

Proceso No 19413

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado ponente:

Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA

Aprobado acta No. 72.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil tres (2003).

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio público contra la sentencia proferida por una sala de decisión del Tribunal Superior de Cali, a través de la cual absolvió al procesado WENCESLAO ALVAREZ VIVAS de los cargos formulados en la resolución de acusación por violación al artículo 39 de la ley 30 de 1986.

1. ANTECEDENTES

1.1. Respecto de los hechos que dieron origen a este proceso, dijo el Tribunal en la sentencia:

“Según se desprende del compendio fáctico de este asunto, el día 3 de junio de 1998, autoridades policivas del Municipio de Palmira practicaron diligencia de allanamiento y registro del inmueble ubicado en la Carrera 18 N° 27-45 del barrio ‘La Colombina’ de la ciudad de Palmira, ocupado por MARTHA LUCERO CATAÑO y su

progenitora, Señora MARGARITA CATAÑO, por cuanto, de conformidad con el correspondiente informe, luego de las pesquisas y labores de inteligencia de rigor, se logró establecer que allí se expendían alucinógenos, pues, uno de los ocasionales compradores fue sorprendido en posesión de una papeleta de bazuco, que según su dicho, había adquirido de manos de la segunda de las nombradas. Igualmente, de conformidad con el mencionado informe, una vez los policiales penetraron a la residencia, se observó que una de las mujeres que allí habitaban se encaminó a la habitación del fondo portando un recipiente plástico, que luego de incautado se supo que contenía 465 gramos de bazuco; asimismo, en el patio de la residencia se halló la cantidad de 1955 gramos de marihuana, de la cual se hizo cargo MARTHA LUCERO CATAÑO, al decir de los uniformados que practicaron la diligencia, quienes, por tal motivo, procedieron a su captura.

El día siguiente los elementos decomisados junto con la retenida y el informe respectivo fueron dejados a disposición de la Unidad de Reacción Inmediata, para posteriormente ser asignada la investigación al Fiscal Ciento Cuarenta y Cinco (145) Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Palmira a cargo del inculpado, Doctor WENCESLAO ALVAREZ VIVAS, quien de inmediato -el 5 de junio de 1998-, profirió resolución de apertura de la instrucción y dispuso la vinculación, mediante diligencia de inquirir, de MARGARITA CATAÑO y MARTHA LUCERO CATAÑO, madre e hija, respectivamente.

Una vez finalizada la indagatoria de la Señora MARTHA LUCERO CATAÑO, el citado Funcionario Investigador, mediante resolución de sustanciación de la fecha, dispuso suspender la detención de la mencionada sindicada, por hallarse lactando a su hijo, invocando para ello lo dispuesto por el numeral 2° del artículo 407 del Estatuto Procesal Penal. Igualmente dispuso que ésta permaneciera en su domicilio y garantizara mediante caución juratoria la referida suspensión.

Por resolución interlocutoria del 10 de los citados mes y año, el Funcionario Instructor,

al resolver la situación jurídica de las Señoras CATAÑO, se abstuvo de imponerles medida de aseguramiento, por considerar que no se daban los presupuestos que reclama la Ley para tal efecto.

Ese pronunciamiento motivó que el Fiscal Coordinador de la respectiva Unidad, por oficio 373 del 12 de junio de 1998, ordenara compulsar copias de lo actuado a fin de investigar las presuntas irregularidades en que hubiere podido incurrir el Fiscal, doctor WENCESLAO ALVAREZ VIVAS”.

1.2. Una Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de Cali decidió en principio el adelantamiento de indagación preliminar y ordenó escuchar en versión libre al imputado (fl. 43), la cual no llevó a efecto finalmente porque un día antes de la fecha fijada para ello (fls. 59 y 60), ordenó la apertura de instrucción en resolución de 15 de octubre de 1998 (fl. 60).

1.3. El 4 de noviembre siguiente escuchó en indagatoria al doctor WENCESLAO ALVAREZ VIVAS, quien sobre la suspensión de la privación de la libertad de MARTHA LUCERO CATAÑO y su confinamiento en la residencia mientras se definía la situación jurídica, sostuvo que lo hizo por una razón “eminentemente de derecho humanitario en tanto que se acreditó en ese momento la circunstancia de estar alimentando a una bebé que para ese momento tenía apenas 20 o 30 días de nacido, si mal no recuerdo...la señora CATAÑO hasta ese momento estaba confinada a permanecer en un centro no habilitado como era la Comisaría de Palmira, en donde permanecían en hacinamiento personas que habían desplegado diversas conductas delictivas...me resultaba inexorable la protección que debía darse a un menor que se encontraba bajo el estado de lactancia, y estimé que al indicarle la obligación a la señora CATAÑO de permanecer en su residencia, acataría cumplidamente esta decisión, dentro de la cual repito y con una concepción de hondo sentido humanitario estaba garantizando el derecho primario de subsistencia al infante, estimando que era correcto pronunciarme como lo hice”.

Interrogado acerca de las razones por las cuales se abstuvo de decretar la detención preventiva de MARTHA LUCERO CATAÑO, el indagado respondió que la residencia donde se llevó a cabo el allanamiento correspondía a un inquilinato, la sustancia no fue encontrada “propiamente en su habitación”, y ella señaló a un tercero como propietario de la droga. Por lo demás, estimó irregular el procedimiento adelantado por los policiales, aparte que éstos incurrieron en la falencia de no identificar al presunto comprador del basuco que aseguran haber interceptado.

Al ponerle de presente la instructora que en el expediente, además del informe y el acta de allanamiento, obraba el testimonio del agente FABIO ALBERTO LEON BARBOSA, el funcionario investigado anotó que esa prueba, si bien consignaba un indicio de responsabilidad, no la estimó grave, precisamente por que el hallazgo de la sustancia se había producido en una casa donde residían varias personas, amén que en la diligencia de descargos las dos indagadas hicieron una sindicación “directa, grave y con temor a alguna represalia hacia un tercero conocido con el alias de ‘el lotero’ y llamada por ellas también como JHON JAIRO...”.

Al indagarle la funcionaria instructora acerca del motivo por el cual no hizo alusión a la prueba de cargo, respondió que de manera tangencial se refirió a la contradicción entre el dicho de las procesadas y el informe de los agentes, cuando habló de un libro de anotaciones de arriendos que los policiales decomisaron y del que no dieron cuenta en el informe, por lo que estimó necesario ordenar que se ahondara ese punto. No obstante advierte, a manera de confesión, que un pronunciamiento más amplio sobre el procedimiento adelantado por los uniformados “se quedó en el tintero” debido al exceso de trabajo y a que contaba para esa época únicamente con un empleado temporal y transitorio que se le había facilitado en ausencia del técnico judicial, quien transcribía las providencias a máquina, amén de la presión psicológica que representaba la intervención permanente de la Dirección de Fiscalía de Cali en orden a que resuelva dos asuntos que le fueron asignados especialmente.

Señaló, asimismo, que en la providencia hizo alusión al indicio de presencia, pero del mismo no se podía deducir que las procesadas fueran las dueñas de la droga, e insistió que era necesario ahondar en la investigación para establecer la veracidad de las afirmaciones de los agentes en puntos cuestionados por las procesadas, tales como el libro de arriendos, la existencia de otros inquilinos, el apoderamiento de un arma de fuego por parte de los agentes, y la habitación que ocupaba MARTHA LUCERO CATAÑO.

En ampliación de indagatoria (fl. 83), reiteró que al adoptar la determinación tuvo en cuenta que la prueba de cargo perdía firmeza ante las afirmaciones hechas por las implicadas, en tanto se mostraban creíbles sobre la existencia de un tercero como propietario de la sustancia y el sitio donde fue encontrada. Además, la investigación apenas se había iniciado, y era necesario ahondar sobre algunos aspectos con las pruebas ordenadas.

1.4. Mediante resolución de 4 de octubre de 1999, la Fiscal instructora definió la situación jurídica del doctor ALVAREZ VIVAS, imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito previsto en el artículo 39 de la ley 30 de 1986, sin derecho a excarcelación.

1.5. Antes de cerrar la investigación, la funcionaria escuchó en una nueva ampliación de indagatoria al procesado, a petición de éste, en la cual manifestó que al vislumbrar que el procedimiento policivo fue irregular, otorgó valor a las diligencias de descargos de las procesadas, armónicas en lo principal, y si bien pudo haberse equivocado, lo hizo de buena fe (fl. 133 y ss).

1.6. Previa clausura del ciclo instructivo (fl. 144), mediante resolución de 31 de enero de 2000 la Fiscal acusó al procesado como “presunto autor responsable de violación al artículo 39 de la Ley 30 de 1986”.

Con esa finalidad, tras señalar la funcionaria que el procesado contaba, al momento

de definir la situación jurídica, con el informe de captura y decomiso de la sustancia, el acta de allanamiento y registro, la ratificación del informe hecha por el Patrullero FABIO ALBERTO LEON BARBOSA, y las indagatorias de las procesadas, advirtió que con fundamento en la evidencia probatoria resultaba claro que los presupuestos para proferir medida de aseguramiento, al menos en contra de MARTHA LUCERO CATAÑO, se cumplían en exceso. En efecto, existía el indicio grave de responsabilidad por haber sido “sorprendida portando entre sus manos un recipiente en el que se camuflaron varios gramos de bazuco que superaban ampliamente la dosis personal, amen que el hallazgo de otros elementos en su habitación, permitía inferir fundadamente su comercialización, conclusión que avalaba de paso la información anónima recibida momentos antes acerca del expendio de alucinógenos en dicho lugar”, aparte de la confesión extraprocesal que llegó al proceso por conducto del citado uniformado, cuyo testimonio resultaba creíble.

Empece a la diafanidad de la prueba, según la instructora, el imputado se abstuvo de imponer medida de aseguramiento en contravía de lo probado, no obstante que como introito de su decisión reconoció que las circunstancias que rodearon la captura de las procesadas “aparejaban un compromiso penal” respecto de la propietaria de la casa.

