

Proceso No 18290 y 18575

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

Aprobado Acta N° 200

Bogotá, D. C., dieciocho de diciembre de dos mil uno.

VISTOS

Decide la Corte sobre la apelación interpuesta en contra de los autos fechados el 22 de febrero y 25 de mayo de año en curso, obra del Tribunal Superior de Cali, el primero de los cuales negó por segunda vez la detención domiciliaria solicitada a favor del procesado NELSON ARIEL GODOY ZULUAGA, mientras que en razón del segundo fueron rechazadas las solicitudes de nulidad y de pruebas hechas por el mismo acusado y su defensor.

En este momento el Tribunal Superior de Cali adelanta el juzgamiento del doctor NELSON ARIEL GODOY ZULUAGA, Exfiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Cali, quien finalmente fue acusado por la Fiscalía por un concurso de dos (2) delitos de prevaricato por acción y falsedad ideológica en documento público, según las previsiones de los artículos 26, 149 y 219 del Código Penal de 1980.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

De acuerdo con las determinaciones de la resolución acusatoria, modificada en segunda instancia, los episodios que dieron lugar a este proceso han sido presentados de la siguiente manera:

1. El coordinador de la Unidad Tercera de Delitos contra el Patrimonio Económico y la Fe Pública de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali denunció la expedición de resoluciones supuestamente contrarias a la ley, dentro de la instrucción radicada con el N° 159-332, a cargo del fiscal NELSON ARIEL GODOY ZULUAGA, por los delitos de hurto calificado-agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, y en relación con los individuos OSCAR OSORIO TREJOS y HEBERT ZABALA SANDOVAL, quienes despojaron a JUAN CARLOS LINARES RECALDE del vehículo marca chevrolet samuray, de placas CFG 148, de propiedad del señor ADOLFO ZAMBRANO RIASCOS, cuando aquél se desplazaba en compañía de su hermana CAROLINA LINARES RECALDE -compañera del último-. Las decisiones tachadas de ilegales se reseñaron del siguiente modo:

1.1 A pesar de haber dictado medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de ambos imputados, según resolución del 13 de enero de 1999, por los delitos antes mencionados, el 18 de enero siguiente el fiscal recibió una solicitud de sustitución de la detención carcelaria por detención domiciliaria, petición a la cual accedió al día siguiente, no obstante que aquélla carecía de motivaciones, mas el instructor decidió variar su posición inicial para declarar que el delito contra el patrimonio económico sólo había alcanzado el grado de la tentativa, razón por la cual ambos hechos punibles -incluido el porte ilegal- estaban dentro de los límites objetivos señalados (pena mínima inferior a 5 años) y, además, la ausencia de antecedentes penales de los sindicados los hacía merecedores del favor.

1.2 Según resolución N° 071 del 18 de mayo de la misma anualidad, el fiscal decidió decretar la nulidad de lo actuado a partir de la providencia de cierre de

investigación y consecuentemente ordenó la libertad provisional de ambos sindicatos, dado el posible quebrantamiento de los derechos de defensa y debido proceso, por no haberse podido recoger la declaración de los testigos presenciales y víctimas del hurto, CAROLINA y JUAN CARLOS LINARES RECALDE. Se estimó que, en vista de que el funcionario contaba con la prueba necesaria para calificar, la decisión era ilegal por ser contraria al artículo 438 del Código de Procedimiento Penal de 1991.

1.3 El día 5 de agosto del mismo año, el funcionario supuestamente recibió la ampliación del testimonio del ofendido ADOLFO ZAMBRANO RIASCOS, acto en el cual éste aparentemente manifestó que había sido indemnizado integralmente por los perjuicios ocasionados y, además, que los ocupantes del automotor, su compañera y su cuñado, en realidad no habían sido amenazados con arma de fuego por los sindicatos. A la postre, se ha determinado provisionalmente que tal documento resultó ser una impostura y falsificación del fiscal encargado del caso.

1.4 Por medio de la resolución N° 101 del 9 de agosto siguiente, el instructor declaró la inexistencia del delito de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, consideró además que el hurto ya era solamente agravado y no calificado y, en virtud de la supuesta indemnización integral, ordenó la preclusión y el archivo del proceso. Sustentada esta decisión en una falsedad cometida sobre el testimonio del dueño del vehículo, también se ha considerado que hubo delito de prevaricato por acción en su proferimiento.

1.5 Finalmente, el 17 de agosto de la misma anualidad la defensora del sindicato OSCAR OSORIO TREJOS interpuso los recursos de reposición y apelación en contra de la mencionada preclusión y, no obstante la manifiesta ausencia de interés jurídico para hacerlo, el fiscal repuso la determinación mediante resolución del 25 de agosto siguiente, con el fin de ocultar la ilegalidad de su primera decisión.

2. No obstante que la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali, según providencia del 27 de julio de 2000, dictó resolución acusatoria en contra del exfiscal NELSON ARIEL GODOY ZULUAGA, por las tres (3) hipótesis de prevaricato señaladas en los numerales 1.1, 1.2 y 1.4, además del delito de falsedad de servidor oficial en documento público descrito en el numeral 1.3, la Fiscalía ante la Corte, de acuerdo con resolución del 24 de noviembre del mismo año y en ejercicio de la facultad otorgada por el recurso de apelación interpuesto, redujo la acusación a los hechos punibles de prevaricato por acción relacionados en los numerales 1.4 y 1.5, así como también aclaró que concurría la falsedad pública mas que era de carácter ideológico y no material como lo había dicho la primera instancia (fs. 998 y 1078, cuaderno 2).

3. El Fiscal de primera instancia negó la sustitución de la detención preventiva por detención domiciliaria, dentro de la misma resolución de acusación, basado en que el reiterado comportamiento ilícito del fiscal acusado y las circunstancias que lo rodearon, unido a la gravedad de los hechos punibles por él investigados en su condición de fiscal delegado ante los jueces penales del circuito, hacía riesgosa su comparecencia al juicio y no daba la convicción de que no pondría en peligro el conglomerado social donde tenía su residencia (idem, f. 1024). Este criterio fue avalado por la Unidad de segunda instancia (ibidem, f. 1114).

4. Asumido el conocimiento para el juicio por el Tribunal Superior de Cali, tanto el procesado como su defensor le requirieron la mutación de la detención preventiva por detención domiciliaria, pero, por medio de auto fechado el 22 de febrero del año en curso, el competente negó la solicitud (cuaderno 3, f. 1162).

5. Posteriormente, en atención al traslado previsto en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal derogado, la Procuradora 69 Judicial Penal solicitó la nulidad parcial de la acusación de segunda instancia dictada por la Fiscalía Delegada ante la Corte, así como también requirió algunas pruebas (cuaderno 3, f. 1202).

6. En la misma oportunidad, el defensor solicitó la nulidad del proceso a partir de la resolución de clausura de la instrucción, por supuesta violación al principio del debido proceso (cuaderno 3, f. 1207); y también en memorial separado pidió como pruebas el testimonio de DARÍO CÉSAR AGUDELO BUSTAMANTE, técnico judicial del despacho del fiscal acusado; la ampliación de la declaración de la doctora CONSUELO OROZCO VICUÑA; el testimonio del ciudadano OSCAR OSORIO TREJOS, sindicado en el proceso que le valió la acusación al funcionario judicial, y de su compañera MIREYA VAQUERO; la filmación de la intervención oral hecha por el doctor NELSON ARIEL GODOY ZULUAGA en el recinto del Concejo Municipal de Palmira, el día 28 de julio de 2000, en relación con el tema del indicio grave; la declaración de la señora MERCEDES PADILLA, abuela del menor RUMENIQUE PEREA PADILLA, que murió trágicamente en un procedimiento policial arbitrario que el doctor GODOY ZULUAGA conoció por el acompañamiento a esta familia; y, por último, solicita que se tengan como pruebas la copia del interlocutorio del 13 de agosto de 1999, por medio de la cual la fiscal BEATRIZ YANETH MÁRQUEZ ALONSO ordenó investigar al doctor GODOY ZULUAGA por el presunto delito de prevaricato, así como de la resolución de preclusión dictada por una fiscal ante los Tribunales de Bogotá y Cundinamarca por tales hechos (idem, f. 1263).

7. El procesado GODOY ZULUAGA, por su parte, solicitó que se estableciera la veracidad de la afirmación de la fiscal delegada ante la Corte, en el sentido de que él aportó una certificación médica falsa; que con la intervención de un experto en lingüística y gramática se determine que la resolución de acusación de primera instancia contiene expresiones propias del doctor ALVARO DÍAZ GARNICA, fiscal coordinador ante el Tribunal de Cali, y que en cambio las mismas manifestaciones no han sido utilizadas por el funcionario que suscribe la providencia; que se compulse copias para investigar el presunto delito de prevaricato en que pudo haber incurrido el funcionario acusador de primera instancia, cuando se opuso abiertamente a las determinaciones anteriores de su Superior funcional; que se establezca la fecha en que la resolución acusatoria de

primera instancia pasó a la Secretaría de la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal de Cali, pues al parecer ello ocurrió días después de que fue suscrita por el funcionario encargado, cuando todavía fungía como titular la doctora MÁRQUEZ ALONSO; y, finalmente, que se tengan como pruebas copias de varias actuaciones supuestamente ilegales del fiscal ante el Tribunal encargado de la calificación en su condición original de fiscal seccional (ibidem, f. 1272).

8. De acuerdo con auto del 25 de mayo del año en curso, el Tribunal negó las nulidades y pruebas solicitadas tanto por el defensor como por el procesado (cuaderno adicional, f. 4).

