

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No. 271

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de julio de dos mil doce (2012).

VISTOS

Decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado JOSÉ DE JESÚS PAINCHAULT SAMPAYO, en contra del fallo proferido el 2 de noviembre de 2011 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, mediante el cual lo condenó en su condición de Fiscal 13 Seccional de dicha ciudad, a la pena principal de 72 meses de prisión, multa de 99,99 salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por 120 meses, como autor del delito de prevaricato por acción, en concurso homogéneo y sucesivo.

HECHOS

1. Se contrajeron a que el hoy acusado JOSÉ DE JESÚS PAINCHAULT SAMPAYO cuando fungía como Fiscal 13 Seccional de la ciudad de Santa Marta, mediante resolución del 16 de enero de 2009, resolvió situación jurídica de Gabriel Turbay Cure y Víctor Julio Padilla González, servidores públicos del municipio de Tenerife, y otros, concediéndoles a

aquéllos detención domiciliaria como supuestos padres cabeza de familia sin reunir los requisitos para ello, ya que se hallaban casados para la fecha de la comisión de los delitos; sus respectivos hogares debidamente establecidos y sus esposas laboraban, una como comerciante y la otra como contadora, respectivamente.

2. Así mismo el aludido ex fiscal a través de resolución emitida el 5 de febrero de 2009, concedió a los mencionados servidores públicos permiso para trabajar, siendo ello potestad del director del centro de reclusión, acorde con lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario).

3. De otro lado, el referido servidor judicial en desempeño del mismo cargo el 24 de marzo de 2009, dictó resolución con base en la cual revocó oficiosamente la medida de aseguramiento privativa de la libertad que pesaba contra otra funcionaria de la referida alcaldía municipal, señora Ibeth Díaz Montes, Jefe de Presupuesto, que había sido proferida por otra Fiscal, sin que mediara prueba para ello o hubiesen desaparecidos los fines constitucionales que ameritaran una tal decisión.

Tales fueron, en suma, los hechos materia de investigación.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 10 de mayo de 2010, el Fiscal 52 Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá presentó escrito de acusación contra JOSÉ DE JESÚS PAINCHAULT SAMPAYO por el delito de prevaricato por acción, en concurso homogéneo y sucesivo consagrado en el artículo 413 del Código Penal en razón de las tres conductas presuntamente ilícitas atrás reseñadas.

Cumplidas las formalidades propias del juicio, el 2 de noviembre de 2011, el Tribunal Superior de Santa Marta condenó a JOSÉ DE JESÚS PAINCHAULT SAMPAYO a las penas principales de 72 meses de prisión, multa de 99.99 salarios mínimos legales mensuales

vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término de ciento veinte (120) meses, como autor de la conducta punible de prevaricato por acción, en concurso homogéneo y sucesivo, negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Lo anterior devino exclusivamente por dos conductas prevaricadoras (las concernientes a la resoluciones del 16 de enero y 24 de marzo de 2009, inherentes a la resolución de situación jurídica y revocatoria oficiosa de medida de aseguramiento, respectivamente) toda vez que con respecto de la resolución del 5 de febrero del citado año - otorgamiento de permiso para trabajar- el acusado fue absuelto al no hallar el fallador ilegalidad alguna en tal determinación.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. La Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta abordó en primer lugar el análisis del tema planteado por la defensa, referido a que la incorporación al juicio de las resoluciones que se tachan de ilegales ha debido hacerse a través de un testigo o por lo menos haberse leído en la audiencia de juicio oral, pues consideró que de prosperar su oposición, la relevaría de realizar el estudio de fondo del comportamiento del acusado.

Fue así que no compartió tal argumento sosteniendo que los mencionados documentos fueron descubiertos desde el escrito de acusación, luego en las audiencias de formulación de acusación y preparatoria, en las que no hubo controversia alguna en punto a que fueran elaboradas por persona distinta al procesado, ya que la inconformidad de la defensa se dirigió a la forma de incorporación, mas no al contenido, por lo que dicha colegiatura los apreció con base en las directrices establecidas en el artículo 432 de la Ley 906 de 2004.

2. En relación con las decisiones cuestionadas, encontró lo siguiente:

2.1. En lo atinente a la resolución de 16 de enero de 2009, el acusado manifestó que no les concedió la detención domiciliaria a Gabriel Turbay Cure y Víctor Julio Padilla por ser padres de familia, sino debido al tránsito de leyes, pues por favorabilidad era posible aplicar la Ley 906 de 2004, que en su artículo 314 lo facultaba para sustituir la medida intramural por la domiciliaria.

No obstante, consideró el Tribunal que la sola lectura de dicha providencia evidenciaba que ello no correspondía a la realidad, pues el fundamento, en lo relacionado con Víctor Julio Padilla González fue "...por razones humanitarias y demostrada su conducta cuya confianza permite ahora al estrado judicial considerar que no evadirá la acción de la justicia, circunstancia subjetiva para esta apreciación y no la objetiva ya que el quantum punitivo no se tendrá en cuenta conforme al sentir de la Corte Suprema de Justicia."

Y en lo atinente a Gabriel Turbay Cure, además de las razones atrás expuestas, tuvo en cuenta su condición de padre cabeza de familia, a pesar de que no se daban los presupuestos exigidos en la ley, pues para ese momento estaba casado y su esposa se dedicaba al comercio.

Señaló que por mujer cabeza de familia, aplicable al padre, se entiende la soltera o casada que tenga bajo su cuidado de manera permanente, económica y socialmente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea que el cónyuge o compañero permanente esté ausente de manera definitiva o esté incapacitado física, sensorial, síquica o moralmente, o exista deficiencia sustancial de los demás miembros del núcleo familiar, condiciones que no se daban porque Turbay Cure tenía su hogar establecido.

2.2. En relación con la resolución de 5 de febrero de 2009, a través de la cual concedió permiso para trabajar a Gabriel Turbay Cure y Víctor Julio Padilla González, consideró

que no se tornaba ilegal, dado que se ajustó a lo señalado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ya que es una situación administrativa de la órbita del INPEC y como consecuencia de ello, le absolvió de dicho cargo.

2.3. Frente a la decisión de 24 de marzo de 2009, mediante la cual el acusado revocó oficiosamente la detención preventiva que recaía sobre Iveth Cenaida Díaz Montes, sostuvo que los argumentos hacían referencia a que desaparecían “los presuntos indicios de responsabilidad penal con la posición tomada por los señores DAVID TURBAY CURE y VÍCTOR JULIO PADILLA, si tenemos en cuenta que ésta recibía órdenes del señor alcalde habida cuenta de la concepción jurídica que surge de la acción insuperable de la confianza siendo éste uno de los criterios que permiten excluir la tipicidad en la conducta de una persona”, haciendo énfasis en que el alcalde y el tesorero fueron quienes cometieron, entre otros, el delito de peculado.

Análisis que era propio de una calificación sumarial y aplicable a cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad siempre y cuando estuviera plenamente comprobada, lo que no sucedió en el caso concreto, circunstancia que le permitió concluir que la intención del acusado fue la de revocar la detención preventiva y concederle la libertad a como diera lugar, sin tener en consideración claras disposiciones legales.

Así las cosas, como con posterioridad a la definición de la situación jurídica de Iveth Díaz Montes no hubo pruebas que enervaran los juiciosos y ponderados argumentos que tuvo la funcionaria judicial que lo antecedió en el cargo para proferir la medida de aseguramiento, concluyó que el criterio plasmado en la resolución que dejó sin efectos la medida cautelar resultaba injustificable, de lo cual surgía su ánimo prevaricador.

Para efectos de la individualización de la pena, tuvo en cuenta los límites punitivos previstos en el artículo 413 del Código Penal, modificado por la Ley 890 de 2004, que contempla prisión de 48 a 144 meses, multa de 66.66 a 300 salarios mínimos legales

mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 144 meses e impuso finalmente (por razón del concurso) las penas de 72 meses de prisión, multa de 99.99 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por 120 meses.

Le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por no acreditarse los requisitos para tal efecto.

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la determinación, el defensor la impugnó, con base en las siguientes consideraciones:

1. Las resoluciones proferidas por JOSÉ DE JESÚS PAINCHAULT SAMPAYO fueron fruto del análisis ponderado de los medios de prueba que obraban en el expediente a la luz del principio de gradualidad de las medidas de aseguramiento, el cual faculta al operador jurídico para imponer una menos gravosa o incluso prescindir de ella si las condiciones y calidades del procesado así lo indican. Por ende, no contrarían los fines constitucionales de la detención preventiva, ni de la pena.

Citó jurisprudencia de la Corte Constitucional, inherente a la imposición de las medidas de aseguramiento y la gradualidad de las mismas y añadió que se debe examinar la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de las mismas.

El doctor PAINCHAULT SAMPAYO profirió en contra de David Turbay Cure y Víctor Julio Padilla, la medida de aseguramiento más drástica que contempla el artículo 307 de la Ley 906 de 2004, y la única que trae la Ley 600 de 2000, sustituyéndola por la domiciliaria y les concedió permiso para trabajar, lo cual era viable dadas las condiciones personales, sociales, profesionales, modo de vivir, con arraigo y carencia de antecedentes de todo orden de los investigados.

2. Nunca se ha desconocido que el acusado fue quien elaboró las resoluciones con las cuales definió situación jurídica a los funcionarios del municipio de Tenerife. El reparo ha sido por la forma como fueron incorporadas al juicio oral y público, ya que una vez le fue concedido el uso de la palabra al delegado de la fiscalía, expuso que al ser las pruebas documentos públicos, no necesitaba testigo de acreditación según sentencia 31049 de la Corte Suprema de Justicia, sin descubrirlas, ni dar lectura para poder controvertir su punto de vista, violando los principios probatorios de inmediación, publicidad, contradicción, oralidad, los derechos fundamentales y las garantías procesales.

Fue esa la razón por la que objetó su incorporación, la que al no prosperar motivó la interposición del recurso de apelación, dando lugar al pronunciamiento de 22 de junio de 2011 en el cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro del radicado 36611 se abstuvo de resolver la alzada pero dejó sentada la posibilidad de plantear la inconformidad en las alegaciones finales, como en efecto lo hizo.

En su criterio, por el hecho de que en la audiencia preparatoria no se objetara la solicitud de pruebas, no significa que necesariamente deba incorporarse al debate, pues puede quedarse en lo que comúnmente se conoce como “elemento material probatorio”

Expresó que si bien en la decisión de la Corte Suprema de Justicia en la que se basó la fiscalía para incorporar los 16 cuadernos que contenían las 3 resoluciones cuestionadas, se da la posibilidad de que los documentos públicos se agreguen sin testigo de acreditación, también lo es que ello no conlleva que se releve del debate probatorio, ni de la práctica de las pruebas.

Disiente de la valoración que hizo el Tribunal de las resoluciones aportadas por la fiscalía, la cual le permitió dar certeza a unos documentos que no lograron su categoría de prueba por cuanto no se conoció su contenido y por ende tampoco el contradictorio en el juicio, quedándose sólo como “elementos materiales probatorios”

Expuso que las ritualidades del procedimiento están bien definidas y así no se hubiese objetado la solicitud de pruebas, ello en modo alguno significa que deba incorporarse al debate porque le falta lo principal que es su práctica.

Sostuvo que renunció al testimonio del acusado, porque al no haberse incorporado los documentos de manera apropiada, la Fiscalía se quedó sin pruebas y por ende sin teoría del caso, ya que la sola aducción no iba a garantizar el contradictorio de la defensa.

Solicita la revocatoria de la sentencia por duda razonable y se disponga la libertad del acusado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

Corresponde a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia desatar el recurso de alzada conforme a lo reglado en el artículo 32-3 Ley 906 de 2004, en la medida en que se trata de una sentencia proferida en primera instancia por un Tribunal de Distrito Judicial pues la acción penal es ejercida contra un Fiscal Seccional, por un delito cometido en ejercicio de sus funciones.

Como se colige la inconformidad del recurrente apunta a dos aspectos: i) La forma como fue incorporada la prueba documental al juicio que en su sentir se constituye en transgresión de diversos principios inherentes a la Ley 906 de 2004, entre ellos el de contradicción, publicidad e inmediación y ii). Que las resoluciones dictadas por el acusado no configuran el delito de prevaricato. En consecuencia la Sala examinará los dos aspectos por separado:

2. La incorporación de documentos en juicio

Al auscultar la Sala la actuación se verifica que desde la confección del escrito de acusación por parte del Fiscal 52 Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá, en el “Anexo”, “descubrimiento probatorio”. “A Hechos que no requieren prueba:” se consignó: “La existencia del radicado 82. 694, adelantado por la Fiscalía 13 Seccional de Santa Marta, Magdalena, en la que se encuentra incorporadas las resoluciones del 16 de enero de 2009, del 5 de febrero de 2009 y del 24 de marzo de 2009, tildadas de prevaricadoras”.

Y en el literal “D.) Documentales” quedó consignada la información relevante de las tres resoluciones (del 16 de enero de 2009; del 5 de febrero de 2009; del 24 de marzo de 2009); y ulteriormente se llevaron a cabo las audiencias de formulación de acusación y preparatoria, escenario donde los defensores que antecieron al que ahora actúa como tal desde la instalación de juicio, tuvieron pleno conocimiento de la prueba documental descubierta por la Fiscalía -y que iba a ser producida, practicada e introducida en el juicio- y en el concreto escenario a que se contrae el artículo 359 Ley 906 de 2004, no impetraron la “exclusión, rechazo o inadmisibilidad” del referido medio de prueba.

Y fue así como ya en el juicio público, el fiscal luego de la presentación de los alegatos de apertura y que otro tanto hiciera la defensa, solicitó a los magistrados de la Sala Penal de primera instancia, la incorporación de la aludida prueba documental, que una vez corrido el traslado al defensor, la examinó por lapso aproximado de 20 minutos, solicitó su “exclusión” alegando que no podía ser incorporada de dicha forma sino a través de un investigador, a lo cual se opuso el Fiscal quien citó la jurisprudencia de esta Sala (Rad. # 31.049 del 26/01/09.).

El Tribunal determinó incorporar la prueba documental, decisión que fue apelada por la defensa, respecto de la cual la Sala Penal de esta Corte (auto del 22 de junio de 2011, rad. # 36.661.) se abstuvo de resolver, con fundamento en que constituía la audiencia

preparatoria el escenario para que la defensa hubiera cuestionado la pretensión de la Fiscalía de incorporar los 16 cuadernos que en fotocopias auténticas contienen las resoluciones que dieron origen al proceso penal contra el ex fiscal aquí acusado.

En el cuerpo del último proveído citado se consignó: “Ahora bien, ello no implica que su inconformidad no pueda ser discutida en la alegaciones finales y de llegar a proferimiento adverso a los intereses de su asistido pueda cuestionarla a través del recurso de apelación”.

El apelante sostuvo que su inconformidad estriba en la forma en que fueron incorporados los documentos en el juicio ya que no tuvo la ocasión de controvertirlas, que no ha cuestionado que las mismas hayan sido elaboradas por el acusado.

Al respecto dígase que una vez culminado el descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía en los escenarios diseñados por el legislador para tal cometido y solicitada la incorporación de la evidencia documental al Juez Plural Colegiado -que los incorporó como pruebas- era carga de la defensa su contradicción como lo posibilita el artículo 3781

de Ley 906 de 2004 en concordancia con el artículo 379 ibídem2

, despliegue que se -itera- resultaba inherente para la defensa, no solo a través de la práctica de las pruebas que había solicitado -incluido el testimonio del acusado y otras más, de las cuales desistió- sino en los alegatos de cierre o de conclusión, escenario este último por excelencia de análisis y valoración de la prueba, pues así lo posibilita la primera norma citada, esto es, que la contradicción se suscita con respecto a “los medios de prueba como los elementos materiales probatorios y evidencia física presentados en el juicio3” (subraya la Sala).

Pues acorde con la sistemática contenida en la Ley 906 de 2004, el descubrimiento probatorio se inicia con la presentación del escrito de acusación de parte de la fiscalía,

prosigue en la audiencia de formulación de acusación y culmina en la audiencia preparatoria; en tanto que la admisión de la evidencia que pretende hacerse valer como prueba tiene como escenario la audiencia acabada de mencionar y la incorporación probatoria lo será en el segmento del juicio, diseñado por el legislador para tal cometido luego de surtirse la declaración inicial como lo establece el inciso 2° artículo 371 de la citada Ley.

Luego entonces, no puede la defensa persistir en sostener que no hubo posibilidad de ejercitar el derecho de contradicción, como parte del debido proceso; pues como se constata con la revisión del registro audiovisual del juicio, la defensa examinó la documentación presentada por la Fiscalía, luego de lo cual impetró su “exclusión”, pretensión a todas luces improcedente -pues ya en la audiencia preparatoria se había surtido el rito para una tal eventual pedimento- (amén de haberse accedido de parte del Juez Colegiado a la admisión del expediente contentivo de las resoluciones catalogadas como prevaricadoras) bien pudo haber solicitado un receso para un mayor análisis, no lo hizo; luego ahora no puede esbozar dicho argumento, cuando en sus manos tuvo el material probatorio que presentó la Fiscalía, cuya incorporación fue solicitada e introducida en legal forma al juicio.

Añádase que la supuesta imposibilidad de no ejercicio del derecho de contradicción constituye apenas una afirmación que aparece desvirtuada al examinar el registro fílmico de todo el juicio donde la defensa introdujo diversa prueba documental, y en los alegatos de clausura el acusado ejercitó la defensa material, se refirió con amplitud a las tres providencias, en tanto que la defensa igualmente en forma de por más vehemente examinó una a una tales piezas procesales. Luego entonces se pregunta la Sala, ¿en qué se tradujo esa supuesta irregularidad que enuncia el impugnante y qué trascendencia tuvo para el debido proceso probatorio? La respuesta no puede ser otra, que no hubo ningún sorprendimiento para la defensa ya que desde los estadios procesales atrás enunciados se había advertido respecto de la forma de incorporación de la evidencia

documental y la defensa ejercitó el derecho de contradicción en relación con la misma.

Recalca entonces la Sala, el método de incorporación de la evidencia documental desplegado por el fiscal no reviste la entidad suficiente para traducirse en la irregularidad que construye el apelante pues resulta innegable que con suficiente antelación fue descubierta, hasta el punto que sobre la misma la defensa técnica y material ejercitaron el derecho de contradicción y desplegaron amplia disertación argumentativa.

Téngase en cuenta que al defensor ahora apelante le fue reconocida personería para actuar, precisamente al instalarse el juicio oral -debido a las continuas contingencias suscitadas con los togados que le precedieron- de donde deviene que asumió el caso en el estado en que se hallaba y si desplegó una tal estrategia, no puede ahora argüir que no pudo ejercer el contradictorio, lo cual aparece infirmado [con la exposición de sus argumentos y la severa crítica que le hizo a las providencias catalogadas por la fiscalía acusadora como prevaricadoras, con lo cual se garantizó el debido proceso probatorio.

Con respecto a la temática en cuestión, esto es, la incorporación de las providencias que motivaron la investigación en contra del aquí ex fiscal procesado, dígase que se cumplió en esencia en el juicio, con lo que ha sostenido la jurisprudencia de la Sala Penal sobre este tema:

“En consecuencia, la autenticidad del documento, público o privado, es una característica del mismo que incide en la valoración o asignación de su valor probatorio una vez se ha admitido o incorporado formalmente como prueba en la audiencia pública; la cual puede ser impugnada en las audiencias preliminares o en la preparatoria, en orden a imposibilitar su admisión o incorporación, especialmente cuando de antemano se sabe que es impertinente o inconducente para lograr una aproximación racional a la verdad.

”En consecuencia, el carácter documental público y auténtico de una sentencia judicial

válidamente emitida es evidente y para su aducción en el juicio oral no es necesario que el funcionario que la profirió u otro testigo de acreditación, comparezca a declarar acerca de su contenido o de la forma como fue obtenida”.⁴

En esa dirección precisamente se produjo la modificación del artículo 429 de la Ley 906 de 2004, a través del artículo 63 de la Ley 1453 de 2011, que estableció: “El documento podrá ser ingresado por uno de los investigadores que participaron en el caso o por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio o evidencia física” (subrayas ajenas al texto original).

Y si bien en el caso concreto la evidencia documental no se introdujo acorde con lo establecido en el contenido de la referida norma, ello obedeció a que el rito donde el Juez Colegiado, decidió incorporar las pruebas presentadas por la Fiscalía, se realizó el 24 de mayo de 2011 pues sabido es que la Ley 1453 de 2011, fue expedida el 24 de dicho año.

No obstante ello, téngase en cuenta que al emplear el legislador el vocablo “podrá”, está significando que no es imperativo, sino una facultad, posibilidad que tendrá no solo la fiscalía, sino igualmente la defensa, para un tal cometido. Disposición que habrá de armonizarse con el contenido del artículo 337 numeral 5° literal “d” Ley 906 de 2004, alusivo al documento anexo contentivo del descubrimiento probatorio que establece: “los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación”.

De donde deviene que una vez incorporada la aludida documentación -y adquirido el sello de prueba- correspondía a la defensa realizar el análisis, crítica y valoración, como efectivamente lo hizo desde su particular óptica; labor que igualmente ejercitó la fiscalía en los alegatos de conclusión y finalmente el Juez Colegiado al momento de emitir el sentido del fallo y dictar la sentencia condenatoria, ahora materia de apelación y cuya

legalidad examina la Corte.

Es que en suma la queja del recurrente se encamina más hacia el método que sobre el empleo de documentos en el juicio describe el artículo 431 de la Ley 906 de 2004, esto es, que al no haber sido leídas las resoluciones, no pudo ejercitar el derecho de contradicción, lo cual no se ajusta a la realidad, ya que el registro del juicio evidencia que sí pudo conocer la forma y contenido de dichos documentos, al haberse realizado el traslado de los mismos por parte de los juzgadores, tenerlos en su poder y luego proceder a ejercitar su contradicción, lo cual se refuerza aún más con el análisis y valoración que hiciera ulteriormente en los alegatos de conclusión, remitiéndose para tal efecto al contenido de cada una de las citadas resoluciones.

Importa sobre este tema aludir a lo sostenido por la Sala en sentencia de segunda instancia⁵ en un caso similar y que tiene aplicación en el presente evento:

“Por último, tampoco existe una irregularidad trascendente por no haberse leído en su integridad la decisión del 5 de marzo de 2009 con el fin de incorporarla al proceso, pues lo cierto es que todos los intervinientes la conocieron -con más razón el propio procesado quien admite haber sido su autor-, y porque fue objeto de estipulación entre la defensa y la fiscalía. Téngase en cuenta que la lectura integral del documento al momento de ser aducido, según lo norma el artículo 431 de la Ley 906 de 2004, tiene por objeto que su contenido sea conocido por los intervinientes; de manera que si ese propósito se cumple sin necesidad de la lectura completa de su contenido, se desdibuja cualquier anomalía trascendente”

De todo lo dicho deviene que la inconformidad que sobre el tema hizo la defensa ha de tenerse como objeto de respuesta por la Sala, pues no deprecó ninguna solicitud concreta al respecto, amén de la pretensión de revocatoria del fallo de instancia, supuestamente por orfandad probatoria de la Fiscalía, lo cual constituye un mero

enunciado, como se demostró en los párrafos precedentes.

3. Materialidad de la conducta punible y responsabilidad del procesado

A efectos de abordar el segundo aspecto planteado por el impugnante debe recordarse que el delito de prevaricato por acción requiere de una resolución judicial, dictamen o concepto, en este caso dos resoluciones judiciales dictadas por el ahora ex fiscal acusado JOSÉ DE JESÚS PAINCHAULT SAMPAYO, ostensiblemente contrarias a la legislación.

“Tal ocurre, por ejemplo, cuando las decisiones se sustraen sin argumento alguno del texto de preceptos legales claros y precisos, o cuando los planteamientos invocados para ello no resultan de manera razonable atendibles en el ámbito jurídico, v.g. por responder a una palmaria motivación sofística grotescamente ajena a los medios de convicción o por tratarse de una interpretación contraria al nítido texto legal.

“Con un tal proceder debe advertirse la arbitrariedad y capricho del servidor público que adopta la decisión, en cuanto producto de su intención de contrariar el ordenamiento jurídico, sin que, desde luego, puedan tildarse de prevaricadoras las providencias por el único hecho de exponer un criterio diverso o novedoso, de manera especial cuando abordan temáticas complejas o se trata de la aplicación de preceptos ambiguos, susceptibles de análisis y opiniones disímiles”.⁶

También ha dicho la Sala sobre el tipo objetivo del delito de prevaricato por acción:

“Que el tipo objetivo en el delito de prevaricato se configura cuando el servidor público emite dictamen, resolución o sentencia ostensiblemente contrarios a la ley, entendido por ostensible, lo palmario, indiscutible, evidente, abierto, expreso, visible.

“Lo manifiestamente contrario a la ley encierra un elemento normativo específico, que

exige una valoración material y no sólo formal de los argumentos ofrecidos por el servidor público para cimentar la determinación, atendiendo para el efecto las circunstancias concretas en que la adoptó y los elementos de juicio que tuvo a su disposición. No se trata de examinar cuándo un argumento es formalmente correcto o incorrecto sino de determinar si el mismo, dentro de las particularidades que rodearon la expedición de la decisión, resulta o no aceptable.

“En consecuencia, se debe tener en cuenta el enfrentamiento entre lo decidido y lo normado, además, las circunstancias que rodearon la asunción del proveído, la información con que contó el sujeto agente y el contenido de la norma reguladora del tema debatido, pero no desde la perspectiva de la cual habría actuado quien lo investiga o juzga, puesto que de lo que se trata es de realizar un juicio en el que la ilegalidad manifiesta brote de la sola comparación entre lo decidido y lo regulado por la ley”.⁷

Y respecto del tipo subjetivo en el citado delito se ha dicho igualmente:

“Este se estructura cuando a la solución jurídica prevista por el ordenamiento jurídico para resolver el problema planteado el funcionario judicial antepone su voluntad o capricho, eludiendo el contenido de la norma jurídica concreta que por conocerla está obligado a aplicarla correctamente, generando con ello un evidente distanciamiento entre el derecho aplicable y el usado en el caso concreto, lesionando el bien jurídico de la administración pública, traducido en el sometimiento del Estado al imperio de la ley en sus relaciones con los particulares, en virtud del cual, los asuntos de conocimiento de sus servidores deben ser resueltos con fundamento en la normatividad que los rige, garantizando de esta forma la vigencia del ordenamiento y la pacífica convivencia del colectivo social”.⁸

Bajo tales premisas y por ende para una mejor comprensión del caso se hará breve alusión a cada una de las resoluciones catalogadas como prevaricadoras y se realizará el

análisis y valoración correspondiente, en orden de determinar si el fallo de instancia se ajustó a la legalidad o por el contrario los argumentos del apelante salen avantes.

Veamos:

La resolución dictada el 16 de enero 2009, por el Fiscal 13 Seccional de Santa Marta, JOSÉ DE JESUS PAINCHAULT SAMPAYO (sumario # 82.694) en la cual al definir la situación jurídica de los sindicados Gabriel Turbay Cure, Víctor Padilla González y otros, por los delitos de peculado por apropiación en concurso homogéneo y sucesivo con el de celebración indebida de contratos, falsedad ideológica en documento público e interés indebido en la celebración de contratos, les impuso “medida de aseguramiento sin beneficio de excarcelación” y determinó que la referida medida de aseguramiento “será la domiciliaria, la que cumplirá (sic) en la residencia señalada por cada uno de ellos en la diligencia de indagatoria”.

Frente a cada uno de tales sindicados ésta es la motivación para adoptar unas tales determinaciones que aparece en la referida resolución, veamos:

“GABRIEL TURBAY CURE, ex alcalde Tenerife, indudable autor material e intelectual en la comisión del hecho penal que se investiga.

”Merece esta persona que en su contra caiga todo el peso de la ley, sin embargo se trata de un profesional que en su momento oportuno le alimentó el afán de perfeccionamiento que no dio con ese calificativo y por el contrario asumió una conducta penal con su accionar (...) pero también se evalúa en él un arrepentimiento, una inquebrantable decisión de sometimiento, de querer apoyar la actuación y disciplina que emana de la Fiscalía, de no evadir la acción de la justicia, cuando con hechos a (sic) demostrado su inclinación toda vez que tenía orden de captura y pidió se le revocará para acudir voluntariamente y sentarse al banquillo a fin de responder por las imputaciones que le llegaran a hacer, por ello y por la solicitud que su apoderado judicial impetra ante este

despacho consciente de un futuro pronunciamiento adverso para que se le conceda detención domiciliaria, amén de que es cabeza padre (sic) de familia, el despacho proferirá en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, detención que cumplirá en su lugar de residencia por considerar el despacho que no evadirá la acción de la justicia y sin tener en cuenta el quantum punitivo”.

Y con relación al también sindicado Víctor Julio Padilla, a instancia de la solicitud del defensor consignó:

“...son elementos estructurales suficientes para que en contra del señor VICTOR JULIO PADILLA GONZÁLEZ , el despacho profiera en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sustituyendo la detención intramuros por la domiciliaria por razones humanitarias y demostrada su conducta cuya confianza permite ahora al estrado judicial, considerar que no evadirá la acción de la justicia, circunstancia subjetiva para esta apreciación y no la objetiva ya que el quantum punitivo no se tendrá en cuenta conforme al sentir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

“Teniendo en cuenta todos estos factores que infunde la confianza el despacho procederá tal como se dijo”.

Es así que en relación con dichas determinaciones el ex fiscal procesado, en el juicio sostuvo que las adoptó en aplicación del principio de favorabilidad de la Ley 906/ 04; argumento rebatido por el juzgador de instancia en el sentido que tal exculpación no aparece en el cuerpo de la providencia.

Frente a tales tópicos el apelante sostiene que la decisión que en su momento adoptó el aquí procesado devino del análisis, de la ponderación que realizó, que no fue fruto del capricho, ni se observa la intención de transgredir la ley e hizo alusión a diversos pronunciamientos jurisprudenciales que a su juicio guardan relación con el tema de las

medidas de aseguramiento así como también a numerosas normas de la Ley 906/04 que tienen que ver con el régimen de la libertad y su restricción, al igual a disposiciones de rango constitucional.

Al respecto responde la Sala que al confrontar el precario fragmento elaborado por el aquí procesado en la citada resolución, fácil se detecta que en manera alguna aludió siquiera a lo que ahora pretende argüirse como supuesto fundamento de una tal determinación, ya que lo que resulta palmario de cara a la pluralidad de delitos y la gravedad de los mismos, es el manifiesto propósito de apartarse del contenido de las disposiciones aplicables frente al caso concreto, mediante el aparente empleo de un juego de palabras tendiente a amparar su decisión de supuesto ajuste a la legalidad, que al ser examinadas con sumo cuidado lo que devela es un inocultable distanciamiento entre lo decidido y lo normado.

En efecto, no podía pasar por alto el aquí procesado que la investigación que se hallaba a su cargo bajo la égida de la Ley 600 de 2000 -y no bajo la Ley 906/04- era uno de los casos de la llamada “corrupción administrativa”, (apropiación del Municipio de Tenerife (Magdalena) de más de 500 millones de pesos) donde a la sazón bajo la administración de los procesados Gabriel Turbay Cure -quien fungió como Alcalde del Municipio de Tenerife (Magdalena)- y Víctor Julio Padilla González (Secretario del Interior y Tesorero), en asocio de otras personas, se produjo la apropiación durante los años 2006-2007 de millonarias sumas de dinero “mediante la ficticia celebración de contratos, contratos sin el lleno de los requisitos legales y la inejecución de las obras, las cuales fueron pagadas”, cuya investigación se inició con ocasión del informe del DAS de Santa Marta y en razón de un escrito anónimo de ciudadanos habitantes de la citada población.

De tal suerte que no bastaba que con la sola invocación por principio de favorabilidad de parte de los defensores de los allí sindicados de normas de la Ley 906/04 y la manifestación de los acusados que se someterían al trámite de sentencia anticipada y con ello-según el

fiscal aquí procesado- estaban mostrando su arrepentimiento y que habiendo pedido perdón a la sociedad y expresar que no volverían a incurrir en la comisión de tales conductas, aparecía como suficiente favorecerlos con la sustitución de la medida de aseguramiento de detención en centro de reclusión carcelaria por la detención en el domicilio.

No desconoce la Sala que en materia de medidas de aseguramiento, rige el principio de favorabilidad; no obstante ello el juicio de proporcionalidad no puede ser desconocido, como tampoco el análisis de los fines constitucionales que lo sustentan; pues lo evidenciado en este caso concreto es un claro propósito del fiscal acusado de a como diera lugar favorecer a los sindicatos con una medida de aseguramiento de detención domiciliaria ausente de fundamento fáctico, probatorio y legal, que fue elaborada por el aquí procesado con lucubraciones genéricas, con ostensible y manifiesto quebrantamiento de la legalidad.

Por el contrario le era exigible al ex fiscal señalar inequívocamente la disposición o disposiciones de la legislación concreta (Ley 600 de 2000) y las remisiones a que hubiera lugar, bajo cuyo amparo adoptó la decisión del 16 de enero de 2009.

Nótese que no se compadece que con la determinación que adoptó haya consignado lo siguiente:

“Prácticamente todas las pruebas recaudadas y aportadas en legal forma al proceso enfocan a que el señor VÍCTOR PADILLA con la complicidad del alcalde GABRIEL TURBAY defraudaron las arcas de la administración municipal, así podemos afirmar que esa serie de comprobantes, cheques girados, celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales, adulteración de firmas y falsedad de los mismos para poder materializar el propósito delincriminal, haber utilizado a las distintas personas que de otra forma le asaltaron la buena fe, quienes hasta desconociendo el territorio de Tenerife hicieron

parte de la defraudación del municipio”.

Tampoco se detuvo a examinar el aquí acusado que el primigenio párrafo único del artículo 314 Ley 906/04 (subrogado por el artículo 27 de la Ley 1142/07) establecía que “No procederá la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por detención domiciliaria cuando la imputación se refiera a los siguientes delitos: (...) “Peculado por apropiación en cuantía superior a cincuenta salarios mínimos legales mensuales (C. P. artículo 397)””; guarismo este que del contexto general de la evidencia relacionada en la providencia del 16 de enero de 2009, se colige fue superado; aunado a la circunstancia que el propio Fiscal ahora procesado sostuvo que “...en desarrollo de todo lo que se investiga puede decir que se tomaron (sic) algunos dineros, igual se tomó una plata alrededor de los \$ 120.000.000, 00, para consignar en una cuenta de tributarios del municipio” y en otra resolución se aludió que los desfalcos al Fisco Municipal ascendieron a más 500 millones de pesos.⁹

Disposición última (artículo 314 Ley 906/04) que fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional (Sentencia C-318 de 2008) en el entendido que: “... el juez podrá conceder la sustitución de la medida siempre y cuando el peticionario fundamente, en concreto, que la detención domiciliaria no impide el cumplimiento de los fines de la detención preventiva, en especial de respecto de las víctimas del delito, y en relación exclusiva con las hipótesis previstas en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 27 de la ley 1142 de 2007”. (subrayas fuera de texto).-

Al respecto, mírese que al auscultar la resolución del 16 de enero de 2009, se verifica que aparece allí consignado exclusivamente la alusión que los defensores hicieron de ser los sindicatos (Gabriel Turbay Cure) “padre de dos menores de edad” y Víctor Julio Padilla Buelvas “tener su núcleo familiar conformado con la señora (...) y la menor

(...) proclamándose padre cabeza de familia, por ser la única persona que genera la manutención de ese núcleo familiar”.

Y sobre dicha base a los referidos les sustituyó, sin más, la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión por detención domiciliaria, sin que -se itera- aparezca argumento diferente a que ello obedeció porque aquellos aceptaron los cargos, mostraron arrepentimiento y prometieron que nunca más volverían a delinquir, aunado a su presentación voluntaria “ya que tenía orden de captura y pidió que se le revocara para acudir voluntariamente y sentarse en el banquillo para responder por las imputaciones” (desconoce la Sala bajo qué fundamento legal se hizo tal revocatoria); amén de la tangencial alusión a que Gabriel Turbay Cure “es cabeza padre (sic) de familia”.

Nótese que no hubo desarrollo, fundamentación alguna en tal providencia en punto a sustentar la presunta condición de “padre cabeza de familia”, supuestamente bajo el amparo del artículo 314-5 ley 906/04 en concordancia con el parágrafo del artículo 357 Ley 600 de 2000, según se alegó en el juicio.

Pues la condición de “padre cabeza” no apareció como acreditada -fue mencionada únicamente- y recuérdese que esa fue la petición que hicieron los dos defensores de los sindicados favorecidos con una tal decisión.

Era menester que a lo sumo, en la citada resolución, se sustentara lo inherente a esa supuesta condición de los dos sindicados de ser “padres cabeza de familia” a la luz de la definición contenida en el artículo 2° de la Ley 2ª de 1982 y Ley 750 de 2002, interpretadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional (C-184/03 y C-154/07); nada de ello se hizo, simple y llanamente se les adjudicó tal calidad sin una debida fundamentación, eso sí consignado que ello se hacía “sin tener en cuenta el quantum punitivo”.

Recuérdese cómo respecto del sindicado Víctor Julio Padilla González consignó el ahora ex Fiscal:

“...el despacho profiere en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sustituyendo la detención intramuros por la domiciliaria por razones humanitarias y demostrada su conducta, cuya confianza permite hoy al estrado judicial considerar que no evadirá la acción de la justicia, circunstancia subjetiva para esta apreciación y no la objetiva, ya que el quantum punitivo no se tendrá en cuenta conforme al sentir de la Corte Suprema de Justicia”.

En cuanto concierne al otro sindicado Gabriel Turbay Cure, la alusión que hizo el fiscal, no fue otra que es “cabeza padre (sic) de familia”, lo cual denota sin mayor esfuerzo mental una manifiesta ilegalidad en tal proceder.

Claro aparece que el asunto no es de interpretación normativa como consecuencia de la discrecionalidad judicial, como infructuosa y empecinadamente pretender hacerlo creer el impugnante, sino que todo ha demostrado que en las decisiones que adoptó el procesado, era evidente la existencia de claras disposiciones que fueron inobservadas y tergiversadas caprichosamente por el acusado, dándoles un ropaje de aparente legalidad, con el evidente propósito de concederles la sustitución de la detención en centro de reclusión por la detención domiciliaria, cuando los requisitos legales y los que la jurisprudencia patria han decantado no se hallaban presentes, denotándose así su ánimo consciente y voluntario de violar la ley a cuya observancia se hallaba obligado.

En su esfuerzo defensivo, togado y acusado encaminaron sus argumentaciones recurriendo a citar profusa jurisprudencia nacional y disposiciones inherentes a la Ley 906 de 2004, con el soslayado propósito de presentar el caso como si se hubiera tratado de uno de aquellos tramitados bajo la égida de dicha ley, haciendo comparaciones y símiles de aquí allá -ninguno de los cuales fue plasmado en la providencia del 16 de

enero de 2009- y que ahora bajo tal fallida estrategia pretenden suplir ante los lánguidos, precarios y forzados fragmentos que sirvieron para cimentar una tal decisión, que no puede recibir otro calificativo que de prevaricadora, por ser manifiesta y ostensiblemente contraria a ley.

Es que se insiste, en procesos adelantados bajo el rito de la Ley 600 de 2000, en materia de medidas de aseguramiento rige el principio de favorabilidad, pero debe aplicarse con sujeción a los estrictos requisitos de legalidad bajo los cuales se hallan enmarcados, pues no basta invocar genéricamente la nueva legislación (Ley 906 de 2004) y dar por sentado que ellos se cumplen y bajo discursos manifiestamente contrarios a la ley, se susciten situaciones como las que ahora son materia de examen por la Sala.

La resolución emitida el 24 de marzo de 2009

Inherente a la segunda decisión fechada el 24 de marzo de 2009, emitida por JOSÉ DE JESÚS PAINCHAULT SAMPAYO, con base en la solicitud de preclusión de la investigación incoada por el defensor de la sindicada Iveth Zenaida Díaz Montes, y haber sido despachada desfavorablemente, pero revocada oficiosamente la medida de aseguramiento privativa de la libertad que pesaba en contra de ésta, no obstante haber reconocido previamente que si bien era cierto que los sindicatos David Turbay Cure y Víctor Julio Padilla habían asumido la responsabilidad y “confesaron haber materializado la apropiación que se investiga”; “no por ello debemos tomar una rápida determinación cuando aún faltan otras pruebas por allegar a esta investigación” y haber precisado que:

“luego entonces estamos frente a una desviación del hecho típico, donde aún nos falta camino para asegurar que en la conducta de los peticionarios hay ausencia de hecho típico”.

Consignó a párrafo seguido:

“Sí es menester que de oficio el despacho se pronuncie en revocar la medidas (sic) de aseguramiento que pesa sobre la señora IVETH CENAIDA DÍAZ MONTES, contra quien desaparece los presuntos indicios de responsabilidad penal con la posición tomada por los señores DAVID TURBAY CURE y VÍCTOR JULIO PADILLA, si tenemos en cuenta que ésta recibía órdenes del señor alcalde habida cuenta de la concepción jurídica que surge de la acción insuperable de confianza, siendo este uno de los criterios que permite excluir la tipicidad de una persona”.

Y como consecuencia de lo anterior en el numeral segundo de la providencia en cita dispuso:

“Revóquese parcialmente la resolución de fecha noviembre 21 de 2008 mediante la cual se le definió la situación jurídica a IVETH CENAIDA DIAZ MONTES con medida de aseguramiento consistente en detención, y en su defecto absténgase (sic) de Imponer (sic) la medida inicialmente expresada, tal como se expresa en la parte motiva de ésta resolución, en consecuencia se ordena su libertad (...)”.

Aquí en esta decisión el fiscal, ahora procesado, actuó en manifiesta, ostensible contravía con lo dispuesto perentoriamente por el artículo 363 de la Ley 600 de 2000, que establece:

“Revocatoria de la medida de aseguramiento. Durante la instrucción, de oficio o a solicitud de los sujetos procesales, el funcionario judicial revocará la medida de aseguramiento cuando sobrevengan pruebas que la desvirtúen”. (subrayas fuera de texto).

Pues habiendo reconocido y sostenido que aun faltaban pruebas por practicar y que “aún nos falta camino para asegurar que en la conducta de los peticionarios hay ausencia de hecho típico”, venga luego a consignar -y oficiosamente- que en razón de la aceptación de responsabilidad de los ya aludidos sujetos quedaba “excluida la tipicidad del

hecho”.

Determinación que como bien los sostuvo el juzgador de instancia “era propio de una calificación sumarial y aplicable a cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad siempre y cuando estuviera plenamente comprobada lo que no sucedió en el caso concreto”, pues palmario aparece que no existía prueba alguna que desvirtuara la razones jurídicas contenidas en la primigenia resolución que resolviera la situación jurídica de la sindicada, pues la sola aceptación de cargos de dos de los procesados, no llevaba per se la configuración de la supuesta “exclusión de la tipicidad” alegada por el Fiscal inculcado y que luego en sede del juicio y en la impugnación se pretende estructurar trayendo a colación diversas categorías dogmáticas que jamás fueron el sustento de la mentada resolución.

Téngase en cuenta lo que consignó la señora Fiscal Dra. Alis María Carrillo de Rochels (funcionaria que el 21 de noviembre de 2008 resolvió la situación jurídica y profirió la medida de aseguramiento), de cuyos apartes fundamentales se puede colegir la contundencia del grado de responsabilidad que cubría a la sindicada que luego fue favorecida con la citada resolución de revocatoria de medida de aseguramiento y que no podía soslayarse con la escueta alusión que hiciera el ahora Fiscal procesado. Veamos:

“Ahora, si bien las funciones de la señora IVETH DIAZ MONTES se centraban en llevar el control presupuestal de los recursos del municipio, no menos cierto es que estas funciones no estaban desligadas de los trámites propios de la contratación municipal, tanto es así que si en el visto bueno de esa funcionaria no era procedente ninguna contratación, pues era quien debía dar la certificación sobre si la administración estaba en capacidad de responder sobre un posible gasto (...)10.

Y más adelante se consignó:

“En el presente caso en el engranaje del desfallo a los dineros públicos que de manera concursal con otras conductas punibles se hizo en las vigencias fiscales de 2006 y 2007 en el municipio de Tenerife, puesto que fueron múltiples las conductas, hubo participación de muchas personas que de una u otra manera tuvieron disposición sobre los bienes del ente territorial y una de estas personas lo era la señora IVETH DÍAZ MONTES, quien no obstante tener la labor de velar por el orden de los manejos de los recursos acolita la situación de contrataciones ficticias y tanto es así que según ella misma dice, solamente hacía el descargo del libro presupuestal luego que se ordenaran los pagos. Nos preguntamos cómo es que a espaldas de un jefe de presupuesto estén manejando el destino de los recursos que ella debía manejar puesto que en ella radicaba la responsabilidad de certificar o no la responsabilidad (sic) de registrar los gastos para luego descargarlos del presupuesto, sin esta operación tan fundamental seguramente hubiera existido mayor dificultad para sustraer los recursos del municipio, pero sin embargo entró en el engranaje posiblemente para beneficio de otros, de contribuir con su actitud a que se desposeyeran al municipio de sus recursos. No es excusa válida de que a ella no llegaban los contratos, cuando para poder hacer el registro de contratos en el presupuesto necesariamente debe pasar por sus manos las contrataciones que lo va a afectar, por ello no es de recibo para la Fiscalía sus exculpaciones”.¹¹

Y sobre los fines acreditados para la imposición de la medida de aseguramiento se dijo en dicha resolución lo que sigue:

“Ahora, la medida de aseguramiento se hace necesaria para la señora IVETH DÍAZ MONTES, se hace necesaria porque no obstante a que la procesada no forma parte de la administración municipal actual, dado el enrosque con personas que aún laboran en la alcaldía, podría prestarse para destruir elementos materiales probatorios sobre todo documentales que le desfavorezcan, sobre todo cuando tiene su arraigo en dicho municipio. Fíjese por ejemplo que desde los inicios de esta investigación se ha tenido dificultad para recaudar pruebas documentales (...) cuando se nos decía que algunos

documentos no reposaban en la sede del ente territorial, la dificultad que se ha contado para la búsqueda de algunos originales de documentos como (...).¹²

De donde se concluye que no solo en la primigenia providencia se sustentaron en debida forma las exigencias contenidas el artículo 356 inciso 2° Ley 600 de 2000, sino que igualmente se motivó lo atinente a los fines y necesidad de la imposición de la misma (posibilidad de la destrucción de elementos materiales probatorios), nada de lo cual tuvo en cuenta el procesado JOSÉ DE JESÚS PAINCHAULT SAMPAYO, a la hora de revocar tal resolución, de donde se advierte sin mayor esfuerzo mental sus claros propósitos de actuar de forma manifiestamente contraria de cara a las disposiciones legalmente vigentes, y que pese a su conocimiento no aplicó.

Sobre la posibilidad de la revocatoria de la medida de aseguramiento esta Sala sostuvo:

“4.2 Ahora bien, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 363 del Código de Procedimiento Penal, incluido el condicionamiento de exequibilidad dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C- 774 de 2001, la revocatoria de la medida de aseguramiento solo es posible durante la instrucción cuando sobrevengan pruebas que desvirtúen o cuando no sea necesaria por haberse superado sus objetivos constitucionales y sus fines rectores (...).¹³ (subraya la Sala).

Y la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del citado artículo 363 de la ley 600 de 2000, así:

“Por lo tanto, la norma es constitucional, pero siempre que la revocatoria de la detención preventiva proceda no solo cuando exista prueba que desvirtúe los requisitos legales para su operancia, sino igualmente cuando se superen sus objetivos constitucionales y sus fines rectores”.¹⁴

De donde se colige, que los requisitos legales y jurisprudenciales -que permanecían

incólumes- no fueron observados por el señor ex fiscal aquí procesado -no representaron obstáculo alguno- pues con posterioridad a la resolución de situación jurídica, no surgieron pruebas que desvirtuaran los requisitos señalados en inciso 2° del artículo 356 Ley 600 de 2000 que establece que la medida de aseguramiento “Se impondrá cuando aparezcan por los menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso”, como tampoco existía evidencia que habían desaparecido la necesidad de la imposición de la citada medida.

La experiencia del fiscal procesado en ejercicio de la judicatura en diversas regiones de la geografía patria, la claridad de la prueba sometida a su consideración y la sustentación escueta con que pretendió sostener las decisiones cuestionadas, se constituyen en indicios palmariamente demostrativos que aquél sabía que las mismas contrariaban los preceptos legales atrás mencionados y que voluntariamente quiso su realización.

Añádase a todo lo dicho que el Fiscal ahora acusado desconoció flagrantemente el contenido de los artículos 232 inciso 1° y 238 de la Ley 600 de 2000, 15respectivamente.

La omisión consciente, voluntaria desplegada por el aquí acusado de desconocer la abundante prueba incriminatoria existente contra la sindicada y no obstante dictar la referida resolución, muestran de manera fehaciente su propósito de quebrantar el orden jurídico y el imperio de la ley a cuya estricta observancia se hallaba sometido según lo dispone el artículo 230 de la Constitución Política.

En esas condiciones, de ninguna manera podía desechar el señor fiscal la prueba demostrativa obrante en la actuación y que no obstante ello emitió la revocatoria de la medida de aseguramiento que pesaba en contra de la sindicada Iveth Díaz Torres, de donde deviene que la decisión del 24 de marzo de 2009 refulge como manifiestamente

contraria a la ley, ya que como se dejó consignado la normatividad que regulaba el caso no permitía que en el escenario donde se emitió dicha providencia se adoptara una tal determinación, por la potísima razón -se itera- de la inexistencia de pruebas sobrevinientes que desvirtuaran la original medida de aseguramiento que pesaba en contra de aquella, al igual que la necesidad de la misma.

Por lo que además de típica la conducta del ex fiscal acusado se revela antijurídica y culpable, siendo que con las mismas lesionó sin motivo alguno de justificación atendible el bien jurídico de la administración pública y porque no obstante hallándose en condiciones de actuar en forma diversa, decidió llevar adelante las acciones prevaricadoras con conciencia plena de su tipicidad y antijuridicidad.

Se concluye, en consecuencia, que la prueba recopilada desvirtúa con suficiencia la presunción de inocencia que acompañó al procesado durante toda la actuación y disipa cualquier duda acerca de su autoría y responsabilidad en la perpetración del delito por el cual fue acusado por la Fiscalía, razones más que suficientes para que la Corte confirme el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

CONFIRMAR el fallo de primera instancia en cuanto fue objeto de impugnación, por las razones expuestas en la anterior motivación.

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

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO FERNANDO ALBERTO
CASTRO CABALLERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA JAVIER ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

SECRETARIA

1 “Contradicción. Las partes tienen la facultad de controvertir, tanto los medios de prueba como los elementos materiales probatorios y evidencia física presentados en el juicio, o aquellos que se practiquen por fuera de la audiencia pública”.

2 “Inmediación. El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia (...)”.

3 Cfr. Art. 378 Ley 906/04

4 Rad. # 31.049, enero 26 de 2009.

5 Rad. # 34.339 del 26 de enero de 2011.

6 Sentencia de segunda instancia. Rad. # 31.051, del 18-05-12.

7 Corte Suprema de Justicia, sentencia de segunda instancia Radicación # 25.658 del 28 de mayo de 2.008.

8 Corte Suprema de Justicia, sentencia de segunda instancia Radicación # 25.658 del 28 de mayo de 2.008

9 Cfr. Resolución del 21 de noviembre del 2008. Fls 67- 96, cuaderno anexo # 6.

10 Cfr. Fl. 88, cuaderno anexo # 6, proceso # 38.187.

11 Cfr. Fl. 92 cuaderno anexo # 6, proceso # 38.187.

12 Cfr. Fl. 93 cuaderno anexo # 6, proceso # 38.187

13 C.S. J. Sala Penal, rad. # 13.123.

14 Sentencia C- 774 de julio 25 de 2001.

15 “Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación”. “Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. El funcionario judicial expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.