Sin hacer ninguna mención al acta de allanamiento y registro, informe de retención y testimonio del agente LEON BARBOSA, el imputado, según la delegada, habría descartado asimismo la responsabilidad de las señoras CATAÑO, con lo cual avizora que el discurso encaminado a sustentar la decisión se “apuntala en una motivación falsa”, pues nada de lo que dijo era cierto por estar desmentido por los policiales que participaron en el operativo.

En tales condiciones, consideró que el procesado se apartó consciente y voluntariamente de la ley, máxime que su experiencia en el ámbito judicial le permitían discernir con acierto la decisión que debía adoptar, no pudiendo ser excusada su conducta

en la libre interpretación o el principio de independencia judicial, pues el asunto sometido a su consideración, dada su claridad y elementalidad, no daba lugar a ninguna interpretación.

Así como señaló que el doctor ALVAREZ VIVAS maliciosamente eludió la valoración de la prueba de cargo, y desconoció el contenido del artículo 254 del código de procedimiento penal anterior, la funcionaria rechazó el argumento de que el procedimiento policivo fue ilegal, pues en su criterio, si esa fue la razón de su silencio, debió consignarlo en la decisión, atendiendo el mandato que obliga a los funcionarios judiciales a expresar de modo razonable el mérito asignado a cada prueba. No obstante, agrega, el imputado no hizo ninguna referencia sobre el punto, incluso ni siquiera en la versión inicial que rindió, pues fue necesaria una tercera ampliación para que tocara el tema.

Estimó, de igual manera, que con antelación el procesado había decidido de manera irregular “suspender la detención” de MARTA LUCIA CATANO, argumentando que era madre de un niño de escasos días de nacido, olvidando que había sido capturada en flagrancia y especialmente que la excarcelación no estaba dentro de las posibilidades legales. De esa actuación dedujo el propósito de “protegerla de la imputación”, cuando de haberse atendido a lo probado hasta el momento, con toda seguridad habría decretado la detención preventiva “ratificando la suspensión de la misma conforme a la normatividad invocada cuando dispuso su libertad”.

Para la funcionaria instructora, finalmente, pese a que la conducta del imputado encuentra acomodo en el tipo penal de prevaricato por acción, por virtud de la existencia de una descripción penal especial se desplaza al innominado artículo 39 del estatuto nacional de estupefacientes, por cuanto “con su comportamiento...favoreció a una persona seriamente comprometida con la presunta violación a la ley 30 de 1986; primero, disponiendo su inmediata libertad cuando legalmente no podía hacerlo, habida consideración a que había sido capturada en flagrancia y la cantidad de sustancia

incautada, no permitía contemplar siquiera la posibilidad de una libertad provisional; segundo, porque a pesar de la prueba de alto contenido incriminatorio, se abstuvo de proferirle medida de aseguramiento, procurando así la impunidad del delito”.

1.7. Una Fiscal Delegada ante esta Corporación, le impartió confirmación en resolución de 14 de marzo de 2000 (fl. 419 y ss), al desatar el recurso de apelación interpuesto por el defensor.

1.8 La causa correspondió tramitarla a la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cali, corporación que después de verificar el debate público en varias sesiones, emitió la sentencia que es materia de apelación por parte del representante del Ministerio Público (fl. 652 y ss).

2. LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal dio término a la instancia al absolver al doctor WENCESLAO ALVAREZ VIVAS del cargo imputado en la resolución de acusación.

Tras algunas consideraciones de tipo dogmático sobre la conducta imputada al procesado (artículo 39 de la ley 30 de 1986), el sentenciador de instancia se aplicó a desentrañar si al emitir los dos pronunciamientos (resoluciones de suspensión de la privación de la libertad y definición de situación jurídica), el ex Fiscal WENCESLAO ALVAREZ VIVAS pretendió favorecer o dejar en la impunidad el ilícito proceder de las procesadas MARTHA LUCERO CATAÑO y MARGARITA CATAÑO.

Con ese propósito se refirió al contenido de los elementos de juicio que el procesado contaba al momento de definir la situación jurídica (informe policivo, diligencia de allanamiento y registro, testimonio del Patrullero FABIO ALBERTO LEON BARBOSA e indagatorias de las sindicadas), a la resolución por medio de la cual se abstuvo de decretar la detención preventiva, y a los planteamientos de los delegados de la Fiscalía y

Procuraduría. Señaló a continuación que del análisis ponderado y detenido del asunto se llega a concluir que la situación no es tan sencilla como la han planteado estos funcionarios, en directa alusión a la afirmación que éstos hicieron en el sentido de que “la elementalidad del asunto sometido a consideración del Fiscal investigado, no daba lugar a interpretación de ninguna clase, pues el ‘camino estaba marcado’ y ‘era simplemente cuestión de aplicar la ley’...”.

Tras consignar citas jurisprudenciales y doctrinarias acerca de la naturaleza y significado del delito de prevaricato, el Tribunal señaló que su objetivo consistía en examinar las circunstancias fácticas y procedimentales que rodearon la emisión de las providencias cuestionadas, con la finalidad de establecer si pueden catalogarse como ilegales y si estaban encaminadas a dejar en la impunidad el ilícito proceder de las citadas sindicadas, mas no a señalar “cuál habría sido el criterio en definitiva acertado, porque no es su obligación en este asunto precisar cuál de los criterios asumidos y encontrados es el que mejor consulta la ley...”.

En ese orden de ideas, en punto de la decisión de suspender la privación de la libertad de doña MARTHA LUCERO CATAÑO, y luego de advertir que no es su validez lo que se cuestiona sino el momento de su adopción, el Tribunal aseguró que la interpretación que el procesado dio al artículo 407 del anterior código de procedimiento penal no es descabellada. Dijo que de conformidad con el contenido de la preceptiva, la “privación de la libertad” se debe suspender cuando a la sindicada le falten menos de dos meses para el parto o si no han transcurrido seis meses desde la fecha en que dio a luz, que era el caso de la mencionada; y, en segundo lugar, porque no se puede considerar como un exabrupto que haya dado prevalencia al derecho del niño consagrado en el artículo 44 de la [constitución política](#).

En lo tocante a la determinación de abstenerse de imponer medida de aseguramiento contra las sindicadas, sostuvo que la censura en esencia gira en torno al

desconocimiento del informe de retención y el testimonio de FABIO ALBERTO LEON BARBOSA, y no en cuanto a que el funcionario hubiese otorgado valor probatorio a las diligencias de inquirir de las implicadas.

Admitió el a quo que la resolución cuestionada no se caracteriza por la abundancia de argumentos en orden a desestimar dichas probanzas, pues lo único que dijo el funcionario acusado al respecto es que no se configuraba el indicio grave de responsabilidad porque, entre otras razones, el testimonio de los agentes había sido controvertido, y nada dijeron “sobre el libro de anotaciones de los arriendos que vendrían a dar veracidad a lo afirmado por ellas en cuanto a la ocupación de la casa por otras personas”.

Pese a que en sentir de la fiscal acusadora (en criterio compartido por el delegado de la Procuraduría), el testimonio de LEON BARBOSA no “ofrecía censura o crítica ninguna en cuanto no concurrían en él circunstancias subjetivas que hicieran dudar de la veracidad de sus asertos”, lo cierto es que las dos sindicadas señalaron al unísono que MARGARITA CATAÑO había tenido problemas con el patrullero antes de presentar el informe de retención y dejar a MARTHA LUCERO a disposición de la Fiscalía. Explican que ello ocurrió “por un dinero correspondiente a los arriendos y un revólver, de los cuales los uniformados se habrían apropiado”. Recuerda el a quo que aquella dijo que cuando se negó a firmar por ser falso el contenido del informe, el agente la trató mal y pretendió obligarla a estampar su firma, llegando incluso a golpearla con la cacheta del revólver. Esta circunstancia, según el sentenciador de instancia, pudo generar duda en la mente del procesado y llevarlo a abstenerse de proferir medida de aseguramiento, determinación que por lo demás no las desvinculaba de manera definitiva de la actuación.

Para el Tribunal, resulta claro que la incertidumbre en torno a la veracidad del dicho del uniformado, también se cierne sobre el informe y el acta de la diligencia de

allanamiento. Por eso resulta superfluo referirse al valor probatorio que el fiscal acusado debía otorgarle a la confesión extraprocesal supuestamente realizada por MARTHA LUCERO CATAÑO, o a su captura en flagrancia, o a la “certeza o no que en la casa residieran otras personas, pues tal y como señalamos en precedencia no es función de esta Colegiatura...entrar a determinar si la decisión fue adecuada o no o si la valoración que de la evidencia probatoria realizó el Fiscal Seccional fue la mejor, por cuanto -repítese- no se le está haciendo una segunda instancia a su resolución”.

En punto de la ilegalidad de la diligencia de allanamiento y registro, según criterio del acusado que fuera rechazado por los delegados de la Fiscalía y Procuraduría, el a quo estimó que no se podía hacer caso omiso a esta explicación. Añadió que si bien es cierto aquella circunstancia fue omitida en la resolución que definió la situación jurídica “y en la primera sesión de su diligencia de inquirir”, no se pueden desconocer, en orden a definir su responsabilidad, las motivaciones que tuvo para proferir su determinación, a fin de establecer si son o no verdaderas. En efecto, precisa, no basta la contrariedad objetiva entre la ley y lo decidido, sino que se debe adicionar la contradicción entre lo decidido y lo conocido, esto es “que el delito supone un comportamiento de mala fe”, aparte de que para nadie es desconocida la alteración del ánimo en quienes tienen que enfrentar una diligencia judicial, lo cual bien puede llevar a que se olviden ciertos aspectos, como pudo suceder en el caso del indagado.

A lo anterior cabe agregar, dijo el sentenciador de instancia, que en punto del valor que “puede otorgarse a la prueba recaudada por la policía judicial, cuando entra en domicilio sin una orden de autoridad competente”, la doctrina no ha sido pacífica al respecto, pese a que la Corte Suprema de Justicia tiene sentado su posición. En ese sentido advierte la existencia de posturas en contrario, así como en relación al consentimiento prestado por los titulares del domicilio.

Tampoco desconoce el Tribunal, que las sindicadas señalaron concretamente a una

tercera persona como responsable de la posesión de las sustancias encontradas en su domicilio, de quien suministraron datos concretos sobre su identidad y paradero, lo cual, aunado a las circunstancias señaladas, pudo llevar al funcionario a otorgarle credibilidad al dicho de aquellas y, en consecuencia, a resolver en la forma dispuesta.

Advirtió igualmente en su sentencia que las anteriores consideraciones no significan que los delegados de Fiscalía y Procuraduría se hayan equivocado en sus planteamientos o la decisión del acusado fuese acertada, sino que a partir de la prueba recaudada no se puede inferir en el grado de certeza si el implicado buscaba la impunidad en el caso de las citadas implicadas o si adoptó las determinaciones sin conciencia de su actuar ilícito apuntalado en razones que encontró valederas y que “esta Judicatura encuentra como ‘razonablemente sostenibles’ con fundamento en las consideraciones realizadas en precedencia”.

En ese orden de ideas, concluyó el Tribunal, con apoyo en la doctrina extranjera:

“...se vislumbra una duda insalvable, debiéndose aplicar el IN DUBIO PRO REO, pues si bien pudo existir responsabilidad del procesado, no contamos con los elementos de juicio suficientes para proferir sentencia condenatoria en su contra, con el grado inamovible de la certeza. En este sentido, se podría afirmar incluso que lo más probable es que pretendió favorecer con sus decisiones a las señoras CATAÑO, buscando que su delictuoso proceder escapara a la justicia, pero esta afirmación ‘no tiene por contenido la simple verdad, como ocurre con la certeza, sino que presenta un objeto múltiple, pues tiene por objeto los motivos de mayor entidad y que confluyen a la afirmación, junto con otros motivos de menor importancia, que se apartan de la afirmación’...”.

1. LA IMPUGNACION

El Procurador 79 Judicial Penal impugnó oportunamente la sentencia absolutoria, al mostrar su inconformidad en los siguientes términos:

-Comparte el delegado el planteamiento que acerca de la “suspensión de la detención” de la señora MARTHA LUCERO CATAÑO expuso el Tribunal, pues de haber existido contrariedad entre la decisión adoptada por el justiciable y la normatividad aplicable, fue exclusivamente en el plano formal; principios de orden superior aconsejaban la medida, así no fuera modelo de ortodoxia jurídica, aunque ello no quiere decir que “desde un plano subjetivo la citada decisión...y la resolución de la situación jurídica, carezcan de un inescindible lazo ideológico que las comunica y las integra dentro de un propósito común al que dirigió teleológicamente su comportamiento: lograr la impunidad por la violación a la ley 30 de 1986”.

-No ocurre lo mismo con la valoración de la conducta del procesado de cara al cargo de “prevaricación en que pudo incurrir” al no imponer medida de aseguramiento a las sindicadas MARGARITA y MARTHA LUCERO CATAÑO, pues a diferencia de la postura adoptada por el Tribunal es del criterio que existió un distanciamiento ostensible y deliberado entre el derecho que gobernaba el caso concreto y el que puntualmente aplicó el funcionario.

El delegado encuentra que en la fundamentación teórica de la sentencia recurrida subyace un planteamiento jurídico con el cual no puede identificarse. Se refiere a la afirmación según la cual no era función del Tribunal determinar si la decisión fue adecuada o no y únicamente le correspondía valorar si la misma consultaba criterios lógicos y razonablemente sostenidos, aunque a la postre no merezcan el respaldo de la mayoría o sean desestimados como verdad objetiva, en cita que el Tribunal hizo de un pronunciamiento de la Corte.

En su criterio, el juicio normativo sobre la providencia cuestionada resultaba ineludible,

no sólo porque en el proceso dogmático de construcción de la responsabilidad, en punto del encuadramiento típico, se parte de la manifiesta contrariedad con la ley, sino también porque es labor ligada intrínsecamente a la función del fallador. En palabras de un conocido tratadista “Un acto jurídico, es ilegal o no, pero no puede ser más o menos ilegal”.

En relación con lo anterior, y como quiera que la vulneración de la ley se irrogó de manera indirecta, esto es en la valoración del acervo probatorio, el delegado se refirió a los elementos de juicio de los que disponía el procesado para resolver la situación jurídica de MARGARITA y MARTHA LUCERO CATAÑO, incluida la diligencia de pesaje, identificación preliminar y destrucción de la droga, de los cuales hizo breve síntesis, y a la resolución de la situación jurídica, para sostener que las pruebas aportadas apuntaban a la existencia de un típico caso de flagrancia previsto por el artículo 370 del anterior código de procedimiento penal vigente, y mostraban de manera diáfana la comisión del comportamiento previsto en el artículo 33 de la ley 30 de 1986, modificado por el artículo 17, inciso 3º., de la ley 365 de 1997, en la modalidad de llevar consigo cocaína base más allá de la dosis para uso personal.

Es un hecho incontrovertible para el delegado del Ministerio Público que en la vivienda de las señoras CATAÑO fueron encontradas las drogas y los elementos de que dieron cuenta los miembros de la Policía Nacional. Lo anterior indica que se estaba presentando un delito en el inmueble, lo cual legitimaba la diligencia de allanamiento en uso de la excepción a la estricta reserva judicial.

De aceptar en gracia de discusión que la cocaína no fue encontrada en poder de MARTHA LUCERO CATAÑO, estima que no se desfiguraba la flagrancia, porque al menos se podía atribuirles la “conservación” de la marihuana, en tanto no se puede olvidar que ésta fue hallada en una cocina (o patio) que correspondía a las co-sindicadas, con lo cual era “casi imposible” que no se percataran de su presencia, ya que su

condición de arrendadoras de cuartos les permitía tener control total sobre la vivienda.

Frente a esa evidencia, era imposible para el impugnante ignorar la existencia del requisito mínimo previsto en el artículo 388 del código de procedimiento penal anterior para imponerles medida de aseguramiento, que no podía ser distinta a la detención preventiva.

Agrega que la abrumadora fuerza demostrativa de las pruebas recogidas, con seguridad llevó al procesado ALVAREZ VIVAS a afirmar en su injurada que se le quedaron algunas cosas “entre el tintero”, con lo cual tácitamente estaba reconociendo las notables falencias de su proveído. Entre ellas el delegado destaca la ausencia de valoración de las pruebas de cargo a espaldas de la obligación legal contenida en el artículo 246 ejusdem, especialmente el informe y el testimonio rendidos por el Patrullero FABIO ALBERTO LEON BARBOSA, cuando sin estas pruebas el proceso no existiría por ser el fundamento de la aprehensión de las sindicadas y la causa misma de la incautación de los alcaloides.

Rechaza que se haya basado la decisión en la versión de las inculminadas, sin aquilatar su peso probatorio con las evidencias en contra, ya que si las decisiones judiciales tuvieran como referente único las manifestaciones de los inculcados, el cumplimiento del cometido de establecer la responsabilidad se tornaría imposible.

Tampoco es dable para el recurrente oponer a este argumento “la relacitividad (sic) de las interpretaciones jurídicas...ya que conduciría inexorablemente a la anarquía social y a la deslegitimación de la judicatura”, y si bien reconoce que desentrañar el sentido y alcance de una norma no resulta tarea hermenéutica de fácil logro, no advierte que en este caso exista alguna parcela novedosa u oscura, pues se trató únicamente del ejercicio rutinario de subsunción que no debía exigir mayores esfuerzos a un funcionario de las calidades y experiencia del procesado.

Rechaza, asimismo, la carga laboral, la tensión generada por el trabajo o la carencia de recursos, como pretextos para eludir la responsabilidad.

Le resulta inadmisibles, asimismo, la excusa relativa a la ilegalidad de la diligencia de allanamiento y registro suministrada por ALVAREZ VIVAS en ampliación de la indagatoria, que fue recogida en el fallo impugnado. Afirma que ella permite “llenar, ampliar o complementar los argumentos jurídicos echados de menos en la decisión cuestionada, con el contenido de la injurada -y sus sucesivas ampliaciones-...Se convierte, de contera, en interminable el juicio y traslada un debate histórico ex ante a revivir ex post determinaciones legalmente finiquitadas”.

Agrega que, si el ánimo del fiscal fue excluir ese medio de convicción por su protuberante ilegalidad, no tendría coherencia con la resolución de sustanciación por medio de la cual “suspendió la detención” de MARTHA LUCERO CATAÑO, en donde textualmente dice que “y evaluadas las pruebas realizadas dentro de la presente investigación, se establece que los hechos que aparejan su responsabilidad, dentro del evento previsto por la ley 30 de 1986, debiéndose por lo tanto ordenar su detención hasta tanto se le resuelva su situación jurídica”, dando a entender con ello que si la actuación de la fuerza pública hubiera sido arbitraria estaba en la obligación de restituir desde ese mismo momento los derechos y garantías quebrantados de conformidad con el anterior artículo 383 del código de procedimiento penal, y ordenar copias contra los servidores públicos que cometieron tales desafueros, lo cual no hizo.

Además, si estaba convencido de la ilegalidad del acto, que reclamaba por consiguiente su exclusión, no entiende con qué evidencia infirió el “indicio de presencia” al que alude en la resolución de la situación jurídica.

Para el impugnante, el explicable temor que sintió el imputado de enfrentar la diligencia de indagatoria, resaltado por el Tribunal como justificante de la omisión en que incurrió el

funcionario al guardar silencio sobre la ilegalidad de la prueba de cargo, carece de constatación objetiva. Por contrario, de su experiencia al servicio de la rama judicial y de otras circunstancias, emerge una conclusión adversa, en el entendido de que sus respuestas son el resultado de una “defensa larga y friamente meditada”. No sólo conoce de antemano el objeto de la declaración, sin que cita en su auxilio normas y doctrinas sobre el particular.

Tampoco es de recibo para el delegado oponer el carácter provisional de la resolución cuestionada, en punto de lo cual cita pronunciamiento de esta Sala de marzo 6 de 1984.

Queda claro para el recurrente que la mencionada resolución no se emitió dentro de los límites que admite la autonomía judicial, y la justificación suministrada por el procesado constituye sólo un razonamiento falso para encubrir el desapego a la legalidad. Considera, entonces, que contrarió abierta e inexplicablemente el contenido de las disposiciones procedimentales que reclamaban la imposición de una medida de aseguramiento atendiendo al contenido fáctico probatorio de la investigación, precisamente por desconocimiento de las evidencias de cargo. Por eso busca promover una segunda valoración por parte de la Corte “sobre un incidente particularmente significativo en nuestro quehacer judicial, ya que cuestiona hondamente la capacidad de control del órgano judicial al interior del sistema”, razón que lo lleva a demandar la revocatoria de la sentencia y la condena del procesado.

1. ARGUMENTOS DE LOS NO RECURRENTES

Dentro del término de traslado para los no recurrentes, el procesado y su defensor presentaron alegaciones escritas oponiéndose a las pretensiones del agente del Ministerio Público.

4.1. El defensor solicita a la Corte que declare desierto el recurso, pues el llamado escrito de sustentación no confronta en concreto las razones y argumentos que adujo el Tribunal para absolver al procesado, en punto de lo cual señala que las primeras quince (15) hojas contienen una simple descripción histórica de los hechos materia de juzgamiento con alguna sistematización jurídica de los mismos. A partir de la página 16 el recurrente formula un sinnúmero de preguntas sobre los hechos e intercala breves opiniones personales que constituyen una apreciación genérica de inconformidad con la sentencia y hasta un desacuerdo con las deducciones lógicas y jurídicas, pero que en esencia no pueden tomarse como la oposición técnica de argumentos jurídicos exigidos por la ley para una adecuada sustentación del recurso.

En el evento de que esta primera solicitud sea rechazada, demanda la confirmación de la sentencia, pues estima que el recurrente no logra enervar los planteamientos expuestos por la defensa en la audiencia pública y recogidos por el Tribunal.

En ese orden señala que la resolución de la situación jurídica de MARGARITA y MARTHA LUCERO CATAÑO no es una decisión manifiestamente contraria a la ley, pues cuando la adoptó existían elementos doctrinales bien sustentados que le restaban valor probatorio a la diligencia de allanamiento y registro practicada sin orden judicial y establecían excepciones a la reserva judicial. En apoyo cita pronunciamientos del Juzgado 7º penal del circuito de Manizales y esta Sala de Casación, lo mismo que conceptos de tratadistas nacionales, a los cuales se refirió en la audiencia. Concluye así que la confrontación de los mismos permite declarar la arbitrariedad de dicha diligencia, al menos por ausencia de motivos fundados, porque se procedió con fundamento en el supuesto dicho de una persona que inexplicablemente no fue identificada.

Establecida la nulidad de pleno derecho de la prueba invocada, o su inexistencia, advierte que ésta no requiere de pronunciamiento alguno, como lo consideran los tratadistas BERNAL CUELLAR, MONTEALEGRE LYNETT y MARTINEZ RAVE.

Aparte de lo anterior, sostiene que la doctrina de la Corte le da la razón, pues en pronunciamiento de enero 25 de 1991 dijo que, así la providencia que se reputa manifiestamente contraria a la ley no consigne todas las razones que orientaron al juzgador para su proferimiento, esto es, tenga una motivación incompleta, de ahí no se desprende ilicitud cuando lo decidido tiene apoyo en aquello que se probó y en normas de derecho sustancial.

Pero aún en el evento de admitirse la validez de la diligencia de allanamiento y registro, el análisis integral del registro probatorio a partir de la ineludible presunción de inocencia, permite llegar a la conclusión a la que arribó el fiscal acusado, tal como dejó demostrado en el debate público. Desde esa perspectiva, que apuntala una exégesis razonable en la interpretación del hecho y la responsabilidad de las encartadas, el desacuerdo con la resolución, o su adjetivación como desacertada o desafortunada, debe resolverse a través de los recursos para corregir los humanos errores judiciales.

4.2. El procesado, por su parte, sostiene en principio que el impugnante resulta ambivalente al valorar las decisiones controvertidas, en tanto que acerca de la primera comparte el impecable pronunciamiento del juzgador de instancia, pero disiente de la segunda al buscarle comunicabilidad con aquella en la finalidad buscada: la impunidad.

Esta ambivalencia lleva al acusado a reafirmar lo que sostiene a lo largo del proceso: las dos determinaciones, amén de estar separadas en el tiempo, fueron también distantes en voluntad y razón. En la primera dejó entrever el eventual compromiso de la sindicada en el reato investigado, lo cual no impedía variar el criterio al momento de definir la situación jurídica, máxime cuando en la última decisión apreció la versión de las sindicadas, que empezaron a marcar otros rumbos.

No deja de causar perplejidad al acusado la nueva postura del representante de la

sociedad, al pasar de “su poquísima intervención y argumentación efectuada en la sesión de la audiencia pública...a las manifestaciones de hoy que van adheridas sin lugar a dudas a las argumentaciones y postura incriminatoria de la Fiscal Delegada ante el Tribunal de Cali, con la adición de que hoy el representante del Ministerio Público, toma todos los cuidados y reservas para no debatir las argumentaciones de la defensa”.

Considera, asimismo, que el Procurador no puede desconocer los principios generales del derecho al referirse a su justificación fundamentada en la defensa de la libertad, el principio de humanidad, los derechos de los niños, y la legalidad de la prueba, en los cuales se reafirma en los términos del artículo 230, inciso 2º, de la constitución política, junto con los conceptos de jurisprudencia y doctrina citados en el decurso del proceso. Señala finalmente que la prueba practicada por los policiales fue irregular, como inicialmente lo dijo en su primera intervención procesal, y un análisis más extenso se le quedó en el “tintero”, como lo corrobora el asistente administrativo WILLIAN OTALVARO, quien al declarar denota que en su percepción no estuvo ausente plantear tal irregularidad.

Con fundamento en tales consideraciones, demanda la confirmación de la sentencia recurrida.

1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De conformidad con el artículo 75-3 del nuevo código de procedimiento penal, la Corte es competente para desatar la alzada, en tanto la sentencia de primera instancia fue dictada por un tribunal superior de distrito judicial dentro de un proceso donde aparece involucrado un fiscal delegado ante jueces penales del circuito por delito cometido en ejercicio de sus funciones.

2. En materia penal, de conformidad con el artículo 196B del anterior código de procedimiento penal -modificado por el 27 de la ley 81 de 1993- y 194 del nuevo del nuevo estatuto, el recurso de apelación -como una de las formas de acceder a la instancia superior-, debe ser sustentado por escrito ante el mismo juez que profirió la providencia de cuya inconformidad se trata.

Este recurso ordinario tiene como finalidad que el superior funcional analice la providencia controvertida de cara a los argumentos ofrecidos por el sujeto inconforme, de modo que es de su esencia la fundamentación del mismo, en el entendido que al recurrente le corresponde, como carga procesal, precisar las equivocaciones que en su sentir incurrió el juzgador de primer grado y aportar los argumentos fácticos y jurídicos con los cuales pretende evidenciarlas.

Como viene en juzgarlo la Corte, se trata de un acto trascendente en la composición del rito, ya que no es suficiente que el impugnante declare inconformidad general con el pronunciamiento del juzgador, sino que es imperativo, además, que concrete los aspectos de los que disiente, postulando los argumentos que lo llevan a cuestionar la determinación. Si no sustenta debidamente se declara desierto el recurso y la segunda instancia no se abre a trámite, pues en tal evento el juzgador estaría en imposibilidad de conocer sobre qué aspectos de la providencia se predica el agravio.

Cumplido lo anterior, la impugnación adquiere la característica de convertirse en límite de la competencia del superior, a quien únicamente se le permite revisar los aspectos impugnados (artículo 204 ejusdem).

Se viene en sostener, asimismo, que no existe una forma específica de elaborar la sustentación del recurso; pero debe, con todo, corresponder a una explicación por escrito de los puntos de inconformidad y las razones fácticas o jurídicas que invitan a la reforma o revocatoria de la providencia de primer grado. El método utilizado, o la

simple creencia de la parte no recurrente de que el recurso no fue debidamente sustentado, no son razones suficientes para declararlo desierto, pues para ello resulta necesario establecer que el impugnante acudió a manifestaciones genéricas que no permiten conocer los puntos de desacuerdo y las razones en que los mismos descansan (Cfr. fallo diciembre 3/02, rad. 17701, M.P. doctor Arboleda Ripoll).

En el caso que concita la atención de la Sala, contrario al pensamiento del defensor, y no obstante que se pudiera considerar que la sustentación realizada por el delegado de la procuraduría adolece de algunas falencias, la verdad es que del escrito que la contiene se establece que la impugnación está dirigida concretamente a cuestionar los razonamientos del Tribunal, en punto de lo cual suministra los argumentos respectivos.

Si bien es verdad que el impugnante no aborda de inmediato la censura, resulta claro que la inconformidad apunta a la decisión del Tribunal de absolver al procesado por el cargo relacionado con el proferimiento de la resolución a través de la cual se abstuvo de imponer medida de aseguramiento en contra de las señoras MARGARITA y MARTHA LUCERO CATAÑO, cuando según su criterio contaba con suficientes elementos de juicio para imponer detención preventiva, conducta que interpreta como una manera de buscar la impunidad del delito.