9. En relación con el mencionado auto, la Procuradora Judicial interpuso el recurso de reposición, en vista de que no se había pronunciado sobre sus solicitudes de nulidad y de pruebas, razón por la cual el Tribunal, según auto del 21 de julio de 2001, negó la nulidad parcial solicitada por el Ministerio Público, pero ordenó las pruebas pedidas en el memorial original (idem, fs. 65 y 102).

10. Mas, en cuanto a la misma providencia inicial de negación de pruebas y nulidades, el procesado interpuso y sustentó el recurso de apelación (ibidem, fs. 64 y 71).

FUNDAMENTOS DE LA PRIMERA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Tribunal negó la sustitución de la detención preventiva por la detención domiciliaria y expuso las siguientes razones:

1. A la luz del artículo 53 de la Ley 81 de 1993, sistemáticamente ubicado en el capítulo II, título III, dedicado a las medidas de aseguramiento, con la detención domiciliaria se busca garantizar la comparecencia del procesado al juicio y,

específicamente, para el eventual purgamiento de la pena. Es lo que se infiere del hecho de que, además de un requisito objetivo, la norma en cuestión exija un juicio de valor para establecer que, conforme con las circunstancias personales, familiares, laborales y los vínculos con la comunidad, el acusado no sólo comparecerá al proceso sino que de igual manera no pondrá en peligro a la sociedad.

2. En razón de la exigencia de tipo subjetivo, resulta dable considerar todos los comportamientos y procederes del acusado conocidos en el proceso, incluida obviamente la conducta juzgada en su real condición y proporción de gravedad o levedad. Precisamente, al igual que lo hizo la Fiscalía en su momento, la gravedad de la conducta del fiscal trasciende porque la agotó respecto de una investigación por comportamiento bastante peligroso (hurto calificado-agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal) y respecto de avezados delincuentes.

3. El Tribunal aduce que para nada ha variado la anterior reflexión y, por el contrario, puede reforzarse con la actitud contumaz del acusado, pues de manera consciente abandonó el despacho oficial a su cargo, desde el mes de agosto del año 2000 y apenas el 6 de febrero se presentó voluntariamente, seguramente para ambientar el pedimento de detención domiciliaria al que sin duda no podía acceder como reo ausente.

4. En la solicitud de detención domiciliaria se hacen varias glosas a la actuación de la Fiscalía de primera y segunda instancia, algunas mostradas como violación a derechos fundamentales, pero el Tribunal aclara que la decisión en ese momento se circunscribía al beneficio invocado y no a la regularidad del proceso.

5. Finalmente, el Tribunal arguye cómo no es cierto que la Fiscalía se haya desentendido de la ausencia de antecedentes del procesado, sino que hizo una evaluación contextual de factores entre los que contó la gravedad de la conducta y la

contumacia, máxime que, a sabiendas del funcionamiento interno y garantista de la Fiscalía, no eran de recibo las explicaciones que el acusado esgrimió para ausentarse. La manifestación de que huyó porque no contaba con garantías obedece a una apreciación subjetiva, y así es posible inferir que, en el futuro y cuando las decisiones no lo favorezcan, sin duda volverá a eludir la acción de la justicia.

ARGUMENTOS DEL RECURSO

El procesado NELSON ARIEL GODOY ZULUAGA, quien interpuso el recurso de apelación al momento de la notificación personal del auto del 22 de febrero, revela los siguientes motivos de agravio:

1. No obstante el reconocimiento de que la Fiscalía había soslayado toda la realidad fáctica de la personalidad del acusado y sus desempeños, el Tribunal terminó por hacer lo mismo al ignorar sus 15 años de servicios a la Rama Judicial, las buenas calificaciones de servicio, sus vínculos con la comunidad y el buen crédito civil, comercial y comunitario.

2. A pesar de que el Tribunal anuncia el examen de todos los comportamientos trasuntos en el proceso, ni siquiera analiza sucintamente la fragilidad de los cargos imputados, pues el fiscal de primera instancia le había dictado medida de aseguramiento por cinco (5) delitos, pero después el Superior revocó integralmente la decisión. Posteriormente, sin haberse producido ninguna prueba sobreviniente, el fiscal de primera instancia acusó en la misma medida, en contra de los juicios probatorios y jurídicos antes sentados por la Fiscalía ante la Corte.

3. Tampoco tuvo en cuenta el Tribunal la explicación concreta y específica que ofreció sobre su contumacia, pues, en vista de la arbitrariedad del fiscal de primera instancia, decidió preservar su dignidad y alejarse. En efecto, la misma doctrina de la Corte ha sostenido que puede existir conducta de prevaricato en el funcionario que actúa

manifiestamente en contra de una decisión del superior, entonces, ante tan grosera y flagrante violación del debido proceso, estaba en peligro su libertad y por ello se ausentó.

4. Llama la atención sobre la denuncia penal que antes había puesto en contra de los doctores ALVARO DÍAZ GARNICA, coordinador de la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal de Cali, y BEATRIZ YANETH MÁRQUEZ ALONSO, fiscal de la misma unidad, por el delito de prevaricato, pues la segunda ordenó compulsar copias en su contra por haber declarado la prescripción dentro de un proceso por el delito de estafa, y el primero con ligereza abrió la investigación, cuando en verdad las diligencias después fueron trasladadas a la Unidad de Fiscalía ante los Tribunales de Bogotá y Cundinamarca y uno de sus fiscales llegó a la misma conclusión de que la acción estaba prescrita. No puede ser mera coincidencia el hecho de que la investigación en su contra inicialmente le haya correspondido al fiscal DÍAZ GARNICA y, una vez declarado el impedimento de éste por enemistad con su defensor, se le asigna a la fiscal MÁRQUEZ ALONSO.

5. Existe una actitud malsana y malintencionada de la fiscal instructora, porque le dictó medida de aseguramiento y ordenó la captura en vísperas de la navidad de 1999, a sabiendas de que en los despachos de los fiscales ante el Tribunal de Cali existían otras investigaciones contra jueces y fiscales a la espera de resolver la situación jurídica, máxime que no existió la misma diligencia y rigor en el caso del juez que concedió al habeas corpus al señor JUAN CARLOS RAMÍREZ, reconocido narcotraficante del Valle del Cauca. Además, la funcionaria hizo una interpretación parcializada y amañada de la prueba para adoptar la medida.

6. En el expediente consta su presentación voluntaria en las primeras semanas del año 2001, una vez conoció el pronunciamiento de la Fiscalía Delegada ante la Corte que confirmaba la acusación, a sabiendas de que el expediente regresó a la primera instancia a finales del mes de diciembre del año 2000. Por otra parte, según reconocida

doctrina de la Corte, la contumacia no puede generarle al procesado sanciones no previstas en la ley, pues ella en la práctica sólo acarrea las limitaciones para conocer la actuación, intervenir y defenderse apropiadamente, máxime si el acusado ha estado a la expectativa del proceso y desea intervenir, sólo que la policía no ha podido capturarlo.

7. La apreciación que él hizo para ponerse en contumacia no fue subjetiva, sino, por el contrario, objetiva e imparcial. En efecto, en la resolución del 9 de marzo de 2000, con base en lo dicho en la resolución de segunda instancia que revocó la medida de aseguramiento en su contra (1° de marzo de 2000), la misma fiscal de instrucción, doctora MÁRQUEZ ALONSO, dedujo explícitamente la atipicidad de los comportamientos de prevaricato y la carencia de prueba para imputar el delito de falsedad al fiscal investigado, razón por la cual la acusación posterior de un funcionario encargado resultaba protuberantemente ilegal y desviada, a sabiendas de que no acudió a ningún elemento de prueba adicional, novedoso o sobreviniente. Así pues, como estimó que se le violaban flagrantemente los derechos fundamentales a la libertad y el debido proceso, decidió marcharse para comparecer voluntariamente de nuevo una vez conoció la resolución acusatoria de segunda instancia, cuando terminó la vacancia judicial de fin de año.

8. Aunque acata la acusación de segunda instancia, no comparte sus equivocados juicios, sobre todo cuando le hace una imputación que no corresponde a la verdad, en el sentido de que él hizo llegar una incapacidad médica falsa.

9. Aduce, finalmente, que no fueron evaluadas sus condiciones personales, la credibilidad comercial y financiera, la certificación de la comunidad religiosa a la que pertenece, las certificaciones de jueces penales del circuito de la ciudad sobre su conducta, las calificaciones positivas del servicio y el reconocimiento expreso de la labor desempeñada por él.

Ahora bien, dentro del término de traslado a los no recurrentes, el defensor hizo las siguientes observaciones:

1. Al igual que su defendido, el profesional lamenta que el Tribunal no haya tenido en cuenta la buena conducta anterior del procesado.

2. Expone que si se quiere analizar la conducta del acusado en toda su trascendencia, sería necesario acudir a los hechos y pruebas recopiladas, con el fin de establecer la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y coparticipación eventual del sindicado. Por esta razón, estima que debe analizarse la actuación procesal de la Fiscalía en primera y segunda instancia, pues sólo de tal manera podría establecerse la gravedad o levedad de la conducta enjuiciada, máxime que en este caso la medida de aseguramiento dictada por la fiscal instructora por tres (3) delitos de prevaricato, uno de cohecho y otro de falsedad, no estaba basada en un objetivo análisis probatorio, como lo demuestra la revocatoria posterior por la segunda instancia.

3. Reitera con su prohijado que el fiscal investigador violó el principio de la doble instancia, en la medida en que, sin prueba sobreviniente y tras desconocer la resolución de segunda instancia que revocaba la medida de aseguramiento, dictó resolución acusatoria.

