

Proceso No 16626

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Aprobado Acta No. 04

Bogotá D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil cuatro (2.004).

VISTOS

Decide la Sala los recursos de apelación oportunamente interpuestos por el Procurador 113 Delegado en lo Judicial de Medellín y el Fiscal 4º Delegado de la Unidad de Fiscalías delegada ante el Tribunal Superior de esa misma ciudad, en contra de la sentencia de primera instancia dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, que absolvió al Dr. JHONNY DE JESUS LOPEZ PATIÑO, Fiscal 66 de la Unidad de Delitos contra la Seguridad Pública, ley 30 de 1.986 y otros, en las dos causas acumuladas, por el delito de prevaricato por acción atribuido en la primera de ellas, y por los injustos de falsedad material de particular en documento público, ocultamiento de documento público, abuso de función pública y favorecimiento de la fuga de presos, endilgados en la segunda.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

1.1. HECHOS DE LA PRIMERA CAUSA.

El 30 de septiembre de 1.998 se produjo la fuga de la Cárcel Nacional de Bellavista de Medellín, del interno JACINTO ALBERTO SOTO TORO, quien estaba privado de la libertad por cuenta de la Dirección Regional de Fiscalías de Bogotá desde el 18 de septiembre de 1.998, fecha en que por competencia le fue remitido el expediente que le adelantaba la Dirección Regional de Fiscalías de Medellín, por el delito de conformación de grupos ilegalmente armados.

La fuga se produjo como consecuencia de la expedición de la boleta de libertad No. 367, acompañada de la resolución que la concedía del 29 de septiembre de 1.998, proferidas por el Fiscal 66 de la Unidad de delitos Contra la Seguridad Pública, ley 30 de 1.986, JHONNY DE JESUS LOPEZ PATIÑO, funcionario que no adelantaba ninguna investigación contra SOTO TORO; y de la cancelación en la tarjeta del recluso que llevaba el centro carcelario, de la anotación atinente a que el detenido a partir del 18 de septiembre quedaba a disposición de la Dirección Regional de Bogotá, registrando en su lugar – falsamente – que desde el 25 del mismo mes y año permanecía a orden de la Dirección Seccional de Fiscalías de esa ciudad, anexándose en la carpeta del interno únicamente el oficio falso que soportaba la última anotación. La libertad fue confirmada por el mismo Fiscal, LOPEZ PATIÑO.

## 1.2. HECHOS DE LA SEGUNDA CAUSA

El Fiscal 66 Seccional de Medellín, Dr. JHONNY DE JESUS LOPEZ PATIÑO, adelantaba el proceso seguido en contra de SIGIFREDO GUTIERREZ CARVAJAL, por infracción a la ley 30 de 1.986, en cuyo desarrollo practicó, el 25 de agosto de 1.995, diligencia de audiencia especial a solicitud de la defensa con arreglo a lo dispuesto por el artículo 37 A del Código de Procedimiento Penal anterior, concediendo al sindicado la libertad provisional al estimar que se reunían los presupuestos de la condena de ejecución condicional, para lo cual le disminuyó la pena en una tercera parte y concluyó que no requería tratamiento penitenciario fundado en la falta de antecedentes y en su buena conducta. Sin cumplir con

el término legal remitió el expediente pasados cerca de 5 meses de la realización de la audiencia al juez penal del circuito de conocimiento - el 15 de enero de 1.996 -, quien formuló observaciones al acuerdo y luego lo improbo, ordenando compulsar copias en contra del sindicato para que fuera investigado penalmente.

## 2. ACTUACION PROCESAL

### 2. 1. Primera causa.

2.1.1. Abierta la instrucción por la Unidad de Fiscalías ante el Tribunal Superior de Medellín, fueron vinculados mediante indagatoria el Fiscal JHONNY DE JESUS LOPEZ PATIÑO; los empleados de la Cárcel Nacional de Varones de Bellavista, ALEXANDER ZARATE VARGAS, quien cotejó la firma y la huella de la boleta de libertad con las registradas por el Fiscal en la Cárcel, la Secretaria MERY ZULETA GALLEGO, el director CARLOS ALBERTO BOLAÑOS ORTIZ, el subdirector EDGAR SANCHEZ SANCHEZ, y el abogado sustanciador de libertades EDUARDO ARTURO GIL TRIGOS; y finalmente, ROBERTO LUIS MEJIA ALVAREZ, a quien se sindicó de entregar la boleta de libertad en el centro de reclusión.

Al resolver la situación jurídica dictó medida de aseguramiento de detención preventiva que sustituyó por domiciliaria en contra del fiscal LOPEZ PATIÑO y de ROBERTO LUIS MEJIA ALVAREZ, detención preventiva a EDGAR SANCHEZ SANCHEZ y caución prendaria a CARLOS ALBERTO BOLAÑOS ORTIZ, absteniéndose de asegurar a ALEXANDER SARATE VARGAS, MARY ZULETA GALLEGO y EDUARDO ARTURO GIL TRIGOS.

Cerrada la investigación en relación con JHONNY DE JESUS LOPEZ PATIÑO, la Fiscalía lo convocó a juicio como probable ejecutor material de los delitos de abuso de función pública, favorecimiento de la fuga de presos, doble falsedad material de particular en documento público y falsedad por ocultamiento de documento público; le negó la libertad provisional y dispuso que continuara en detención domiciliaria.

Decisión confirmada por la Unidad de Fiscalías Delegada ante la Corte Suprema de Justicia con decisión del 1 de marzo de 1.999, con la que resolvió el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado.

En la actuación se desconoce el estado actual del proceso adelantado en contra de los no aforados.

- Síntesis de los cargos imputados en la acusación y su argumentación:

De la ponderación conjunta de los medios de convicción, dedujo la Fiscalía, la presencia de la exigencia probatoria requerida para llamar a juicio al vinculado, LOPEZ PATIÑO.

Para esos fines dio total credibilidad a la declaración de la Coordinadora de la Unidad, Dra. GILMA BETANCUR MESA, quien afirmó que una vez le preguntó al sindicato si era cierto que había expedido la boleta de libertad, le manifestó que había actuado bajo presión, que era la primera vez, añadiendo “me dijo que me iba a contar algo a mi porque me tenía mucha estima, me comentó que su hijo lo iban a secuestrar, yo le entendí que por eso había tenido que hacer eso”.

Testimonio que encontró armónico con lo expresado por OSCAR HUMBERTO ZULUAGA GIRALDO, en cuanto a que recibió una llamada de la cárcel con el objeto de confirmar la libertad, la cual atendió personalmente el procesado; hecho que puso en conocimiento del jefe de la secretaría común quien en ese sentido declaró, y que coincide con lo afirmado por GIANNY PERSIDES GARCIA MURILLO, de haber confirmado la libertad con el propio Fiscal LOPEZ PATIÑO, haciéndola constar en el sello que estampó en la boleta.

Con lo atestado por HUGO FERNANDO CASTAÑEDA ARENAS, jefe de la secretaría de la Unidad, de que en la semana del 28 de septiembre y el 1 de octubre de 1.998, la Unidad no expidió ninguna boleta de libertad.

Con la información del C.T.I. referente a que el proceso en donde supuestamente se expidió la boleta de libertad había sido tramitado por el mismo procesado pero en contra de otros sindicados, y remitido a los Juzgados Penales del Circuito de esa ciudad, el 15 de septiembre de 1.998.

Y, con el indicio de oportunidad, pues sólo una persona con la investidura de Fiscal Seccional podía confirmar la libertad ordenada.

Que la prueba pericial hubiese determinado que las firmas de la resolución y la boleta de libertad son imitaciones serviles de la utilizada por el endilgado, asevera la Fiscalía, no lo exonera de responsabilidad al procesado pues es sabido que una persona puede fingir su propia letra, o en este caso, pudo suceder que un tercero hubiese fingido la firma de acuerdo con él para no dejar evidencia. Empero, cualquier duda que pudiera existir la despeja la Fiscalía con la prueba técnica que concluyó que la huella que ostenta la resolución que dio la libertad corresponde a la del dedo índice derecho del Dr. LOPEZ PATIÑO.

La valoración conjunta de estos medios de convicción, reitera, le transmite seguridad de que el procesado es un eslabón más de la cadena plural de sujetos que ejecutaron la fuga de JACINTO ALBERTO SOTO TORO.

Ahora bien, fundada en que el procesado consciente y voluntariamente hizo parte del plan conjunto, efectuó la siguiente calificación jurídica de los hechos:

En el delito de falsedad material de particular en documento público descrito y sancionado por el artículo 220 del Código Penal derogado, ubicó como una acción la elaboración de la providencia y la boleta de libertad por responder a una sola ideación; y la creación del oficio que informó falazmente que a partir del 25 de septiembre de 1.998 el preso quedaba a órdenes de la Dirección Seccional de Medellín cuando en verdad lo estaba de la Dirección Regional de Bogotá desde el 18 del mismo mes, falsedad que estimó

compleja por ser reproducida la información en la tarjeta del interno.

Conductas que agravó con el inciso 2º del artículo 222 del Código Penal, por virtud de que los documentos fueron utilizados por uno de los coautores.

En el delito de destrucción, supresión y ocultamiento de documento público descrito y sancionado por el artículo 223 del Código Penal anterior, encasilló el ocultamiento del oficio No. 4913 del 18 de septiembre de 1.998, que informaba que desde esa fecha el recluso quedaba a órdenes de la Dirección Regional de Fiscalías Bogotá, documento necesario para darle visos de veracidad a la anotación hecha en la tarjeta de reseña atinente a que el contenido del oficio había sido anotado erradamente.

En el favorecimiento de la fuga, previsto en el artículo 179 del Código Penal derogado, por ser ese el fin perseguido por la empresa criminal.

Y, en el delito de abuso de función pública descrito y sancionado en el artículo 162 ibídem, el haber decretado, expedido y confirmado la libertad sin adelantar ningún proceso en contra del fugado, incursionando ilegalmente en funciones ajenas.

Como circunstancias genéricas de agravación punitiva del injusto de favorecimiento de la fuga, le endilgó las previstas en los ordinales 4,7 y 11 del artículo 66 del Código Penal, por su preparación ponderada, con intervención esencial del procesado quien por virtud del cargo que ostentaba ocupaba una posición distinguida en la sociedad.

Y, a las falsedades la del numeral 12 del artículo 66 ibídem, por ser realizadas para ejecutar o facilitar la fuga de SOTO TORO.

Finalmente, negó la libertad provisional del procesado, ordenando que continuara cumpliendo la detención domiciliaria.

## 2.2. Segunda causa:

2.2.1. Con el auto del 31 de enero de 1.996, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Medellín, por medio del cual improbo el acuerdo a que llegaron en audiencia especial el Fiscal 66 de la Unidad de Delitos contra la Seguridad Pública y ley 30 de 1.986, JHONNY DE JESUS PATIÑO LOPEZ y el sindicado SIGIFREDO GUTIERREZ CARVAJAL, dentro del proceso que este le adelantaba por narcotráfico, dispuso la compulsación de copias para que se investigara penalmente al Fiscal por haber tramitado la audiencia especial cuando lo que procedía era la de sentencia anticipada en virtud a que no existía ninguna duda sobre los elementos del delito y la responsabilidad del sindicado, por disminuir la pena en una tercera parte como si se tratara de sentencia anticipada, por declarar que concurrían los ingredientes para conceder la condena de ejecución condicional, sin que realmente se configurara el aspecto subjetivo pues era claro que el procesado requería tratamiento penitenciario teniendo en cuenta la naturaleza y modalidad del hecho punible, y otorgar consecuentemente la libertad provisional sin estar consolidado el acuerdo debido a que tan sólo remitió el expediente después de transcurrir cerca de 5 meses.

Copias que habiéndole correspondido a la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Medellín, le sirvieron de base para abrir investigación en contra del Fiscal LOPEZ PATIÑO, a quien vinculó mediante indagatoria y le resolvió la situación jurídica con imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de prevaricato por acción, sustituyéndola por domiciliaria.

2.2.2. Con decisión del 11 de febrero de 1.999 dicha Unidad de Fiscalías, lo convocó a juicio criminal como presunto autor responsable del delito de prevaricato por acción, fundada en los siguientes argumentos:

Teniendo como base que el procesado fue capturado en flagrancia al encontrarse en

su residencia cocaína para su expendió, dice, era evidente que ninguna duda se cernía sobre los elementos de la conducta punible y la responsabilidad del sindicado, por lo tanto, lo procedente era la sentencia anticipada y no la audiencia especial.

Además, sin fundamento alguno, disminuyó la pena en la audiencia especial en una tercera parte como si se tratara de la aplicación de la sentencia anticipada.

Y, sin haber sido aprobado el acuerdo por el juzgado de conocimiento, en la misma audiencia especial, agrega la Fiscalía, reconoció la condena de ejecución condicional apoyado en que el sindicado no tenía antecedentes penales y en su buena conducta, soslayando el análisis de la modalidad y la naturaleza del delito y la personalidad del sindicado, cuya valoración demostraban que requería tratamiento penitenciario.

De otro lado, la Fiscalía desechó la excusa ofrecida por el indagado de haberse equivocado al apoyar el análisis del factor subjetivo sólo en ausencia de antecedentes y el buen comportamiento anterior, teniendo como estribo el dilatado tiempo que llevaba al servicio de la jurisdicción y en particular en la misma unidad, en donde venía conociendo de ese tipo de delitos.

El supuesto desconocimiento de la normatividad, lo enerva fundada en que si bien es cierto que era la primera audiencia especial que tramitaba, ello lo obligaba a consultar y averiguar sobre su trámite con el coordinador, sus colegas fiscales, o profesionales del derecho versados en la materia, y no conformarse con la información que le ofrecía su auxiliar, un lego en asuntos jurídicos, sin reparar siquiera que el caso que sirvió de guía era diferente al que él tramitaba.

Que la libertad la otorgó con base en el concepto que una juez había dado en un caso similar porque el beneficio procedería sólo si se reunían los requisitos del artículo 68 del Código Penal, es un argumento que tampoco comparte por cuanto el factor objetivo, dice, no se satisfacía ya que el artículo 37 A del anterior Código Procesal Penal no

autorizaba la rebaja de la pena en una tercera parte, ni el subjetivo habida cuenta que el implicado requería tratamiento penitenciario.

Con base en lo anterior, consideró la Fiscalía, que el procesado al imprimir el trámite de audiencia especial y no de sentencia anticipada, como correspondía por existir certeza sobre la responsabilidad del procesado en el delito de tráfico de estupefacientes, reducir la pena en una tercera parte, y conceder la libertad sin tener competencia para ello, la cual recaía en el juzgado de conocimiento al instante de aprobar el acuerdo y dictar sentencia; encasilló su conducta en el delito de prevaricato por acción descrito y sancionado por el artículo 149 del Código Penal anterior, modificado por la ley 190 de 1.995, por evidente y manifiesta su ilegalidad.

Adicionalmente, le imputó jurídicamente la circunstancia genérica de agravación punitiva prevista en el numeral 11 del artículo 66 del mismo Estatuto, en atención a la importancia que en la sociedad tenía el cargo que ocupaba.

Le concedió, por último, la detención domiciliaria.

2.3. Corrido el traslado del artículo 446 del Código Procesal Penal derogado, fueron acumuladas las dos causas y realizada la audiencia de juzgamiento, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín dictó el fallo correspondiente absolviendo al procesado por todos los cargos.

#### DECISION IMPUGNADA

Como se anunció la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín absolvió al Dr. PATIÑO LOPEZ de todos los cargos, afincada en las siguientes razones:

Argumentos de la absolución en la primera causa.

Interpreta el Tribunal que la duda probatoria a que alude el artículo 37 A del Código de Procedimiento Penal atañe a la preclusión de conductas sancionadas con pena menor y no a la adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional, pues sería absurdo que el procesado entrara a negociarlas cuando las mismas deben ser resueltas en su favor con arreglo a lo normado por el artículo 29 de la Carta Política.

Entendimiento que, dice, subyace en la actuación censurada al procesado, además que la norma por no ofrecer ninguna claridad hizo que entrara en desuso, dado que es la sentencia anticipada a la que regularmente acuden los procesados para obtener reducción de la pena.

Así entonces, considera el Tribunal, es imposible tildar de manifiestamente ilegal el trámite que el funcionario judicial le dio a la solicitud.

Como también lo es, asegura, fijar como pena 32 meses de prisión, pues el artículo 37 A del anterior Código Procesal Penal y los criterios para determinarla del artículo 61 del Código Penal derogado así lo legitimaban, teniendo en cuenta que la cantidad de alcañal decomisado no era considerable y que el procesado carecía de antecedentes.

Ni liberar al sindicado, porque si bien el artículo 37 A defería al juez la facultad de conceder la condena de ejecución condicional, el numeral 1º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal ordenaba conceder la libertad provisional en cualquier momento procesal cuando estuvieran reunidos los requisitos para suspender condicionalmente la ejecución de la pena y la misma no estuviera prohibida por el artículo 417 ibídem; lo que justamente encontró el Tribunal ocurría en este caso, por cuanto la pena a imponer era de 3 años de prisión y la personalidad, naturaleza y modalidad del hecho punible permitían suponer que el procesado no requería tratamiento penitenciario.

El retardo en el envío del expediente al juzgado de conocimiento, argumenta el

Tribunal, sólo podría acarrearle investigación disciplinaria, la cual no produjo ningún efecto.

Con base en estos argumentos el Tribunal absolvió al procesado por este delito.

- Argumentos de la absolución en la segunda causa:

En relación con la imputación sobre la creación de la resolución y la boleta de libertad, critica inicialmente que se hubiera hecho no obstante que la prueba técnica concluyó que las firmas de los documentos son imitación servil de la utilizada por el procesado, y que la de la boleta de libertad no es apta para el análisis dactilar.

Enseguida se ocupó de desvirtuar los fundamentos de la acusación, de la siguiente manera:

Dice que de los comentarios hechos por el procesado a la Coordinadora de la Unidad, Dra. GILMA BETANCURT MESA, no se puede aseverar que estuviera aceptando su participación en los hechos, por cuanto es la misma testigo quien afirma haberle entendido o interpretado en ese sentido, máxime cuando las aseveraciones las hizo estando embriagado.

Del testimonio de GIANNY PERSIDES GARCIA MURILLO, considera, tampoco se infiere que fue el procesado quien contestó la llamada hecha desde la cárcel para confirmar la boleta de libertad, puesto que si en vía de hipótesis se acepta que la llamada se hizo, la persona que la recibió como señaló al endilgado bien pudo suministrar el nombre de cualquier otro Fiscal de la Unidad.

Sobre las atestaciones de ALEXANDER ZARATE VARGAS, atinentes a haber reconocido la huella del sindicado en la boleta de libertad por conocerla de tiempo atrás en razón de sus funciones, dice, no se le puede dar credibilidad porque el testigo está siendo investigado

por estos hechos y puede estar asistido de interés en que el peso de la ley recaiga en otra persona.

No le otorga fuerza de convicción a la declaración de HUBERTO ZULUAGA GIRALDO, por haber aseverado que recibió la llamada entre las nueve y media y diez y media de la mañana del 30 de septiembre de 1.998, en tanto que la investigación evidenció que la boleta fue entregada en la cárcel a la una y media de la tarde, de donde infiere que la llamada recibida en la Unidad no fue la que se hizo desde el centro de reclusión para confirmar la libertad.

Teniendo como base que la prueba de grafología dictaminó que las firmas de la boleta y la resolución fueron imitadas, deduce el Tribunal, que el procesado no pudo ser el autor de dichos documentos por que la imitación servil implica la elaboración por otra persona y, además, porque el perito no encontró ningún rasgo de la letra del implicado en ellos que pudiera llevar a afirmar que fue él quien deformó o desfiguró su firma.

Y, la presencia de la huella del procesado en la resolución que ordenó la libertad, considera no basta para acreditar su responsabilidad pues aparece en la resolución y no en la boleta, documento que no se requería para la liberación.

Argumenta que la huella del procesado bien pudo serle tomada por alguno de los miembros de la organización criminal en una de sus múltiples borracheras, según lo refirió en la audiencia pública y avaló su ex colaborador HECTOR MORALES.

Desde esa perspectiva, asegura el Tribunal, las personas que ejecutaron el plan criminal acordaron y lograron desaparecer de la cárcel el oficio que dejaba a SOTO TORO a disposición de la Fiscalía Regional de Bogotá, sustituyéndolo por el que lo ponía a ordenes de la Dirección Seccional de Fiscalías de Medellín. En ese instante, complementa, “a no dudarlo que” pensando en las continuas embriagueces del procesado “no sólo acordaron que sería él el encargado de emitir la boleta y el consiguiente proveído

liberatorio, sino que efectivamente elaboraron esos documento simulando su firma en ellos. Y claro que para darles un mejor y acertado respaldo a esos falsos documentos, procedieron al menos a tomarle la huella digital de su índice derecho al Fiscal 66 Seccional y estamparla al lado de su firma imitada servilmente en el remedo de proveído obrante a folios 244, como quiera que para cumplir ese cometido era ese Fiscal Seccional el más fácilmente llamado a ser fingido. De allí que para esos efectos también hubiesen conseguido uno de los números radicadores llevados en su despacho para seguidamente estamparlo en los mencionados documentos”.

Con base en esas reflexiones el Tribunal llegó a la convicción que el procesado no participó en los hechos que se le atribuyen, pero en últimas y de no compartirse esa apreciación, dice, la duda insalvable existente debe resolverse a favor del enjuiciado.

En consecuencia, decidió absolverlo ordenando su libertad provisional y el levantamiento de la suspensión en el ejercicio del cargo.

## SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACIÓN.

### 1. Del Procurador 113 en lo judicial de Medellín.

Limita el recurso a la decisión de absolver al procesado por los delitos de abuso de función pública, falsedad de particular en documento público, ocultamiento de documento público y favorecimiento de la fuga de presos, pues comparte la atinente al prevaricato por acción.

Controvierte al Tribunal por no otorgar credibilidad a la Dra. GILMA BETANCURT MESA, pues en su sentir de su testimonio deriva el indicio de manifestaciones posteriores al delito, ya que al preguntarle si era cierto que había librado la boleta de libertad le manifestó que estaba presionado por la inminencia de un secuestro, afirmación que contrario al parecer del Tribunal lógicamente se refería al objeto de la conversación y no a

temas diferentes como lo sugiere la sentencia. Así lo evidencia, afirma, la actitud que asumió el procesado ante el compromiso serio que dichos comentarios le acarreaba, planteando una supuesta animadversión de la funcionaria hacia él, la cual enervó su propio auxiliar HECTOR MORALES RAVE.

Refuta la duda planteada por el Tribunal sobre la realización de la llamada hecha por GIANNY PERSIDES GARCIA para confirmar la libertad, aseverando que así lo demuestra el sello implantado en la boleta en donde consta que quien confirmó la libertad fue el propio Fiscal LOPEZ PATIÑO, sin que las diferencias en la hora en que se produjo, en la tarde según GIANNY PERSIDES y en la mañana según OSCAR HUMBERTO ZULUAGA GIRALDO, sean suficientes para afirmar que ello no ocurrió. Dicha imprecisión la supera otorgando total credibilidad al señor ZULUAGA GIRALDO atendiendo a lo pormenorizado de su relato determinando la hora, la ausencia inicial del procesado y su arribo a la oficina cuando él estaba atendiendo la llamada acompañado de su menor hijo a quien asía de la mano atendiendo personalmente la llamada, circunstancia esta corroborada por ANGELA SANCHEZ y HUGO FERNANDO CASTAÑEDA, empleados de la Fiscalía.

Además, la hipótesis de una suplantación la considera imposible, pues no se sabía que la llamada provenía de la cárcel y la presencia de varias personas en la oficina entre ellas la del mismo Dr. LOPEZ PATIÑO, hacían utópico que alguien se hiciera pasar por él.

Se opone a la credibilidad que el Tribunal otorgó a las manifestaciones hechas por el procesado en la audiencia de juzgamiento, consistentes en que fue utilizado por los miembros de la organización criminal como instrumento sin conocimiento y voluntad, aseverando que de haber ocurrido los hechos de esta manera, lo lógico hubiese sido que los denunciara en su momento, o que los refiriera en la indagatoria o en su ampliación, y no hacerlo en la audiencia cuando ya no había ocasión de refutarlos probatoriamente.

Asegura que la sentencia absolutoria se erige como el producto de la valoración insular de algunos de los medios de prueba y no del conjunto como estaba obligado a hacerlo el Tribunal, motivo que explica por qué no le dio valor a la demostración que la huella de la providencia liberatoria es la del dedo índice derecho del inculcado, y al reconocimiento que de la misma huella hiciera ALEXANDER ZARATE VARGAS en la boleta de libertad.

Forma de valoración que dejó sin respuesta la presencia de indicios graves que comprometen la responsabilidad del procesado, dice, tales como, la presencia de su huella en la providencia liberatoria, la confirmación telefónica que hizo de la boleta de libertad, las manifestaciones que le hizo a la Coordinadora de la Unidad, el uso de un radicado perteneciente a la Fiscalía 66 y de la papelería de la Fiscalía.

Con base en estos argumentos, reitera su solicitud de revocatoria de la sentencia condenatoria.

2. Del Fiscal Cuarto de la Unidad de Fiscalías Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

2.1. Al inicio, discrepa de la interpretación que el Tribunal le dio a la duda probatoria que exigía el artículo 37 A del Código de Procedimiento Penal para que procediera la audiencia especial, aduciendo que ella se refiere además de los otros delitos sancionados con pena menor, a los aspectos que tienen que ver con la adecuación típica de los hechos investigados, el título de participación de los intervinientes, el grado de culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional, como la norma expresamente lo prescribe.

Ahora, encuentra huérfano de soporte probatorio el argumento del Tribunal relativo que el procesado interpretó la duda probatoria como relacionada únicamente con los delitos castigados con menor pena, máxime, cuando el asunto no guardaba ninguna relación con

ese supuesto. Argumento, que por demás, considera la Fiscalía, es incoherente con la posición defensiva del sindicado de ignorar las normas sobre audiencia especial y carecer de experiencia en dosificación de penas, pues nadie puede interpretar lo que desconoce.

Estima que tramitar la audiencia especial frente a su evidente improcedencia por no existir duda probatoria en virtud de que la captura se produjo en flagrancia y conceder la libertad provisional previa reducción de la pena cuando esa es función exclusiva del juez de conocimiento, asevera, constituyen decisiones manifiestamente ilegales.

Asegura que en su proceder el enjuiciado actuó conociendo y queriendo contrariar la ley, sin que concurra prueba que lo presente como un ser carente de voluntad que hubiese sido utilizado como mero instrumento, como lo quiere hacer ver el Tribunal.

No es cierto, dice, que las normas sobre audiencia especial fueran de creación reciente, por haber transcurrido más de dos años desde la aparición de su primer antecedente legislativo el Decreto 2700 de 1.991, hasta el día de los hechos, el 25 de agosto de 1.995.

Desvirtuados los argumentos de la sentencia absolutoria, solicita sea revocada y en su lugar se condene al acusado por el delito de prevaricato por acción.

2.2. En lo que atañe a la segunda causa, controvierte el fundamento de la absolución consistente en que se comprobó que el procesado no participó en los hechos investigados, o en su defecto que acude en su favor la presencia de “una insalvable duda imposible de resolver”.

Por contraste, asegura, que el caudal probatorio evidencio que el inculcado se constituyó en pieza fundamental para la obtención de la libertad ilegal de JACINTO ALBERTO SOTO TORO.

Que las firmas de la providencia que decretó la libertad y la boleta que le dio cumplimiento hayan sido una imitación servil, y que la huella de esta última no sirviera para efectuar la prueba técnica, afirma, no significa que el procesado no hubiese participado en su elaboración ya que la prueba demuestra lo contrario.

Desde esa perspectiva, asevera, se evidenció que el procesado fue quien estampó la huella del dedo índice derecho en el remedo de providencia que decretó la libertad, sin poderse admitir la tesis del Tribunal de que “a lo mejor le cogieron la mano” para imprimir la huella en el documento, pues si está prohibido sustentar fallos de condena en suposiciones también lo está absolver con estribo en ellas, y en el proceso no existe ninguna prueba que la sustente, sin que el testimonio rendido por HECTOR MORALES RAVE en la audiencia pública, lo sea.

De la declaración de la Dra. GILMA BETANCUR MESA, deduce el hecho indicador de participación en los delitos, aduciendo que si bien es cierto que en un comienzo el procesado negó su intervención terminó reconociendo que “él nunca lo había hecho, hoy fue la primera vez” refiriéndose obviamente a la fuga de SOTO TORO. Era tan claro que a este tema aludía que la declarante expresó “me atreví a preguntarle cuanto le habían pagado”. Ahora, si era cierto que la conversación giró sobre la autoría de la boleta de libertad, no entiende el recurrente, por qué el Tribunal no tiene en cuenta este testimonio como prueba sobre su responsabilidad.

Tampoco acepta la valoración que en el fallo se hace de la declaración de GIANNY PERSIDES GARCIA MURILLO, porque en su sentir no cabe duda que el Dr. LOPEZ PATIÑO fue quien confirmó la libertad por teléfono, sin que pueda pensarse siquiera en un engaño, pues otra persona no podía suplantarlo delante de los demás empleados que se encontraban en la oficina, amen de que OSCAR HUMBERTO ZULUAGA es enfático en aseverar que fue el Fiscal quien atendió personalmente la llamada. A la diferencia de hora en que se realizó la llamada, le resta importancia el recurrente, dándole crédito a lo dicho

por GIANNY PERSIDES GARCIA MURILLO, por haberse demostrado que la boleta fue entregada en la cárcel en las horas de la tarde.

Complementariamente, dice, el expediente cuenta con la declaración de ALEXANDER ZARATE VARGAS quien reconoció la huella del procesado en la boleta de libertad, a la que le proporciona toda credibilidad por venir de una persona que estaba familiarizada con el estudio de la huella y, con el número de radicación que fue colocado en la providencia y la boleta de libertad, que corresponde a un proceso que conoció el acusado.

La concurrencia de esta plexo de indicios, afirma el Fiscal Delegado, evidencian la participación del inculcado en la comisión de los delitos por los cuales se acusa, reiterando en consecuencia a la Corte, la solicitud de revocar la absolución y en su lugar condenar al procesado.

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. A la luz de lo estipulado por el numeral 3º del artículo 75 del Código de Procedimiento Penal, compete a la Corte conocer de las apelaciones interpuestas en los procesos de conocimiento en primera instancia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por consiguiente, entrará a decidir las presentadas por el Procurador 113 en lo Judicial de Medellín y el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.
2. Conciérne precisar que en esta labor la Sala está restringida en su estudio al objeto de la apelación y a los aspectos inscindiblemente ligados a ella.

De la valoración conjunta de los medios de prueba que integran el proceso, frente a los argumentos que soportan la absolución y a los ofrecidos por los apelantes en la sustentación de los recursos, la Sala ha llegado a la convicción que existe prueba suficiente para condenar al procesado, acogiendo parcialmente los argumentos del Procurador

Delegado e integramente los del Fiscal Delegado. Veamos:

## 2.1. PRIMERA CAUSA.

La actuación evidenció que el 30 de septiembre de 1.998 JACINTO ALBERTO SOTO TORO se fugó de la Cárcel Nacional de Varones de Bellavista, en donde legalmente se encontraba detenido por cuenta de la Dirección Regional de Fiscalías de Bogotá desde el 18 del mismo mes y año - fecha en que le había sido puesto a disposición por su homóloga de Medellín -, sindicado del delito de conformación ilegal de grupos armados. Para el efecto, fue entregada en la cárcel ese mismo día la boleta de libertad acompañada de la resolución que disponía la excarcelación; documentos firmados, sellados y con la huella del Fiscal 66 de la Unidad de Delitos contra la Seguridad Pública, ley 30 de 1.986 y otros, Dr. JHONNY DE JESUS LOPEZ PATIÑO, quien en ese momento no adelantaba ninguna investigación en su contra; se anuló en la tarjeta de reseña la anotación del oficio mediante el cual la Dirección Regional de Fiscalías de Medellín puso a SOTO TORO a disposición de la Regional de Fiscalías de Bogotá el 18 de septiembre, se extrajo de la carpeta del interno dicho oficio y se registró en su lugar el apócrifo enviado por la misma Dirección Regional de Medellín dejándolo a disposición de la Dirección Seccional de esa ciudad el 25 de septiembre, incorporando a la carpeta dicho documento. La libertad fue confirmada por el mismo Fiscal, PATIÑO LOPEZ.

Contrario al parecer del a quo, los medios de convicción transmiten a la Corte la certeza que el Dr. JHONNY DE JESUS LOPEZ, hizo parte del grupo de personas que idearon, diseñaron y ejecutaron el plan criminal que dio como resultado la fuga de SOTO TORO del penal, correspondiéndole la elaboración de la resolución de excarcelación y la boleta de libertad, y su confirmación. Aseveración que surge de la convergencia de los siguientes indicios graves:

### 2.1.1. Reconocimiento de la elaboración de la resolución de excarcelación y la

expedición de la boleta de libertad hecha por el procesado a la Coordinadora de la Unidad de Delitos contra la Seguridad Pública, ley 30 de 1.986 y otros.

Indicio que deriva del contenido de la declaración de la Dra. GILMA BETANCUR MESA, ante quien el procesado reconoció su participación en los hechos, concretamente haber elaborado la resolución y la boleta de libertad. Nada más elocuente que el siguiente fragmento de su testimonio:

“...entró a mi oficina, pero estaba bastante alicorado, y le dije que si no había escuchado los comentarios por televisión, en donde el Director de la Cárcel decía que de allá no tenían nada que ver (sic), porque la boleta de libertad la había expedido un fiscal, que si sí era cierto que había sido él y el me dijo que no, luego me comentó te voy a comentar a vos solicita, queriéndome decir que él no se encontraba contento en la Unidad, porque yo lo vigilaba mucho, que estaba pendiente cuando llegaba, cuando no llegaba, pero de todas maneras él me apreciaba bastante (sic.), ya me dijo que tenía ganas de suicidarse de darse un tiro, pero que como no tenía arma, y le aconsejé que él tenía porque luchar, que tenía familia etc., etc. y me dijo que me iba a contar algo a mi porque me tenía mucha estima, me comentó que a su hijo lo iban a secuestrar, yo le entendí que por eso había tenido que hacer eso, inclusive yo le dije Doctor, es que si Usted hizo las cosas así no es responsable y más o menos me puso a explicarle, ya me dijo que inclusive había comentado algo con la señora y la señora le dijo que se iban para otra parte, pero siempre refiriéndose a los hechos de la fuga, como que fue obligado, pero después, como quiso retractarse y relacionó asuntos de cuando era Juez de Instrucción Criminal, que le tocaba levantar cadáveres y estar con el narcotráfico, no estar con ellos sino conociendo procesos de narcotraficantes (sic), inclusive que yo le pregunté que cuánto le habían pagado y me dijo no nada, nada, pero se le veía borracho, se le notaba la borrachera en el caminado, era que él nunca lo había hecho, hoy fue la primera vez; inclusive, que la señora de él llamó al medido día, como a las dos de la tarde, muy preocupada, que qué pasaba con su esposo, que qué problemas tenía y yo me

limité a decirle que se calmara porque estaba llorando, que el Doctor había ido borracho en la mañana y que no había vuelto a aparecer, que si yo sabía donde se encontraba se lo hacía saber.” .

Que no hubiese expresado directamente que había elaborado los documentos falsos, de ningún modo genera dudas acerca de la aceptación que hizo de su participación, pues las circunstancias en que se suscitó la conversación así lo acreditan.

En efecto, la reunión se produjo al tercer día del descubrimiento de la fuga como resultado de las averiguaciones que inmediatamente realizó la Fiscalía que lo señalaban como el autor de los documentos y de la confirmación de la boleta de libertad, motivo por el cual la jefe de la unidad lo estaba requiriendo con urgencia.

De suerte que cuando acudió a su llamado y al preguntarle si en verdad había expedido la boleta de libertad, pese a que en un comienzo lo negó, terminó aceptándolo abiertamente intentando justificar su comportamiento en la amenaza de plagio de su hijo, ser la primera vez que lo hacía y no haber percibido contraprestación alguna a cambio.

Es lógico que el inculcado se refería a la elaboración de la resolución y la boleta de libertad pues ese era el punto específico por el cual era interrogado, y las circunstancias que rodearon la entrevista descartan la posibilidad de que aludiera a un tema diferente, ya que desde el día anterior se venía averiguando sobre el Fiscal que había librado ilegalmente la boleta de libertad, habiéndole informado la Jefe de la Unidad que según la oficina jurídica de la cárcel era él quien aparecía expidiéndola, siendo ese el exclusivo motivo de su requerimiento.

Ahora, atendiendo la gravedad de los hechos investigados, la fuga de una persona sindicada de la conformación irregular de grupos armados, en cuya ejecución se le atribuía participación, es irracional pensar que el enjuiciado aludía a hechos totalmente ajenos

al objeto de la conversación, o que su interlocutora malinterpretara sus respuestas.

El Tribunal descarta la presencia de este indicio haciendo suyos los argumentos de la defensa, relativos a que de esta declaración no es viable deducir la participación del procesado en los injustos penales, por virtud de que la misma testigo afirma que así entendió o interpretó sus afirmaciones; argumento que por ilógico se desecha, pues ningún otro entendimiento puede darse a las aseveraciones hechas por el enjuiciado en las circunstancias especiales en que las expresó, las cuales diluyen cualquier hesitación.

Ciertamente, para llegar a esa conclusión basta recordar que los hechos habían sido ejecutados apenas dos días antes, que el día anterior la Jefe de la Unidad había reunido a los Fiscales para averiguarles quién había librado la boleta de libertad, en cuyo desarrollo se conoció a través de la cárcel que la misma aparecía firmada por el procesado quien le negó enfáticamente su autoría, luego se ausentó todo el día de la oficina sin que los miembros del C.T.I. pudiera tomarle sus huellas para cotejo técnico, ni acudir al llamado de la Coordinadora para que diera explicación a la nueva imputación que se le hacía de haber confirmado telefónicamente la libertad, apareciendo tan sólo al día siguiente (2 de octubre) en estado de embriaguez, reconociendo, como ya se vio, su participación en los actos criminales. Dentro de ese contexto es claro, evidente, palmar, que sus afirmaciones no tenían otro sentido que aceptar su intervención en las conductas delictivas que se estaban investigando.

Es más, en el momento que quiso retractarse la testigo convocó al auxiliar OSCAR HUMBERTO ZULUAGA, quien sostuvo que el sindicado era la persona que había atendido personalmente la llamada confirmatoria de la libertad, lo que denota que efectivamente la conversación gravitó exclusivamente sobre ese punto y que la aceptación del implicado se ciñó a la autoría de los documentos.

Es que el mismo procesado en su indagatoria, afirma que la última entrevista con la Jefe de Unidad tuvo como objeto el mismo tema de la fuga del “jefe paramilitar” y al hacerle saber el reconocimiento tácito que la testigo dijo le había hecho, dice que en gran parte es producto de la conversación que sostuvieron y en lo que tiene que ver con los otros aspectos, dijo “son puro sentimentalismo de borracho que ella, por cierta confianza no había de haberlo manifestado”.

Que el procesado estuviera embriagado no le resta fortaleza al indicio, como lo argumentó el Tribunal, pues como se vio en la injurada claramente manifestó recordar cuál fue el objeto de la conversación, aceptando haber expresado la mayor parte de lo referido por la testigo, atribuyendo algunos comentarios que le hizo a sentimentalismos de borrachera, es decir, que tenía conocimiento exacto de sus comentarios.

La supuesta animadversión de la testigo hacia el implicado, amen de carecer de relación de causalidad con el reconocimiento de la creación de los documentos, fue totalmente desvirtuada en el proceso al constatarse que el cambio de oficina y las llamadas de atención que le hizo, no fueron otra cosa que el ejercicio de sus funciones motivada por el bajo rendimiento laboral que mostraba y las ausencia permanentes del trabajo.

En fin, la valoración conjunta de estos elementos de juicio, transmiten a la Corte la certeza de que el procesado aceptó ante la testigo haber participado en la elaboración de la resolución que supuestamente concedía la excarcelación y la boleta de libertad.

2.1.2. La elaboración de la resolución de excarcelación y la boleta de libertad con las cuales se fugó de la cárcel, JACINTO ALBERTO SOTO TORO, por parte del Dr. LOPEZ PATIÑO.

Indicio que se deduce de las siguientes pruebas valoradas en conjunto con los demás medios de prueba de cara a las reglas de la sana crítica.

Del contenido del relato efectuado inicialmente en la declaración y luego en la injurada por ALEXANDER ZARATE VARGAS, dactiloscopista de la Cárcel de Bellavista, quien dio el visto bueno a la boleta de libertad por encontrar que la huella plasmada en ella correspondía a la registrada previamente para estos efectos por el endilgado en el centro carcelario.

Y, del dictamen No. 488 del 10 de noviembre de 1.998 del C.T.I., que concluyó que la huella plasmada en la providencia que supuestamente concedió la excarcelación de SOTO TORO, corresponde a la del Dr. LOPEZ PATIÑO.

Efectivamente, atendiendo a que dentro del trámite observado en la cárcel para comprobar la autenticidad y veracidad de las boletas de libertad de cardinal importancia resultaba el cotejo de las huellas plasmadas en la boleta y en la tarjeta previamente registrada para el efecto en la cárcel por los funcionarios judiciales, son fundamentales las aseveraciones hechas por el dactiloscopista ZARATE VERA, en el sentido que dio el visto bueno solo cuando estuvo seguro que la huella de la boleta correspondía a la del procesado, basado en el material suministrado para esa tarea y el conocimiento y la experiencia adquiridos en el ejercicio de sus funciones; las cuales fueron ratificadas por el dictamen pericial que concluyó que la huella que aparece en la resolución que otorgó la excarcelación corresponde a la del dedo índice derecho del acusado.

Frente a esta evidencia es claro el desacierto del a quo al desechar a priori tanto el testimonio de ZARATE VERA como la pericia, dejando de ponderar el primero junto con los demás medios de convicción, como estaba obligado, con el argumento que provenía de un sindicado, y el segundo porque la providencia no era necesaria para hacer efectiva la libertad, sin reparar que corroboraba las afirmaciones insistentes de ZARATE VERA de que la boleta contenía la huella del procesado, dado que había sido anexada a la boleta de libertad para proporcionarle mayor poder demostrativo.

De haber cumplido esa labor el Tribunal hubiera notado sin necesidad de esfuerzo alguno la seguridad, espontaneidad, coherencia, inmutabilidad y veracidad del relato de ALEXANDER ZARATE VERA, con base en que desde su primera intervención, dos días después de la fuga, venía pregonando la uniprocendencia de las dos huellas apoyado en que el cotejo lo había realizado con el instrumental técnico adecuado, haciendo uso del conocimiento y experiencia que tenía, – realizó un curso de 180 horas en el C.T.I. y llevaba más de un año ejerciendo las funciones de dactiloscopista revisando en días de visita un promedio de 1.500 huellas – y en la familiaridad de la huella del procesado que se venía utilizando desde hacía más de tres años para aprobar las libertades que expedía; la explicación detallada y fundamentada sobre cada una de las características que encontró similares en las dos huellas; y en el dictamen pericial que avalaba sus afirmaciones, esto es, que la providencia ostentaba la huella del inculcado.

Así mismo, lo hubiera guiado a desechar el dictamen que catalogó de no apto para el análisis técnico la impresión dactilar registrada por el procesado en el penal y a entregarle la credibilidad de que era digno el testimonio, pues era obvio que pese a que la huella presentaba deficiencias por haber sido tomada con una tinta inapropiada, para los dactiloscopistas de la cárcel era idónea por ser la que venían utilizando desde hacía tres años para los cotejos sin que tuvieran problema alguno, circunstancia que no cobijaba al perito.

Desde esa perspectiva, el peritazgo que determinó que las firmas de la resolución y la boleta de libertad son imitaciones serviles de la del procesado, también carece del poder de convicción que le atribuyó el a quo para debilitar la construcción del indicio, pues es lógico que el procesado para sembrar la duda sobre la autoría de la falsedad acudiera a un tercero para que imitara su firma, lo que no podía hacer con la huella que se sabe no es imitable.

Con arreglo a estos argumentos la Sala desestima la afirmación del a quo consistente

en que la huella de la providencia falsa le fue tomada al procesado cuando se encontraba embriagado sin su conocimiento y voluntad por carecer de todo soporte lógico y probatorio.

En efecto, sólo en la audiencia de juzgamiento el implicado dejó entrever esta hipótesis planteando que la huella pudo haber sido utilizada por los autores de los delitos en una de las lagunas que sufría cuando se embriagaba, y que quiso complementar sin éxito su ex colaborador HECTOR MORALES, mostrándolo como un fuera de serie en el consumo de licor y un absoluto incapaz para cumplir las funciones de Fiscal por ese motivo, olvidando que en el curso del proceso acumulado se había erigido como un funcionario que cumplía normalmente su trabajo dictando personalmente las decisiones a su cargo y que si bien era aficionado al trago no afectaba de manera ostensible su rendimiento, por quienes fueron sus auxiliares PORFIRIO RESTREPO HENAO y ANGELA MARIA HENAO CARMONA y su anterior coordinador, PABLO EMILIO BETANCUR. En consecuencia, este argumento no es más que un recurso defensivo planteado por el endilgado a última hora para evitar su controversia probatoria, porque de haber ocurrido así los hechos, obviamente los hubiera hecho saber al proceso desde el inicio de la instrucción y no en la audiencia de juzgamiento, o los hubiese denunciado ante las autoridades competentes.

Así entonces, es absolutamente contra evidente la conclusión del Tribunal, atinente a que los verdaderos autores de la fuga aprovechando los continuos estados de embriaguez del procesado “no solamente acordaron que sería él el encargado de emitir la boleta y el consiguiente proveído liberatorio, sino que efectivamente elaboraron esos documentos y simulaban su firma en ellos y procedieron a al menos a tomarle la huella digital de su índice derecho al Fiscal 66 Seccional y a estamparla al lado de su firma imitada servilmente en el remedo de proveído....”.

2.1.3. El procesado confirmó telefónicamente la boleta de libertad de JACINTO

ALBERTO SOTO TORO.

Indicio que surge de la valoración conjunta de los testimonios vertidos por GIANNY GARCIA MURILLO, GILMA BETANCUR MESA, OSCAR HUMBERTO ZULUAGA GIRALDO, ANGELA MARIA SANCHEZ RIOS y HUGO FERNANDO CASTAÑEDA ARENAS; y del informe rendido el 11 de octubre de 1.998 y la boleta de libertad.

Efectivamente, la empleada de la cárcel que confirmó la boleta de libertad, GIANNY PERSIDES GARCIA, dos días después de la fuga de manera contundente señaló al Fiscal, LOPEZ PATIÑO, como la persona que confirmó la libertad, particularizó que el teléfono lo contestó inicialmente un hombre que gritó y pasó al funcionario, quien después de avalar la liberación se identificó como el Fiscal 66, LOPEZ PATIÑO, a quien justamente ella había solicitado le comunicaran.

En plena armonía, la Jefe de la Unidad Dra. GILMA BETANCUR MESA, manifestó que al realizar las investigaciones pertinentes, OSCAR HUMBERTO ZULUAGA le informó que el día anterior había recibido una llamada de jurídica de la cárcel requiriendo al procesado para confirmar una boleta de libertad, que cuando ello ocurría el Dr. JHONNY LOPEZ llegó a la oficina con su hijo y atendió la llamada. Afirmaciones que al día siguiente, dice la testigo, reiteró cuando el procesado quiso retractarse del reconocimiento de su participación en los hechos.

Relato ratificado integralmente por OSCAR HUMBERTO ZULUAGA GIRALDO, manifestando haber recibido la llamada solicitando al Dr. JHONNY LOPEZ para confirmar una libertad, como lo requirió dos veces y ANGELA MARIA SANCHEZ le manifestó que no se encontraba, dice, sugirió a su interlocutora la confirmara con la Secretaría de la Unidad, momento en el cual el Dr. LOPEZ PATIÑO llegó a la oficina acompañado de uno de sus hijos, procediendo a atender la llamada desde su extensión.

Por ANGELA MARIA SANCHEZ RIOS al expresar que OSCAR HUMBERTO ZULUAGA llamó

dos veces al Dr. JHONY LOPEZ para que contestara el teléfono, lo que terminó haciendo dado que en ese momento llegó a la oficina, pese a que ya le había hecho saber que no se encontraba y, por el Secretario de la Unidad HUGO FERNANDO CASTAÑEDA ARENAS, a quien OSCAR HUMBERTO ZULUAGA le hizo saber sobre las incidencias de la llamada, las cuales éste transmitió en los mismos términos a la Fiscalía.

Y, por el informe del C.T.I. y el sello que ostenta la boleta de libertad que hace constar que la confirmación la hizo el mismo Fiscal, LOPEZ PATIÑO.

La espontaneidad, convergencia y sinceridad de estos testimonios enervan la posición del sindicato atinente a desconocer la llamada y por tanto la confirmación de la libertad. Ciertamente, GIANNY PERSIDES GARCIA y OSCAR HUMBERTO ZULUAGA, coinciden perfectamente en que la llamada fue hecha por ella con el objeto de confirmar la boleta de libertad, no hay duda que quien contestó el teléfono fue ZULUAGA GIRALDO, éste y ANGELA MARIA SANCHEZ RIOS coinciden en asegurar que fue el procesado quien finalmente la atendió, y la coordinadora y el jefe de la secretaría común, en aseverar que OSCAR HUMBERTO ZULUAGA previo a rendir declaración les informó sobre su realización y contestación por el endilgado.

Estas circunstancias minimizan la diferencia que existe entre la hora en que realmente ocurrió la llamada, en la mañana según ZULUAGA MURILLO y en la tarde según GIANNY PERSIDES GARCIA, pues lo trascendental fue que se acreditó que verdaderamente el procesado confirmó la boleta de libertad.

Por carecer de sustento probatorio e ir contra la evidencia probatoria, la Sala descarta el argumento propuesto por el Tribunal para restarle valor probatorio a las afirmaciones de GIANNY PERSIDES GARCIA, de existir la posibilidad que quien realmente confirmó la boleta hubiese dado el nombre del procesado; amen de ser una hipótesis que no fue siquiera insinuada por un medio probatorio y desconocer sin fundamento los testimonios

creíbles de OSCAR HUMBERTO ZULUAGA y ANGELA MARIA SANCHEZ, quienes son claros en aseverar que fue el acusado quien contestó la llamada.

Así entonces, se da por acreditado este nuevo indicio.

#### 2.1.4. Indicio de oportunidad para participar en los delitos investigados.

A la luz del plan diseñado para obtener la fuga de SOTO TORO, era imprescindible contar con la participación de un Fiscal Seccional, calidad que ostentaba el procesado, pues incumbiéndole la instrucción de delitos excarcelables ningún reparo suscitaría en la cárcel la libertad por él expedida, lo que si ocurriría de haber sido un Fiscal Regional; además, superaría fácilmente el control de la huella ya que teniendo registrada la suya en el penal bastaría con su implante en la boleta y su confirmación para obtener la liberación irregular, como finalmente ocurrió.

La valoración conjunta de esta pluralidad de indicios graves llevan a la Corte a dar por demostrado que el procesado, Dr. JHONNY DE JESUS LOPEZ PATIÑO, consciente y voluntariamente participó en la elaboración de la resolución de excarcelación y la boleta de libertad falsas, con las cuales el procesado JACINTO ALBERTO SOTO TORO logró fugarse de la Cárcel Nacional de Varones de Bellavista, el 30 de septiembre de 1.998.

En consecuencia, que hizo parte de la organización criminal que ideó, planeo y ejecutó el proceso que dio como resultado la evasión del penal de SOTO TORO, dentro de cuya distribución de funciones a sus integrantes le correspondió la expedición de la resolución y boleta de libertad y su confirmación, aporte de vital importancia para el arribo al fin propuesto, como que de prescindir de él el éxito del consenso criminal hubiese sido imposible.

Así pues, el acusado responderá como autor, coautor y cómplice de los delitos

tipificados en el recorrido criminal, así su proceder material no actualice algunos de los supuestos de hecho de todos ellos, los cuales asumió como propios en desarrollo de la empresa criminal.

Calificación jurídica de las conductas atribuidas al procesado.

## 1. Falsedad de particular en documento público.

1.1. La actuación evidenció que la resolución que concedía la libertad a JACINTO ALBERTO SOTO TORO y la boleta que la hacía efectiva expedidas con fecha 29 de septiembre por el Fiscal 66 de la Unidad de Delitos contra la Seguridad Pública, ley 30 de 1.986 y otros delitos de Medellín, son falsas integralmente en virtud de que fueron producidas por el Fiscal LOPEZ PATIÑO sin facultad legal para ello, ya que no adelantaba proceso alguno en su contra como quiera que desde el 18 de septiembre de 1.998 permanecía detenido por cuenta de la Dirección Regional de Fiscalías de Bogotá, y que el radicado dentro del que supuestamente fueron expedidas efectivamente lo instruyó él pero contra otras personas, habiéndolo remitido a los Juzgados Penales del Circuito de esa ciudad, el 15 de septiembre del mismo año.

Conductas que se encasillan en el delito de falsedad material de particular en documento público, consagrado en los artículos 220 del Código Penal derogado y 287 del vigente, con el siguiente tenor:

“Art. 220. Falsedad material de particular en documento público. El que falsifique documento público que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años”

“Art. 287. Falsedad material de documento público. El que falsifique documento público que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.

“Si la conducta fuere realizada por un servidor público en ejercicio de sus funciones, la pena será de cuatro (4) a ocho (8) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.”.

Es claro que el actual Código Penal recogió las dos formas del delito de falsedad material en documento público en la misma norma, la cometida por el servidor público en ejercicio de sus funciones públicas y por el particular, conservando esencialmente el mismo supuesto de hecho, aumentando la pena en su extremo inferior y disminuyéndola en el superior.

Realizando el análisis dogmático, encuentra la Sala que el acusado pese a ostentar la calidad de servidor público actuó como particular, por haber elaborado los documentos falsos por fuera del ejercicio estricto de sus funciones, debido a que SOTO TORO no estaba a su disposición ni el procesado impulsaba en su contra investigación penal alguna.

Los documentos fueron falsificados integralmente en su texto y autor.

Ciertamente, el texto de la resolución de excarcelación es totalmente inveraz, por decir que el proceso lo había recibido procedente de la Fiscalía Regional de Medellín por competencia, en razón a que se le atribuía el delito de porte ilegal de armas de defensa personal, injusto que permitía la libertad provisional ya que en caso de condena la pena no sería mayor a tres años; igual que su autor porque el preso no estaba a su disposición, sin que por ende, pudiera ordenar su libertad.

También es mendaz el contenido del oficio No. 367 del 29 de septiembre de 1.998, con el que ordenó al director de la cárcel Bellavista liberar inmediatamente a JACINTO ALBERTO SOTO TORO, apoyado en que el delito atribuido era el de porte ilegal de armas de defensa personal y haberle correspondido el expediente por reparto proveniente de la Dirección Regional de Fiscalías, cuando lo real es que el proceso estaba en la Dirección Regional de Bogotá, quien lo mantenía a sus ordenes, por el delito de conformación de

grupos ilegalmente armados.

La fuerza probatoria de dichos documentos no merecen ningún reparo, habida cuenta que con base en ellos se produjo la fuga del detenido.

En virtud a que la Fiscalía le atribuyó al procesado sólo un delito de falsedad material de particular en documento público, fundada en que la creación falsa de los documentos constituyen una sola acción jurídica, por ser la boleta de libertad la consecuencia obligada de la providencia y teniendo en cuenta que la Corte ha venido pregonando que estos eventos configuran un concurso de conductas punibles, procederá a condenarlo sólo por la confección de la boleta de libertad, por ser esta conducta de tal importancia que de no haberla ejecutado la fuga en los términos conocidos no habría ocurrido, cosa que no sucedió con la providencia cuyo envío no era necesario para la liberación irregular.

Importa aclarar que legalmente no es posible condenar al encausado por la falsedad de la providencia, en razón a que el concurso no le fue atribuido jurídicamente y porque de hacerlo se atentaría contra el principio de congruencia y de contera del derecho a la defensa.

Por consiguiente, el fallo condenará al procesado como autor de este delito, sólo por la expedición de la boleta de libertad.

Injusto penal que se encuentra agravado con la circunstancia prevista en los artículos 222-2 del Código Penal derogado y 290 del vigente, que prevé un aumento de la pena hasta en la mitad para el copartícipe en la realización de la conducta que usare el documento, como quiera que en este caso se demostró que con la presentación de la boleta a la cárcel se hizo posible la fuga de SOTO TORO y que el sindicato hizo parte de la organización que ideó, preparó y ejecutó el plan criminal.

1.2. De otro lado, la elaboración falaz de oficio No. 26507 del 25 de septiembre librado supuestamente por la Secretaría Común de la Dirección Regional de Fiscalías de Medellín por personas desconocidas, también se subsume en el delito de falsedad material de particular en documento público en razón a que su texto y su autor son totalmente contrarios a la verdad, pues con él se informaba al Director de la Cárcel de Varones Bellavista que a partir de esa fecha el interno JACINTO ALBERTO SOTO TORO quedaba a ordenes de la Dirección Seccional de Fiscalías de esa ciudad, por cuanto los delitos imputados fueron readecuados habiéndose probado tan sólo el porte ilegal de armas de defensa personal; información falsa dado que el detenido realmente se encontraba a disposición de la Dirección Regional de Bogotá por el delito de conformación de grupos ilegales armados, desde el 18 del mismo mes y año; y se estableció que el mismo no fue expedido por la Secretaría Común de la Dirección Regional de Medellín.

Documento que era imprescindible para alcanzar la fuga de SOTO TORO, ya que le daba soporte a la boleta de libertad expedida por el procesado en su calidad de Fiscal 66 de la Unidad de Delitos contra la Seguridad Público, ley 30 de 1.986 y otros, Unidad esta encargada de instruir, entre otros, el porte ilegal de armas de defensa el cual permitía la libertad provisional, circunstancias que despejaban cualquier duda que pudiera empañar la autenticidad y veracidad de la boleta de libertad, dado que el mismo servía de soporte a la cancelación de la anotación en la tarjeta del procesado que daba cuenta que SOTO TORO estaba a disposición de la Dirección Regional de Bogotá, y para que en su lugar se registrara que permanecía a órdenes de la Dirección Seccional de Fiscalías, a la que pertenecía el procesado.

Habida cuenta que la elaboración de este oficio y su anotación en la tarjeta del interno en la cárcel, constituía un aporte fundamental en el plan criminal para hacer efectiva la boleta de libertad y que constituía el aporte fundamental de alguno de los coautores, obvio resulta afirmar que el procesado tenía pleno conocimiento de él, por lo que responderá como coautor del mismo.

Como eventualmente podían concurrir dos falsedades, la del oficio y su anotación en la tarjeta del preso, pero el mismo no le fue imputado jurídicamente en la resolución de acusación se tendrá como responsable como coautor de la falsedad del oficio, que también se encuentra agravado por la circunstancia prevista en el artículo 222 del Código Penal derogado (artículo 290 del vigente), en la medida que fue presentado a la cárcel para hacer viable la boleta y su contenido registrado en la tarjeta de reseña del detenido.

## 2. Destrucción, supresión u ocultamiento de documento público.

El tipo penal de “Destrucción, supresión u ocultamiento de documento público”, se encontraba descrito por el artículo 223 del Código Penal, de la siguiente manera:

“El que destruya, suprima u oculte total o parcialmente documento público que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años. Si el hecho fuere realizado por servidor público en ejercicio de sus funciones, se impondrá prisión de tres (3) a diez (10) años.”.

Supuesto de hecho y sanción que fueron conservados en el artículo 292 en la ley 599 de 2.000, así:

“El que destruya, suprima u oculte total o parcialmente documento público que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años.

“Si la conducta fuere realizada por un servidor público en ejercicio de sus funciones, se impondrá prisión de tres (3) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

“Si se tratare de documento constitutivo de pieza procesal de carácter judicial, la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad.”.

No empece lo anterior, en este caso se aplicará el artículo 223 del Código Penal anterior, por beneficiar al procesado por no contemplar la agravante prevista en el inciso 3º del artículo 292 de la Ley Penal Sustantiva actual, esto es, que si el documento público objeto de la conducta constituye una pieza procesal, como ocurre en este caso, la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad.

Ahora bien, en este tipo penal se encasilla el ocultamiento del oficio No. 4913, del 18 de septiembre de 1.998, por medio del cual la Secretaría Común de la Dirección Regional de Medellín, hizo saber al Director de la Cárcel de Varones de Bellavista, que a partir de esa fecha la detención que venía sufriendo JACINTO ALBERTO SOTO TORO corría a cargo de la Dirección Regional de Fiscalías de Santafé de Bogotá, por haber remitido el expediente por competencia a ese funcionario.

La sustracción del oficio y su ocultamiento mientras se producía la fuga, eran necesarios dentro del plan criminal para obtener el fin propuesto, pues concebida la evasión con la expedición de la boleta de libertad por el procesado, quien pertenecía a la Dirección Seccional de Fiscalías, imprescindible resultaba la cancelación de la anotación del oficio que lo dejaba a disposición de la Dirección Regional de Bogotá, crear un oficio falso que lo pusiera a órdenes de la Dirección Seccional de Fiscalías de esa ciudad e integrarlo a la carpeta del interno y, como ya se dijo, sacar de la carpeta y ocultar el oficio que lo dejaba a disposición de la Dirección Regional de Bogotá.

El oficio es un documento público ya que fue expedido por la Jefe de la Secretaría Común de la Dirección Regional de Medellín, Dra. MARTA EUGENIA MADRID ESCOBAR en ejercicio de sus funciones, dentro del proceso que se seguía en contra de JACINTO ALBERTO SOTO TORO.

El autor material no pudo ser otra persona que un empleado de la Cárcel Nacional de Varones de Bellavista, que por razón de sus funciones tenía acceso a la documentación,

por cuanto el proceso comprobó que ingresó al penal el 23 de septiembre de 1.998, fue registrado en la tarjeta de reseña del interno y se halló el 1º de octubre después de substanciada la boleta de libertad y producida la fuga, en el archivo pendiente de incorporar a la carpeta del interno.

Ahora, como el procesado hizo parte de la organización creada para lograr la evasión de SOTO TORO, es claro que también deberá responder como coautor de este delito.

### 3. Fuga de presos.

No obstante que la acusación imputó al endilgado el delito de favorecimiento de la fuga, con arreglo a lo normado por el artículo 179 del Código Penal derogado, la Sala lo condenará por el punible de fuga de presos previsto en el artículo 178 ibídem, veamos:

El artículo 179 del Código Penal derogado - hoy artículo 449 de la ley 599 de 2.000 -, que tipificaba el delito de favorecimiento de la fuga, reza:

“El servidor público encargado de la vigilancia, custodia o conducción de un detenido o condenado que procure o facilite su fuga, incurrirá en prisión de un (1) año a cinco (5) años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.”.

Por su parte el artículo 178 del Código Penal derogado, prescribe:

“El que se fugue estando privado de libertad en virtud de auto o sentencia que le haya sido notificado, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años”.

“ Si la fuga se comente mediante empleo de violencia, artificio o engaño, la pena será de uno (1) a cinco (5) años de prisión.

“ Si se tratare de contravención la pena respectiva será arresto y se disminuirá de una sexta parte a la mitad.”.

Tipo penal reproducido por el nuevo Código Penal en su artículo 448, así:

“El que se fugue estando privado de su libertad en centro de reclusión, hospital o domiciliariamente, en virtud de providencia o sentencia que le haya sido notificada, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.

Pues bien, teniendo en cuenta que la conducta básicamente imputada se refiere a la fuga protagonizada por SOTO TORO, en ese momento detenido legalmente por cuenta de la Dirección Regional de Bogotá, como resultado del plan criminal ideado y ejecutado por la organización criminal de la que hizo parte el procesado, es claro que alcanza su adecuación típica en el delito de fuga de presos previsto en el artículo 178 del Código Penal derogado, aplicable en este evento por prever una pena de prisión inferior al actual.

Delito que es agravado por concurrir el inciso 2º de artículo 178 del Código Penal derogado, en virtud a que para obtener la evasión los miembros de la organización se valieron de artificios y engaños, como quiera que para el efecto el procesado falsificó la boleta de libertad, la cual confirmó abusando de sus funciones, habida cuenta que el preso no estaba a su disposición.

Como el acusado previo acuerdo de voluntades con los demás partícipes idearon y ejecutaron las conductas que arrojaron la evasión de SOTO TORO, contribuyendo con la elaboración falsa de la boleta de libertad y su confirmación, su participación se atribuirá a título de cómplice en orden a lo estipulado en el artículo 24 del anterior Código Penal, por no concurrir en él la condición de detenido o condenado, que si recae en SOTO TORO.

Dado que dentro de las funciones del procesado no estaba la de vigilar, custodiar o conducir al evadido, obviamente que su conducta no podía adecuarse en el tipo penal de favorecimiento de la fuga como equivocadamente lo hizo la Fiscalía.

Ahora bien, la variación de la calificación jurídica de la conducta no comporta vulneración al principio de congruencia por permanecer invariable la imputación fáctica y por estar consagrada la fuga de presos en el mismo capítulo del Código Penal que el favorecimiento de la fuga, tal como lo permitía el anterior Código Procesal Penal.

En conclusión, el acusado será condenado como cómplice del delito de fuga de presos, en los términos previstos en el artículo 24 del Código Penal derogado.

#### 4. Abuso de función pública.

El artículo 162 del Código Penal derogado que tipificaba este delito, es aplicable en el presente caso por reportarle ventajas al endilgado, ya que si bien es cierto que la descripción del supuesto de hecho es idéntico al contenido en el artículo 428 de la ley 599 de 2.000, lo mismo que la pena de prisión de 1 a 5 años, varió la interdicción de derechos y funciones públicas – hasta por el mismo término (refiriéndose a la pena de prisión) – a la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco años.

Sobre el contenido y alcance de este delito, la Sala en providencia del 7 de noviembre de 2.001, dictada en el radicado 18351, con ponencia de quien aquí actúa con el mismo carácter expuso:

“La Sala ya dilucidó las diferencias existentes entre el abuso de función pública y el prevaricato por acción, siendo importante transcribir la parte pertinente del pronunciamiento del 25 de abril de 1.995, con ponencia del Magistrado, Dr. RICARDO CALVETE RANGEL:

“Sobre el tema de fondo propuesto, la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones (junio 13 y octubre 19 de 1.989 con ponencia del Magistrado SAAVEDRA ROJAS; y febrero 13 de 1.991 actuando como ponente el Magistrado PAEZ VELANDIA), en las cuales ha concluido que el concurso aparente se presenta cuando se prevarica abusando de la función pública, se soluciona aplicando la norma que tipifica el prevaricato que es la de mayor riqueza descriptiva”.

“Luego puntualizó:

“Si la decisión tomada hubiera sido legal se habría tipificado únicamente el abuso de función pública, pero como además ese acto sirvió para hacer un pronunciamiento contrario a la ley, todo el comportamiento se subsume dentro del tipo de prevaricato por acción, tal como acertadamente lo calificó la fiscalía. La evidente falta de competencia es un elemento más de la ilegalidad de la providencia, y un factor a tener en cuenta para la demostración de la intención con que actuó al continuar conociendo del asunto.

Postura reiterada en la sentencia de segunda instancia proferida por esta Sala de Casación el 8 de julio de 1.999 en el radicado 14.573, a través de la cual confirmó, con algunas aclaraciones sobre la adecuación típica, la sentencia condenatoria dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar contra el Fiscal 25 Seccional de Aguachica, Dr. JOSE LUIS CASTRO MACHUCA, por el delito de prevaricato por acción, en razón a las irregularidades que observó en la etapa instructiva en el expediente por el cual ahora se juzga al aquí procesado; expresó la Corte:

“Correlativamente, si el delito de abuso de función pública consiste en abusar del cargo para realizar funciones públicas diversas de las que han sido legalmente asignadas al servidor público, en el caso examinado, sólo cuando él se decide a resolver la situación jurídica (no antes), a sabiendas de que se perfilan seriamente hipótesis delictivas que no le corresponde, puede afirmarse con seguridad que existe una manifestación externa

de conducta que muestra la invasión de la órbita ajena....”

“Explicó más adelante la Corte:

“Ahora bien, como se trata de una secuencia procesal regida por los artículos 6º y 7º del decreto 1676 de 1.991, cuyos primeros actos están permitidos al instructor del lugar y no así la resolución de la situación jurídica, supóngase que el fiscal seccional colaborador, asumiendo irregularmente esta última potestad, dicta legalmente una providencia por los delitos de rebelión y transporte de armas de fuego y municiones de defensa personal, acogiendo la prueba sobre la existencia de los hechos y la responsabilidad de los sindicados, tal como lo hubiera hecho el fiscal regional competente, caso en el cual el funcionario sí se extralimitaría en el ejercicio de sus funciones y hasta de pronto cometería un delito de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto (artículo 152 del C.P.), pero no usurpa con ello la facultad ajena, porque, por las hipótesis delictivas que contempla la decisión y su modo de proceder, sigue reconociendo la competencia del instructor titular. En otras palabras, el fiscal seccional ingresa con competencia legal en el curso de la investigación, pero la desborda al tomar una determinación posterior que ya no le incumbía, razón por la cual simplemente puede afirmarse que se ha salido de la esfera de sus atribuciones, pero no que le ha arrebatado la función correspondiente a otro servidor público.

“Como la norma del artículo 162 del Código Penal sistemáticamente pertenece al capítulo noveno, situado dentro del título III de dicho ordenamiento, denominado “Usurpación y abuso de funciones públicas”, la conducta delictiva debe consistir en una verdadera apropiación de la función legalmente asignada a otra clase de funcionarios, de la cual carece en absoluto el impostor, aunque con la diferencia de que en este caso el desplazamiento lo comete un servidor público y no un particular (como en el artículo 161), máxime que el tipo penal se refiere a la “realización (hacer real) de funciones públicas diversas de las que legalmente le corresponda, y no a la mera extralimitación en el

ejercicio funcional legalmente ostentado.”

“Precisó luego:

“De modo que, en el caso examinado, el delito de abuso de función pública se consuma cuando el funcionario crea las condiciones falsas para hacer aparecer como propia la función que no le corresponde, esto es, una vez descarta arbitrariamente los hechos punibles de rebelión y/o transporte de armas de fuego y municiones. Sin embargo, como la exclusión de dichas hipótesis se hizo dentro de una resolución y de manera manifiestamente contraria a la ley, pues se desconocieron las pruebas e indicativos que las sugerían seriamente como reales, se tiene que por dicho medio el acusado no sólo desbordó la competencia sino que profirió una decisión abiertamente contraria a derecho, lo cual mostraría la concurrencia de los delitos de abuso de función pública y prevaricato por acción, pero en concurso que es sólo aparente y se resuelve con aplicación exclusiva de esta última figura, porque ella consume todo el desvalor de injusto de la primera, ya que asumir arbitrariamente una función pública sería una de las variadas formas de actuar de manera manifiestamente contraria a la ley.

“Alguna parte de la doctrina y también jurisprudencia ya superada de esta misma Sala, exponen que solamente puede prevaricar el que tiene la función “porque tanto el abuso de autoridad como el prevaricato presuponen la existencia del poder de que se abusa pero el agente actúa fuera de los casos establecidos por la ley, o con propósitos que no son los que éste señala o apartándose de los procedimientos que ella ha establecido” (auto de abril 11 de 1.982).

“Tener la función concreta (que se desvía) no es un elemento normativo del tipo penal de prevaricato por acción (explícito), ni tampoco un supuesto lógico del mismo (ingrediente implícito), pues basta que el sujeto activo sea un servidor público con capacidad funcional para dictar resoluciones o proferir dictámenes (art. 149. En efecto la

aplicación torcida del derecho, que es de la quintaesencia constitutiva del delito de prevaricato por acción, se logra no sólo cuando el competente emite la resolución cuyo contenido riñe abiertamente con la ley, sino con mayor razón, porque es aún más álgida la contradicción a la legalidad, en el evento en que el funcionario se vale del medio de arrogarse una función que le es extraña precisamente con el definido propósito de adoptar una decisión manifiestamente contraria a la ley.

“Aquí, para efectos del delito de abuso de función pública, era suficiente establecer que los informes y pruebas sugerían seriamente hipótesis delictivas de competencia instructiva correspondiente a los fiscales regionales y que, a pesar de ello, el ex fiscal seccional acusado optó por resolver la situación jurídica de los sindicatos, como si fuera su cometido legal y sin reconocer facultades ajenas. Sin embargo, cuando el funcionario avanza y expresamente, dentro de la respectiva providencia, descarta la ocurrencia de aquellos delitos, en contrario de lo que palmariamente le indicaba la prueba, ha cometido el delito de prevaricato por acción, que por su mayor comprensión, consume el grado de injusto del primero.”

Delito que el proceso acreditó fue cometido por el procesado cuando confirmó telefónicamente con la cárcel de Bellavista la libertad de SOTO TORO, a consciencia que no adelantaba investigación alguna en su contra y que el preso se encontraba a disposición del Director Regional de Bogotá; es decir, ejecutó funciones que legalmente incumbían a este último funcionario, abusando, en consecuencia, del cargo de Fiscal adscrito a la Dirección Seccional de Fiscalías de Medellín.

De otro lado, podría presentarse la concurrencia del delito de abuso de función pública, por la expedición de la resolución de excarcelación y la boleta de libertad sin tener competencia para ello, pues es un hecho cierto que el procesado no adelantaba ningún proceso en contra de SOTO TORO y que éste permanecía privado de la libertad a ordenes de la Dirección Regional de Bogotá; empero, como la Fiscalía no imputó

fáctica ni jurídicamente esta conducta, la Sala se abstendrá de pronunciarse al respecto.

En consecuencia, el procesado será condenado como autor del delito de abuso de función pública al haber confirmado la orden de libertad como ha quedado explicado arriba.

## 2.2. SEGUNDA CAUSA:

La actuación procesal demostró que en expediente seguido en contra de SIGIFREDO GUTIERREZ CARVAJAL, por infracción al inciso 1 del artículo 33 de la ley 30 de 1.986, el acusado Dr. JHONNY LOPEZ PATIÑO, el 25 de agosto de 1.995 llevó a cabo diligencia de audiencia especial con arreglo a las previsiones hechas por el artículo 37 A del Código Procesal Penal, en cuyo desarrollo aceptó los cargos y el Fiscal tasó la pena en 32 meses de prisión, partiendo de la pena mínima prevista en el tipo penal (48 meses), la cual disminuyó en 16 meses por virtud de la audiencia especial, y concedió la condena de ejecución condicional por un período de prueba de 2 años, al considerar que se reunían a favor del sindicado los requisitos del artículo 68 del Código Penal, por cuanto no tenía antecedentes y calificar su personalidad de buena, en consecuencia, le otorgó la libertad previa constitución de caución prendaria.

Acuerdo que el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Medellín improbo con decisión del 31 de enero de 1.996, por cuanto habiendo formulado observaciones a su legalidad y señalado fecha para su discusión el procesado no compareció. Adicionalmente, dispuso compulsar copias para que se investigara penalmente al Fiscal, LOPEZ PATIÑO por las siguientes irregularidades que observó en el acta de audiencia especial:

Mezcló indebidamente los procedimientos previstos por los artículos 37 y 37 A del Código Procesal Penal; otorgó la libertad provisional al sindicado sin estar aprobado el acuerdo con el argumento que tenía derecho a la condena de ejecución condicional, sin

señalar el soporte jurídico pues el delito preveía una sanción mínima de 4 años de prisión; y enviar el expediente al Juzgado Penal del Circuito el 15 de enero de 1.996, cuando la audiencia especial fue realizada el 25 de agosto de 1.995.

De la valoración conjunta de los medios de prueba frente a las reglas de la sana crítica la Sala arriba a la conclusión que la absolución debe ser revocada, por haber alcanzado la certeza acerca de su responsabilidad en la comisión del delito de prevaricato por acción, al realizar la audiencia especial y conceder irregularmente la libertad provisional.

Para demostrar la ilegalidad de la práctica de la audiencia especial y las decisiones en ella adoptadas corresponde a la Sala precisar el contenido y alcance de esta figura jurídica.

El artículo 37 A del Código de Procedimiento Penal derogado, adicionado por el artículo 4º de la ley 81 de 1.993, que reglamentaba la audiencia especial como una de las formas de terminación anticipada del proceso, prescribía:

“Audiencia especial. A partir de la ejecutoria de la resolución que defina la situación jurídica del procesado y hasta antes de que se cierre la investigación, el Fiscal, de oficio o a iniciativa del procesado, directamente o por conducto de su apoderado, podrá disponer por una sola vez la celebración de una audiencia especial en la que el Fiscal presentará los cargos contra el procesado. La audiencia versará sobre la adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional, la preclusión por otros comportamientos sancionados con pena menor, siempre y cuando exista duda probatoria sobre su existencia.

“Terminada la audiencia se suscribirá un acta que contenga el acuerdo a que se haya llegado sobre los aspectos a que hace referencia el inciso anterior. El proceso se remitirá al juez del conocimiento dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la celebración de la audiencia.

“El juez podrá formular observaciones acerca de la legalidad del acuerdo, si lo considera necesario, mediante auto que no admite ningún recurso en el que ordenará devolver el expediente al Fiscal y citará a una audiencia que se realizará dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de las observaciones. En la audiencia el Fiscal y el sindicato discutirán las observaciones con el juez y manifestarán si las aceptan, lo que consignarán en un acta. En caso de aceptar las observaciones el juez dictará sentencia en el término de cinco (5) días.

“Vencido el término establecido en el inciso tercero de este artículo o finalizada la audiencia a que hace referencia el párrafo anterior, el Juez, en caso de no aceptar el acuerdo lo improbará mediante auto susceptible del recurso de apelación.

“Al sindicato que se acoja a la audiencia especial se le reconocerá un beneficio de rebaja de pena de una sexta (1/6) a una tercera (1/3) parte.

“Párrafo 1º. Suspensión de la actuación procesal. Desde el momento en que se solicite la audiencia hasta cuando quede en firme la providencia que decida sobre el acuerdo, se suspenderá la actuación procesal, por un término que no podrá exceder de treinta (30) días hábiles. Sin embargo, podrán practicarse diligencias urgentes e instrucción orientadas a evitar la desaparición, alteración de las pruebas o vestigios del hecho. No se suspenderá en lo referente a la libertad o detención del procesado o en relación a la vinculación de otras personas que se haya ordenado antes de dicha solicitud.

“Así mismo se suspenderán los términos para efectos de la libertad provisional y el término de prescripción de la acción penal.

“Parágrafo 2. El trámite previsto en este artículo se hará en cuaderno separado, que sólo hará parte del expediente si se concreta el acuerdo. En caso contrario se archivará.

El Fiscal no estará obligado a concurrir a la audiencia cuando advierta que existe prueba suficiente en relación con los aspectos sobre los cuales pueda versar el acuerdo.”.

Del precepto se extraen las siguientes características – sólo las pertinentes para este caso –, en las que ha existido armonía jurisprudencial:

1. En la audiencia especial se llega a un acuerdo, consenso o transacción entre el procesado y el fiscal acerca de la adecuación típica de las conductas investigadas, el grado de participación del sindicado en ellas, la forma de culpabilidad, las circunstancias que rodearon el delito, la pena y la condena de ejecución condicional, y la preclusión por otros comportamientos sancionados con pena menor, siempre que exista duda sobre alguno de ellos. Es decir, que es fundamental la presencia de dudas probatorias sobre cualquiera de estos tópicos, de suerte que el pacto gravitará indefectiblemente sobre ellos.

Particularidad que la diferencia de la sentencia anticipada regulada por el artículo 37 del Código Procesal Penal derogado, modificado por el artículo 11 de la ley 365 de 1.997, en donde el sindicado, por iniciativa propia, aceptaba – no acordaba – los cargos sin condición ni controversia alguna. Es decir, que la formulación de los cargos estaba revestida por el principio de intangibilidad, en la medida que no se permitía al sindicado modificarla o imponer condiciones previas a su aceptación.

2. La convocatoria a audiencia especial era discrecional del fiscal, dependiendo de la existencia o no de dudas probatorias sobre alguno de los aspectos referidos. Peculiaridad que brota de su naturaleza jurídica, pues si no hay puntos negociables sujetos a acuerdo ningún sentido tendría la realización de la audiencia; y del texto del párrafo 2º del mismo artículo 37 A, cuando prescribe “el fiscal no estará obligado a concurrir a la audiencia cuando advierta que existe prueba suficiente en relación con los aspectos sobre los cuales pueda versar el acuerdo”.

Es que si el material probatorio evidenciaba la concurrencia de las categorías del hecho punible y la responsabilidad del sindicado, carecería de objeto la audiencia pública, evento en el que procede, a instancia de parte, la sentencia anticipada.

Por lo tanto, si el sindicado o su defensor demandaban la práctica de audiencia especial en esos términos, el fiscal estaba en la obligación legal de no acceder a su realización.

3. Consolidado el acuerdo y plasmado en el acta correspondiente el expediente debía ser enviado al juez de conocimiento para el examen de su legalidad, quien podía optar por alguna de las siguientes posibilidades:

3.1. Proferir sentencia de condena con arreglo a lo convenido siempre que éste se ajustara a la ley, lo que implicaba la ausencia de agravios a los derechos fundamentales del sindicado.

3.2. Invalidar el trámite en caso de detectar daños a los derechos fundamentales del sindicado o defectos trascendentes en la estructura básica del proceso.

3.3. De estimarlo necesario, hacer observaciones al acuerdo con auto que no admitía recursos.

3.4. Improbar el convenio de no avenirse a la ley y, estimar innecesario formular observaciones, por medio de auto susceptible de los recursos ordinarios.

4. Su procedencia estaba sujeta al cumplimiento de tres presupuestos, dos de orden procesal: que se hubiera resuelto la situación jurídica del sindicado y la decisión estuviera ejecutoriada, y presentarse la solicitud antes de cerrarse la instrucción; y uno de carácter sustancial, la existencia de duda probatoria sobre alguno de los temas atrás especificados.

Pues bien al efectuar el cotejo entre la realización de la audiencia especial y su contenido y, este marco jurídico, surge evidente su manifiesta ilegalidad.

En efecto, el acusado estaba compelido a rechazar la solicitud de audiencia especial presentada por el sindicado SIGIFREDO GUTIERREZ CARVAJAL y su defensor, por no existir duda probatoria en relación con la adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional, y la preclusión por otros comportamientos sancionados con pena menor; en virtud de que los medios de convicción acreditaban la convergencia de los elementos del hecho punible y la responsabilidad del sindicado.

Ciertamente, la captura de GUTIERREZ CARVAJAL se produjo en estado de flagrancia mientras se desarrollaba el allanamiento a su residencia, ordenado con estribo en la solicitud hecha por miembros del D.A.S., que informaban del expendio de alucinógenos y de la participación de sus habitantes en una organización criminal; lugar en el que fueron incautados los siguientes elementos que ratificaban la información: una gramera, una lámpara alógena, 40 paquetes de bolsas plásticas de kilo, un tubo de ensayo, 2 pares de guantes para cirugía, 600 gramos de urea, y 162.5 gramos de cocaína.

Ante esta prueba era claro que no palpitaban dudas sobre ninguno de los tópicos que legitimaban la realización de la audiencia especial, de modo que la decisión que se ajustaba a derecho era el rechazo de la petición en orden a lo preceptuado por el inciso 2º del párrafo 2º del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal.

Tan cierta era la ausencia de este presupuesto que el mismo procesado así lo consignó en el acta de la audiencia: “por lo expuesto y habiéndose demostrado, a la fecha, plenamente la materialidad y autoría de la violación a la norma ya citada por parte de GUTIERREZ VERGARA, necesario es admitir la existencia de la prueba idónea y suficiente que nos da plena certeza de la responsabilidad que por tal hecho se cierne en su

contra”.

Además, la decisión de conceder la libertad provisional sin tener competencia para ello basado en el reconocimiento de la condena de ejecución condicional rebajando para el efecto la pena el máximo previsto en el artículo 37 A del Código de Procedimiento Penal anterior, y encontrando agotado el elemento subjetivo sin tener en cuenta la naturaleza y modalidad de la conducta punible, también es abiertamente ilegal.

Si bien es cierto que la ley lo facultaba para llevar a cabo convenios con el procesado sobre la pena y la condena de ejecución condicional, también lo es que la fijación de la sanción, la concesión del subrogado y el reconocimiento de la libertad provisional eran de exclusiva competencia del juez de conocimiento.

Ninguna confusión podía suscitar el trámite de la audiencia especial, pues la norma literalmente ordenaba que logrado el acuerdo se levantara el acta debiendo el Fiscal enviar el expediente al juez de conocimiento dentro de los 5 días hábiles siguientes a la celebración de la audiencia para que llevara a cabo el control de legalidad, a quien facultaba para formularle observaciones, improbarlo o aprobarlo, evento éste en el que le correspondía dictar sentencia determinando la pena, reconocer o denegar el subrogado de la condena de ejecución condicional y decidir sobre la libertad provisional.

Siendo ello así, es evidente el desatino en que incurrió el Tribunal al calificar como legal la decisión de calcular la pena en 32 meses y liberar al sindicado, fundado en que el artículo 415-1 del Código Procesal Penal derogado, lo obligaba a concederla en cualquier momento; ya que carecía de competencia para ello, pues estando legitimado para llegar a acuerdos con el sindicado sobre estos tópicos, su efectividad quedaba supeditada a la aprobación del juez de conocimiento previa verificación de su legalidad, caso en el cual debía dictar el fallo y adoptar las decisiones correspondientes.

Es decir, que al conceder la libertad provisional considerando reunidos los requisitos

del artículo 68 del Código Penal anterior, el procesado usurpó las funciones que le incumbían al juez de conocimiento de conformidad con lo dispuesto por el aludido artículo 37 A del Código Procesal Penal abrogado.

O sea, que la conducta del procesado por ser manifiestamente ilegal, se erige como prevaricadora objetivamente.

Adicionalmente, las circunstancias que rodearon la práctica de la audiencia especial y las decisiones adoptadas en ella, denotan que el inculcado tenía conocimiento y quiso actuar contra la ley.

Efectivamente, no es cierto que realizara la audiencia acogiendo una de las varias interpretaciones que auspiciaba la norma como lo afirma el Tribunal, ni por error en su interpretación – posición de la defensa -, como quiera que su contenido semántico desecha a priori cualquiera de esas hipótesis, pues para su procedencia exigía expresamente la presencia de dudas probatorias sobre la adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena, la condena de ejecución condicional, y la preclusión de otros comportamientos sancionados con pena menor; y el fiscal había aceptado en la resolución de la situación jurídica la captura en flagrancia y en el acta de audiencia especial que la prueba le transmitía la certeza sobre la responsabilidad del inculcado en la comisión del delito.

Complementariamente, para la época de los hechos, el 25 de agosto de 1.995, ya habían transcurrido 4 años de empezar a regir el artículo 37 del Decreto 2700 de 1.991, que bajo la denominación de terminación anticipada del proceso introdujo en nuestra legislación la audiencia especial, y dos años de la vigencia de la ley 81 de 1.993 que le hizo modificaciones separando en dos normas la audiencia especial y la sentencia anticipada, instituyendo la primera justamente para los eventos en que obrando dudas sobre elementos esenciales de la conducta punible el Fiscal y el procesado intentaran

terminar anticipadamente el proceso a través de un acuerdo a cambio de una reducción de la pena; y, la segunda, para los casos en que sin existir hesitaciones el inculcado aceptara los cargos sin condiciones obteniendo la terminación prematura del proceso con una sanción disminuida. Es decir, que ninguna novedad comportaba para el procesado la solicitud de audiencia especial y su rechazo, contrario al pensamiento del a quo, máxime que para esa data la jurisprudencia y la doctrina ya habían fijado el alcance, contenido y diferencias entre los dos dispositivos, ello sin contar con que la Corte Constitucional con sentencia C-394 de 1.994, había declarado exequible el artículo 37 A de la ley Procesal Penal, hoy derogada.

El conocimiento claro de estas figuras por parte del inculcado, también se infiere del testimonio de su auxiliar ANGELA MARIA HENAO CARMONA, quien manifestó que la práctica de sentencias anticipadas era más frecuente por tramitarse por esta vía los casos de confesión y captura en flagrancia, en tanto que la audiencia especial sólo procedía en los casos de duda probatoria; pues si para su auxiliar era elemental distinguir las dos figuras, lo lógico es pensar que también lo era para el procesado, con mayor razón si para ese entonces tenía una experiencia de más de 18 años al servicio de la Rama Judicial como funcionario, ocupando los cargos de juez promiscuo municipal, juez de instrucción criminal ambulante y radicado y fiscal seccional desde la creación de la Fiscalía General de la Nación.

Argumentos que enervan el esgrimido por el procesado de haber confiado en el criterio del auxiliar que tenía en ese momento, PORFIRIO RESTREPO HENAO, pues como se demostró los funcionarios y empleados de la Unidad, incluido por su puesto el procesado, tenían conocimiento certero de la naturaleza y diferencias entre las dos figuras jurídicas. Ahora, es ilógico que con la experiencia prolija que como funcionario judicial por espacio de 18 años había acumulado, se apoyara para tramitar la audiencia y adoptar las decisiones, en el concepto de un empleado judicial por muy experimentado que fuera, pues lo razonable es que de asistirle dudas tendiera a despejarlas con el jefe de

la unidad o sus colegas fiscales.

Ahora, las determinaciones que adoptó en su desarrollo denotan que no sólo sabía que con su proceder se estaba apartando de los cauces legales, sino que el fin perseguido era el de liberar irregularmente al sindicato.

Así lo indica que sin competencia le impusiera la pena de 32 meses de prisión – función que es exclusiva del juez de conocimiento en la sentencia de condena aprobatoria del acuerdo atendiendo a la estructura del proceso penal y a lo preceptuado por el artículo 37 A del C. de P.P. anterior – partiendo para el efecto del mínimo previsto en el tipo penal transgredido (48 meses), restando 16 meses por la audiencia especial aplicando el máximo descuento sin motivación alguna (de 1/6 a 1/3 parte), forzando de esta manera la concurrencia del requisito objetivo de la condena de ejecución condicional (que la pena impuesta no excediera de 3 años de prisión); y que declarara acreditado irregularmente el elemento subjetivo cimentado en la ausencia de antecedentes y en la buena conducta del sindicato, omitiendo valorar la naturaleza y modalidad del hecho punible, que de haberlo hecho como estaba obligado le hubiese transmitido la convicción sobre la necesidad de tratamiento penitenciario, por tratarse de un expendedor de cocaína.

Y, que sin facultad legal procediera a liberarlo, sustituyendo al juez de conocimiento quien era el que estaba legitimado para ello en la sentencia de condena, siempre que aprobara las condiciones del acuerdo.

No es cierto, como lo afirma el a quo, que la causal de libertad aplicada – numeral 1º del artículo 415 en armonía con el artículo 417 del Código Procesal Penal derogado – debía ser concedida en cualquier momento, porque para ese caso ella se configuraría sólo de ser aprobado el acuerdo por el juez de conocimiento y no antes, y siempre que concurrieran los requisitos del artículo 68 del Código Penal, cosa que como se vio no

sucedió, incumbiendo a él y no al Fiscal concederla en la sentencia condenatoria correspondiente.

Como si ello no bastara para evidenciar el actuar doloso del procesado después de conceder ilegalmente la excarcelación no remitió al juez de conocimiento el expediente dentro de los 5 días hábiles siguientes a la celebración de la audiencia como lo prescribía el artículo 37 A del C.de P.P., para que se pronunciara sobre el acuerdo, sino pasados cerca de 5 meses de realizada la audiencia especial, tras ser encontrado dentro de los demás expedientes por su nueva auxiliar.

Omisión que brota como un paso lógico en la cadena de actos irregulares cumplidos por el procesado para beneficiar al sindicado y seguramente para ocultar su actuar delictivo y no como una mera falta disciplinaria como inexplicablemente la calificó el a quo.

Así entonces, es evidente la sin razón del acusado al aducir como motivo de su proceder deficiencias en el conocimiento de los institutos aplicados, pues la claridad del texto de las normas descartaban confusiones en su entendimiento y, la vigencia de los mismos en el país de varios años atrás, su regulación separada por parte de la ley 81 de 1.993 creando la audiencia especial para los casos de duda probatoria sobre los aspectos por ella previstos y la sentencia para los eventos de certeza de la responsabilidad, la gran experiencia que tenía como funcionario judicial y las circunstancias y decisiones que tomó en la audiencia, indican claramente que no sólo conocía su contenido, alcance y diferencias, sino que estaba actuando contra el ordenamiento jurídico.

E increíble que desconociera los requisitos para conceder el subrogado de la condena de ejecución condicional, pues era frecuente que en el ejercicio dilatado de sus funciones como juez promiscuo municipal, de instrucción criminal y fiscal seccional por espacio de 18 años, decidiera esta clase de asuntos en donde necesariamente tenía que estudiar los requisitos para conceder la libertad provisional tras el análisis de los presupuestos del

subrogado de la condena de ejecución condicional, de suerte que abstenerse de valorar la naturaleza y modalidad de la conducta punible, asoma como un acto deliberado para excarcelar ilegalmente al sindicado.

En fin, demostrada como está la tipicidad de la conducta del procesado la Sala revocará la sentencia absolutoria y en su lugar condenará al procesado por como autor del delito de prevaricato por acción, no sin antes hacer las siguientes precisiones:

La fiscalía se equivocó al acusar al procesado por el delito de prevaricato por acción, por cuanto que para la época de los hechos el delito que se configuraba era el previsto en el artículo 39 de la ley 30 de 1.986 , que disponía:

“El funcionario empleado público o trabajador oficial encargado de investigar, juzgar o custodiar a personas comprometidas en delitos o contravenciones de que trata el presente Estatuto, que procure la impunidad del delito, o la ocultación, alteración o sustracción de los elementos sustanciales decomisados o facilite la evasión de persona capturada, detenida o condenada, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, pérdida del empleo e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término”.

“Si el hecho tuviere lugar por culpa del funcionario o empleado oficial incurrirá en la sanción respectiva, disminuida hasta en la mitad.”.

En razón a que las decisiones adoptadas manifiestamente ilegales incuestionablemente buscaban la impunidad del procesado GUTIERREZ CARVAJAL, en el delito de narcotráfico.

Equivocación que no genera nulidad del proceso por cuanto si bien es cierto que el nuevo Código Penal no lo consagró entre los delitos de tráfico de estupefacientes, si lo hizo como prevaricato por acción agravado en los artículos 413 y 415 de la siguiente

manera:

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

“Artículo 415. Circunstancia de agravación punitiva. Las penas establecidas en los artículos anteriores se aumentarán hasta en una tercera parte cuando las conductas se realicen en actuaciones judiciales o administrativas que se adelanten por delitos de genocidio, homicidio, tortura, desplazamiento forzado, desaparición forzada, secuestro, secuestro extorsivo, rebelión, terrorismo, concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, o cualquiera de las conductas contempladas en el título II de este libro.”.

De modo que la conducta no ha dejado de ser delictiva en ningún momento, pues el Código Penal anterior tipificaba el genérico delito de prevaricato por acción en el artículo 149, y el artículo 39 de la ley 30 de 1.986 sancionaba el denominado prevaricato especial por orientarse a lograr la impunidad del narcotráfico; tipo penal que con la derogatoria de dicha ley fue reproducido, sin solución de continuidad, por los artículos 413 y 415 del Código Penal vigente, como prevaricato por acción agravado.

Frente a la derogatoria de la ley 30 de 1.986 que impide su aplicación, es perfectamente viable la atribución del prevaricato por acción en los mismos términos de la acusación, sin que con ello se vulnere el principio de congruencia y el derecho a la defensa. Por esta

razón la Sala no declarará la nulidad como consecuencia de la errónea calificación hecha en la resolución de acusación al imputar el delito de prevaricato por acción del artículo 149

del Código Penal derogado, porque se respeta la imputación fáctica que permanece inalterada.

Así entonces, el procesado será condenado como autor del delito de prevaricato por acción previsto en el artículo 413 del Código Penal actual, sin que sea posible atribuirle la agravante del artículo 415 ibídem en razón a que no le fue imputada. En relación con las penas principales a imponer, serán las que resulten más favorables al acusado, frente a las contempladas en el artículo 39 de la ley 30 de 1.986.

De otro lado, la conducta además de típica es antijurídica, ya que efectivamente lesionó el bien jurídico de la administración de justicia, porque al tramitar la audiencia especial y conceder la libertad provisional ilegalmente, el procesado no sólo atentó contra su buena marcha, sino que además puso en tela de juicio su buen nombre y, la lealtad, rectitud y probidad con que deben ser dictadas las decisiones judiciales.

#### DOSIFICACION PUNITIVA

Ante la certeza de la responsabilidad del procesado en la comisión de los delitos imputados, la Sala lo condenará como autor del primer delito de falsedad material de particular en documento público, como coautor de la segunda falsedad de particular en documento público, de la falsedad por destrucción, supresión u ocultamiento de documento público, como cómplice de la fuga de presos, y como autor del delito de abuso de función pública en lo que atañe a la primera causa; y de prevaricato por acción en punto a la causa acumulada.

Para dosificar la pena se tendrá en cuenta el método que traía el Código Penal derogado, por ser más favorable para el procesado en razón a que el nuevo implicaría partir del último cuarto que oscilaría entre 7 años 6 meses y 9 años, ya que el delito más grave es el de falsedad de particular en documento público previsto en el artículo 287 del Código Penal nuevo, agravado por el uso lo que daría un marco punitivo de 3 a 9 años.

Así entonces, para la falsedad material de particular en documento público tipificado por el artículo 220 del Código Penal derogado y aplicable por favorecer al procesado, – delito más grave al tenor de lo normado por el artículo 31 del Código Penal para el concurso de conductas punibles –, la pena oscilaría entre los extremos de 2 y 12 años, por concurrir la circunstancia de agravación prevista en el inciso 2 del artículo 222 del Código Penal, al ser usado el documento falso por los copartícipes, y teniendo en cuenta la gravedad, circunstancias y repercusiones del delito, la pena a imponer sería de 46 meses de prisión.

En efecto, la gravedad del delito fue mayúscula puesto que sin importarle la condición de Fiscal Seccional que desempeñaba, hizo parte de la empresa criminal que diseñó y ejecutó el plan que logró la fuga de SOTO TORO, a quien se sindicaba de conformar irregularmente grupos armados, expidiendo una boleta de libertad falsa, con una resolución mendaz otorgando supuestamente la excarcelación, confirmándola telefónicamente a la cárcel.

La intensidad del dolo, en virtud a que para alcanzar la evasión de SOTO TORO de la cárcel fue necesaria la conformación de toda una organización que cuidadosamente diseñó el plan criminal, seleccionando el personal que se requería, entre ellos el procesado a quien le fue asignado el aporte esencial de crear la boleta falsa y su confirmación con la cárcel.

Vale la pena aclarar que la circunstancia de agravación prevista en el numeral 12 del artículo 66 del anterior Código Penal (haber cometido el hecho para ejecutar otro), pese a ser atribuida en la resolución de acusación, no será tomada en cuenta para dosificar la pena, por cuanto la ley 599 de 2.000, no la consagró como circunstancia de mayor punibilidad en el artículo 58.

Ahora, como el artículo 31 del Código Penal, dispone que en los casos de concurso de conductas punibles el reo quedará sometido al delito que establezca la pena más grave según su naturaleza aumentada hasta en otro tanto, sin que pueda ser superior a la

suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas, pero en ningún caso podrá ser superior a 40 años; habida cuenta que el delito más grave es el de falsedad material de particular en documento público por el cual se haría acreedor a 46 meses de prisión, el concurso de los restantes delitos no podrá rebasar el doble de esa cifra, es decir, 92 meses de prisión.

Pues bien, en atención a la gravedad de cada uno de los delitos y su marco punitivo, la Sala por este concepto aumentará la pena en 32 meses, fracción que resulta del aumento de 10 meses por la falsedad material de particular en documento público restante, 8 meses por la falsedad por destrucción, supresión y ocultamiento de documento público, 2 meses por la complicidad en la fuga de presos, 2 meses por el abuso de función pública (primera causa), y 10 meses por el prevaricato atendiendo el marco punitivo del artículo 413 del Código Penal vigente por favorabilidad, ante el artículo 39 de la ley 30 de 1.986.

Al adicionar a los 46 meses fijados como pena para el delito de falsedad material de particular en documento público – como delito más grave –, 32 meses por la concurrencia de los otros ilícitos, la pena a imponer es de 78 meses, que equivalen a 6 años 6 meses de prisión.

Como pena principal también se impondrá interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 56 meses, que resultan de aplicar los parámetros ya estudiados del concurso de conductas punibles, previstos en el artículo 31 del Código Penal que nos rige.

En efecto, de los dos delitos que traen como sanción principal la interdicción de derechos y funciones públicas, el más grave es el prevaricato por acción por cuanto oscila entre 5 y 8 según el artículo 413 de la ley 599 de 2.000, y de 4 a 12 años con arreglo al derogado artículo 39 de la ley 30 de 1.986.

Ahora, teniendo en cuenta la circunstancia de agravación del numeral 11 del artículo 66 del Código Penal derogado (que le fue imputada jurídicamente en la resolución de acusación) y la gravedad de la conducta, el daño causado y la intensidad del dolo, la Sala concluye que el artículo 39 de la ley 30 de 1.986 es más favorable para el procesado pues se partiría de 52 meses, monto a incrementar en 4 meses por el abuso de función pública, lo que arroja un total de 56 meses.

Así entonces, se impondrá al acusado la pena principal de interdicción de derechos y funciones públicas por 56 meses.

Pena que será ejecutada acorde con los parámetros del artículo 53 del Código Penal actual.

Dado que el artículo 39 de la ley 30 de 1.986 no prevé la pena de multa, lo que si ocurre en el artículo 413 del Código Penal actual, la Sala se abstendrá de imponer esta sanción, al igual que la pérdida del empleo consagrada en el artículo 39 de la aludida ley, en virtud a que el artículo 413 del Código Penal no trae dicha pena.

Comoquiera que la pena a imponer es superior a 3 años de prisión no procede la condena de ejecución condicional al tenor de lo preceptuado por el artículo 63 del Código Penal.

El acusado no se hace merecedor a la prisión domiciliaria, ya que las circunstancias que rodearon la comisión de los delitos por los que será condenado analizadas en el curso de la sentencia, no transmiten a la Sala la seguridad de que en su residencia no atentará contra los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico penal.

Además, dentro del proceso obra la providencia del 8 de septiembre de 1.999, mediante la cual el Tribunal le revocó la detención domiciliaria por haber comprobado que sin permiso se ausentó de su residencia sin autorización a consumir bebidas embriagantes, lo que hace desconfiar a la Sala que en su residencia efectivamente

cumplirá la ejecución de la pena.

Como el expediente no evidenció que con las conductas punibles el procesado hubiese causado perjuicios patrimoniales a alguna personas, se abstendrá de condenarlo por este concepto, al igual que al pago de expensas, costas judiciales y agencias en derecho por no demostrarse su causación.

Una vez en firme, remítanse las copias autenticadas de la sentencias con destino a las autoridades señaladas por la ley, por parte del a quo.

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

## RESUELVE

PRIMERO: Revocar el fallo absolutorio impugnado.

SEGUNDO: Condenar al procesado, JHONNY DE JESUS LOPEZ PATIÑO, de condiciones civiles y personales conocidas dentro del proceso a las penas principales de 78 meses de prisión, e interdicción de derechos y funciones públicas por 56 meses, como autor del delito de falsedad material de particular en documento público, coautor de la restante falsedad de particular en documento público y por la destrucción, supresión y ocultamiento de documento público, complicidad en la fuga de presos, y autor de abuso de función pública y, prevaricato por acción, cometidos en concurso homogéneo y heterogéneo de delitos.

TERCERO: Negar el subrogado de la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria por las razones anotadas en la parte motiva de esta decisión. En consecuencia, se ordena la captura del condenado.

CUARTO: Para el efecto, ofíciase a la DIJIN, al Departamento Administrativo de Seguridad “D.A.S.”, y al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación.

QUINTO: No hay lugar a la condena en perjuicios, ni a costas del proceso.

SEXTO: Remítanse copias del fallo de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 472 del Código Procesal Penal.

SEPTIMO: Devuélvase el expediente a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

HERMAN GALAN CASTELLANOS

JORGE A. GOMEZ GALLEGO                      ALFREDO GOMEZ QUINTERO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO                      ALVARO O. PEREZ PINZON

Salvamento parcial de voto

MARINA PULIDO DE BARON                      JORGE L. QUINTERO MILANES

Salvamento parcial de voto

YESID RAMIREZ BASTIDAS                      MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria

## SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que siempre he profesado por las opiniones y el criterio ajenos, procedo a consignar las razones que me llevan a separarme parcialmente de la decisión adoptada mayoritariamente en el fallo de segundo grado aprobado mediante Acta No. 04 de fecha 29 de enero de 2004, en tanto que mi disenso versa exclusivamente con la declaratoria de responsabilidad y consecuente imposición de pena por el delito de prevaricato por acción por el cual fue acusado el fiscal JHONNY DE JESÚS LOPEZ PATIÑO dentro de la segunda de las causas acumuladas.

Encuentro en primer término que, en verdad, como se precisó en el fallo del cual discrepo parcialmente, en cuanto a la conducta investigada en la referida causa acumulada, la Fiscalía “se equivocó al acusar al procesado por el delito de prevaricato por acción, por cuanto que para la época de los hechos el delito que se configuraba era el previsto en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986”, en razón que como también allí mismo se afirma, las decisiones que el Fiscal acusado profirió que ya han sido calificadas de ilegales, “incuestionablemente buscaban la impunidad del procesado Sigifredo Gutiérrez Carvajal en el delito de narcotráfico”.

Y en segundo lugar, que tal conducta no ha dejado de ser punible porque si bien la Ley 30 de 1986 quedó derogada desde el momento mismo en que empezó a regir la Ley 599 de 2000, es lo cierto que dicho comportamiento conservó tal status de criminalización sin solución de continuidad, desde luego no ya como delito autónomo, sino como circunstancia de intensificación punitiva frente al delito de prevaricato por acción, como fácilmente se puede concluir del contenido y alcance de los artículos que dentro de esta normativa se ocupan de la temática en comento, a saber:

“Artículo 413.- Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución,

dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.”.

“Artículo 415.- Circunstancia de agravación punitiva.- Las penas establecidas en los artículos anteriores se aumentarán hasta en una tercera parte cuando las conductas se realicen en actuaciones judiciales o administrativas que se adelanten por delitos de genocidio, homicidio, tortura, desplazamiento forzado, desaparición forzada, secuestro, secuestro extorsivo, rebelión, terrorismo, concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, o cualquiera de las conductas contempladas en el título II de este libro...”.

Pues bien, si tal era la situación procesal en torno al comportamiento investigado en la segunda de las causas acumuladas, esto es, si se había incurrido por parte del fiscal en un error de juicio al realizar la calificación jurídica del mismo, ello necesariamente comportaba afectación del debido proceso que dada su trascendencia, no podía remediarse de manera diversa a la declaratoria de nulidad para regresar la actuación al momento procesal idóneo, para proceder a la adecuada calificación provisional de dicho comportamiento, con lo cual no sólo se garantizaba la intangibilidad del referido derecho, sino también del defensa, entendida en su doble connotación de material y técnica, porque no me cabe la menor duda que la precisión en torno a este fundamental aspecto, podía tener repercusión en la estrategia defensiva a seguir en la fase del juicio.

En mi sentir, entonces, no podía en cuanto a este comportamiento dictarse sentencia de condena, porque la debida adecuación de la conducta, comporta condición de validez del proceso y ello, en cuanto hace al cargo imputado en la segunda de las causas acumuladas, no ocurrió.

Con toda atención,

MARINA PULIDO DE BARON

Magistrada

Fecha ut supra.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

(2ª instancia No. 16. 626).

Respetados Señores Magistrados:

He salvado el voto porque creo que no es posible hacer concurrir los delitos de abuso de la función pública y fuga -a título de cómplice-.

La conducta fue una, la misma. Y de ella la Sala admite que se desprendan dos hechos punibles.

Al contrario: si el abuso se hace consistir en el comportamiento orientado a “facilitar” o “ayudar” en la fuga de Soto Toro y, en verdad, el funcionario ayudó hartos, es indudable que el ilícito es uno sólo, en este caso, el de fuga, a título de complicidad.

Desde este punto de vista, entonces, no dos, sino un delito. Y, por ende, menor pena.

Señores Magistrados,

Seguro Servidor,

Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