En ese sentido el recurrente presenta puntuales cuestionamientos a la posición del Tribunal. Así estima que existía un indicio grave de responsabilidad con fundamento en pruebas legalmente producidas, y resultaba inexplicable que el acusado eludiera el análisis de las mismas, por lo que estimó ostensiblemente contraria a la ley aquella determinación. Con lo anterior está censurando la posición adoptada por el Tribunal, pues no se puede olvidar, por ejemplo, que los magistrados dieron a entender, en punto del informe y testimonio del patrullero FABIO ALBERTO LEON BARBOSA, que su versión no fue ignorada por el funcionario, pero que en su sentir aparecía desvirtuada por las

informaciones que acerca de su actuación suministraron las sindicadas, lo cual pudo sembrar duda en la mente del procesado y llevarlo a abstenerse de proferir la medida de aseguramiento.

Incluso, en orden a derruir el argumento del Tribunal, en el sentido de que no se podía omitir la explicación del procesado sobre la ilegalidad de la diligencia de allanamiento y registro, el recurrente suministra explicaciones en contrario, principiando por aquella de que el sentenciador convalidó con su postura una especie de reserva mental del procesado en lo atinente a la omisión advertida en la resolución que definió la situación jurídica, en tanto, como se recuerda, éste ninguna alusión hizo en la providencia a irregularidades en el procedimiento policivo.

Bajo ese entendimiento, entonces, la Sala procederá a desatar la alzada, convencida como se encuentra de que el representante del Ministerio público concretó los aspectos de los que disiente, y presentó los argumentos fácticos y jurídicos de su inconformidad con lo decidido por el Tribunal.

3. Al doctor WENCESLAO ALVAREZ VIVAS, por la época de los hechos Fiscal 145 Delegado ante los Juzgados Penales del Circuito de Palmira, se le endilgó en la resolución de acusación la realización del delito innominado previsto en el artículo 39, inciso 1º, de la ley 30 de 1986.

Esta disposición es del siguiente tenor:

“El funcionario empleado público o trabajador oficial encargado de investigar, juzgar o custodiar a personas comprometidas en delitos o contravenciones de que trata el presente estatuto, que procure la impunidad del delito, o la ocultación, alteración o sustracción de los elementos o sustancias decomisados o facilite la evasión de persona capturada, detenida o condenada, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, pérdida del empleo e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo

término”.

El Código Penal del 2000 (ley 599), que pretendió reunir la dispersa legislación penal, no reprodujo dicho artículo, lo cual llevaría a pensar en principio que los hechos por los cuales fue convocado a juicio criminal el doctor ALVAREZ VIVAS perdieron relevancia por no aparecer recogidos por ninguna descripción típica de las previstas en el Capítulo II, Título XIII, Libro II, que trata acerca de los delitos de “tráfico de estupefacientes y otras infracciones”.

A partir de la vigencia del nuevo ordenamiento (25 de julio de 2001), empero, dicha conducta dejó de estar consagrada en norma especial para encontrar acomodo en preceptos generales que tipifican los delitos de prevaricato o fuga de presos, como viene en juzgarlo la Sala en reiterados pronunciamientos (Cfr. autos de septiembre 12/01, abril 9, junio 25, octubre 22 y noviembre 12 de 2002, febrero 18 y mayo 13 de 2003).

En esta última decisión (Rad., segunda instancia 18708, M.P. Dr. Arboleda Ripoll), la Sala expresó sobre el particular:

“Al respecto es necesario recordar que, al pretender ejercer un control más eficaz sobre diferentes manifestaciones delincuenciales a través de la ley 30 de 1986, se quiso regular con mayor rigor conductas que antes de su vigencia pertenecían a la universalidad de comportamientos del servidor oficial, atinentes al doloso incumplimiento de sus funciones; fue así como, a través de la citada ley, se adoptó la fórmula del llamado por algunos prevaricato especial, que cobijó entre otros comportamientos aquel desplegado por el funcionario, empleado público o trabajador oficial, que por acción u omisión procurara la impunidad del delito, o la ocultación, alteración o sustracción de los elementos o sustancias decomisados.

Al expedirse la nueva codificación penal (ley 599 de 2000), tales comportamientos perdieron su especificidad para pasar a constituir circunstancia de agravación punitiva

(artículo 415) de los delitos de prevaricato por acción (artículo 413) y omisión (artículo 414), cuando su realización responda a actuaciones judiciales o administrativas que se adelanten, entre otros, por delitos de narcotráfico.

Ese fue el querer del legislador del 2000, pues en la exposición de motivos que acompañó el proyecto del código penal se dijo expresamente sobre el punto:

‘El artículo 39 de la ley 30 de 1986 sanciona como delito autónomo con pena de prisión de cuatro a doce años, al servidor público o trabajador oficial encargados de investigar, juzgar o custodiar a personas comprometidas en las conductas punibles de que trata la misma, procure su impunidad, o la ocultación o alteración de los elementos decomisados, o facilite la evasión de la persona capturada o detenida; por constituir en esencia delitos de prevaricato o fuga de presos, fueron incluidos como circunstancias agravantes para cada uno de esos delitos, haciéndose extensiva la conducta a otros delitos que por su gravedad conlleva a imponer una pena superior al servidor público’ .(Destaca la Sala).

En la ponencia para primer debate en el Senado de la República al proyecto de ley correspondiente (Cfr. Gaceta del congreso No. 280), se dijo textualmente frente a los delitos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones: ‘Dos de los delitos descritos en la ley 30 de 1986 no fueron incluidos en el título, el 44...y, el artículo 39 que sanciona como delito autónomo comportamientos que se subsumen en su integridad en los tipos penales que describen los punibles de prevaricato o favorecimiento de la fuga de presos, en los que fueron incluidos como agravantes’; y, en punto del delito de prevaricato: ‘Como innovación se encuentra la disposición que crea una circunstancia específica de agravación punitiva, derivada de la actuación judicial o administrativa en la que se realiza la conducta prevaricadora, recogiendo no sólo lo contemplado en la ley 30 de 1986, sino también en la ley 40 de 1993, sino haciéndose extensiva a otros delitos cuya gravedad exige mayor drasticidad para el servidor estatal’.

Ese criterio permaneció inalterable durante el decurso del proyecto, con lo cual no se presta a conjeturas que, al menos en su forma dolosa, tales comportamientos previstos en el artículo 39 de la ley 30 de 1986 no fueron despenalizados, pues se hallan definidos, de acuerdo al querer del codificador, en los delitos de prevaricato o fuga de presos”.

Frente a la nueva normatividad penal, entonces, resulta evidente que la conducta atribuida en el pliego de cargos al doctor ALVAREZ VIVAS no ha perdido su carácter delictivo, pues el comportamiento mediante el cual se procura la impunidad del delito de tráfico de estupefacientes, mediante una decisión abiertamente ilegal, aparece recogido en el precepto general que tipifica el punible de prevaricato por acción (artículo 413), y en el 415 de la ley 599 de 2000 por haberse previsto como circunstancia de agravación la ejecución de la conducta en actuaciones judiciales o administrativas que se adelanten por el delito de narcotráfico, entre otros.

Cabe advertir, sin embargo, que en aplicación del principio de favorabilidad se debe tener en cuenta la norma derogada, en tanto contempla una menor sanción.

4. Se trata de verificar, entonces, si con la finalidad de procurar la impunidad del delito de tráfico de estupefacientes atribuido a las señoras MARTHA LUCERO CATAÑO y MARGARITA CATAÑO, el entonces Fiscal 145 seccional de Palmira profirió una resolución manifiestamente apartada de la norma jurídica aplicable al caso, haciendo prevalecer su capricho a la voluntad de la ley, y si de acuerdo con la información disponible al momento de resolver el asunto estaba en posibilidad real de haber podido ajustarse al precepto normativo por cuya transgresión se le sindicaba.

En la resolución de acusación se imputó al funcionario la realización del delito a consecuencia de haber proferido dos resoluciones dentro del mismo asunto.

-Una de sustanciación de junio 5 de 1998, a través de la cual el doctor WENCESLAO

ALVAREZ VIVAS decretó la suspensión de la “detención” de la capturada MARTHA LUCERO CATAÑO y ordenó su permanencia en su domicilio, en consideración a que “se encuentra como lactante de su hijo RAUL ALBERTO ESPINOSA CATAÑO”, de conformidad con el numeral 2º del artículo 407 del código de procedimiento penal anterior (actualmente artículo 362).

En el pliego de cargos la delegada de la Fiscalía apuntó que el doctor ALVAREZ VIVAS favoreció a la citada procesada, pese a encontrarse seriamente comprometida en la comisión de un delito de tráfico de estupafacientes, “primero, disponiendo su inmediata libertad cuando legalmente no podía hacerlo, habida consideración a que había sido capturada en flagrancia y la cantidad de sustancia incautada, (sic) no permitía contemplar siquiera la posibilidad de una libertad provisional” (fl. 245).

Olvidó, empero, que el acusado no adoptó la determinación con fundamento en el artículo 415 ejusdem (causales de libertad provisional), pues expresamente se refirió a la preceptiva que autorizaba la suspensión de la privación de la libertad cuando “no han transcurrido seis meses desde la fecha en que (la sindicada) dio a luz” (entre paréntesis, fuera de texto).

El acusado no requería explicar su determinación en la prevalencia del derecho de los niños o en razones de tipo humanitario, pues existía norma expresa que le permitía suspender la privación de la libertad, así en ese momento no hubiera proferido medida de aseguramiento, ante el hecho evidente de que la capturada se encontraba lactando a su hijo de un mes y veinte días de nacido, circunstancia que nadie puso en duda.

Resultaba indiferente en ese sentido la cantidad de sustancia decomisada o que la procesada hubiera sido capturada en flagrancia, pues el artículo 407 del anterior estatuto procesal penal no establecía excepción por esos motivos, como erróneamente se sostuvo en la resolución de acusación.

Si bien la preceptiva aparecía titulada como “suspensión de la detención preventiva”, de lo cual se podría llegar a colegir que su aplicación no tiene cabida antes de adoptar la providencia definitoria de la situación jurídica, es lo cierto que una interpretación teleológica permite entender que opera en el momento en que uno de los supuestos fácticos que allí se recogen resulte objetivamente establecido en la actuación.

Al efecto, no puede perderse de vista que la posibilidad de suspender la privación de la libertad en los casos previstos por la disposición en comento, desarrolla el principio rector consagrado en el artículo 3º del anterior código de procedimiento penal (artículo 1º actual), según el cual toda persona a quien se atribuya la comisión de un hecho punible tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Esto obedece a un propósito profundamente humanitario de sustraer del rigor de los centros de reclusión al anciano respecto del cual la suspensión de la privación de la libertad se torne aconsejable tras evaluar su personalidad y la naturaleza y modalidades del hecho punible; a la mujer próxima a dar a luz o que lo hubiere hecho recientemente; y, al enfermo grave.

En tal medida, resultaría contrario a la dignidad humana que, en circunstancias especiales y una vez establecido el supuesto fáctico que permite la suspensión de la privación de la libertad, el procesado deba permanecer recluido a la espera de que su situación jurídica sea resuelta, y no en el seno de su hogar, clínica u hospital o establecimiento geriátrico, donde podría recibir la atención requerida a su situación de vejez, estado de salud o de maternidad, especialmente en este último evento cuando el rigor y condiciones de la cárcel no sólo afectan a la procesada sino también al nasciturus o lactante, según el caso.

Entonces, si la finalidad de la disposición consiste en preservar la dignidad de la persona humana, ningún sentido tiene que se condicione su aplicación únicamente a los

privados de la libertad que se encuentren formalmente afectados con medida de aseguramiento de detención preventiva, y no se amplíe a los casos de aquellos capturados que se hallan a la espera de que el funcionario judicial les defina provisionalmente la situación jurídica, pese a haberse establecido objetivamente que se encuentran en circunstancias especiales que dan lugar a la suspensión.

Una interpretación restrictiva daría lugar a absurdos tales, como que aquel enfermo terminal que ha sido capturado por la realización de una conducta definida como delito, deba permanecer en dicha situación, muchas veces en condiciones inhumanas, hasta tanto el fiscal lo escuche en indagatoria y le defina la situación. Esta demora, no sólo resultaría opuesta a la finalidad del precepto, sino que podría acarrear efectos nocivos, muchas veces irreparables, para el anciano, el enfermo, o la madre delincuentes, y la criatura que está por nacer o aquella que ha nacido recientemente, que se vería de hecho castigada por el comportamiento ilícito llevado a cabo por su madre.

No resulta, por tanto, contrario a la finalidad para la cual fue establecida la medida, que una vez satisfechos, eso sí con toda estrictez, los presupuestos de ley, el instructor proceda a suspender la privación de la libertad de aquellos capturados, que aun no se encuentran formalmente detenidos, en orden a determinar que permanezcan en el domicilio, clínica u hospital, atendiendo a la situación de cada cual, bajo el compromiso de permanecer en el lugar, no cambiar de domicilio sin previa autorización y presentarse ante el mismo funcionario cuando sea requerido.

Con ese mismo criterio, el nuevo código de procedimiento penal (ley 600 de 2000), introdujo una modificación que no parece adjetiva. En efecto, la preceptiva contenida en el artículo 362 únicamente aparece con el título de “suspensión”, sin distinción alguna, aclarando de esta manera la confusa redacción del artículo 407 del decreto 2700 de 1991, para dar a entender que opera en todos los casos de privación

de la libertad. Así, independientemente de que se haya adoptado o no medida de aseguramiento de detención preventiva, el funcionario judicial debe considerar la suspensión de la privación de la libertad del procesado que se encuentre en las especiales circunstancias personales previstas en la norma.

Desde luego, la adopción de una medida de carácter excepcional, opera en casos extremos y requiere del instructor, especialmente cuando procede antes de definir la situación jurídica, que sea cauteloso al momento de evaluar los presupuestos requeridos y atento en vigilar el cumplimiento de las obligaciones que debe cumplir el procesado. Máxime cuando su destinatario es persona mayor de sesenta y cinco (65) años, en cuyo evento corresponde al funcionario analizar la concurrencia de factores subjetivos, como la personalidad, y la naturaleza y modalidades del hecho punible.

Estas aclaraciones resultan pertinentes para el evento sub examine, así el tema no haya sido motivo expreso del recurso de apelación que ahora desata la Sala, con el fin de señalar que lo único que el fiscal acusado hizo al suspender la privación de la libertad de la capturada, fue cumplir con el deber de interpretar racionalmente una disposición de derecho público vigente, y por tanto de obligatorio acatamiento. De ninguna manera se puede afirmar, entonces, que con la torcida pretensión de buscar la impunidad del delito endilgado a MARTHA LUCERO CATAÑO profirió resolución manifiestamente contraria al ordenamiento.

El Tribunal, pese a la inequívoca conclusión a la que se arriba al examinar la conducta del procesado ALVAREZ VIVAS respecto de esta primera resolución, sostiene que se trata de una interpretación que “no resulta descabellada” y, además, que no se “cuenta con las pruebas que le permitan pregonar de manera definitiva que las decisiones proferidas” buscaban la impunidad del delito atribuido a las sindicadas. Sin embargo, ha de insistir la Sala, en que la decisión de suspender la privación de la libertad de MARTHA LUCERO CATAÑO se ajusta por completo al mandato del citado artículo y era imperativo

para el funcionario, mas no potestativo como se cree, adoptarla.

El impugnante comparte el planteamiento del a quo, dejando entrever que de haber existido alguna contrariedad entre la decisión y la normatividad fue en el plano formal, lo cual como se dijo no es verdad.

El desacierto no tendría ninguna relevancia, pues al fin y al cabo la censura del delegado no versa sobre esa resolución, si no fuera por que el recurrente encuentra que la misma guarda estrecha relación con la resolución de la situación jurídica, en orden a señalar que se integran dentro del propósito común de lograr la impunidad del delito.

La Sala no puede menos que mostrar su extrañeza con ese planteamiento, pues una decisión no puede ser legal y al mismo tiempo constituir indicio del comportamiento delictivo del sindicado.

De aceptar la tesis del recurrente tendría necesariamente que convenir que de la única manera que el procesado habría podido librarse de la imputación era no adoptando la determinación a la que estaba obligado legalmente. Entonces, muy seguramente, se lo estaría censurando hoy, no por haberla proferido, sino por no hacerlo, esto es por negar la suspensión de la privación de la libertad de la capturada, cuando era evidente que se satisfacían los presupuestos de la citada preceptiva.

-Una segunda decisión que se tuvo en cuenta en el pliego de cargos es aquella por medio de la cual el procesado, en su condición de Fiscal 145 seccional de Palmira, se abstuvo de proferir medida de aseguramiento en contra de las indagadas MARTHA LUCERO CATAÑO y MARGARITA CATAÑO al considerar que no se reunían los presupuestos exigidos por el artículo 388 del código de procedimiento penal.

En la resolución de acusación, y ahora por parte del recurrente, se afirma que al adoptar la decisión el procesado se apartó en forma ostensible del ordenamiento jurídico, con el

deliberado fin de buscar la impunidad del delito atribuido a las citadas señoras CATAÑO. Se concreta el cargo en el hecho de haber ignorado por completo la prueba de cargo (informe de retención, acta de allanamiento y registro, testimonio del patrullero FABIO ALBERTO LEON BARBOSA y diligencia de pesaje, identificación preliminar y destrucción de la sustancia incautada).

Para el Tribunal, sin embargo, no es que los delegados de la Fiscalía y Procuraduría se hayan equivocado en su planteamiento acerca de la existencia de al menos un indicio grave para dictar medida de aseguramiento en ese caso. Preciso que “no se puede inferir con el grado de certeza que reclama nuestra Ley Procedimental en materia Penal, cuál de las dos hipótesis fue la que se dio, vale decir, si como lo sostienen...con su determinación el Funcionario implicado buscaba la impunidad para el proceder de las Señoras CATAÑO, o si, por el contrario, tomó las determinaciones cuestionada sin tener conciencia de su actuar ilícito”, apuntalado en razones que estimó valederas “y que esta Judicatura encuentra como ‘razonablemente sostenibles’....”

El Tribunal yerra al arribar a esta conclusión, pues no es correcto sostener que los argumentos que sirvieron para adoptar la decisión controvertida se encuentran dentro del ámbito de lo razonable. Con ello da a entender que la conducta delictiva se desintegra finalmente por no ser manifiestamente contraria a la ley. Sin embargo, al mismo tiempo asegura que los delegados de Procuraduría y Fiscalía tenían razón, en cuanto a que el comportamiento sí fue ostensiblemente contrario al ordenamiento, pero que no tenía conciencia de su actuar ilícito.

Si el servidor público, en ejercicio de sus funciones oficialmente discernidas, profiere resolución que no resulta ostensiblemente contraria a la norma jurídica aplicable al caso, pues se ubica dentro de lo razonable, es decir dentro de los más amplios marcos del derecho vigente, simplemente el delito no alcanza a configurarse por la inexistencia de uno de sus elementos constitutivos. Si es así, no hay necesidad de plantear si el funcionario

tenía o no conocimiento acerca del carácter delictivo del comportamiento.

Se trata de dos partes distintas de un mismo concepto, la tipicidad, que en el caso del llamado prevaricato especial que nos ocupa, su realización, y por supuesto su trascendencia social y jurídica, aparte de la demostración de una finalidad específica (pretender la impunidad de un delito de tráfico de estupefacientes), encuentra comprobación por medio del examen entre el mandato legal contenido en las disposiciones aplicables al caso y la decisión del funcionario. También con la acreditación de si éste, de acuerdo con la información disponible al momento de resolver el asunto, contaba con la posibilidad real de haber podido ajustarse al precepto normativo por cuya transgresión se le sindicaba, y, por tanto, si tenía conocimiento del carácter delictivo del comportamiento y, a pesar de ello, voluntariamente optó por realizar la conducta prohibida, como así viene en juzgarlo la Sala (Cfr. Sentencia de febrero 18 de 2003, Rad. 16262).

Para esta Colegiatura, tras el examen del material recaudado, no había necesidad de llegar a plantear en este caso si el procesado actuó o no con el dolo exigido por la figura, pues en su concepto la determinación adoptada por el funcionario, así haya sido equivocada o sea desestimada como verdad objetiva, no resulta manifiestamente contraria a la preceptiva que establecía los requisitos sustanciales para proferir medida de aseguramiento (artículo 388 del anterior código de procedimiento penal).

No debe olvidarse que en orden a la realización de la conducta, como tantas veces lo ha dicho la Corte, no basta la simple disparidad con el ordenamiento jurídico, pues de atender el sentido literal del texto, es menester que la contradicción sea de tal modo ostensible que no quepa la menor duda de que la decisión obedece a la pura arbitrariedad del funcionario. Lo anterior, en orden a señalar que no asiste razón al impugnante cuando da a entender que el planteamiento del Tribunal resulta equivocado, en cuanto sostiene que no le correspondía hacer las veces de segunda instancia para determinar si el fiscal acertó o no en la decisión. En efecto, ello es cierto bajo el entendido de que los

yerros en que puede incurrir el funcionario en la interpretación de la ley o la valoración del material probatorio deben corregirse a través de los instrumentos previstos en el ordenamiento, sin que por ello puede derivarse responsabilidad penal. Si fuera así, cada vez que el funcionario de segundo grado revoca una decisión por alguno de esos motivos, lo cual sucede a menudo, habría que investigar penalmente al funcionario que la profirió.

Pues bien, descendiendo al asunto que nos ocupa, el artículo 388 citado, que junto con el artículo 254 ejusdem constituyen el marco normativo que debía tener en cuenta el funcionario acusado al momento de resolver la situación jurídica, dispone que son “medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso”.

Cuando el procesado definió la situación jurídica de las indagadas MARTHA LUCERO CATAÑO y MARGARITA CATAÑO, ciertamente contaba con el informe de retención, el acta de allanamiento y registro, la declaración del patrullero FABIO ALBERTO LEON BARBOSA y el acta de reconocimiento y pesaje de la droga incautada. Estos medios de prueba señalaban que ellas, y particularmente MARTHA LUCERO CATAÑO, fueron capturadas en posesión de 431,1 gramos de sustancia a base de cocaína y 1.812, 2 gramos de marihuana, con destino a su distribución o venta.

Aisladamente considerados esos medios de prueba, ninguna duda cabría de la decisión que debía adoptar el funcionario acusado, pues con suficiencia se indicaba que al menos la última de las mencionadas había sido sorprendida en flagrancia respecto a la posesión de la sustancia. Así, hasta ese momento habría fundamento para dictar medida de aseguramiento por la comisión del delito definido en el artículo 33 de la ley 30 de 1986.

El doctor ALVAREZ VIVAS, empero, tuvo en cuenta para definir la situación provisional de las sindicadas, principalmente la versión que éstas suministraron en sus indagatorias, quienes fueron puntuales en tres aspectos que por su importancia no podían pasar desapercibidos:

a) Que el inmueble donde se produjo el hallazgo de las sustancias correspondía a un inquilinato, donde a más de ellas residían otras personas;

b) Que las sustancias incautadas no fueron encontradas en poder de MARTHA LUCERO CATAÑO, ni en la pieza que ella ocupaba como vivienda junto con su hijo, pues la sustancia a base de cocaína fue hallada en el pequeño apartamento que dentro del inmueble ocupaban el sujeto JHON JADER o JHON JAIRÓ y su compañera MARISOL, de quienes las procesadas suministraron datos concretos, incluso el de ser dueños de un expendio de licores denominado “VENTA DE LICORES 24 HORAS” ubicado en la carrera 24 con calle 26 o 26ª de Palmira; y la marihuana debajo de unas escaleras aledañas a dicho apartamento, dando a entender con ello que les pertenecía a tales inquilinos.

c) Que los policiales sindicaron falsamente a MARTHA LUCERO CATAÑO debido a que MARGARITA CATAÑO DE MORALES les reclamó sobre un revólver de propiedad de otro inquilino que oficia de celador y una suma de dinero que era el producto del alquiler de las piezas, de los cuales se habrían apropiado los agentes según se pudo percatar la menor ISABEL CENEIDA GUZMAN, quien se encontraba ese día en el inmueble. También que el patrullero que rindió el informe la maltrató, pegándole con la cacha del revólver de dotación, ante su reclamo.

El funcionario sostuvo de manera concreta en la providencia aludida, que si bien del informe de los policiales se podía deducir un indicio de presencia en contra de las sindicadas, no necesariamente indicaba que la droga les pertenecía, pues la casa era

habitaba por otras personas, y resultaba atendible la “información que el personaje (se refiere al inquilino JHON JAIRO) señalado por las sindicadas como aquella persona que comercializaba con la droga se hubiere ausentado de inmediato, haciendo recaer una actitud sospechosa que...obliga a ahondar sobre su real permanencia en la casa de marras...tanto más cuando la primera de ellas ha efectuado el señalamiento directo bajo los preceptos del artículo 357 del C. de P.Penal, de corresponder los elementos decomisados a JHON JAIRO y a su compañera MARISOL, razones que determinan a este Despacho Fiscal a abstenerse del decreto de la medida de Aseguramiento”.

Consecuente con los anteriores planteamientos, el funcionario dispuso a continuación, bajo el título de “otras consideraciones”, la práctica de pruebas tendientes a verificar los datos suministrados por las sindicadas respecto a la propiedad de la sustancia y el motivo que pudo llevar a los policiales a involucrarlas en la comisión del delito. Eso mismo fue ratificado en la parte resolutive (numeral 3º) -fls. 38, 39 y 40-.

Tal proceder del sindicado, así se tilde su providencia de insuficiente, no resulta manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico que estaba obligado a observar.

Para comenzar, no es cierto como se afirma por el impugnante, que el acusado haya ignorado por completo la prueba de cargo. Concretamente dedujo de ella un indicio de presencia y dio a entender, además, que el testimonio de los agentes carecía de mérito persuasivo frente a las puntuales afirmaciones de las inculadas, al punto de ordenar pruebas en orden a corroborar las graves imputaciones que hicieron en sus indagatorias.

De otra manera no se explicaría cómo después de resumir la información suministrada por los uniformados y el dicho de las sindicadas, haya iniciado la parte considerativa afirmando que de “dicha circunstancia se erige entonces un indicio de presencia...”, y a continuación sostener que “Desde luego que se ha controvertido el testimonio con los

de los (sic) Agentes que por cierto nada manifiestan sobre el libro de anotaciones de los arriendos que vendrían a dar veracidad a lo afirmado por ellos en cuanto a la ocupación de la casa por otras personas”.

Pero más allá, cuando el funcionario aseguró que las exculpaciones de las indagadas resultaban atendibles, fundamentalmente por haber individualizado a los verdaderos dueños de la sustancia, en el fondo estaba dando a entender que la información suministrada por los uniformados que practicaron la diligencia no resultaba creíble en ese momento. Esta estimación, como bien lo advirtió el Tribunal en la sentencia, se extendía a toda la prueba de cargo, pues al fin y al cabo la misma (informe, acta de allanamiento y testimonio de LEON BARBOSA) se encontraba apoyada en la actuación de los policiales, de quien sin lugar a dudas el fiscal sospechaba por lo que habían dicho las sindicadas al concretar el motivo que tuvieron para falsear la verdad.

Independientemente del mérito persuasivo que se podía asignar a la versión de las implicadas, entonces, el funcionario no ignoró la prueba de cargo, así solo brevemente se haya referido a ella, pues al dar crédito a aquélla indirectamente estaba restándole valor a ésta. La disyuntiva consistía en ese momento en escoger entre una y otra de las versiones en orden a definir la situación jurídica. En otras palabras, no podía el fiscal instructor dar crédito a la información de los agentes y al mismo tiempo sostener que las exculpaciones de las sindicadas resultaban atendibles, pues acerca de la posesión de la sustancia estupefaciente, que nadie niega fue encontrada en la residencia, las posturas eran diametralmente opuestas.

El funcionario optó por creer a las sindicadas, dejando abierta la posibilidad de ahondar, en desarrollo de la investigación, sobre las puntuales afirmaciones que ellas hicieron en sus injuradas, no solo respecto de los verdaderos dueños de la sustancia sino sobre el motivo que llevó a los agentes a proceder en su contra. Esto descarta de contera que la finalidad del funcionario haya sido buscar la impunidad del delito, pues de

avanzarse en la investigación con la práctica de las pruebas que se dispusieron en la misma providencia, se abría la posibilidad de confrontar sus dichos, y eventualmente corregir el rumbo de la instrucción hacia el proferimiento de una resolución adversa a las procesadas.

La decisión proferida por el doctor ALVAREZ VIVAS, atendidos los señalados antecedentes, no resulta contraria al ordenamiento en los términos de evidente, ostensible o manifiesta que reclama la conducta por la cual se dictó en su contra el pliego de cargos. Menos se aprecia que con su proferimiento haya quedado demostrada la finalidad proterva de desviar el curso de la investigación hacia la ausencia de una recriminación penal por el comportamiento desplegado por aquéllas.

No basta, entonces, con manifestar que la prueba de cargo estaba allí, y no podía ser desconocida por el funcionario acusado, o que sin “estos elementos de juicio el mismo proceso no existiría porque era el fundamento de la aprehensión de las sindicadas y la causa misma de la incautación de los alcaloides”, como asegura el impugnante. Con ese mismo razonamiento se podría llegar a sostener que bastaba que el informe de retención, el acta de allanamiento y el testimonio del uniformado, obraran materialmente para que pudiera prescindirse de las injuradas de las inculadas, con lo cual se llegaría a la inevitable conclusión de que sus explicaciones sobraban. Tal enfoque resultaría palmariamente equivocado y violatorio del derecho de contradicción.

No se trata aquí de decidir si asistía o no la razón al fiscal cuando le dio crédito a la versión de las sindicadas, con exclusión de la sindicación proveniente de los policiales, sino de averiguar si al adoptar tal determinación, procedió completamente a espaldas de la realidad que emergía del plenario, lo cual no se muestra evidente.

Y no se muestra evidente por cuanto las explicaciones dadas por las sindicadas, no

podían resultar indiferentes. De hecho no lo fueron para el fiscal acusado, quien atendiendo a su contenido se decidió por la opción que consideró más adecuada en ese momento, sin cerrar la posibilidad de dictar posteriormente una medida adversa en el caso de llegarse a infirmar sus asertos con base en las pruebas que inmediatamente decretó. Esa decisión, así no se comparta por la judicatura, no evidencia manifiesto distanciamiento de la ley, como en sentido contrario se sostiene por el impugnante.

Las procesadas, por lo demás, no suministraron explicaciones vacías en contenido. Al contrario, hicieron señalamientos puntuales, que si bien requerían de posterior verificación, como así se dispuso en la providencia, no podían ser ignorados con la excusa de que el dicho de los agentes constituía prueba incontrovertible e indiscutible de la captura en flagrancia de las sindicadas.

La versión de las sindicadas creaba desconfianza sobre la prueba de cargo, pues no sólo refirieron el motivo por el cual los agentes pudieron falsear la verdad de lo ocurrido, sino que entregaron datos concretos sobre la individualización de las personas a quienes atribuían la propiedad de la sustancia. Explicaron que el inmueble por ellas ocupado era en realidad un inquilinato, donde residían varias personas, cualquiera de las cuales podía ser la responsable de la tenencia del alcaide.

Y ello fue plasmado por el fiscal en la resolución, así lo haya hecho de manera desordenada. Esto último quizá si pueda encontrar explicación en la carga laboral que lo agobiaba y la falta de apoyo logístico, pues contaba apenas con un auxiliar, siendo posible que en tales circunstancias haya tenido dificultades para estructurar una bien conformada providencia.

Es verdad, de otro lado, que el fiscal dedujo un indicio de presencia, pero éste, aisladamente considerado, no produce mayor convicción, pues hasta ese momento se había establecido, incluso por información de los propios policiales, que el inmueble

donde se encontró la sustancia estupefaciente correspondía a una casa de inquilinato, con lo cual quedaba abierta la posibilidad de que cualquiera de los habitantes podía ser su propietario, como ya se dijo.

El recurrente razona equivocadamente cuando asegura que aunque se aceptara, en gracia de discusión, que la droga no fue encontrada en poder de MARTHA LUCERO CATAÑO, no se descarta la flagrancia, por cuanto a ellas se podía atribuir el delito previsto en el artículo 33 de la ley 30 de 1986 al menos en la modalidad de “conservación” de la marihuana, pues la yerba fue encontrada en “una cocina (o patio) que correspondía a las señoras CATAÑO propietarias o poseedoras del inmueble”.

El informe y acta de allanamiento, sin embargo, hablan de que el recipiente de cartón que contenía la marihuana fue encontrado en el patio, debajo de unas escaleras. Con ello se corrobora el dicho de MARTHA LUCERO CATAÑO, quien aseveró que la “encontraron debajo de un mesón que queda debajo de las escaleras” (fl. 17) y que hace las veces de “cocina del apartamento” ocupado por el sujeto JHON JAIRO N., y su compañera MARISOL.

En tales condiciones, la posibilidad de que esta pareja fuera la propietaria de la sustancia no podía ser descartada en ese momento, y no por ocupar la residencia o ser una de las sindicadas la propietaria o poseedora del inquilinato, se podía hablar de captura en flagrancia respecto a la conservación de la marihuana.

Siguiendo con el análisis del caso, la información de los policiales, presenta algunas inconsistencias, que bien pudieron influir en el ánimo del funcionario al otorgar mérito persuasivo a la versión exculpatoria de las sindicadas, que así no se hayan consignado en la providencia de manera concreta, no podían resultar indiferentes. Así debe apreciarse, por ejemplo, el hecho de que éstos no hubiesen capturado o al menos identificado al sujeto que, según afirman, compró la papeleta de basuco, siendo este el motivo de

urgencia que adujeron para ingresar a esas horas de la noche en el inmueble. También que dieran a entender en principio que el tarro que contenía el basuco fue encontrado a MARTHA LUCERO CATAÑO, para después asegurar el Patrullero FABIO ALBERTO LEON BASBOSA que se halló en “la habitación del fondo, sobre una cama donde dormían unos niños”. (fl. 7).

La Sala no está afirmando con ello que la decisión adoptada por el acusado era la más acertada; simplemente que la determinación no resulta completamente extraña al acontecer fáctico, pues tuvo básicamente como fundamento las exculpaciones de las implicadas. Estas, dada su uniformidad y concreción, no podían ser ignoradas en ese momento con el argumento de que la información proveniente de los uniformados que participaron en el operativo bastaba para dictar medida de aseguramiento, y cuando, asimismo, detalles como los señalados, no dejaban de despertar alguna inquietud sobre la veracidad de la incriminación.

No se podría afirmar, de otra parte, que el funcionario al proferir aquella resolución pretendía que el delito de tráfico de estupefacientes quedara en la impunidad.

Si bien es cierto que la prevaricación no se desintegra por razón del carácter provisional de la medida dispuesta, no se puede ignorar que la figura especial que concita la atención de la Sala exige la demostración de que el funcionario haya procurado “la impunidad del delito”, que fue el cargo específico que se dedujo en la resolución de acusación al doctor ALVAREZ VIVAS.

El carácter provisional de la resolución implica mayor esfuerzo del juzgador por desentrañar aquella finalidad que si la decisión fuera definitiva, pues no habría duda que con base en el material probatorio existente hasta ese momento el funcionario no habría podido precluir, por ejemplo, la instrucción; determinación que de haberse

adoptado no dejaba duda de su pretensión de buscar la impunidad del delito.

En ese sentido, dígase que la resolución por medio de la cual el acusado resolvió la situación jurídica debía analizarse en toda su extensión, en orden a desentrañar si dicha finalidad estaba presente. No basta con sostener que la prueba de cargo indicaba la necesidad de imponer medida de aseguramiento a las sindicadas, sin tener en cuenta que el funcionario fue consecuente con su postura de creer en la versión de las indagadas, con prescindencia en ese momento de la información suministrada por los uniformados, al decretar pruebas específicas tendientes a corroborar o desvirtuar sus exculpaciones.

Esa actitud del acusado desvirtúa por completo que pretendiera dejar sin castigo el ilícito atribuido a las sindicadas, máxime si se observa -punto tercero de la parte resolutive- que empleó términos perentorios para ordenar la practica de las pruebas. Así dijo: “Cítese de INMEDIATO a los señores...” o “Líbrese COMISION DE TRABAJO AL C.T.I....URGENTE”. Con esto estaba dando a entender su preocupación por que el caso, a partir de la información concreta que suministraron las implicadas, se esclareciera lo más pronto posible, de modo que si la versión de ellas resultaba desvirtuada, la investigación podía tomar otro rumbo.

A pesar de la importancia que el fiscal acusado dio a la practica de esas pruebas, al impugnante no le merece ningún comentario esta determinación que forma parte integrante de la resolución cuestionada y constituye evidencia en contrario de que aquél procurara la impunidad.

Tampoco llamó su atención que el fiscal ALVAREZ VIVAS dispusiera en la resolución de apertura de la investigación la vinculación de MARGARITA CATAÑO DE MORALES, quien no fuera puesta a su disposición por los uniformados, con lo cual dio pasos concretos en orden a integrar la instrucción con las posibles responsables del delito. De haber pretendido dejar sin castigo a dicha implicada le hubiera bastado con guardar silencio al

respecto, si se toma en cuenta que los datos sobre su participación en el reato apenas resultaban en esos momentos fragmentarios.

De manera que, analizada en conjunto la actuación del procesado, no resulta cierta la finalidad que se le atribuye al proferir la resolución de junio 10 de 1998.

Deliberadamente la Sala dejó para lo último el planteamiento acerca de la supuesta ilegalidad del procedimiento adelantado por los uniformados, que fue motivo de amplio debate en la audiencia de juzgamiento, y, asimismo, supuesto de la sentencia adoptada por el Tribunal.

No hay duda que sobre el punto se ha hecho un juicio ex post, que resulta innecesario en torno a la definición del caso, pues la verdad es que al momento de definir la situación jurídica, e incluso antes, el funcionario acusado no se planteó siquiera la posibilidad de que aquella actuación fuera irregular. De haberlo hecho habría procedido inmediatamente a restaurar los derechos conculcados a la capturada y adoptado los correctivos del caso. Nada de esto hizo, se repite, y por el contrario en la citada resolución partió de considerar su legalidad. Otra cosa es que haya desestimado la versión de los uniformados con fundamento en la antagónica de las sindicadas, lo cual hace relación a la fuerza persuasiva de aquella prueba, que no a su validez.

Por manera que, independientemente de la creencia que pudiera tenerse de la legalidad o ilegalidad de la actuación de los uniformados, y así el imputado en su indagatoria, y aún después, haya tocado el tema, resulta indiferente para la definición del asunto, si se toma en cuenta, en primer lugar, que el doctor ALVAREZ VIVAS no se cuestionó nada al respecto en ese momento, y en segundo lugar, principalmente, porque su decisión, así haya sido equivocada, no califica como ostensiblemente contraria al ordenamiento, como se dejó visto, ni menos se puede válidamente afirmar que al proferirla haya procurado dejar sin castigo el caso sometido a su definición.

Bajo las anteriores motivaciones, entonces, la Sala impartirá confirmación a la sentencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Confirmar la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante la cual absolvió al doctor WENCESLAO ALVAREZ VIVAS del cargo formulado por el delito innominado previsto en el artículo 39 de la ley 30 de 1986.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

YESID RAMIREZ BASTIDAS

HERMAN GALAN CASTELLANOS CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

JORGE A. GOMEZ GALLEGO EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Comisión de servicio

ALVARO O. PEREZ PINZON MARINA PULIDO
DE BARON

JORGE L. QUINTERO MILANES MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria