

Proceso No 20478

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARINA PULIDO DE BARÓN

Aprobado Acta No. 115

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil tres (2003).

VISTOS

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2002, por cuyo medio el Tribunal Superior de Buga condenó al doctor MEDARDO GUTIERREZ FONTAL, en su condición de Fiscal 138 Seccional de Palmira (Valle), a las penas principales de sesenta (60) meses de prisión y multa de ochenta y tres (83) salarios mínimos legales mensuales, y a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y pérdida del cargo, al ser hallado penalmente responsable en calidad de autor del concurso homogéneo sucesivo de delitos de prevaricato por acción.

En la misma oportunidad le fue revocada la libertad provisional, pero se le concedió la prisión domiciliaria.

HECHOS

Actuando en calidad de Fiscal Seccional 138 de Palmira en la instrucción

adelantada contra Darío Osorio Gómez por el delito de homicidio en Oscar Fabio Montealegre Zapata, el doctor MEDARDO ALVAREZ adoptó, entre otras, las siguientes decisiones:

1. El 7 de abril de 1995 revocó la medida de aseguramiento proferida contra Osorio Gómez por considerar que el inculcado actuó en legítima defensa, y por tanto, dispuso la preclusión de la instrucción.
2. El 14 de septiembre de 1995 ordenó la suspensión de la detención preventiva del procesado, pues estimó que los peritos del Instituto de Medicina Legal habían conceptualizado que sufría una grave enfermedad al corazón que no podía ser tratada adecuadamente en un centro carcelario.
3. Mediante providencia del 3 de noviembre de 1995 decidió no acceder a la revocatoria de la suspensión de la detención preventiva del inculcado Osorio Gómez solicitada por el Ministerio Público, y a la vez, dispuso por segunda ocasión precluir la investigación en cuanto consideró que el procesado actuó en legítima defensa, para lo cual dedicó espacio a desvirtuar lo expuesto por el ad quem al revocar en ocasión anterior la preclusión proferida por el mismo motivo.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en la denuncia presentada por Oscar Montealegre, padre de Oscar Fabio Montealegre Zapata, quien perdiera la vida con ocasión de las heridas causadas por proyectiles de arma de fuego que le disparó Darío Osorio Gómez, la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Cali dispuso el inicio de la correspondiente investigación previa el 25 de junio de 1997, para luego de practicar algunas pruebas proferir el 18 de julio siguiente resolución de apertura de la instrucción, en cuyo marco vinculó mediante indagatoria al doctor MEDARDO GUTIERREZ FONTAL, definiéndole su situación jurídica el 19 de noviembre de 1998 con medida de aseguramiento de detención

preventiva sin derecho a libertad provisional, sustituyendo aquella por detención domiciliaria, como presunto autor de tres (3) delitos de prevaricato por acción, a la vez que ordenó la suspensión en el ejercicio del cargo de Fiscal Seccional.

El defensor del inculcado interpuso recurso de apelación contra la providencia que definió la situación jurídica, pero luego presentó desistimiento de la impugnación que fue aceptado por la Fiscalía.

Cerrada la investigación, el sumario fue calificado el 25 de marzo de 1999 con resolución de acusación en contra del doctor MEDARDO GUTIERREZ FONTAL como posible autor de tres (3) delitos de prevaricato por acción en concurso homogéneo y sucesivo.

La etapa del juicio fue adelantada por el Tribunal Superior de Buga, en cuyo desarrollo se otorgó al procesado la libertad provisional garantizada mediante caución con base en lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 415 del derogado estatuto procesal penal.

Una vez surtido el rito correspondiente y realizada la audiencia pública el Tribunal profirió sentencia el 29 de noviembre de 2002, por cuyo medio condenó al doctor MEDARDO GUTIERREZ FONTAL, en su condición de Fiscal 138 Seccional de Palmira (Valle), a las penas principales de sesenta (60) meses de prisión y multa de ochenta y tres (83) salarios mínimos legales mensuales, y a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y pérdida del cargo, al ser hallado penalmente responsable en calidad de autor del concurso homogéneo sucesivo de delitos de prevaricato por acción, agravado por la posición distinguida del procesado en la sociedad (numeral 11 del artículo 66 del Decreto 100 de 1980, numeral 9º del artículo 59 de la Ley 599 de 2000).

En el fallo se revocó la libertad provisional otorgada anteriormente, pero le fue concedida la prisión domiciliaria.

Entonces, la defensa interpuso recurso de alzada contra la sentencia, que se desata en esta decisión.

SENTENCIA IMPUGNADA

Para proferir el fallo condenatorio, el Tribunal identifica las tres (3) providencias que se tildan de prevaricadoras, así:

1) Resolución del 7 de abril de 1995: Por cuyo medio el procesado revocó la medida de aseguramiento proferida en contra de Darío Osorio argumentando que se presentaba una situación de legítima defensa y no había nexo causal entre la agresión y el resultado.

El Tribunal destaca que no estaban demostrados los requisitos para reconocer en favor de Osorio Gómez la causal de justificación de la legítima defensa, pues por el contrario, se encontraban reunidas las exigencias para imponerle medida de aseguramiento, como en efecto lo establecieron el Fiscal Seccional que inicialmente conoció de la actuación, así como el ad quem al conocer de la impugnación interpuesta contra la referida medida, razón por la cual, el Fiscal GUTIERREZ contrarió manifiestamente los artículos 36 y 388 del Código de Procedimiento Penal vigente para la época.

Unido a lo expuesto señala que las pruebas indican que entre víctima y agresor se produjeron agravios verbales, los cuales fueron repelidos por Osorio Gómez esgrimiendo un machete, pero posteriormente disparó con arma de fuego sobre Oscar Montealegre, cuando este se encontraba sentado en el andén, todo lo cual descarta la legítima defensa reconocida por el doctor MEDARDO GUTIERREZ.

Así mismo, precisa que la declaración de Jorge Enrique Durán, quien acompañaba a Osorio en el momento de los sucesos, no resultaba atendible para dar

soporte a la legítima defensa alegada, pues sus asertos son insulares, evidencian contradicciones y sólo permiten advertir que intentan favorecer al sindicato, circunstancias que fueron analizadas por la Fiscalía de segundo grado al conocer de la impugnación presentada contra la medida de aseguramiento, y que el Fiscal GUTIERREZ desconoció completamente.

Además, si bien en la actuación se acreditó que la falta de cuidado de la víctima en atender las prescripciones médicas determinó la peritonitis que a la postre causó su fallecimiento, de ninguna manera ello facultaba al doctor MEDARDO GUTIERREZ para descartar el vínculo causal entre la agresión de Osorio sobre Montealegre con proyectiles de arma de fuego, en punto del delito de homicidio en grado de tentativa, como lo señaló la Fiscal Delegada ante el Tribunal.

Agrega que el procesado tergiversó las pruebas, en cuanto afirmó que la víctima había agredido con piedras, y luego con un cuchillo a Osorio Gómez, circunstancia esta última que no encuentra soporte en las diligencias.

También aduce el Tribunal que el doctor GUTIERREZ FONTAL aseveró en su decisión que la Fiscal de segundo grado no había reconocido la legítima defensa por no existir proporcionalidad entre la reacción y el ataque injusto de Montealegre, cuando en verdad, la Fiscal lo que señaló fue que no hubo agresión de este sobre Osorio Gómez.

2) Resolución del 14 de septiembre de 1995: A través de la cual el doctor GUTIERREZ FONTAL suspendió la detención preventiva del inculcado Osorio Gómez, por considerar que sufría de grave enfermedad al corazón.

El a quo expone que el experticio forense practicado al procesado Osorio Gómez diagnosticó que sufría de una enfermedad coronaria, y que se hacía necesario realizar otros exámenes y obtener ciertos conceptos médicos especiales para completar el

dictamen, pese a lo cual, el doctor MEDARDO GUTIERREZ caprichosamente inventó que el procesado tenía una grave enfermedad, con base en lo cual decidió suspender la detención preventiva que le fue impuesta.

Por tanto, concluye el Tribunal que si el inculcado Osorio no sufría la enfermedad grave exigida por el artículo 407 del Decreto 2700 de 1991 para suspender la detención preventiva, el doctor GUTIERREZ adoptó una decisión ostensiblemente contraria al referido precepto; además, advierte que la mencionada suspensión fue concebida por el legislador para preservar la salud del enfermo y procurar su restablecimiento, en tanto que el Fiscal MEDARDO GUTIERREZ la dispuso para que el procesado Darío Osorio se practicara los exámenes y se hiciera valorar por el cardiólogo a fin de establecer si su enfermedad era o no grave; es decir, primero suspendió la detención, y luego si dispuso que se verificara si se daban o no los presupuestos legales para ello.

Para acreditar que el comportamiento del sindicado fue doloso, el Tribunal resalta que cuando la Personera Delegada, doctora Clara Inés Hurtado, se presentó con el escrito de sustentación del recurso de apelación que interpuso al notificarse de la providencia que suspendió la detención preventiva, el doctor GUTIERREZ le solicitó que la palabra “apelación” fuera sustituida por “reposición”, con lo cual consiguió que la referida providencia no fuera revisada en segundo grado, “asegurando así el resultado ilícito de suspender la privación de la libertad de un sindicado que no padecía grave enfermedad para que, de acuerdo a lo dispuesto en la ley, pudiera gozar de ese beneficio, por lo que el capricho y la voluntad ilícita del Fiscal pasaron a gobernar ese momento del proceso penal a su cargo, con grosero y frontal desplazamiento de la ley”.

3) Resolución de 3 de noviembre de 1995: Mediante la cual el funcionario procesado precluyó la investigación adelantada contra Darío Osorio aduciendo que los testimonios de Eduardo Villegas, Carlos Madrigal y Medardo Colorado

acreditaban la situación de legítima defensa en la que actuó Osorio, que faltaba el nexo causal y que este actuó sin propósito homicida.

Comienza el a quo por destacar que no se encontraba demostrada plenamente la situación de legítima defensa que reconoció el Fiscal GUTIERREZ como lo exigía el artículo 36 del derogado estatuto procesal penal para precluir la investigación, y que además, los testimonios en los cuales se fundamentó la providencia fueron incorporados por mención tardía que formulara la compañera del procesado Dario Osorio, circunstancia negativa en punto de la valoración de su imparcialidad, además de evidenciar múltiples contradicciones.

Destaca por ejemplo que el testigo Villegas Mosquera expresó que en dos oportunidades el sindicado fue advertido del comportamiento traicionero de la víctima, circunstancia que ni siquiera es relatada por el propio sindicado, y además el testigo señaló que el inculcado Dario Osorio disparó contra Montealegre cuando lo tenía encima, aseveración falsa, habida cuenta que Osorio Gómez dijo haberle disparado a tres metros, e inclusive otro testigo, Enrique Durán, afirmó que el disparo se produjo a unos ocho o diez metros.

En consecuencia, estimó el Tribunal, que el Fiscal se apartó de las reglas de valoración de las pruebas para plantear una “torcida consideración probatoria”, “en actitud claramente parcializada y carente de toda objetividad los declaró creíbles (los testimonios de Eduardo Villegas, Carlos Madrigal y Medardo Colorado, se aclara) y sobre esa base se inventó con su propio capricho apoyada en la falacia de los nuevos declarantes, una legítima defensa inexistente en el proceso”.

Adicionalmente el a quo señala que en esta providencia el doctor MEDARDO GUTIERREZ inicia afirmando que se pronunciará sobre el recurso de

reposición interpuesto por la Personera Delegada contra la decisión de suspender la detención preventiva, y entonces reconoce que faltaba determinar la gravedad de la enfermedad, pero a su vez, con base en el ecocardiograma practicado por el doctor Narváez, dice que tal requisito se encuentra ahora satisfecho, pese a que el referido médico no afirmó que la enfermedad fuera grave, sino que la afección cardiaca registra episodios leves y triviales, mientras que otras partes del corazón las reporta normales, circunstancia que denota una vez más que el procesado subvirtió lo establecido en el artículo 407 del anterior estatuto procesal penal, para hacer viable la suspensión de la detención preventiva de Osorio Gómez.

También agrega el Tribunal que si bien en la providencia el Fiscal expone que en la parte resolutive mantendrá la suspensión de la detención preventiva, finalmente omite pronunciarse sobre ello, pues “dicha parte de la providencia la destina a concretar su principal propósito torcido cual es el de ordenar la preclusión de la investigación acudiendo a parcializadas argumentaciones y a la tergiversación probatoria, bases espurias que le sirven para consolidar su dolosa decisión manifiestamente contraria a la ley”.

Con base en lo expuesto, el Tribunal consideró demostrada la materialidad de los delitos imputados y la responsabilidad del procesado, como en la vista pública fue planteado por la Fiscalía, y en consecuencia, condenó al doctor MEDARDO GUTIERREZ FONTAL en su condición de Fiscal 138 Seccional de Palmira en la forma ya señalada.

LA IMPUGNACIÓN

No obstante la referencia a múltiples aspectos que contiene el escrito sustentatorio del recurso, el defensor refiere su argumentación a cada una de las tres (3) providencias que el Tribunal consideró manifiestamente contrarias a la ley, que se exponen

sucintamente así:

1) Resolución del 7 de abril de 1995:

Asevera el impugnante que el doctor GUTIERREZ revocó la medida de aseguramiento proferida en contra de Dario Osorio, reconoció una situación de legítima defensa y adujo la inexistencia de nexo causal, porque efectivamente la agresión se produjo por parte de la víctima, quien era un drogadicto; se refirió al arma cortopunzante sin intentar crear la confusión que le endilga el Tribunal; se apartó de lo expuesto por la Fiscalía de segundo grado de conformidad con argumentos doctrinales razonablemente aplicables al asunto.

También manifiesta que no se evidencian contradicciones trascendentes entre los declarantes que favorecían los intereses del procesado Dario Osorio; este disparó inicialmente al aire para eludir la agresión de Montealegre, pero no consiguió contenerlo, circunstancia que determinó un segundo disparo para defenderse del ataque; la decisión no es manifiestamente contraria a los artículos 36 y 388 del anterior estatuto procesal, pues cuenta con una fundamentación jurídica soportada en el recaudo probatorio; además, la providencia revela voluntad de acertar, lo cual excluye la presencia de dolo en el doctor MEDARDO GUTIERREZ, quien adelantó un estudio juicioso sobre la inexistencia del nexo causal a partir de los dictámenes médicos y los testigos técnicos sobre el tema.

2) Resolución del 14 de septiembre de 1995:

Argumenta el apelante que el doctor GUTIERREZ FONTAL suspendió la detención preventiva del inculcado Osorio Gómez teniendo en cuenta el dictamen médico legal y conceptos especializados, con el propósito de poner en peligro la vida del procesado, circunstancia que permite evidenciar que actuó de buena fe.

Agrega que el incumplimiento de las complejas recomendaciones no puede ser atribuido como prevaricato; también dice que el Tribunal no valoró en conjunto la prueba y que además descartó o ignoró los testimonios de defensa, en tanto que otorgó credibilidad a las declaraciones de cargo, como la de la Personera Delegada Clara Inés Hurtado Durán.

Así mismo, reprocha que el a quo no otorgara credibilidad a lo expuesto por la Fiscal Coordinadora, la Jefe de la secretaría común y el notificador de las fiscalías seccionales de Palmira, acerca de que con frecuencia los personeros interponían recurso de apelación y cambiaban a recurso de reposición o viceversa sin que mediara solicitud de los Fiscales.

Finalmente señala el defensor que la ubicación de la oficina del doctor MEDARDO GUTIERREZ hacía poco menos que imposible acceder a la Personera Delegada, en la forma en que esta lo declaró.

3) Resolución del 3 de noviembre de 1995:

Manifiesta el defensor que su procurado precluyó la investigación adelantada contra Darío Osorio aduciendo que los testimonios de Eduardo Villegas, Carlos Madrigal y Medardo Colorado acreditaban la situación de legítima defensa en la que actuó Osorio, que faltaba el nexo causal y que este actuó sin propósito homicida, por considerar que los referidos declarantes no generaban desconfianza.

También anota que Eduardo Villegas y Héctor Madrigal coinciden en referir el disparo al aire que inicialmente realizó Osorio Gómez, con lo cual el doctor GUTIERREZ asumió que el procesado no tenía ánimo de causar la muerte a Montealegre y que al analizar ponderadamente que no existía tentativa de homicidio en atención a que la muerte se produjo por causas ajenas a la voluntad de Darío Osorio, quien

simplemente reaccionó ante la agresión de la víctima, no había posibilidad diversa a la de disponer la preclusión de la investigación.

Entonces agrega que de acuerdo con lo expuesto no se advierte que lo decidido por el doctor MEDARDO GUTIERREZ contrariara manifiestamente la ley.

Destaca el impugnante que no se ha tenido en cuenta el testimonio de Roberto Arturo Polo González, declaración que revela la buena fe del Fiscal acusado, sin que la contrariedad de su decisión con el pronunciamiento de segunda instancia pueda por ese solo hecho ser llamado prevaricato, pues el desacuerdo de tesis entre funcionarios no conduce a la comisión del referido delito, como reiteradamente lo ha señalado esta Corporación.

Con base en lo expuesto, el impugnante solicita a la Corte “la revocatoria de su condena por no ser autor de manera dolosa de la conducta que se endilga como prevaricadora”.

A fin de evitar repeticiones innecesarias, los argumentos del recurrente serán expuestos y contestados puntualmente en la parte motiva de la presente decisión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia dictada en este proceso, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 75 del Código de Procedimiento Penal, pues la acción penal es ejercida contra un Fiscal Seccional de Palmira (Valle) que fue juzgado en primera instancia por el Tribunal Superior de Buga.

Conforme se había anunciado, la Sala abordará cada uno de los aspectos postulados por el impugnante para dar sustento a su pretensión absolutoria, de la siguiente manera:

1) Resolución del 7 de abril de 1995:

Para la Sala carecen de razón los argumentos planteados por el impugnante, habida cuenta que el reconocimiento de la situación de legítima defensa por parte del doctor MEDARDO GUTIERREZ en favor del inculcado Dario Osorio Gómez carecía evidentemente de soporte probatorio, por varias razones:

El 2 de junio de 1994 se había proferido en contra de este medida de aseguramiento de carácter detentivo como posible autor del delito de homicidio, providencia confirmada en segunda instancia el 29 de julio del mismo año, sin que posteriormente hubiera variado la prueba en punto de la forma en que ocurrieron los sucesos, como para que se desvirtuaran los supuestos de la medida cautelar de índole personal impuesta.

En efecto, en el lapso comprendido entre la confirmación de la medida de aseguramiento en segundo grado y la providencia objeto de análisis, se recibió ampliación de denuncia a Oscar Montealegre, en la cual se limitó a suministrar datos para ubicar a algunos testigos, fueron escuchados en declaración a los agentes de policía que conocieron del procedimiento; fue recibida la historia clínica de la víctima; se recepcionó declaración a los médicos Jorge Prieto Peñuela y Oscar Alonso Plaza Patiño, y a la enfermera Alba Miryam Bedoya de González, quienes refirieron detalles de las complicaciones que tuvo el herido hasta cuando se produjo su muerte y se recibió dictamen médico acerca de las causas del fallecimiento de Oscar Fabio Montealegre Zapata.

También se escuchó en declaración a María Luisa Montealegre y María del Carmen Montealegre quienes fueron enfáticas en señalar que no presenciaron los sucesos acaecidos.

Como puede observarse, si en virtud de lo dispuesto en el artículo 412 del derogado

estatuto procesal penal, la revocatoria de la medida de aseguramiento era procedente cuando sobrevinieran pruebas que la desvirtuaran, pronto advierte la Sala que el doctor MEDARDO GUTIERREZ no se sujetó a tal exigencia dispuesta por el legislador, pues sin que variara el recaudo probatorio respecto de la acreditación o no de la legítima defensa alegada, simplemente procedió a efectuar un nuevo estudio de los mismos elementos de juicio que condujeron a su antecesora y a la fiscalía de segundo grado a proferir medida de aseguramiento, para entonces “REVOCAR LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO de detención preventiva que pesa contra el señor DARIO OSORIO GOMEZ”¹.

Sobre el punto ha expuesto la Sala que la exigencia de prueba nueva que desvirtúe los presupuestos que determinaron la imposición de la medida de aseguramiento “se justifica en la necesidad de que la petición tenga un soporte probatorio nuevo, capaz de desvirtuar los fundamentos sobre los cuales se optó por imponer la medida de aseguramiento y darle así un propósito distinto al que el legislador le atribuye a los recursos, ya que se requiere que la resolución que impone la medida de aseguramiento se encuentre formalmente ejecutoriada y se sustente en unos nuevos elementos de juicio, por cuanto su formulación no está llamada a revivir momentos precluidos, ni es alternativa del ejercicio de los recursos ordinarios, sino como una opción, distinta, factible cuando concurran los elementos señalados”².

Considerar como lo menciona el impugnante, que la condición de drogadicto del occiso hace suponer de acuerdo a las reglas de la experiencia que este mantenía cierta “sensibilidad” por el constante rechazo de sus prácticas, y ello desencadenó su agresión contra Osorio, es una percepción que en nada acredita la procedencia de revocar la medida de aseguramiento que había sido impuesta, se reitera, ante la inexistencia de elementos probatorio novedosos que la desvirtuaran.

En cuanto se refiere a que el Fiscal acusado expresó que la víctima empuñaba,

además de las piedras, un arma cortopunzante (cuchillo) y que tal aseveración no tenía el propósito de crear confusión como lo señaló el Tribunal, suficiente resulta destacar que sobre la presencia del mencionado instrumento en poder de Montealegre Zapata adujo la Fiscalía al imponer la medida de aseguramiento: “Darío Osorio Gómez y Jorge Enrique Durán Velasco son los únicos que sostiene objetivar en la víctima la supuesta arma cortopunzante. Extrañamente los demás no la vieron y algunos refieren haber visto en sus manos una prenda de vestir. Y aceptamos en vía de discusión la veracidad del implemento. Tampoco sería un argumento de peso y envergadura a estructurar la legítima defensa. Existe absoluto desface entre la proporcionalidad del ataque al acto de agresión que lógicamente lo desnaturaliza. Ningún peligro reviste esta clase elemento mientras no se esté en proximidad de quien se quiere hacer víctima”³ (subrayas fuera de texto).

A su vez, sobre el mismo tópico se expresó en la providencia que confirmó la medida asegurativa: “Se precisa pues que a pesar de que las personas que se han relacionado como declarantes, estuvieron presentes en el sitio escena de los acontecimientos, no todos señalan a OSCAR FABIO provisto de un arma y las que hacen referencia de que este llevaba consigo un cuchillo, lo exponen en forma insegura, como es el caso de DURAN VELASCO y del agente de la policía WILIAM ROA PAZ, quien explicó en su declaración que pudo observar que en el ‘piso había como una camisa y debajo como un cuchillo...’. Por tanto es un imposible jurídico por ahora pensar positivamente que MONTEALEGRE estuviera provisto de un cuchillo con el cual agrediera al sindicado”⁴ (subrayas fuera de texto).

Así las cosas, palmario resulta que en aquel estadio procesal el doctor GUTIERREZ FONTAL carecía de los supuestos probatorios y legales para revocar la medida de aseguramiento, como no fuera valorar sesgadamente las declaraciones, las mismas que determinaron su imposición, vislumbrar forzosamente una agresión de la víctima al procesado y estructurar a partir de ello una respuesta lesiva amparada por la legítima

defensa para este, como en efecto ocurrió.

Es oportuno señalar que si bien el doctor MEDARDO GUTIERREZ planteó en la providencia analizada los motivos por los cuales no compartía los planteamientos de la Fiscal de segunda instancia, tal circunstancia no tiene por sí misma la virtualidad de descartar la manifiesta contrariedad de la ley con lo decidido, pues se reitera, el artículo 412 del Decreto 2700 de 1991, como ahora lo establece el artículo 363 de la Ley 600 de 2000, exigía que sobrevinieran pruebas que desvirtuaran la medida de aseguramiento, para que fuera viable su revocatoria, circunstancia que no se presentó en este asunto respecto de la legítima defensa reconocida por el Fiscal acusado con base en las mismas pruebas que determinaron la imposición de la referida medida cautelar de carácter personal.

Respecto de la ausencia de contradicciones trascendentes en los testimonios que favorecían los intereses del Dario Osorio, necesario se ofrece resaltar que para el momento en que el doctor GUTIERREZ FONTAL revoca la medida de aseguramiento, sólo obraba en favor del procesado la declaración de Jorge Enrique Durán Velasco, quien brinda una versión de los sucesos sustancialmente diversa a la declarada por los testigos presenciales Nestor Raul Rojas Iriarte, Fernando Libreros Martínez, Elder Martínez de Libreros y Juan Carlos Valencia Murillo.

En cuanto comporta la acreditación de un disparo inicial al aire que realizara el procesado Dario Osorio, encuentra la Sala que para el momento en que se produjo la resolución estudiada, tal circunstancia únicamente fue expuesta por el inculcado y por Jorge Enrique Durán Velasco, pero a su vez, fue desvirtuada por los demás testigos señalados en precedencia, quienes son coincidentes en señalar que luego de la discusión, y cuando Montealegre se encontraba en un andén, el sindicado Osorio Gómez le disparó.

Adviértese, además, que los relatos de los testigos son coincidentes en punto de la huida de Montealegre al ser amenazado con un machete por parte de Dario Osorio, circunstancia que permite vislumbrar que resultaba innecesario herir con arma de fuego al muchacho que discutía con este, pues otros mecanismos, como el inicialmente intentado habrían bastado para eludir su agresión verbal.

Por el contrario de lo expuesto por el defensor estima la Sala que si no se encontraba “plenamente demostrada una causal excluyente de antijuridicidad”, y existían múltiples pruebas, no únicamente indicios, que comprometían de manera importante la responsabilidad del inculcado Osorio Gómez, la providencia estudiada irrumpe como manifiestamente contraria a la ley, no solo a los artículos 36 y 388 del anterior estatuto procesal penal, sino también al artículo 412 ibidem, dado que como quedó demostrado, no existían pruebas nuevas sobre la ocurrencia de los hechos que desvirtuaran las tenidas en cuenta para proferir la medida de aseguramiento.

Tampoco es cierto que la decisión permita advertir voluntad de acertar, pues por el contrario, pronto se evidencia que la argumentación y fundamentación que en ella plantea el doctor MEDARDO GUTIERREZ ponen de presente la conciencia de su actuar antijurídico como que se aparta de la realidad probatoria en procura de conseguir un propósito, cual fue el de beneficiar al procesado Osorio Gómez.

En efecto, luego de señalar las pruebas obrantes en la actuación, y al adentrarse a analizar la presencia de la legítima defensa, el Fiscal acusado expuso: “Respetando profundamente la exposición de la señora Fiscal FANNY DAVILA DE RAMIREZ, de fecha 29 de julio de 1994 donde manifiesta la inexistencia de la Legítima Defensa en la falta de proporcionalidad que debe existir entre el agredido y el agresor; como lo dije al

principio respeto profundamente el criterio de nuestra querida Fiscal Delegada, pero que no comparto porque a esa altura procesal no existía las nuevas pruebas que se han allegado a la sumaria, reconociendo sí que a esa altura procesal podía ser esa una disquisición aceptable”5.

Si como atrás se dijo, en punto de la ocurrencia de los hechos no había prueba nueva a la valorada al momento de imponer la medida de aseguramiento y para cuando fue confirmada en segundo grado, carecen de soporte fáctico las afirmaciones plasmadas en la decisión analizada, donde una y otra vez se dice respetar lo decidido por el ad quem, pero acto seguido, con el pretexto de una realidad probatoria nueva, en todo caso inexistente, se efectúa una valoración sui generis de las pruebas, dirigida a favorecer los intereses del procesado, para culminar en la revocatoria de la medida de aseguramiento y en la preclusión de la investigación.

No hay duda que lo expuesto también conduce a la certeza sobre la presencia de dolo en la conducta del doctor GUTIERREZ FONTAL, pues no de otra manera se concibe que reconozca que se va a apartar de lo expuesto por la Fiscalía de Segunda instancia, y que argumente de manera inconsistente un nueva realidad probatoria inexistente.

En cuanto se refiere al estudio que sobre el nexo causal adelantó el doctor MEDARDO GUTIERREZ, y que destaca su defensor, pronto se advierte que tal valoración de los medios probatorios, (historia clínica y declaraciones de médicos y enfermera que conocieron de la intervención y del post-operatorio), quebranta abruptamente las reglas de la sana crítica, especialmente los principios de la lógica y más en particular las leyes de la física.

Así, pues, el doctor GUTIERREZ expuso en su decisión: “En el presente caso que nos distrae la atención, la muerte de Montealgre Zapata se produce

por una concausa que sobreviene al presentarse una infección a consecuencia de la inmunodepresión y al no seguimiento de las órdenes post-operatorias”, y más adelante reiteró “el paciente sale de la cirugía debidamente reparado, es decir, fuera de peligro porque la trayectoria de los proyectiles no era de tal peligrosidad que le cegara la vida, sino que se interpone una concausa de la infección séptica”⁶.

Por tanto, resulta bastante curioso, por decir lo menos, que el doctor GUTIERREZ FONTAL reconozca la presencia de una concausa en la muerte de Montealegre Zapata determinada por su falta de cuidado en el post-operatorio, pero a su vez, descarta cualquier imputación fáctica al comportamiento del procesado Osorio Gómez. Esto es, si se acepta la ocurrencia de una concausa, quiere ello decir que a la causa inicial se adicionó una causa nueva que confluyó al resultado final, sin que por ello, obvio es decirlo, desaparezca del mundo físico la causa inicial, cuya importancia corresponde valorar cotejando el aporte al resultado de la segunda causa.

Ahora bien, si al analizar las causas determinantes del resultado se advierte que sólo una de ellas bastó para producirlo, desaparece lógica y físicamente la existencia de la concausa, por no guardar vínculo alguno con la relación causa-efecto valorada.

Pero aún más, ilógico resulta afirmar que si una persona agredida y lesionada es cabalmente atendida por los médicos, quienes logran restaurar su cuerpo o su salud, desaparece con ello el nexos causal entre la conducta del autor del ataque y el daño restaurado, pues lo cierto es que la conducta fue desplegada y con ella se produjo un daño (integridad personal) o un peligro (vida) a bienes jurídicos protegidos por el Estado; la recuperación posterior es asunto diverso que no tiene aptitud para negar la existencia material del atentado.

Lo expuesto conduce a señalar que también el doctor GUTIERREZ quebrantó de manera protuberante y grosera lo dispuesto en el artículo 21 de Decreto 100 de 1980, al

negar cualquier nexo causal entre los disparos de Osorio Gómez y la muerte de Montealegre Zapata, siquiera para plantear, en gracia de discusión, un homicidio en grado de tentativa, como lo presentara la Fiscal de segunda instancia.

Por las razones expuestas, se confirmará el fallo impugnado respecto de la conductas penal atribuida por razón de esta decisión.

2) Resolución del 14 de septiembre de 1995:

Estima la Sala que tampoco en punto del estudio de la decisión anunciada, por cuyo medio el doctor GUTIERREZ FONTAL suspendió la detención preventiva del procesado Osorio Gómez, se evidencia que asista razón a los planteamientos del defensor.

Si bien el doctor GUTIERREZ FONTAL procedió de la forma indicada, teniendo en cuenta para ello el dictamen médico legal, según el cual, el inculcado Osorio Gómez sufría de “varios riesgos coronarios, como son la obesidad, dislipidemia e hipertensión y de su enfermedad actual el cuadro clínico de 72 horas de evolución consistente en dolor precordial opresivo acompañado de náuseas, mareos y malestar general”, lo cierto es que en tal concepto médico no se dijo, ni con criterios lógicos de ponderación puede llegar a deducirse que el procesado sufriera “grave enfermedad”, como lo exigía el artículo 407 del anterior estatuto procesal penal.

Además, en la referida decisión el Fiscal acusado anotó: “Por último recomiendan los señores médicos legistas que para completar la experticia debe aportar la valoración por internista y/o cardiólogo, además de los exámenes sugeridos”⁷, circunstancia que permite aseverar que el dictamen no solo no daba cuenta de la enfermedad grave requerida por el precepto citado para que procediera la suspensión de la detención preventiva, sino que además, echaba de menos otros diagnósticos y exámenes, lo que en sana lógica descartaba cualquier posibilidad de

acceder a la solicitud presentada por la defensa.

También se tiene que más adelante en la decisión que viene de estudiarse, el doctor MEDARDO GUTIERREZ expresó: “Los galenos Legistas opinan en su dictamen que efectivamente el señor DARIO OSORIO GOMEZ, padece una enfermedad grave a nivel de corazón y que por tal motivo no puede estar recluso en el sitio carcelario por cuanto deben practicársele una serie de exámenes y valoraciones cardíacas que no pueden hacerse en el centro penitenciario habida cuenta que allí el estrés, la presión, la dificultad para trasladarlo a un centro médico de urgencias, pone en peligro la vida del señor Osorio Gómez”⁸

Pese a lo expuesto, pronto advierte la Sala que el referido dictamen médico legal informaba una situación sustancialmente diversa, pues allí se anotó: “En base al examen (sic) clínico y paraclínicos aportados es un examinado con antecedentes de hipertensión arterial no controlada y con episodios isquémicos ‘angina’ a nivel del corazón; con tratamiento Médico inicial. Al momento de la experticia está compensado en su sintomatología, debe ser evaluado por cardiólogo periódicamente y realizarse otros paraclínicos como prueba de esfuerzo y/o ecocardiograma con el fin de realizar un diagnóstico concreto (...) Para poder completar la experticia debe volver aportando la valoración por internista y/o cardiólogo y los exámenes sugeridos”⁹ (subrayas fuera de texto).

Es decir, no era cierto que los médicos legistas hubieran dictaminado una “enfermedad grave a nivel de corazón”, ni que hubieran expuesto que por tal motivo el inculcado Osorio Gómez no podía estar recluso en un establecimiento carcelario. Tampoco resultó verídico que el dictamen señalara que la práctica de los exámenes y valoraciones no podían hacerse en el lugar de reclusión por “el estrés, la presión, o la dificultad para trasladarlo a un centro médico de urgencias”.

En suma, lo destacado pone al descubierto que el doctor GUIERREZ adicionó caprichosamente y a su acomodo el dictamen médico, para con base en tal distorsión, construir y fundamentar la decisión manifiestamente contraria a la ley que adoptó, sin que se dieran los presupuestos legales dispuestos por el legislador para conceder la suspensión de la detención preventiva al procesado Dario Osorio, circunstancia que a la postre desvirtúa de manera palmaria la buena fe en el Fiscal acusado, alegada por el impugnante.

En cuanto se refiere a que el Fiscal MEDARDO GUTIERREZ también valoró para adoptar su decisión lo expuesto por el médico Harold Rodríguez quien refirió en Dario Osorio un “cuadro coronario agudo y urgente”, baste señalar que en la providencia del 14 de septiembre de 1995 ninguna referencia se plantea sobre el punto, circunstancia que deja sin soporte la afirmación del defensor en tal sentido.

Ahora bien, respecto de lo expuesto por el apelante, en el sentido de que por mediar “un error del funcionario ante unas recomendaciones complejas como son las médicas, no puede atribuírsele prevaricato”, una vez más el recaudo probatorio desvirtúa su aserto, pues de las transcripciones anotadas anteriormente, sin esfuerzo alguno advierte la Sala que el dictamen médico legal planteaba sin dubitación alguna la necesidad de nuevas valoraciones y exámenes para rendir el concepto técnico solicitado sobre la gravedad de la enfermedad, y además, nada diferente a la intención dolosa de proferir una decisión ostensiblemente contraria a la ley, permite entender que el doctor GUTIERREZ FONTAL dirigiera su esfuerzo a plasmar consideraciones y observaciones mentirosas, no contenidas en el referido dictamen, con el único propósito de favorecer al procesado Osorio con la suspensión de la detención preventiva, sin que hubiera soporte probatorio claro y definitivo para adoptar tal providencia.

Oportuno se ofrece señalar que si bien el concepto médico corresponde a un

conocimiento especializado y en principio ajeno al doctor MEDARDO GUTIERREZ, se evidencia sin dificultad que la conclusión del dictamen era suficientemente clara, en el sentido de requerir otras valoraciones y exámenes para rendir el experticio solicitado, sin que entonces pueda pretextarse que se trataba de “recomendaciones complejas”, como lo asevera el apelante.

En punto de la queja del defensor acerca del valor otorgado en el fallo a la declaración de la Personera Delegada Clara Inés Hurtado Durán, suficiente resulta señalar que su aporte sobre la responsabilidad del procesado no radica en informar sobre aspectos de la vida personal de este, o si pertenece o no la masonería, sino en señalar que cuando se presentó en la Fiscalía con el escrito sustentatorio del recurso de apelación que interpuso contra la providencia que suspendió la detención preventiva, el Fiscal MEDARDO GUTIERREZ le solicitó que borrara el término “apelación” y anotara “reposición”, para lo cual le facilitó los medios necesarios, y en efecto, tal circunstancia se evidencia en el original del referido documento¹⁰, así como con la prueba técnica que al respecto se practicó¹¹, circunstancias que corroboran lo afirmado por la citada declarante.

Lo expuesto en precedencia permite vislumbrar, como en efecto lo destacó el Tribunal, que el doctor GUTIERREZ FONTAL tenía un especial interés en evitar que su providencia fuera conocida en segundo grado, pues muy seguramente allí se detectaría su desafuero, circunstancia que lo llevó a solicitar a la Personera Delegada que no instaurara recurso de apelación, sino de reposición, de tal manera que él mismo se pronunciaría sobre el tema.

Pero aún más, al conseguir que la Personera Delegada accediera a su pretensión, el Fiscal procedió a confirmar la providencia argumentando que con base en el electrocardiograma practicado al inculcado Osorio Gómez, se había establecido la gravedad de la enfermedad, pese a reconocer que para el momento en que profirió

la decisión atacada, no se encontraban acreditados los requisitos para suspender la detención, tópico que más adelante se abordará.

Aquí resulta intrascendente si la Coordinadora, la Secretaria o el Notificador de la Unidad de Fiscalías Seccionales de Palmira declararon que nunca observaron situaciones irregulares en los funcionarios, o que con frecuencia los personeros interponían recurso de apelación y cambiaban a recurso de reposición o viceversa sin que mediara solicitud de los Fiscales, pues lo cierto es que lo ocurrido en este asunto no puede ser desvirtuado con declaraciones vagas y generales como las referidas, con fundamento en las cuales el impugnante intenta sin éxito quitar valor a lo declarado por la Personera Delegada.

Finalmente en cuanto se refiere a que la oficina del doctor GUTIERREZ FONTAL se encontraba en el tercer piso y la secretaría común se hallaba en el primer piso, y que por ello, según el impugnante, resulta temerario afirmar que abandonó su oficina “para estar todos los cinco días de ejecutoria del recurso, pendiente de la llegada a la secretaría común de la personera”; pronto advierte la Sala que el recaudo probatorio deja sin piso alguno el argumento.

En efecto, la doctora Clara Inés Hurtado, quien se desempeñaba como Personera Delegada, es enfática al afirmar: “hice un recurso, inicialmente de apelación, pero cuando fui a la fiscalía el mismo fiscal me dijo que le borrara y le pusiera reposición, que no apelara, él mismo me prestó el bolígrafo de él, el borrador y el bolígrafo, yo subí a hablar con él porque no consideraba correcto que obrando la misma prueba y sin tener fundamentos valederos como era el dictamen del médico forense que es un médico general, como es el Dr. PLAZAS, se deja libre a una persona acusada de homicidio”¹² (subrayas fuera de texto).

Como viene de verse, no fue necesario que el Fiscal acusado permaneciera en la

secretaría pendiente del arribo de la Personera Delegada, pues como ella lo advierte, subió a la oficina de aquel y allí fue que le solicitó que no impugnara por vía del recurso de apelación, sino de reposición, como finalmente sucedió, razón por la cual carece también de fundamento este argumento del apelante.

Por las razones expuestas, no procede revocar o modificar lo decidido en el fallo atacado en punto de la resolución del 14 de septiembre de 1995 a través de la cual se concedió al procesado Osorio Gómez la suspensión de la detención preventiva.

3) Resolución del 3 de noviembre de 1995:

Inicialmente bien está destacar que previamente a la emisión de la providencia del 3 de noviembre de 1995, por cuyo medio el doctor GUTIERREZ FONTAL precluyó la investigación adelantada contra el sindicado Osorio Gómez al reconocer una situación de legítima defensa, la actuación procesal evidenciaba lo siguiente:

El 2 de junio de 1994 la Fiscal que antecedió al doctor MEDARDO GUTIERREZ en el conocimiento del asunto definió la situación jurídica de Dario Osorio con medida de aseguramiento de detención preventiva como posible autor del delito de homicidio; esta decisión fue confirmada en segunda instancia el 29 de julio siguiente.

El 7 de abril de 1995 el doctor GUTIERREZ revocó la medida de aseguramiento y a la vez dispuso la preclusión de la investigación adelantada contra el inculcado Osorio Gómez. La parte civil impugnó esta decisión y la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Cali se pronunció el 29 de junio siguiente revocando la decisión impugnada, “para en su lugar PROFERIR RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN contra DARIO OSORIO GOMEZ, como autor responsable del delito de Homicidio en grado de tentativa”¹³.

El 7 de julio del mismo año, el Fiscal dictó una resolución de sustanciación en la

que expuso “el Despacho acata en su totalidad lo ordenado por la señora Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior entendiendo que se le presentó una equivocación al momento de ordenar la Resolución de Acusación en contra de DARTIO GOMEZ OSORIO, acto procesal éste que no es de su resorte, entendiendo esta agencia fiscal que quiso ordenar que se calificara el mérito del sumario”¹⁴.

A su vez el 21 de los mismo mes y año profirió otra decisión de la misma índole en la que puntualizó: “Estése a lo dispuesto por el Superior, acatando en su totalidad lo ordenado, entendiendo esta instancia que se le presentó una equivocación a la señora Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior al momento de ordenar la Resolución de Acusación contra DARIO OSORIO GOMEZ toda vez que este Despacho no ha decretado el cierre de la investigación”¹⁵.

Como fácil puede observarse, resulta incomprensible que de una parte Fiscal acusado dejara plasmado su acatamiento integral a lo dispuesto por su superior funcional, pero, de otra, acto seguido procediera a “interpretar” la providencia, cuando en verdad lo que le correspondía frente a la resolución de acusación proferida, era devolver la actuación ante la evidencia del yerro para que fuera corregido, o bien, cumplir lo decidido, y en consecuencia remitir las diligencias al funcionario competente para conocer del juicio a quien correspondía sanear los vicios de la actuación, previo el debate del juicio.

Si, por el contrario, el doctor MEDARDO GUTIERREZ procedió a interpretar y dar alcance a aquella decisión, ello demuestra su interés en retener la competencia a fin de conseguir su propósito prevaricador, y de contera favorecer los intereses del procesado Dario Osorio, como en efecto ocurrió.

Ahora bien, es cierto que el doctor GUTIERREZ FONTAL precluyó la investigación adelantada contra Darío Osorio con base en lo expuesto por los declarantes Eduardo Villegas, Carlos Madrigal y Medardo

Colorado; no obstante, olvida el impugnante que para tomar tal decisión de fondo el artículo 36 del Decreto 2700 de 1991 exigía en punto de la presencia de causal de exclusión de la antijuridicidad que esta estuviere “plenamente demostrada”, es decir, que no existiera duda al respecto, situación que no se presentó en el proceso adelantado contra Osorio Gómez, en el cual obraban varias declaraciones como las de Nestor Raul Rojas Iriarte, Fernando Libreros Martínez, Elder Martínez de Libreros y Juan Carlos Valencia Murillo, que descartaban por completo la reconocida defensa, y que por el contrario, brindaban datos sobre la agresión de Osorio Gómez sobre Montealegre Zapata una vez terminado el disgusto inicial y cuando este se encontraba sentado en un andén.

Pero aún más, como lo señalara el Tribunal, no es que los referidos testimonios debieran ser desechados por haber sido mencionados por la esposa del procesado Osorio, sino que además de que su alusión se muestra como tardía, pues ya había avanzado un tiempo considerable la instrucción sin que a ellos se hubiera hecho referencia alguna, lo cierto es que evidencian múltiples contradicciones respecto de la ocurrencia de los sucesos, como por ejemplo la distancia desde la cual Osorio disparó sobre Montealegre, pues mientras el testigo Villegas Mosquera expresó que el disparo se produjo cuando el segundo se encontraba “encima” del primero, el propio Osorio Gómez dijo haberle disparado a tres metros, y además otro declarante, Enrique Durán, afirmó que el disparo se produjo a unos ocho o diez metros.

En consecuencia, no hay duda para la Sala, que una vez el Fiscal acusado consiguió retener la competencia tras “interpretar” la decisión de segunda instancia que revocó la preclusión de investigación por él proferida, encaminó su actividad a efectuar una valoración sesgada y tendenciosa del recaudo probatorio, para sin más, concluir que estaba “plenamente demostrada” una situación de legítima defensa en el actuar de Osorio Gómez, y por tanto, precluir nuevamente la investigación adelantada en contra de este.

Adicional a lo expuesto se tiene que resulta bastante extraño que en la providencia objeto de estudio el funcionario incriminado expresara que se pronunciaría sobre el recurso de reposición interpuesto por la Personera Delegada contra la resolución que suspendió la detención preventiva, y sobre la solicitud de preclusión de la investigación incoada por el defensor del procesado, pero al momento de resolver no realizó ningún pronunciamiento sobre la referida impugnación.

En efecto, sobre el recurso de reposición interpuesto, el doctor GUTIERREZ FONTAL expuso que le asistía razón a la Personera Delegada, “pues faltaba la valoración de un internista conforme a las voces del Art. 407 numeral 3º del C. de P. Penal”¹⁶, pese a lo cual señaló a continuación que “rituada la instancia se subsana el error presentado, pues el doctor JOSE V. NARVAEZ B., cardiólogo con registro numero 9741, certifica en su dictamen le enfermedad que padece”, y en virtud de ello no revocó la decisión reprochada, sin que se advierta de alguna manera que la enfermedad del procesado Osorio Gómez tuviera el carácter de grave como lo exigía el artículo 407 del derogado estatuto procesal penal para que fuera procedente la suspensión de la detención preventiva, pues en el concepto médico, como lo destacó el Tribunal, simplemente se informa que la afección cardíaca registra episodios leves y triviales, mientras que otras partes del corazón las reporta normales.

Respecto de lo expuesto por el apelante, en el sentido que el doctor GUTIERREZ para adoptar sus decisiones realizó un gran esfuerzo mental y citó doctrina referida a la legítima defensa, basta señalar que la sujeción que deben los funcionarios judiciales a la ley y a su vez al recaudo probatorio objetiva e imparcialmemnte valorado, permite concluir que las decisiones aquí analizadas se apartaron abruptamente del contenido de la ley y de la información suministrada por las pruebas, dado que el Fiscal acusado procedió a valorar caprichosamente los medios probatorios en procura de conseguir el resultado pretendido por él, que no era otro que asegurar la libertad y la declaración de irresponsabilidad penal del procesado Dario Osorio, sin que entonces tenga

importancia alguna las citas jurisprudenciales o doctrinarias sobre el tema.

En cuanto atañe a que el Tribunal no tuvo en cuenta el testimonio de Roberto Arturo Polo González, quien según lo resalta el defensor, expuso que desde el comienzo del proceso penal adelantado contra el inculcado Osorio Gómez, el doctor MEDARDO GUTIERREZ fue de la opinión que se trataba de una legítima defensa, imprescindible resulta concatenar tal declaración, con la que, sobre el mismo tópico efectuó la doctora Clara Inés Hurtado Durán, Personera Delegada, al decir:

“Yo pude detectar desde el comienzo que el fiscal no estaba obrando con imparcialidad, el fiscal era el Dr. MEDARDO GUTIERREZ, al sindicado se le escuchó en diligencia de indagatoria y él trató de justificar su actuar, se le fijó medida de aseguramiento, no recuerdo si fue que apelaron y entonces el tribunal le dictó detención sin beneficio de libertad; Yo observaba como ministerio público que el fiscal trataba a toda costa de dejar en libertad al sindicado...”¹⁷.

En efecto, contrario a lo expuesto por el apelante, en punto de que de la declaración de Polo González se deduce la buena fe y la ausencia de dolo en las decisiones del doctor MEDARDO GUTIERREZ, lo cierto es que aquel testimonio coincide con el de la Personera Delegada, y lo que permite concluir sin duda alguna, es que por razones personales diversas a la imparcialidad y a la sujeción al imperio de la ley, el Fiscal acusado decidió por sí y ante sí que el procesado Osorio Gómez no era responsable por el delito de homicidio que se le imputó, y en esa medida encaminó sistemáticamente su esfuerzo a proferir decisiones abrupta y ostensiblemente contrarias a la ley para favorecerlo, hasta que finalmente lo consiguió.

Debe precisarse que si el delito de prevaricato por acción está constituido por una decisión manifiestamente contraria a la ley, al doctor MEDARDO GUTIERREZ no se le ha condenado, como erradamente lo ha asumido la defensa, por no acatar lo

dispuesto por su superior funcional en el proceso adelantado contra Osorio Gómez, sino por apartarse de manera grosera de los cánones legales que regían su actividad judicial.

Lo dicho en precedencia, por tanto, constituye razón suficiente para concluir que no resulta procedente revocar el fallo de condena como lo solicita el apelante.

Finalmente observa la Sala que como en este asunto se dedujo en el fallo atacado la circunstancia de agravación genérica determinada por la posición distinguida del procesado en la sociedad por su carácter de funcionario judicial (numeral 11 artículo 66 del Decreto 100 de 1980, numeral 9º, artículo 58 de la Ley 599 de 2000), la cual no fue planteada expresamente en la resolución acusatoria, corresponde mediante este proveído prescindir de su aplicación, pues según lo ha expuesto recientemente la Sala, sólo debe ser tomada en cuenta cuando haya sido atribuida en la resolución de acusación¹⁸ a fin de garantizar el principio de consonancia entre la acusación y el fallo.

No obstante, como al momento de dosificar la pena de conformidad con los criterios del derogado estatuto penal, el a quo no le atribuyó consecuencia punitiva específica a esta circunstancia a pesar, se repite, de haberla mencionado, es claro que no existe quantum de pena a marginar, lo que no es óbice para que con criterio pedagógico se haga la anterior precisión.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

CONFIRMAR el fallo de primera instancia en cuanto fue objeto de impugnación, con las aclaraciones consignadas en la anterior motivación.

Contra esta sentencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

Comisión de servicio

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

Comisión de servicio

JORGE LUIS QUINTERO MILANES

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Folio 442. C. anexo 1.

2 Sentencia del 13 de agosto de 2003. M.P. Dr. Herman Galán Castellanos.

3 Folio 240. C. anexo 1.

4 Folios 274 y 275. C. anexos 1.

5 Folio 434. C. anexo 1.

6 Folios 439 y 439 vto. C. anexos 1.

7 Folio 531 vto. C. anexos 1.

8 Folio 532. C. anexos 1.

9 Folio 525. C. anexos 1.

10 Folio 310. C. original 1.

11 Folios 349 y 350. C. Original 1.

12 Folio 141. C. original 1.

13 Folio 468 ss. C. anexos 1.

14 Folio 491. C. anexos 1.

15 Folio 499. C. anexos 1.

16 Folio 552. C. anexo 1.

17 Folio 140. C. original 1.

18 Providencia del 23 de septiembre de 2003. M.P. Dr. Herman Galán Castellanos.