

Proceso No 20929

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

Aprobado en Acta No. 055

Bogotá, D. C., trece (13) de julio de dos mil cinco (2005)

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el defensor de CECILIA REMOLINA MUÑOZ, Fiscal 101 Especializada de Quibdó, contra la sentencia del 25 de abril de 2003, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Quibdó la condenó a 3 años de prisión, multa de 10 SMLM e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 5 años, al encontrarla responsable del delito de prevaricato, en concurso homogéneo y sucesivo.

I ANTECEDENTES

1. HECHOS

1.1. El 1º de junio de 1997, al ser requisado por autoridades de policía, a Edwar Garrido Hurtado le fue hallado un revólver 38 largo, niquelado, al parecer Smith & Wesson, en regular estado, por lo cual fue capturado, entregándosele 20 cartuchos 5.56 que tenía en su residencia, las cuales eran de uso privativo de las fuerzas militares. Una vez indagado por la Fiscalía 1ª Especializada, fue dejado en libertad. Las diligencias fueron remitidas a la Fiscalía Regional de Medellín para que se resolviera la situación jurídica del sindicado

el 21 de julio siguiente, ordenando el Fiscal Coordinador el 12 de marzo de 1999 la práctica de algunas diligencias.

La situación jurídica le fue resuelta el 16 de marzo de 1999 imponiéndole medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de porte de armas de fuego de uso personal y porte de municiones de uso privativo de las fuerzas militares.

El 9 de abril de 1999, la Fiscalía Regional ordenó la práctica de las pruebas solicitadas por el Ministerio Público para lo cual comisionó a la Fiscalía Seccional de Quibdó. Mediante resolución del 27 de abril de 1999, la Fiscalía 9ª a cargo de la doctora Sandra Catalina Palacios Torres dispone cumplir con el comisorio y, una vez diligenciado, fue devuelto el 10 de mayo siguiente.

El 24 de noviembre de 1999, la Fiscalía Especializada de Medellín dispuso remitir por competencia las diligencias a un Despacho homólogo de Quibdó, siendo asignadas el 14 de febrero de 2000 a la Fiscalía 101 Especializada a cargo de la doctora CECILIA REMOLINA MUÑOZ, cuyo despacho avocó conocimiento el 21 siguiente ordenando las pruebas señaladas en la apertura de instrucción.

El 1º de marzo de 2001, se recibió una solicitud de copias elevada por el procesado, quien anunció que se encontraba cumpliendo condena de 26 meses de prisión impuesta por el Juzgado Penal del Circuito de Santuario por el delito de tentativa de acceso carnal violento, con tal motivo, se expidió la resolución del 2 siguiente, autorizando las copias, ordenando notificarle la resolución que define la situación jurídica e informar del proceso a las autoridades, así como cancelar la orden de captura.

El 24 de mayo se ordenó practica de pruebas, el 23 de junio se reconoció como defensor al abogado designado por el detenido; el 10 de diciembre fue puesto a disposición de la Fiscalía y al día siguiente se reconoció a su nuevo defensor.

El 12 de diciembre el procesado solicitó la preclusión de la investigación y consecuentemente su libertad; el 20 de diciembre el procesado insistió en su libertad y el 26 siguiente, la defensora solicitó el cierre de la investigación.

El 10 de enero de 2002, la Fiscal 101 Especializada de Quibdó negó la preclusión y dispuso escuchar en ampliación de indagatoria al procesado el 14 siguiente, el 7 de febrero se dispuso el traslado del peritaje realizado al arma incautada. El 26 de febrero se cerró la investigación, resolución que fue notificada el 8 de marzo al procesado, el 14 a la defensora y el 17 al Ministerio Público. El proceso pasó a despacho para calificación el 9 de mayo de 2002, sin que se hubiera calificado en los 3 meses siguientes.

El 8 de agosto la Secretaria Judicial advirtió mediante constancia que el día 7 se había vencido el término para calificar. El 12 de agosto el procesado solicitó se le concediera la libertad por haber transcurrido el término previsto en el numeral 4º del artículo 365 del Código de Procedimiento Penal sin que se haya calificado la investigación, petición que le es reconocida en resolución de la misma fecha, previo el otorgamiento de caución prendaria por el equivalente a un SMLM y suscripción de diligencia de compromiso.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

2.1. El 23 de agosto de 2002, el Procurador Judicial II ante la Fiscalía 101 Especializada de Quibdó, doctor César E. Córdoba Valderrama, formuló denuncia ante la Fiscalía Delegada del Tribunal, en la que da cuenta de las posibles irregularidades cometidas en el trámite del proceso que se adelanta en contra de Edwar Garrido, consistentes en que la Fiscal avocó conocimiento el 21 de febrero de 2000 y sólo un año y dos meses después había ordenado la ampliación de indagatoria, que la petición de preclusión elevada por el procesado sólo había sido resuelta un mes después, que el 9 de mayo la Asistente le había informado a la Fiscal del vencimiento de términos para calificar, hecho que no se produjo por lo que debió concederle al procesado la libertad,

que violó ostensiblemente los términos, lo que es considerado como falta gravísima y según el artículo 14 transitorio del Código de Procedimiento Penal daría lugar a la destitución del cargo.

2.2. La Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Quibdó dispuso el siguiente 27 de agosto la apertura formal de investigación en contra de la doctora CECILIA REMOLINA MUÑOZ, en su condición de Fiscal 101 Especializada por el delito de prevaricato, su vinculación mediante indagatoria, solicitar copia del proceso, acreditar su calidad y los antecedentes.

2.3. Se allegó copia de la Resolución No. 0-1276 del 7 de julio de 1994, emanada de la Fiscalía General de la Nación, mediante la cual se hacen unos nombramientos en provisionalidad, entre ellos, se designa a la doctora CECILIA REMOLINA MUÑOZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 28.295.272, como Fiscal Regional de Cúcuta (fl. 11 c.a.), cargo en el que se posesionó el 28 de julio de 1994. Con posterioridad, el 12 de noviembre de 1999, la Fiscalía expidió la Resolución No. 2-2351 ordenando el traslado de algunos funcionarios a la Dirección Seccional de Fiscalías de Medellín, en la que se incluye a la procesada.

En resolución del 8 de octubre de 2002, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Chocó amplía la imputación al delito de prolongación ilícita de privación de la libertad.

2.4. En su indagatoria, CECILIA REMOLINA MUÑOZ sostuvo que el proceso lo recibió de la Fiscalía Regional de Medellín, que no recuerda la fecha en que la Técnico le informó que conocía al procesado y que estaba detenido, ante lo cual, le indicó que dejara la constancia para notificarle de la resolución de situación jurídica, establecido este hecho ordenó algunas pruebas que ya habían sido dispuestas por la Fiscalía de Medellín, recibió la ampliación de la indagatoria, que pese a que se indica en el proceso que

desde el 9 de mayo estaba al Despacho para calificar sólo tuvo conocimiento de este hecho en el mes de agosto.

Manifiesta que comparte el espacio con los empleados, que en el mes de abril y mayo llegaron muchos procesos por la entrada en vigencia de la ley 733, por extorsiones, secuestros y otras conductas, varios con detenido, a los que tuvo que darles prelación, como el caso de Argemiro Quiroz Taborda y otro que no recuerda, en los que se realizaron varias diligencias hasta cuando pasó al Juzgado Penal del Circuito Especializado, que personalmente estudiaba las diligencias previas que requerían sumo cuidado, pues por tratarse de una zona de orden público, o porque intervenían los paramilitares, todo se calificaba como actos terroristas por lo que con cualquier constancia eran remitidas a la justicia especializada.

Que el 20 de mayo le notificaron la reasignación del proceso contra Ángel Ruby Rivas y tres personas más, proceso que había pasado por varios fiscales de la Unidad de Nacional de Derechos Humanos en esta ciudad, debiendo preparar la audiencia pública que comenzaba el 5 de junio, para lo cual el día 23 recibió 10 cuadernos, que al salir a vacaciones la Fiscal 100 la reemplazó en varias de las audiencias que tenía programadas, que entre el 10 y el 14 de junio asistió a un curso obligatorio, igualmente, que el único empleado de la Fiscalía 100 había fallecido el 16 de junio.

Además, que teniendo conocimiento del cierre de la investigación y de las múltiples actividades que debía atender fuera del Despacho había pedido a las empleadas que le colaboraran haciendo el proyecto del calificadorio, que por esa época la impresora que le tenían asignada sufrió desperfectos, que sólo le entregaron una nueva el 1º de agosto la que fue instalada hasta la semana siguiente, debiendo acudir a otras dependencias para realizar su trabajo, que entre los asuntos de la Fiscalía 100 resolvió una petición de

libertad.

Explica que para esa época, la Secretaria, Ana del Carmen Córdoba Valoyes, salió a vacaciones del 25 de junio al 22 de julio y la auxiliar del siguiente 23 hasta el 20 de agosto, sin que ninguna le hubiera colaborado en el proyecto, mientras ella resolvía una situación jurídica de los presos Héctor y Edwar Castañeda, que había estado adelantando el proyecto de calificación en el tiempo que le quedaba libre, pero al ser informada del vencimiento de términos el 8 de agosto, procedió a hacer las cuentas, el día 9 redactó la resolución concediendo la libertad provisional sin que se hubiera notificado, por lo que el día lunes 12 al llegar la solicitud del detenido modificó la resolución indicando que se otorgaba la libertad a petición del procesado, que fue notificada el mismo 12, cumpliéndose las demás diligencias hasta el día 16 de agosto cuando salió a vacaciones.

Señala que confiaba en el apoyo que le podían dar las empleadas, pero que no resultó así, que los recursos para trabajar eran escasos, pues las máquinas estaban en mal estado, no servían las teclas que contenían los números, como se advierte en la resolución que dispone el cierre de la investigación, lo cual implicaba un tiempo mayor porque debían ser escritos a mano.

Agrega que las actuaciones a las que se ha referido no fueron las únicas que ocuparon su tiempo, pues realizaba todas las diligencias, que lo ocurrido no obedece a su voluntad, sino a una serie de circunstancias y de hechos que eran insuperables, que al reintegrarse de vacaciones el 16 de septiembre no calificó el proceso porque entró en vigencia el Decreto 2001 que le quitó competencia a la Fiscalía Especializada para ese tipo de delitos.

Se refirió, igualmente, a la circunstancia de que ese Despacho fue creado en el año 2000 y sólo le habían asignado una asistente de las fiscalías locales que inmediatamente salió a vacaciones, por eso debió agregar la resolución del 21 de febrero de 2000 a todos los procesos para darles entrada, inclusive a las previas, que después de

esa fecha el proceso no fue pasado al Despacho, que en septiembre de ese año, al regresar de vacaciones había personal nuevo y en relación con la solicitud de preclusión, señala que por tratarse del fin de año, el nivel central de la Fiscalía autorizó a sus funcionarios una semana de descanso que ella también tomó, regresando el 8 de enero, motivo por el cual la petición fue resuelta el día 10.

2.5. Mediante resolución del 30 de octubre de 2002 fue clausurada la investigación y el 25 de noviembre siguiente, la Fiscalía profirió resolución de acusación (fl. 102 c.o.1) en contra de CECILIA REMOLINA MUÑOZ, como autora del delito de prevaricato, en concurso homogéneo y sucesivo, tipificado en el Libro II, Título XV, Capítulo VII del Código Penal de 2000 y precluyó la investigación por el delito de prolongación ilícita de privación de la libertad.

3. LA ACUSACIÓN

Efectuado un recuento de la situación fáctica y del desarrollo de la investigación, el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Quibdó concluye que CECILIA REMOLINA MUÑOZ, Fiscal 101 Especializada, incurrió en moras que eran evidentes e inocultables en el manejo del proceso, que desde el momento en que avocó su conocimiento asumió una actitud desdeñosa, displicente, impropia de su investidura, pues debió revisar la actuación, lo que le hubiera permitido concluir que la única actuación posible al haberse vencido el término de la instrucción era la de cerrar la investigación, dejando el proceso en total abandono e inactividad mas de un año, siendo impulsado sólo el 1º de marzo de 2001 para atender la solicitud del procesado, quedando nuevamente inactivo, pese a la orden de pruebas contenidas en resoluciones del 21 de febrero de 2000 y del 24 de marzo, hasta el 7 de junio cuando Garrido Hurtado hizo llegar un poder, el defensor tomó posesión el día 28 sin que haya actuado, el 2 de noviembre es presentado un nuevo poder al que sólo se le da trámite el 11 de diciembre, comportamiento que se patentiza cuando la petición de libertad elevada el 19 de

diciembre sólo es resuelta el 10 de enero.

Lo anterior, permite concluir a la Fiscalía Delegada que “la comisión del delito de prevaricato por omisión en que incurrieron tanto los Fiscales de la Justicia Regional en la ciudad de Medellín, como la Fiscal Especializada en Quibdó, realmente clama por sí solo y frente a esta última es preciso predicar un concurso material homogéneo y sucesivo de delitos, por aquello que incurrió en mora, primero para impulsar, segundo para evacuar una solicitud de libertad en la que desconoció el término de 3 días de que habla el art. 168 del C. de P.P. y tercero cuando se rehusó a calificar el mérito probatorio del sumario a pesar de que desde el 9 de mayo de 2002, le fue llevado a su mesa con tal propósito.”

No encuentra atendible la explicación de la funcionaria relativa a la excesiva carga laboral y la complejidad de los asuntos, pues de acuerdo con la estadística “se evidencia que no había una excesiva carga laboral tan descomunal que le hiciera perder de perspectiva tal asunto”, que considera sencillo y sin ninguna complejidad. De manera tal, que al proferir de manera tardía o al haber rehusado la decisión que de ella se esperaba, contrarió el deber de obrar ajustada a la ley, comportamiento que le es atribuible a título de dolo, por cuanto la prueba testimonial indica que fue advertida no sólo verbalmente, sino por escrito, del estado del proceso, limitándose a dejar la actuación sobre su escritorio, desentendiéndose del proceso, sin que resulte cierto el cúmulo de trabajo que aduce, ya que era el único proceso que se encontraba para tal propósito, según se colige de la estadística allegada.

Se sostiene que en el presente caso no sólo se encuentra demostrado el aspecto objetivo del delito referido al manifiesto retardo de la funcionaria en el despacho de los asuntos a su cargo y el segundo, en el propósito de no cumplir con su deber, que se patentizó en el deseo de omitir deliberadamente los actos que estaba obligada a realizar por mandato legal, máxime cuando no era factible incurrir en una mora advertible y advertida.

4. EL FALLO RECURRIDO

Una vez realizada la audiencia pública, en la que intervino como representante del Ministerio Público el mismo funcionario que formuló la denuncia y que pidió resolución de acusación, la Sala Penal del Tribunal Superior de Quibdó, en sentencia del 25 de abril de 2003, condenó a CECILIA REMOLINA MUÑOZ a la pena principal de 3 años de prisión, multa de 10 SMLM e inhabilitación para el ejercicio del cargo por el término de 5 años, como autora culpable y penalmente responsable del delito de prevaricato por omisión, le concedió el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un período de prueba de dos años, exigiéndole el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad.

De manera previa en el fallo impugnado se sostuvo que no se había presentado el vicio alegado por la defensa en el trámite del juzgamiento al no haberse llevado a cabo la audiencia preparatoria, como quiera que previamente no se había solicitado prueba alguna ni pedido nulidades y no se consideró necesario decretar pruebas de oficio, por lo que se pudo obviar esa etapa sin que con tal determinación se vulnera el debido proceso.

El Tribunal acogiendo los planteamientos del Ministerio Público y del Fiscal Delegado, sostuvo que el comportamiento de la servidora judicial procesada en el aspecto objetivo se enmarca dentro del delito de prevaricato por omisión, en concurso material y homogéneo como quiera que en la instrucción de las diligencias adelantadas en contra de Edwar Garrido Hurtado por el porte ilegal de arma de fuego de defensa personal y de municiones de uso privativo de las fuerzas militares se patentizaron los comportamientos omisivos de los deberes que por mandato legal estaba obligada a cumplir.

Se reafirma que avocó su conocimiento el 21 de febrero de 2000 y sólo un año y 2 meses después, el 24 de mayo ordena la ampliación de la indagatoria, en lo que se refleja una

actitud morosa por no haberle dado ningún impulso a la investigación, el 13 de diciembre de 2001 le es solicitada la preclusión de la investigación y sólo la resuelve un mes después, comportamiento que corresponde a retardar, pues se trataba de una petición de libertad que debía ser resuelta en el término perentorio de 3 días, y pese a haber tenido el suficiente tiempo para calificar la investigación cuyo cierre se había dispuesto el 26 de febrero de 2002 no lo hizo, no obstante, que se le presentaron informes en tal sentido, y ante la solicitud del procesado efectuada el 11 de agosto le concede la libertad al día siguiente.

Situación de la cual deduce el Tribunal la rebeldía de la servidora judicial a realizar el acto al que estaba compelida, calificar oportunamente la investigación, por lo que encuentra plenamente establecido el factor objetivo, conducta que resulta antijurídica, pues la funcionaria con experiencia al servicio de la Rama Judicial, conocedora de los términos legales, de los principios y garantías que orientan el ejercicio de la función jurisdiccional dio lugar a un resultado lesivo para la administración pública.

El Tribunal no acepta la explicación de la funcionaria cuando señala que luego de avocar conocimiento el expediente no volvió a pasar a su despacho, ya que estando bajo su dirección tenía el deber de impulsar la investigación, comportamiento del que deduce el actuar doloso, responsabilidad que sostiene no puede desplazar al personal de Secretaría, por lo que incurrió en la hipótesis delictiva de 'OMITIR'.

Respecto al retraso en decidir la solicitud de preclusión señala que es inaceptable la demora en adoptar la decisión para la cual la ley le concedía 3 días, y si bien salió a disfrutar su turno de vacaciones debió dejar resuelta la petición, lo que permite vislumbrar la actitud negligente y apática de la fiscal acusada, ya que le era exigible otra conducta.

En cuanto a que se rehusó a calificar el proceso que se encontraba en su mesa de trabajo desde el 9 de mayo se afirma que las explicaciones dadas por la procesada no son

atendibles, pues pese al volumen de trabajo, las estadísticas de trabajo rendidas de mayo a agosto de 2002, patentizan la escasa actividad en la producción entendida como el haber desplegado mayor atención a los procesos, pues de haberse dedicado a otros procesos se reflejaría en la estadística, que la lectura del proceso fue realizada por una de las empleadas, el seminario sólo le restó 4 días de los 240 que disponía para evitar la causal objetiva de libertad, respecto a la falta de colaboración de las auxiliares judiciales se indica que no estaba entre sus funciones elaborar los proyectos, a las que según su dicho jamás les solicitó adelantaran el proyecto, por el contrario, que fue advertida del vencimiento de términos, por lo que no resulta admisible que no haya visto el proceso, siendo evidente el desdén en el cumplimiento de su labor, lo que condujo a que ya fuera condenada en primera instancia, aunque el proceso se encuentra surtiendo el recurso de apelación.

Además, que por tratarse del único preso a su cargo debía haber observado una actitud más diligente y cuidadosa, y si bien no toda mora genera prevaricato, en este caso observa una actitud displicente y caprichosa de la fiscal en el trámite de la investigación, pues le dio mayor importancia al turno de vacaciones que a una petición de libertad, quedando así nítida la realización del tipo penal de prevaricato por omisión, bajo las modalidades de omitir, retardar y rehusar, por lo que su actuar resulta típico, antijurídico y reprochable, “comportamiento por el que en ocasión anterior también fue enjuiciada y condenada en primera instancia por esta Corporación, decisión que se encuentra en apelación en la H. Corte Suprema de Justicia”¹.

5. ARGUMENTOS DEL IMPUGNANTE

El defensor de la procesada en la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia condenatoria expone los siguientes argumentos:

En relación con la nulidad planteada afirma que ningún precepto normativo faculta al

juez para que pueda prescindir de la audiencia preparatoria invocando la economía procesal, por el simple hecho de que no se hayan solicitado pruebas.

En su criterio, los términos deben cumplirse de manera estricta y su señalamiento constituye una garantía de rango constitucional que limita el poder punitivo del Estado, luego no pueden ser de cumplimiento caprichoso del funcionario judicial, que el proceso así como tiene un principio y un fin, es un compendio de etapas consecutivas que deben desenvolverse en un lapso con una estructura lógica, jurídica y formal, en cuyo respeto se sustenta el debido proceso, sin que sea permitido que por acuerdo o por decisión de los jueces se pretermitan o modifiquen los procedimientos establecidos en la ley, a menos que ésta lo autorice, por cuanto, las normas procesales son absolutas e imperativas y, en cuanto a las dispositivas que señalan términos o cargas procesales prevén excepciones taxativas, por lo que la omisión en la celebración de la audiencia preparatoria es una irregularidad de carácter sustancial que afecta el debido proceso, que sólo puede ser subsanada con la nulidad.

Sostiene que no se le puede atribuir a la funcionaria la responsabilidad exclusiva por la inactividad en el trámite del proceso, como quiera que en el auto con el que avocó conocimiento del proceso dispuso “llévense a cabo las pruebas ordenadas en la resolución de apertura de instrucción de acuerdo a los (sic) estipulado en los artículos 333 y 334 del C.P.P. y las demás que se consideren de importancia para el esclarecimiento de los hechos y el perfeccionamiento de la investigación.”, que al señalar en su parte final ‘RADÍQUESE Y CÚMPLASE’ implicaba una orden para el personal subalterno para que se evacuaran las pruebas señaladas en la resolución del 1º de junio de 1997, sin que ninguna de las órdenes de impulso procesal se hubiera cumplido, y para cuya ejecución el personal de Secretaría gozaba de plena autonomía, pues de conformidad con el artículo 122 de la Carta Política no habrá cargo público que no tenga funciones detalladas en la ley o el reglamento, que para el caso se encuentran plasmadas en la Resolución No. 0-0887 del 16 de mayo de 2002, entre las que se

encuentran:

“1) Colaborar en la sustanciación de las decisiones en los procesos a cargo de Fiscales delegados.

2) Apoyar al Fiscal en la práctica de pruebas dentro de las investigaciones a cargo del Despacho

3) Colaborar con el Fiscal en el control de los términos procesales de los expedientes que se encuentren en trámite

4) Dar impulso a los procesos a cargo del Despacho”

Afirma la defensa que de conformidad con el numeral 4) de la resolución citado, se desvirtúa la afirmación del Tribunal en cuanto a que los empleados de Secretaría carecían de autonomía, es decir, que la Fiscal sí le dio al proceso el impulso necesario para su perfeccionamiento, distinto es que sus órdenes no fueran acatadas por los subalternos, quienes deben responder por la omisión.

En cuanto al no proferimiento de la calificación, no cuestiona que el proceso haya pasado el 9 de mayo al Despacho, pero concluye que la constancia del día 8 de agosto lo que indica es que el proceso no estuvo en ese interregno a su disposición, sino en la Secretaría o a cargo del Técnico Judicial, de lo contrario cómo se explicaría que ésta lo haya tenido en su poder?, que no es posible establecer en qué momento, en definitiva, el proceso pasó al Despacho de la funcionaria. Circunstancia que por la celeridad con que fue instruido este proceso no se definió, generándose una duda que debe ser resuelta a su favor, pues no existen los elementos de convicción que conduzcan a establecer con certeza el presupuesto probatorio de la decisión, es decir, que el proceso haya permanecido en el despacho de la funcionaria entre el 10 de mayo y el 6 de agosto de 2002.

Sostiene el impugnante que la estructuración de la conducta a través de cualquiera de los verbos rectores señalados en la norma debe conllevar por lo menos la expresión de la voluntad inequívoca del agente, es decir, que en el caso de la dilación injustificada no interesa que el acto se haya o no expedido siempre y cuando se observe el reflejo voluntario del agente, conducta que debe recaer sobre un acto propio de sus funciones por lo que será necesario valorar su competencia funcional, de tal manera que la conducta se tipifica sólo cuando se ha comprobado que el acto al que está obligado corresponde a sus funciones y que lo haya dejado de hacer o lo haya realizado fuera de los términos pertinentes, omisión o retardo que deben ser dolosos, luego, no puede incurrirse en el punible cuando el comportamiento obedece a imprudencia, impericia o inobservancia de los reglamentos, pues sólo daría origen a responsabilidad disciplinaria, por lo que es necesaria la intencionalidad del agente, que se expresa en el conocimiento y conciencia de que la omisión omitida retardada o denegada es un acto propio de sus funciones.

Se cuestiona, entonces, si los actos que se le atribuyen como omitidos eran propios de sus funciones, aspecto sobre el cual ninguna prueba se allegó, por lo que concluye que estamos frente a una conducta atípica.

Respecto al concurso expresa que éste no es mas que una regla de punibilidad cuando en un mismo proceso se juzgan varios delitos, mas no puede confundirse con un delito unitario que se realiza de manera continuada como cuando el comportamiento no representa mas que el desenvolvimiento de una misma omisión en una multiplicidad de actos ligados por una común y global finalidad, así como por la objetiva comunidad de oportunidad o por parcialidades, en caso contrario, era necesario que se identificaran los varios y distintos hechos punibles, tanto, en la parte motiva en sus circunstancias de lugar, tiempo y modo como en la resolutive, para así individualizar los cargos. Luego, si se profirió sentencia condenatoria por el delito de prevaricato omisivo allí quedaron incluidos los actos anteriores y posteriores al hecho principal

punible y penado éste quedan sin sanción o absorbidos por el hecho principal.

En consecuencia, solicita se revoque la sentencia condenatoria proferida en contra de CECILIA REMOLINA MUÑOZ, o en su lugar, se declare la nulidad de la actuación desde el 7 de febrero de 2003, por medio del cual se prescinde de la celebración de la audiencia preparatoria.

II CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. COMPETENCIA

La Corte es competente para conocer de la impugnación propuesta por el señor defensor de la procesada, como quiera que el recurso se formula contra la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Quibdó en el proceso que se adelanta contra CECILIA REMOLINA MUÑOZ, en su condición de ex Fiscal Especializada 101 de Quibdó, por hechos relacionados con el ejercicio del cargo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 75, numeral 3º del Código de Procedimiento Penal, dentro de los límites señalados en el artículo 204 ibídem, por tratarse el recurrente de apelante único.

2. CUESTIÓN PREVIA

Al haberse planteado como parte de la impugnación contra la sentencia condenatoria la petición de nulidad de parte de la actuación por violación al debido proceso, se impone su examen previo, en la medida que su declaratoria conllevaría la imposibilidad de un pronunciamiento de fondo sobre el asunto que ocupa la atención de la Sala.

La Corte tiene por definido en torno a la declaratoria de nulidades en el proceso penal que ésta se orienta por los principios consagrados en el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, de los cuales se colige que su reconocimiento constituye una medida

de carácter subsidiario para aquellos eventos en los cuales no exista otro mecanismo procesal que permita subsanar el yerro advertido, así como que su procedencia está condicionada a la estructuración de las causales señaladas expresamente por la ley, que el sujeto procesal que la invoca demuestre que el vicio afecta en forma grave sus garantías constitucionales o que socavan las bases mismas de la instrucción y/o del juzgamiento, que no haya dado origen al motivo invalidatorio, salvo el caso de la defensa técnica, o que se haya convalidado la irregularidad siempre que no se afecten las garantías fundamentales.

Analizada la situación esbozada por el impugnante bajo los anteriores parámetros, se advierte que el reparo formulado se limita a señalar la existencia de lo que considera una irregularidad, la no celebración de la audiencia preparatoria, sin que exprese de qué manera se afectó el debido proceso, cuál fue la trascendencia de su omisión, esto es, si se la estructura del proceso sufrió alteraciones, o tal medida conllevó el cercenamiento de sus garantías fundamentales, así como su incidencia en el goce de las mismas para la procesada, situación que impide su prosperidad, irregularidad que en todo caso no tiene el carácter de sustancial ni afectó las garantías de la procesada, según pasa a examinarse.

De conformidad con el artículo 401 del Código de Procedimiento Penal, la audiencia preparatoria tiene por objeto agotar una etapa de preparación de la audiencia pública, en cuanto permite a los sujetos procesales cuestionar la validez de la actuación cumplida, proponiendo nulidades o solicitando las pruebas que se estimen necesarias, conducentes y pertinentes, aspectos sobre los cuales el juez puede pronunciarse oficiosamente. En consecuencia, su omisión no constituye un quebranto para la estructura del proceso cuando no se requiera pronunciamiento respecto de ninguno de los aspectos para los cuales fue prevista por el legislador, ya que ello implica que las partes no cuestionan el trámite cumplido, ni tienen pruebas que solicitar y que el juez, por su parte, no advierte irregularidades ni estima necesario ordenar pruebas.

El principio constitucional del debido proceso, concebido éste como el cumplimiento estricto de las ritualidades señaladas por la ley, por mandato del artículo 29 de la Constitución Nacional se erige en un mandato imperativo que debe orientar cualquier actuación judicial o administrativa, por lo tanto, constituye requisito de validez de las actuaciones se cumplan con estricto respeto a las formalidades y garantías establecidas.

Tal como se enunciará, en el trámite del proceso que se revisa por vía de impugnación no se advierten irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso, pues como ha quedado señalado, en el término otorgado por la ley a los sujetos procesales para preparar la audiencia pública guardaron silencio, al no formular peticiones de nulidad ni de pruebas. Además, el magistrado ponente advirtió que no existían pruebas que pudieran ser decretadas de oficio, por ende, no resultaba obligatorio que el Tribunal emitiera un pronunciamiento el que debía cumplirse en audiencia y la decisión que evaluó tal situación fue notificada debidamente a los sujetos procesales. Como no surge del contexto procesal que se haya producido mengua alguna para sus garantías procesales que imponga una declaración oficiosa de la Corte, se negará la declaratoria de nulidad impetrada ante el juez de primera instancia.

Por consiguiente, se impone el examen del fallo impugnado en cuanto a su carácter condenatorio se refiere.

2. ASPECTO OBJETIVO DEL PREVARICATO POR OMISIÓN

2.1. CECILIA REMOLINA MUÑOZ, Fiscal 101 Especializada de Quibdó, fue acusada del delito de prevaricato por omisión, previsto en el artículo 150 del Código Penal, modificado por el artículo 29 de la ley 190 de 1995, vigente para la fecha de los hechos que inicialmente se le imputan y el artículo 414 de la ley 599 de 2000, aplicable en todo caso, en virtud del principio de favorabilidad por establecer penas menos severas, cuando prevé:

“El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años”.

La actual descripción de la conducta punible de prevaricato por omisión coincide en lo sustancial con la establecida por el artículo 150 del anterior Código Penal, modificado por el artículo 29 de la Ley 190 de 1995. Sólo se aprecian diferencias en cuanto a las sanciones que se generan al reducirse los extremos punitivos, ya que la actual disposición prevé como pena privativa de la libertad de 2 a 5 años de prisión (3 a 8 años el anterior), multa de 10 a 50 SMLM (50 a 100 SMLM) y en respecto a la interdicción de derechos y funciones públicas la fija en 5 años (antes estaba restringida a la pena impuesta), por lo que en cada caso deberá determinarse la que haya que imponer atendiendo el principio de favorabilidad.

2.2. De acuerdo con la norma transcrita, incurre en el delito de prevaricato por omisión todo servidor público que en desarrollo de las funciones que le hayan sido asignadas por la Constitución, la ley o el reglamento omita, retarde, rehúse o deniegue el cumplimiento de un acto que le corresponda. Es decir, que el delito se estructura por el no cumplimiento de un deber legal que es propio del funcionario, mediante una cualquiera de las conductas previstas en el tipo penal. Pero, además, de ese aspecto objetivo que se traduce en un comportamiento omisivo resulta indispensable que el infractor, esto es, que quien tenga el deber legal de ejecutar el acto, no obstante lo consciente de su obligación legal, en forma voluntaria omita, retarda, rehúsa o deniega su cumplimiento.

Como lo asevera el impugnante, no existe en nuestro país por mandato constitucional, artículo 122 de la Carta Política, cargo público que no tenga funciones detalladas en la ley o en el reglamento, que para el caso del administrador de justicia están definidas en los

respectivos estatutos procesales, en la ley Estatutaria de la Administración de Justicia y en las disposiciones específicas sobre el trámite de los asuntos sometidos a su cargo, por lo tanto, es irrelevante el cuestionamiento que por éste aspecto formula la defensa, ya que resulta de mediana claridad que la ley es la que define el marco de la actividad judicial tanto para el juez como para los sujetos procesales y terceros que intervienen en el proceso penal.

3. EL ASUNTO OBJETO DE DEBATE

En este evento se encuentra debidamente acreditada la calidad de funcionaria judicial de la procesada CECILIA REMOLINA MUÑOZ, cuya vinculación a la administración de justicia como Fiscal Especializada se produjo a partir de su nombramiento en provisionalidad, mediante Resolución No. 0 - 1276 del 07 de julio de 1994, emanada del Despacho del Fiscal General de la Nación, y de su posterior posesión (fls. 11 y s.s. c.o.1), así como de la Resolución No. 2-2351 del 12 de noviembre de 1999 (fl. 14 c.o.1) que ordena su traslado a la Seccional de Quibdó como Fiscal 101 Especializada, por lo que se tiene certeza respecto a su calidad de servidora pública y a las funciones legales que le competían respecto al trámite de los procesos asignados a su Despacho.

Las disposiciones de orden procedimental que regían el trámite de los asuntos a su cargo para febrero de 2000, época a la que se remonta la ocurrencia de los hechos objeto de juzgamiento, estaban contenidas en el Decreto 2700 de 1991 y demás normas complementarias.

3.1. DEL PREVARICATO POR NO IMPULSAR EL PROCESO

Los hechos que se debaten se remiten al trámite del proceso que se adelantaba en contra de Edwar Garrido Hurtado por el delito de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal y conservación de municiones para armas de uso privativo de las fuerzas militares, ocurrido el 1º de junio de 1997, en el que el 16 de marzo de 1999 fue resuelta la

situación jurídica del sindicado con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva y el 24 de noviembre de 1999 se ordenó su envío a las Fiscalías Especializadas de Quibdo, creadas para esa época.

No se discute que a la Fiscal procesada le fue asignado el conocimiento del proceso, y que ésta asumió su conocimiento el 21 de febrero de 2000, pues así lo indican las constancias procesales. Se le imputa que no hubiera impulsado su trámite desde esa fecha hasta el 2 de marzo de 2001, cuando ordenó la expedición de copias solicitadas por el procesado, quien se encontraba cumpliendo la condena impuesta por el delito tentativa de acceso carnal violento impuesta por el Juzgado Penal del Circuito de Santuario, al que ordenó informar que el condenado era requerido en esa actuación y notificarle la resolución de situación jurídica.

Sin embargo, tal apreciación no consulta la realidad procesal, ya que la resolución firmada por la procesada el 21 de abril de 2000 no se limitó a avocar el conocimiento del proceso, sino que en la misma, de forma perentoria, se ordenó llevar a cabo cada una de las pruebas dispuestas en la resolución de apertura de la investigación (fl. 64 c.a.), una vez radicado el proceso, mandato que no sólo involucraba a la funcionaria en la medida en que debía vigilar su cumplimiento, sino que estaba dirigida para el personal de Secretaría que sin duda tiene como misión apoyar la gestión de la Fiscal que dirige el proceso, librando las comunicaciones tendientes a hacer efectiva la decisión, sólo bajo esa perspectiva puede hablarse de una gestión efectiva del personal de Secretaría cuya labor se circunscribe a procurar el oportuno cumplimiento de las órdenes contenidas en las decisiones que se toman en cada proceso.

Se advirtió, sin embargo, que ninguna gestión se cumplió tendiente a materializar lo dispuesto por la Fiscal, actuación que sólo regresó a su Despacho cuando el procesado solicitó copias, por consiguiente, no se compadece con la realidad que esta omisión se le pueda imputar a la procesada si el trámite y la evacuación de lo ordenado correspondía a

la Secretaría o al personal auxiliar asignado a esa Fiscalía, que por lo explicado por la procesada resultó bien deficiente, pues se implementó su funcionamiento sin que contara con los recursos físicos y humanos para desempeñar adecuadamente la labor que le correspondía como Fiscal Especializada que le permitieran cumplir con sus deberes.

La funcionaria expresó que por la complejidad de la zona, considerada como de orden público, por las múltiples denuncias que se presentaban y su asignación prácticamente inconsulta a las Fiscalías Especializadas que carecían de personal con experiencia y habilidad, la labor se incrementaba aún más cuando uno de los dos fiscales nombrados debía salir a disfrutar de vacaciones o el único empleado con que contaban no podía trabajar.

Pasa desapercibido la Fiscalía acusadora y el Tribunal que el proceso no estuvo al Despacho de la funcionaria durante el transcurso de ese año, que si bien en el pasado había registrado una mora aún mayor en su trámite, ese aspecto no puede ser ligado a la situación que se analiza por haber estado a cargo de otro Despacho, cuyas consecuencias, ciertamente afectaron el caso particularmente considerado, pero estas consecuencias no son atribuibles ni aplicables a la aquí procesada.

Por consiguiente, pese a que se hace evidente que no se cumplió actuación alguna en el interregno señalado en el proceso en cuestión, la omisión no le resulta imputable desde la perspectiva de no habersele dado impulso procesal, ya que dicho trámite no dependía de su actividad sino de la colaboración que le correspondía a los empleados asignados a su Despacho, quienes no fueron interrogados sobre los motivos por los cuales omitieron cumplir la orden de la funcionaria, como quiera que se partió de un presupuesto errado y parcializado de atribuirle a ésta una total responsabilidad en el asunto, la que como se ha analizado no se demostró.

3.2. RETARDAR LA DECISIÓN SOBRE LIBERTAD

La otra conducta que se imputó a la Fiscalía en la resolución de acusación se refiere a que habría retardado un pronunciamiento oportuno sobre una petición de libertad, la que se hace consistir en el escrito presentado por el procesado Edwar Garrido Hurtado ante las directivas de la Cárcel del Circuito Judicial de Quibdó el 12 de diciembre de 2001, no precisándose la fecha de recibido en las dependencias de la Fiscalía y menos aún la fecha en que pasó al Despacho de la funcionaria para resolver, así como el escrito posterior del sindicado recibido el día 20 de diciembre en el que pide un pronunciamiento sobre la anterior petición.

En el escrito en cuestión el procesado solicitó se decretara ‘la PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN con fundamento en el artículo 39 de la ley 600 de 2000, en armonía con el artículo 7º inciso 1º y 2º ibídem, y consecuentemente con ello se me conceda LA LIBERTAD’ (fl. 78 c.o.1).

El artículo 39 del Código de Procedimiento Penal consagra la posibilidad de precluir la investigación cuando aparezca demostrado que la conducta no ha existido, o que el sindicado no la ha cometido, o que es atípica o que está demostrada una causal excluyente de responsabilidad o que la actuación no podía iniciarse o proseguirse, en tanto, que el artículo 7º ibídem consagra el principio de presunción de inocencia, por lo tanto, resulta incuestionable que no se trataba de una petición específica de libertad como erradamente lo sostiene la Fiscalía Delegada y empecinadamente lo repite el Tribunal, sino sencillamente de una solicitud de calificación del mérito sumarial mediante la evaluación del acervo probatorio existente en el informativo, dirigida a establecer la atipicidad de la conducta imputada al procesado, de cuyo resultado dependía una eventual libertad.

Por consiguiente, no es correcto que a tal solicitud se le pueda dar la connotación de

petición única de libertad ni la perentoriedad en su decisión señalada por el inciso 2º del artículo 168 del Código de Procedimiento Penal, que establece un término máximo de 3 días; tal interpretación no sólo resulta contraria al contenido de la solicitud elevada por el procesado sino claramente arbitraria, por cuanto, desconoce los mandatos legales al imponer unas exigencias no previstas en ella, sobre las que se estructura la acusación de manera equivocada. La petición de libertad, ella si concreta, posteriormente presentada y sustentada en el vencimiento de los términos para calificar, fue oportunamente atendida y efectivamente concedida. Luego de esta actuación, la Fiscal perdió competencia sobre el asunto por cambio de legislación.

En consecuencia, se estima necesario verificar con precisión, el comportamiento de la procesada en este aspecto concreto de su conducta, la no calificación del mérito sumarial, que llevaron a la Fiscalía a proferir pliego de cargos por este hecho y al Tribunal a condenarla, para determinar si jurídicamente existe responsabilidad penal de la funcionaria acusada.

3.3. DE LA OMISIÓN EN LA CALIFICACIÓN

La acusación formulada en contra de CECILIA REMOLINA MUÑOZ le atribuye haber incurrido en el delito de prevaricato por omisión, consistente en haberse rehusado a emitir la correspondiente calificación en el proceso que se adelantaba contra Edwar Garrido, dando lugar al reconocimiento de la libertad provisional del procesado por el vencimiento de términos. Sin embargo, debe advertirse la confusión metodológica en que se incurre, como también el Tribunal en el fallo impugnado, al sustentar la actitud dolosa de la funcionaria sobre consideraciones propias de la culpa, al atribuirle la mora producida, como un efecto de su conducta “desdeñosa, displicente”, dice la acusación, “actitud negligente y apática”, lo sostiene el Tribunal.

De la revisión del trámite de la actuación que en copias se allegó, se advierte que

mediante constancia suscrita por la Técnico Judicial, Cristina Velásquez Ayala, el proceso pasó al Despacho de la Fiscal 101 Especializada el 9 de mayo de 2002, al haber transcurrido el término del traslado para alegar de conclusión para su correspondiente calificación (fl. 117 c.a.), que con posterioridad no aparece actuación distinta a una nueva constancia del 8 de agosto de 2002, ésta vez firmada por Ana del Carmen Córdoba Valoyes, Secretaria Judicial I (fl. 118 c.a.), en la que se indica que el día 7 vencieron los términos para calificar, y luego, la petición de libertad por vencimiento de términos elevada por el procesado Garrido Hurtado con la correspondiente decisión que la concedió.

De manera previa, se indicará que la conducta que se le atribuyó a la procesada no corresponde al verbo rector 'rehusar' previsto por el artículo 414 del Código Penal como una de las modalidades del delito de prevaricato por omisión. Confunde la Fiscalía el término rehusar con retardar, pues en tanto el primero se traduce en un comportamiento omisivo declarado, de negarse o resistirse a hacer algo que le corresponde como deber jurídico; el segundo tiene lugar cuando el funcionario no realiza el acto que le está asignado en el momento que la ley le fija, aunque lo hubiera realizado con posterioridad, pero fuera de los límites temporales establecidos o está en condiciones de cumplirlo en forma extemporánea. En este caso, ningún elemento de juicio indicativo de que la funcionaria se hubiera rehusado a cumplir con su deber se allegó a la actuación, que hubiera manifestado que se oponía a calificar el proceso, sino que por el contrario, retardó la decisión hasta el punto tal que debió reconocer la libertad al procesado, y cuando pretendió cumplir tardíamente con su deber ya había perdido competencia.

Para la defensa no existe certeza respecto a que durante todo el tiempo al que se refieren las constancias señaladas, el proceso hubiera permanecido en el Despacho de la procesada, bajo su responsabilidad, para emitir el calificadorio correspondiente, como quiera que para dejar la segunda constancia tuvo que pasar la actuación a Secretaría.

Apreciación que carece de sustento, por cuanto, como quedó ampliamente discutido, las empleadas que suscriben los respectivos informes hacían parte del personal de apoyo a las labores de la Fiscal y estaban al tanto de los procesos que se encontraban en trámite, y a las mismas, afirma la funcionaria, les solicitó colaboración para elaborar el correspondiente proyecto. Luego, no puede argumentarse con razón que CECILIA REMOLINA MUÑOZ no tuviera conocimiento cierto respecto a que el referido proceso estaba para calificar el mérito de la investigación y que se trataba de un asunto con preso. Coligiéndose, entonces, que se presentó una mora evidente en su trámite, al permanecer el proceso por espacio de 3 meses al Despacho sin que se hubiera calificado.

No obstante, conforme lo tiene definido la jurisprudencia de la Sala, el simple transcurso del tiempo, la demostración objetiva de la mora, por sí solos no conllevan la estructuración del delito de prevaricato por omisión, al puntualizar con ponencia de quien aquí cumple similar cometido:

“ no cualquier tipo de retraso ni éste por si solo puede llegar a constituir infracción a la ley penal, pues será preciso que se encuentre acompañado de la clara voluntad de obrar con el propósito de desatender los términos procesales sin que concurren razones atendibles en tal comportamiento omisivo, encaminado a retardar, a rehusar o dilatar el cumplimiento de las funciones que la ley le atribuye..” 2

Por consiguiente, será preciso analizar las circunstancias que rodearon el trámite del proceso, para determinar si existen elementos de juicio que permitan afirmar, deducir, o vislumbrar con certeza que la funcionaria, de manera deliberada y consciente, omitió el cumplimiento de las funciones que le correspondían para no proferir en tiempo la resolución calificatoria, labor que le correspondía como Fiscal 101 Especializada.

Aparte de lo ya puntualizado en torno a las deficiencias de la Fiscalías Especializadas, tanto en recursos técnicos como humanos, para los casos anteriores, en cuya solución en los

meses siguientes nada mejoró, según lo expresa en la indagatoria la funcionaria, como quiera que en ese lapso debió responder por los dos Despachos, esto es, por las Fiscalías 101 y 102, al haber salido a vacaciones la otra Fiscal, que igual situación se presentó con las empleadas, ya que la Secretaria y la Técnico se turnaron en su disfrute, y desafortunadamente falleció el único empleado con que contaba el otro Despacho, por lo tanto, éste cúmulo de circunstancias generaron una situación que le impidió responder, como era su deber, por todas las actuaciones a su cargo.

Si bien es cierto, obran las declaraciones de las citadas empleadas, quienes manifiestan que le recordaron a la funcionaria que los términos estaban por vencerse, y que pese a ello, no hubiera procedido a calificar el proceso, este comportamiento no es por sí solo indicativo de que en forma deliberada la Fiscal hubiera omitido realizar el proyecto respectivo, sino que entre sus múltiples responsabilidades debía darle la prioridad pertinente.

Se cuestiona por el Tribunal, el hecho de que la estadística allegada no refleje una intensa actividad judicial y que durante este lapso sólo haya tenido este proceso con proceso para calificar. Aspecto sobre el cual la Sala debe indicar que si bien la estadística constituye un elemento de aproximación para medir las labores adelantadas por el funcionario, su análisis no puede limitarse a un mero factor contable, ya que aquéllas no reflejan de manera puntual y en su real dimensión el grado de dificultad, la complejidad y el tiempo de dedicación a cada uno de los asuntos que deben resolver los jueces. Luego, tales apreciaciones no pueden efectuarse en forma ligera, sino integralmente, con el conocimiento que aporten otros medios de prueba, que en este caso, lo constituyen las explicaciones no desvirtuadas, pero lógicas y coherentes de la procesada, de las que se permita deducir si estuvo o no en condiciones de cumplir dentro del término legal con la obligación de decidir. 3

No es cierto que durante los 3 meses que permaneció el proceso en contra de Edwar

Garrido al Despacho de la Fiscal 101 Especializada para su calificación no hubiera tenido a su cargo otros procesos con preso como lo concluye el Tribunal de acuerdo con la estadística aportada, pues revisada ésta se advierte que en el mes de mayo ingresó un proceso con preso que salió ese mismo mes, en junio no le fue asignado proceso con preso, pero en julio tuvo a su cargo 4 procesos con preso, de los cuales fueron evacuados al resolver la situación jurídica, a los que como lo señala la procesada debía darles prelación, que al comenzar el citado lapso tenía a su cargo 91 diligencias preliminares, las que al finalizar agosto ascendieron a 159, estadística que debe ser tomada en cuenta, como quiera que la funcionaria afirma que salió a vacaciones el 16 de ese mes. En tanto que se contabilizaban 33 procesos en mayo de 2002 y en agosto fueron registrados 41.

A lo anterior se agrega que debido a la escasa preparación del personal, explica, debía atender personalmente todas las diligencias y proyectar incluso las resoluciones de apertura de indagación preliminar, en virtud de la complejidad de los asuntos que llegaban y para determinar la competencia, explicación que se encuentra creíble si se tiene en cuenta que la Secretaria Judicial afirma que ella redactó los hechos y las pruebas para el calificadorio dejando las consideraciones para que fueran desarrolladas por la Fiscal, lo cual indica su falta de preparación si, como lo sostiene el Fiscal Delegado que formuló la acusación se trataba de una situación simple, sin ninguna dificultad para resolver.

Manifestaciones que en parte se contraponen con lo declarado por la Secretaria Judicial, cuando sostiene que al salir a vacaciones la Fiscal acusada se encontraron oficios y decisiones de sustanciación sin firmar, situación que se explica por la poca confianza que tenía la inculpada en sus colaboradores, por lo que debía revisar personalmente las actuaciones.

Tampoco, puede deducirse apodícticamente el dolo, del hecho de haberse tenido que conceder la libertad provisional por vencimiento de términos, lo cual no implica de

manera automática una sanción o un cuestionamiento como si se tratara necesariamente de comportamiento ilícito e incluso de reproche disciplinario para el funcionario a cuyo cargo se encuentre la actuación, cuando quiera que se demuestre que la dilación no fue injustificada o que no obedeció a un comportamiento manifiesto de quebrantar la ley. Como ya ha quedado precisado, además del transcurso del tiempo, deben reflejarse en la actuación otros factores que permitan inferir la voluntad clara de contradecir los mandatos legales.

La responsabilidad penal, es una consecuencia directa de la culpabilidad, entendida ésta como una categoría político-jurídica de raigambre constitucional, como que constituye el contrario de la presunción de inocencia, la cual, conforme al

artículo 29 de la Carta, “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”. El concepto, pues, constituye, además, una garantía ciudadana y un límite inequívoco al ius puniendi, 4 conforme al cual, sólo se puede ser culpable por un acto cometido dentro de condiciones de elegibilidad, vale decir, con la conciencia, tanto del acto que se ejecuta u omite, como de la posición del sujeto frente a la conducta, esto es, del papel que el Estado o la sociedad le asigne o que él mismo, personalmente asume y que, como tal, lo vincula con la sociedad, ante la cual ese comportamiento trasciende. Es así como se ha desarrollado el principio de culpabilidad por el hecho. 5

En la actual teoría del delito, pero con énfasis en aquellos delitos en los que en su núcleo sobresale la infracción a un deber, como también en los eventos de omisión pura o simple, siempre existe de por medio una exigencia al sujeto activo de la conducta y, por consiguiente, un reproche si fue incumplida o insatisfecha. La exigibilidad, pues, en tales eventos, resulta indispensable, inclusive con asidero constitucional, pues, como muy bien se ha sostenido, tiene su fundamento en la función promocional del Estado, obligado como está a garantizar la prosperidad general haciendo efectivos los

principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Fundamental. Si la razón por la cual están instituidas las autoridades de la República radica en la función protectora del Estado (en vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades) 6 la exigibilidad en el cumplimiento de sus respectivos roles es básica y, por lo tanto, también para sustentar su responsabilidad.

Ahora bien, la Sala, que no ha tenido oportunidad de pronunciarse con amplitud al respecto, 7 sin adentrarse ahora en los meandros de la teoría, mas sin desconocer, claro está el estado de la dogmática actual, reconoce que para poder atribuirle

culpabilidad a un sujeto 8, por un acto a él imputable, deben concurrir tres elementos básicos de la aludida exigibilidad, a saber : la imputabilidad (exigibilidad sistémica), la exigibilidad de otra conducta (estado de necesidad, miedo insuperable) y la exigibilidad de la conciencia de antijuridicidad. 9

El caso en cuestión no ofrece discusión alguna sobre la imputabilidad de la procesada y no involucra en su temática la exigibilidad de otra conducta. El debate se ha dado entonces respecto de la actitud dolosa (o culposa) de la Fiscal acusada y, fundamentalmente, en dilucidar o establecer si al omitir la oportuna calificación del mérito sumarial del asunto que estaba en turno en su despacho, actuó con la certidumbre de que con su omisión cometía una conducta típica, sin que concurrieran factores objetivos que excluyeran su responsabilidad y, además, con la conciencia de la ilicitud de su conducta. En caso contrario, tendríamos que afrontar o un error sobre un hecho constitutivo de infracción penal, invencible o vencible, u otro, de similar carácter, pero sobre la licitud de la conducta. El primero, comúnmente conocido como error de tipo, ahora con importantes variaciones, el segundo como error de prohibición o de ilicitud conforme al artículo 32 .11 de la ley 599 de 2000, bajo cuya vigencia se cometió la conducta objeto de este proceso.

No es necesario profundizar en el campo del primer error, porque no ha sido objeto de comentario, argumento o análisis alguno en este caso. En efecto, no se puede afirmar que la Fiscal al saber que tenía un asunto a su consideración, del que dependía la suerte de un proceso y la libertad de un sindicato, se pudiera equivocar sobre el alcance legal y penal de su retardo contra legem y es claro que sobre ello no podría aducirse la concurrencia de presupuestos objetivos que excluyeran la posible responsabilidad en que ello podría acarrearle.

Entonces, resta por examinar, si conociendo como conocía la congestión de su despacho y la existencia de asuntos urgentes por resolver, unos más que otros, al omitir la calificación del sumario seguido contra Edwar Garrido Hurtado, actuó con conciencia de lo ilícito de su omisión, o por el contrario, dadas las circunstancias que rodearon todo su comportamiento (incluyendo esa omisión) no se le puede formular una exigibilidad de la conciencia de estar incurriendo en ese posible injusto.

De conformidad con el artículo 32.11 del Código Penal vigente, “ para estimar cumplida la conciencia de antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, del actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta”.

Una enorme discusión se ha dado en la doctrina y la dogmática, que aún no culmina en torno de este concepto, que nuestro ordenamiento jurídico superó con la definición trascrita, incorporada al ordenamiento jurídico, sobre lo cual la sala ha de pronunciarse porque en ello se introdujo una modificación de índole “copernicana” en nuestra legislación penal.

En efecto, en el estatuto penal anterior, tanto el error de prohibición como el de tipo excluían la culpabilidad con la misma metodología, consecuente con el causalismo natural que lo caracterizó: si el error, uno u otro, provenía de la culpa, el hecho se convertiría en culposo y como tal se sancionaría si la ley lo tuviere previsto como

culposo. Se trata de la denominada teoría estricta del dolo, también conocida como teoría del dolo malo, en la que el dolo y la culpa conformaban especies de la culpabilidad y, por consiguiente, tanto el conocimiento de la tipicidad como el de la antijuridicidad obran en condiciones de igualdad.

En el Código Penal de 2000, el sistema adopta el concepto de injusto ¹⁰, en el cual se engloban tres elementos sustanciales del delito: la conducta, típica y antijurídica, entendiendo éste último como primario, puesto que la razón de la tipicidad radica en la contradicción de una conducta con lo justo (contra-ius), por lo tanto, el legislador no podría tipificar como punible una conducta conforme al derecho (secundum ius).

En este orden de ideas, la tipicidad implica la prohibición que el legislador describe de una conducta que quiere evitar por ser contraria al derecho y en tal epistemología, es comprensible que el dolo y la culpa formen parte de la conducta y ya no de la culpabilidad. De ahí la razón del artículo 21, según el cual el dolo, la culpa y la preterintención son modalidades de la conducta punible, como antes lo fueron especies de la culpabilidad.

Podría entonces colegirse dentro de este orden sistémico que si dentro de la noción de injusto se incluye la conducta típica, el dolo y la culpa formarán parte del llamado tipo subjetivo y la conciencia de la antijuridicidad formaría parte del aspecto subjetivo de la misma, (de la antijuridicidad) todo ello, se repite, enmarcado en un solo concepto de tipo de injusto. ¹¹

Sin embargo, la dogmática sobre el injusto también ha distinguido dos teorías de la culpabilidad, a saber, la teoría limitada y la teoría estricta. En la primera, el error sobre los presupuestos de las causas de justificación o sobre la ilicitud influyen en el dolo y por consiguiente, han de tratarse como si fuera error de tipo, puesto que si la tipicidad

es prohibición y la justificación es permisión, el efecto de la permisibilidad anula el de la prohibición. 12

En la comprensión de la teoría estricta de la culpabilidad, el dolo, que sistemáticamente obra en la tipicidad, es un dolo natural y, por consiguiente, la conciencia del injusto es un estado subjetivo diferente que opera en el proceso de la formación de la voluntad del sujeto que puede ser posterior al conocimiento propio del dolo. 13 Por ello, es que, dentro de esta teoría, cuando se alude a la conciencia del injusto se refiere al conocimiento potencial, como posibilidad de conocimiento. 14 Así las cosas, esa conciencia de antijuridicidad no opera en el campo del tipo sino en el espacio de la culpabilidad. 15

Es por esta razón que en el tratamiento del error vencible hay una diferencia con el tratamiento que se le da al de error de tipo, porque allí, lo convierte en conducta culposa, pero cuando es error vencible en la ilicitud, la pena se reducirá en la mitad, porque el dolo del tipo subsiste (artículo 32.11 del Código Penal vigente).

Para el caso concreto y para la persona concreta de la Fiscal acusada, que es lo importante, en el moderno concepto de la culpabilidad 16 y conforme con el sistema adoptado por nuestra ley sobre la culpabilidad estricta, no se pone en duda que la funcionaria pudo tener conocimiento del deber que tenía de calificar el sumario seguido contra Edwar Garrido Hurtado. Pero, lo trascendente es establecer si en la omisión tenía conciencia de la ilicitud de ese retardo en calificar, o si por el contrario, si se le podía exigir una determinada conducta, conforme al ordenamiento jurídico, o si dadas las circunstancias concretas en que se encontraba, estaba acometida por un error sobre esa ilicitud y en tal circunstancia si se trata de un error vencible o invencible. 17

Para la Sala, dada la congestión de asuntos que tuvo en su Despacho, como arriba se

anotó, teniendo en cuenta además que se le responsabilizó de dos Fiscalías, que no contó con los auxiliares, físicamente en unas ocasiones e idóneos en otras, pero, también que luchaba contra la carencia de elementales recursos físicos, tanto que la máquina de escribir con que se dotó su despacho no escribía los números porque carecía de las teclas respectivas, por lo cual tenía que colocarlos a mano, y amén de eso, tener que atender múltiples denuncias, todas de carácter de orden público, constituyeron un cúmulo de razones que le impidieron, en términos razonables, actualizar el conocimiento de la ilicitud de la mora en que se encontraba, de la cual dependía la concesión de una libertad.

Insuperable, pues, a juicio de la Sala esta situación concreta, para la sindicada concretamente considerada, la Corte encuentra que no es jurídico exigir ni reprocharle esa conciencia de ilicitud, razón por la cual se revocará el fallo apelado, y en su lugar, se absolverá a la procesada de toda responsabilidad por los cargos que le fueron formulados.

En razón 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:

PRIMERO. Revocar la sentencia proferida el 25 de abril de 2003, por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó condenó a CECILIA REMOLINA MUÑOZ, en su condición de Fiscal 101 Especializada.

SEGUNDO. Absolver a CECILIA REMOLINA MUÑOZ de los cargos que le fueron imputados por la Fiscalía Delegada por el concurso homogéneo de delitos de prevaricato por omisión.

TERCERO. Líbrense las comunicaciones a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

Salvamento de voto

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

Salvamento de voto

Salvamento de voto

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto que me merecen las decisiones de la Sala, presento a continuación las razones de mi disenso con la determinación adoptada por la mayoría.

Como bien se señala en el fallo, resulta inobjetable que a la fiscal procesada le fue asignado el conocimiento del proceso adelantado en contra de Edwar Garrido Hurtado, el que asumió el 21 de febrero de 2000, y a partir de entonces dejó su trámite hasta el 2 de marzo de 2001, cuando ordenó expedir las copias solicitadas por el sindicato, quien se encontraba privado de la libertad cumpliendo la condena impuesta por el Juzgado Penal del Circuito de Santuario, por el delito de Acceso Carnal Violento, en el grado de

tentativa, y además dispuso solicitarle a este funcionario judicial dejara a su disposición al referido sentenciado, por ser requerido en esa actuación, por habersele impuesto medida de aseguramiento, sin derecho a libertad provisional, de la que a su vez mandó se notificara a Garrido Hurtado.

Igualmente, no se presta a discusión que el 9 de mayo de 2002 el proceso entró al despacho de la fiscal REMOLINA MUÑOZ, luego de vencido el término de traslado para alegar de conclusión, a fin de que se calificara el mérito probatorio de la investigación, y la actuación subsiguiente hace relación a la resolución fechada 12 de agosto del mismo año, mediante la cual se concedió libertad provisional a Garrido Hurtado, por vencimiento de términos sin que se hubiera emitido la resolución calificatoria respectiva.

En relación con el primer comportamiento omisivo atribuido a la doctora CECILIA REMOLINA MUÑOZ, la Sala mayoritaria señala, pese a aceptar que en el interregno aludido (21 de febrero de 2000 y 1 de marzo de 2001) resulta evidente que no se cumplió actuación alguna dentro del proceso seguido en contra de Edwar Garrido Hurtado, que la omisión no le resulta imputable, “ya que dicho trámite no dependía de su actividad sino de la colaboración que le correspondía a los empleados asignados a su Despacho, quienes no fueron interrogados sobre los motivos por los cuales omitieron cumplir la orden de la funcionaria”, con lo cual se traslada la responsabilidad a los empleados de la dependencia judicial.

Sin embargo, se dejó de lado que es al funcionario judicial a quien por ley le está asignada la obligación de velar porque el trámite de todos los procesos que están a su cargo se haga de manera pronta y cumplida, sin dilaciones, para así dar cumplimiento a los principios de celeridad y eficiencia ([Constitución Política](#), artículo 228, Ley 270 de 1996, artículos 4° y 7°, y Ley 600 de 2000, artículo 15), como se deduce del contenido de los numerales 1° y 4° del artículo 142 del Código de Procedimiento Penal de 2000, que en su orden establecen:

“1. Resolver los asuntos sometidos a su consideración dentro de los términos previstos en la ley y con sujeción a los principios y garantías que orientan el ejercicio de la función jurisdiccional.”

“4. Realizar personalmente las tareas que le sean confiadas y responder por el uso de la autoridad que les haya sido otorgada o de la ejecución de las órdenes que pueda impartir, sin que en ningún caso quede exento de la responsabilidad que le incumbe por la que le corresponda a sus subordinados.” (subrayado no original)

Esta última disposición igualmente se encontraba inserta en el anterior Código Disciplinario (Ley 200 de 1995, artículo 40, numeral 10°), vigente para la época, como en el actual Estatuto (Ley 734 de 2002, artículo 34, numeral 10°).

Pero es más, el numeral 13 del artículo 1° del Decreto 2282 de 1989, modificadorio del artículo 37 del Código de Procedimiento Civil, consagra como uno de los deberes del juez “1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran”, disposición ésta que no sólo resulta aplicable en el ámbito civil sino que, por virtud del principio de remisión contemplado en el artículo 23 del Estatuto Procesal Penal de 2000, igualmente, al no oponerse a la naturaleza del proceso penal, es perfectamente adaptable al ámbito penal.

De ahí que es al juez o fiscal a quien corresponde no sólo impartir las órdenes del caso, sino que, además, debe velar porque las mismas se cumplan a cabalidad y de manera pronta, por lo que es su obligación estar atento a las resultas, requiriendo para el efecto a los servidores judiciales y a las demás personas, pudiendo, incluso, imponer las sanciones de rigor o procediendo a la compulsación de copias para la investigación a que haya lugar (artículos 143 y 144 de la Ley 600 de 2000).

Es por esta razón que no estoy de acuerdo con el criterio tácito de la mayoría de que el

funcionario judicial sólo puede cumplir sus obligaciones jurisdiccionales en la medida en que los subalternos igualmente desempeñan su rol con prontitud, ya que, itero, es a él a quien compete en primera medida velar porque haya una pronta y cumplida administración de justicia.

Ahora, en lo que atañe al segundo comportamiento omisivo, relacionado con la tardanza en la calificación del mérito probatorio de la investigación, lo que dio lugar a la concesión de libertad provisional a Edwar Garrido Hurtado por vencimiento de términos (artículo 365, numeral 4°, Ley 600 de 2000), caben las mismas consideraciones anteriores, máxime cuando era función que solamente ella podía desarrollar, es decir, donde ninguna actividad de los subalternos podía supeditar la emisión de la resolución pertinente, de ahí que el proceso se encontrara en su despacho, lo que tenía que haber realizado sin tardanza, pues para ese momento (9 de mayo de 2002) el procesado se encontraba privado de la libertad y a su disposición (desde el 10 de diciembre de 2001 le había sido puesto a sus órdenes, de lo cual era conocedora, en razón a que al día siguiente le había reconocido personería al abogado que el sindicato había nombrado como defensor y un mes después había negado la preclusión de la investigación y consecuente otorgamiento de libertad, requerida por el mismo procesado, a más de otras actuaciones).

Es más, llegó a tal extremo la desidia de la fiscal procesada que ni siquiera se preocupó por cumplir con su obligación legal (calificación del mérito probatorio de la investigación) pese a que la Secretaria Judicial I, el 8 de agosto de 2002, le informó que el día anterior habían vencido los términos para calificar.

Es por lo anterior que, contrario al criterio de la mayoría de la Sala, considero que la demora de la implicada en proceder a calificar el mérito probatorio de la investigación que “con preso” se encontraba en su despacho desde el 9 de mayo de 2002, fue intencional, como quiera que tenía conocimiento claro que con ello incumplía un acto

propio de sus funciones, lo que no impidió que voluntariamente dejara pasar el tiempo, con las consecuencias aludidas: otorgamiento al procesado de libertad provisional, por vencimiento de términos.

Y el conocimiento al que hago alusión dimana precisamente de la experiencia de la doctora REMOLINA MUÑOZ como funcionaria judicial, pues para ese entonces llevaba como mínimo ocho años al servicio de la Fiscalía General de la Nación, ya que el 28 de julio de 1994 se había posesionado como fiscal delegada ante los entonces juzgados regionales de Cúcuta (Norte de Santander), cargo que hace presumir que poseía las condiciones suficientes para cumplir a cabalidad con las funciones encomendadas.

Además, como se evidencia de la actuación procesal, a la aquí enjuiciada en el mes de junio de 2002 no le fueron adjudicados procesos con preso, por lo que, entonces, su esfuerzo debió encaminarse a resolver de fondo la única actuación con detenido que poseía, que no era otra que la correspondiente a Edwar Garrido Hurtado, la que, por cierto, no revestía mayor dificultad intelectual, ya que el delito atribuido era el de porte de arma de fuego de defensa personal y conservación de munición de uso privativo de las fuerzas armadas, razón por la cual ninguna incidencia tenga en el hecho el que en el mes siguiente (julio) le hubieran sido asignados cuatro procesos con preso, o que a su cargo tuviera noventa y un diligencias preliminares y treinta y tres procesos, ya que, reitero, la prelación en ese momento la tenía el negocio de Garrido Hurtado.

Es más, la Secretaria Judicial I le ayudó en la elaboración del proyecto de resolución, tanto así que le redactó los hechos y le hizo la relación de pruebas, dejando las consideraciones a cargo de la fiscal, como lo señaló la citada subalterna, de donde deviene, entonces, que la funcionaria judicial contó con colaboración suficiente y, sin embargo, no cumplió con su deber funcional.

Finalmente, la excusa de no contarse con los elementos apropiados para el desempeño de

la función, como es el caso de una máquina de escribir en buenas condiciones, pues la que tenía carecía de teclas para los números, lo que originaba que los mismos tuvieran que escribirse a mano, no pasa de ser eso, una excusa, en razón a que si era necesario, como en efecto lo es, la señalización de fechas y/o números, ello se puede hacer con letras, tal es el caso de la identificación de un arma de fuego y munición incautadas. Ejemplo: revólver en regular estado de conservación, marca Smith & Wesson, calibre treinta y ocho largo, y veinte cartuchos calibre cinco punto cincuenta y seis, de uso privativo de las fuerzas armadas.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Magistrado

Fecha ut supra.

SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por la posición de mayoría, me permito consignar las razones por las cuales exprese mi disenso respecto de la decisión de revocar la sentencia dictada el 25 de abril del año 2003 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, mediante la cual condenó a la doctora CECILIA REMOLINA MUÑOZ por hallarla responsable del concurso de delitos de prevaricato por omisión por el que fuera acusada, para en su lugar absolverla de tales cargos.

Como tuve la ocasión de exponerlo en los debates orales de Sala, considero que la prueba recaudada satisface en suficiencia los requisitos del artículo 232 de la Ley 600 de 2000 para proferir fallo de condena por el delito de prevaricato por omisión en contra de la doctora CECILIA REMOLINA MUÑOZ, en tanto de la actuación se establece, en grado de certeza, no sólo la realización del comportamiento típicamente antijurídico imputado en el pliego enjuiciatorio, sino la responsabilidad penal de la procesada.

A dicho propósito debe connotarse, que el 21 de febrero de 2000 la doctora REMOLINA MUÑOZ, en su condición de Fiscal 101 Especializada de Quibdó, asumió el conocimiento de la investigación seguida en contra Edward Garrido Hurtado por los delitos de porte de armas de fuego de defensa personal y porte de municiones de uso privativo de las fuerzas militares.

Posteriormente, pese a que el procesado había sido puesto a disposición de la Fiscalía en un centro carcelario desde el 10 de diciembre de 2001, que la investigación había sido cerrada el 26 de febrero de 2002, y que el proceso ingresó al Despacho para calificación del mérito probatorio del sumario el 9 de mayo de 2002, ninguna actuación llevó a cabo hasta el 12 de agosto siguiente cuando la funcionaria de instrucción se vio precisada a dejar en libertad al imputado por haber transcurrido el término previsto en el artículo 365-4 del Código de Procedimiento Penal de 2000, esto es, “cuando vencido el término de ciento veinte (120) días de privación efectiva de la libertad, no se hubiere calificado el mérito de la instrucción”.

Esta actuación, de conformidad con las previsiones al efecto establecidas por el artículo 393 ejusdem, ha debido realizarse “en un plazo máximo de quince días hábiles siguientes” al ingreso de las diligencias al despacho después de haberse surtido el traslado a los sujetos procesales para presentar alegatos de conclusión, sin embargo, así no procedió la funcionaria acusada.

Dicho comportamiento, a términos del artículo 414 de la ley 599 de 2000, aplicable por principio de favorabilidad según se precisó en la sentencia mayoritariamente adoptada, comporta la objetiva realización del tipo que define el delito de prevaricato por omisión, en tanto la doctora CECILIA REMOLINA MUÑOZ se sustrajo de su deber de actuar pese a estar en condiciones de cumplir, aún extemporáneamente, teniendo conocimiento no sólo de la situación de privación de la libertad del procesado, sino del cierre de la investigación, del hecho de haber ingresado las diligencias al Despacho

para calificar el mérito probatorio del sumario y del vencimiento del término normativamente establecido para ello, como así le fue puesto de presente por la Secretaría Judicial el día 8 de agosto de 2002.

En realidad, a mi modo de ver, de acuerdo con lo acreditado probatoriamente, la mora para emitir el pronunciamiento que por ley le era exigible, no obedeció, como ha sido entendido por la mayoría de la Sala, al cúmulo de asuntos que la procesada tuvo en su despacho, a la circunstancia de haberse encargado de los procesos asignados a dos Fiscalías, a la ausencia de un número suficiente de auxiliares idóneos, a la falta de recursos físicos para cumplir sus funciones, o el número de denuncias que debió tramitar.

Esto por la sencilla razón de que si bien en un momento dado tales aspectos pueden denotar la imposibilidad física de la funcionaria para evacuar todos los asuntos a su cargo dentro de los estrictos términos previstos por el ordenamiento procesal penal, en cuyo evento no podría pregonarse válidamente que de manera dolosa hubiera incumplido sus deberes funcionales, lo cierto del caso es que, a mi modo de ver, en este evento, de acuerdo con lo acreditado probatoriamente la mora para emitir el pronunciamiento que por ley le era exigible, no obedeció a tales aspectos, como se indica en la sentencia mayoritariamente adoptada, sino a la intención manifiesta de no pronunciarse en término sobre la calificación del mérito probatorio del sumario, mientras se configuraba el motivo por el cual finalmente debió liberar al procesado.

No de otra manera logra entenderse que, tratándose de un caso no sólo de suma gravedad como lo era la tenencia de municiones de uso privativo de las fuerzas militares, sino delicado por tener a una persona privada de la libertad, que de suyo implicaba atenderlo con prelación sobre los demás -de lo cual era sabedora-, de manera libre, voluntaria y con pleno conocimiento y consciencia de la antijuridicidad de su proceder, decidió faltar a la lealtad debida en el ejercicio de dicha función y posponer en el tiempo la

decisión que de ella se demandaba.

A este respecto debe destacarse cómo deliberadamente optó por dedicarse a tramitar las diligencias de investigación preliminar en lugar de aquella con persona privada de la libertad que tiempo atrás había ingresado al Despacho. También, que pese a contar con la colaboración de la Secretaria Judicial en la elaboración de una parte importante de la decisión calificatoria, como lo eran la redacción de la síntesis de los hechos y de la prueba recaudada, no tuvo inconveniente en dejar de cumplir el deber que por ley debía realizar, desatendiéndose de éste, máxime si durante dicho lapso era el único proceso existente al Despacho en turno para calificar el mérito del sumario.

Entonces, lo que el suscrito observa con el examen de la conducta realizada por la procesada, es que existe certeza sobre la tipicidad objetiva del comportamiento a ella imputado en el pliego enjuiciatorio, la ausencia de circunstancias eximentes de responsabilidad, y la acreditación del conocimiento que poseía sobre la ilicitud de la conducta llevada a cabo y su voluntaria ejecución, todo lo cual ameritaba confirmar la decisión de condena adoptada por el a quo, por encontrarse reunidos los presupuestos procesales para ello.

Como quiera que con este salvamento no se pretende sustituir las consideraciones del fallo mayoritariamente adoptado, sino tan sólo poner de presente que desde mi punto de vista otro ha debido ser el sentido de la decisión en relación con la situación jurídica de la procesada doctora CECILIA REMOLINA MUÑOZ, a lo expuesto limito mi criterio sobre cómo la Sala ha debido resolver este asunto.

MAURO SOLARTE PORTILLA

Magistrado

Fecha ut supra.

SALVAMENTO DE VOTO

Cualquier disquisición doctrinaria resulta insuficiente o inútil para justificar absolución de cara a conductas delictivas de clara e indiscutible presentación:

1. Ocurrió que la fiscal REMOLINA MUÑOZ asumió el conocimiento del proceso seguido contra ÉDWAR GARRIDO HURTADO el 21 de febrero de 2000, que no impulsó hasta el 2 de marzo de 2001, “cuando ordenó la expedición de copias solicitadas por el procesado”, aunque en aquella resolución

“no se limitó a avocar el conocimiento del proceso, sino que en la misma, de forma perentoria, se ordenó llevar a cabo cada una de las pruebas dispuestas en la resolución de apertura de la investigación (fs. 64 c. a.), una vez radicado el proceso, mandato que no sólo involucraba a la funcionaria en la medida en que debía vigilar su cumplimiento, sino que estaba dirigida para el personal de Secretaría que sin duda tiene como misión apoyar la gestión de la Fiscal que dirige el proceso, librando las comunicaciones tendientes a hacer efectiva la decisión, sólo bajo esa perspectiva puede hablarse de una gestión efectiva del personal de Secretaría cuya labor se circunscribe a procurar el oportuno cumplimiento de las órdenes contenidas en las decisiones que se toman en cada proceso” (fl. 21).

2. No obstante, “ninguna gestión se cumplió tendiente a lo dispuesto por la fiscal, actuación que sólo regresó a su Despacho cuando el procesado solicitó copias”, pero fue omisión no imputable a ella sino al “personal auxiliar”, que resultó “bien deficiente” y sin “recursos físicos y humanos”.

Y el retardo en resolver la solicitud de libertad, presentada el 12 de diciembre de 2001, y recordada el 20 siguiente, para cuyos efectos entró a Despacho el 9 de mayo de 2002 hasta el 8 de agosto sin decisión, no era de libertad específicamente sino de preclusión o de calificación del mérito sumarial, y por lo tanto no tenía el apremio de los 3

días para su decisión, como lo dice el art. 168 inc. 2 cpp, no obstante lo cual y constancia secretarial, tampoco se adoptó esta decisión (fs. 25). Y en mayo, “de acuerdo con la estadística aportada”, ingresó 1 proceso con preso, en junio “no le fue asignado proceso con preso” y en julio ingresaron 4 con preso, datos de los cuales no se puede concluir “de que en forma deliberada la fiscal hubiera omitido realizar el proyecto respectivo”, ni “puede aducirse apodíctivamente el dolo”.

3. Tengo para mí que tanta flexibilidad en los términos referidos a procesos con preso, así estuviera por cuenta de otro despacho, indican la comisión del ilícito que se le imputó a la Dra. REMOLINA MUÑOZ pues su responsabilidad no se puede simplemente descargar en los empleados de la oficina sobre los cuales ella tenía deber de dirección, en laborar en el Chocó, en la muerte de un empleado o que la máquina de escribir tenía inservibles unas teclas, cuando -además- la estadística, de tan subida importancia en otros casos para absolver, ahora acaban de respaldar el gran retardo sin causa apremiante en la decisión añorada y que necesariamente tenía que adoptar la referida funcionaria.

Cordialmente,

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Magistrado

1 Segunda Instancia 19096, sentencia absolutoria del 29 de octubre de 2003, ponente doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego.

2 Corte Suprema. Sala de Casación Penal. Única 16838, noviembre 19 de 2002.

3 Corte Suprema. Sala de Casación Penal. Segunda Instancia 19912, del 26 de noviembre de 20033, M.P. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGÓ.

4 Artículo 12 Ley 599 de 2000: “Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.”

5 Teoría político-criminal del sujeto responsable en LECCIONES DE DERECHO PENAL. Vol. I. P. 153 y ss. y Vol II, p. 311 y ss. JUÁN J. BUSTOS RAMÍREZ. HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE. Ed. Trotta. 1997

6 Artículo 2º de la Constitución Nacional.

7 No son frecuentes los pronunciamientos de la Sala en esta materia. En sentencia de 2ª instancia de diciembre 11 de 1998, en el radicado No. 13.185, se afirmó con la dogmática dominante que la no exigencia de comportamiento diverso subyacen cada una de las causales de inculpabilidad (art. 40, Decreto. 100/80), conforme a las cuales se concluye que es inculpable quien no podía actuar de otro modo. M. P. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE.

8 En definitiva, lo que interesa es la persona concreta, responsable frente al sistema penal-criminal. Ello significa que el sujeto pueda responder a tareas concretas que le exige el sistema. Luego, responsabilidad implica exigibilidad”. BUSTOS y HORMAZÁBAL. Ob. cit. Vol. II. P. 335

9 JUÁN J. BUSTOS RAMÍREZ, HORMAZÁBAL MALERÉE. LECCIONES DE DERECHO PENAL. Ob. Cit. Vol. I. p. 154.

10 Art. 7º. CP. Igualdad.”... el funcionario tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto...”.

11 “El dolo en el tipo de injusto y la malicia en la antijuridicidad”. JAIME CÓRDOBA RODA. P. 62 ss. COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. 1.972.

12 Concepto de la culpabilidad fácil de asumir para los autores de la teoría de los elementos negativos del tipo.

13 “Conforme a esta teoría, entonces, el error de prohibición invencible elimina la culpabilidad, no el dolo ni la culpa (el injusto permanece intacto) y el error vencible sólo atenúa la culpabilidad, ya sea en relación al injusto doloso o bien al culposo”. J. BUSTOS R. Y HORMAZÁBAL MALERÉE. Vol II. p. 371.

14 El dolo significa conocimiento de la realización del tipo y la culpa falta de cuidado respecto de esa realización. Por tanto, la conciencia del injusto ha de tener un contenido completamente diferente al conocimiento del dolo, ya que no hay punto de relación entre sus estructuras y objeto de referencia. Pues, si bien obedecen a situaciones psicológicas similares, se diferencian en el plano normativo. La conciencia se forja en el plano social, es de índole compleja por su carácter sociológico, filosófico y normativo. A la conciencia del injusto se parte de la situación concreta producida (el injusto realizado) y sobre la base del sujeto concreto, se le puede exigir una determinada comprensión del injusto.” Manual de Derecho Penal. Parte General. Ed. Ariel Derecho. Barcelona. 1989. p. 335

15 J. BUSTOS R. Y HORMAZÁBAL M. Lecciones de D. Penal. ob.cit. Vol, II. p. 371

16 “Al plantear que culpabilidad es responsabilidad, necesariamente hay que descender al individuo concreto. Y, por tanto, se trata de examinar al sujeto responsable en esa actuación. Por eso hay una teoría del injusto (el delito) y en forma diferente y autónoma una teoría de la responsabilidad (el sujeto o delincuente) en que ambas están unidas por un mismo elemento común, que tanto el injusto debe referirse a un hecho (no al autor) y la responsabilidad ha de ser también en relación al sujeto respecto de

su hecho (y no respecto a su personalidad, carácter o forma de vida).” “ En definitiva, lo que interesa es la persona responsable frente al sistema penal criminal. Ello significa que el sujeto pueda responde frente a tareas concretas.....” “....Esto es, se trata de qué es lo que puede exigir el sistema a una persona frente a una situación concreta”. JUAN BUSTOS RAMÍREZ. Manual. Parte Gral. Ob. cit. p.327

17 “La exigibilidad de la conducta supone, pues, un juicio ex ante al momento del hecho por parte del sujeto, que considere todas las circunstancias que han motivado su actuar y enjuicie cómo se habría comportado socialmente un ciudadano medio ante esas mismas circunstancias. La sociedad no se compone ni de héroes ni de santos, luego el derecho para ser igualitario tiene que partir del comportamiento del ciudadano en general. Su sistema está construido sobre esa base, cualquier otro planteamiento sería ajeno a la realidad social” JUAN BUSTOS RAMÍREZ en su Manual. Parte General. p. 338.