4. Advierte que la resolución acusatoria de segunda instancia, no obstante que mantuvo algunos cargos, fue fundada en los testimonios “u opiniones personales” de los doctores CONSUELO OROZCO VICUÑA, RUBY BOLAÑOS y DARÍO CÉSAR AGUDELO, las dos primeras delegadas del Ministerio Público y el tercero técnico judicial, medios probatorios de los cuales no sería posible inferir un indicio de responsabilidad de su poderdante ni el delito contra la fe pública. Por otra parte, cuando la Fiscalía de segunda instancia expone que las declaraciones del Ministerio Público se ofrecen decisivas para deducir el delito de prevaricato, simplemente trata esta

infracción como un tipo penal en blanco, característica que indudablemente no ostenta la figura.

5. De manera que ese ir y venir en las decisiones de la Fiscalía, solamente permite inferir la inexistencia del elemento normativo del tipo de prevaricato, consistente en la manifiesta contrariedad de la resolución con la ley.

6. En cuanto al segundo cargo de prevaricato hecho en la acusación de segunda instancia, el defensor sostiene que no fue formulado en la indagatoria, ni en la acusación de primera instancia, razón por la cual se ha violado el debido proceso, el derecho de defensa, la contradicción, la doble instancia y hasta la legalidad.

7. Agrega que la Fiscal acusadora de primera instancia ha negado la detención domiciliaria a su defendido por pura animadversión, pues, en caso diferente, el 6 de mayo de 1997, la concedió a un individuo sindicado de los delitos de hurto calificado-agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

8. Trae a colación un escrito o concepto de un exmagistrado de la Corte, según el cual la ley ha previsto la detención domiciliaria, como instituto benigno y útil alternativa a la detención carcelaria, tanto para particulares como para funcionarios. Los servidores públicos no han sido excluidos de dicho tratamiento humanitario, pues extremar el rigor contra el servidor público en desgracia no satisface los anhelos de justicia de la sociedad.

9. Adjunta copia de algunas decisiones de la Fiscalía Delegada ante la Corte donde concede el sustituto de la detención domiciliaria y, por último, anota que la petición de este beneficio para su defendido está fundada en su absoluta inocencia y en la falta de eficacia jurídica de la prueba sobreviniente.

CONSIDERACIONES SOBRE LA DETENCIÓN DOMICILIARIA

1. El artículo 396 del Código de Procedimiento Penal de 1991, modificado por el artículo 53 de la Ley 81 de 1993, norma bajo cuyo imperio se negó la detención domiciliaria, prevé:

“Cuando se trate de hecho punible cuya pena mínima prevista sea de cinco años de prisión, o menos, el funcionario judicial sustituirá la detención preventiva por detención domiciliaria si establece que el sindicado por sus características familiares, laborales y vínculos con la comunidad, comparecerá al proceso y no coloca en peligro a la comunidad. En tal caso le impondrá caución y ordenará que la detención preventiva se verifique en el domicilio del sindicado. Adicionalmente, podrá imponer la obligación de realizar trabajo social durante el término de la detención domiciliaria o los fines de semana” (la parte en negrilla y subrayada fue declarada inexecutable por medio de la sentencia C-774 de 2001 –julio 25-).

Salvo la entrega de una mejor redacción, el tratamiento del instituto no tiene diferencias sustanciales en la nueva legislación penal, pues el parágrafo del artículo 357 del Código de procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), dispone que “la detención preventiva podrá ser sustituida por la detención domiciliaria en los mismos eventos y bajo las mismas condiciones consagradas para la pena sustitutiva de prisión domiciliaria”.

En vista de la remisión antes indicada, el artículo 38 del Código Penal (Ley 599 de 2000), en cuanto a la prisión domiciliaria dispone:

“ART. 38—La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.
2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.
3. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:
 - 1) Cuando sea del caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia.
 - 2) Observar buena conducta.
 - 3) Reparar los daños ocasionados con el delito, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo.
 - 4) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello.
 - 5) Permitir la entrada a la residencia a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y la reglamentación del Inpec.

“El control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por el juez o tribunal que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia, con apoyo en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, organismo que adoptará, entre otros, un sistema de visitas periódicas a la residencia del penado para verificar el cumplimiento de la pena, de lo cual informará al despacho judicial respectivo.

“Cuando se incumplan las obligaciones contraídas, se evada o incumpla la reclusión, o fundadamente aparezca que continúa desarrollando actividades delictivas, se hará efectiva la pena de prisión.

“Transcurrido el término privativo de la libertad contemplado en la sentencia, se declarará extinguida la sanción”.

2. De modo que, aparte del requisito objetivo traducido en que se proceda por un delito cuya pena mínima no supere los cinco (5) años de prisión, la norma de antes y la de ahora exigen para el reconocimiento de la detención domiciliaria una ponderación del desempeño personal, laboral, familiar o social del procesado, de tal manera que el funcionario judicial pueda inferir, seria y fundadamente, que con la medida aquél no pondrá en peligro a la comunidad y no evadirá el cumplimiento de la eventual pena (o no comparecerá al proceso, que es igual).

3. Antes de cualquier disquisición sobre las mencionadas condiciones que exigen juicios de valor, conviene señalar, en punto al requisito objetivo, que el procesado NELSON ARIEL GODOY ZULUAGA finalmente fue acusado por dos (2) delitos de prevaricato por acción y otro de falsedad ideológica de servidor oficial en documento público.

Pues bien, los hechos punibles de prevaricato, cometidos en vigor del artículo 149 del Código Penal de 1980, modificado por el artículo 28 de la Ley 190 de 1995, tenían prevista una pena de 3 a 8 años de prisión, sanción que conserva los mismos límites en el artículo 413 del nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000). De modo que, conforme con el artículo 397, numerales 2 y 3 del Código de Procedimiento Penal de 1991, la medida de aseguramiento procedente para dicho delito era la de detención preventiva. En el Código de Procedimiento Penal vigente (Ley 600 de 2000), si bien la pena mínima para el mismo ilícito no alcanza los cuatro (4) años, como lo prevé el numeral 1° del artículo

357, de todas maneras el hecho punible está previsto expresamente en el listado de los que por su naturaleza dan lugar a la detención preventiva, independientemente del mínimo de sanción establecida (numeral 2).

En relación con el delito de falsedad ideológica de servidor oficial en documento público, la pena prevista oscila entre 3 y 10 años de prisión, conforme con el artículo 219 del Código Penal de 1980, norma preexistente al momento de la comisión de la conducta y más favorable que el artículo 286 del actual Código Penal, pues éste dispone una sanción de 4 a 8 años de prisión y, de acuerdo con el artículo 357 del Código de Procedimiento Penal, con la primera disposición no habría lugar a la detención preventiva por ser la pena mínima inferior a cuatro (4) años.

No obstante que ahora ya no procedería la detención preventiva por un delito de falsedad ideológica en documento público, cometido en vigencia del Código Penal de 1980, por aplicación favorable del artículo 357-1 del nuevo Código de Procedimiento Penal, de todas maneras la medida de aseguramiento pervive por la concurrencia de los hechos punibles de prevaricato. Así las cosas, sigue vigente en este caso la discusión sobre la posibilidad de sustituir la detención preventiva por detención domiciliaria.

4. Así entonces, lo primero que trasuntan las normas sobre el instituto de la detención domiciliaria es que el examen global del desenvolvimiento personal, laboral, familiar o social del procesado debe apuntar al aseguramiento de dos fines concurrentes: que el beneficiado no pondrá en peligro la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la eventual pena, como inferencia fundada del funcionario judicial.

5. Ahora bien, tampoco puede ocultarse que los dos (2) delitos de prevaricato por acción y el de falsedad pública fueron cometidos por el procesado durante su desempeño individual, laboral y social, de modo que el examen de la gravedad o levedad

de las conductas delictivas juega un papel importante en la formación del juicio de inferencia para determinar si, puesto el acusado en el ámbito más amplio de la detención domiciliaria, no pondrá en riesgo la comunidad o se correrá el peligro de que eluda el cumplimiento de la eventual pena.

6. De igual manera, debe aclararse, para efectos de la procedencia o improcedencia de la detención domiciliaria, que la Corte como juez de segunda instancia debe partir del contenido final de la resolución acusatoria, tal como la dejó configurada la Fiscalía Delegada de segunda instancia, porque corresponde al debate de la fase posterior del juzgamiento la razón o sinrazón, total o parcial, de la acusación, lo que finalmente debe decidirse en la sentencia de primera instancia por el Tribunal y eventualmente en el fallo de segundo grado por esta Corporación. De modo que, a la hora de ahora, antes de la sentencia de segundo grado, la Corte no puede anticipar juicios de valor sobre la existencia o inexistencia de los delitos atribuidos o de la responsabilidad del procesado, pues provisionalmente el examen ha de sustentarse en una acusación definida en primera y segunda instancia por la Fiscalía General de la Nación, dado que constitucionalmente corresponde a este órgano “calificar y declarar precluidas las investigaciones” (art. 250-2). La calificación hecha por la Fiscalía constituye el punto de partida del juicio, conforme lo prevé el encabezamiento del artículo 250 citado, desarrollado por el artículo 400 del Código de Procedimiento Penal.

7. Así las cosas, aunque la calificación jurídica provisional dispuesta por la Fiscalía puede variarse en la etapa del juicio, como lo prevé el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal, lo cierto es que dicha facultad no alcanza para excluirla antes de la sentencia y entonces pervive la esencia de los hechos definidos por la Fiscalía hasta dicho momento procesal, cuando serán objeto de definición para condenar o absolver al acusado por los mismos. De modo que, por respeto a la estructura procesal de tendencia acusatoria que rige en el ordenamiento procesal penal colombiano, sobre

todo al principio de imparcialidad derivado de la separación funcional entre acusador y juzgador, las declaraciones sobre hechos punibles o responsabilidad del acusado que se hagan en este proveído son enteramente provisionales y están sujetas estrictamente a las valoraciones de la resolución acusatoria, sin perjuicio de los juicios definitivos que deben hacerse en el momento posterior de la sentencia.

8. Valgan estas mismas premisas, de una vez, para delimitar el ámbito de la discusión y anunciar que no puede la Corte en este momento juzgar la fragilidad o la fortaleza de la prueba que sirvió de fundamento a la acusación o a la medida de aseguramiento, pues, desde el punto de vista lógico, lo que persiguen ahora el procesado y su defensor es la sustitución de la detención preventiva por la detención domiciliaria y no la revocatoria de la primera.

9. Así entonces, no genera suficiente confianza el hecho de que el fiscal o el juez, piedra angular de la construcción del Estado de Derecho y garantía de su materialización, porque les compete resolver de manera independiente e imparcial los conflictos, bien sea ejerciendo la persecución del delito y de los delincuentes ora declarando la inocencia del perseguido, a la postre decida traicionar a los individuos y a la sociedad que le han encomendado tan importante papel o tan delicado ingrediente para conservar sus mínimos de convivencia y, por medio de la comisión de delitos de su propia cosecha, resuelva enlodar una función tan imprescindible en una organización social y democrática.

10. Desde luego que debe contar todo el acontecer historiobiográfico, laboral y social del funcionario judicial acusado y también su buena conducta anterior, quizá cuando sus sentimientos se conmuevan altruistamente o se deslizan sin mayores reflexiones más allá de los sutiles linderos legales entre la justificación y el delito, pero, dichos elementos definitivamente quedan subordinados u opacados en el examen global que exige la norma, cuando con conciencia clara y voluntad libre el servidor decide

sobreponerle desbordados egoísmos a esa intachable vida anterior, para realizar cualquier clase de maniobra en orden a proteger o ponerse al servicio de una de las más agresivas, organizadas, recurrentes, nocivas y productivas delincuencias que sojuzga a la comunidad colombiana, cual es la del hurto violento de automotores, mediante la realización de espigadas conductas cuyo compromiso de la vida e integridad de conductores o pasajeros ya no es suficiente lamentar, porque la indolencia del legislador en este país no ha permitido introducir una norma limitativa al fácil expediente de indemnizar para obtener reiteradamente la libertad provisional, beneficio este que en la práctica se convierte en definitiva hasta cuando los autores reinciden con alto grado de probabilidad, sin parar mientes en que dicha liberación muchas veces se logra al son de la intimidación de las víctimas que no se declaran satisfechas con lo que ni siquiera reciben como resarcimiento.

11. Fue lo que hizo el funcionario procesado en este caso, a partir de los cargos hasta ahora consolidados en una resolución de acusación, ponerse al servicio de la injusticia y la impunidad de unos sujetos comprometidos en un concurso de hechos punibles de hurto calificado-agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, dentro de la tormentosa modalidad criminal del hurto de automotores. Mas, de igual manera, al enjuiciado no le bastó desfigurar escuetamente la realidad, mediante el proferimiento de sendas resoluciones ostensiblemente contrarias a la ley, sino que también se ensayó en la comisión de un delito de falsedad pública, fingiendo una declaración resarcitoria y atemperante de cargos supuestamente hecha por el dueño del vehículo hurtado, con el fin de imponer mejores motivos para la decisión ilegal y así dificultar también su descubrimiento.

12. ¿Acaso puede confiarse en que no pondrá en peligro la comunidad quien, al amparo de la delegación estatal y social y puesto por la sociedad en una marcada situación de privilegio y responsabilidad, precisamente la defrauda y hace un recorrido delictual que revela los conocimientos del Derecho puestos al servicio del

delito, en lugar de orientarlos a la resolución del conflicto como misión encomendada?.

13. Por otra parte, es verdad que el individuo penalmente perseguido no está obligado a someterse voluntariamente a la restricción legalmente ordenada por las autoridades competentes, por cuanto el ius puniendi no constituye un derecho subjetivo a favor del Estado, sino el ejercicio de un imperio y un deber derivados de un poder delegado que como tal debe imponerse y no simplemente rogarse; pero, como el ideal, dentro del camino de restablecimiento del ordenamiento jurídico violado, sería el acatamiento de las decisiones judiciales adoptadas como consecuencia de la vulneración por quien aparece como transgresor, de todas maneras la huida de éste genera desconfianza para el cumplimiento de esa labor simbólica y pedagógica de reconstrucción jurídica hacia la sociedad, y si bien no pueden imponérsele gravámenes más allá de la legalidad de las consecuencias normales (detención preventiva o pena), tampoco puede premiársele con institutos que exigen la convicción judicial de que habrá tranquilidad comunitaria para recibir a quien parcialmente se reincorpora a la sociedad ofendida (detención domiciliaria).

14. No puede atenderse como justificación de la huida los presuntos excesos o arbitrariedades en los cargos deducidos en la resolución acusatoria de primera instancia, porque el acusado como abogado y funcionario judicial sabía perfectamente que tales eventualidades civilizadamente y de manera regular debían enfrentarse con los recursos o los controles de legalidad y no con otra situación de hecho aparentemente igual a la que se pretende remediar.

15. La inferencia lógica de que el procesado no pondrá en peligro la comunidad ni evadirá el eventual cumplimiento de la pena, son elementos que se concilian con los fines de la detención preventiva, al fin y al cabo la detención domiciliaria también lo es, tal como lo disponen los artículos 355 y 356 del actual Código de Procedimiento Penal, y

lo hacían antes los artículos 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968) y 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 16 de 1972).

16. Entonces, por cuanto uno de los fines de la detención, preventiva o domiciliaria, es el de asegurar la ejecución de la pena privativa de la libertad, dichas instituciones también se proyectan en los fines de la pena, de modo que, a pesar de que la detención no constituye pena, sí juega papel trascendental en su determinación no sólo la tributación de un ambiente propicio a la resocialización del procesado, sino también las ideas de merecimiento y de sostenimiento de un mínimo de confianza pública en la defensa del orden jurídico (prevención general positiva), aspecto este último que se vería bastante desvalorizado cuando se otorgan detenciones domiciliarias gratuitas, sin atención a que el delito cometido resulta asaz grave no sólo por su naturaleza y forma de ejecución sino también por lo que subyace al ejercicio torcido de la función judicial (impunidad de hechos punibles de marcada alarma social).

17. Ahora bien, la negación de la detención domiciliaria no comporta una mera expiación o el ejercicio de un innecesario rigor en el tratamiento dispensado al funcionario en desgracia, pues las connotaciones de las conductas justifican la prevención general integradora (confianza de la sociedad en la eficacia del castigo), máxime que los servidores y exservidores de la justicia penal tienen derecho a un sitio de reclusión especial no sólo por su seguridad sino también por sus antecedentes y conducta, lugar en el cual también puede intentarse la prevención especial positiva (resocialización), como lo prevén los artículos 360 del Código de Procedimiento Penal y 29 del Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993).

Suficientes las razones esbozadas para confirmar la negación, por segunda vez, de la detención domiciliaria intentada por el procesado y su defensor.

Sigue entonces lo atinente a las nulidades y pruebas negadas en la fase del juicio.

CONTENIDO DE LA PROVIDENCIA QUE NIEGA NULIDADES Y PRUEBAS

De acuerdo con el auto fechado el 25 de mayo del año en curso, el Tribunal Superior de Cali hizo las siguientes consideraciones:

1. Expone el Tribunal que la defensa ha solicitado la nulidad de la resolución acusatoria de primera instancia, en vista de que el fiscal desatendió los juicios plasmados por la segunda instancia en la resolución que revocó la medida de aseguramiento en contra del procesado NELSON ARIEL GODOY ZULUAGA (cuaderno 2, f. 820), a pesar de que no hubo prueba sobreviniente a dicha revocatoria. Por otra parte, según el defensor, la acusación interpretó y valoró inadecuadamente la prueba sobre el primer delito de prevaricato, edificado sobre la resolución del fiscal acusado cuando consideró tentado del delito de hurto; en cuanto al segundo delito de prevaricato, deducido por supuesta ilegalidad de la resolución que decretó la nulidad a partir del cierre de investigación, el defensor señala los mismos vicios del anterior; en relación con el tercer delito de prevaricato, señalado en el proferimiento de la resolución de preclusión por indemnización integral, el profesional aduce como irregularidades igualmente la contraposición a los juicios de la decisión anterior de la segunda instancia, así como la valoración de una denuncia con interés malsano; y en lo atinente a la falsedad documental, el solicitante desarrolla argumentación orientada a desvirtuar el hecho de que el fiscal sindicado haya construido la ampliación del testimonio del ofendido, como lo sostuvo la acusación de primera instancia.

Pues bien, el Tribunal responde que la misma solicitud de nulidad de la acusación de primera instancia fue propuesta por la defensa en el respectivo escrito de apelación de la providencia, petición que entonces fue resuelta por la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte en la resolución del 24 de noviembre de 2000. Así entonces, de

conformidad con el artículo 307 del Código de procedimiento Penal de 1991, no se podrá formular nueva solicitud de nulidad, sino por causa diferente o por hechos posteriores, salvo en la casación.

2. El defensor también propuso la nulidad de la resolución acusatoria de segunda instancia, dictada por la Fiscalía Delegada ante la Corte, por diversos motivos que el Tribunal presenta y responde de la siguiente manera:

2.1 Sobre el delito de prevaricato por acción que presuntamente constituye la resolución de preclusión por resarcimiento, el solicitante aduce que la Fiscalía de segunda instancia no motivó adecuadamente y ni siquiera tuvo en cuenta sus propias razones expuestas en la revocación de la medida de aseguramiento, a pesar de que no hubo prueba posterior que modificara la situación. El Tribunal niega la nulidad porque en realidad la Fiscalía de segunda instancia actuó con base en comprobaciones posteriores a su primera decisión sobre la medida de aseguramiento, cuando ya revisaba la resolución acusatoria, de modo que allí se evidenció que el fiscal acusado, en lugar de recibir los testimonios de JUAN CARLOS y LINA LINARES RECALDE, los mismos que había echado de menos para anular el cierre de investigación, decide dictar la preclusión sin haberlos allegado y con base en una supuesta ampliación del dueño del vehículo.

2.2 En relación con el segundo delito de prevaricato, fundado en la atención que el funcionario le prestó al recurso de reposición interpuesto por la defensora de uno de los sindicados de los delitos de hurto y por ilegal para revocar la preclusión, cuando la providencia le era enteramente favorable, el peticionario observa que el cargo está mal deducido porque se ha aplicado analogía respecto del interés para recurrir que sólo se exige para la apelación y no para la reposición. De igual manera, en razón del mencionado cargo no fue indagado el sindicado ni se le resolvió situación jurídica y, lo más grave y trascendente, de él no fue responsabilizado en la acusación de primera

instancia.

A lo censurado, el Tribunal contesta que el fiscal GODOY ZULUAGA, alertado por el recurso de apelación anunciado por la Delegada del Ministerio Público en contra de la insólita preclusión, forzó el interés para recurrir para darle vía a un recurso de reposición interpuesto maliciosamente por la defensa, cuando carecía completamente de aquella exigencia legal. Agrega que si bien el segundo hecho punible de prevaricato no había sido divisado antes en los precisos términos en que posteriormente lo configuró la Fiscalía de segunda instancia, la verdad es que el procesado fue confrontado con toda la secuencia procesal que como fiscal desplegó para la comisión de la compleja conducta delictiva, y en relación con la cual tuvo la oportunidad de pronunciarse de manera particularizada. De modo que el cargo no aparece como una elaboración súbita o de última hora, sino que es el producto de una ponderada decantación, interpretación y valoración de lo establecido, máxime que, conforme con los lineamientos de la Constitución, la calificación siempre será provisional y así lo avala la doctrina de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.

2.3 Respecto de la tercera variedad de nulidad, asentada en que no hubo suficiente motivación ni sustento probatorio del cargo por falsedad ideológica de funcionario en documento público, el Tribunal determina que fue amplia y detenida la argumentación de la Fiscalía Delegada en torno al tema debatido, sin que corresponda a la judicatura entrar a definir la validez o invalidez del argumento que intenta resumir tan extensa y compleja demostración.

3. Se ocupa a continuación el Tribunal de la conducencia de las pruebas solicitadas tanto por el defensor como por el procesado.

3.1 En relación con las del primero expone:

3.1.1 Los testimonios de DARÍO CÉSAR AGUDELO BUSTAMANTE, técnico judicial

del fiscal acusado para la época de los hechos, y de la doctora CONSUELO OROZCO VICUÑA, personera delegada que hacía el papel del Ministerio Público en el mismo despacho, se le ocurren superfluos al Tribunal, porque los testigos ya fueron interrogados suficientemente en el proceso sobre los puntos que pretende la defensa.

3.1.2 En cuanto a las declaraciones de OSCAR OSORIO TREJOS, uno de los sindicados en el caso que generó la investigación en contra del fiscal, y de su compañera MIREYA VAQUERO, no ve el a quo la pertinencia de las pruebas, porque todo indica que precisamente los sindicados en el proceso original fueron los determinadores del ilícito de falsedad que se imputa al exfiscal GODOY ZULUAGA, y no sería preciso que ellos declararan bajo juramento sobre su propia culpabilidad.

3.1.3 La impertinencia también se predica del video que contiene una intervención doctrinaria del acusado sobre el tema de la prueba indiciaria, el 28 de julio de 2000, pues no se ve cómo puede incidir ello en la determinación de la inocencia o responsabilidad del sindicado en hechos delictivos ocurridos antes de dicha exposición, en el curso del año de 1999.

3.1.4 El presunto procedimiento arbitrario de la fiscal BEATRIZ JANET MÁRQUEZ ALONSO, dice el Tribunal, no tiene que ver con el objeto de este proceso, razón por la cual corresponde al procesado o a su defensor denunciar lo que aprecian contrario a la ley.

De modo que, conforme con los artículos 246 y siguientes del Código de Procedimiento Penal de 1991, el Tribunal estima que deben rechazarse las pruebas solicitadas, unas por ser manifiestamente superfluas y otras por impertinentes.

3.2 En relación con el petitorio del procesado GODOY ZULUAGA, el Tribunal estima:

3.2.1 Pide el acusado que se verifique la imputación que se le hace en la

resolución acusatoria de segunda instancia, en cuanto a la supuesta presentación de una certificación médica falsa para justificar el abandono del despacho. El Tribunal advierte que tal aseveración está respaldada en un documento de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali, dirigido a la Fiscal Delegada ante la Corte el 19 de octubre de 2000 (cuaderno 2, fs. 1075 a 1077), de modo que resulta inane la gestión probatoria que reclama el procesado.

3.2.2 Solicita el enjuiciado que un experto en lingüística y gramática analice el contenido de la resolución de acusación de primera instancia, para ver de comprobar que la misma no corresponde a su signatario, el fiscal encargado FABIO HUMBERTO BAUTISTA M., sino al estilo del doctor ALVARO DÍAZ GARNICA, coordinador de la Unidad ante el Tribunal de Cali. Aparte de que la resolución se presume dictada por quien la suscribe, dice el Tribunal, la diligencia insinuada realmente no contribuye al esclarecimiento de los delitos que se le imputan al acusado.

3.2.3 El acusado también pretende que se expidan copias para investigar el posible delito de prevaricato cometido en la acusación de primera instancia, tal vez por su oposición manifiesta a las declaraciones de la segunda instancia. El a quo sostiene que esta inquietud también fue ventilada por el defensor a la manera de nulidad y en su lugar se respondió, mas, si después de las explicaciones suministradas, uno y otro insisten en su postura, simplemente quedan en libertad de denunciar los hechos.

3.2.4 Ahora bien, respecto de las copias ordenadas por la fiscal MÁRQUEZ ALONSO para investigar al procesado en otro caso, o su falta de imparcialidad, o la supuesta persecución de que se la ha hecho víctima en la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali, o la inusitada diligencia del Director Administrativo para cumplir las órdenes impartidas en la resolución acusatoria, el a quo responde que ellos serán tema y objeto del debate final en este asunto.

Por lo visto, el Tribunal niega no sólo las nulidades sino también las pruebas solicitadas por el procesado y su defensor.

IMPUGNACIÓN Y CONSIDERACIONES

Esta vez tanto el recurso de apelación como la sustentación del mismo fueron presentados por el doctor NELSON ARIEL GODOY ZULUAGA, quien encabeza el escrito con una cita amplia de la sentencia de casación del 25 de marzo de 1999, por medio de la cual se establece la necesidad de la motivación de los fallos, vinculada por las exposiciones racionales de las partes, acorde con los principios del contradictorio y la defensa, pues el desdén y el autoritarismo en ese sentido generarán nulidad (M. P. Carlos E. Mejía Escobar).

Pues bien, para una mejor comprensión de los planteamientos y la respuesta, la Corte determina la siguiente exposición:

1. Nulidad de la resolución de acusación de primera instancia. Insiste el procesado en que la resolución del 27 de julio de 2000, por medio la cual el fiscal de primera instancia calificó el mérito sumarial, desconoció los parámetros trazados por el Superior funcional en la decisión del 1° de marzo del mismo año, cuando revocó completamente la medida de aseguramiento dictada por el fiscal instructor en su contra, lo cual significa soslayar la protección judicial prevista en los artículos 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Aunque el Tribunal despachó el asunto con la observación de que la misma nulidad ya había sido propuesta, agrega el impugnante, lo cierto es que en el recurso de apelación contra el calificadorio de primera instancia jamás se solicitó al Superior que anulara la actuación, razón por la cual es la primera vez que la defensa invoca y sustenta dicha causal de nulidad.

1.1 En verdad, el defensor no hizo una solicitud formal de nulidad y, obviamente,

tampoco podría esperarse una respuesta en tal sentido de la Unidad Delegada ante la Corte; pero también puede verificarse que el memorial de apelación sí se refirió a los mismos hechos supuestamente integradores de una violación al debido proceso y al principio de la doble instancia, en vista de que la Fiscalía de primera instancia asentó la acusación sobre juicios de valor opuestos a los de la revocatoria de la medida de aseguramiento, sólo que entonces, por el momento procesal que cursaba (oportunidad para interponer recursos), la petición no podía ser la de nulidad sino la de revocatoria de la acusación para en su lugar precluir la investigación, como en efecto ocurrió en relación con dos (2) de los tres (3) delitos de prevaricato deducidos en la providencia revisada.

1.2 Desde luego que el artículo 307 del Código de Procedimiento Penal de 1991 (correspondiente al artículo 309 del nuevo estatuto procesal penal), que consagra el principio de preclusión de la petición de nulidad, se refiere literalmente al “sujeto procesal que alegue una nulidad” y más adelante alude a la “nueva solicitud de nulidad”, pero de igual manera el precepto no pierde de vista que los alegatos de nulidad deben referirse a una de las causales específicas taxativamente señaladas en el artículo 304 del código derogado (artículo 306 del actual) y a los “hechos” que las configuran.

1.3 Por otra parte, el artículo 307 no puede interpretarse aisladamente sino en relación con el artículo 308-5, según el cual sólo podrá decretarse la nulidad cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial (carácter residual o extremo de la nulidad), de modo que si lo alegado era una violación al debido proceso por desconocimiento del principio de la doble instancia, de no existir en el momento la alternativa prevalente del recurso de apelación en contra de la acusación de primer grado, sin duda el defensor habría tenido que alegar la nulidad con base en la causal segunda del artículo 304 citado.

1.4 De modo que la preclusión de la oportunidad para solicitar nulidades opera no sólo por una manifestación formal en ese sentido, sino mayormente cuando ya han sido discutidos exactamente los mismos hechos que la constituyen, sólo que por razones técnicas en su momento no podía pedirse la nulidad sino la revocatoria o reforma propia de los recursos ordinarios.

1.5 Todo esto significa que cuando el defensor intentó la nulidad de la calificación de primera instancia, por los mismos hechos, real y jurídicamente lo hacía por segunda vez y ya había operado entonces el principio de preclusión de la oportunidad procesal, porque, de acuerdo con la resolución del 24 de noviembre de 2000, tales inquietudes quedaron satisfechas tanto cuando la Delegada ante la Corte revocó la acusación por dos (2) de los tres (3) delitos de prevaricato inicialmente imputados, como cuando ratificó la misma respecto de la restante prevaricación y el concurrente hecho punible de falsedad.

1.6 De igual manera, en relación con el delito de prevaricato por haber propiciado una preclusión de la instrucción y en cuanto al injusto concurrente de falsedad en documento público, no puede olvidarse que la Fiscalía de segunda instancia los excluyó en la revisión funcional de la situación jurídica del procesado, según decisión eminentemente provisional, de modo que en el momento procesal posterior de la calificación, dentro de la progresividad que marca el proceso penal, podía ocurrir una manifestación distinta del calificador en torno a la conducta investigada o la responsabilidad del sindicado, bien por prueba incorporada posteriormente ora por una nueva reinterpretación de las existentes.

1.7 Como la estructura del proceso penal colombiano se ha dispuesto legalmente por etapas o momentos bien caracterizados, que avanzan en espiral, el desconocimiento de la segunda instancia se hubiera presentado si, verbigracia, el fiscal de primera instancia una vez recibe la resolución del 1º de marzo de 2000, por medio de la cual la Unidad de Fiscalía ante la Corte revocó enteramente la medida de aseguramiento en

contra del doctor GODOY ZULUAGA, de inmediato y de manera insólita ordena que no se cumpla lo dispuesto por el superior, o lo torpedea de algún modo, y así logra que continúe detenido el procesado; o cuando sin más preámbulos dicta otra resolución que revive la revocada. Pero no, la sola revocatoria de la medida de aseguramiento, sin haber precluido anticipadamente la actuación, no podría paralizar el desenvolvimiento de la actividad procesal, pues era deber del fiscal instructor acopiar las pruebas pendientes (como se lo insinuó la segunda instancia), cerrar la investigación y después calificar el mérito sumarial hasta el punto de que si en esta última oportunidad decide dictar resolución acusatoria, la detención preventiva sería una obvia consecuencia de la acusación y no propiamente el regreso a la resolución de situación jurídica, acto éste que ya se había cumplido porque estaba previsto dentro de los precisos términos del artículo 387 del Código de Procedimiento Penal de 1991 y había sido revisado en su momento por el Superior.

1.8 Adicionalmente, el control prevalente a una supuesta arbitrariedad cometida en la acusación de primera instancia, respecto de los dos hechos punibles mencionados, serían los medios de impugnación ordinarios antes que la nulidad, herramienta de la cual hizo uso de la defensa porque promovió la segunda instancia que finalmente dejó vigentes ambos delitos, después de una rectificación del análisis de la prueba hecho en la oportunidad procesal anterior y la ponderación de otras que vinieron posteriormente.

2. Nulidades originadas en la resolución acusatoria de segunda instancia. Como se sabe, el fiscal GODOY ZULUAGA, por medio de resolución del 9 de agosto de 1999, decretó la preclusión de la investigación adelantada en contra de los sujetos HEBERT ZABALA SANDOVAL y OSCAR OSORIO TREJOS, decisión que se ha tachado de manifiestamente ilegal, pero, avisado el funcionario del recurso de apelación que interpondría la representante del Ministerio Público por tan inesperada decisión, dispuso la revocatoria de la preclusión según providencia del 25 de agosto siguiente, en

atención a un recurso de reposición propuesto por la defensora de uno de los sindicados, cuya procedencia también se ha mostrado como ostensiblemente ilegal por la acusadora de segunda instancia, en vista de la falta de interés jurídico para recurrir.

2.1 La imputación del prevaricato por razón de la providencia del 25 de agosto, hecha en la resolución acusatoria de segunda instancia, de verdad que ofrece dificultades para declarar satisfecho el debido proceso, mas no porque el interés jurídico para recurrir sólo pueda repararse legalmente respecto del recurso de apelación y no del de reposición, sino porque definitivamente dicho cargo sólo fue jurídicamente aliviado en la acusación de segundo grado. En efecto, respecto del interés para recurrir no puede soslayarse el contenido claro del artículo 196 del Código de Procedimiento Penal de 1991, reiterado en el artículo 186 del vigente estatuto procesal penal, en los siguientes términos:

“Oportunidad para interponerlos. Salvo los casos en que la impugnación deba hacerse en estrados, los recursos ordinarios podrán interponerse por quien tenga interés jurídico, desde la fecha en que se ha proferido la providencia, hasta cuando hayan transcurrido tres días, contados a partir de la última notificación” (se ha subrayado).

Como puede apreciarse con facilidad, la norma expresamente exige el “interés jurídico”, doctrinariamente traducido en la recepción de un perjuicio por quien intenta la impugnación, y no lo circunscribe al recurso de apelación sino que abarca los “recursos ordinarios”, entre los que también cuentan los de reposición y de queja o de hecho.

2.2 Sin embargo, el impugnante sí tiene razón respecto de la sorpresa que representa la imputación de otro delito de prevaricato por acción directamente en la providencia acusatoria de segunda instancia, en razón de la supuesta ilegalidad de la resolución del 25 de agosto de 1999, porque ese hecho punible no había sido deducido en

la calificación de primer grado. Esto último lo reconoce la Fiscalía Delegada ante la Corte cuando expresa:

“... así mismo adicionará tanto la medida de aseguramiento, como la acusación imputándole el delito de prevaricato por acción que también se advierte cometido al resolver el recurso de reposición interpuesto por la defensora de uno de los sindicatos, en aquella investigación.

“Pertinente relieves que no obstante que no fue acusado por ello, en su diligencia de indagatoria se cuestionó al fiscal por esta decisión, en la resolución que definió su situación jurídica se censuró que ante los recursos interpuestos hubiese reaccionado de esa manera, vale decir, atendiendo la impugnación de la abogada defensora a costa del interés para recurrir y en la calificación del mérito del sumario igual se tuvo como elemento ‘conglobante’ de su ilícito comportamiento” (cuaderno 2, fs. 1105 y 1106. se ha destacado).

2.2.1 Como norma general, la acusación en ambas instancias debe ser explícita, conforme con lo alegado y probado durante la etapa de la investigación, porque ella se tiene como el acto constitutivo del juzgamiento, al tenor de los artículos 250 de la [Constitución Política](#) y 444 del Código de Procedimiento Penal de 1991 (hoy, artículo 400 del vigente estatuto procesal penal). Desde luego, cuando la Corte ha abordado el tema de la congruencia entre la sentencia y la acusación, concretamente en lo que atañe a las circunstancias de agravación, se ha sostenido que de todas formas lo más importante es que aparezca claramente delineado el supuesto de hecho de dichos factores intensificantes, así se haya omitido su nominación jurídica, pero siempre con el cuidado de no suponer que se las dedujo donde no lo fueron, a través del argumento de acusaciones implícitas o sobreentendidas por la naturaleza de los hechos o por una equívoca actitud descriptiva de los mismos en la respectiva resolución (Casación 30 de noviembre de 1999, M. P. Carlos Gálvez Argote y Casación abril 4 de 2001,

M. P. Fernando Arboleda Ripoll, entre otras).

2.2.2 El problema ahora planteado es diferente por dos razones: primero, porque tiene que ver con un delito concurrente en toda su extensión y no con meras circunstancias del mismo; y, en segundo lugar, no se trata aún de establecer la congruencia entre una sentencia que no se ha producido y la acusación, sino de determinar las facultades del calificador de segunda instancia para hacer concurrir un hecho punible no previsto en la acusación de primera instancia que él revisaba, sobre todo cuando dicho injusto se asienta en un supuesto fáctico vinculado en un contexto de acción compleja pero perfectamente deslindable de los demás.

2.2.3 Pues bien, de acuerdo con la resolución acusatoria de primera instancia, la incriminación explícita era la de que el procesado GODOY ZULUAGA debía responder por sendos delitos de prevaricato por acción cometidos con motivo de la emisión de las resoluciones del 19 de enero de 1999, por medio de la cual redujo la imputación por hurto calificado al grado de tentativa y concedió la detención domiciliaria a los sindicados; la del 18 de mayo del mismo año, en virtud de la cual decretó la nulidad del proceso a partir del cierre de investigación y, como consecuencia, concedió la libertad provisional de los procesados; y la del 9 de agosto de la misma anualidad, en razón de la cual ordenó la preclusión de la investigación, después de haber descartado el delito de porte ilegal de armas y la circunstancia calificante del hurto.

2.2.4 A pesar de que en dicha calificación de primera instancia se haya mencionado la resolución del 25 de agosto de 1999 (y aún antes al momento de la indagatoria y en la providencia de situación jurídica), por medio de la cual el funcionario fiscal revocó la preclusión, lo cierto es que ello no se hizo con fines de imputar otro delito de prevaricato, sino como descripción de un contexto en el cual se desarrolló la compleja actividad delictiva del procesado. Dicha resolución fue descrita como actuación procesal realizada por el fiscal, pero no fue desvalorada jurídicamente

como hecho punible de prevaricato.

2.2.5 Es posible que se haya preguntado en la indagatoria del exfiscal por la resolución del 25 de agosto, con fines de información, pero puede ser también que a la hora de imputar o acusar el instructor omita su relevancia por cualquier causa jurídica o por descuido, como en realidad ocurrió.

2.2.6 Ahora bien, resulta cierto que en el momento de la acusación el superior no está sujeto a la prohibición de reformatio in pejus (principio que rige sólo para la sentencia), pero sí tiene una limitación funcional en el sentido de que solamente puede revisar los aspectos impugnados u otros sustancialmente vinculados a éstos (artículo 217 C. P. P. de 1991 o artículo 204 C. P. P. de 2000). De igual manera, la resolución del 25 de agosto puede entenderse inescindiblemente atada a la resolución del 9 de agosto, supuesto que la revoca al parecer de manera ilegal, pero como tal vínculo se determina para deducir otro delito de prevaricato en la segunda instancia, tendría que admitirse que éste, por ausencia de una manifestación expresa al respecto en la resolución de primera instancia, no pudo ser controvertido por el apelante como lo hizo con los demás hechos punibles, y entonces el mismo carecería de la doble instancia constitucionalmente garantizada (Const. Pol., art. 31; C. P. P./91, art. 16 y C. P. P./2001, art. 18).

2.2.7 La exigencia de sustentación obligatoria del recurso de apelación, conforme con el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal de 1991 (artículo 194 del actual), tiene como fin delinear el objeto de la segunda instancia, de tal manera que ésta no pueda pronunciarse sobre asuntos no propuestos por el apelante, salvo la nulidad (por su naturaleza oficiosa) y los aspectos inescindiblemente vinculados (por mandato legal o interpretación basados en el respeto al principio lógico de la razón vinculante).

2.2.8 De modo que si el ordenamiento jurídico hace obligatoria la sustentación del recurso de apelación, hasta el extremo de amenazar con la deserción del mismo, correlativamente debe entenderse que la segunda instancia no puede desbordar los motivos de agravio o los elementos a los cuales puede extenderse legalmente la definición, pues, si lo hace, violaría los principios de contradicción, defensa y doble instancia, integradores del apotegma más genérico denominado debido proceso, por cuanto el delito agregado por el funcionario de segundo grado, así tenga sustento fáctico, habría pretermitido la primera instancia.

2.2.9 Y una aclaración adicional: por más que sea provisional la calificación jurídica hecha en la acusación, ello simplemente significa que será el objeto del debate para su determinación definitiva en la sentencia y hasta que puede variarse dentro de ciertos límites constitucionales y legales, pero jamás insinúa que anticipadamente exista una patente de corso para que pueda hacerse en contra del debido proceso.

Por las razones antes expuestas, se revocará en parte el auto del 25 de mayo del año en curso, con el fin de decretar la nulidad parcial de la resolución acusatoria de segunda instancia, en cuanto adicionó tanto la acusación de primera instancia como la situación jurídica con el delito de prevaricato por acción supuestamente cometido por el procesado NELSON ARIEL GODOY ZULUAGA al proferir la resolución del 25 de agosto de 1999. No será necesario comprometer fases anteriores del proceso porque, como se dijo, el hecho no había sido jurídicamente resaltado antes de la acusación de segunda instancia. En su lugar, se ordenarán copias para que dicha hipótesis delictiva sea investigada y debatida conforme con el debido proceso, de modo que no son pertinentes por ahora los argumentos del impugnante relativos a la falta de tipicidad de ese comportamiento específico o la prueba de su comisión.

2.3 Ahora bien, en relación con la nulidad por la deducción del delito de falsedad

ideológica en documento público, tanto el defensor como el procesado han alegado literalmente la falta de motivación, pero finalmente las observaciones se ofrecen del siguiente tenor: que el cargo de falsedad presentaba incoherencias; los juicios para inferirlo contrariaban de manera ostensible las reglas de la sana crítica; resulta falsa o no está probada la premisa mayor o hecho indicante correspondiente al indicio consistente en que el fiscal acusado recibió la declaración del dueño del vehículo hurtado, sin haber ordenado previamente la prueba; que en el ejercicio judicial ocurre usualmente la práctica de pruebas no decretadas y, para el caso, la ampliación testimonial del propietario del automotor sí fue decretada; la víctima o el perjudicado pueden ejercer el derecho de petición ante el funcionario judicial para hacer solicitudes específicas y aportar pruebas; que al testigo DARÍO CÉSAR AGUDELO BUSTAMANTE, técnico judicial del fiscal acusado, no se le preguntó por la costumbre judicial de recibir testimonios sin su previo ordenamiento; que en el indicio de la mala justificación existe un manejo incorrecto del raciocinio y el lenguaje; que está probado cómo la defensora del procesado OSORIO TREJOS fue la persona que contactó a los hermanos LINARES RECALDE para que cambiaran sus declaraciones y así desnaturalizar el hurto calificado y allanar el camino para la indemnización; que el inferido indicio de la oportunidad para delinquir se opone al principio de la presunción de inocencia; y, finalmente, que se ha maltratado el principio de la buena fe, porque, a pesar de que él recibió personalmente la mencionada ampliación de testimonio, lo hizo porque era hábil para escribir en máquina y siempre acostumbraba a redactar directamente sus providencias y recibir testimonios e indagatorias.

2.3.1 Fácil resulta establecer que el impugnante prácticamente presentó un alegato propio de audiencia pública, en orden a desvirtuar la existencia del delito de falsedad, porque toda su argumentación se reduce al señalamiento de yerros en la formación de la prueba de cargo o en la apreciación de la misma. Pues bien, de acuerdo con el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política, es nula, de pleno

derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso, de modo que los supuestos errores cometidos en la producción de la prueba o en su estimación, dan lugar a la inexistencia jurídica del respectivo medio probatorio, mas no a la nulidad del proceso que lo contiene. Es decir, a menos que se haya abandonado completamente el principio de investigación integral, en el sentido de haber dejado de reunir la prueba de descargo, si el recurrente estima que hubo anomalías en el acopio de las unidades de información o en su ponderación, será al momento del fallo (y no desde ahora) cuando puede solicitar la desestimación de los elementos de convicción que estime afectados por la irregularidad y, si es el caso, pedir la absolución.

2.3.2 Y en lo que atañe a la supuesta falta de motivación del cargo de falsedad, única causa que eventualmente podría generar nulidad por falta al debido proceso, el Tribunal contestó la solicitud inicial en los siguientes términos:

“En relación con el tercer pedido de nulidad aquél que versa con la acusación formulada por el delito de falsedad ideológica de funcionario en documento público y por cuanto y en criterio del libelista la misma fue derivada sin adecuado sustento probatorio ni motivación, debe señalarse que no tiene vocación de prosperar pues amplio y detenido fue el argumentar de la Delegada en torno al tema debatido; al punto que al mismo y para estructurar la prueba indiciaria en que lo respalda dedica los folios 29 al 35 de su decisión; sin que corresponda a la Sala en este momento entrar a desentrañar la validez o no del argumento que intenta resumir extensa y compleja comprobación” (cuaderno original, f. 204. Énfasis agregado).

Sobre la respuesta del tribunal, el apelante manifestó:

“Ocurre, pues, Honorables Magistrados, que la Corporación A-quo, no obstante relievársele explícitamente la postura jurisprudencial de esa alta Corte, orientadora de principios preservantes del Debido Proceso, en la petición de nulidad, cerró sus ojos y ligeramente

y en auténtico acto de despotismo jurisdiccional se negó a adentrarse en el estudio y análisis objetivo del contenido de la resolución acusatoria de segundo grado, en lo atinente a la valoración probatoria, la cual brota defectuosa y se traduce en vicio de actividad" (idem, f. 83. Se ha subrayado).

2.3.3 No obstante que el Tribunal remitió a la amplia fundamentación de la resolución acusatoria que aparece de folios 29 a 35, el impugnante simplemente moteja la respuesta como un "acto de despotismo jurisdiccional", apuntalado en que la "valoración probatoria" que allí se hace resulta "defectuosa", pero en manera alguna explica porqué los defectos en la apreciación probatoria alcanzan el rango de falta de motivación, pues lo único que revela es una discrepancia con la perspectiva de la Fiscalía respecto de ciertos testimonios e indicios, y en este sentido no aparece adecuada la sustentación del recurso de apelación que ahora se resuelve.

2.3.4 Sin embargo, resulta necesario acentuar que, como lo reconoció el mismo Tribunal, él estaba impedido para anticipar juicios sobre la validez o alcance de las pruebas tenidas en cuenta por la Fiscalía de segunda instancia para confirmar la acusación por el delito de falsedad pública, pues, salvo que se hubiese determinado una violación flagrante al principio de investigación integral, tales apreciaciones deben hacerse a la hora de la sentencia. Por otra parte, los yerros en la formación de las pruebas pueden tildarse en sentido amplio como vicios de actividad, en cuanto tienen que ver con el procedimiento probatorio preestablecido en la ley, pero como las pruebas están destinadas a su apreciación en una decisión judicial, el error sólo se consuma cuando el funcionario las tiene en cuenta a pesar de su configuración ilegal, siendo que, por el contrario, debió desestimarlas.

3. Conducencia de las pruebas pedidas. La impugnación también comprende la negación de las pruebas solicitadas tanto por el procesado como por su defensor. En efecto:

3.1 El defensor solicitó la ampliación del testimonio del señor DARÍO CÉSAR AGUDELO BUSTAMANTE, en su condición de técnico judicial que apoyaba la labor del fiscal acusado para la época de los hechos, con el fin de que el testigo manifestara los comentarios que le había hecho su superior sobre la decisión cuestionada y los motivos que lo llevaron a adoptarla. Pues bien, el Tribunal respondió que dicha declaración no sólo había sido recibida sino ampliada en dos ocasiones, oportunidades en las cuales se le preguntó concretamente en relación con los aspectos señalados por la defensa (cuaderno original, f. 208).

3.2 El peticionario también solicitó la ampliación del testimonio de la doctora CONSUELO OROZCO VICUÑA, personera delegada que hacía las veces de Ministerio Público en el despacho del fiscal acusado, a fin de que contara los pormenores de su entrevista con éste en cuanto a las incidencias de la resolución preclusoria que dictó. En el auto impugnado, el Tribunal contestó que, igual que la anterior prueba, la declaración ya había sido percibida y que, además de precisa y minuciosa, en el interrogatorio el instructor se había movido por la secuencia que el defensor pretendía recorrer de nuevo (f. 208).

El impugnante sostiene que ambos testimonios, como pruebas practicadas después de la resolución de situación jurídica, fueron decisivos para la acusación de segunda instancia, razón por la cual advierte una estrecha relación fáctica y jurídica con ella.

3.3 Pues bien, de acuerdo con el artículo 235 del Código de Procedimiento Penal vigente, que en tal sentido compagina con el artículo 250 del Código de Procedimiento Penal de 1991, son inconducentes las pruebas cuyo objeto no tenga relación con los hechos averiguados (impertinencia) y también las manifiestamente superfluas. Entonces, puede ser que las dos ampliaciones solicitadas tengan relación con los hechos relevados en la acusación, pero igualmente pueden ser inconducentes porque por los

mismos medios se trata de volver sobre idénticos hechos y datos ya declarados, lo cual resultaría ostensiblemente superfluo.

3.4 Sin embargo, el acusado GODOY ZULUAGA, como apelante, también resalta que, en el caso del auxiliar DARÍO CÉSAR AGUDELO BUSTAMANTE, debe preguntársele sobre las circunstancias en que se tramitó el proceso a su cargo y los comentarios específicos que él le hizo a propósito de las notorias e insalvables contradicciones entre los policiales que realizaron el procedimiento, así como el hecho de que uno de los sindicados, HEBERT ZABALA SANDOVAL, haya resultado lesionado y era precisamente a quien se le imputaba el porte ilegal de un arma de fuego hechiza. Fácil es advertir que estos temas no constituyeron el objeto de la petición inicial de pruebas, luego de igual manera resulta improcedente la impugnación, máxime que las explicaciones de contradicción o de duda para haber adoptado la preclusión son aspectos objetivos que cuentan a la hora de examinar la legalidad de la resolución en punto al delito de prevaricato, que como tales aparecen de la confrontación de las respectivas constancias procesales, y entonces no dependen tanto de la refrendación testimonial de un empleado que no tenía capacidad decisoria.

3.5 También se habían solicitado las declaraciones de OSCAR OSORIO TREJOS, uno de los sindicados en el proceso tramitado por el fiscal acusado, y su compañera MIREYA VAQUERO, con el fin de aclarar las incidencias del delito contra la fe pública, ya que al primero precisamente se alude en documento redargüido de falso como el procesado que indemnizó los perjuicios al ofendido, además de que el fiscal acusado trasladó la imputación por falsedad contra los sindicados por los delitos de hurto y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

El Tribunal rechazó por impertinentes las dos declaraciones, en vista de que precisamente los sindicados en el proceso original fueron los determinadores, por sí o por interpuesta persona, de los delitos cometidos por el fiscal acusado, no sólo por la

inferencia que puede hacerse de una situación conocida sino también por los mismos descargos defensivos del exfiscal, de modo que sería inaudito convocarlos a declarar bajo juramento sobre su propia culpabilidad.

El recurrente expone que los señores OSORIO y ZABALA, sindicados dentro del sumario adelantado por el fiscal acusado, no han sido vinculados a este proceso, pues ni siquiera se ha ordenado investigarlos. Reitera su inocencia respecto del delito de falsedad y manifiesta que está seguro de la participación de aquéllos en el hecho punible de falsedad y, siendo que sólo a ellos aprovechaba, debe permitírsele la oportunidad de interrogarlos y contrainterrogarlos.

En principio, no constituiría dificultad insalvable el hecho de que OSORIO TREJOS pudiera resultar involucrado en delito de falsedad, como determinador, porque para ello el artículo 267 del Código de Procedimiento Penal dispone que las excepciones al deber de declarar también se pondrán de presente al testigo. Sin embargo, no obstante que OSORIO TREJOS aparece mencionado en el acta de la supuesta ampliación de testimonio rendida por ADOLFO ZAMBRANO RIASCOS, como el sujeto que aparentemente indemnizó los perjuicios, lo cierto es que la dinámica de la falsedad averiguada en este caso consiste en demostrar que en realidad ZAMBRANO RIASCOS nunca acudió ante el fiscal instructor de entonces para hacer la ampliación, sino que éste creó falaz e integralmente la diligencia para favorecer a los sindicados OSORIO y ZABALA, aspecto que para nada se relaciona con la fantasiosa mención en un acta ya espuria del supuesto reparador de los daños ocasionados con los delitos.

3.6 El solicitante igualmente requirió el testimonio de la señora MERCEDES PADILLA, abuela del joven RUMENIQUE PEREA PADILLA, porque pretendía probar que él estaba enterado de actos arbitrarios cometidos por la fuerza pública, tales como la muerte del mencionado adolescente, con el fin de evidenciar la animadversión que le profesa al acusado la doctora BEATRIZ JANET MARQUEZ ALONSO, fiscal de primera instancia.

Aunque en la providencia examinada no se exhibe una respuesta concreta sobre el tema, el apelante dice que con el testimonio pedido pretendía demostrar cómo él había vivenciado algunos actos arbitrarios de la fuerza pública, pero lo cierto es que parejamente no muestra cuál sería la conexión entre los supuestas conductas delictivas de miembros de la policía nacional en casos completamente ajenos a los hechos aquí investigados y el hipotético comportamiento procesal caprichoso o parcializado de la funcionaria fiscal de primera instancia, entre otras cosas porque, de ser cierto lo último, en este proceso debió acudirse pertinentemente a los remedios procesales de los recursos o la nulidad y hasta denunciar disciplinaria y/o penalmente a la servidora.

3.7 De igual manera, el acusado había pedido la intervención de un experto en gramática y lingüística que examinara la resolución acusatoria de primera instancia, con el fin de determinar que la decisión había sido dictada por el doctor ALVARO DÍAZ GARNICA, fiscal coordinador de la Unidad Delegada ante el Tribunal de Cali, funcionario de quien lamenta una denodada persecución. Ocurre que el Tribunal respondió que, ante la eventualidad de que fuera cierta la afirmación de que el fiscal FABIO HUMBERTO BAUTISTA M. solamente firmó una providencia que redactó el coordinador, tal comprobación en nada contribuye real y eficazmente al esclarecimiento de los delitos por los cuales se investiga al fiscal GODOY ZULUAGA, y resulta que tal observación no fue menguada en el memorial de apelación donde simplemente se reitera la supuesta malquerencia. Así mismo, si la investigación y la acusación de primera instancia obedecieron a un supuesto capricho de la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal, la actitud no puede ser la de llenar el expediente de información impertinente sino acudir a los remedios procesales (recursos y nulidades) que ya el acusado ensayó infructuosamente.

Por último, aunque otras tantas pruebas fueron solicitadas en el memorial inicial, la negación de ellas no fue impugnada por el acusado.

Así entonces, se confirmarán los autos impugnados, salvo la nulidad que se decretará atinente al cargo de prevaricato por emitir la resolución del 25 de agosto de 1999.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE:

1. Confirmar el auto de 22 de febrero del año en curso, por medio del cual el Tribunal de Cali negó, por segunda vez, la sustitución de detención preventiva por detención domiciliaria al procesado NELSON ARIEL GODOY ZULUAGA.

2. Revocar parcialmente el auto fechado el 25 de mayo de la misma anualidad, producido por la misma Corporación, en cuanto negó la nulidad relacionada con la acusación por el delito de prevaricato activo cometido con motivo de la resolución del 25 de agosto de 1999, emitida por el fiscal acusado. En consecuencia, se decreta la nulidad parcial de la resolución del 24 de noviembre de 2000, obra de la Unidad de Fiscalía ante la Corte, en cuanto adicionó las resoluciones relativas a la acusación y la situación jurídica del procesado GODOY ZULUAGA con el cargo por el hecho punible de prevaricato antes mencionado.

3. El Tribunal expedirá las copias indicadas en la motivación, con destino a la Fiscalía, con el fin de averiguar en debida forma el supuesto delito de prevaricato cometido con ocasión de la resolución del 25 de agosto de 1999, firmada por el exfiscal GODOY ZULUAGA.

4. En lo demás, se confirma el auto que niega otras nulidades y además las pruebas solicitadas por el acusado y su defensor.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

Aclaración de voto

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL JORGE ENRIQUE CÓRDOBA POVEDA

HERMAN GALÁN CASTELLANOS CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO EDGAR LOMBANA
TRUJILLO

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN NILSON PINILLA
PINILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria.