

Proceso No 23198

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

APROBADO ACTA No. 054

Bogotá, D. C., seis (6) de julio del dos mil cinco (2005).

VISTOS

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el defensor del doctor CARLOS JOSÉ DAZA DAZA contra la sentencia del 12 de octubre del 2004, mediante la cual el Tribunal Superior de Riohacha lo condenó como autor del delito de prevaricato por acción a 42 meses de prisión, multa por valor de 60 salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la privación de libertad. Así mismo, le negó la prisión domiciliaria.

ANTECEDENTES

Así los resumió la Sala en pasada oportunidad:

El 10 de enero del 2001, los señores Jesús Ernesto Holguín Fontalvo y James Ojeda García fueron puestos a disposición del fiscal segundo delegado ante los jueces promiscuos del circuito de San Juan del Cesar, CARLOS JOSÉ DAZA DAZA, porque según el informe policivo fueron capturados cuando tenían en su poder un camión que horas antes

había sido hurtado a Iván Antonio Álvarez López, quien de acuerdo con el mismo parte habría reconocido a Ojeda como una de las cuatro personas que lo despojaron del automotor.

No obstante que en la denuncia el señor Álvarez López informó que los dos aprehendidos habían participado en el hecho y que otros dos lo tuvieron retenido en el monte por más de dos horas, el fiscal DAZA DAZA, después de escucharlos en indagatoria, los aseguró con detención preventiva por el delito de receptación y les concedió la libertad provisional.

Impugnada la providencia por la personera municipal de San Juan del Cesar, el fiscal segundo delegado ante el Tribunal Superior de Riohacha confirmó la medida preventiva pero no por la conducta imputada por el A quo sino por los delitos de secuestro simple y hurto calificado y agravado; revocó la libertad concedida y ordenó investigar al doctor DAZA DAZA por prevaricato por acción.

Concluida la instrucción, el 20 de marzo del 2003 el fiscal 11 delegado ante el Tribunal Superior de Medellín lo acusó por esa ilicitud. La decisión, apelada por el ministerio público, por el doctor DAZA y por su defensor, fue confirmada el 31 de julio por un fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia.

Celebrada la audiencia pública, el 12 de octubre del 2004 el Tribunal Superior de Riohacha dictó el fallo condenatorio a que se hizo alusión, el cual fue recurrido por el defensor.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Para el Tribunal, la resolución dictada por el doctor DAZA DAZA el 16 de enero del 2001, mediante la cual profirió medida de aseguramiento contra James Ojeda García y Jesús Ernesto Holguín Fontalvo por el delito de receptación y les concedió libertad provisional,

es manifiestamente contraria a la realidad fáctica y jurídica que revelaba el proceso.

El señalamiento que de los sindicados hizo el conductor del vehículo, Iván Antonio Álvarez López, quien los reconoció como dos de las personas que lo despojaron del automotor, así como las declaraciones de los agentes de policía que interceptaron el vehículo y retuvieron a los implicados, acreditaban claramente que aquellos eran coautores del delito de hurto calificado agravado.

El proceder asumido por el entonces fiscal seccional doctor DAZA DAZA configura el delito de prevaricato por acción que tipificaba el artículo 149 del Decreto 100 de 1980 -reformado por el artículo 28 de la Ley 190 de 1995-, norma más favorable que el actual artículo 413 de la Ley 599 del 2000, conducta que por antijurídica -pues afectó la administración pública, a la que debía servir con lealtad y eficacia- y por haber sido cometida con dolo -porque de manera consciente y deliberada adoptó una decisión que contrariaba la normatividad vigente-, lo hace acreedor a la sentencia de condena.

Para la imposición de la pena, partió el A quo del mínimo de 3 años y lo aumentó en 3 meses por la gravedad del hecho y en 3 más por la posición distinguida en la sociedad, para un total de 42 meses de prisión.

Igualmente, sin ofrecer razones, le fijó multa por 60 salarios mínimos legales mensuales y lo inhabilitó para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la privación de libertad.

También le negó la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia por no reunirse el requisito objetivo de la cantidad de pena, y la prisión domiciliaria porque estimó necesario proteger a la comunidad ante comportamientos reprochables en los que podría volver a incurrir dado que en el pasado también lo había hecho.

EL RECURSO

Después de lamentar que el Tribunal no hiciera ninguna alusión a los argumentos de defensa y que hubiera desatendido las normas del estatuto procesal que le obligaban a proveer con apoyo en las pruebas legalmente recaudadas -porque las ilegales debían ser desechadas- y a valorarlas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el abogado recurrente señala que para el momento en que se resolvió situación jurídica el material probatorio era en extremo escaso y no podía valorarse el informe de policía judicial por expreso mandato del artículo 50 de la Ley 504 de 1999 que adicionó el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal, ni la declaración del conductor del vehículo porque fue recibida por la policía judicial sin que se hubiera presentado el estado de flagrancia ni recaudado el testimonio en el lugar de los hechos según lo dispuesto por el artículo 314 del mismo código.

Además, contra la credibilidad que se ha dicho debía dársele a la declaración de Álvarez López, la prueba se contaminó porque en la policía de Barrancas hizo un reconocimiento de las personas retenidas sin que se observara el procedimiento señalado en el artículo 368 del anterior código procesal ni se le interrogara previamente para que describiera las personas que iba a reconocer o que los indiciados hubiesen estado asistidos por apoderado.

Resulta extraño que el testigo, en situación de alto nerviosismo como debía encontrarse por el impacto sufrido, recordara con tanta precisión la placa del vehículo en el que según dijo se desplazaban los asaltantes.

El Tribunal debió considerar todas estas irregularidades formales y sustanciales para no apreciar como válido ese testimonio, de la misma manera que no lo quiso tener en cuenta el fiscal DAZA DAZA.

Tampoco procedía valorar las declaraciones de los agentes de policía, porque no son

más que informes verbales o la ratificación de informes escritos que, como ya lo había anotado, no sirven de prueba. Por lo demás, ellos no presenciaron el hecho.

Esa deficiencia probatoria, que impedía tener a los retenidos como coautores de hurto o de receptación o cómplices de hurto, fue precisamente la que dio lugar a que el fiscal diera crédito a las coherentes exposiciones de los sindicatos para tenerlos únicamente por coautores del delito de receptación.

También debe recordarse que finalmente el fiscal que reemplazó al procesado precluyó por el delito de secuestro y concedió libertad por el hurto, de manera que el proceso terminó como había decidido el doctor DAZA en la providencia del 16 de enero del 2001 -detención preventiva con beneficio de libertad provisional- o sea que no hubo ninguna lesión al bien jurídico de la administración pública, es decir, no existe antijuridicidad material y así lo debe declarar la Corte revocando la sentencia impugnada.

Por otro lado, el fiscal Ad quem ordenó compulsar copias contra el A quo para que se le investigara por el delito de prevaricato, no obstante que confirmó la decisión de medida de aseguramiento de detención, sólo que discrepó en que no procedía por el delito de receptación sino por un concurso de secuestro simple y hurto calificado agravado, y revocó la libertad provisional que el doctor DAZA había concedido en aplicación de los principios de autonomía e independencia de la función judicial.

Más tarde, sin embargo, los sucesivos fiscales que han conocido del proceso le han dado la razón al procesado, pues el 13 de junio del 2001 se sustituyó por domiciliaria la detención preventiva y el 22 de noviembre se precluyó por secuestro y se les concedió la libertad como antes lo había hecho el fiscal DAZA DAZA. Por lo tanto, trátase de receptación o de hurto, en el fondo no hay ninguna diferencia: en ambos casos era procedente la detención preventiva con libertad provisional.

La defensa reclama que, en consecuencia, se le reconozca al procesado haber actuado bajo

error invencible, pues no se puede concebir que en cada decisión el funcionario judicial lleve el dolo en sus entrañas, como no lo tenía el fiscal de segunda instancia no obstante haber imputado un delito inexistente –el secuestro- y haber revocado la libertad que después otro fiscal concedió.

En realidad la actuación de los fiscales ha estado plagada de errores y no por eso se les ha investigado por el delito de prevaricato. El mismo fiscal que compulsó copias contra el doctor DAZA, resolvió su situación jurídica y le concedió libertad; pero el que calificó el mérito del sumario revocó el beneficio. Cuál de los dos prevaricó?

También el Ministerio Público se equivocó. Hasta antes de la audiencia pública un representante suyo reclamó la preclusión y en ese acto otro pidió la condena. Debe por eso compulsársele copias a uno de los dos?

En todos estos casos, lo que en realidad se advierte es una disparidad de criterios de acuerdo a la formación profesional y a las concepciones de cada funcionario. Fue lo que ocurrió, por ejemplo, en el proceso seguido contra el doctor Rafael Agustín Navas Curiel, a quien inicialmente se le impuso medida de aseguramiento de conminación por abuso de autoridad y luego de detención por prevaricato por acción, aunque más tarde la Corte lo absolvió por ausencia de culpabilidad, sin que además hubiera dispuesto compulsar copias para investigar a los fiscales.

Insiste que al doctor DAZA DAZA se le debe reconocer por lo menos que actuó bajo la convicción errada e invencible de que en su actuar no concurría alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal, porque no se le demostró el dolo pues no había prueba que le permitiera creer que los sindicatos eran coautores del delito de hurto.

Ese error, inicialmente invencible, era sin embargo superable en el mismo proceso por el propio fiscal si el ministerio público hubiera interpuesto recurso de reposición, o aún

en la calificación, pero no lo pudo enmendar porque ni aquél ni la dirección de fiscalías le dieron la oportunidad: uno porque no interpuso reposición y otra porque lo separó del conocimiento del asunto.

También se hubiera podido corregir el yerro en la segunda instancia, como en efecto ocurrió, y en este caso no hay vulneración del bien jurídico tutelado porque se dejó sin efecto la decisión de primer grado, revisión que es precisamente la razón de ser de la competencia funcional.

Por último, solicita se revoque el fallo condenatorio porque la acción no es típica, ni antijurídica, ni culpable. En subsidio, que se le conceda la prisión domiciliaria que fue inexplicablemente negada por el A quo, que sin embargo la ha otorgado en situaciones más graves que ésta.

ESTUDIO DE NO RECURRENTE

El procurador judicial que actúa ante la Corporación A quo presentó dentro del término legal un escrito para solicitar la confirmación integral del fallo impugnado.

Dice que tan evidente era el interés que tenía el fiscal DAZA DAZA en favorecer a los sindicatos, que se apresuró a resolver situación jurídica el 16 de enero no obstante que el término para hacerlo vencía el día 19. Y efectivamente los benefició, pues a pesar de la situación de flagrancia en que fueron capturados, de lo dicho en la denuncia por Iván Antonio Álvarez y de las declaraciones de los agentes de policía que participaron en la captura, optó por proferir medida de aseguramiento por receptación y liberarlos provisionalmente. Con el tiempo de que disponía, bien pudo ampliar la denuncia antes de tomar la decisión.

Igualmente se opone a la concesión de la prisión domiciliaria. Para respaldar su posición invoca el fallo dictado por esta Sala en el proceso radicado 22.054, en el que, ante

razonamientos semejantes a los que ahora expone la defensa para reclamar la sustitución de la prisión intramural, la Corte negó la solicitud.

CONSIDERACIONES

1. Limitada la competencia del juez de segunda instancia al examen de los motivos de inconformidad expresados por el apelante en la sustentación del recurso para confrontarlos con la sentencia impugnada y con la prueba recaudada o para revisar la observancia de las garantías fundamentales, según sea la razón del desacuerdo –aunque advertida la afectación de derechos constitucionales la intervención del Ad quem en procura de su restablecimiento resulta forzosa–, seguidamente se ocupará la Sala del estudio de los temas en los que funda su disenso el defensor del doctor DAZA DAZA.

2. Antes, para situar en contexto las críticas del apelante, conviene reseñar brevemente la actuación cumplida en el proceso adelantado contra Jesús Ernesto Holguín Fontalvo y James Ojeda García y el contenido de la providencia cuestionada:

a. El 10 de enero del 2001, el comandante de la estación de policía de Barrancas dejó a disposición del fiscal local de San Juan del Cesar a los señores Holguín y Ojeda, retenidos según dijo en la tarde del día 9 porque se había informado del hurto del vehículo que precisamente conducía el primero, en tanto que el segundo lo venía acompañando en un automóvil. Los dos fueron reconocidos por el conductor del camión, Iván Antonio Álvarez López, como integrantes del grupo que se apoderó del automotor.

b. Con el informe, le fue entregado al fiscal local el texto de la denuncia formulada por el señor Álvarez López en la estación de policía de Barrancas en la noche del 9 de enero. En el documento se lee que a las 3:10 p.m. fue interceptado por cuatro individuos, tres de los cuales se subieron al camión que conducía y el otro siguió en el automóvil utilizado para cerrarle el paso; que más adelante dos de ellos lo internaron en el monte mientras el otro continuó la marcha en el automotor; que a las 6 p.m. se dirigió a la estación de policía

de Hatonuevo para formular la denuncia, y allí le informaron que la policía de Barrancas había recuperado el carro y capturado a dos personas, a quienes luego señalaría como integrantes del grupo asaltante.

c. Los imputados fueron escuchados en indagatoria el 12 de enero. A una voz, dijeron que Álvarez López les había entregado el camión por \$ 3.500.000 que después le depositarían en una cuenta de una entidad bancaria, pero al enterarse más tarde que los habían aprehendido, denunció el hecho para salvar su responsabilidad.

d. El 15 de enero, el fiscal local recibió declaración a los agentes de policía Hugo José Gallardo y Boris Humberto de la Cruz, quienes participaron en el operativo. El primero dijo que en el momento de la captura, Holguín reconoció haberle quitado el camión al conductor, a quien dejaron amarrado; el segundo, que los retenidos informaron en la estación de policía que al conductor lo habían dejado en una trocha cercana y que luego éste se hizo presente y reconoció a los capturados como autores del hurto.

e. El 16 de enero, el fiscal DAZA DAZA resolvió la situación jurídica de los indagados. Dijo que contra éstos, capturados en flagrancia, únicamente existía la denuncia formulada por Iván Álvarez, que sólo servía para activar el aparato judicial y no estaba confirmada por ningún otro medio probatorio que permitiera deducir la participación de aquellos en el hurto. Pero como fueron los propios sindicados quienes aceptaron haber recibido el automotor a cambio de una suma de dinero, el comportamiento se adecuaba al tipo de la receptación y, por ello, les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva con beneficio de excarcelación.

3. El impugnante sostiene, en primer lugar, que para la fecha en que se expidió la resolución tachada de manifiestamente ilegal el material probatorio era escaso porque el informe de policía judicial no podía valorarse por expresa prohibición del artículo 50 de la Ley 504 de 1999, tampoco el testimonio del conductor del vehículo porque había

sido recibido por la policía judicial sin competencia para ello, menos los testimonios de los agentes de policía porque eran unos informes verbales sometidos a la misma restricción probatoria, de manera que bien estaba para ese momento creerles a los indagados para tenerlos sólo como coautores de receptación.

La novedosa explicación, que no aparece en el texto de la providencia ni fue aducida por el procesado en su indagatoria, carece de asidero jurídico.

Que un informe policivo no tenga valor probatorio, no implica que no pueda atribuírsele mérito a las declaraciones de los servidores públicos que participaron en la captura de quienes tenían en su poder el vehículo y en la retención de éste, como que las intervenciones judiciales de los policiales constituyen verdaderos testimonios, cuya valoración debe hacerse de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Tampoco es de recibo que el relato de los hechos que hizo el denunciante esté viciado, porque la policía no tuviera competencia para escucharlo.

El artículo 25 del Decreto 2.700 de 1991, vigente para la fecha de los hechos, en fórmula semejante a la contenida en el artículo 27 de la Ley 600 del 2000, imponía a toda persona el deber de “denunciar a la autoridad las conductas punibles de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio”, sin exigir un destinatario calificado.

Y el artículo 46 del Decreto 1.355 de 1970, preceptúa:

Compete a los Comandos de la Policía recibir denuncia sobre la comisión de hecho que pueda configurar delito o contravención.

Recibida la denuncia, después del registro estadístico, se notificará a la autoridad competente para hacer la indagación y se le enviará el documento en el que conste

la denuncia.

Que además ésta deba hacerse bajo juramento, como lo exigía el artículo 27 del código de 1991 y lo hace el 29 del que le sucedió, tal como ocurre con el testimonio, implica obviamente que, como éste, produce efectos probatorios y no meramente de promoción de la actividad judicial.

En consecuencia, el relato que el señor Álvarez López hizo en la estación de policía de Barrancas sobre el acto ilícito que acababa de sufrir, constituía una prueba que debía ser apreciada por el fiscal DAZA DAZA.

Y aunque en su texto no aparece que hubiera sido escuchado bajo juramento, las prevenciones que en el documento se indica le fueron hechas sobre las consecuencias de la falsa denuncia en términos de los artículos 166 y 167 del Código Penal que entonces regía, el de 1980, permite concluir que así se procedió, pues no sería lógico que a alguien que no hubiera jurado decir verdad en su narración, se le advirtiese que denunciar bajo juramento un ilícito que no se ha cometido constituye delito.

Aun de haberse omitido el juramento, sus afirmaciones no carecían por completo de valor probatorio. Así lo enseñó la Corte en la sentencia del 24 de abril del 2003, radicado 14.653, cuando sostuvo:

Sobre el punto se tiene que, efectivamente, la diligencia durante la cual (...) relató que (...) lamentó lo sucedido diciendo que la había embarrado, es la versión sin juramento que el comandante de la estación de Policía de La Paz le recibió a pocas horas de consumado el homicidio, por lo que, en estricto sentido, no puede tenerse como un testimonio, lo que no significa que carezca en absoluto de algún valor probatorio, como quiera que el acta respectiva está firmada por un funcionario público que en ejercicio de sus atribuciones legales da fe del contenido de la entrevista que sostuvo con uno de los eventuales testigos del hecho punible, lo que hace que conserve la calidad de diligencia

cumplida por la policía judicial y que consecuentemente sirva de parámetro orientador de la respectiva investigación criminal.

Que en esa misma oportunidad el señor Álvarez hubiera expresado, al mostrarle a los retenidos, que “el conductor es uno de los cuatro sujetos que me quitaron el carro y el otro es el que se llevó el vehículo”, era también un dato relevante que el fiscal debió valorar al resolver la situación jurídica pues, como igualmente ha señalado la Corte, particularmente en la sentencia del 17 de junio de 1999, radicado 10.718,

[e]l señalamiento que se hizo a los capturados como autores de los hurtos cometidos en el Barrio Restrepo de la capital de la República, por parte de algunos testigos, es diligencia perfectamente válida, autónomamente considerada, pues se trataba de personas que acababan de ser aprehendidas, siendo necesario ponerlas a la vista de quienes fueron sus víctimas o presenciaron los hechos, para que manifestaran si se trataba o no de los autores y así evitar la sindicación de personas inocentes.

Como lo ha sostenido la Sala, no sería razonable exigir el cumplimiento de formalismos que, en ese instante, eran de imposible observancia, lo que no obstaba para que el señalamiento hecho fuera recogido a través del informe policivo y del testimonio de las personas que lo efectuaron, fuera tenido como medio de convicción y apreciado conforme a las reglas de la sana crítica. (Casación N° 10.106, septiembre 2/98. M. P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda).

En el mismo sentido, recuérdese lo que se afirmó en sentencia del 6 de julio de 1994, radicado 8.578:

[e]l hecho de que no se hubiera efectuado una verdadera diligencia judicial de reconocimiento, en manera alguna afecta la validez del testimonio del denunciante, ni tampoco impide que pueda dársele credibilidad a su dicho. Pensar que si porque la víctima de un delito, antes de presentar la denuncia y precisamente para ello, logra por cualquier

medio lícito la identificación de su victimario, es necesario descalificar su testimonio, es una conclusión completamente equivocada que no encuentra ningún fundamento en la ley. Lo que el fallador en estos casos debe hacer, es analizar el testimonio del ofendido y teniendo en cuenta las circunstancias en que se produjo el señalamiento extraprocesal, determinar, luego de confrontarlo con los otros elementos de juicio aportados al proceso, el valor probatorio que merece, teniendo en cuenta siempre y para todo ello, las reglas de la sana crítica.

Por si lo destacado no fuera suficiente para haber asegurado con detención preventiva por el delito de hurto calificado agravado a las personas que fueron dejadas a disposición del fiscal DAZA DAZA, repárese en los testimonios de los agentes de policía que realizaron el procedimiento de retención, que sin razón ni fundamento el recurrente denomina “informes verbales” para restarles valor probatorio, como si los miembros de la policía nacional o de la policía judicial no pudieran testificar sobre hechos conocidos en razón de sus funciones.

El agente Gallardo dijo que Holguín admitió haberle quitado el camión a Álvarez, y De la Cruz agregó que los retenidos informaron que al conductor lo habían dejado en una trocha cercana y que cuando éste se hizo presente en la estación, reconoció a aquellos como autores del hurto.

En estas circunstancias, resolver exclusivamente con base en lo afirmado por los sindicados, como lo hizo el fiscal DAZA DAZA, revela el afán de favorecerlos con una decisión que, además de referirse a un delito que tenía señalada pena bastante inferior, permitiera concederles la excarcelación, beneficio que no se les hubiese podido otorgar si la medida de aseguramiento se hubiera impuesto por el delito de hurto calificado, agravado no sólo por las causales específicas del artículo 351 del anterior Código Penal, sino también por la cuantía.

4. Que en la calificación de la investigación adelantada contra Holguín y Ojeda se les hubiera concedido libertad provisional, es decir, la misma medida otorgada por el doctor DAZA, no significa que la conducta imputada al fiscal deje de ser antijurídica por una supuesta ausencia de daño a la administración pública, pues semejante conclusión parte de dos equívocos: i) que aquella providencia estaba ajustada a la ley, y ii), que la ilegalidad de la resolución de situación jurídica se refería sólo a la excarcelación.

Por el primer aspecto, aunque no es tema de este proceso, es evidente que la cuantía del hurto del camión superaba los 18.83 salarios mínimos mensuales vigentes para el año 2001 -\$5.385.380-, de manera que a los señores Holguín y Ojeda se les debió agravar por esa circunstancia y negar en consecuencia la libertad provisional, pues la pena mínima superaba los 36 meses de prisión.

Por el segundo, debe recordarse que el fiscal DAZA fue también acusado por dictar la medida de aseguramiento por un ilícito diferente al que correspondía.

En este sentido la administración pública resultó doblemente resentida, porque se aseguró por un delito menor -receptación en lugar de hurto calificado agravado- y se concedió la libertad provisional que, de haberse calificado adecuadamente la conducta, no procedía.

5. Contrario a lo pregonado por la defensa, al doctor DAZA DAZA no se le está reprochando la comisión de un error sino la voluntaria transgresión de la ley penal por dictar una providencia manifiestamente ilegal.

De acuerdo con lo que se ha dejado expuesto, no se trata de censurar una determinada valoración de la prueba o una particular interpretación de la ley a las que se podría llegar a través de un examen jurídico hecho desde otra perspectiva, cuya conclusión podría ser criticable para quien se encuentre ubicado en diferente orilla de la práctica judicial - pero en ningún caso arbitraria, descabellada o aberrante- producto de una distinta

formación jurídica o ideológica, pero de todas maneras razonada y apoyada en argumentos serios.

Lo que al doctor DAZA DAZA se le ha cuestionado, por el contrario, es que ante la obviedad del atentado patrimonial hubiera optado por la receptación sin hacer ningún análisis jurídico ni probatorio; que simplemente porque así se le ocurrió, hubiera desechado valorar la situación de flagrancia en que fueron capturados los sindicados, no examinara la denuncia formulada por la persona que fue desposeída del vehículo, no hiciera ninguna referencia a los testimonios de los agentes de policía y concluyera por aceptar sumisa e irreflexivamente los dichos de los indagados, para terminar favoreciéndolos tanto con la ilicitud imputada como con la libertad concedida.

Por estas razones, la Sala ratificará el fallo impugnado en cuanto se declara penalmente responsable al doctor CARLOS JOSÉ DAZA DAZA del delito de prevaricato por acción que se le dedujo en el pliego de cargos.

6. Oficiosamente, sin embargo, se habrá de modificar la pena impuesta, para retirar del monto a que fue condenado los 3 meses que se incrementaron por la posición distinguida que ocupaba en la sociedad, ya que, de acuerdo con la más reciente jurisprudencia de la Corte, esta circunstancia de agravación no se le podía deducir

pues al infractor mal se le puede colocar en la posición de tener que expiar sucesivamente su falta por el mismo hecho, sin que ello entrañe violentar el principio de prohibición de doble valoración, o lo que es lo mismo, la inobservancia del principio non bis in idem.

En efecto, dicho postulado de raigambre constitucional -Art. 29 de la Carta Política- tiene por finalidad evitar que el individuo pasible de pena en virtud de comportamiento contrario a derecho, sea castigado más de una vez por el mismo hecho. El principio de determinación del hecho y de la pena conlleva a la exigencia de que lo prohibido

bajo conminación sancionatoria se halle claramente establecido en la ley, de modo tal que su fijación no quede librada al arbitrio del juez, como quiera que el ciudadano debe saber de antemano las consecuencias que caben derivarse de su conducta. Por consiguiente, la punibilidad debe estar sujeta a los criterios de legalidad previa, estricta y cierta, lo cual significa que la ley ha de señalar inequívocamente la naturaleza de la pena y el marco dentro del cual puede moverse el juez al aplicarla.

Un factor, téngasele por elemento o circunstancia, no puede ser sometido a más de una valoración desfavorable, esto es, como elemento del tipo legal de que se trate, y también como agravante. La prohibición de doble valoración por este aspecto, dice relación con el hecho propiamente tal y sus circunstancias relevantes; dicho de otro modo, factores que sean valorados como elementos configurantes del delito, no pueden apreciarse simultáneamente como circunstancias agravantes del mismo, y a su vez de la punibilidad. Fue el propio legislador quien dispuso respecto de las agravantes - Art. 66 del C. Penal anterior- o circunstancias de mayor punibilidad -Art. 58 de la Ley 599 de 2000- que ellas proceden “siempre que no hayan sido previstas de otra manera”.

En el caso concreto, al procesado se le dedujo la circunstancia de mayor punibilidad del Art. 58-9 del actual C. Penal, es decir, su posición distinguida dentro de la sociedad por razón del cargo que ejercía. Empero, ocurre que esa posición distinguida se hace derivar de su condición de Fiscal ante un Tribunal de Distrito judicial para el momento de la comisión del hecho, calidad de servidor público que como elemento de la figura típica de prevaricato por omisión se hace necesaria para la configuración del delito, por lo que de tomarse en cuenta aquélla para incrementar la punibilidad, se estaría conculcando el principio de prohibición de doble valoración al sancionar en más de una vez al acusado por su investidura, es decir, como funcionario de alto rango de la Fiscalía General de la Nación, y por su calidad de servidor público.¹

En consecuencia, la pena privativa de libertad será fijada en 39 meses de prisión.

También será disminuida la pena de multa, que el A quo determinó en 60 salarios mínimos legales mensuales sin justificar la razón del incremento de 10 unidades sobre el mínimo previsto en el artículo 149 del Código Penal de 1980, aunque es dable inferir que obedeció a la gravedad del comportamiento que adujo para aumentar la de prisión.

Por lo tanto, si a los 36 meses de prisión señalados en esa disposición el Tribunal sumó 3 por ese motivo, que equivale al 8.33%, en esa misma proporción debe incrementarse la pena pecuniaria mínima, es decir, 54.16 salarios mínimos legales mensuales.

7. El defensor del doctor DAZA DAZA solicitó que, en subsidio, se le concediera prisión domiciliaria. También el procesado, en reciente escrito, pidió se le sustituyera por domiciliaria la detención preventiva, pues aún ostentaba la calidad de procesado.

El primero dijo que, cumplido el requisito objetivo de la cantidad de pena, igualmente se reúne el subjetivo de que el desempeño personal, laboral, familiar y social del sentenciado permita deducir sería, fundada y motivadamente que no pondrá en peligro a la comunidad ni evadirá el cumplimiento de la pena. Exaltó sus virtudes y expresó su perplejidad porque el mismo Tribunal que le negó la sustitución la concedió en otro caso de mayor gravedad, en el que se condenó a un fiscal por los delitos de prevaricato por acción y cohecho.

El segundo destacó que las decisiones que ha adoptado la Sala recientemente le permiten acceder al beneficio, porque también a su caso le es aplicable el artículo 314 de la Ley 906 del 2004 que, en su criterio, aminoró el rigorismo del artículo 38 de la Ley 599 del 2000.

Sobre tales peticiones, dígame:

1. Teniendo en cuenta el momento procesal en que se encuentra la actuación, es decir, sentencia condenatoria de 1ª instancia impugnada, y asunto al despacho del magistrado sustanciador de la Corte para proyectar decisión final y someterla al criterio de la Sala, no es dable examinar lo atinente a la detención preventiva o a la domiciliaria, lo que excluye cualquier referencia a las decisiones que últimamente ha adoptado la Sala sobre la aplicación del artículo 314 de la Ley 906 del 2004.

2. El examen debe circunscribirse, entonces, a la posibilidad de conceder la medida sustitutiva reclamada por el defensor, cuyas exigencias, como se ha dicho, son de carácter objetivo y subjetivo.

Aunque la primera exigencia relacionada con la cantidad de pena ciertamente se cumple en este caso, como lo afirma el impugnante, no ocurre lo mismo con la segunda, tema que la Sala examinó a espacio en el auto del 10 de marzo del 2004 y cuyas consideraciones reitera porque, si bien se trataba entonces de la improcedencia de la detención domiciliaria, el requisito es idéntico y los supuestos que en esa oportunidad se tuvieron en cuenta no han sufrido modificación.

Se dijo entonces:

En efecto. Del doctor DAZA DAZA se sabe que es un hombre de 54 años de edad, natural de Villanueva, Guajira, residente en Valledupar, casado, con cuatro hijos, que se desempeñó como fiscal seccional en San Juan del Cesar y en Maicao entre el 2 de junio de 1998 y el 2 de abril del 2003, fecha en que su nombramiento fue declarado insubsistente. En 1980 fue juez de instrucción criminal por espacio de seis meses; fue jefe de acciones fiscales de la Contraloría General de la República en Riohacha y ha ejercido la profesión de abogado.

De acuerdo con los datos suministrados por el Sistema de Información de Antecedentes y Anotaciones de la Fiscalía General de la Nación, el 10 de agosto del 2000 se decretó su

detención preventiva con beneficio de excarcelación por el delito de prevaricato por asesoramiento ilegal.

Las piezas procesales trasladadas a este proceso de aquella actuación, señalan que en la fiscalía de Maicao a cargo del doctor DAZA, en el sumario por homicidio que se adelantaba contra Diofante López, para favorecer la situación del sindicado se confeccionó anticipadamente el texto de una declaración que habría de rendir un importante testigo, quien simplemente debería acudir al despacho para firmar el acta que ya había sido discutida con el defensor, y se canceló la orden de captura para que el procesado se presentara a rendir indagatoria, según lo dice el fiscal investigado,

“teniendo en cuenta el principio universal de presunción de inocencia” y “amparado en las teorías modernas de los doctrinantes que consideran que la excepción es mantener a un sindicado privado de la libertad”.

Sin embargo, bien distinto fue su proceder frente a las imputaciones recíprocas que ante su despacho hicieron dos ex gerentes de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de San Juan del Cesar, pues mientras que en una abrió investigación previa el 13 de septiembre del 2000 y escuchó en versión libre al implicado, en la otra de una vez dispuso la apertura de instrucción el 15 de febrero del 2001 y ordenó la captura del imputado, quien tres días antes lo había denunciado por prevaricato por omisión, a quien dejó en libertad luego de escucharlo en indagatoria.

Igualmente, el doctor DAZA DAZA tiene en su contra otra investigación previa por el delito de prevaricato por acción, iniciada en virtud de denuncia formulada por el procurador 265 judicial penal I, actuación de la que no obra ningún dato adicional en este proceso.

Como puede apreciarse de los hechos objetivamente expuestos, el comportamiento

que ha observado el doctor DAZA DAZA antes y después de haber realizado la conducta que se juzga en este proceso, permite suponer razonablemente que su liberación podría poner en peligro a la comunidad, sin que pueda presumirse que el riesgo sea menor por el hecho de no estar desempeñando actualmente funciones judiciales.

Aunque ciertamente su desvinculación del cargo le impide en absoluto la comisión de delitos de la misma naturaleza del que es objeto de juzgamiento, es claro que tal era el instrumento que entonces tenía a su disposición para realizar conductas antisociales, pero nada indica que ante las nuevas realidades de su vida la proclividad a la ilicitud no se oriente hacia otros comportamientos punibles que como abogado en ejercicio o como ciudadano pueda realizar.

Reitérese además, para responder las inquietudes del procesado respecto de dos específicos casos en los que la Sala revocó las medidas de aseguramiento por conductas que el impugnante reputa de mayor gravedad², que no es la entidad del hecho sino la valoración en su integridad de la conducta del acusado lo que permite inferir como probable la continuación de su actividad delictual a que se refiere el artículo 355 del Código de Procedimiento Penal. En ese sentido, las particularidades que en cada evento se evalúen, por constituir una universalidad comportamental única, establecen las diferencias que hacen posible, frente a ilicitudes de la misma o diferente naturaleza, formular diagnósticos y pronósticos de inclinación delincuenciales válidos sólo para el caso concreto de que se trate.

Para sintetizar, basta afirmar: si se observa el expediente con atención especial al procesado, y se interpreta con objetividad aquello que ha hecho en varias ocasiones, se arriba al juicio de valor según el cual el doctor DAZA DAZA se ha mostrado reiterativamente involucrado en comportamientos bastante reprochables. Este es el diagnóstico, del que fluye el pronóstico: como puede suceder que vuelva a

incursionar por esas vías, es necesario velar por la comunidad, manteniendo su privación provisional de la libertad.

En consecuencia, tampoco se accederá a la petición subsidiaria.

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

RESUELVE

CONFIRMAR la sentencia dictada el 12 de octubre del 2004 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Riohacha, pero modificando lo relativo a las penas, en el sentido de imponerle al doctor CARLOS JOSÉ DAZA DAZA la cantidad de 39 meses de prisión, multa por valor equivalente a 54.16 salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la privación de libertad.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN

JORGE L. QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de febrero del 2005, radicado 19.762.

2 El impugnante alude a los autos del 30 de noviembre del 2001, radicado 16.955 bis, M. P. Carlos Eduardo Mejía Escobar, y del 17 de enero del 2002, radicado 18.911, M. P. Fernando Enrique Arboleda Ripoll.