

Proceso No 21543

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado ponente:

Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA

Aprobado acta No. 77.

Bogotá D.C., quince (15) de septiembre de dos mil cuatro (2004).

Conoce la Corte del recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado HELLMAN LEONIDAS FAJARDO PATARROYO, ex-Fiscal 36 Seccional de Bogotá, contra la sentencia de una sala de decisión penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual lo condenó a 52 meses de prisión, multa en cuantía de cien (100) salarios mínimos legales mensuales, pérdida del empleo e interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena principal de prisión, y le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria, al hallarlo responsable del delito de prevaricato activo.

ANTECEDENTES

1. De la actuación adelantada contra HENRY RAMÓN DELGADO FONSECA.

1.1. El joven WILSON LUCIANO RODRÍGUEZ PAREDES formuló denuncia el 7 de julio de 1997 a los sujetos HENRY DELGADO FONSECA y CARLOS BARRETO ante la Fiscalía 327 Local adscrita a la Unidad de Reacción Inmediata de ciudad Bolívar, a quienes sindicó de atentar contra su vida en hechos sucedidos en esta capital el día 5 de ese mismo mes y

año.

Según refiere en su denuncia, HENRY DELGADO FONSECA, conocido suyo por ser el novio de su prima NUBIA BURGOS RODRÍGUEZ, prometió venderle un arma de fuego con salvoconducto, razón por la cual le entregó como parte de pago la suma de \$250.000.00.

Seis (6) meses después aproximadamente, ante sus requerimientos por no haber cumplido con lo pactado, DELGADO FONSECA le puso cita el 5 de julio de 1997 en horas de la tarde en la estación de Policía ubicada en la calle 6ª con avenida Caracas, donde éste prestaba sus servicios como agente de la institución.

Hasta esa estación llegó el denunciante conduciendo el vehículo de su padre en compañía de su amigo JOSÉ ALBERTO SÁNCHEZ VELA, donde fue informado por DELGADO que debían trasladarse a una cuadra del lugar a recoger a otro policía que identificó como CARLOS BARRETO, apodado "El Chalo", quien supuestamente le iría a "solucionar el problema". Como éste, luego de haber sido contactado, manifestó que para el efecto debían desplazarse a su vez al sur de la ciudad, se dirigieron todos en el mismo vehículo a una casa ubicada en el barrio Santa Librada, a la cual ingresaron los dos policías luego de que un tercero los atendiera. Minutos después salieron, portando BARRETO una pistola calibre 7.65, y diciendo que era necesario probarla en una loma ubicada cerca del parque de Yomasa para no provocar ruido.

Prosiguió el afectado refiriendo que "eso ya es monte ahí no hay construcciones, es oscuro, no hay iluminación...yo paré porque no quería subir más...y les dije que la ensayáramos ahí y CARLOS BARRETO me dijo listo ensayémosla aquí y como él llevaba el arma, la cargó con un proveedor que llevaba y me apuntó y me disparó un tiro diciendo 'CHAO PIROBO' ...y me impacto en el cuello...yo grité y salí corriendo...donde tenía estacionado el carro y CARLOS ALBERTO salió detrás disparándome varios tiros...me impacto dos tiros más, uno en el brazo derecho y el otro

en el abdomen, y yo ya debilitado me alcanzó, me botó al piso y me apercolló contra el suelo y me puso el revólver en la frente...y ahí volvió a decirme 'CHAO PIROBO' y accionó la pistola pero ya se le habían acabado las balas...yo recapacité y nos pusimos a forcejear y él trató de volver a cargar el arma pero yo no lo soltaba y yo lo empujé y se fue rodando loma abajo y yo salí corriendo otra vez hacia donde estaba el carro, yo pensé que a mi amigo lo habían matado porque mientras forcejeé no apareció nadie, y cuando llegué al carro lo fui a prender y no me prendió, entonces salí del carro y corrí hacia una tienda que vi abierta, cuando llegué a la esquina estaba mi amigo con HENRY DELGADO y yo voltié a mirar atrás y vi que el señor BARRETO venía corriendo hacia nosotros con el arma en la mano...corrimos hacia una tienda donde estaba abierta, y yo me boté debajo de una vitrina y le dije a la señora que atendía que me ayudara y bajaron la reja y le dije a JOSÉ ALBERTO que llamara a la policía y él la llamó y después llamó a mi mamá...y mientras tanto ellos golpeaban en la reja para que les abrieran...HENRY DELGADO FONSECA y CARLOS BARRETO, también se escuchó la voz de una mujer que decía que era policía que le abrieran, la policía llegó aproximadamente a los 20 minutos y cuando entró la policía detrás entró HENRY DELGADO y yo estaba tirado en el piso y él me decía que no sabía que había pasado que no tenía ni idea porque el amigo había hecho eso y los policías me trasladaron al C.A.M.I. de Santa Librada e íbamos con el señor HENRY DELGADO...me trasladaron a la SAN PEDRO CLAVER...HENRY DELGADO se fue conmigo en la ambulancia en compañía de mi mamá y en el hospital me visitaba constantemente...y me comentaba...que él no tenía nada que ver con él no sabía que le había pasado al amigo BARRETO que no sabía porque había hecho eso, que él me iba a ayudar a denunciarlo pero que a él...no lo fuera a denunciar que porque no había hecho nada".

Interrogado por la suerte que corrió su amigo JOSÉ ALBERTO SANCHEZ VELA, el denunciante refirió que éste le comentó que tan pronto escuchó el disparo trató de ayudarlo, pero que BARRETO amagó con dispararle, razón por la cual salió corriendo

hacia abajo “y que don HENRY salió detrás de él y que...pensó que me habían matado a mí cuando vio que yo venía corriendo, y al estar parados en la esquina, el señor HENRY DELGADO tenía puestos unos guantes de cirugía y lo tenía cogido para que no huyera”.

1.2. En la misma fecha rindió declaración JOSÉ ALBERTO SÁNCHEZ VELA, en la cual corrobora la versión de su amigo, refiriendo de manera concreta que simultáneamente al primer disparo intentó cogerle la mano al agresor para ayudar a su amigo, pero que resbaló y “apenas alcancé a rozar la mano y me caí, de ahí escuché como dos fogonazos, cuando miré hacia arriba, me iba a disparar a mí también, y yo salí corriendo, cuando yo sentí que me hizo varios disparos, ya cuando iba abajo voltié a mirar, vi dos personas una debajo y otra encima, vi que el que recogimos de primeras -sic- venía detrás de mí y me alcanzó arriba allá donde estaba la gente y me cogió las manos y tenía guantes de cirugía, mientras WILSON se fue hacia el carro y trató de prenderlo y mientras tanto el que me cogió a mí me decía que caminara que a WILSON no le había pasado nada, y yo le dije: No ustedes nos quieren matar...”.

Refiere, asimismo, que cuando llegó la policía a la tienda donde buscaron refugio, DELGADO FONSECA se identificó como agente de la institución y “ellos lo dejaron pasar a pesar de que yo les dije que él era el cómplice del que nos había disparado, entonces yo le dije al man -sic-, o sea al primero que recogimos que yo no quería hablar con él, y me decía: Chito, chito, no vaya a decir nada, que yo ya maté al otro man -sic-, al que les disparó...Yo creo que ellos...querían era matarnos, y llevarsen -sic- el carro, y el primero que recogimos nos preguntaba que quién más sabía de que estábamos con él y WILSON le respondió que un primo que se llama GONZALO”.

1.3. Dos días después, una vez abierta la investigación preliminar por la Fiscal 327 Local de Bogotá, RODRÍGUEZ amplió su denuncia y allí confirmó lo que su amigo JOSÉ ALBERTO SÁNCHEZ había informado en el sentido de que HENRY DELGADO FONSECA no sólo indagó sobre los papeles del carro que iba conduciendo, sino también que “antes de

encontrarnos me había dicho que no le dijera a nadie que yo iba a esa cita o sea a encontrarme con él, además cuando nos encontramos me preguntó que si alguien de mi familia sabía que yo me iba a encontrar con él y yo le contesté que únicamente un primo de nombre GONZALO FERNÁNDEZ”.

1.4. Asignada la actuación a la Fiscalía 36 Seccional a cargo del aquí procesado doctor HELLMAN LEONIDAS FAJARDO PATARROYO, el 10 de septiembre declaró la apertura de investigación formal y dispuso escuchar en indagatoria a HENRY DELGADO FONSECA, a quien en principio citó a indagatoria y posteriormente libró orden de captura, la cual se hizo efectiva el 4 de noviembre siguiente.

En la injurada que se realizó al día siguiente, el procesado negó su participación en los delitos de homicidio tentado del cual fueron víctimas el denunciante y su acompañante, afirmando que apenas escuchó los disparos salió corriendo sin saber quien los hizo, al tiempo que se mostró sorprendido por lo sucedido. En esta oportunidad identificó a su compañero como ALEJANDRO CHASOY, indicando que el único acuerdo que existió con éste “fue que por favor si el negocio se llevaba a cabo fuera con los respectivos documentos legales para evitarle problemas a mi amigo, ya con ello -sic- no tenía ningún beneficio, yo sólo quería hacerle un favor a mi amigo WILSON”, en referencia a la compra del arma.

Aceptó haber preguntado a éste por los papeles del carro que conducía “simplemente por saber”. Y terminó cuestionando a CHASOY por haberlo engañado durante todo ese tiempo, diciéndole que lo ayudara y que él se hacía cargo de la defensa, al punto de presentarle al abogado CESAR JIMENEZ, que finalmente no adelantó ninguna gestión en su favor.

1.5. El 10 de noviembre siguiente, el Fiscal FAJARDO PATARROYO resolvió la situación jurídica del procesado e impuso en su contra detención preventiva por un concurso de

homicidios, en el grado de tentativa , y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

En dicha resolución otorgó credibilidad al denunciante y a su amigo JOSÉ ALBERTO SÁNCHEZ VELA, asegurando que la intención del procesado y del otro sujeto “presuntamente estaban encaminadas de una u otra forma a cegar -sic- las vidas de los señores...a fin de hurtar sus vehículos...los indicios de presencia en el lugar de los hechos, de mala justificación, contradicción, permiten configurar un todo indivisible que obliga a realizar operaciones lógicas, que nos concluyen hasta este momento procesal, que efectivamente existió un acuerdo entre el señor HENRY DELGADO FONSECA, y el señor ALEJO CHASOY CHASOY”, a título de coautoría impropia.

Resaltó al respecto que existía una sola arma, la cual únicamente podía ser accionada por CHASOY; que DELGADO FONSECA fue el encargado de conducir a RODRÍGUEZ a las afueras de la ciudad donde se propondrían concluir el delito, diciéndole que no comentara a nadie de la cita e interrogándolo durante el desplazamiento sobre los documentos del vehículo que manejaba; y que, incluso, sujetó “al señor JOSÉ ALBERTO SANCHEZ VELA, quien en dicho momento observa que éste portaba unos guantes de cirugía”

1.6. A petición del defensor, el fiscal escuchó en ampliación de indagatoria al procesado el 25 de noviembre de ese mismo año.

En esta diligencia, DELGADO FONSECA confesó su participación a título de cómplice en el tentado delito de hurto del vehículo y el dinero que portaba el interesado para la compra del arma de fuego, aduciendo que únicamente pretendió colaborar para que RODRÍGUEZ fuera hasta el lugar de los hechos, pero que en ningún momento se planteó que CHASOY tratara de acabar con la vida de su amigo.

“Yo solo quería conducir el vehículo porque precisamente para eso fue que el señor

ALEJANDRO CHASOY, me solicitó que le ayudara a conseguirlo porque el no sabe conducir”, manifestó al respecto.

Reconoció en esta oportunidad que el día de los hechos portaba guantes de cirugía, aunque afirmó que su pretensión era la de no dejar huellas en el volante del vehículo en el caso de “que nos llegaran a coger o algo parecido”;; y que si bien sujetó al amigo de RODRÍGUEZ, lo hizo para evitar que CHASOY le disparara cuando trató de intervenir en defensa de su acompañante.

Sostuvo que si en su primera versión no dijo nada al respecto, fue porque se encontraba amenazado de muerte por CHASOY.

Finalmente aportó fotocopia de un acta de desistimiento, presuntamente suscrita por el ofendido WILSON LUCIANO RODRÍGUEZ –quien en la ampliación de su denuncia desconoció la firma allí estampada-, con respecto a la cual afirmó que CHASOY lo mantuvo engañado por espacio de algunos meses haciéndole creer que el abogado CESAR JIMÉNEZ la había elaborado después de haber sostenido diálogos con la familia de la víctima.

1.7. A petición del defensor, el Fiscal dispuso en auto del 28 de noviembre la realización de la audiencia especial (artículo 37A del anterior estatuto procesal penal), pero previamente escuchó en ampliación de sus testimonios a WILSON LUCIANO RODRÍGUEZ PAREDES y JOSÉ ALBERTO SÁNCHEZ VELA, quienes en esta nueva oportunidad ratificaron su primigenia versión de lo sucedido, si bien el último habría de manifestar que cuando FONSECA DELGADO lo alcanzó en la avenida “ya había gente ahí y entonces yo lo cogí de las manos y cuando lo solté me di cuenta que tenía unos guantes colocados en sus manos como de esos de cirugía, me decía cálmese aclaro camine, camine que a Wilson no le ha pasado nada...”.

1.8. El acta de audiencia especial terminó convertida en una nueva ampliación de

indagatoria del procesado HENRY DELGADO FONSECA, en la que a una pregunta del Fiscal sobre cómo pensaba explicar el apoderamiento del vehículo a la familia del ofendido, éste respondió que “mi explicación posterior a ellos por el hurto del carro sería que como conductor del carro me desplazaría a comprar cualquier cosa cercana, esto lo haría porque ellos siempre me habían permitido tomar sus vehículos...y que en el recorrido por ese desplazamiento me lo habían quitado a mí”.

Reiteró en esta ocasión que nunca pensó segar la vida de los ofendidos, sino de apoderarse del vehículo y el dinero mientras que CHASOY los amenazaba, precisando también que en todo momento estuvo presto a auxiliar al herido.

1.8. A solicitud del defensor, quien allegó copia de una consignación bancaria por \$58.000.00 destinados a cubrir la indemnización integral a favor del denunciante, el Fiscal FAJARDO PATARROYO revocó en resolución de 16 de diciembre de 1997 la medida de aseguramiento impuesta al procesado por el conato de homicidio de RODRÍGUEZ y SÁNCHEZ, la mantuvo por el porte ilegal de armas de fuego y la adicionó por el delito tentado de hurto calificado y agravado.

Con tal finalidad anotó que al “examinar nuevamente las pruebas que motivaron la medida de aseguramiento, junto con las allegadas posteriormente” se establece que el procesado DELGADO FONSECA no tuvo participación en la realización del punible contra la vida, “toda vez que éste confiesa que su intención estaba dirigida única y exclusivamente a prestarle colaboración al señor ALEJO CHASOY en el hurto del dinero que portaba el señor LUCIANO, y de su vehículo, pero que en ningún momento acordó...el cegarle -sic- la vida a su amigo...pues el acuerdo se limitaba simplemente a dejar abandonados a los señores LUCIANO, y ALBERTO, después de que CHASOY los intimidara para posteriormente y como amigo de la familia de LUCIANO, explicar que igualmente él habría sido intimidado por el señor CHASOY”.

Para el funcionario, la nueva versión del procesado resulta coherente en comparación con los restantes medios de prueba, toda vez que los ofendidos “precisan que el sindicato FONSECA, no tuvo ninguna participación en la tentativa de homicidio, al precisar que el autor de las lesiones causadas fue la persona que acompañaba al señor FONSECA, y que además este último después de ocurrido el insuceso, procedió a prestar la ayuda necesaria en la atención médica del lesionado...Igualmente confirman el dicho del señor FONSECA, en el sentido de que una vez el señor CHASOY, procedió a accionar el arma de fuego..., éste procedió a correr del sitio, es decir, que se confirma el dicho de FONSECA, por cuanto si hubiese existido acuerdo para cegar -sic- la vida de..., resulta lógico que...no hubiera huido del lugar sino que por el contrario pretendiera colaborarle a su amigo CHASOY...”.

Resaltó también al respecto que el denunciante manifestó que en varias oportunidades había departido con el procesado, considerándolo amigo suyo y de su familia, y puso de presente la colaboración prestada por éste después de lo sucedido. De la misma manera se refiere al testimonio de JOSÉ ALBERTO SÁNCHEZ VELA, para sostener que fue CHASOY quien disparó el arma y observó que DELGADO FONSECA corrió detrás suyo, lo que en su sentir confirma el dicho del procesado de que huyó del lugar por temor a su vida y que si sujetó al testigo fue para evitar que resultara lesionado.

De esta manera concluyó que los indicios que motivaron la medida de aseguramiento “han desaparecido por las pruebas sobrevivientes, las cuales permiten desvirtuar la presunta coautoría impropia...toda vez que se observa que no existió acuerdo previo, ni concomitante entre el señor FONSECA y CHASOY...si así fuera resultaría lógico que al momento de los hechos el señor HENRY DELGADO FONSECA, portara igualmente arma de fuego, toda vez que su profesión así se lo permitía, o que igualmente y como lo advierte...utilizara sus conocimientos en artes marciales...”.

En la misma resolución concedió la libertad caucionada del procesado en los términos de

los artículos 68 y 374 del código penal, y 415, numerales 1 y 7, del estatuto procesal penal, vigentes en ese momento, “toda vez que realizando un análisis de los delitos, las respectivas atenuantes, la referida indemnización, determinan su viabilidad”. Resaltó en ese mismo sentido que la pena a imponer no sobrepasaría los tres años de prisión y que el procesado era un joven sin antecedentes penales.

1.9. Después de haber adquirido firmeza la anterior determinación, que fuera notificada personalmente al procesado y a la delegada del Ministerio Público, y de la práctica de otras pruebas relativas a la identificación y vinculación de ALEJO CHASOY CHASOY, el defensor de DELGADO FONSECA pidió al instructor fijar nueva fecha y hora para llevar a cabo la audiencia especial “suspendida por su Despacho”, a lo cual accedió el Fiscal FAJARDO PATARROYO en autos de mayo 12 y junio 4 de 1998.

No obstante, con posterioridad el togado hizo saber que se había equivocado al solicitar audiencia especial, pues su intención era la de solicitar la realización de audiencia de sentencia anticipada; como en efecto se vino a realizar el 17 de junio de ese mismo año, en la cual el procesado aceptó los cargos como autor de los delitos de porte ilegal de armas y hurto calificado por la violencia y agravado -numerales 6, 9 y 10 del artículo 351 del código penal anterior-, este último en el grado de tentativa, que le formuló el fiscal, quien reiteró que estaba plenamente demostrado que el acuerdo con el otro imputado versó exclusivamente sobre la comisión del delito contra la propiedad y la venta ilegal del arma de fuego.

1.9. Una vez producida la ruptura de la unidad procesal, la actuación se remitió al Juzgado 47 penal del Circuito de Bogotá, al cual correspondió en reparto, pero su titular se abstuvo de dictar sentencia anticipada y en providencia de 14 de julio siguiente decretó la nulidad a partir de la audiencia respectiva, con el argumento de que resultaba insólito e inexplicable que el fiscal instructor hubiera dejado de lado los delitos tentados de homicidio que se cometieron para perpetrar el ilícito contra el patrimonio económico

“que los termina aceptando...en forma tácita, al aceptar la coautoría del delito de HURTO CALIFICADO POR LA VIOLENCIA EJERCIDA SOBRE LAS VÍCTIMAS y LA COAUTORÍA EN EL PORTE ILEGAL DE ARMAS”.

1.10. De regreso la actuación a la Fiscalía 36 Seccional, su titular FAJARDO PATARROYO profirió la resolución de agosto 19 de 1998, en la cual señaló que le asistía razón al juez en el sentido de que el procesado estaba siendo investigado también por el doble homicidio tentado de RODRÍGUEZ y SÁNCHEZ y que al no haberse pronunciado en la audiencia para sentencia anticipada ello originaba violación de las formas propias del juicio.

No obstante, con apoyo en la resolución que revocó la medida de aseguramiento por esta ilicitud, estimó pertinente mantenerla en contra de DELGADO FONSECA únicamente por los delitos de hurto agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, en concurso, al tiempo que precluyó la instrucción respecto del doble delito tentado de homicidio.

En los siguientes términos explicó la decisión adoptada: “Si se mantiene la medida de aseguramiento por el punible de Hurto Calificado, estaríamos admitiendo que este sindicado participó en los punibles de Homicidio tentado, situación que de conformidad con las pruebas referidas en dicha resolución, nunca existió, ya que se ha logrado demostrar que en efecto la participación del señor DELGADO FONSECA, estaba encaminada única y exclusivamente a la comisión del hurto del vehículo que conducía WILSON LUCIANO RODRÍGUEZ, sin realizar en ningún momento violencia sobre este o su acompañante para lograr tal fin, ya que la violencia ejercida sobre estos sujetos tuvo origen única y exclusivamente en el sindicado ALEJO CHASOY CHASOY, como se desprende de las diligencias..”.

1.11. A la ejecutoria de la anterior resolución realizó nuevamente audiencia de sentencia anticipada, en desarrollo de la cual precisó que los medios de prueba

recaudados, especialmente las atestaciones de las víctimas, hacen “fácil comprender y entender” que lo perseguido por el procesado era lo mismo que refirió en su indagatoria, “toda vez que al ayudar a LUCIANO RODRÍGUEZ, y JOSÉ ALBERTO SÁNCHEZ VELA, evitó que las consecuencias de los hechos punibles no fueran mayores a las que pretendía ALEJO CHASOY CHASOY...y la misma colaboración de usted, HENRY RAMÓN DELGADO FONSECA, al evitar que ALEJO CHASOY CHASOY, acabara con la vida de aquellos”. Bajo esos términos el procesado aceptó el cargo como autor de los delitos de hurto agravado y venta ilegal de armas de fuego de defensa personal.

1.12. El Juzgado 47 penal del Circuito profirió el 23 de febrero de 1999 sentencia anticipada en correspondencia con los cargos formulados. Sin embargo, al considerar insólita la determinación del Fiscal FAJARDO PATARROYO en torno al delito calificado de hurto y al doble homicidio tentado, dispuso compulsar copias para que se investigara la eventual ilicitud contra la administración pública.

2. De la actuación adelantada en contra del doctor HELLMAN LEONIDAS FAJARDO PATARROYO.

2.1. Con base en las copias compulsadas por el Juzgado 47 Penal del Circuito, una Fiscal de la Unidad Delegada ante los Tribunales de Bogotá y Cundinamarca decretó la apertura de investigación preliminar el 24 de diciembre de 1999.

2.2. Ante la insistencia del delegado de la Procuraduría, un año después aproximadamente -el 12 de diciembre de 2000-, declaró abierta la instrucción y ordenó la vinculación del procesado, quien fue escuchado en indagatoria el 11 de enero de 2001.

Tras serle puestos de presente los cargos y tener la oportunidad de referirse a la investigación a su cargo, explicó que “la decisión de precluir la investigación por el doble homicidio en grado de tentativa que se imputaba a DELGADO FONSECA se tomó

mediante resolución motivada, primero en consideración a que no existían los elementos configuradores de la tentativa..., es decir, faltaba que, el delito no se hubiere consumado pero por circunstancias ajenas al agente y en este caso, claro y específico el homicidio no ocurrió pero gracias a la colaboración y atención prestada por el agente, o por el policía DELGADO FONSECA, ese fue el planteamiento que esboqué y registré en la resolución donde se precluyó. En ningún momento actué en contra de las normas legales o Constitucionales y menos pretendí contrariar al Juzgado 47...puesto que en la primera formulación de cargos, no se incluyó el doble homicidio en grado de tentativa porque la intención del Despacho...era no acusar por dicho homicidio tentado, pero como el juez no admitió en tales circunstancias los cargos, se profirió -sic- a ajustar la situación jurídica...Con los testimonios de las dos víctimas se establece plenamente que quien los auxilió, fue DELGADO FONSECA, y ante tal situación, no puede decirse que intentaba matarlos y luego salvarlos, y si intentó salvarlos como en efecto ocurrió, no puede hablarse de tentativa ni de coautor de tentativa de homicidio...es por la voluntad del agente que los muchachos agredidos no perdieron su vida ante el auxilio prestado por DELGADO, entonces si se analiza con cautela y con atención la tentativa no se presentó en este caso por ausencia de uno de sus elementos configuradores...”.

2.2. A través de resolución calendada el 13 de febrero de 2002, el Fiscal 7º Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá, a quien fue reasignada la investigación, definió la situación jurídica del doctor FAJARDO PATARROYO con medida de aseguramiento de detención preventiva por la comisión del delito de prevaricato por acción, con beneficio de excarcelación, decisión que al ser recurrida por el defensor le impartió confirmación un fiscal delegado ante esta Corporación en resolución de 29 de abril siguiente.

2.3. A petición de la defensa se llevó a cabo una ampliación de indagatoria, en la cual el procesado dijo inicialmente que consideraba necesaria la diligencia para explicar bien lo sucedido, como que en principio acudió a estrados judiciales sin haberse documentado y sin recordar con precisión la situación fáctica que le correspondió definir.

Manifestó entonces que las resoluciones de su autoría fechadas el 16 de diciembre de 1997 y 19 de agosto de 1998 se apoyaron en dos razones fundamentales. De una parte, en la presencia de DELGADO FONSECA en el lugar de los hechos y a la “disposición, la ayuda y el auxilio que presta a las víctimas, especialmente al lesionado Luciano Rodríguez”, lo mismo que a decisión adoptada en otro caso y que aportó a la actuación, en la cual se descartó el homicidio tentado por razón de la ayuda que el agresor prestó a su propia víctima.

Y, de otra, en que no se acreditó la existencia de un acuerdo entre DELGADO y CHASOY para matar al denunciante y a su acompañante, aparte que si consideró que el primero no cometió tentativa de homicidio no podía mantener la calificante del hurto.

Agrega que ante la petición de revocatoria de la defensa, le surgieron inquietudes al respecto que comentó a sus compañeros fiscales, cuyos nombres suministra, y que teniendo en cuenta sus conceptos y sus propios conocimientos adquiridos durante sus años de servicio a la Rama Judicial y estudios de posgrado, adoptó la determinación con apoyo en las pruebas recaudadas

2.4. Cerrado el ciclo instructivo, el delegado de la Fiscalía procedió a calificar el mérito del sumario con resolución de acusación de 23 de octubre de 2002 en contra de doctor HELLMAN LEONIDAS FAJARDO PATARROYO, como autor del delito de prevaricato activo, al considerar abiertamente ilegales las resoluciones de 16 de diciembre de 1997 y 19 de agosto de 1998

2.5. La causa correspondió tramitarla a una sala de decisión penal del Tribunal Superior de Bogotá, quien luego de verificado el debate público emitió la sentencia que fuera objeto de impugnación.

2. SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal culminó la instancia condenando al doctor HELLMAN LEONIDAS FAJARDO PATARROYO “como autor de los delitos de prevaricato”.

En torno a la adecuación típica, el fallador de primer grado, tras estimar acreditada la calidad de servidor público del acusado, se refirió a las explicaciones de éste y a los antecedentes del caso para señalar, en principio, que al sostener el doctor FAJARDO PATARROYO que DELGADO FONSECA desistió de consumar el homicidio está admitiendo tácitamente que era copartícipe y que había un pacto previo, por lo que le resulta contradictorio que haya señalado en las providencias que dicho acuerdo no estaba demostrado.

Agrega que si la aducida ayuda fue prestada después de los hechos, ello no puede desdibujar la tentativa de homicidio de que fue víctima JOSÉ ALBERTO SÁNCHEZ VELA, ya que a éste no le prestó esa colaboración y además no necesitaba ser auxiliado por no sufrir lesión alguna, con lo cual hizo extensiva en forma indebida tal colaboración al otro ofendido para hacerle producir unos efectos jurídicos que no tenía.

Consideró el fallador de primer grado también que el fiscal acusado no suministró razón valedera de por qué consideraba que la ayuda prestada por DELGADO FONSECA impidió la consumación del homicidio, si se toma en cuenta que el acompañamiento que hizo al herido hasta el hospital fue un acto posterior a los hechos que a lo sumo buscaba hacer menos gravosas las consecuencias del delito. En ese sentido indica que la reacción de la víctima fue la que evitó la consumación del delito contra la vida.

Frente a la ausencia de un acuerdo previo para matar aducida por el funcionario, el Tribunal analizó varios aspectos referidos por el acusado. Dijo así que de resultar admisible que DELGADO FONSECA fuera un experto en artes marciales como indicó en ampliación de indagatoria, el que se haya abstenido de hacer uso de tal experiencia no indica que no hubiera querido segar la vida de los ofendidos, pues esa no era la forma en

que intervendría en el delito, aparte que la reacción de SÁNCHEZ VELA y las circunstancias del momento impidieron que el implicado pusiera en práctica “sus conocimientos en la lucha cuerpo a cuerpo”.

Agrega que aisladamente considerado el interrogatorio que DELGADO FONSECA hizo a RODRÍGUEZ acerca de los documentos del vehículo, el mismo revelaría que su intención fue la de cometer el delito contra la propiedad, pero no que fuera esa exclusivamente su voluntad.

En tanto procesado y defensor destacan en la audiencia de juzgamiento que la Fiscalía erróneamente afirmó que FONSECA DELGADO cogió de las manos a JOSÉ SANCHEZ, considera el Tribunal que, aún de resultar admisible que fue al contrario, ello no puede excluir las condiciones que rodearon el hecho porque ya los dos se encontraban en la vía y en presencia de otros transeúntes, por lo cual en su sentir ya no podía “matarlo a golpes”.

Descarta por igual otros argumentos vertidos en defensa del acusado en cuanto a la ausencia de acuerdo previo, como los de que DELGADO FONSECA no portaba arma y que los guantes de cirugía los usó para no dejar huellas en el automotor, para concluir que la prueba recaudada acreditaba que entre DELGADO y CHASOY acordaron la muerte de WILSON RODRÍGUEZ y su acompañante; que el primero intervino en los conatos de homicidio como coautor impropio; y que en ningún momento se presentó una tentativa desistida. De modo que si en tales condiciones el funcionario acusado revocó inicialmente la medida de aseguramiento y posteriormente precluyó la investigación por los atentados contra la vida, en su sentir terminó apartándose por completo del contenido de los artículos 36 y 388 del código de procedimiento penal entonces vigente.

Así las cosas, para el Tribunal el comportamiento del acusado encuadra en el artículo 149 del decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 28 de la ley 190 de

1997, aplicable por favorabilidad.

En lo que respecta a la antijuridicidad, el a quo estimó que la conducta desplegada por FAJARDO PATARROYO vulneró sin justa causa el bien jurídico de la administración pública, en tanto desvió sus funciones al proferir resoluciones ostensiblemente contrarias al ordenamiento vigente que favorecieron injustamente a uno de los procesados, generando menoscabo a los principios que rigen la administración pública.

En torno a la imputabilidad, no encontró ningún problema para deducir que el procesado es una persona capaz de comprender su ilicitud y autodeterminarse con esa comprensión.

Para dar por demostrada la culpabilidad a título de dolo, el Tribunal sostuvo que no era cierto que la prueba que el funcionario acusado tuvo en cuenta para dictar medida de aseguramiento en contra de DELGADO FONSECA, específicamente la indiciaria y testimonial, hubiese desaparecido y que por esa razón se viera en la necesidad de revocar y precluir por el doble homicidio tentado.

Le resulta extraño, por lo demás, que las exculpaciones que suministró en ampliación de indagatoria sobre la consulta de la jurisprudencia y la opinión de sus colegas no las hubiera plasmado en las providencias prevaricantes, incluso porque siendo conocedor de una sentencia de la Corte sobre dolo eventual “no la tuvo intencionalmente como criterio auxiliar...al no hacer mención de ella o indicar los motivos por los cuales se apartaba de tales lineamientos, sino que argumentó sofísticamente y con el pretexto de la variación de la prueba, revocó la medida de aseguramiento y, posteriormente, precluyó la investigación por la doble tentativa de homicidio”.

En cuanto el funcionario acusado afirmó que después de consultar con sus colegas comprendió que DELGADO no realizó ningún aporte importante en la realización de los hechos destinados a acabar con la vida de los ofendidos y por ello no podía ser coautor de

los delitos, el Tribunal respondió que el doctor FAJARDO PATARROYO olvida que antes había decretado detención por coautoría impropia con las mismas razones.

Respecto a esta forma de participación recuerda, citando concepto de algún reconocido doctrinante nacional, que no requiere la realización de la totalidad del comportamiento por parte del copartícipe, como en efecto sucedió con el aporte de DELGADO FONSECA, quien prometió en venta el arma, concertó la cita e hizo que la víctima se trasladara al sur de la ciudad.

El Tribunal cuestionó al procesado por haber adoptado las decisiones a pesar de no haber variado la situación; ignorar los lineamientos trazados por el Juzgado 47 Penal del Circuito; y afirmar que HENRY DELGADO prestó colaboración a los ofendidos para dar a entender que se estaba en presencia de dos tentativas desistidas, cuando no era verdad, aparte que de haber sido así esto último debió al menos formular cargos por las lesiones producidas a RODRÍGUEZ. Respecto de ello afirmó que la solución la sabía, si dice haber resuelto con anterioridad el caso de un sindicado que propinó una cuchillada en la cabeza a su mujer y posteriormente la llevó al centro asistencial para que fuera salvada.

Apuntó que a HENRY DELGADO le convenía más el homicidio por ser el vendedor del arma de fuego y conocido de WILSON RODRÍGUEZ y su familia, por lo que si existió el pacto para acabar con la vida de éste, como se dijo en la medida de aseguramiento, no había necesidad de encaminar la argumentación a demostrar un dolo eventual, si lo que surgía de la prueba era un dolo directo.

Por lo anterior, consideró el Tribunal que el funcionario acusado actuó dolosamente, pues sabía que proferir resoluciones manifiestamente contrarias a la ley constituía delito.

Al entrara dosificar la sanción, el a quo fijó la pena a partir de los parámetros señalados en el artículo 61 del decreto 100 de 1980. Al considerar la gravedad de la conducta y la existencia de la circunstancia genérica de agravación prevista en el

artículo 66, ordinal 11, y la atenuante del numeral 1º del artículo 64, señaló que la pena que correspondería sería la de 42 por el delito previsto en el artículo 149 ejusdem, modificado por el 29 de la ley 190 de 1995.

No obstante, como el Tribunal estimó que en este caso concurrían dos prevaricatos, ya que en su sentir en la resolución de acusación se hizo referencia a varias conductas ilícitas, así en la parte resolutive únicamente se haya formulado cargos por uno solo y el fiscal en la audiencia de juzgamiento reiterado que se trataba de un delito unitario, terminó aumentando la pena por el concurso, para fijar en definitiva como penas prisión de 52 meses, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y multa equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de los hechos, e igualmente a la accesoria de pérdida del empleo oficial.

Por último, negó la prisión domiciliaria y el subrogado de la condena de ejecución condicional, y dispuso la captura inmediata del procesado para hacer efectiva la sanción.

RAZONES DEL IMPUGNANTE

1. En orden a demostrar que su representado no incurrió en la conducta endilgada, el defensor realizó una sinopsis de lo ocurrido dentro del proceso adelantado contra HENRY DELGADO FONSECA y de las decisiones adoptada por el fiscal acusado.

2. Al extraer sus propias conclusiones de lo sucedido, sostiene enseguida que el análisis que se hace en la sentencia sobre el alcance y significado de la prueba aportada es el resultado de una posición subjetiva del juzgador, afincada en la hipótesis personal y en la suposición gratuita sobre situaciones fácticas que no pueden ser de recibo.

Al respecto cuestiona la afirmación que se hace en el fallo sobre la existencia de prueba clara y suficiente para tener a HENRY DELGADO FONSECA como coautor impropio de

homicidio tentado por haberse demostrado el convenio previo con el otro implicado para dar muerte a RODRÍGUEZ y su acompañante, al decir que ello no es así como quiera que analizada la evidencia en su conjunto, a la luz de los principios de la sana crítica, se establece que:

2.1. Es un hecho cierto que entre RODRÍGUEZ PAREDES Y DELGADO FONSECA se hizo un negocio para la compra de un arma de fuego por una suma superior a los \$600.000.00, de los cuales el primero abonó \$250.000.00;

2.2. El anterior hecho constituye el origen y la razón del encuentro que tuvieron el 5 de julio de 1997; también con JOSE ALBERTO SÁNCHEZ VELA, acompañante del comprador, y CARLOS BARRETO, quien posteriormente se identificó como ALEJANDRO CHASOY CHASOY, como compañero de DELGADO FONSECA y quien supuestamente entregaría el arma a RODRÍGUEZ.

2.3. En el encuentro de las cuatro personas no se “vislumbra ningún indicio que permitiera siquiera suponer intención de atentar contra la vida o la integridad de LUCIANO RODRÍGUEZ o de JOSÉ ALBERTO SÁNCHEZ”.

El indicio consistente en indagar acerca del vehículo conducido por el primero, corrobora la versión posterior de DELGADO en el sentido que lo perseguido era atentar contra la propiedad, mas no la agresión contra la vida. A ello se aúna que éste no portara arma de fuego a pesar de ser agente de la Policía Nacional.

2.4. En el momento de acaecer el trágico episodio, el agresor caminaba al lado de RODRÍGUEZ y SÁNCHEZ, mientras que DELGADO lo hacía desprevenidamente delante del grupo, por lo que no resulta lógico que su propósito haya sido el de colaborar o auxiliar a CHASOY en la muerte de aquéllos, como quiera que ante la intempestiva reacción de éste era de esperarse que sus víctimas abandonaran inmediatamente el lugar, como en efecto sucedió, sin que nadie sirviera de contención a su huida.

2.5. El procesado DELGADO sostuvo siempre que la acción de CHASOY lo tomó por sorpresa y que jamás se le pasó por la mente que fuera actuar de esa manera; ese dicho no aparece contradicho, siendo apenas una mera suposición de los ofendidos la posible participación suya en los hechos.

2.6. Por más que se quiera minimizar su significado en la sentencia, es lo cierto que DELGADO FONSECA auxilió a RODRÍGUEZ tanto en la tienda como en el posterior traslado al centro asistencial, lo cual contribuye dentro de la cadena indiciaria a demostrar un comportamiento ajeno al de quien pudiera haber pretendido matar al conocido y familiar de su novia.

Todo lo anterior le permite afirmar que DELGADO FONSECA, como lo apreció el funcionario acusado, no tuvo la intención de atentar contra la vida de los ofendidos.

3. En ese orden, al silencio inicial del procesado sobre su participación en el reato contra la propiedad y los pormenores del episodio relatado por los ofendidos, se atribuye que el doctor FAJARDO PATARROYO haya proferido en principio medida de aseguramiento por los delitos de homicidio en el grado de tentativa y porte ilegal de armas.

Asimismo, al surgimiento de nuevas evidencias y a los conceptos que escuchó de sus compañeros fiscales, se debe que revocara la medida de aseguramiento por el delito de homicidio y terminara extendiendo la detención preventiva al hurto calificado y agravado, manteniéndola respecto del porte ilegal de armas de fuego de defensa personal. En ese sentido se resalta la nueva versión de DELGADO en la cual acepta que el propósito que lo animaba era el de hurtar el automotor, pero que el ataque contra la vida fue obra personal e imprevista de CHASOY CHASOY, accionar corroborado por el lesionado quien hace relación a una realidad individual, aislada y sorpresiva del autor de los disparos.

Y, finalmente, a la determinación invalidatoria del Juzgado 47 Penal del Circuito, se

atribuye que el funcionario decidiera referirse a la sindicación por homicidio que no había sido objeto de definición, decretando la preclusión por dicho cargo.

La interpretación de la prueba permitía tomar esas determinaciones, pues en su totalidad indicaba que la conducta de CHASOY fue obra exclusiva suya, sin que pueda sostenerse que el procesado prevaricó porque otro operador judicial arribó a una conclusión contraria.

Se duele también el defensor de que el Tribunal haya ignorado las declaraciones de los doctores ALEJANDRO CARO y LUIS BARRIOS, compañeros de labores del doctor FAJARDO PATARROYO, su Técnico Judicial STALIN ALEXIS ARGUELLO y la doctora CONSTANZA EUGENIA MURILLO GOMEZ, quien fungió como representante del Ministerio Público en ese proceso.

Asimismo. que hubiera tomado como hechos indicadores del acuerdo entre DELGADO y CHASOY circunstancias que ni individualmente consideradas, ni en su conjunto, tienen poder suasorio suficiente para comprometer la responsabilidad del primero en el doble homicidio tentado, porque no guardan ninguna conexidad con el episodio sangriento principal traducido en el “repentino e imprevisto” actuar del último al disparar el arma que supuestamente debía ser ensayada antes de entregarse a RODRÍGUEZ.

Esa independencia fáctica, sostiene, no permite en consecuencia hacer el “regreso realizado por el a-quo para deducir de ello la existencia de la coparticipación criminal, porque significa...que el Tribunal se fue atrás a mirar la conducta de HENRY DELGADO FONSECA y al retornar concluyó que participó en el homicidio tentado”. Ello con apoyo en pronunciamiento de esta Sala de abril 4 de 2003 sobre la teoría de la prohibición de regreso.

El recurrente afirma haber demostrado con lo anterior que el procesado no emitió

resoluciones manifiestamente contrarias a la ley, sino fruto de un ponderado estudio de la prueba a la luz de los principios que rigen la sana crítica. Si de acuerdo con el criterio del Tribunal el procesado se equivocó en su apreciación, de ello no se puede derivar el reproche que le hace, porque una censura así tomada resulta injusta, terminó por sostener.

Además, en su sentir, de ser admisible que las providencias son manifiestamente contrarias a la ley, el procesado actuó sin dolo, por lo que le resultan extrañas las razones entregadas en contrario por el Tribunal, que califica de elementales, pues no sólo supone que la prueba aportada contra DELGADO no permitía tomar las determinaciones, sino también presume el dolo de la conducta sobre consideraciones inexactas.

Concluye afirmando que el procesado es un funcionario de experiencia, sin amonestaciones en su hoja de vida y constancia de felicitaciones de sus superiores por la labor desempeñada, por lo que no cree posible que un servidor de estas condiciones resuelva de un momento a otro arrojar por la borda toda una vida de dedicación y sacrificio al servicio de la administración de justicia.

Además de que ningún interés perseguía al emitir las decisiones que se tildan de prevaricadoras, en su concepto no se puede sostener que actuó con dolo y ni siquiera que existió conducta típica de prevaricato, por lo que demanda la revocatoria del fallo apelado y la consecuente absolucón de su representado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La Corte es competente para desatar la alzada, si se toma en cuenta que la sentencia objeto de recurso fue proferida por un tribunal superior de distrito judicial en proceso que adelanta contra un fiscal por hechos vinculados con el cargo oficial.
2. El doctor HELLMAN LEONIDAS FAJARDO PATARROYO Fiscal 36 Seccional adscrito a

la Unidad Tercera de Vida por la época de los hechos, fue sentenciado en primera instancia por una sala de decisión del Tribunal Superior de Bogotá por la comisión de un doble delito de prevaricato por acción, que describe el artículo 149 del anterior código penal -con las modificaciones introducidas por el 28 de la ley 190 de 1995-, y que resulta aplicable al caso en razón del principio de favorabilidad en cuanto prevé una sanción menos gravosa que el artículo 413 de la ley 600 de 2000.

Este delito, de acuerdo con su definición legal, se estructura cuando el servidor público, en ejercicio de las funciones oficialmente discernidas, profiere resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la norma jurídica aplicable al caso, haciendo prevalecer su capricho a la voluntad de la ley y afectando de este modo la integridad del ordenamiento jurídico y con ello la de la administración pública a cuyo nombre actúa.

La realización de la conducta, y por supuesto su trascendencia social y jurídica, encuentra comprobación, como viene en juzgarlo la Sala, “por medio del examen entre el mandato legal contenido en las disposiciones aplicables al caso y la decisión del funcionario, y, de igual manera a través de la acreditación de si éste, de acuerdo con la información disponible al momento de resolver el asunto, contaba con la posibilidad real de haber podido ajustarse al precepto normativo por cuya transgresión se le sindicaba, y, por tanto, si tenía conocimiento del carácter delictivo del comportamiento y, a pesar de ello, voluntariamente optó por realizar la conducta prohibida”¹.

No basta para la estructuración de este delito, como también ha sido dicho, la simple disparidad con el ordenamiento jurídico, pues si nos atenemos al sentido literal del texto, es menester que la contradicción sea de tal modo ostensible que no quepa la menor duda de que la decisión obedece a la pura arbitrariedad del funcionario, y no a una postura admisible dentro de los más amplios marcos del derecho vigente.

3. En el presente evento se da por descontado que el doctor FAJARDO PATARROYO ejercía

el cargo de Fiscal 36 Seccional de Bogotá.

No es motivo de controversia que dada esa condición y en ejercicio de sus funciones le correspondió conocer de la investigación seguida en contra de HENRY RAMÓN DELGADO FONSECA y ALEJO CHASOY CHASOY por los hechos de sangre sucedidos el 5 de julio de 1997, en cuyo desarrollo profirió las resoluciones de 16 de diciembre de ese mismo año y 19 de agosto de 1998, a través de las cuales revocó la medida de aseguramiento dictada en contra del primero y precluyó la instrucción a su favor en torno al doble delito tentado de homicidio.

El Tribunal reprocha esencialmente al funcionario acusado el haber inaplicado los artículos 36 Y 388 del anterior estatuto procesal penal, cuando por la prueba recaudada no sólo era menester mantener la medida de aseguramiento sino también proseguir la investigación por dicha ilicitud.

Se trata en realidad del marco normativo que debía tener en cuenta el acusado, al igual que los artículos 254, relativo al sistema que gobierna la apreciación probatoria y la necesidad de exponer siempre de manera razonada el mérito asignado a cada una de las pruebas allegadas a la actuación, y 412 ejusdem atinente a los presupuestos para revocar la medida de aseguramiento.

4. Antes de aplicarse la Sala a establecer si el procesado desconoció de manera manifiesta tales disposiciones de la ley procedimental penal, resulta menester advertir que, contrario a lo sostenido por el Tribunal en la sentencia, no es cierto que la Fiscalía haya emitido resolución de acusación por un concurso de delitos de prevaricato. Distinto es que hubiese dado a entender que la acción prevaricadora recayó sobre dos providencias que fueron emitidas con la exclusiva finalidad de excluir del comportamiento desarrollado por HENRY DELGADO FONSECA la pretensión homicida por la cual inicialmente el funcionario profirió medida de aseguramiento en su contra.

Del contenido de la resolución calificatoria se establece en efecto la formulación de cargos por un único delito de prevaricato; así al inicio de las consideraciones cuando el delegado de la Fiscalía aludió a que la conducta “desplegada por el procesado encaja TÍPICAMENTE en el DELITO DE PREVARICATO...”, y en la parte resolutive donde terminó acusando por la “CONDUCTA PUNIBLE DE PREVARICATO ACTIVO”, sin que por ninguna parte aparezca que hiciera mención a la figura concursal o a la norma jurídica que la recoge.

Para que no quepa la menor duda de que esa fue la pretensión del fiscal, en desarrollo de la audiencia de juzgamiento éste expresó de manera concreta:

“Acá hay un punto que puede llamar la atención y explícito –sic- mi criterio, el porqué no se solicita una imputación por concurso de hechos punibles, ya que son dos resoluciones de esa naturaleza y en diferente tiempo. Pienso que en el caso se da una acumulación progresiva de actos dirigidos por un dolo único, teniendo a sacar un resultado adelante, que era quitar la imputación por el conato contra la vida a HENRY y por consiguiente el desvalor de acción en definitiva se concretizó en el de desvalor del resultado querido, cual fue que este señor quedó impune de este delito tan grave, por esta circunstancia la imputación fue de un solo delito de prevaricato que además punitivamente se puede solucionar con una agravación de la pena por el dolo manifestado”.

Resulta incongruente con el cargo formulado, entonces, que el Tribunal de instancia haya determinado sentenciar al procesado por un concurso homogéneo y sucesivo, cuando estaba en el deber de respetar la calificación formulada por la Fiscalía en sus aspectos fáctico y jurídico, a no ser que durante el juzgamiento hubiera advertido la necesidad de variarla, caso en el cual debió proceder en los términos del artículo 404.2 del código de procedimiento penal, lo cual no hizo.

5. Al encontrar reunidos los requisitos sustanciales para proferir medida de aseguramiento que exigía el entonces vigente artículo 388 del estatuto procesal penal, el Fiscal FAJARDO PATARROYO impuso detención preventiva a HENRY DELGADO FONSECA por un doble conato de homicidio y porte ilegal de armas de fuego, básicamente con apoyo en las declaraciones de los ofendidos.

Días más tarde, tras escuchar nuevamente en declaración a RODRÍGUEZ y SÁNCHEZ, quienes ratificaron su versión preliminar, y de ampliar en dos ocasiones la versión del procesado DELGADO FONSECA, diligencias en las cuales reconoció exclusivamente su participación en el reato contra el patrimonio económico, el funcionario revocó la medida de aseguramiento por la tentativa de homicidio.

En esta oportunidad, encontró coherente el dicho del procesado al compararlo con las versiones de los ofendidos, para dar por sentado que las pruebas sobrevinientes debilitaron los indicios que motivaron la medida de aseguramiento.

El artículo 412 del decreto 2700 de 1991 -actual 363- establece que en cualquier momento de la actuación procesal, de oficio o a solicitud de los sujetos procesales, el funcionario revocará la medida de aseguramiento “cuando sobrevengan pruebas que la desvirtúen”.

El contenido de este precepto no le resultaba desconocido al funcionario acusado, pues aludió a la presencia de nuevas pruebas y sobre ellas apoyó la revocatoria.

Ahora bien, que con posterioridad a la medida de aseguramiento fueron aportados otros elementos de juicio en relación con la participación del procesado DELGADO FONSECA, resulta cierto, pues al fin y al cabo éste confesó su participación en la tentativa de hurto.

No obstante, no es verdad como apreció el funcionario en la resolución de 16 de septiembre de 1997, que tales elementos de juicio tuvieran la eficacia suficiente para

desvirtuar la medida de aseguramiento en torno al conato contra la vida.

Por el contrario, una lectura desprevenida de las ampliaciones de la indagatoria y los testimonios de las víctimas, no hacen más que reafirmar la hipótesis que el propio Fiscal 36 Seccional esgrimió al decretar la detención preventiva, en el sentido de que DELGADO FONSECA y CHASOY CHASOY buscaron terminar con la vida de RODRÍGUEZ PAREDES y SÁNCHEZ VEGA para apoderarse del vehículo y de la suma de dinero que portaban para finiquitar la compraventa del arma de fuego.

En ese sentido resulta altamente significativo que las versiones de los ofendidos no fueran sustancialmente diferentes de las que rindieron inicialmente; incluso se puede asegurar que son iguales, sin que por ello se quiera dar a entender que resulten sospechosas, pues nadie puso en duda la capacidad probatoria de tales atestaciones.

Por lo que hace a la ampliación de la indagatoria, lo que refirió DELGADO FONSECA en esta oportunidad no hace más que corroborar lo que ya el fiscal instructor había intuido al resolver la situación jurídica del procesado a través de las declaraciones de los testigos: que aquél no se limitó a ser un simple espectador de los delitos, sino que realizó una importante actividad en la comisión del doble atentado contra la vida y el patrimonio económico.

Ante el peso de las evidencias, que no por simple arrepentimiento, DELGADO FONSECA confesó parcialmente lo que ya se conocía por información de los testigos: el propósito que lo animaba de apoderarse del vehículo que conducía LUCIANO RODRÍGUEZ, aunque por conveniencia negó su participación en el atentado contra la vida de los dos muchachos.

Admitió en esta ocasión, por lo además, un importante detalle que dio a conocer el declarante JOSÉ ALBERTO SÁNCHEZ VELA quien dijo que se había percatado que el procesado DELGADO FONSECA cubría sus manos con un guante de cirugía, hecho que

éste absurdamente pretendió explicar en la necesidad de no dejar huellas en el volante del rodante en caso de ser sorprendido en posesión del mismo.

No obstante que tales elementos de juicio no hicieron más que robustecer los indicios graves de responsabilidad que pesaban sobre el implicado, el funcionario acusado resolvió darle un giro radical a la investigación para favorecer al sindicado, al revocar la medida de aseguramiento por el doble conato de homicidio. Ello le permitió justificar la libertad provisional que otorgó a su favor, teniendo entre las excusas que esgrimió con esa finalidad que el procesado había indemnizado integralmente al ofendido por el simple hecho de que su apoderado consignó la suma de \$58.000.00, valor que el togado fijó a su arbitrio dizque para compensar el tiempo de incapacidad fijado a RODRÍGUEZ por las lesiones sufridas.

Para justificar el nuevo rumbo que dio a la investigación, el aquí acusado manifestó en esencia que el nuevo relato de HENRY DELGADO FONSECA resultaba creíble porque “es el mismo lesionado, en compañía de su amigo, quienes precisan que el sindicado FONSECA, no tuvo ninguna participación en la tentativa de homicidio”.

No se sabe de donde extrajo el funcionario esa conclusión, como quiera que del contenido de las versiones de los testigos no se establece por parte alguna que ellos hayan consignado una afirmación en ese sentido. Por el contrario, la percepción de los deponentes sobre el comportamiento asumido por DELGADO FONSECA no fue otra que la de un personaje comprometido con los hechos de sangre, y así lo dieron a conocer al funcionario cuando expresaron que éste y CHASOY “querían era matarnos, y llevarsen -sic- el carro”, o cuando se opusieron a su ingreso a la tienda donde buscaron refugio o, en fin, cuando al arribo de la patrulla de la policía se quejaron por haber permitido el ingreso de DELGADO a quien señalaron como cómplice de la ilicitud.

Ahora, si lo que pretendía dar a entender con ello el funcionario acusado era que CHASOY fue el único autor de los disparos, dígame entonces que antes de emitirse la medida de aseguramiento era ya evidente que DELGADO no portaba ningún arma y que tampoco realizó los disparos que dieron en la humanidad de LUCIANO RODRÍGUEZ. Por eso fue precisamente que el Fiscal FAJARDO PATARROYO le atribuyó inicialmente responsabilidad en el homicidio a título de coautoría impropia (pag. 6 de la resolución de 10 de noviembre de 1997).

De modo que si la evidencia no había variado en lo más mínimo, ninguna de las explicaciones que suministró el doctor FAJARDO para revocar la medida de aseguramiento resultaban atendibles, como cree la defensa. La simple negativa del procesado o el reconocimiento parcial de su participación en el acuerdo para atentar contra el patrimonio económico de RODRÍGUEZ, no resultaban suficientes en ese orden, máxime cuando ello implicaba dejar de lado las contundentes manifestaciones de los ofendidos, que nadie, y ni siquiera el Fiscal FAJARDO PATARROYO, pone en duda.

La importante contribución al hecho que según los deponentes prestó el procesado DELGADO FONSECA al posibilitar su presencia en un lugar apartado y despoblado de la ciudad, que éste ni siquiera se atrevió a negar, pero se hablan de su intención de atentar contra la vida de los ofendidos, pues si el hurto del vehículo era lo único que pretendían como sostiene, les bastaba con amenazarlos durante el recorrido para dejarlos a la deriva y apoderarse del vehículo. Pero no, fue tal la insistencia de conducirlos a ese remoto paraje, que hasta despertó la sospecha de las víctimas por lo que podría llegarles a ocurrir, que se negaron a continuar ascendiendo por la ladera del monte.

Para el funcionario acusado ninguna importancia tuvieron las manifestaciones anteriores y posteriores al delito del procesado DELGADO FONSECA, como aquellas de sugerir a RODRÍGUEZ que no contara a sus familiares que iba a encontrarse con él o interrogarlo después acerca de si había referido a alguien sobre el encuentro o, en fin, tratar

de acallar a SÁNCHEZ VELA con un “Chito, chito, no vaya a decir nada, que yo ya maté al otro man, al que les disparó” con el evidente propósito de minimizar la situación cuando se vio descubierto.

Tampoco resultó importante para el fiscal acusado que hubiera ocultado la verdadera identidad de su compinche, quien resultó ser también un agente de la misma institución. Y menos que persiguiera al testigo para tratar de sujetarlo cubriéndose las manos con un guante de cirugía, cuando éste reaccionó ante los disparos, y que haya buscado ingresar conjuntamente con el otro implicado a la tienda donde los muchachos buscaron refugio.

El sólo detalle de los guantes de cirugía resultaba altamente significativo en la acreditación de la motivación, pues es absurdo pensar que en aquel instante se hubiera calzado los mismos para no dejar huellas en el vehículo y menos aún que buscara no ser descubierto por sus impresiones dactilares como el autor del apoderamiento, si de todas maneras había sido identificado por los ofendidos a quienes les bastaba referir su participación en el acaecimiento. Pero, de igual manera, si el propósito que guió a DELGADO hubiera sido exclusivamente el de apropiarse del automotor, ninguna necesidad tenía de correr detrás de SÁNCHEZ VELA, cuando le bastaba tomar los controles del vehículo y conducirlo para consumir el apoderamiento.

Además, puesto que DELGADO era conocido de WILSON LUCIANO RODRÍGUEZ, aquél solo podía apoderarse impunemente del automotor, matando a éste, pues de lo contrario, RODRÍGUEZ lo hubiera delatado.

Todas esas circunstancias, que ninguna relación guardan para el recurrente con los hechos de sangre, constituyen por el contrario para la Sala evidencia de primer orden que analizada en conjunto debieron conducir al fiscal acusado a mantener la medida de aseguramiento en contra del sindicado DELGADO FONSECA por su participación en el

doble conato de homicidio.

El acusado las ignoró por completo a pesar de que en su mayoría le habían servido de soporte para emitir la medida de aseguramiento, específicamente cuando se refirió a los indicios de presencia en el lugar de los hechos y mala justificación en orden a deducir el acuerdo previo entre los maleantes para acabar con la vida de los ofendidos.

Sin duda, entonces, esa primera resolución dictada por el fiscal se ofrece ostensiblemente contraria a la ley, pues si la prueba de cargo no había variado en lo más mínimo, y por el contrario se había fortalecido con la confesión así sea parcial del implicado y el reconocimiento que efectuó de detalles importantes referidos por las víctimas, era de esperarse que en respuesta a la solicitud elevada por el defensor -que por cierto no contiene motivación en torno a la revocatoria deseada- mantuviera la medida de aseguramiento por el conato de homicidio.

El desenlace que el funcionario acusado dio al caso, vino a reafirmar su intención de desconocer el ordenamiento jurídico para favorecer a DELGADO FONSECA.

En efecto:

De conformidad con el artículo 36 del anterior estatuto penal, cuando de acuerdo a las pruebas allegadas se establecía **PLENAMENTE**, entre otras situaciones, que el hecho materia de investigación no había existido o que el sindicado no lo había cometido, correspondía proferir preclusión de la investigación.

En la ley 600 de 2000, tales causales de preclusión de la investigación se mantuvieron inalterables, desde luego ajustadas a las nuevas orientaciones dogmáticas. En la actualidad se habla genéricamente de causales de ausencia de responsabilidad, por lo que el artículo 39 del estatuto procesal penal contempla la posibilidad de precluir la

investigación o cesar el procedimiento, dependiendo de la etapa procesal por la que atraviesa el proceso, cuando está demostrada plenamente una de tales causales.

En el caso que concita la atención de la Sala, cuando era de esperarse que frente a los serios reparos que hizo la Juez 47 Penal del Circuito a la primigenia formulación de cargos -oportunidad en la que ésta tras efectuar un análisis detallado de las pruebas se mostró sorprendida, e incluso calificó de insólito, que el instructor hubiese dejado de lado los delitos contra la vida-, el funcionario acusado replanteara la situación, nada de esto hizo y por el contrario, prevalido de insignificantes y falsos argumentos, terminó descartando la calificante del hurto y precluyendo la investigación en torno al doble delito tentado de homicidio.

Dijo en esta oportunidad que de llegar a aceptar que el procesado DELGADO cometió el delito de hurto calificado por la violencia, estaría admitiendo que participó en el punible contra la vida, como si no fuera cierto que el propio DELGADO expresó en su momento que el acuerdo consistió en que CHASOY intimidara a los ofendidos mientras él se apoderaba del automotor, pacto inocultable del ejercicio de la fuerza sobre los sujetos pasivos que no podía ser ignorado por el fiscal.

Y no se trata aquí simplemente de que otra autoridad pudiera tener una apreciación distinta a la del procesado, como estima la defensa, sino que, aparte de suministrar éste una excusa inaceptable, no se hubiera ocupado siquiera de controvertir las razones que llevaron a la funcionaria de conocimiento a declarar que “de acuerdo a los hechos expuestos por la fiscalía y relatados por las dos víctimas el delito CONTRA LA VIDA, se intentó para consumar otro hecho punible, que no era otro que contra EL PATRIMONIO económico y en tales condiciones el doble homicidio, en el grado de tentativa, lo fue agravado por el numeral 2º del art. 324 del C.P...”, para lo cual ésta se

ocupó en extenso a analizar la prueba recaudada.

Pero más allá de toda otra consideración, las razones que el Fiscal FAJARDO PATARROYO suministró enseguida para precluir la investigación por el conato de homicidio no dejan de sorprender.

En ese sentido volvió a reiterar que DELGADO no accionó el arma, cuestión que ya se sabía desde las primeras versiones de los testigos, siendo éste uno de los motivos por los cuales el fiscal FAJARDO PATARROYO le atribuyó en principio la autoría impropia, por lo que resultaba ilógico que sostuviera en ese preciso momento que la situación había variado favorablemente al sindicado.

Dijo, asimismo, que la no consumación del homicidio ocurrió “gracias a la ayuda de aquél”, lo cual no resulta cierto, como quiera que si la acción homicida no produjo el resultado querido por los asaltantes se debió exclusivamente a la reacción de las víctimas y a la suerte que corrió WILSON LUCIANO RODRÍGUEZ cuando los disparos que recibió no interesaron partes vitales de su cuerpo y al agresor se le acabaron los proyectiles.

Finalmente, contra toda evidencia -como se dejó analizado-, otorgó credibilidad al dicho del implicado, en orden a señalar que “entre lo acordado no estaba la comisión del delito de homicidio” como si se tratara de una verdad revelada por el simple motivo de que DELGADO hubiese confesado su participación en el reato contra el patrimonio económico.

Era incluso de esperarse, frente a la inocultable realidad que surgía del plenario, que el Fiscal FAJARDO PATARROYO se planteara al menos la necesidad de proseguir la investigación por el homicidio. Pero no, fue tal el afán con que procedió que sin miramientos de ninguna especie dio al traste con una investigación que merecía mejor suerte, dada la gravedad de los hechos relatados por los testigos y que sin dudas comprometía la responsabilidad de dos representantes de la institución policiva en la

acción homicida.

Si basado entonces en motivaciones falsas y en la supuesta estimación de las pruebas recaudadas, procedió a emitir la resolución de 19 de agosto de 1998, para la Sala es claro que el funcionario acusado desconoció de manera ostensible el contenido del artículo 63 del anterior estatuto procesal, vigente para ese momento, el cual exigía plena prueba de la inexistencia del hecho y la inocencia del procesado, que en ese caso brillaba por su ausencia pues ni siquiera se insinuaba la existencia de prueba precaria que apuntara en el sentido indicado.

En su indagatoria el procesado reiteró que la decisión de precluir la investigación por el ilícito de sangre se debió a que éste no se consumó gracias a la colaboración y atención prestada por el agente, lo cual es falso.

Según los ofendidos, DELGADO FONSECA únicamente se limitó a acompañar al lesionado durante el traslado al centro asistencial y a visitarlo durante su permanencia en la clínica, actitud que no es indicativa siquiera de un auxilio posterior y que aún de resultar admisible que lo fuera no permite inferir necesariamente la inocencia del sindicado, pues mas bien denota un entendible afán de situarse al margen de toda sospecha.

Menos se puede hablar de la presencia de una tentativa desistida, como se ha querido plantear al presentar en vano el caso como similar al de aquel sujeto que arremetió contra su ex-compañera con una puñalada en el abdomen e inmediatamente después la trasladó a un centro asistencial para que recibiera atención médica y pudiera sobrevivir a la mortal agresión. El supuesto auxilio que prestó DELGADO a RODRÍGUEZ, que en realidad no fue ninguno pues éste buscó por sus propios medios refugiarse en una tienda ante la acción de sus victimarios y el traslado a la clínica ocurrió por la intervención de una patrulla de la Policía frente al requerimiento de los asustados muchachos, en

nada alteró el decurso de los hechos.

Y sin lugar a dudas, el acompañamiento que hizo del lesionado, si se analiza en su contexto no tenía otro significado distinto que el de pretender minimizar la gravedad de los hechos y mostrarse ajeno a la ilicitud, precisamente por ser conocido de RODRÍGUEZ y cuando ya nada podía hacer para culminar con el grave atentado debido a la reacción de los ofendidos y a la presencia de otras personas en el lugar donde éstos buscaron refugio. No de otra manera se explica las palabras que pronunció para acallar a los testigos, aduciendo que había ultimado a CHASOY o dando a entender que nada había sucedido.

Para el fiscal acusado ninguna incidencia llegó a tener ese comportamiento del sindicado en la definición del asunto, pues lo pasó por alto, y por el contrario, acudiendo a una excusa inexistente, como quiera que el supuesto auxilio jamás tuvo ocurrencia, trata ahora de sacar adelante su pretendida inocencia en el reato de prevaricato comparándolo con un caso completamente distinto que le correspondió definir.

Es que incluso de haber sido cierta la similitud de los dos eventos, ello le indicaba la necesidad de mantener la medida de aseguramiento y formular cargos por el delito de lesiones personales, lo cual no ocurrió en este caso.

Mucho se ha insistido en que el acusado FAJARDO PATARROYO consultó a otros fiscales en orden a adoptar la determinación de precluir la investigación. Lo curioso de ello es que en su primera versión no entrega esa información, pese a recordar con precisión los hechos por los cuales era indagado. Solo después de encontrarse afectado con medida de aseguramiento y ad portas del cierre de la investigación se acuerda que tuvo una charla informal sobre el caso que enfrentaba con los doctores LUIS ALBERTO BARRIOS y ALEJANDRO CARO, lo cual no deja de despertar sospechas.

Éstos, por su parte, en la audiencia de juzgamiento se refieren a la charla que

mantuvieron con su compañero FAJARDO PATARROYO y que ocurrió cinco años antes aproximadamente de su presencia en estrados judiciales; y como era de esperarse, pues de lo contrario podían resultar demasiado evidentes, apenas recuerdan generalidades del caso de los policías, basando sus opiniones en informaciones parciales que les suministró el acusado.

En ese sentido el doctor CARO manifestó que su opinión había sido que en los delitos de tentativa de homicidio era preciso que el sujeto activo actúe con dolo directo de dar muerte “y en el caso que me proponía el doctor HERMAN -sic- parece que los sindicatos no se habían puesto de acuerdo, sino para cometer un delito contra la propiedad”. Reitera que su conocimiento de los hechos era escaso, únicamente por lo que refirió el procesado, e incluso afirma haber planteado su punto de vista sobre el dolo eventual, que no se vio reflejado en lo más mínimo en la providencia del funcionario acusado, de haber sido cierto que consultó a este testigo.

Por su parte, el doctor BARRIOS puntualizó que eran “comentarios sin saber muy a fondo de que se trataba” e incluso llegó a insinuar que al fiscal FAJARDO PATARROYO mostró el caso como “como el del policía bueno y el policía malo” y que le “asaltaba la duda de la tentativa”, por lo que siendo verdad la charla informal que sostuvo con los testigos la sola duda debió llevarlo a abandonar la idea de precluir la investigación.

Y qué decir en torno al testimonio del Técnico STALIN ALEXIS ARGUELLO BELTRÁN, sino que ningún aporte hace a la causa del implicado, pues si como sostiene apenas había empezado a trasegar en asuntos jurídicos cuando sucedió el caso de los policías y el Fiscal FAJARDO PATARROYO le dictaba las providencias, no puede sostenerse válidamente que sus opiniones hayan influido de alguna manera para que éste adoptara la radical decisión de precluir la instrucción.

En lo que hace a la doctora CONSTANZA EUGENIA MURILLO GÓMEZ, quien actuó como

representante del ministerio Público en ese caso, no se puede sostener que las resoluciones se ajustaban a derecho porque ella no las recurrió, máxime cuando ella reconoce que “a veces es imposible uno como agente del ministerio público ponerle los cinco sentidos a todos los procesos ya que uno es humano y se puede equivocar o pasar por alto ciertos pronunciamientos por motivo de que el cúmulo del trabajo es aproximadamente de 150 a unos 200 procesos mensuales...”.

En esa medida, entonces, ninguna contribución a la situación del procesado hacen los testigos, sin que pueda sostenerse válidamente que el Tribunal ignoró los testimonios de los dos primeros, como quiera que al referirse a la coautoría impropia (pag. 25) el a quo replicó al fundamento que esgrimió el acusado de haberse dado cuenta, después del diálogo sostenido con los doctores CARO y BARRIOS, que DELGADO no realizó ningún aporte en el conato de homicidio.

El defensor, de otra parte, critica al Tribunal por haber dicho que el acusado no tuvo en cuenta algunos hechos indicadores contra DELGADO, los cuales en su sentir no tenían la suficiente eficacia para comprometer la responsabilidad de éste por no guardar relación con el episodio de sangre.

No es posible, sin embargo, que trate de minimizar el comportamiento del procesado únicamente porque no portaba el arma y tampoco disparó contra RODRÍGUEZ, olvidando las circunstancias antecedentes, concomitantes y posteriores al sangriento episodio, de las cuales ya se ocupó la Sala con antelación y que ciertamente en su gran mayoría son ignoradas por el representante del procesado (así, por ejemplo, las manifestaciones anteriores y posteriores a los disparos, hechas por DELGADO; la persecución a SÁNCHEZ VELA calzando unos guantes de cirugía; el tratar de bajarle el tono a la gravedad del episodio para no ser considerado copartícipe de los reatos, entre otras).

Contrario al pensamiento del defensor, la sola insistencia de los dos policiales para conducir a los dos muchachos a un lugar apartado y despoblado, con el pretexto de probar el arma de fuego, debió inquietar al fiscal acusado, al menos para no precluir la investigación. Esa contribución al hecho de parte de DELGADO resulta de suma importancia para concretar el acuerdo que el funcionario echa de menos, pues, como se dijo, si el pacto hubiera versado únicamente sobre el hurto del automotor, ninguna necesidad tenían los asaltantes de llegar hasta ese sitio para consumar el hecho, cuando les bastaba amenazar con el arma en el trayecto a los ocupantes del vehículo para apoderarse del mismo.

Lo que informaban las pruebas al fiscal no era precisamente un “repentino e imprevisto actuar de CHASOY CHASOY”, como lo trata de hacer ver el defensor para sostener a partir de allí que el Tribunal aplicó la teoría de la prohibición de regreso, a la cual en ningún momento aludió el Tribunal, a más de que ella era de imposible deducción en este caso en cuanto nadie ha dicho, y ni siquiera sugerido, que DELGADO realizó una conducta culposa, irrelevante o inocua para el derecho penal y que con ella hubiera facilitado o estimulado la comisión de un delito doloso por parte de CHASOY.

Lo que se sostiene en realidad aquí es que el Fiscal FAJARDO PATARROYO conocía el contenido y alcance de los preceptos mencionados, que DELGADO estaba altamente comprometido en los hechos de sangre por las mismas circunstancias que tuvo en cuenta al definir su situación jurídica provisional y que de manera alguna la situación varió a favor de este procesado como para justificar que el funcionario no solo hubiera revocado la medida de aseguramiento sino también precluido la instrucción, cuando tales determinaciones resultaban extrañas a la realidad que emergía del sumario.

No se precisaba de mayores argumentaciones para concluir que las ampliaciones de los testimonios y la injurada no tenían la virtualidad de despojar la conducta de DELGADO de su contenido delictivo. Por tanto, la Sala concluye que el delito de prevaricato existió y

que el procesado lo cometió a título de dolo.

El Fiscal FAJARDO PATARROYO contaba con los elementos posibles para formular cargos contra DELGADO FONSECA por los conatos de homicidio y hurto calificado, o al menos para proseguir la investigación por estos delitos en caso de que la imputación no fuera aceptada por el procesado en la audiencia de sentencia anticipada; contra toda evidencia, empero, decidió precluir apoyado en argumentos falsos e intrascendentes, y omitiendo valorar la prueba en su conjunto en una clara y patente contrariedad con el ordenamiento jurídico.

Al tratar de explicar su inconformidad con el Tribunal sobre el dolo del comportamiento, el recurrente plantea que al procesado no lo animaba ningún interés de favorecer a DELGADO FONSECA (amistad, provecho económico, etc.), agregando que su larga trayectoria, buena conducta y reconocida capacidad, descartan que hubiera actuado intencionalmente en este caso.

El actuar doloso en el prevaricato, como viene en juzgarlo la Sala, requiere entendimiento de la manifiesta ilegalidad de la resolución proferida y conciencia de que con tal proveído se vulnera sin derecho el bien jurídico de la recta y equilibrada definición del conflicto que estaba sometido al conocimiento del servidor público, quien podía y debía producir un pronunciamiento ceñido a la ley y a la justicia (Cfr. sentencia mayo 20 de 1997). No es de la esencia de la figura la comprobación de una concreta finalidad, que si bien puede ser relevante en la determinación de la culpabilidad, tampoco su indemostrabilidad conduce inexorablemente a declarar la falta de responsabilidad en el delito.

En efecto, la jurisprudencia de esta Sala ha insistido en que aún tratándose de una prevaricación con un fin jurídicamente irrelevante o incluso noble, el delito no desaparece. Contrario a lo que sucedía en el código penal de 1936, no se requiere

actualmente de ingredientes adicionales en lo que toca con la demostración del dolo en el prevaricato, por ejemplo “simpatía” o “animadversión” hacia una de las partes. Sólo es fundamental que se tenga conciencia de que el pronunciamiento se aparta ostensiblemente del derecho, sin que importe el motivo específico que el servidor público tenga para actuar así.

La forma como el acusado procedió tampoco era acorde con su experiencia y capacidad profesional, pues se trata de un funcionario de amplia trayectoria en el campo penal y con especialización en el área según refiere, por lo que era imposible que ignorara el sentido y alcance de las disposiciones que le correspondía aplicar.

En otras palabras, el intempestivo giro que dio al caso no se explica por ignorancia, pues bien conocía el contenido de las pruebas y las normas que debía aplicar. De ahí que ni siquiera sea posible contemplar la presencia de error en la interpretación de las mismas.

En razón de lo anterior considera la Sala que el procesado no se equivocó simplemente en la apreciación fáctica o jurídica, sino que tuvo la intención manifiesta de hacer prevalecer su propio capricho a la voluntad de la ley.

Por manera que, al establecer la Corte que el delito de prevaricato por acción previsto en el artículo 149 de la legislación penal vigente para el momento de los hechos encuentra cabal demostración en sus aspectos material y objetivo como fue acertadamente declarado por el Tribunal de instancia, no le queda otra alternativa distinta que mantener el sentido de la decisión objeto del recurso, dado el carácter típicamente antijurídico del comportamiento llevado a cabo por el doctor HELMAN LEONIDAS FAJARDO PATARROYO y su realización plenamente dolosa.

6. El recurrente no controvertió la dosificación punitiva realizada por el Tribunal, como que se limitó a mostrar su inconformidad con la declaración de responsabilidad, lo cual no

impide a la Sala pronunciarse sobre el punto, fundamentalmente porque, como se dejó visto, el ad quem dedujo equivocadamente una figura concursal que no le fue imputada en el pliego de cargos.

Resulta claro en este caso que la anterior codificación penal resulta más benigna, pues si bien los límites mínimo y máximo señalados para la pena de prisión son los mismos previstos en el artículo 413 de la ley 599 de 2000, el artículo 149 del decreto ley 100 de 1980, modificado por el 28 de la ley 190 de 1995, prevé límites menores en torno a las penas no privativas de la libertad.

En relación con el ámbito punitivo de movilidad, resulta más favorable el nuevo sistema establecido en el artículo 61 del nuevo código penal, como quiera que por la sola presencia de una circunstancia de atenuación (carencia de antecedentes penales), que no de agravación, la Sala únicamente puede moverse dentro del cuarto mínimo. En este caso respecto de la pena de prisión dicho cuarto oscila entre 36 y 51 meses, mientras que de aplicarse el anterior artículo 61 los límites mínimo y máximo serían 3 y 8 años, equivalentes a 36 y 96 meses, respectivamente.

Cabe anotar que en este caso no se puede atribuir la posición distinguida que el fiscal ocupa en la sociedad -numeral 11 del artículo 66 anterior-, como equivocadamente lo hiciera el Tribunal, por cuanto tal circunstancia no fue imputada en la resolución de acusación.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que los demás factores expuestos por el Tribunal para no imponer la mínima pena de prisión allí prevista resultan atendibles, básicamente por la mayor gravedad de la conducta, la Sala acogerá la sanción de 42 meses de prisión que el a quo fijó en un principio antes de proceder al aumento por la figura concursal, la cual se ubica dentro de aquél cuarto mínimo de movilidad. Ese lapso resulta extensivo a la pena de interdicción de derechos y funciones públicas.

En cuanto a la pena de multa, simplemente se restará el aumento que el Tribunal hizo por el concurso, con lo cual esta queda reducida a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

7. No hay lugar a considerar la suspensión condicional de la ejecución de la pena, dado que la pena de prisión excede de tres (3) años.

Tampoco hay lugar a sustituir la prisión intramuros por domiciliaria, por las mismas razones esgrimidas por el Tribunal, que no fueron controvertidas por el impugnante y que la Corte hace suyas.

Se impartirá confirmación, entonces, a la sentencia objeto del recurso, con las modificaciones relativas a la sanción.

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

RESUELVE:

1. Confirmar el numeral 1º de la parte resolutive de la sentencia condenatoria emitida por el Tribunal Superior de Bogotá en contra del doctor HELMAN LEONIDAS FAJARDO PATARROYO, modificándolo en el sentido de imponerle en definitiva 42 meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y multa en cuantía equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como autor de un único delito de prevaricato por acción;

2. Se confirma íntegramente la sentencia en todo lo demás.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO ALVARO O. PÉREZ PINZON

Comisión de servicio

MARINA PULIDO DE BARÓN JORGE L. QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Sentencia de febrero 18/03. Rad. 16262, M.P. doctor Arboleda Ripoll.