

Proceso No 19204

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta n.º 05

Bogotá, D. C., veintiséis de enero de dos mil seis

VISTOS

La Corte desata el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Judicial 113, contra la decisión adoptada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín en la continuación de la audiencia preparatoria que se llevó a cabo el 13 de febrero de 2002, mediante la cual decretó la cesación de procedimiento respecto del enjuiciado JORGE ALBERTO ÁLVAREZ DUQUE.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. A raíz de la queja formulada por el abogado Henry de Jesús Espinal Gil por las supuestas irregularidades acaecidas durante la diligencia de allanamiento llevada a cabo el 29 de febrero de 2000 en las instalaciones del Hotel Monterrey del municipio de Itagüí, con resolución del 22 de marzo de 2001 la Unidad de Fiscales Delegados ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín ordenó la apertura de instrucción respecto del doctor ALBERTO ÁLVAREZ DUQUE, Fiscal 149 Seccional de esa ciudad, quien dirigió tal operativo (folio 92).

2. El siguiente 27 de marzo de 2001, el sindicado fue escuchado en indagatoria. El interrogatorio buscó que ÁLVAREZ DUQUE explicara la conducta consistente en haber realizado de manera personal las requisas a varias mujeres que estaban hospedadas en el mencionado hotel, a algunas de las cuales, supuestamente, les hizo tocamientos en sus partes íntimas, las obligó a que se despojaron de sus prendas íntimas y a ponerse en posiciones indecorosas (folio 97).

3. Mediante resolución del 2 de mayo de 2001, la oficina instructora afectó con medida de detención preventiva al procesado ÁLVAREZ DUQUE, sin derecho a libertad provisional, como posible autor de la conducta punible de acto sexual violento, agravado por la circunstancia del artículo 306-2 del Decreto 100 de 1980 (folio 220).

4. Clausurada la instrucción el 12 de julio de 2001 (folio 426), la fiscalía, con resolución del 13 de agosto del mismo año, tomó las siguientes determinaciones: (i) revocar y dejar sin efecto la medida de detención preventiva que se le había impuesto al procesado por el delito de acto sexual violento, agravado; (ii) precluir la investigación a favor de ÁLVAREZ DUQUE por el delito de acto sexual violento, agravado; (iii) acusar a JORGE ALBERTO ÁLVAREZ DUQUE como autor responsable de la conducta punible de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto “según hechos ocurridos en el interior del hotel MONTERREY el día 9 de febrero/00 en el municipio de ITAGUI” (folio 500).

5. El conocimiento del juicio fue asumido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín (folio 539). El 30 de octubre de 2001 se dio inicio a la audiencia preparatoria, en cuyo decurso el procesado solicitó que se decretara la nulidad parcial del calificadorio, en el sentido de anular la acusación proferida en su contra por abuso de autoridad y dejar incólume la preclusión de la instrucción por el delito de acto sexual violento (folio 581).

Para el procesado, la dualidad contenida en la parte resolutive de la resolución de acusación lesionó su derecho a la defensa. Destaca que la ley 600 de 2000 no prevé medida de aseguramiento para el delito de abuso de autoridad, razón por la cual es imperioso, según su artículo 338, inciso 3º, que el sindicado sea interrogado sobre los hechos que dieron lugar a la vinculación y que se le ponga de presente la imputación jurídica provisional. Si así no se procede, el procesado durante la instrucción no sabe por qué delito es investigado ni puede defenderse de algo que desconoce.

De esa manera, a partir del 24 de julio de 2001, para acusar por el delito de abuso de autoridad, por no tener medida de aseguramiento y con el fin de garantizar el debido proceso, aquél debió endilgársele de alguna forma. La acusación por tal delito fue sorpresiva porque ha debido ser interrogado desde la indagatoria, pero como para ese momento estaba vigente otro código que no exigía la imputación del delito en la injurada, el instructor debía abstenerse de acusar por el mencionado delito y limitarse a acusar o precluir por el de acto sexual violento, respecto del cual estaba configurada la estructura procesal.

Si era improcedente hacer la imputación en la indagatoria o durante la instrucción porque no estaban vigentes las normas que imponían esa obligación, no se podía acusar al sindicado por un delito del cual no se defendió ni controvertió.

6. El 13 de febrero de 2002 el tribunal continuó la audiencia preparatoria, dentro de la cual, al resolver la solicitud del procesado, profirió la determinación objeto del recurso.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El tribunal, después de precisar que los jueces son los garantes de los derechos fundamentales de las personas y de señalar que el principio non bis in idem prohíbe no sólo sancionar dos veces por el mismo hecho sino también procesar dos veces por el

mismo asunto, destaca que la instrucción y la preclusión de la misma fue por el delito de acto sexual violento, agravado.

El rasgo violento y agravado del acto sexual se deriva del presunto abuso de autoridad desplegado por el procesado, pues el proceso no ilustra otro vestigio de violencia. De esa forma, si el abuso de autoridad integra la tipicidad del delito atentatorio de la libertad y pudor sexuales por el que se precluyó la instrucción, resulta violatoria del non bis in idem otra actuación penal como es la de adelantar un juicio por los mismos hechos sobre los cuales recayó decisión con fuerza de cosa juzgada.

Acota el tribunal que el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto es un tipo subsidiario, por lo que el supuesto de hecho -el abuso de autoridad o el carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima- es un ingrediente típico de la conducta especialmente prevista como delito, esto es, el acto sexual violento, agravado. Por tal razón al procesado se le violó el derecho fundamental del non bis in idem consagrado en el artículo 29 de la Constitución.

Tal situación se consolidó por un error que se presentó al calificar. Se escindió de manera indebida el objeto del proceso, pues se emitieron dos pronunciamientos irreconciliables sobre el mismo hecho, el indebido tocamiento de las ofendidas, pues se emitió preclusión y pliego de cargos. Lo viable, teniendo en cuenta que la calificación dada en la resolución de la situación jurídica es meramente provisional, era formular acusación por abuso de autoridad, para conservar de esa manera la imputación fáctica; se producía una variación de la calificación provisional sin cercenarse el derecho a la defensa en virtud a que el procesado tuvo todas las garantías para defenderse de los hechos que se le imputaron.

Por esas razones, al encontrarse ante la presencia de una causal objetiva de cesación de procedimiento, así lo declaró, de conformidad con el artículo 39 del Código de

Procedimiento Penal, decretando la consecuente cesación de procedimiento respecto de JORGE ALBERTO ÁLVAREZ DUQUE por el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, según hechos ocurridos el 9 de febrero de 2000 en el interior del Hotel Monterrey del municipio de Itagüí.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

El Procurador Judicial 113, al ser notificado en estrados de la decisión preclusiva, interpuso en el acto recurso de apelación, el cual sustentó de la siguiente manera:

Si bien hubo un pronunciamiento dicotómico en la resolución de la fiscalía al momento de calificar el mérito de la instrucción, cuando la precluyó por la conducta imputada a ÁLVAREZ por acto sexual violento, y tuvo la misma conducta para darle un nomen juris diferente al calificarla como acto arbitrario o injusto, tal dicotomía no puede convalidar la misma parte de la providencia como lo hizo el tribunal, al aceptar la preclusión por el acto sexual violento y desconocer la resolución acusatoria por el abuso de autoridad.

Si el tribunal fundamentó su decisión con base en los términos excluyentes de la resolución de la fiscalía, no debía ni tenía que dar la parte resolutive de la decisión, sino entender como no escrito lo atinente a la preclusión investigativa, ya que si hay dicotomía, eso conduce a pensar que hubo ausencia de decisión judicial.

Se materializó una afectación grave de las formas propias del proceso penal, el cual exige que para su impulso ante la autoridad judicial competente, como es el tribunal, haya una resolución acusatoria. Si ésta no existe por contener su parte resolutive términos excluyentes, jamás se podría reclamar su existencia para entender que se precluyó la conducta y que jamás hubo juicio de reproche. Eso equivale a escoger uno de los términos de la contradicción para darle validez a lo que no lo tiene.

Si las normas propias del proceso implican la existencia de una acusación, ésta no puede ser anfibológica o contradictoria. Si la acusación se presenta así, nunca se puede precluir, sino recoger la actuación para darle una vía adecuada.

El recurrente recalca que en su alegato precalificatorio sostuvo que la conducta del procesado correspondía a la definición de acto sexual violento y que no interpuso ningún recurso cuando se varió el nomen juris al comportamiento, porque no observaba la dicotomía que halló el tribunal. Pero como en ese estadio procesal la conducta ya se había establecido, el funcionario judicial consideró que se trataba más de un abuso de autoridad que de un acto sexual violento. Por eso, como había reproche de la conducta investigada y consonancia con su pedimento y la acusación, no recurrió en tal momento.

El camino no puede ser el de la impunidad, porque si hay un error en la resolución acusatoria, como lo sostiene el tribunal, puede y debe ser corregido, más aún cuando afecta las formas fundamentales del proceso. La vía, entonces, es la de corregirlo con la nulidad.

ALEGATOS DE LOS SUJETOS PROCESALES

1. La Fiscal Delegada se muestra de acuerdo con la decisión del tribunal, porque reconoce que en la mencionada resolución hubo dos pronunciamientos antagónicos, se acusaba o se precluía, pero se dieron los dos extremos. En beneficio del sindicato se debe aceptar la decisión del tribunal, porque además ya hay cosa juzgada.

2. El procesado señala que hizo la petición de nulidad parcial de la resolución de acusación, porque no alcanzó a vislumbrar el alcance del error como lo detectó el tribunal. Comenta que el debido proceso se vulneró, debido a que en esa decisión se precluyó por una conducta y en un numeral posterior fue proferida acusación por la misma.

Solicita que si la Corte llega a revocar la cesación de procedimiento decretada por el tribunal, se anule de la providencia calificatoria sólo el punto de la acusación, pues lo que decidió de manera primigenia la fiscalía fue la preclusión que ya hizo tránsito a cosa juzgada. Por eso, además, pide que no se acoja la posición del Procurador en el sentido de declarar una nulidad total, sino que sea apenas parcial, en el sentido ya indicado.

3. El defensor del acusado sostiene que desde el punto de vista de la lógica formal, el planteamiento del recurrente es impecable, pues se refiere a la presencia de una contradicción en la decisión de la fiscalía, pues por una parte precluye y por la otra acusa, circunstancia por la que los dos términos se neutralizan y, por tanto, no existe una verdadera providencia lo que determina la nulidad como solución.

Pero en derecho no opera tal lógica, dice el defensor, sino la lógica de lo humano o de lo razonable. Así, cuando es necesario hacer interpretación de diferentes normas y cuando se presenta contradicción entre éstas, de forma lógica y jurídica se debe acudir a la última porque se supone que es el último pensamiento del legislador, con el que recoge y deroga la anterior, pero no se puede afirmar que la posterior anuló la precedente o que las dos se neutralizan para que no exista ninguna.

En este caso no se trata de dos normas sino de una, denominada por Kelsen individual o individualizada. Lo que hay es oposición interna de elementos, con tratamiento dentro de la lógica de lo humano o de lo razonable.

De esa forma, debe preguntarse qué es lo que se precluye. Conforme al ordenamiento procesal, lo que se precluye es una investigación referida a una conducta atribuida al procesado. En este caso, la fiscalía precluyó la investigación y la continuó acusando, contradicción frente a la cual el agente del Ministerio Público sostiene que no se puede privilegiar ninguno de sus extremos.

En cambio, cuando la fiscalía decidió precluir, ya no podía acusar por la misma conducta. Como lo primero fue la preclusión, lo segundo, la acusación, ya no podía existir. Cuando precluyó, terminó el proceso. Lo posterior a la preclusión es inexistente mas no anulable. Desde el punto de vista jurídico es inexistente porque se precluyó la conducta, y desde el lógico, porque una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo.

Con base en esos razonamientos, el defensor solicita que se deseche la impugnación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La Corte es competente para resolver el presente recurso de apelación, por haberse interpuesto dentro de un proceso que es conocido en primera instancia por un tribunal superior de distrito (artículo 75-3, Ley 600 de 2000) y se ocupará de los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación (artículo 204 ídem).

2. El punto a dilucidar frente al problema jurídico planteado es si al momento de calificar el mérito de la instrucción, la fiscalía tomó dos decisiones enfrentadas con relación a la misma conducta objeto de investigación -preclusión por acto sexual violento agravado, acusación por abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto- y, si es así, si tal decisión quebranta el debido proceso por resultar anfibológica o si uno de tales extremos resulta inexistente.

Para el efecto, es preciso recordar que la investigación tuvo un enfoque definido desde el principio: esclarecer si el procesado JORGE ALBERTO ÁLVAREZ DUQUE en su calidad de fiscal Seccional de Medellín, en el desarrollo del allanamiento por él dirigido en el Hotel Monterrey de Itagüí en la mañana del 19 de febrero de 2000, al realizar la requisa en forma personal a las damas allí hospedadas, a algunas de ellas las forzó a despojarse de sus vestimentas y prendas íntimas y les hizo tocamientos en sus órganos sexuales.

Tan claro es lo anterior que las preguntas que se le formularon al procesado en la indagatoria buscaban sus explicaciones frente a ese supuesto comportamiento; del mismo modo, el interrogatorio efectuado a los testigos tuvo idéntica dirección.

De esa forma aparece en la mencionada diligencia de indagatoria, en la cual el instructor, después de escuchar la narración que hizo de lo sucedido durante el allanamiento, le formuló las siguientes preguntas al procesado:

“PREGUNTADO. Díganos voluntariamente quien o quienes (sic) fueron las personas que realizaron el registro personal a los huéspedes que se encontraban en el hotel esa mañana, en especial a las mujeres?... PREGUNTADO. Usted acaba de mencionar entre los miembros del CTI a una dama; díganos si sabe el nombre de esta funcionaria?...

PREGUNTADO. La praxis judicial nos enseña que en desarrollo de estas diligencias de allanamiento y registro personal, en tratándose de mujeres, quienes deben registrar a estas deben personas (sic) del mismo sexo, costumbre esta que incluso se cumple en los establecimientos carcelarios. Si en esta diligencia se que ha (sic) venido refiriendo participaron por lo menos tres mujeres adscritas al CTI, quienes como es de suponer cumplen a cabalidad con su oficio y sus funciones, porque (sic) no permitió que ellas registraran personalmente a las damas que se encontraron en el hotel, sino que prefirió hacerlo usted personalmente?...

PREGUNTADO. Ha dicho usted que el registro que le practicó a esas damas fue de manera visual; sin embargo una de ellas ANA MARÍA SOTO ALZATE, identificada con la cédula 31.428.177 de Cartago Valle, en declaración jurada que rindió en el CTI, oficina de asuntos disciplinarios el quince de agosto del año próximo pasado, manifestó: ‘ellos subieron a mi habitación con una mujer que había allí, me revisaron toda la ropa, después ya se bajaron, luego el Fiscal que había nos llamó a una por una de las mujeres que habíamos allí y nos hizo meter en unas de las habitaciones del primer piso, él me iba a bajar los pantalones, yo le dije que por qué me tocaba y él me dijo que tenía orden de hacer una requisa, yo le dije a él que yo me dejaba quitar la ropa pero de la señorita, que de él no me dejaba esculcar, entonces me

dijo que me subiera la blusa, yo me la subí y me dijo que me subiera los brasieres, yo lo hice, él me tocó por encima de la ropa los senos y todo el cuerpo...' que tiene para manifestar a todo lo anterior?... PREGUNTADO. Ha dicho usted que a ninguna de las damas que se hallaban en el hotel la hizo desvestir totalmente; sin embargo una de ellas, ANA MARÍA SOTO ALZATE, refiere lo siguiente: 'luego salí yo y a la muchacha que había allí la cual no se el nombre, me comentó luego que salió de ese lugar llorando que ese fiscal le había hecho quitar la ropa, asustándola con una varilla la cual contra la cama (sic) ella se quitó toda la ropa, que ella le decía que la esculcara por encima y él le decía que tenía que quitarse la ropa, allí había otra amiga mía de nombre LINA MARCELA de la cual no tengo datos, sólo sé que era de Pereira, a ella también la esculcó pero ella si no se quitó la ropa...' que tiene que manifestar a lo anterior?... PREGUNTADO. Voluntariamente díganos por qué motivo no permitió usted la presencia de la dama del CTI dentro de la habitación donde efectuó esos registros personales, lo cual pudo haber hecho en orden a brindarles mayor tranquilidad a las mujeres que fueron objeto de registro?... PREGUNTADO. Dicho en otras palabras, usted porqué (sic) no se hizo acompañar de la investigadora del CTI que allí se encontraba presente para efectuar el registro que usted personalmente hizo a las mujeres dentro de esa habitación?... PREGUNTADO. Sin embargo la declarante tiene dicho: 'yo le dije a él que me dejaba quitar la ropa pero de la señorita, que de él no me dejaba esculcar, entonces me dijo que me subiera la blusa, yo me la subí y me dijo que me subiera los brasieres', qué tiene para manifestar?... PREGUNTADO. En esta respuesta acaba usted de manifestar, al final de la misma que terminada la diligencia, esta dama le manifestó que no le gustaba que la requisaran los hombres; pero ella lo que manifiesta en su declaración es que previo al registro le hizo saber que de la gente a investigadores del CTI (sic) o señorita como la llama sí se dejaba registrar y que de usted no, y sin embargo se desatendió esa súplica, que tiene para manifestar?... PREGUNTADO. Díganos voluntariamente si en esa diligencia se hizo presente algún agente del Ministerio Público?... PREGUNTADO. De las personas que fueron halladas en el hotel y registradas, a

algunas se les trasladó a las dependencias del CTI?... PREGUNTADO. Sobre este particular, el señor Germán Higuera Marín, investigador Judicial del CTI, declara: ‘Ese Fiscal ordenó que trasladáramos unos huéspedes del hotel hasta las instalaciones del CTI para verificar datos, luego de verificar datos se les iba a hacer firmar acta de buen trato por parte de la investigadora LUZ CECILIA GARCÍA, pero esta no fue dejada por parte del Fiscal, el cual de manera autoritaria dijo que firmara ningún acta de buen trato porque había sido él quien ordenó el traslado de esos huéspedes, además que él era el que mandaba en esa diligencia, esto causó malestar de nuestra parte y no quedó más que atender la orden del Fiscal, qué tiene para manifestar al respecto?... PREGUNTADO. El acta de este registro dónde reposa?... PREGUNTADO. El señor JORGE LEYTON VARGAS tiene dicho que en esa diligencia, entre otros funcionarios participó un personero, que tiene de cierto lo anterior, que tiene de cierto (sic)... PREGUNTADO. Díganos voluntariamente, a raíz de qué hechos se le profirió medida de aseguramiento de conminación por parte de otra de las Fiscalías Delegadas en esta Unidad?’”

Esa perspectiva de investigación se hallaba tan definida, que en la resolución por medio de la cual la fiscalía resolvió la situación jurídica del procesado, resumió los hechos de la siguiente manera:

“Los hechos que centran nuestra atención tuvieron ocurrencia el pasado 19 de febrero de 2.000, cuando varios integrantes del Cuerpo Técnico de Investigación, acompañados de efectivos de la Policía Nacional y el Ejército, se dispusieron a dar cumplimiento a una orden de allanamiento y registro, ordenada por la Fiscalía Ciento Cuarenta y Nueve Seccional de la ciudad, al inmueble ubicado en la Calle 85 N° 50 A 51 ubicado en Itagüí, Antioquia, donde funciona un establecimiento comercial dedicado a las actividades de hospedaje, denominado ‘Monterrey’.

La actuación había tenido como fuente una información, de naturaleza telefónica, llegada a los organismos de seguridad por un ciudadano que decidió permanecer en el anonimato,

en la cual se daba a entender que en el mencionado hostel se refugiaban personas simpatizantes y militantes de grupos al margen de la ley; y, eventualmente, podrían hallarse armas de largo alcance y de uso privativo de las fuerzas armadas. Llama la atención que esa diligencia tuvo lugar un día después de perpetrado un atentado con explosivos contra las dependencias del Cuerpo Técnico de Investigación de esta ciudad, en el edificio conocido como 'Mónaco' en el exclusivo sector de El Poblado.

Los diversos miembros de los estamentos de seguridad acordonaron el lugar y se dispusieron a un registro minucioso de las diferentes habitaciones y los menajes que los huéspedes llevaban consigo, sin que la diligencia lograra arrojar resultados positivos. Nada se halló, por lo menos con la capacidad de comprometer a las personas en eventuales conductas al margen de la ley, o que hiciera presumir la destinación del inmueble para tales empresas.

Lo que sí definitivamente llamó la atención fue la actitud asumida por uno de los partícipes del allanamiento, concretamente la del señor Fiscal, quien excediendo los parámetros de las normas inherentes a la dignidad humana y, en un exótico proceder, registró personalmente a varias de las damas que allí se hospedaban, a quienes hizo desprender de todas sus prendas -includas (sic) las íntimas- con el propósito de realizar una 'inspección' a sus cuerpos pretextando detectar si las féminas escondían algún tipo de sustancia sicotrópica o estupefaciente, visualización que centró de modo especial en las zonas erógenas y pudendas."

Después de practicarse otras pruebas, que tenían la inequívoca finalidad de dar claridad sobre el comportamiento del procesado en punto de las requisas irregulares que practicó a algunas de las mujeres hospedadas en el mencionado hotel, el organismo instructor, representado en funcionario distinto al que tomó la medida de aseguramiento, en un capítulo que denominó "LA CONDUCTA ATRIBUIDA Y MANERA COMO OCURRIERON HECHOS (sic)" plasmó los sucesos de la siguiente manera:

“Al doctor ALVAREZ DUQUE en su calidad de Fiscal Seccional adscrito a la Unidad de Reacción Inmediata en esta ciudad, practicó una diligencia de allanamiento y registro (sic) el diecinueve de febrero del año dos mil a tempranas horas de la mañana en las instalaciones del denominado Hotel ‘MONTERREY’ ubicado en las inmediaciones de la Central Mayorista del municipio de ITAGUI (A)

Durante el desarrollo del operativo del allanamiento y registro en el mencionado Hotel, el Fiscal ALVAREZ DUQUE se hizo acompañar y desplegó un gran número de personal integrante de la fuerza pública, es decir, Policía y Ejército Nacional, rodeando el edificio donde funciona el hotel y además, se hizo a los servicios de varios integrantes del denominado C.T.I. de la Fiscalía.

Una vez en el interior del Hotel, al que se ingresó con el despliegue de toda una parafernalia alarmista, se procedió a evacuar a cada uno de los huéspedes que se encontraban dispuestos en las habitaciones del hotel, con rotura de chapas, puerta y vidrios, obligando a los moradores, empleados y huéspedes del establecimiento a que se sometieran a requisas y registro de sus equipajes y pertenencias.

Surgió entonces durante el operativo de registro y requisas a hombres y mujeres que allí se encontraban no solo sobre su origen y lugares de procedencia y de las razones sobre la permanencia de los huéspedes y viajeros en la ciudad de MEDELLÍN y sus alrededores, significándose que según lo aquí investigado la diligencia se practicó con la finalidad de dar captura de personas y el hallazgo de elementos que pudieran tener participación o ser utilizados en el atentado de las instalaciones del C.T.I. que funcionaba en el edificio MONACO que se perpetró la noche anterior al allanamiento y registro del hotel ‘MONTERREY’.

En el desarrollo del operativo agenciado en el interior del hotel MONTERREY, fundamentalmente bajo la dirección del Fiscal ALVAREZ DUQUE el abogado HENRY DE

JESÚS ESPINAL GIL consideró que en el establecimiento mencionado se habían causado daños a las instalaciones del hotel y por ello presentó queja formal ante la Procuraduría Departamental, y a partir de junio 15/00 el Cuerpo Técnico de Investigaciones de Antioquia inició la indagación preliminar a fin de establecer responsabilidades por los hechos ocurridos en febrero de dos mil en el interior del hotel MONTERREY.

En virtud de las indagaciones preliminares que realizó el C.T.I. ANTIOQUIA a través de la Coordinación de Asuntos Disciplinarios, el Fiscal Noveno de esta Unidad decretó apertura de instrucción mediante resolución de marzo 22/01 y de inmediato ordena recibir indagatoria al Fiscal ALVAREZ DUQUE, a quien le surgen imputaciones derivadas de actuaciones arbitrarias, atropellos y abusos no solo contra las instalaciones del hotel sino por el hecho de haberse dado a la tarea de requisar de manera personal y directa a algunas mujeres que se encontraban pernoctando en el mencionado hotel, dándose para la investigación un evento de connotación aún más graves cifrado en que el citado fiscal, hizo desnudar a varias damas, y manoseó partes íntimas de los cuerpos de las mismas.”

Como puede observarse, la fiscalía extendió el objeto de estudio del proveído calificadorio, pues además de la conducta imputada al procesado consistente en los supuestos actos sexuales violentos ejecutados sobre algunas de las huéspedes del hotel, fijó como marco fáctico otros atropellos que pudo haber realizado el justiciable a las personas y a las cosas.

Al analizar el acervo probatorio y exponer las razones que condujeron a tomar las decisiones reseñadas, la fiscalía discurrió de la siguiente manera:

“La prueba testimonial que existe en todo el cúmulo de diligencias traídas a la actuación como es el caso de lo expuesto por la señora SOTO ALZATE y las deponencias de la funcionaria del C.T.I. GARCIA CANO y CASTAÑEDA ALVAREZ, si se les confronta con

los testimonios que rindieron WILSON ROMAN ARENAS -fls 320 y ss.- y con lo dicho por GERMAN HIGUERA MARÍN .fls 333 y ss.-, permite esa confrontación una situación dudosa que no comporta una real dimensión que estructure el hecho punible que compromete al funcionario, en cuanto atentatorio de la libertad sexual, a partir del despliegue de la requisita o registro a la misma dama SOTO ALZATE y a la desconocida mujer que no suministró ningún dato de su filiación o lugar de residencia para desprender si realmente había sido objeto de acciones atentatorias contra su libertad sexual a partir de los actos libidinosos o abusos del funcionario, ya que se narra los eventos de manera imprecisa, no solo por la señora SOTO ALZATE sino por la poca claridad en lo que exponen las funcionarias GARCIA CANO y CASTAÑEDA ALVAREZ, ellas como funcionarias que eran de la diligencia debieron por lo menos consignar informes mejor elaborados sobre lo ocurrido en el interior del hotel bajo la óptica y en su condición de mujeres frente a los ultrajes padecidos por la desconocida.

...

Puestas las cosas en ese punto esta Fiscalía Delegada desplegó actividades tendiente a un mejor probar de los hechos y para ello se trajo al proceso el resultado de la orden de trabajo que se le impartió al C.T.I. y cuyas piezas están incorporadas en los folios 404 a 430. Infortunadamente los resultados de estas diligencias no ofrecen claridad en razón de la identidad de la mujer y los tres hombres que el día del allanamiento al hotel MONTERREY fueron conducidos hasta el C.T.I., constituyéndose este hecho en un obstáculo para lograr por los menos la precisa identidad de la dama que fue objeto de los abusos y atropellos por parte del Fiscal aquí investigado cuando procedió a requisarla de manera abusiva, brusca y libidinosa, que generó enrostrarle al fiscal Medida de Aseguramiento de detención preventiva por el delito de ACTO SEXUAL VIOLENTO con circunstancia de agravación punitiva y que hoy lo mantiene privado de la libertad.

En esta misma línea del análisis de la prueba testimonial surgida a partir de las

declaraciones rendidas por las señoras SOTO ALZATE, y de las funcionarias del C.T.I. GARCÍA CANO y CASTAÑEDA ALVAREZ, surge para el despacho un elemento de duda de cara a la real conducta desplegada por el implicado, para ello resulta puntual señalar:

‘... la intuición en la mujer es una cualidad que debe reconocérsele, pero ello hace que a veces en su testimonio se advine (sic) resultados que no corresponden a la realidad, porque las mujeres pueden narrar como ocurridos hechos que solo han existido en la imaginación en sus deseos y, en el fondo, en los pliegues más ocultos de su corazón...’ (La prueba en materia Penal. Tiberio Quintero Ospina, Pág. 250).

...

Así las cosas, la conducta delictual que se le dibujó al Fiscal implicado en este asunto, estuvo en su momento y cuando se le definió la situación jurídica basada en eventos probatorios que ameritaban la imposición de la medida restrictiva, pero a esta altura de la investigación lo que el acervo probatorio demuestra y lo que ha resultado es que los hechos atribuidos al sindicado tuvieron un marco de referencia cifrado en lo fundamental en actos propios del funcionario que como servidor público ejecuta actos arbitrarios o injustos y no se dieron aquí tal como lo revelan las pruebas analizadas que haya incurrido en otros eventos o casos especialmente previstos como delito.

...

En la época actual, con un país en desorden, con una nación desangrada por una guerra estúpida, agenciada por quienes viven a espaldas de la realidad nacional, la vida sexual ha de estudiarse con franqueza, con naturalidad y sin arcaísmo psíquico o la trascendencia que se le daba a ello en el pasado, en este orden de ideas y con absoluta seguridad jurídica las conductas desplegadas por el funcionario investigado estuvieron técnicamente mal elaboradas desde el punto procesal y probatorio, ya que, se itera, se le

atribuyó un acto sexual violento a partir de actos considerados diversos al acceso carnal propios de los que deben ser reprimidos a la luz de la codificación penal antes vigente y aún tomando como referencia el nuevo título de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual que trae la Ley 599/00.

Se precisa también por principio general todos los delitos, como el que se le atribuyó al sindicado son dolosos, para afirmar entonces que la acción central en esos punibles procede siempre de una intención sexual y debe apoyarse como lo sostiene la doctrina: ‘...en el motivo de placer sexual (libido) y en dicha intención lasciva.’ De donde resulta que es basilar y obvio que el móvil o contenido sexual debe ser consciente y conocido por el autor.

En síntesis, en el presente asunto nos encontramos con un conjunto probatorio que analizado en toda su extensión, resulta deficiente para estructurar el delito contra la Libertad Sexual que se le atribuyó al Fiscal sindicado en el momento que se le definió la situación jurídica y sin dejar a un lado que a esta altura de la investigación la variación probatoria contribuye en forma decisiva, lo cual se afirma con toda determinación a que lo ocurrido desbordó el marco de actos típicamente constitutivos de Abuso de Autoridad ya que se desarrollaron en el marco de lo arbitrario e injusto por parte de un funcionario que en seno de la FISCALIA ha incurrido en otras oportunidades en los mismos hechos...

La realidad procesal vista en sumario (sci) a cargo de esta Delegada y que antes llevaba nuestro homólogo Fiscal Noveno de esta Unidad, en cuanto al resultado de las pruebas arrimadas al proceso a partir de la diligencia que impuso la Medida de Aseguramiento al sindicado (resolución mayo 2/01) es muy diferente y está matizada de elementos de prueba que dista mucho de lo que en su momento sirvió de base para la medida restrictiva de la libertad y que no debe olvidarse que la determinación de los elementos subjetivos del delito debe contemplarse como la gran cruz del proceso penal, un problema que tiene un carácter apremiante para la labor diaria de los prácticos, pero que apenas ha

sido puesta al día desde el punto de vista teórico, según lo enseña la moderna teoría procesal.

...

Hecha la anterior aclaración el Despacho se refiere a las alegaciones del señor Defensor del sindicado las cuales aun cuando están bien elaboradas y contienen un estilo depurado, solo pueden ser de recibo de manera parcial por este Despacho ya que después de analizar sus extensas consideraciones en el presente asunto el Fiscal ALVAREZ DUQUE no puede ser relevado de la conducta delictual que lesionó el bien jurídico de la Administración Pública, dado a los actos arbitrarios e injustos ya que en el desarrollo de actividades inherentes a su cargo, lo hizo violentando el orden legal, atropellando personas, desconociendo derechos a las mismas, causando atropello y daños a las cosas, tal como quedó demostrado en la diligencia de allanamiento que practicó el sindicado en las instalaciones del hotel MONTERREY el nueve de febrero del año dos mil.

...

Con respecto a lo pedido por el señor Agente del Ministerio Público también en extenso escrito, lamenta el Despacho no acoger las solicitudes o mejor, aceptar lo planteado de manera parcial en el entendimiento de que la diligencia de allanamiento a todas luces se presentó (sic) un Abuso de Autoridad tal como está consignado en el artículo 416 del Código Penal (Ley 599/2000)..."

De los anteriores argumentos se deduce lo siguiente: (i) la preclusión de la instrucción respecto del acto sexual violento, agravado, obedeció a la duda que emergió del material probatorio y a que no se demostró el elemento subjetivo de la conducta; (ii) la acusación por el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto recayó sobre el comportamiento observado por el justiciable durante el desarrollo de la diligencia de allanamiento y registro en las instalaciones del hotel Monterrey de Itagüí.

Pero en las consideraciones contenidas en la citada resolución del 13 de agosto de 2001 no es posible encontrar explicación clara, coherente e inteligible acerca de los fundamentos del vocatorio a juicio por el punible de abuso de autoridad.

No es posible entender cuál fue la conducta del procesado que para el instructor coincidió con la descripción típica del señalado abuso de autoridad.

Si quiso presentar como configurativos de ese tipo penal los actos relacionados con la requisa a las huéspedes del hotel, es claro que aparecen extremos contradictorios en el razonamiento, lo cual enseñaría el acierto de la decisión del tribunal cuando decretó la cesación de procedimiento por quebranto al principio de non bis in idem.

En efecto, si eso fue así, resulta que como la requisa que habría permitido los reprochables tocamientos a las féminas estaría comprendida dentro del mismo núcleo comportamental, sobre cuya existencia se declaró la duda, es claro que el abuso de autoridad que significaría realizarla quedó cobijado por la decisión preclusiva. Esto obedece, como lo señaló el tribunal, al carácter subsidiario del delito de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, pues incurre en esa conducta punible el servidor público “que fuera de los casos especialmente previstos como delito, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario o injusto” (artículos 152 Decreto 100 de 1980, 416 de la Ley 599 de 2000). Por eso, como la imputación por el acto sexual violento comprendía la causal de agravación prevista en el artículo 306-2 del Código Penal derogado –el carácter, la posición o el cargo del actor que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza-, recogía un supuesto de abuso de autoridad, la preclusión prodigada respecto de la conducta que hasta ese momento se tenía como posible acto sexual violento, agravado, cobijó también el abuso de autoridad implícito.

Expresado de otro modo, si la instrucción por el abuso de autoridad desplegado para

lograr el acto sexual violento fue precluida en cuanto no se probó si se realizó la conducta, no era posible acusar por el mismo acto constitutivo de ese posible abuso de autoridad en virtud del carácter subsidiario del tipo penal que lo define, debido a que sólo se puede imputar si la conducta no constituye otro comportamiento punible y en este caso configuraba la circunstancia de agravación del acto sexual violento.

Pero, entonces, cabe preguntarse, cuál o cuáles fueron las conductas que tuvo en mentes la fiscalía para emitir acusación por abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto. Las que “en el desarrollo de actividades inherentes a su cargo, lo hizo violentando el orden legal, atropellando personas, desconociendo derechos a las mismas, causando atropello y daños a las cosas, tal como quedó demostrado en la diligencia de allanamiento que practicó el sindicato en las instalaciones del hotel MONTERREY el nueve de febrero del año dos mil.”

Además de que el ente instructor no detalló la forma en que el procesado violentó el orden legal, atropelló a las personas, desconoció los derechos de éstas y causó daños a las cosas, aparece que así lo hubiera hecho esas posibles conductas configurativas de abuso de autoridad o de algún otro punible no fueron materia de averiguación en la fase instructiva.

Recuérdese que el interrogatorio que se le hizo al procesado en la indagatoria se centró en los supuestos tocamientos libidinosos que les hizo a algunas de las huéspedes del hotel cuando las requisaba y que los testigos también fueron preguntados con exclusividad sobre ese punto.

Si bien es cierto que en la queja formulada por el abogado Henry de Jesús Espinal Gil ante la Procuraduría Departamental de Antioquia se hizo referencia a algunos daños causados a las instalaciones del hotel y al trato desacomodado para con empleados y huéspedes de ese establecimiento, y que la misma sirvió de base para una averiguación preliminar

de carácter disciplinario, la cual se archivó y que a su vez fue el germen de este proceso penal, ningún acto investigativo tuvo por objeto establecer el compromiso de ÁLVAREZ DUQUE en esos eventos.

Entonces, si se entiende que la acusación por abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto en contra de JORGE ALBERTO ÁLVAREZ DUQUE está referida a esos otros comportamientos, surge con nitidez un quebranto de su derecho a la defensa porque lo cierto es que no tuvo oportunidad de controversia, pues al no haberse desplegado la mínima investigación por tales conductas, de manera correlativa no contó con medios adecuados de oposición. En suma, fue sorprendido con esa imputación, que al ser emitida desconoció gravemente las formas propias del juicio porque se pretermitió la esencial fase de instrucción y agravio, como se dijo, la defensa del procesado.

Ante esa situación, lo decidido por el tribunal en la providencia apelada, la cesación de procedimiento, no puede ser avalado, porque se fundamentó en el quebranto al non bis in idem por la aparente contradicción de términos entre la preclusión y la acusación contenidas en el calificadorio.

Como la irregularidad radica en que la mencionada acusación recayó sobre conductas que no fueron investigadas, no era posible corregirla mediante la preclusión de instrucción, sino a través de la declaratoria de nulidad parcial de la providencia calificatoria de conformidad con el artículo 306-2 de la Ley 600 de 2000, para dejar sin efecto la mentada acusación con el fin de que se compulsen las copias pertinentes ante la fiscalía para que esa entidad, si considera que hay lugar, adelante la debida investigación destinada a esclarecer los presuntos comportamientos irregulares de JORGE ALBERTO ÁLVAREZ DUQUE durante el desarrollo de la diligencia de allanamiento y registro llevada a cabo el 19 de febrero de 2000 en las instalaciones del Hotel Monterrey del Municipio de Itagüí.

Por esa razón, se revocará la providencia apelada y se decretará la nulidad parcial de la actuación, en los términos que se acabaron de señalar.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

1. REVOCAR la providencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 13 de febrero de 2002 dentro de la continuación de la audiencia preparatoria, mediante la cual decretó la cesación de procedimiento respecto del procesado JORGE ALBERTO ÁLVAREZ DUQUE, por el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto.
2. DECRETAR la nulidad parcial de la actuación desde la resolución de fecha 13 de agosto de 2001, por medio de la cual en el numeral 3º de la parte resolutive la Unidad de Fiscales Delegados ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín acusó a ÁLVAREZ DUQUE como autor responsable del delito de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto.
3. ORDENAR que el tribunal a quo compulse copias de lo pertinente ante la mencionada Unidad de Fiscales Delegados, para que, si se encuentra mérito, se investigue a ÁLVAREZ DUQUE según las directrices trazadas en la parte motiva de esta decisión.

Contra la presente providencia no procede recurso alguno.

Comuníquese, cúmplase y devuélvase al tribunal de origen

MAURO SOLARTE PORTILLA

SIGIFREDO

ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÉDGAR	LOMBANA TRUJILLO	ÁLVARO	ORLANDO
	PÉREZ PINZÓN		

MARINA	PULIDO	DE BARÓN	JORGE	LUIS
	QUINTERO	MILANÉS		

Con salvamento de voto

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

TERESA RUÍZ NUÑEZ	Secretaria
-------------------	------------