

Proceso n.º 30960

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

ALFREDO GOMEZ QUINTERO

Aprobado acta N.º. 114

Bogotá D. C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010)

VISTOS

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el defensor técnico y por el procesado CARLOS ARTURO PARRA CALIXTO contra la sentencia del treinta (30) de octubre de dos mil ocho (2008), por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja lo condenó a las penas de cuatro (4) años de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por sesenta y dos (62) meses, multa en cuantía de ochenta y cuatro (84) salarios mínimos mensuales vigentes y le concedió la sustitución de prisión efectiva por prisión domiciliaria, por hallarlo penalmente responsable del delito de prevaricato por acción agravado (artículos 413 y 415 de la ley 599 de 2000), conducta en la que incurrió el 8 de junio de 2004 cuando -al momento de la calificación del sumario en el proceso radicado con el número 560- profirió la resolución que anuló toda la investigación desde su fase preliminar, con el argumento de que la fiscalía local de Otanche no notificó la resolución de apertura de investigación previa a los imputados individualizados e identificados, y que por ello se afectó la estructura del proceso, el derecho de defensa y el principio de igualdad (cfr. resolución en los folios

350 – 359 / 1).

Así: i) decretó la nulidad del proceso penal desde la resolución que dispuso la investigación preliminar, anulando tanto las ampliaciones de denuncia como las pruebas de cargos recaudadas, ii) ordenó la libertad inmediata del único sindicado detenido (Orlando Augusto López Gallego) y libró la boleta de libertad, iii) dejó sin efectos las declaraciones de persona ausente de otros tres implicados, iv) levantó las medidas cautelares contra los bienes, v) invalidó la medida de aseguramiento contra el único detenido en el proceso, vi) canceló las órdenes de captura libradas contra tres sindicados ausentes (Norbey Orlando López Caicedo, Milton López Salinas y William Núñez Páez), y vii) anuló la resolución de cierre de investigación, no obstante existir sindicación precisa contra cuatro implicados como responsables del delito de homicidio del que fuera víctima Laureano Obando López, de lesiones personales ocasionados a José Vicente Obando López y de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

HECHOS

1. El 29 de junio de 2003 en la Inspección de Santa Bárbara, jurisdicción del municipio de San Pablo de Borbur (Boyacá), alrededor de las once de la noche, se desarrollaba una actividad popular con la finalidad de recaudar fondos para la construcción del templo religioso de la región, cuando Orlando Augusto López Gallego, en asocio de Norbey Orlando López Caicedo, Milton López Salinas y William Núñez Páez (además de otras personas no identificadas) dispararon en múltiples oportunidades (doce veces) contra Laureano Obando López quien perdió la vida en el instante, al tiempo que le propinaron un disparo en una pierna a José Vicente Obando López.

En el curso de la investigación preliminar abierta el 3 de julio de 2003 por el Fiscal Local de Otanche, se recibieron las denuncias de María Alicia Martínez Roncancio y de José

Vicente Obando López; el fiscal 24 Seccional de Chiquinquirá profirió resolución de apertura de investigación el 15 de julio de 2003 y recibió los testimonios de Rodolfina Medina Ortiz, Yenifer Buitrago, María Elva Delgadillo Lancheros, Martha Mendoza Martínez y Tarcisio Buitrago Lancheros, quienes en forma concordante dijeron que el autor del homicidio de Laureano Obando López fue el reconocido comerciante de esmeraldas Orlando Augusto López Gallego quien actuó de manera conjunta con sus escoltas Norbey Orlando López Caicedo, Milton Laureano López Salinas, William Antonio Núñez Páez.

La víctima Laureano Obando López recibió al menos doce disparos de armas de fuego (cfr. informe centro de Salud, del 30 de junio de 2003, folios 62 - 65), mientras que José Vicente Obando López recibió un impacto en una pierna; además de la denuncia formulada, comparecieron a la investigación como testigos María Alicia Martínez Roncancio (cónyuge de la víctima) y José Vicente Obando López (tío de la víctima), quienes ratificaron los cargos.

En el curso de la investigación la Fiscalía declaró personas ausentes y nombró defensores de oficio a los imputados, profirió órdenes de captura contra Orlando Augusto López Gallego y Norbey Orlando López Caicedo; el 6 de agosto de 2003 reconoció de forma expresa la personería jurídica al defensor nominado por el sindicato Orlando Augusto López Gallego y ordenó que se le diera posesión.

El 17 de octubre de 2003, el Fiscal 24 Seccional de Chiquinquirá definió la situación jurídica de los imputados con medida de aseguramiento de detención preventiva y libró las boletas de encarcelación, conforme los artículos 354 y 355 de la ley 600 de 2000 (folios 143 - 158 / 1); el 11 de febrero de 2004 fue capturado Orlando Augusto López Gallego, quien rindió indagatoria el 3 de marzo siguiente con la asistencia del defensor de confianza (folios 206 - 228 / 1); el 22 de abril de 2004 se decretó el cierre de la investigación (folios 279 - 286 / 1).

Por resolución del 26 de marzo de 2004 (folios 374 - 380) el fiscal Porras Ahumada (antecesor del procesado en el cargo) se abstuvo de decretar la “cesación de procedimiento” (sic.), medida que el acusado confirmó el 22 de abril siguiente (folios 407 - 415), mientras que por resolución del 8 de junio de 2004 (folios 350 - 359) (en la que se funda la imputación por prevaricato) dispuso anular el proceso.

2. El procesado CARLOS ARTURO PARRA CALIXTO, a cuyo cargo estuvo la instrucción del proceso en su fase final (asumió el cargo el 19 de abril de 2004), profirió la resolución del 8 de junio de 2004 en la que decretó la nulidad de toda la actuación, invalidó inclusive las pruebas de cargos que hacían parte del proceso penal (número 560) contra Orlando Augusto López Gallego y otros, sindicados de los delitos de homicidio agravado y lesiones personales, porque –según él- se afectó el derecho de defensa por practicar pruebas a espaldas del sindicado cuando aún no había sido vinculado al proceso, como también del defensor técnico; en suma, porque el imputado no contó con una defensa integral, ininterrumpida, técnica y material desde la fase previa de la investigación (cfr. artículos 306 - 3 conc. art. 310 del C. de P.P.).

Sostuvo en la providencia de anulación del sumario que si bien es cierto que el defensor técnico de Orlando Augusto López Gallego presentó el poder ante el fiscal instructor, su reconocimiento se hizo con posterioridad, de manera que no se integró debidamente la contradicción y el defensor técnico no intervino en la práctica de las versiones de cargos recaudadas, porque para ese momento no había sido reconocido como sujeto procesal; alegó que era irregular que los testimonios incriminatorios se recibieran antes de reconocer al defensor técnico de Orlando Augusto López Gallego.

Recordó que en el curso del proceso y a instancias de la actividad defensiva los testigos fundamentales de cargos María Alicia Martínez Roncancio y José Vicente Obando López se retractaron (cfr. declaraciones del 4 de marzo de 2004 y 11 de febrero de 2004, respectivamente); alegó que al declarar la nulidad de la actuación desde la

resolución que ordenó la investigación preliminar, y de las pruebas de cargos inclusive cumplió su deber constitucional y legal de declarar la violación del debido proceso y del derecho de defensa, y que por ello su comportamiento no fue prevaricador porque la resolución proferida se ajusta al ordenamiento jurídico (Constitución Política, Código de Procedimiento Penal, sentencias de la Corte Constitucional y a la doctrina jurídica).

“Dígame lo que se quiera” –dice- las pruebas son nulas porque se recibieron en la fase preliminar de la actuación sin haber vinculado al sindicado al proceso y coartando la posibilidad de contra interrogar a los testigos, no obstante contar con imputado conocido desde la fase previa de la investigación penal. Por manera que la conducta del fiscal es atípica y de ninguna manera afectó el bien jurídico de la Administración de Justicia.

ANTECEDENTES

El 23 de marzo de 2005 la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Tunja profirió resolución de acusación por el delito de prevaricato por acción agravado, de que tratan los artículos 413 y 415 del C.P. (folios 584 - 644 / 1), tramitado el juicio, el 30 de octubre de 2008 la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja profirió sentencia de primera instancia (folios 515 - 580 / 5), cuya impugnación presentada de manera oportuna, tanto por el procesado como por el defensor técnico, corresponde dirimir a la Sala Penal de la Corte. El proceso fue radicado en el Despacho por reparto del 8 de diciembre de 2008 (fol. 3 cuaderno de la Corte).

IDENTIDAD DEL PROCESADO

CARLOS ARTURO PARRA CALIXTO identificado con la cédula de ciudadanía número 7217447 de Tunja, nacido el 3 de noviembre de 1959 en Tunja (Boyacá), hijo de Tomás y María Inés, casado con Luz Mireya Mendieta Pineda, abogado de la Universidad INCA de

Colombia, especializado en Derecho Penal en la Universidad Nacional, estudió Maestría en derecho procesal en la Universidad Libre de Colombia, se desempeñó como Fiscal 24 Seccional de Chiquinquirá (ib. pág. 62l fallo de 2 instancia).

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal fundamentó la decisión de condena en la demostración de que la conducta del procesado (de anular el proceso penal por homicidio, anular pruebas legítimamente aducidas, anular medidas cautelares, las órdenes de captura y las medidas de aseguramiento, en lugar de calificar el sumario como era lo indicado en el procedimiento penal), no fue producto de un error involuntario, sino consecuencia de la actuación “deliberada, libre y consciente” de favorecer indebidamente los intereses de uno de los procesados.

LA IMPUGNACION

Tanto el defensor técnico como el acusado fundamentaron la impugnación contra la sentencia en los siguientes puntos:

Sostienen que la declaratoria de nulidad en el sumario radicado con el número interno 560 de la Fiscalía de Chiquinquirá, a cargo del fiscal PARRA CALIXTO, se profirió con fundamento en la violación de las garantías fundamentales del debido proceso y del derecho de defensa de Orlando Augusto López Gallego, toda vez que en la fase de investigación preliminar se recaudaron testimonios en contra del imputado -léase pruebas de cargos- cuando era obligatoria la vinculación formal a la investigación porque se tenía plenamente establecida la individualización del imputado.

Insistieron en que el ex fiscal aplicó una teoría garantista, en coherencia con la propuesta de la parte defensiva en el proceso 560 según el memorial de alegaciones precalificadoras, atendiendo a la aducción ilegal de los testimonios de cargos, toda vez que

para el momento del recaudo de esas versiones el imputado no tenía la condición de sujeto procesal (porque no había sido vinculado formalmente), luego la nulidad de la actuación se profirió para garantizar el derecho de defensa, teniendo en cuenta que la parte defensiva tenía la facultad de contra interrogar a los testigos y que se demostró con excesiva referencia jurisprudencial que la providencia del fiscal fue acertada.

Resaltan que la sentencia condenatoria eludió el tema de la corrupción del funcionario como motivo para proferir la providencia, además, afirman que no existe argumento alguno sobre cuál o cuáles fueron las razones que llevaron al fiscal a querer favorecer supuestamente al sindicato Orlando Augusto López Gallego, porque la sentencia no asumió ese interrogante.

Pidieron revocar el fallo y proferir sentencia absolutoria, sencillamente porque la decisión del fiscal se contrajo a una mera diversidad de criterios en relación con la determinación que debió adoptarse (si calificar el sumario, precluir la investigación o decretar la nulidad desde la fase en que se presentó la violación de garantías defensivas).

De manera alternativa, el defensor técnico pidió que se declare la nulidad de la sentencia impugnada para que se ordene al juez colegiado de primera instancia que resuelva íntegramente las inquietudes de la parte defensiva.

LA CORTE CONSIDERA

Es competente la Corte Suprema de Justicia para resolver el recurso de apelación propuesto por el opugnador contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla (artículo 75 - 3 de la Ley 600 de 2000).

Respuesta a los argumentos de los recurrentes

Dentro de márgenes razonables en la interpretación de la ley sustantiva en relación con la labor de decidir (de decir el derecho), lo que el ordenamiento jurídico espera de los funcionarios de las distintas Ramas del poder público, entre ellas la rama judicial por antonomasia (fiscales, jueces, unidos los agentes del Ministerio Público) y en general de quienes cumplen funciones que tienen que ver con la contemplación probatoria y la aplicación del ordenamiento jurídico, es que acierten a la hora de la valoración material y jurídica de las pruebas del proceso y en la aplicación del derecho vigente al caso específico. Así, cuatro son los referentes de exigibilidad:

Acierto en la contemplación material de las pruebas

Acierto en la contemplación jurídica de las pruebas

Acierto en la legalidad de los procedimientos

Acierto en la aplicación de las normas sustantivas.

Ello es lo que se conoce como el amparo presuntivo de acierto y legalidad del que gozan las decisiones judiciales; el delito de prevaricato por acción se estructura cuando el servidor público en ejercicio de sus funciones profiere dictamen, resolución, acto administrativo, providencia judicial o concepto que de manera manifiesta se aparte del sentido de la norma jurídica llamada a regular el caso, con lo cual afecta tanto la credibilidad y la integridad de la administración pública como el funcionamiento del sistema jurídico¹.

1. La nulidad es la máxima sanción al proceso

A nivel teórico, es pertinente decir que cuando se declara una nulidad en el curso del proceso penal, quien hace tal declaración asume el rol de juez constitucional (léase de garantías), por el simple hecho de que el referente fundamental para adelantar el proceso

penal es la observancia plena de las formalidades procesales y el respeto de las garantías debidas a los sujetos intervinientes, es decir, el cumplimiento de la Constitución y de la Ley².

La declaratoria de nulidad es sin lugar a dudas una medida de excepcional carácter, de mayúscula trascendencia en el proceso judicial, teniendo en cuenta que la anulación es el mayor castigo a la actuación, tanto que obliga a rehacerla; luego, una determinación de dicha magnitud sólo procede cuando la irregularidad que se detecta afecta realmente garantías de los sujetos procesales, ora porque se desconocen las bases fundamentales del debido proceso (instrucción - juzgamiento) ya porque se desconocen garantías defensivas. Principio de trascendencia.

Por lo demás, cuando se detecten irregularidades nimias (porque no se libró una comunicación, porque no se surtió una notificación), no obstante advertir -concluir- que el interviniente conoce la decisión, la imputación, la existencia del proceso y la trascendencia del debate así como sus derechos como sujeto procesal, el principio que en términos generales orienta el adelantamiento del trámite es el de convalidación (la rectificación del yerro) en la medida que hacer las correcciones a la ritualidad -con respecto de las garantías de parte- propicia el buen desarrollo de los procesos las intervenciones judiciales, la eficacia y la eficiencia de la Administración de Justicia.

2. El ejercicio del derecho de defensa (el caso concreto)

Como especie del género debido proceso que es, el derecho de defensa no se garantiza -por sí- con la declaratoria de la nulidad (máxima sanción al proceso penal), sino con la oportunidad a las partes de contradecir las evidencias aportadas:

Al revisar el sumario radicado con el número 560 de la fiscalía, la Sala advierte que la ritualidad instrumental (debido proceso) se adelantó de conformidad con la ley; en efecto:

El hecho sucedió el 29 de junio de 2003 en la inspección de Policía de “Santa Bárbara”, del Municipio de San Pablo de Borbur (Boyacá), y con ocasión de aquella muerte la fiscalía profirió la resolución de investigación previa en la que dispuso escuchar los testimonios de las personas que conocieron del episodio (folio 10).

En desarrollo del diligenciamiento preliminar la fiscalía recibió las denuncias formuladas por José Vicente López (víctima de un disparo en una pierna) y de Alcira Martínez Roncancio (esposa del occiso) quienes hicieron una sindicación precisa contra Orlando Augusto López Gallego, Norbey Orlando López Caicedo, Milton López Salinas y William Núñez Páez:

El denunciante José Vicente Obando López al presentar su queja refirió lo ocurrido en los siguientes términos:

... “ahí fue cuando él miró hacia la esquina de la agencia y miró a mi sobrino Laureano Obando López que estaba con un muchacho y lo miraba fijamente por unos minutos y me dijo Vicente, el problema es con este catrehijueputa que esta parqueado allá, que era mi sobrino y si quiere píntela como quiera y yo le contesté porque se la va a montar a mi sobrino, si está quieto, está lejos y no lo está ofendiendo para nada... y se fue acercando a mi sobrino y le dijo Laureano, usted tiene un problema conmigo... fue cuando le disparó, cuando mi sobrino cayó él voltió la pistola y me pegó un tiro en una pierna y yo me volé para el puesto de policía porque no encontré ninguna alternativa más, pues yo estaba desarmado y sonaban muchísimos tiros, y le dije al comandante vaya y coja a Orlando López porque mató a mi sobrino Laureano Obando López y me hirió a mí de rasponazo en la pierna... después de caer al suelo muerto por los tiros de Orlando López, fue rematado por su hijo Norbey Orlando López” (folios 15 y 16).

En el mismo sentido, Alcira Martínez Roncancio (viuda del occiso Obando López) denunció como coautores responsables de los mismos hechos a William Núñez Páez,

Orlando López, Norbey Orlando López, Milton López Salinas, William Núñez Páez, Raúl González y Jorge Camacho (folios 18 y 19).

Esas querellas fueron la base para que la Fiscalía 24 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Chiquinquirá prohiriera la resolución de apertura de investigación el 15 de julio de 2003 (folios 20 y 21).

En desarrollo de las averiguaciones, el 21 de julio siguiente rindieron testimonio María Alcira Martínez Roncancio (folio 32 - 34), José Vicente Obando López (folios 35 - 37), Rodolfina Medina Ortiz (folios 38 - 39), Yenifer Buitrago (folios 40 - 41), María Elva Delgadillo Lancheros (folios 42 - 43), Martha Mendoza Martínez (folios 44 - 45). Todos ellos (testigos de cargos) involucraron a las personas referenciadas por los denunciantes. Tarcisio Buitrago Lancheros fue escuchado el 30 de julio de 2003 (fls 53-56).

En síntesis, los testigos fueron contestes en señalar entre los responsables del homicidio de Laureano Obando López al reconocido comerciante de esmeraldas Orlando Augusto López Gallego quien actuó de manera conjunta con sus escoltas “pájaros”, entre quienes citaron a Norbey Orlando López Caicedo, Milton Laureano López Salinas, William Antonio Núñez Páez.

El 6 de agosto de 2003 la fiscalía declaró personas ausentes a Orlando Augusto López Gallego y Norbey Orlando López Caicedo (folios 66) no obstante, por advertir que el primero de ellos, desde el 22 de julio anterior había hecho llegar un poder conferido a su defensor de confianza (folio 49), en la misma determinación lo reconoció como tal y lo nombró -además- como defensor de oficio del contumaz; el 1 de octubre de 2003 declaró personas ausentes y designó defensor de oficio a los sindicados Milton Laureano López y William Antonio Núñez Páez (fol. 150)

2.1. El 17 de octubre de 2003, el Fiscal Seccional que tenía a cargo la instrucción,

definió la situación jurídica de los imputados con medida de aseguramiento de detención preventiva y libró las boletas de encarcelación, conc. artículos 354 y 355 de la Ley 600 de 2000 (folios 156 - 169 / 1); el mismo funcionario resolvió una solicitud de “cesación de procedimiento” (sic.) -léase petición de preclusión de la investigación- (artículo 39 de la ley 600 de 2000) el 26 de marzo de 2004 en la que negó el requerimiento defensivo, con los siguientes argumentos que ya revelaban dos corrientes probatorias claramente definidas:

“La fiscalía por resolución del 17 de octubre de 2003 decretó medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de Orlando Augusto López Gallego, Milton López Salinas y William Antonio Núñez Páez por los delitos de homicidio agravado y para Norbey López Caicedo por el mismo punible en concurso con el de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.

...se tomó tal decisión con fundamento en las denuncias y posteriores exposiciones que bajo juramento rindieran Alcira Martínez Roncancio, esposa de la víctima... José Vicente Obando López tío del occiso y lesionado, así como de los testimonios rendidos por los presenciales Rodolfina Medina Ortiz, Yenifer Buitrago Medina y Tarcisio Buitrago Lancheros, exposiciones coherentes que dan cuenta de la presencia en el lugar de los hechos de los implicados, portando armas de fuego, y ya en el desarrollo de los hechos dan a conocer las actividades que cada uno de estos desarrollaron...

En el curso de la investigación acudieron una vez más José Vicente Obando López y Alcira Martínez, compañera y esposa de la víctima e indicaron que sus aseguraciones primarias no son reales sino fueron el producto de una farsa o maquinal montaje preparado por personas que se encuentran a la sombra y buscan ansiadamente atribuir la causación de la conducta criminal a Orlando López...

Pareciera que a partir de este momento la investigación sufriera un cambio radical en

cuanto a la contundencia de la prueba que oportunamente sirvió como sustento de la decisión de mantener detenidos a los implicados, precisamente ante las retractaciones de los cargos directos que inicialmente hicieran Alcira y José Vicente en contra de Orlando López y los demás sindicados como autores del homicidio de Laureano, pero en honor a la verdad tales ampliaciones dejan entrever la existencia de una manipulación, puesto que adicional a las revelaciones primarias militar en el infolio las declaraciones de Yenifer Buitrago Medina, Rodolfina Medina y la de Tarcisio Buitrago y el mismo informe de policía... en donde claramente atribuyen la causación del homicidio a los implicados en comento, basado en la información que momentos después en el lugar de los hechos el mismo José Vicente Obando López les señalara a Orlando López Gallego como el autor del homicidio junto con cuatro o seis individuos que trabajan para él..." (folios 374 - 380).

2.2. El aquí acusado CARLOS ARTURO PARRA CALIXTO asumió el cargo de Fiscal 24 Seccional de Chiquinquirá (Boyacá) desde el 19 de abril de 2004, y el 22 de abril de 2004 resolvió el recurso de reposición que presentó la defensa contra la anterior determinación (folios 385 - 393). Esto dijo en aquella ocasión en la que, al mismo tiempo, clausuró el ciclo investigativo:

"...Vinculados en legal forma todos los citados en el inciso que antecede (se refiere a Orlando Augusto López Gallego, Norbey Orlando López Caicedo, William Antonio Núñez Páez y Milton Laureano López Salinas), esta agencia investigativa les resolvió la situación jurídica imponiéndoles a cada uno de ellos, medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de la libertad.

La defensa técnica y particularmente la de Orlando Augusto López Gallego, ha sido acuciosa en el desarrollo de la prueba testimonial ejerciendo a plenitud el derecho de contradicción³, razón por la cual, al hacer un análisis de la misma, en su sentir, expresa en el memorial que obliga a la presente determinación, que la situación fáctica ha variado

y que por ende lo dable es acceder a la preclusión de la investigación o en forma subsidiaria revocar la medida de aseguramiento.

...argumenta que la prueba de cargo está desvanecida o desdibujada por completo en atención a que las atestaciones de José Vicente Obando López y María Alcira Martínez Roncancio, como en efecto lo expusieron en su segunda salida procesal, son las sinceras y que merecen la credibilidad del caso...

Como siempre, respetados son los argumentos expuestos por las defensas... pero en esta oportunidad, a pesar del advenimiento de la clausura de la investigación, con el más profundo respeto disintimos de sus apreciaciones y por ello desde ya anunciamos que las súplicas demandadas con las formalidades de caso, son denegadas, así las manifestaciones de los señores José Vicente Obando López y María Alcira Martínez Roncancio, en sus últimas salidas procesales dejen entrever, igualmente con el más profundo respeto, pero en forma mendaz una contradicción abiertamente opuesta a la que suscribieron en las noticias criminosas arrojadas en forma legal al paginario, como además en las ratificaciones que en forma puntual y en legal forma hicieron en sus primeras salidas procesales, pues el despacho atiende positivamente la circunstancia a que en efecto no redactaron esas noticias criminosas en un computador en forma directa, pero también es cierto que esa información que reposa en esos escritos, en sana lógica, son el fiel reflejo de lo que le informaron al que la redactó en el computador y que de acuerdo a la sana crítica y a las reglas de la experiencia, antes de suscribirla, tuvieron que haber sido leídas, esto en atención a que verdaderamente advirtieron el desenlace de los hechos y más aún por el grado de afinidad y el grado de consanguinidad con el occiso, dicha situación, con lujo de detalles en forma coherente e hilada fue narrada ante esta delegada con las formalidades legales y en las que particularmente por ese grado de afinidad y consanguinidad con el señor Orlando Augusto López Gallego, se osaron de señalarlo directamente y sin titubeo alguno, circunstancias que desde los albores de la investigación les asistía el interés legal para

que la muerte de su sobrino y cónyuge no quedara en la impunidad, así se tratara de un allegado el responsable del deceso inmisericorde de Laureano Obando López.

...

Lo expuesto por los citados en el inciso que antecede, es avalado en su totalidad por las aseveraciones que en sus dos oportunidades ha tenido el señor Tarcisio Buitrago Lancheros. Este es coherente, se predica y se sostiene que estuvo presente en el insuceso, que incluso fue vinculado en este diligenciamiento por haber participado activamente en la protección de su propia vida, hasta el punto, que cuando advirtió que iba a tener la misma suerte de su ex amigo Laureano Obando López, tuvo que refugiarse para en último término hacer algunos disparos. La presencia de Tarcisio Buitrago Lancheros en el teatro de los hechos, y en el desarrollo de los mismos, no ha sido desvirtuada, lo que nos hace pregonar que su información junto con la de los testigos que contrae el inciso que antecede, merecen aprobación por parte del despacho...

El señor Agente del Ministerio Público... demanda de esta delegada el cierre de la investigación arguyendo que se dan las exigencias que contrae el artículo 393 del C. de P.P., súplica que se atenderá positivamente..." (Destaca la Sala, folios 407 - 415).

Como en la decisión anterior se decretó el cierre de la investigación, sin alteraciones probatorias de naturaleza alguna, se recibieron las alegaciones defensivas previas a la calificación del sumario (folios 466 - 497).

2.3. En tales condiciones, lo que marcaba la ritualidad procesal (contando con evidencias de cargos cuya legalidad -contemplación jurídica de la prueba- no mereció reparo alguno, tal y como se destacó en la trascripción anterior) era entrar a apreciar materialmente las pruebas del proceso -tanto de cargos como de descargos- en sede de la calificación del sumario, que es la lógica secuencia procesal después del cierre de la

clausura de la investigación (Ley 600 de 2000).

Reitérese: Lo perceptible procesalmente era que el fiscal calificara la investigación, como así lo anunció en la resolución transcrita y lo ordenaba el procedimiento (artículo 393 del C. de P.P.).

No obstante, en lugar de proceder como lo ordena la ley, el fiscal PARRA CALIXTO profirió la resolución del 8 de junio de 2004 por la que anuló i) el proceso a partir de la resolución de apertura de investigación, ii) los testimonios de cargos (mantuvo eso sí las retractaciones y otras evidencias que de alguna manera se identifican con la corriente probatoria que propende por la exclusión de responsabilidad penal), anuló las órdenes de captura, anuló las medidas cautelares. También ordenó la libertad del único detenido “con el compromiso de presentarse cuando la fiscalía lo requiera” y le expidió boleta de libertad, con argumentos que se contraen a lo siguiente:

i) Se desconoció el derecho de defensa porque no se les comunicó a los procesados, debidamente individualizados, sobre la iniciación de la investigación previa o formal en su contra para que asumieran a plenitud la facultad de contradicción; se desconoció el principio de igualdad.

ii) Declaró la invalidez de las pruebas de cargos: es decir, las ampliaciones de denuncia que hicieran José Vicente López (víctima de un disparo en una pierna) y Alcira Martínez Roncancio (esposa del occiso), los testimonios de imputación recaudados el 21 de julio de 2003 con ocasión de la apertura de investigación formal⁴, de Rodolfina Medina Ortiz, Yenifer Buitrago, María Elva Delgadillo Lancheros, Martha Mendoza Rodríguez y Tarcisio Buitrago Lancheros (folios 518 - 527).

3. El fundamento arbitrario de la resolución del 8 de junio de 2004:

Encuentra la Sala que efectivamente la decisión objeto de análisis (del 8 de junio

de 2004) se profirió manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico por múltiples razones:

3.1. Inexistencia de nulidad por violación del derecho de contradicción.

Si bien es cierto que los testimonios de cargos se recaudaron con ocasión de la investigación penal, la verdad es que pretender –como lo hiciera el procesado– que el defensor de uno de los implicados –o la defensa de todos ellos– fuese notificada de la apertura de investigación con miras a que el defensor técnico asistiera a la práctica de tales declaraciones recibidas⁵ con el fin de contra interrogar al atestante, resulta ser una exigencia que desborda el ordenamiento jurídico procesal penal en la medida que el testimonio lo recibe la fiscalía, sin la obligatoria intervención de la contraparte, y en el curso de la instrucción y del juicio lo somete a la contradicción de las partes con fundamento en el principio de publicidad de las pruebas.

El derecho de contradicción probatoria no se ejerce de manera exclusiva con la formulación de contra preguntas al declarante, como pretende hacerlo ver el impugnante; no debe desconocerse aquí que el defensor de los implicados participó activamente en la fase investigativa del sumario, que impugnó las decisiones que adoptó la Fiscalía en ese trámite, que controvertió las pruebas de cargos, que presentó pruebas de descargo, que adujo alegaciones previas a la calificación del sumario, y desde esa perspectiva, lo pertinente a la hora de calificar el sumario no era la anulación del proceso sino evaluar el mérito del eventual llamamiento a juicio como lo manda el procedimiento de la ley 600 de 2000 que rige la investigación⁶.

Lo exigible al funcionario era actuar de conformidad con la legalidad del procedimiento, y evidentemente que al decretar la nulidad desbordó la exigencia de la ley en el sentido de que el procedimiento penal imponía al fiscal la calificación del sumario con acusación o con preclusión de la investigación según el caso (cfr. artículos

393 y 395 de la ley 600 de 2000).

3.2. La anulación de pruebas

En relación con la anulación de una corriente probatoria del sumario (ampliaciones de denuncia de José Vicente López y Alcira Martínez Roncancio, testimonios recaudados el 21 de julio de 2003 con ocasión de la apertura de investigación formal de Rodolfina Medina Ortiz, Yenifer Buitrago, María Elva Delgadillo Lancheros, Martha Mendoza Rodríguez y Tarcisio Buitrago Lancheros), encuentra la Sala que tal decisión (adoptada en la misma providencia) también se profirió manifiestamente contraria a la ley. La legitimidad de las pruebas es irrefutable, inclusive el mismo fiscal acusado lo reconoció de manera expresa en la decisión del 22 de abril de 2004 (aportes arriba transcritos, destacados).

Los testimonios se adujeron de manera oportuna, a pocos días de ocurrido el hecho, a instancias del fiscal instructor; el fundamento constitucional y legal del recaudo es innegable (artículo 250 de la C. Pol. conc. artículos 113 y 114 de la ley 600), y –además– el aporte se efectuó de conformidad con la ley que gobernó la instrucción (artículos 275 y 276 ib.)

De manera que al anular pruebas legítimamente aducidas, contravino abiertamente el deber que tenía de contemplarlas jurídicamente de manera correcta, de verificar que su aducción respetó el ordenamiento jurídico, siendo claro que el procesado conocía –y ya lo había expresado en la decisión transcrita– de la legalidad de esas evidencias; sabía que no existía razón alguna para que las anulara.

Manifiestamente ilegal resulta entonces que invalidan lo actuado, dando al traste con una investigación que en términos de acopio probatorio no ofrecía réplica.

3.3. La calificación del sumario

Lo que correspondía al fiscal –así lo impone el procedimiento penal en sus artículos 232, 234, 237, 238, 277, 282- era encarar la controversia probatoria en sede de calificación del sumario (apreciación material de la prueba), es decir, contemplar el mérito de las pruebas de cargos (que ilegítimamente anuló) y de las de descargos (cuya validez mantuvo intangible), para llamar a juicio si era esa la determinación pertinente, o para precluir la investigación si existían pruebas que refrendaran tal medida.

Flagrante atropello al ordenamiento jurídico (penal y procesal penal) cometió el instructor cuando, apartándose del material probatorio TOTALMENTE LEGÍTIMO con el que contaba el proceso, y que daba cuenta clara de la comisión de un homicidio (imputación fáctica), con dos corrientes probatorias definidas, la una de cargos representada por testigos que estuvieron presentes en el momento del hecho y otra, de descargos, fundada a instancias de una activa labor defensiva que logró inclusive la retractación de los denunciados, en lugar de acometer la discusión probatoria para proferir la decisión que en derecho correspondiera (como era la exigencia legal, artículos 393 y 395 del C. de P.P.), deliberadamente eludió ese compromiso legal para proferir una decisión manifiestamente contraria a la ley.

Con el recaudo válido de pruebas en el sumario, con la ejecutoria de la definición de situación jurídica y la clausura de la fase investigativa (no hubo cierres parciales), lo que se perfilaba como única medida procesal ajustada al ordenamiento jurídico era auscultar las alegaciones precalificadorias, evaluar materialmente las pruebas de cargos y de descargos, teniendo en cuenta la validez del aporte tanto en la fase previa de la investigación como en la fase formal de la misma por parte del fiscal instructor.

La actuación en derecho para el momento de la calificación del sumario era acusar con fundamento en las pruebas de cargos validamente aducidas (artículo 397 del C. de P.P.), o precluir con apoyo en las pruebas de descargos (entre ellas la retractación de los testigos) (artículos 39 y 399 ib.), o con base en la duda si ella existiera.

Sin embargo, en una decisión totalmente consciente y voluntaria (que no vacila la Sala en calificar como una talanquera al proceso penal), el fiscal optó por anular el proceso, las pruebas válidas, las medidas de aseguramiento, en fin, desconoció de forma flagrante el procedimiento, contravino de forma abierta la ley que regula su actividad como representante del órgano investigador del Estado.

La calificación del sumario (bien en sentido de llamar a juicio o de precluir) -que era lo exigible legalmente- habría permitido no sólo el curso normal del proceso penal, sino la intervención de los demás sujetos procesales en aras de impugnar una cualquiera de las medidas que debió tomar, para encarar el juicio como lo impone el proceso debido (constitucional - penal).

Tanto más cuanto la fiscalía contaba con fundamento probatorio legítimo y suficiente para decidir sobre el llamamiento a juicio en el delito de homicidio con múltiples personas identificadas y formalmente vinculadas (una por indagatoria, tres por declaración de persona ausente).

4. El favorecimiento a un tercero como motivo para proferir la decisión contraria a la ley

La defensa del procesado insistió en que la sentencia condenatoria eludió el tema la corrupción del funcionario como motivo para proferir la providencia; recalcó que no se demostró la razón que llevó al fiscal a querer favorecer al sindicato Orlando Augusto López Gallego, porque la sentencia no asumió tal interrogante.

Respóndase a ello que el fundamento del tipo penal del prevaricato activo no es precisamente la demostración de un interés subjetivo -favorecer a alguien-, sino la prueba de la voluntad dirigida a desconocer el ordenamiento jurídico de manera arbitraria, ostensible, grosera.

Lo injusto del comportamiento se fundamenta en que la decisión del juez (funcionario)

se aparta ostensiblemente del derecho, sin que importen los motivos que el empleado tuvo para ello; dicho de otra manera, la adecuación típica de una acción u omisión prevaricadoras no está determinada por los móviles del juez sino por la justificación jurídica de lo que hizo o dejó de hacer⁷.

En síntesis, basta con demostrar que la intención del actor fue la de agraviar el ordenamiento jurídico, para que se configure la conducta punible de prevaricato, de donde surge acertado que el juzgador de primera instancia no abordara el tema, en tanto no determina la adecuación típica de la conducta ni el fundamento del reproche.

Por las anteriores razones, La Sala CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia.

5. La intervención del agente del Ministerio Público

El procurador 215 judicial penal advirtió con claridad lo ilegítima que era la resolución del 8 de junio de 2004, y mediante memorial del 16 de junio siguiente sustentó la impugnación a la resolución de la fiscalía (como era debido, artículo 277 numerales 1, 3, 7 de la C. Pol.); allí expresó de manera clara los motivos de inconformismo y requirió de la segunda instancia que revocara la decisión:

“...Para el Representante del Ministerio Público cree que no había justificación alguna para decretar dicha nulidad. Sabido es por todos nosotros que una persona que es dejada en libertad y más en esta región y que tenga poder económico, es muy difícil que vuelva a ser capturada. Pido con el mayor respeto a la justicia de Chiquinquirá Boyacá que hechos como este, no se vuelvan a repetir, para bien de la misma, de la sociedad, etc. porque debido a esto, es que la gente ha perdido credibilidad en la justicia, y de ahí que muchos de los delitos no se denuncian y la gente prefiera hacerse justicia por su cuenta”. (Firmado: Gerardo Pinzón Molano, Procurador 215) (folios 534 - 541).

No obstante la claridad que tenía el representante de la Procuraduría General de la

Nación en el sentido de que providencias de la naturaleza que critica no se deben volver a repetir “para bien de la Justicia”, sorprende a la Sala que el nueve (9) de julio de 2004, mediante un memorial de escasas siete líneas desistió del recurso...

“con el único fin de darle celeridad a la investigación, para que haya pronta solución al asunto. Toda vez que actualmente una apelación en la segunda instancia se está demorando bastante tiempo y eso trae consecuencias para la misma”.

(Firmado: Gerardo Pinzón Molano, Procurador) (folio 563).

Al encontrar irregular la conducta del señor representante del Ministerio Público en este proceso, la Sala REMITIRÁ copia tanto de esta decisión, como de la resolución del 8 de junio de 2004, y de los memoriales del procurador judicial del 16 de junio de 2004 (folios 534 - 541) y del nueve (9) de julio de 2004 (folio 563), a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General, para lo de sus competencias.

No desconoce la Sala que la eventual conducta irregular del funcionario del Ministerio Público sucedió el 9 de julio de 2004, y que los términos de instrucción resultan de alguna manera apremiantes. Sin embargo, con idénticos argumentos... “que hechos como este no se vuelvan a repetir para bien de la Justicia, de la sociedad, para preservar la credibilidad en la Justicia, para que no se promueva la ideología en la gente al punto que... prefiera hacerse justicia por su cuenta” la Sala EXHORTA tanto a la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Tunja como a la Procuraduría General de la Nación - Delegada para el Ministerio Público, a que instruya las diligencias con la mayor celeridad posible, bajo el entendido de que la prueba documental que se remite no es de difícil interpretación.

En mérito de lo dicho la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal y administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. CONFIRMAR la sentencia objeto de apelación.
2. REMITIR copia de esta decisión, de la resolución del 8 de junio de 2004 (folios 518 - 527), de los memoriales del Procurador 215 Judicial Penal del 16 de junio de 2004 (folios 534 - 541) y del nueve (9) de julio de 2004 (folio 563) a la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Tunja y a la Procuraduría General de la Nación - Delegada para el Ministerio Público, de conformidad con las motivaciones de esta sentencia (supra, num. 5).
3. COMUNICAR la sentencia a las autoridades encargadas del registro de las condenas (artículo 472 de la ley 600 de 2000).

Contra esta decisión no procede recurso alguno; ejecutoriada REMÍTASE al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad (R.) para lo de su competencia.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Comisión de servicio

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria

1CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 18 de junio de 2008, rad. núm. 23051.

2Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 11 de abril de 2007, Rad. núm. 26128.

3El defensor técnico de los sindicatos Orlando Augusto López Gallego y Norbey Orlando López Caicedo solicitó la práctica de pruebas mediante memoriales del 26 de agosto de 2003 (folios 69 - 72), 10 de septiembre de 2003 (folio 91), requirió definir la situación jurídica mediante memorial del 24 de septiembre de 2003 (folios 142 - 149), el 3 de marzo de 2004 asistió en la indagatoria de uno de los procesados (Orlando Augusto López) que fuera capturado por las autoridades (folios 323 - 331); el 5 de marzo de 2004 pidió la “cesación de procedimiento” a favor de sus defendidos (folios 345 - 348).

El defensor de confianza asistió en la indagatoria a Orlando Augusto López Gallego, tuvo acceso a las diligencias, participó en el decreto de pruebas y en la práctica de las que solicitó, presentó alegaciones previas a la definición de situación jurídica, impugnó la resolución que decretó la medida de aseguramiento, presentó alegaciones previas a la calificación del sumario, inclusive, a instancias del defensor técnico se allegaron las declaraciones -retráctiles- de los denunciantes y asistió como defensor de oficio a los demás implicados.

4La fiscalía 24 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Chiquinquirá profirió la resolución de apertura de investigación el 15 de julio de 2003 (folios 20 y 21).

5Cinco testigos declararon un día antes de que presentara el poder que otorgó uno de los sindicatos.

6Cfr. CORTE SUPREMA, Sala de casación penal, sentencia 4 de noviembre de 2009, rad. núm. 26500; del 23 de enero de 2008, rad. núm. 25855; sentencia del 12 de septiembre de 2007, rad. Núm. 21144; ib. sentencia del 30 de noviembre de 2006, rad. Núm. 25185; entre otras.

7CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, auto del 16 de junio de 1981 (cfr. Régimen Penal Legis, envío número 97, junio de 2008, & 3972); sentencia del 18 de mayo de 1999, rad. núm. 13827 (ib. Legis & 3973); sentencia del 20 de mayo de 1997, rad. núm. 6746 (ib. Legis & 3979); sentencia del 4 de abril de 2002, rad. núm. 17 008 (ib. Legis & 3979 - 3); sentencia del 3 de septiembre de 2002, rad. núm. 15 513 (ib. Legis & 3979 - 4).