer su encarcelación, la experiencia enseña que es mayor el cuidado y la aplicación cuando el asunto, por el hecho en sí mismo o por la importancia social de sus protagonistas, ha trascendido al público y captado su atención.

El impacto de los hechos en Buga, es indudable, fue grande. La doctora MARIN LOZANO, Fiscal 10ª de la Unidad de Investigación Previa y Permanente para entonces, se encontraba disponible en su residencia en Tulúa y allí fue llamada telefónicamente por su asistente, para que viniera a su despacho y se apersonara del caso, según su propia afirmación hecha en la indagatoria (fl. 269). El asistente, según se infiere de la constancia que obra en fotocopia a folio 11 del proceso, había recibido las diligencias de la Policía a las 11:45 A.M. del 17 de julio de 1993. Se desconoce la hora a la cual arribó a su oficina y lo que exactamente hizo y con quién habló la funcionaria. Ella dice, en la indagatoria, que no se presentó el Ministerio Público, que absolutamente nadie intercedió por el capturado y que ningún abogado preguntó por el caso. Sólo admite que lo discutió con su Técnico Judicial antes de adoptar la decisión (fl. 204) y que oficiosamente, luego de examinar las pruebas que aportó la Policía, tomó conscientemente la decisión de dejar en libertad a SHAIKH ROJAS.

“Como de la lectura del informe policivo –es lo que dice la providencia que suscribió a las 4 de la tarde— así como también de las diferentes diligencias recaudadas por los agentes que conocieron de los hechos de que dá cuenta en informe #1096 de esta misma fecha, se tiene que hasta la presente en contra del señor OMAR YAMIL SHAIKH ROJAS, no se dio el fenómeno de la captura en flagrancia, así como también de que en contra del mismo, no se aprecian por parte de esta Seccional cargos concretos, que permitan su vinculación directa como autor, cómplice, estima esta oficina que no existe mérito para que el mismo continúe privado de su libertad, por lo que se dispone remitir oficio en tal sentido al señor Jefe de la Subsijin de la ciudad, quien a su vez deberá firmar diligencia de compromiso de presentarse ante este despacho el próximo jueves 22 del cursante a la hora de las dos de la tarde”.

El pronunciamiento cuenta con dos conclusiones a las cuales no precede ninguna argumentación. No se aprecian “cargos concretos” contra el capturado y no hay flagrancia, dijo la Fiscal. Para la Sala la situación no era tan evidente ni el hecho tan sin importancia como para decidir con la superficialidad que lo hizo. Existía un informe de la Policía Judicial del Departamento de Policía del Valle y varias declaraciones recibidas por la misma autoridad, que permitían formarse una idea de lo sucedido y conducían a concluir sin dificultad que SKAIKH ROJAS se encontraba comprometido penalmente en los hechos. Las declaraciones de DELIO ALEJANDRO SANCHEZ HERRERA y de NUBIA HERRERA LEON, recibidas por el Jefe de la Subsijin de Buga a las 00:10 y a las 2:20 horas del 17 de julio de 1993, presenciadas por una abogada visitadora de la Procuraduría Provincial, así lo indican.

Esa noche –según dicen—llegaron en compañía de SONIA EDITH GONZALEZ, MARCELA SANCHEZ, SAMUEL RENGIFO REVELO, NELSON OSORIO AMAYA y SANTIAGO RENGIFO REVELO. Ocuparon una mesa cercana a la piscina y pidieron licor. Como a la media hora, según lo expresó la señora HERRERA LEON, “empezó el paseo” de SHAIKH ROJAS “y sus secuaces”. De acuerdo con DELIO SANCHEZ, SHAIKH “y sus

guardaespaldas” los empezaron a mirar. Y allí comenzó el asedio por parte de éstos, del cual SHAIKH fue protagonista principal y se hizo muy claro para los recién llegados que se encontraban en peligro, hasta el punto de que DELIO ALEJANDRO SANCHEZ –según afirmó—le dijo a uno de los empleados de OMAR SKAIKH, cuando percibió el movimiento de hombres armados, que le dijera a su patrón que no querían que los mataran y que los disculpara aunque no habían hecho nada. “...y que nos deje salir vivos”.

La intimidación de que eran objeto, el peligro inminente en el cual se sentían y el miedo que los embargaba, se sintetiza en la siguiente acción realizada por DELIO ALEJANDRO SANCHEZ, que igual es corroborada por su madre NUBIA HERRERA LEON.

Ya OMAR SHAIKH había salido un momento del hotel, ya el testigo había observado el ingreso de “varios hombres como portando armas”, ya le había dicho a los demás que tenían que irse “porque parecía que los iban a matar”, ya SHAIKH los había desafiado y ya se disponían a pagar la cuenta. En tal momento éste último –le dijo SANCHEZ HERRERA a la Policía— “volvió a pasar por nuestra mesa con algunos de sus guardaespaldas” y uno de éstos lo retó a darse bala y otro le dio una patada “en la canilla” al tiempo que sacó la pistola. Ante esta situación, según sus propias palabras, lo que sigue fue lo que hizo el testigo:

“...yo me subí en la mesa después de que me sacó la pistola el muchacho..., yo saqué mi revólver apuntado hacia arriba dije en voz alta para que el público escuchara saco los tiros para no tener problemas con nadie y se lo di a un muchacho que trabaja en la prendería de la trece...”.

Mientras todo esto sucede, mientras NELSON OSORIO, sin responder, es golpeado en la cara, “...el señor OMAR no dice absolutamente nada ni detiene la patanería de sus muchachos solamente se ríe”, dice DELIO ALEJANDRO SANCHEZ.

Lo comentado hasta el momento era suficiente para caracterizar a OMAR SHAIKH ROJAS.

Sin duda alguna mandaba sobre el grupo de personas que lo rodeaban, que los testigos no dudaron en llamar “guardaespaldas” o “secuaces”. NUBIA HERRERA dice que se acercó a la mesa, insultó y “codeó” a SAMUEL RENGIFO y amenazó con “darles plomo”. Fue entonces quien incitó a sus hombres a secundarlo en sus ofensas, sus risas simplemente eran una autorización para que prosiguieran y no hizo nada para que se detuvieran, como lo precisó DIEGO ALEJANDRO SANCHEZ, quien además –se recuerda—le pidió a uno de los guardaespaldas, “el señor gordo alto”, que le dijera a SHAIKH que no querían que los mataran, que los disculpara y que los dejara “salir vivos”.

De acuerdo con los testigos, además, cuando salían del hotel luego de haber inclusive intentado sin éxito llamar a la policía, SHAIKH ROJAS y sus hombres los siguieron. Así relató ese momento DELIO ALEJANDRO SANCHEZ:

“...nosotros salimos enseguida se vino el señor OMAR y sus guardaespaldas, mi tío LUIS ENRIQUE HERRERA se encontraba afuera y los señores de la (moto) DT negra que vestía de sombrero y poncho y el muchacho gordo alto y moreno el cual vestía una camisa azul a rallas (sic), se dirigieron hacia mi tío y hacia mi y el señor OMAR se aparta, diciéndonos que la colocáramos como quisiéramos, en ese momento salen NELSON OSORIO y SAMUEL RENGIFO, el muchacho del poncho de la DT negra le metió un cachazo a SAMUEL, SAMUEL voltea y el muchacho de la DT negra le dispara con una pistola, SAMUEL agarró al señor de camisa azul rallada (sic), alto moreno y se cae al piso, NELSON sacó el revólver e hizo tiros al aire y yo salí huyendo para mi casa...”.

Pasada la balacera –dice NUBIA HERRERA que fue llevada a los baños mientras pasaba—observó regresar a OMAR SHAIKH riendo, caminando hacia su mesa al lado de la piscina.

El comportamiento del capturado, entonces, no podía considerarse al margen de cualquier compromiso penal. Se derivaba de esas primeras diligencias en forma

evidente, por el contrario, que había tenido participación en los hechos. Ciertamente que no disparó. Pero esto no era suficiente para afirmar, sin más, como lo hizo la procesada, que no existían cargos concretos en su contra. Fue quien inició el asedio al grupo de personas de la mesa vecina, permitió que sus hombres los agredieran, él mismo lo hizo de palabra y obra y con ello los estimuló en esa dirección, celebrando sus tropelías; se comportó, en suma, como un típico jefe de delincuentes, cuyo poderío lo deriva de su séquito de hombres armados a quienes determina su conducta constantemente sin necesidad de órdenes expresas, sino a través de la sutileza de los gestos o de la incitación a secundarlo, como pasó en el caso examinado según era constatable en forma manifiesta con las primeras pesquisas.

Resumidamente SHAIKH ROJAS comenzó la agresión, la mantuvo durante todo el tiempo, profirió amenazas de muerte, humilló y atemorizó a sus víctimas y permitió que sus guardaespaldas lo secundaran y llevaran la situación hasta el ataque armado, sin que en momento alguno hubiese hecho algo por impedirlo. Esto revela a las claras la intención criminal que desde el comienzo lo acompañó. En todo momento tuvo en sus manos el desarrollo del hecho; tenía el control de dejarlo avanzar o detenerlo. En conclusión, tuvo el dominio sobre lo ocurrido y en tales condiciones era factible sostener inclusive una hipótesis de coautoría criminal, a partir –se reitera– de los elementos de juicio que le entregó la Policía Judicial a la doctora SOLEDAD MARIN LOZANO. Así las cosas, no puede compartir la Sala el argumento del Tribunal según el cual la conducta de OMAR SHAIKH aparece independiente a la de sus acompañantes y no es posible establecer ningún nexo criminal entre ellos. Las razones dadas por la Corte contradicen con claridad esta posición, que no escudriñó a fondo los testimonios de DELIO SANCHEZ HERRERA y de NUBIA HERRERA LEON, y que estimó en forma superficial que la única circunstancia de compromiso para SHAIKH ROJAS era el señalamiento de algunos de sus guardaespaldas como “intervinientes en la reyerta”.

El otro punto es el de la flagrancia, que no se estimó estructurada según la providencia

expedida por la doctora MARIN LOZANO el 17 de julio de 1993. Según el Tribunal, no es claro que haya tenido ocurrencia el fenómeno. La Corte, otra vez, está en desacuerdo.

Cierto que la declarante NUBIA HERRERA LEON adujo que cuando llevaba cerca de una hora en el Comando de la Policía escuchó que SHAIKH ROJAS llegó al lugar "...disque (sic) a entregarse porque el sabe que lo van a involucrar en este asesinato...". Esta información, sin embargo, no pone en entredicho el informe de la Policía como lo aduce la primera instancia. La testigo sólo expresa que le oyó decir eso. Y de allí no puede colegirse que está en tela de juicio la información policial, especialmente cuando la misma es en lo esencial corroborada por el propio OMAR SHAIKH ROJAS en la declaración que rindió ante la Policía, a pesar de su afirmación categórica de ser completamente ajeno a los hechos y no saber siquiera qué fue lo que sucedió.

El mismo manifestó que luego de oír unas "explosiones", no sabe si de "tiros" o de "pólvora", supo que había "unos heridos afuera en el hotel". Agrega: "...yo no los veo ni se quiénes son, sólo se que dicen que fui yo, la persona con que estuve hablando dice que una señora de vestido verde que dice que fui yo entonces inmediatamente busco un representante de la autoridad, no se ni el grado ni el rango, me dice espere aquí y yo me quedo esperando entonces dos agentes de la policía me traen hasta aquí, sin decirme como ni porque, ni por orden de quien...".

En el informe de la Policía se lee:

"Siendo aproximadamente las 23:00 horas del día 160799 fue traído por personal uniformado a estas dependencias el señor OMAR YAMIL SHAIKH ROJAS, identificado con la C.C. 14.883.062 de Buga, 31 años de edad, grado de instrucción universitario, casado, natural y residente en la calle 5 #7-49 de Buga, (...); los cuales lo condujeron a estas dependencias con el fin de esclarecer los hechos, en razón a que éste señor se

encontraba en el Hotel Guadalajara departiendo con las personas que se encontraban involucradas en una riña, con los resultados citados anteriormente, de acuerdo a lo manifestado por la señora NUBIA HERRERA LEON...”.

Es indudable, entonces, que OMAR SHAIKH fue capturado y que en dicha condición fue dejado a disposición de la doctora MARIN LOZANO. Y no era complejo concluir que su aprehensión se produjo en flagrancia. Eran pocos los minutos que habían transcurrido desde los hechos, estaba aún en el escenario de su ocurrencia y al menos NUBIA HERRERA LEON y DELIO ALEJANDRO SANCHEZ, como se desprende de sus declaraciones, le atribuían haber participado en los mismos como quedó visto,

A juicio de la Sala, entonces, el auto de la Fiscal acusada mediante el cual dejó en libertad inmediata al capturado el 17 de julio de 1993 es manifiestamente contrario a la ley. Se trataba de una funcionaria de basta experiencia, según se desprende de la relación de cargos ocupados desde su ingreso a la Rama Jurisdiccional el 1º de mayo de 1980 y en tal medida resulta increíble la aclaración que suministró en su defensa, de acuerdo con la cual lo único que consideró como fundamento de la decisión fue que OMAR SHAIKH no esgrimió arma de fuego y que no pensó en tal momento en figuras jurídicas distintas a la autoría material. En cuanto a la circunstancia que también menciona en su versión, atinente a que no tomó en cuenta el hecho de que los autores de los disparos hayan sido los guardaespaldas del capturado, simplemente porque éste negó tener “gente a su servicio”, es una explicación débil. Los testigos SANCHEZ HERRERA y HERRERA LEON siempre se refirieron con tal expresión a los acompañantes de SHAIKH ROJAS. También los llamaron “secuaces” y además, como se infiere sin dificultad de sus relatos, dejaron supremamente manifiesta la relación que la procesada pretende que no estaba clara, basada en la posición de absoluta conveniencia que adoptó SHAIKH en la declaración que rindió ante la Policía.

La intención de violar la ley por parte de la acusada es inferible de varias circunstancias.

En primer lugar, no obstante la gravedad de los hechos, de la falta de actividad investigativa inmediata a los mismos orientada al descubrimiento de los autores de los homicidios y a obtener claridad, si le hacía falta, en torno a las circunstancias precisas de la aprehensión e igualmente, si requería de mayor ilustración, sobre la intervención del capturado en los mismos.

Lo único que hizo la funcionaria ese día, a pesar de la conmoción que causó el suceso, fue dictar la decisión cuestionada. Sin fundamentación ninguna, diciendo categóricamente unas conclusiones que sin gran esfuerzo y como ya quedó demostrado resultaban contrarias al contenido de los medios de prueba que le entregó la policía. Y el siguiente 22 de julio de 1993, cuando ya la testigo NUBIA HERRERA LEON se había ratificado ante la propia funcionaria de lo sostenido ante la Policía, nuevamente sin expresar los motivos, bajo la fórmula vacía de la no existencia de mérito para recibirle versión ni indagatoria a SHAIKH ROJAS, la decisión de la acusada fue recepcionarle testimonio, reiterando con ello el ánimo de favorecer a toda costa al mencionado, dejándolo al margen de la investigación penal y desconociendo con ello su compromiso penal en los hechos, al cual ya se hizo amplia referencia.

La Corte estima, como producto de lo dicho, que la procesada incurrió en el delito de prevaricato por acción objeto de la resolución acusatoria. Así las cosas, se revocará el fallo impugnado y en su lugar se le condenará como autora responsable del cargo.

El artículo 149 del Código Penal de 1980 (antes de la modificación introducida por el artículo 28 de la ley 190 de 1995) es la norma aplicable al caso en virtud del principio de favorabilidad. Simplemente porque la pena de prisión allí prevista (1 a 5 años) es significativamente menor a la de la ley posterior y adicionalmente, a diferencia de ésta, la norma no consagra pena de multa. Entre los extremos punitivos señalados, entonces, procederá la Sala a establecer la sanción imponible en el caso concreto, acudiendo para ello a los criterios previstos en el artículo 61 de la misma codificación,

dado que es con arreglo al sistema para tasar la pena establecido en dicho estatuto que corresponde hacer la tarea en el presente caso.

Estima la Sala, en concordancia con tal precepto, que debe incrementarse el mínimo de pena de un año de prisión, del cual se parte para su determinación, en seis meses más. Esto en consideración a que el delito es especialmente grave si se tiene en cuenta que la funcionaria dejó en libertad a uno de los posibles responsables de unos hechos de gran trascendencia social, que dejaron como resultado la muerte de tres personas. Y a que, de otra parte, se traduce una mayor intensidad en el actuar doloso al persistir, contra las evidencias procesales, en mantener al margen de la investigación penal a una persona respecto de la cual existía mérito más que suficiente para su vinculación procesal.

Por razón de la concurrencia en su conducta de la circunstancia de agravación prevista en el artículo 66-11 del Código Penal de 1980 (art. 58-9 de la ley 599 de 2000), la Sala adicionará en 3 meses más la sanción a imponer. Se trataba de una funcionaria que tenía confiado el deber de administrar justicia y como tal era mayor la exigencia de un comportamiento ponderado y ejemplar en la aplicación de la ley, que más que nadie se encontraba obligada a respetar.

La Corte le impondrá a la procesada, además, por igual término al de la pena de prisión, la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, también prevista como principal en el artículo 149 del Código Penal de 1980.

Debe señalarse, de otra parte, que al no encontrarse probado que se haya causado algún perjuicio económico con el delito, la Corte se abstendrá de condenar civilmente a la doctora SOLEDAD MARIN LOZANO.

Se decidirá, por último, no concederle a la acusada la condena de ejecución condicional y tampoco la pena sustitutiva de prisión domiciliaria. Ciertamente que en ambos casos, de conformidad con los artículos 63 y 38 del Código Penal, se cumple con el requisito

objetivo. Pero no sucede lo mismo con la denominada exigencia subjetiva, es decir, en la condena condicional, “que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena”; y “que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena”, en el caso de la prisión domiciliaria.

A dicha conclusión se arriba al examinar los fines de la pena. Esta, de conformidad con el artículo 4º del Código Penal, “cumplirá funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social –finaliza la norma— operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”.

La Sala ha interpretado¹ que cuando la disposición declara que la prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión, ello impide que dichos criterios sean tenidos en cuenta en la determinación o individualización de la pena privativa de la libertad, pero no significa la exclusión de las demás finalidades fundamentales de la pena en su imposición como en su ejecución.

Las funciones de prevención general y retribución justa, entonces, deben tenerse en cuenta para imponer, como para ejecutar la prisión domiciliaria en sustitución de la prisión carcelaria, e igualmente para decidir sobre la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad.

“Independientemente de las afinidades teóricas que se tengan sobre los conceptos básicos que integran las funciones de la pena –precisó la Sala en las providencias citadas— la decisión de política criminal del Estado colombiano en cuanto a los principios

y los fines de la pena es la adoptada en los artículos 3 y 4 del Código Penal. Desde esa óptica, la función de 'retribución justa' puede abordarse de manera general en dos estadios claramente diferenciados del proceso penal. Como criterio que influye en la determinación judicial de la pena, en cuanto es en tal momento que se define la medida de la retribución y se determina su contenido de justicia, de mano de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; y, como función vinculada a la ejecución de la pena que no puede ser dejada de sopesar cuando vaya a enjuiciarse la adopción de providencias que anticipen material y condicionalmente una parte de la privación efectiva de la libertad o la subroguen por un periodo de prueba.

"Igual cosa ocurre con la función de 'prevención general', a través de la cual se advierte a la sociedad de las consecuencias reales que puede soportar cualquiera que incurra en una conducta punible: paradójicamente el hombre se ve compelido a proteger la sociedad mediante la amenaza a los individuos que la componen. Porque el orden jurídico es un sistema que opera bajo la formula acción-reacción, supuesto-consecuencia jurídica. Ese fin de 'prevención general' es igualmente apreciable tanto para la determinación judicial de la pena como para el cumplimiento de la misma, pues se previene no solo por la imposición de la sanción, sino y sobretudo, desde la certeza, la ejemplarización y la motivación negativa que ella genera (efecto disuasivo), así como desde el afianzamiento del orden jurídico (fin de prevención general positiva)".

A partir de este marco teórico es evidente para la Sala la conclusión de improcedencia de cualquiera de los subrogados penales anotados. La conducta por la cual se condenará a la doctora MARIN LOZANO, como se dijo en su momento, es de especial gravedad. Dejó en libertad a uno de los posibles responsables de varios atentados contra el más importante de los derechos fundamentales de la persona humana y hasta donde estuvo a su alcance lo mantuvo al margen de la investigación penal, hasta el punto de suspender finalmente, contra las evidencias procesales, la investigación preliminar y así sumir en la impunidad tan repugnantes crímenes. Con su conducta persistente, aparte de

revelar mayor intensidad en el dolo como se adujo al dosificar la sanción, el mensaje que envió a la sociedad, ciertamente demasiado claro, fue el de una justicia esclava de una persona jactanciosa que no tiene ninguna consideración por la sociedad ni por sus reglas mínimas de convivencia y que basa el respeto en el poderío que deriva del grupo de matones que lo protege y secunda. El de una justicia en manos del poder cínico de quienes carecen de una “razón” distinta a la sinrazón de la fuerza de las armas y se les llama “Don” solamente por el temor que infunden. El de una justicia inmovible ante una cultura típica mafiosa, que se estimula si no es atacada y se hace más desafiante cuando —como en el caso del proceso— un “guardián de la ley” viola la ley y comunica con su acto que esas personas son intocables.

Ante la gravedad superlativa del comportamiento de la procesada, entonces, las hipótesis de suspenderle la ejecución de la pena o de que la purgue en su domicilio causarían asombro y desazón entre los asociados, al ver “premiada” a quien habiendo sido designada para defender la legalidad, lo que hizo fue vulnerarla de manera abierta, persistente y sin escrúpulos. Concederle uno de tales subrogados, en conclusión, traduciría un serio compromiso de la finalidad de la prevención general positiva de la pena (afianzamiento del orden jurídico), por la pérdida de confianza de la comunidad en la ley.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1º. REVOCAR la sentencia apelada.

2º. CONDENAR a la doctora SOLEDAD MARIN LOZANO, identificada con la C. de C. #29.869.696 de Tulúa (Valle), a 21 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el igual término, en calidad de autora responsable del delito de

prevaricato por acción.

3º. NO SE LE CONDENA al pago de daños y perjuicios, en concordancia con lo dicho en las motivaciones.

4. DECLARAR que la doctora MARIN LOZANO no tiene derecho a la condena de ejecución condicional ni a la prisión domiciliaria. En consecuencia, SE DISPONE SU CAPTURA.

5. En firme el fallo, REMITIR copia auténtica a las autoridades señaladas en la ley.

6. DECLARAR PRESCRITA la acción penal en relación con el posible prevaricato en el cual incurrió la doctora SOLEDAD MARIN LOZANO al proferir la providencia del 21 de junio de 1994, mediante la cual suspendió la investigación preliminar adelantada por los hechos ocurridos la noche del 16 de julio de 1993 en el Hotel Guadalajara de Buga.

Notifíquese y cúmplase.

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL JORGE E. CORDOBA POVEDA

HERMAN GALAN CASTELLANOS CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO EDGAR LOMBANA TRUJILLO

CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria

1 . Cfr. providencias del 28 de noviembre de 2001 (Segunda instancia #18.285) y de marzo 14 de 2002 (Unica instancia #7026). M.P. Carlos E. Mejía Escobar.