

Proceso Nº 17679

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado acta No. 181

Magistrado Ponente:

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Bogotá, D. C., veintitrés de octubre del año dos mil.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, dentro de la causa que se sigue contra el doctor WENCESLAO ALVAREZ VIVAS, Ex Fiscal Ciento Cuarenta y Cinco Seccional de Palmira (Valle).

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- Por providencia de treinta y uno de enero último, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria contra el doctor WENCESLAO ALVAREZ VIVAS, por el delito definido por el artículo 39 de la Ley 30 de 1986 (fls. 219 y ss.), mediante determinación que el catorce de marzo siguiente la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia confirmó en lo sustancial con la sola modificación relacionada con la detención preventiva impuesta al implicado por la primera instancia, la que sustituyó por detención domiciliaria, al conocer por vía de la apelación interpuesta por la defensa (fls. 419 y ss.)

1.2.- Respecto de los hechos materia del pronunciamiento, dijo el organismo acusador:

“El 3 de junio de 1998, el patrullero FABIO ALBERTO LEON BARBOSA, investigador judicial del Departamento de Policía Valle con sede en Palmira, dejó a disposición de la Unidad de Reacción Inmediata a quien dijo llamarse MARTHA LUCERO CATAÑO, aprehendida en la carrera 18 No. 27-45 del Barrio ‘La Colombiana’ del nombrado municipio, en posesión de sustancia alucinógena. En dicho lugar fue hallada también una gramera pequeña con capacidad hasta 100 gramos y bolsas de polietileno.

“Afirma el Policial, que acorde con labores de inteligencia desarrolladas en la zona, se logró establecer que en la vivienda demarcada con el número 27-45, funcionaba una venta de estupefacientes (bazuco y marihuana), pues permanentemente entraban y salían diferentes clases de personas, una de las cuales fue requisada, encontrando en su poder una papeleta de bazuco, que según informó había sido vendida por una mujer llamada MARGARITA. En razón a ello, decidieron ingresar al inmueble, observando que otra mujer rápidamente se dirigió a una habitación del fondo hasta donde fue seguida, siendo vista con un tarro plástico en sus manos, el cual contenía 465 gramos de (la) sustancia pulverulenta ya mencionada. Registrada dicha alcoba se encontraron además, bolsas plásticas para el embalaje de la droga y la pesa correspondiente. En el patio, fue encontrado un tarro grande con cartón prensado contentivo de cinco paquetes envueltos en periódico, en cuyo interior se guardaban 1955 gramos de marihuana. De la droga hallada en la habitación, dice el informe, se hizo cargo MARTHA LUCERO CATAÑO, argumentando que le pertenecía.

“La sustancia estupefaciente y la capturada fueron puestas a disposición de la Fiscalía, correspondiendo al Fiscal 145 Seccional avocar la investigación. Dicho despacho judicial, al mando del Doctor WENCESLAO ALVAREZ VIVAS dispuso por resolución sustanciatoria del 5 de junio, la apertura formal de instrucción y la vinculación de MARGARITA CATAÑO, madre de MARTHA LUCERO CATAÑO, aprehendida como se dejó dicho, en situación de

flagrancia. En esa misma calenda, escuchó en indagatoria a la primera mencionada. Al final de la diligencia, el funcionario judicial ordenó por resolución de trámite, la 'suspensión de la detención' de la implicada con fundamento en el artículo 407 numeral 2º del Código de Procedimiento Penal (ver folio 21). Posteriormente, sea decir, por interlocutorio del 10 de junio, resolvió la situación jurídica de las inculpadas, absteniéndose de imponer en su contra medida asegurativa, pues según razonó, la prueba obrante en la foliatura, no colmaba las exigencias procesales. Ello motivó que el Coordinador de la Unidad, Doctor IVAN AGUIRRE, ordenara compulsar copias de lo actuado a efecto de que se investigara la existencia de presuntas irregularidades en el trámite de la investigación".

1.3.- Asumido el conocimiento del juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga, corrió el traslado que para preparar la audiencia, invocar nulidades surgidas en la etapa de instrucción que no hubieren sido resueltas, y pedir pruebas durante el juzgamiento, establece el artículo 446 del C. de P. P. (fl. 435).

2.- LAS PRETENSIONES DEL DEFENSOR.

2.1.- En el escrito que corre a folios 449 y siguientes del cuaderno principal, el defensor solicita se decrete la nulidad de lo actuado a partir -inclusive- de la resolución mediante la cual se dispuso la clausura del ciclo instructivo, por considerar haber sido proferida por funcionario incompetente, lo que constituye una irregularidad sustancial que desquicia la estructura básica del proceso, pretensión que apoya en los siguientes argumentos:

No obstante que los hechos tuvieron ocurrencia en el Municipio de Palmira, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali instruyó, cerró la investigación y calificó el mérito del sumario seguido contra el doctor WENCESLAO ALVAREZ VIVAS, en actos que por

“ser catalogados como de plena competencia”, debieron ser realizados por un Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Buga.

Si bien el inciso segundo del numeral primero del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal establece que durante la fase instructiva no hay lugar a declarar la nulidad por razón del factor territorial, con lo cual se reconoce la competencia genérica que en el ámbito nacional tiene la Fiscalía General de la Nación, de modo excepcional se quebranta la estructura básica del proceso cuando no concurren todos los factores determinantes de la competencia en quien decreta el cierre de la investigación o califica el mérito del sumario, reproduciendo en apoyo de su criterio, un aparte del fallo de casación proferido por la Corte Suprema el 16 de diciembre de 1994 con ponencia del Magistrado Carlos Mejía Escobar.

Y pasando por traer a colación el comentario en torno al tema expuesto por algún jurista nacional, manifiesta el petente haber demostrado que los actos procesales de plena competencia relativos al cierre de la investigación y la calificación del sumario, fueron realizados por funcionario que carecía de competencia para ello, pues ésta radica en un Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Buga.

2.2.- En escrito separado, pero presentado en la misma fecha del que viene de ser referido, el peticionario solicita el recaudo de las siguientes pruebas, las cuales fueron negadas por el a quo.

2.2.1.- Solicitar a la Fiscalía 145 Seccional de Palmira, o al Juzgado de conocimiento, según el caso, el envío de copia del recurso que hubiere interpuesto el Agente del Ministerio Público, doctor HERNEY MONCAYO VELEZ, contra la resolución proferida el 10 de junio de 1998 mediante la cual se resolvió la situación jurídica de las procesadas MARGARITA y MARTHA LUCERO CATAÑO, y, para el caso de no haberla recurrido, escucharlo en declaración jurada, para que explique las razones que lo llevaron a compartir dicha

resolución o al menos abstenerse de impugnarla; así como allegar copia de “la misión de trabajo y de la diligencia de indagatoria rendida por el señor John Jairo N., o Kenneth Cork Gómez, o alias ‘El Lotero’ ”.

Justifica la necesidad de recaudar estos medios, en cuanto estima que la Fiscalía ha cumplido su función de determinar que la providencia tildada de prevaricante sí es manifiestamente contraria a la ley sin haberse ocupado de ella como funcionario de instancia para considerarla desacertada, para lo cual resulta conveniente comparar la decisión cuestionada con los demás criterios y argumentos que obran en el proceso a fin de establecer el margen de razonabilidad de la decisión.

Agrega que las copias de la misión de trabajo y de la indagatoria, permitirían establecer el resultado final de la incriminación formulada por la señora MARGARITA CATAÑO en contra del señor John Jairo N. o Kenneth Cork Gómez, o alias “El Lotero” , y su compañera Marisol, como responsables del delito investigado, máxime si se considera que dentro de las motivaciones expuestas por el doctor ALVAREZ VIVAS en la providencia cuestionada refirió el señalamiento directo que, bajo las previsiones del artículo 357 del C. de P.P., hizo la procesada MARGARITA CATAÑO en contra de aquellos de ser los responsables de los elementos decomisados por la Policía. Además, debe notarse que en el mismo proveído, y con carácter urgente, ordenó librar misión de trabajo al Cuerpo Técnico de Investigación a fin de identificar e individualizar dichas personas.

2.2.2.- Solicitar a las Fiscalías Seccionales 143 y 144 con sede en Palmira, el envío de los antecedentes que registre el señor John Jairo N, o Kenneth Cork Gómez, o alias “El Lotero”.

Fundamenta su pretensión en que si en su injurada y bajo la gravedad del juramento la señora MARGARITA CATAÑO DE MORALES atribuyó a aquél la propiedad de los

elementos encontrados en su casa, y respecto del mismo obran antecedentes penales por hechos de similar naturaleza, la providencia cuestionada se enmarca en la categoría de lo razonable.

2.2.3.- Solicitar a la Coordinación de la Unidad de Fiscalías Seccionales de Palmira que remita los cuadros de rendimiento del Despacho del doctor Wenceslao Alvarez Vivas durante los meses de abril, mayo, junio y julio de 1998.

Sostiene al efecto que de conformidad con el artículo 334 del Código de Procedimiento Penal el funcionario judicial debe investigar las circunstancias en que el hecho tuvo realización. Con dichos cuadros, dice pretender demostrar el exceso de trabajo propio de la oficina a cargo del procesado a quien, además, se le exigió devolver, debidamente decididos, unos procesos que le habían sido reasignados.

Este volumen de trabajo, agrega, acarrea consecuencias que no pueden ser desconocidas dado que unas veces impide evaluar los expedientes con la dedicación esperada, y otras no permite consignar en las providencias todas las razones que orientaron al funcionario para el proferimiento de aquella que se reputa manifiestamente contraria a la ley, las cuales, aunque tengan motivación incompleta, no generan ilicitud alguna.

2.2.4.- Escuchar la declaración de los empleados de la Fiscalía de Palmira, señores WILLIAM OTALVARO CUARTAS y SANDRA PORTILLA, quienes por razón de sus funciones tuvieron conocimiento directo de las circunstancias laborales en que el Fiscal Alvarez Vivas emitió las decisiones por cuyo proferimiento se le acusa.

2.2.5.- Oír el testimonio de MARGARITA CATAÑO DE MORALES y MARTHA LUCERO CATAÑO, con la finalidad de que expliquen si con anterioridad a su vinculación mediante indagatoria conocían de vista, trato y comunicación al doctor Wenceslao Alvarez Vivas, o si tenían referencias de él. De igual manera expondrán si con posterioridad a dicha vinculación procesal o durante el trámite del proceso sostuvieron trato personal con el

Fiscal procesado y precisarán las actividades a las que se dedicaron luego de habérseles definido su situación jurídica.

El peticionario considera fundamental recaudar dichas declaraciones, pues de haber existido en el funcionario el ánimo de procurar la impunidad del delito o facilitar la evasión de las personas capturadas, habría sido evidente su inmediata desaparición del Municipio de Palmira hasta que se resolviera de fondo el proceso adelantado en su contra.

3.- LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL MEDIANTE LA PROVIDENCIA RECURRIDA.

Mediante la providencia que es objeto de este recurso (fls. 464 y ss.), la Corporación de primera instancia negó la pretensión invalidatoria del proceso presentada por el defensor y el recaudo de las pruebas que vienen de ser reseñadas, con apoyo en las siguientes consideraciones:

3.1.- En dos oportunidades la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali se pronunció sobre el motivo invalidatorio que en esta ocasión nuevamente postula la defensa, en los cuales precisó, en planteamientos que el a quo expone compartir, que si bien es cierto los hechos investigados ocurrieron en el Municipio de Palmira, y que por razón de la expedición del nuevo mapa judicial el Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo 619 de noviembre 18 de 1999 trasladó el Circuito Judicial de Palmira del Distrito Judicial de Cali para adscribirlo al Distrito Judicial de Buga, a más que tal determinación no cobija a la Fiscalía de conformidad con el artículo 250 de la Carta Política y 79 del Estatuto Procesal, ésta tiene competencia en todo el territorio nacional con la sola limitante de acusar ante los jueces competentes para conocer del proceso, lo que conlleva reconocer que precisamente en desarrollo de dichas disposiciones el artículo 304-1 del C. de P.P. establezca que durante la investigación no opera la nulidad por razón del factor de competencia

territorial.

Entonces, como la investigación, clausura y calificación del sumario la hizo una Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior, y a dichos funcionarios les corresponde investigar, calificar y acusar por delitos cuyo juzgamiento está atribuido en primera instancia al Tribunal Superior del Distrito Judicial, como acontece en el presente evento, ningún motivo invalidatorio se advierte, máxime si el artículo 304-1 del estatuto procesal establece que durante la instrucción no hay lugar a nulidad por razón del factor territorial.

3.2.- En lo que respecta a las pretensiones probatorias que la defensa postula, sostiene el Tribunal que ellas resultan inconducentes, por las siguientes razones:

Es de resorte de la representación del Ministerio Público interponer o no recursos contra la resolución mediante la cual el doctor Alvarez Vivas definió la situación jurídica de las procesadas MARGARITA y MARTHA LUCERO CATAÑO, y el ejercicio de dicha facultad en nada incide frente a la decisión adoptada por el funcionario sometido a juicio.

De las pruebas relacionadas con la misión de trabajo impartida al Cuerpo Técnico de Investigación y la diligencia de indagatoria de John Jairo N. o Kenneth Cork Gómez o alias “El Lotero” no logra establecerse si la decisión adoptada por el Fiscal Alvarez Vivas es o no prevaricante, “porque entre otras cosas, no es este delito el que se investiga sino el contemplado en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986”.

También resulta inconducente allegar la estadística sobre el rendimiento mensual del Despacho a cargo del procesado, pues el exceso de trabajo en un Despacho judicial no justifica que las decisiones que se adopten se ajusten o no a la ley.

Los testimonios de los empleados de la Fiscalía de Palmira, WILLIAM OTALVARO CUARTAS y SANDRA PORTILLA, en nada contribuirían a esclarecer los hechos materia de juzgamiento, pues sólo podrían indicar el volumen de trabajo en el Despacho a cargo del funcionario procesado y la forma de desempeño en sus labores, aspectos éstos que no guardan relación con el objeto del proceso.

Igual acontece con las declaraciones de las procesadas MARGARITA y MARTHA LUCERO CATAÑO pues lo que pudo haber ocurrido con posterioridad a la adopción de las decisiones por las que se acusa al Fiscal, nada tiene que ver con lo allí resuelto.

4. EL RECURSO.

Contra la anterior determinación, el defensor oportunamente interpuso recurso de apelación.

4.1.- Respecto de la negativa del Tribunal en decretar la nulidad invocada, sustenta la inconformidad en sostener que como los hechos tuvieron ocurrencia en el Municipio de Palmira, según la redistribución territorial al efecto dispuesta mediante Acuerdo 619 del 19 de noviembre de 1999, el competente para cerrar la investigación y calificar el mérito probatorio del sumario es un Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, al cual quedó adscrito el Circuito Judicial de Palmira, y no la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali, como se evidencia en el proceso.

Con apoyo en algún autor nacional, agrega que los factores determinantes de la competencia de los funcionarios judiciales son objetivo, subjetivo, territorial, funcional, la conexidad y especiales, y si bien en la fase de instrucción no existen nulidades por el factor objetivo, las cuales solo se consolidan a partir del cierre de la investigación, ésta decisión y la providencia calificatoria solo debe proferirla el funcionario competente.

Insiste en que el acto de cierre de la investigación y la calificación del sumario, son actos procesales de plena competencia, que, como en este caso al no haber sido realizados por un Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Buga, conllevan un desconocimiento de las bases fundamentales del debido proceso “como así lo reconocen la doctrina y la jurisprudencia”, por lo cual reitera la petición de nulidad de lo actuado a partir de la resolución que dispuso el cierre de la investigación.

4.2.- En cuanto se relaciona con la decisión del Tribunal de rechazar el recaudo de las pruebas atrás reseñadas, sostiene el impugnante que el Ministerio Público, dada su inmediatez con el proceso y las partes, se halla en una posición privilegiada que por lo mismo le permite conocer o intuir irregularidades en la tramitación penal y de esta manera interponer los correspondientes recursos que le confiere la ley, siendo este uno de los motivos que le anima a solicitar se alleguen los documentos que echa de menos o se disponga escuchar la declaración que demanda. Otra de las razones para insistir en el recaudo de dichos medios, lo halla en la necesidad de comparar las actuaciones realizadas en el proceso, a fin de establecer si las decisiones adoptadas por el acusado responden a un margen de lo jurídicamente razonable, pues de ser así, se descarta el propósito de procurar la impunidad del delito o facilitar la evasión de las personas capturadas.

Frente a la solicitud negada de allegar la misión de trabajo impartida al C. T.I. y la diligencia de indagatoria de JOHN JAIRO N. o Kenneth Cork Gómez, o alias “El Lotero”, sostiene que el derecho de defensa no puede verse limitado a que en la indagatoria se dé posibilidad de hacer una explicación simple de los hechos o dejar las constancias que favorezcan los intereses del procesado, sino que es indispensable que se verifiquen las citas y se practiquen las diligencias que propusiere el sindicado para comprobar sus aseveraciones.

Desde dicha perspectiva, establecida en el artículo 362 del Código de Procedimiento

Penal, sostiene el impugnante, resulta conveniente recordar que la imputación bajo la gravedad del juramento hecha por las indagadas, tuvo un margen de credibilidad en el funcionario acusado quien no vio el señalamiento de un tercero, como una manera “fantasmagórica de defensa”, como lo expuso en la diligencia de indagatoria llevada a cabo el 4 de noviembre de 1998 y en las ampliaciones realizadas los días 28 de abril y 13 de diciembre del siguiente año, siendo en la primera ampliación en la que solicitó obtener certificación sobre los procesos que tramita la Fiscalía 146 en contra de Kenneth Cork Gómez, alias “El Lotero” y Marisol por violación a la Ley 30 de 1986, así como la vinculación de éste en el proceso a su cargo.

De esta manera, agrega, no se está en presencia de un pedimento realizado dentro de la oportunidad prevista para la preparación de la vista pública, sino que la prueba que se solicita guarda relación con lo expuesto en la ampliación de indagatoria y con un deber procesal que se incumplió en la oportunidad establecida, y que se vincula con el ejercicio del derecho de defensa.

Respecto de la negativa del Tribunal de allegar los cuadros de rendimiento del Despacho a cargo del acusado, entre los meses de abril y julio de 1998, sostiene que ella lleva implícita la afirmación de responsabilidad objetiva, según la cual solo basta con mostrar la incorrección jurídica de la providencia para deducir la realización de una conducta punible, siendo por el contrario indispensable mostrar también la incorrección moral del juez.

Sostiene que en la indagatoria el procesado señaló haberse visto expuesto a presión psicológica derivada del hecho de tener que adelantar carga de trabajo adicional a los asuntos regulares de su Despacho. Esto, a criterio del impugnante, no puede desconocerse dado que posee significación especial en la determinación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó el hecho atribuido, pues el exceso de trabajo conlleva un descenso en la capacidad de rendimiento intelectual, aumenta las posibilidades de

motivación insuficiente en las decisiones y, por lo mismo, de error.

Por ello, debe establecerse la explicación que del hecho hace el funcionario procesado, lo cual no solo tiene incidencia en el ámbito de la culpabilidad sino también sobre la responsabilidad penal.

Cuestiona asimismo la decisión del Tribunal de primera instancia de negar el recaudo del testimonio de WILLIAM OTALVARO CUARTAS y SANDRA PORTILLA, pues, a criterio del impugnante, no pueden desconocerse las explicaciones ofrecidas por el procesado en la diligencia de indagatoria, en el sentido de habersele quedado en el tintero un pronunciamiento más amplio sobre el procedimiento adoptado por la Policía, ya que para ese momento sufrió con rigor la carga laboral, pues, además de ella, para el cumplimiento de su gestión solo contaba con un empleado facilitado temporalmente ante la ausencia del técnico judicial adscrito al Despacho. Este aspecto, de insuficiente motivación argumentado por el encartado frente a un evento punible que incluso admite la modalidad culposa, no puede ser dejado de lado, máxime si en la ampliación de indagatoria solicitó escuchar el testimonio de WILLIAM OTALVARO para que declarara sobre la carga laboral y respecto de la manera o forma como se desarrollaba su trabajo.

Finalmente, insiste en que se disponga escuchar el testimonio de las procesadas MARGARITA CATAÑO DE MORALES y MARTHA LUCERO CATAÑO, a efecto de establecer si después de liberadas permanecieron o no en el Municipio de Palmira. Esto por cuanto, a su criterio, si se imputa una conducta realizada con el propósito de procurar la impunidad del delito o facilitar la evasión de las personas capturadas, dicho comportamiento resultaría inocuo o ausente de antijuridicidad material si la instrucción no se precluye o entorpece y si las personas capturadas continúan en su domicilio habitual o en lugar donde puedan ser ubicadas durante el curso del proceso.

Desde dicha óptica, la prueba invocada resulta fundamental para propiciar el debate jurídico respecto de las previsiones de los artículos segundo y cuarto del Código Penal.

Por lo anterior, solicita se decrete la nulidad que invoca, o se ordene la práctica de las pruebas negadas por en la primera instancia (fls. 496).

5. CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

5.1.- Respecto de la pretensión expuesta por el impugnante en el sentido de que se disponga la anulación de lo actuado por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali, ha de reiterar la Corte, conforme lo ha hecho en otras oportunidades, que el ordenamiento procesal penal vigente (art. 308), contrario a la regulación mantenida en estatutos anteriores, se ocupa del tema relacionado con los motivos de invalidación de los actos en los procesos judiciales, reconociendo la operancia de los principios de oportunidad, fundamentación, preclusión, taxatividad, protección, convalidación, trascendencia, residualidad e instrumentalidad de las formas.

De acuerdo con ellos, solamente es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley (taxatividad); no puede invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio, salvo el caso de ausencia de defensa técnica, (protección); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (convalidación); quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales del proceso (trascendencia); y, además, que no existe otro remedio, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte (residualidad). Tampoco procede decretar la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa (instrumentalidad de las formas).

Igualmente, de conformidad con el artículo 307 del Código de Procedimiento Penal, quien alegue la configuración de un motivo invalidatorio, tiene la carga de determinar la causal que invoca, las razones de hecho y de derecho en que se apoya (fundamentación), no puede formular nueva solicitud por el mismo motivo sino por causal diferente o por hechos posteriores (preclusión), y las que no sean invocadas hasta el término de traslado común para preparar la audiencia, sólo podrán ser debatidas en casación cuando dicho instrumento resulte procedente (oportunidad).

Lo dicho indica, inequívocamente, que la solicitud de invalidación no es de postulación libre, sino sometida al cumplimiento de los principios que orientan su declaratoria. Sólo procede por causales taxativamente previstas, siendo obligación del peticionario determinar el motivo y las razones fácticas y jurídicas en que se funda.

Ello no es cumplido por el defensor del doctor WENCESLAO ALVAREZ VIVAS, imponiéndose a la Sala tener que mantener la decisión recurrida, pues aun cuando hace depender el motivo invalidatorio de supuestos atentados al debido proceso constitucional, refiriendo al efecto que tanto el cierre de la investigación como la calificación del sumario son actos de plena competencia, y que en este evento, ellos debieron ser producidos por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Buga y no por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali como se hizo, en realidad lo pretendido es trasladar forzosamente el cuestionamiento a un ámbito distinto del motivo correspondiente para esta clase de censuras, cual es el previsto por el artículo 304-1 del Código de Procedimiento Penal, relacionado con la falta de competencia del funcionario judicial, en lo que el libelista no solamente desconoce el principio de taxatividad de las nulidades, sino, además, claros preceptos de orden constitucional y legal que dan al traste con la pretensión que expone.

En efecto, el artículo 250.5 de la Carta Política establece que “El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional”. En desarrollo

de dicho precepto superior, el artículo 79 del estatuto procesal, precisa que “Las unidades de fiscalía tienen competencia en todo el territorio nacional. Sin embargo, el fiscal general y los fiscales delegados deberán acusar ante los jueces competentes para conocer del proceso”. Y, si bien el artículo 304.1 ejusdem establece que la falta de competencia del funcionario judicial es motivo de nulidad, a renglón seguido establece a manera de excepción, que “durante la instrucción no habrá lugar a nulidad por razón del factor territorial”, con lo cual se completa armónica y sistemáticamente el cúmulo de disposiciones normativas que descartan de antemano la posibilidad de solicitar o decretar la anulación de lo actuado por dicho factor de competencia durante la instrucción.

Y desde la perspectiva de la competencia funcional, menos podría pregonarse válidamente que en el presente asunto opere motivo anulatorio alguno, puesto que siendo claro que de conformidad con el artículo 70.2 del C. de P.P. a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial compete conocer en primera instancia de los procesos que se sigan, entre otros funcionarios, a los fiscales delegados ante los juzgados, como en este caso en que se juzga la conducta de un Fiscal Seccional; y que a los fiscales delegados ante el tribunal superior corresponde investigar y calificar los procesos por delitos cuyo juzgamiento esté atribuido en primera instancia al Tribunal Superior de Distrito (art. 125.1 ejusdem, modificado por el artículo 19 de la Ley 81 de 1993), no cabe duda sobre la sinrazón del apelante ni sobre el acierto, en este tema, de la decisión ameritada.

Tampoco asiste razón al impugnante cuando invoca el Acuerdo 619 del 19 de noviembre de 1999 mediante el cual el Consejo Superior de la Judicatura modificó la comprensión de los Distritos Judiciales de Cali y Buga, al “Trasladar del Distrito Judicial de Cali, al Distrito Judicial de Buga, el Circuito Judicial de Palmira”. Esto por cuanto una cosa es la división territorial para efectos del juzgamiento, a la cual hace referencia el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, con la modificación introducida por el artículo 6º de la Ley 504 de 1999, y otra totalmente distinta la competencia territorial constitucional y

legalmente establecida para la instrucción y calificación de los procesos penales, dado que obedecen a etapas distintas de la actuación procesal, que, como se sabe, se cumplen en el primer caso y salvo las excepciones constitucionales, por la Fiscalía General de la Nación, y, en el segundo, por los Jueces y Tribunales de la República, y por la Corte Suprema de Justicia de acuerdo con la órbita de sus competencias, de lo que resulta acertada la decisión de primera instancia al recordar que de conformidad con el 119 del estatuto procesal, “la instrucción será realizada en forma permanente por fiscales delegados o unidades de fiscalía con competencia en todo el territorio nacional”, quienes “podrán instruir, calificar y acusar por delitos realizados fuera de su sede”.

Sucede además, que en su afán porque la pretensión invalidatoria logre prosperidad, el impugnante trae a colación el fallo de casación proferido por esta Sala el 16 de diciembre de 1994, con ponencia del Magistrado Doctor CARLOS E. MEJIA ESCOBAR, del cual reproduce sólo un aparte, y fuera del contexto en que fue producido. Para que no quede ninguna duda al respecto, conviene recordar lo dicho entonces:

“Es aquí donde se presenta la actuación viciada de nulidad, habida cuenta que el cierre de investigación fue ordenado por el Juzgado Décimo (10) Penal Municipal, Despacho que carecía de competencia para hacerlo, y no obstante ello, el Juzgado Veintisiete (27) Penal del Circuito, con base en ese pronunciamiento, calificó el mérito del sumario, luego de lo cual se siguieron realizando las demás diligencias de carácter procesal, según quedó señalado.

“Un vicio de tal naturaleza indudablemente constituye el incumplimiento de los mandatos que consagran las formalidades garantistas, comoquiera que se realizaron actos causa sin el estricto cumplimiento de las normas de competencia que, en el proceso penal, deben ser observadas por el Juez como su supremo director, a fin de que no se atente contra la estructura del debido proceso.

“En efecto, durante el trámite del proceso penal existen decisiones que contienen en sí mismas relevante importancia, y por ello la ley impone que deban estar precedidas de algunas condiciones específicas para su pronunciamiento. Es el caso de la providencia que califica el mérito del sumario, la cual como se sabe, no solo debe estar precedida de auto de sustanciación debidamente notificado, sino que también es necesario que hayan transcurrido los términos legales para que las partes presenten sus alegatos de conclusión y que en el funcionario que disponga el cierre de investigación y en consecuencia la calificación del mérito del sumario, concurren todos los factores determinantes de la competencia.

“Tratándose entonces de una irregularidad que afecta la estructura del proceso en forma trascendente, comoquiera que en el cierre de investigación se fundamenta la calificación del mérito del sumario, el que no se puede construir sobre la base de actuaciones defectuosas, ha de declararse oficiosamente la nulidad de lo actuado a partir del auto de fecha marzo veintiocho (28) de mil novecientos ochenta y cinco, etapa desde la cual se repondrá la actuación” (Se destaca). (Sentencia Casación. Dic. 16/94. M.P. Dr. CARLOS E. MEJIA ESCOBAR).

Se nota pues, sin mayor esfuerzo, la manifiesta carencia de pertinencia al caso de la cita jurisprudencial que trae el libelista, pues omite, al parecer deliberadamente, hacer referencia al contexto histórico en el que tuvo desarrollo el trámite objeto del pronunciamiento, regido entonces por una realidad jurídica distinta de la actual, y cuando no había entrado a operar la Fiscalía General de la Nación, por ser este organismo creación del constituyente de 1991.

Por si acaso subsistiere algún viso de incertidumbre sobre el estado actual de la jurisprudencia en torno al punto, resulta conveniente destacar que en reciente pronunciamiento la Corte señaló que la competencia para el cumplimiento de la función instructora no está condicionada al factor territorial, pues los Fiscales Delegados

tienen competencia para actuar en todo el territorio nacional, indistintamente de su sede, según lo establecido en el artículo 119 del Código de Procedimiento Penal, y que por ello, en la fase de la instrucción, no procede la declaración de nulidades por dicho motivo (artículo 304.1 ejusdem). De suerte que cualquier controversia que pueda llegar a presentarse en punto a la ineficacia de la actuación procesal por razón del aludido factor, resulta totalmente insubstancial (Cfr. Sentencia Casación abril 27/2000. M.P. Dr. ARBOLEDA RIPOLL).

No asistiendo, entonces, ningún fundamento a la defensa, y no habiéndose configurado irregularidad alguna en el proceso, se confirmará la providencia ameritada en lo relacionado con este punto.

5.2.- En cuanto tiene que ver con las peticiones de pruebas rechazadas por el Tribunal de primera instancia, ha de comenzarse por mencionar que de conformidad con el artículo 250 del Código de Procedimiento Penal, resultan inadmisibles las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso, las prohibidas por la ley, las que se refieran a hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas, innecesarias o inútiles .

Con esta premisa, la Corte encuentra procedente escuchar el testimonio de WILLIAM OTALVARO CUARTAS, puesto que si bien, conforme lo expone el Tribunal en la providencia objeto de impugnación, la responsabilidad por lo que se decida en el proceso solamente compete al funcionario que lo tiene a cargo, no puede olvidarse que la citada persona, en su condición de Auxiliar Administrativo, figura suscribiendo la resolución de apertura de instrucción (fl. 12), la diligencia de compromiso de MARTHA LUCERO CATAÑO (fl. 22), la indagatoria de MARGARITA CATAÑO (fl. 25), la diligencia de compromiso de ésta (fl. 32), y su nombre aparece en la resolución mediante la cual se resolvió la situación jurídica de las indagadas (fls. 34), por lo cual su testimonio resulta importante a efectos de conocer no solamente las circunstancias en que se tramitó el referido proceso, sino

eventuales comentarios o manifestaciones hechas por el acusado respecto de las motivaciones que tuvo para haber decidido actuar en la forma y sentido como lo hizo.

Ahora, sobre la forma y oportunidad en que habrá de recibirse el testimonio del señor Otálvaro, aclara la Sala, es asunto que compete definir al A quo, atendiendo las reales posibilidades con que se cuente para lograr que el declarante comparezca a la audiencia, el lugar donde se afirma puede ser localizado, la vinculación laboral pública o privada, y las distancias existentes en relación con el lugar donde debe verificarse la vista pública. Ello en respuesta a la pretensión del defensor expuesta en el sentido de que se aplique el principio de inmediación en el recaudo de la prueba testimonial.

No acontece igual con el testimonio de SANDRA PORTILLA cuyo recaudo a más de superfluo, de cara al testimonio de Wiliam Otalvaro, resulta inconducente, pues si bien, como lo expone el defensor, la determinación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó el hecho atribuido integran no solo el objeto de la instrucción sino el proceso mismo, establecer el tiempo que estuvo al servicio de la Fiscalía 145 Seccional de Palmira, las condiciones en que el Fiscal Alvarez Vivas debió desarrollar su función, si es cierto que éste estuvo desprovisto de Asistente durante algún período en particular, y quién y en qué circunstancias colaboraba con aquella Fiscalía durante su ausencia, nada tiene que ver con la estructura del artículo 39 de la Ley 30 de 1986 imputado por haber realizado un acto favorecedor.

Tampoco resulta conducente establecer los resultados de la misión de trabajo que debió ser librada al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía con ocasión de la orden en tal sentido dispuesta por el Fiscal ALVAREZ VIVAS en la resolución proferida el 10 de junio de 1998 (fls. 40); si la Representación del Ministerio Público recurrió o no dicha providencia en la que además de lo visto se definió la situación jurídica de las implicadas; si en el proceso se vinculó o no al sujeto John Jairo N., o Kenneth Cork Gómez, o alias “El Lotero”, así como sus antecedentes, según la incriminación formulada por

éste en la indagatoria rendida por MARGARITA CATAÑO; o si con ocasión de la liberación dispuesta por el funcionario acusado, las señoras MARTHA LUCERO CATAÑO y MARGARITA CATAÑO desaparecieron del lugar donde podían ser localizadas y se ausentaron del proceso seguido en su contra, pues dichos aspectos no guardan relación con la conducta imputada, definida por el artículo 39 de la Ley 30 de 1986, que no persigue tutelar la salud pública, ni la administración pública, sino la eficacia del Estatuto de Estupefacientes, prohibiendo, mediante la conminación de sanción punitiva, conductas mediante las cuales se procure la impunidad del delito o la ocultación, alteración o sustracción de elementos o sustancias decomisadas, o faciliten la evasión de la persona capturada, detenida o condenada.

La inconducencia de recaudar dichos medios estriba en que con ellos se pretende acreditar situaciones que debieron ocurrir con posterioridad al proferimiento del acto definitorio de la situación jurídica de las implicadas, y, que por lo mismo, nada tienen que ver con los factores y elementos que en su momento tuvo en cuenta el Fiscal para adoptar la decisión por la que se le cuestiona (entre ellos la credibilidad que le pudo merecer el dicho de las sindicadas), ni de ellos se establecen los móviles que le animaron a proferir la resolución por la que se le enjuicia; menos la gravedad del hecho endilgado, y por lo mismo no tendrían incidencia en la resolución del juicio penal.

Debido a ello acertada resulta la posición del Tribunal de primera instancia, al considerar que “estas piezas procesales no podrán determinar de ninguna manera si la decisión que sirvió de fundamento a la investigación sea o no prevaricadora, porque entre otras cosas, no es este delito el que se investiga sino el contemplado en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986”, pues ella se corresponde con el injusto imputado en la acusación.

La Sala considera también inconducente escuchar el testimonio del doctor HERNEY MONCAYO VELEZ, quien, según se afirma por el libelista, fungió como Agente del Ministerio Público en el proceso a cargo del Fiscal sometido a juicio, pues de haber recurrido la

providencia del 10 de junio de 1998, dictada por el doctor WENCESLAO ALVAREZ VIVAS, el escrito correspondiente debe reposar en el expediente cuyo recaudo se dispone, y, de no haberlo hecho, las motivaciones que eventualmente pudo haber tenido para no recurrir, corresponden solo a su fuero interno que este juicio penal no puede explorar sin desbordar su objeto, dado que no es materia de juzgamiento la conducta asumida por una de las partes en la actuación a cargo del Fiscal Alvarez Vivas, sino la trascendencia jurídica y social del comportamiento de éste.

Tampoco encuentra procedente escuchar el testimonio de las señoras MARTHA LUCERO CATAÑO y MARGARITA CATAÑO, pues, de la petición elevada por la defensa, la efectividad de su recaudo quedaría condicionada al azar, en cuanto dependería de que no hubieren abandonado el lugar de su residencia a consecuencia de la decisión liberatoria adoptada por el doctor ALVAREZ VIVAS, que a pesar de ello hubieren sido capturadas posteriormente, o al compromiso penal que pudiera representarles rendir declaración jurada, si se toma en cuenta su vinculación por cuenta del proceso que se adelanta en su contra.

Además, los sentimientos personales de simpatía o animadversión hacia una de las partes, o la existencia de algún interés de contenido económico o de otra índole, que el memorialista pretende establecer a través de los testimonios antes referidos, los mismos resultan intrascendentes en la demostración de la culpabilidad en el proferimiento de una decisión manifiestamente apartada de la ley, pues la configuración de este delito no exige la presencia de ingredientes subjetivos relacionados con el motivo específico que tuvo el funcionario para violar la ley sino solo que haya proferido la decisión con conocimiento y voluntad de realizar el tipo que prohíbe un tal comportamiento.

Debido a ello, observa la Corte, que no resulta conducente, a partir de dichos medios, establecer si las sindicadas sostuvieron trato personal con el Doctor Alvarez Vivas en la sede de la Fiscalía o por fuera de su Despacho, dado que, como ha sido visto, ello resulta irrelevante para demostrar o desvirtuar el dolo en el proceder de éste.

Finalmente, considera la Sala que no resulta conducente verificar las condiciones laborales en que el acusado debió ejercer su función para el momento de ocurrencia de los hechos objeto de juzgamiento, y la eventual incidencia que ello pudo tener en el proferimiento de la decisión de 10 de junio de 1998. Esto si se toma en cuenta, como acertadamente fue expuesto por el Tribunal, que el volumen de trabajo en un despacho judicial, para nada justifica la realización de conductas favorecedoras de los sindicados capturados, detenidos, enjuiciados o condenados por delitos de los previstos por el estatuto nacional de estupefacientes.

Por tal razón, se confirmará el rechazo a la pretensión por allegar los “cuadros de rendimiento mensual” que la defensa solicita.

Con las modificaciones y aclaraciones vistas, se definirá la alzada en este asunto.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

R E S U E L V E:

PRIMERO. CONFIRMAR los numerales primero y segundo de la parte resolutive de la providencia impugnada, en cuanto dispuso resolver negativamente la petición de nulidad presentada por el defensor y el rechazo de las pruebas allí señaladas.

SEGUNDO. MODIFICAR el numeral tercero, de la parte resolutive de la providencia ameritada, en el sentido de disponer el recaudo del testimonio de WILLIAM OTALVARO CUARTAS. CONFIRMAR la decisión de negar los testimonios de SANDRA PORTILLA,

MARTHA LUCERO CATAÑO, MARGARITA CATAÑO DE MORALES y HERNEY MONCAYO VELEZ, por lo anotado en las consideraciones de este proveído.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL JORGE E. CORDOBA POVEDA

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE JORGE A. GOMEZ GALLEGO

MARIO MANTILLA NOUGUES CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

ALVARO O. PEREZ PINZON NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria