

Proceso No 22657

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aprobado Acta No. 79

Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil cuatro (2.004).

VISTOS:

Resuelve la Corte el recurso de apelación interpuesto por el procesado MANUEL ANTONIO SARAY GUTIÉRREZ y su defensor, contra el fallo emitido el 26 de abril de 2004 por el Tribunal Superior de Bogotá, en el cual lo condenó a la pena principal de cuarenta y dos (42) meses de prisión, al pago de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, lo inhabilitó para el ejercicio de derechos y funciones públicas por seis (6) años, le negó el mecanismo sustitutivo de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y sustituyó la pena privativa de la libertad por la prisión domiciliaria, al hallarlo autor responsable de la conducta punible de prevaricato por acción.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

El 13 de noviembre de 2001, el doctor MANUEL ANTONIO SARAY GUTIÉRREZ en su condición de Fiscal 266 Seccional de la Unidad Segunda de Seguridad Pública de esta ciudad, dentro del proceso penal 594563 se abstuvo de imponer medida de aseguramiento de detención preventiva a Claudia Marcela Sepúlveda, mujer que fuera

aprehendida en el aeropuerto El Dorado por llevar dentro de su equipaje de mano 796.7 gramos de cocaína, decisión sobre la cual llamó la atención el encargado de calificar sus servicios -factor calidad- por los fundamentos tenidos en cuenta para su adopción, la expedición por el mismo funcionario de la orden de libertad y el tránsito demorado del expediente a la secretaría.

Con fundamento en la comunicación del 8 de junio de 2002 suscrita por el Fiscal 32 Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá y sus anexos, el 5 de julio de 2002 una Fiscal Delegada ante esa Corporación dispuso la apertura de instrucción contra el doctor SARAY GUTIÉRREZ, los días 18 del mismo mes y 20 de agosto lo oyó en indagatoria y el 28 siguiente le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva con beneficio de excarcelación, por el delito de prevaricato por acción agravado.

Luego de ordenadas y practicadas las pruebas solicitadas y las decretadas de oficio, el 19 de noviembre de 2002 reconoció como parte civil a la nación -Consejo Superior de la Judicatura-, el 6 de marzo de 2003 clausuró el ciclo investigativo y el 30 de abril del mismo año, la Fiscal Delegada acusó formalmente al doctor MANUEL ANTONIO SARAY GUTIÉRREZ de la misma conducta punible por la cual le había resuelto su situación jurídica.

Ejecutoriada la acusación el juzgamiento lo asumió el Tribunal Superior de esta ciudad, Colegiado que en la audiencia preparatoria negó y dispuso pruebas a petición de parte, en la vista pública recaudó algunas de las ordenadas de oficio, luego de lo cual procedió a dictar el fallo en el sentido anteriormente enunciado y objeto de la impugnación ordinaria.

LA SENTENCIA IMPUGNADA:

El tribunal juzgó estructurada materialmente la conducta imputada al acusado, por considerar que se reunían los requisitos para que hubiese dictado medida de

aseguramiento contra Claudia Marcela Sepúlveda, con la inicial advertencia que los indicios no son la única prueba que hacen procedente a la medida cautelar.

Con ese fin, señaló que la implicada fue capturada en situación de flagrancia cuya naturaleza es objetiva, que el informe policivo además de dar cuenta del hallazgo de la droga se refería al comportamiento observado en la mujer y que las manifestaciones de ésta por no ser convincentes configuraban el indicio de mala justificación.

De la primera con apoyo jurisprudencial negó que fuera también de carácter subjetivo; del segundo aludió a su autenticidad por su procedencia y la condición de quien lo suscribe, estimó implícito el juramento por el deber de informar y de hacerlo con la verdad que asiste al servidor público, para concluir que reunía todos los requisitos del artículo 319 de la ley 600 de 2000; y de la tercera expresó que su versión no era atendible por la clase de equipaje -de mano- que llevaba, el material del mismo que hacía imposible que no hubiera percatado del peso de la droga y la omisión en ofrecer datos distintos al nombre de la persona que le encargó llevarla y de quien la recibió.

Asimismo agregó que era inadmisibile que viajara a Madrid con 130 dólares sin conocer a dónde iba a llegar y con quién iba a trabajar, calificó como inaceptable que una dependiente de una cafetería contara con el dinero para costear el pasaje de Claudia Marcela y apreció la tenencia del tiquete de regreso como contradictoria con su intención de quedarse en esa ciudad, circunstancias que en su conjunto permitían entrever que estaba faltando a la verdad.

Tampoco aceptó las explicaciones del procesado cuando dijo que aquella pudo haber sido utilizada de “gancho ciego”, pues las mulas son conscientes de su actividad y los delincuentes se aseguran que los correos cumplan con su objetivo.

Por lo demás, -acotó- la medida de aseguramiento no está supeditada a la plena prueba de los tres elementos que integran la conducta punible, así imponga en su

adopción la necesidad de adelantar juicios de valor.

En la sentencia para establecer el elemento subjetivo del ilícito penal se parte del supuesto que solo admite el dolo, lo cual implicaba que el doctor SARAY GUTIÉRREZ conociera y comprendiera el contenido del artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, con la aclaración que no se refiere a la diferencia de criterios en torno a un mismo asunto jurídico donde hay lugar para la divergencia.

Desde esa perspectiva entendió el Tribunal que el inculpado actuó con dolo, porque su criterio es desfasado en un caso que no era de difícil interpretación, con sus comprobadas experiencia y conocimientos y con sus tres pronunciamientos en los cuales tuvo en cuenta el informe policial sin hallarse ratificado bajo la gravedad del juramento para imponerles medida de aseguramiento a los indagados, a quienes no les creyó a pesar de haber manifestado que ignoraban que llevaran la droga.

En ese sentido expresó que en el informe se consignaba además del sorprendimiento el motivo de la requisa, que esa actitud conforme a las reglas de la lógica y la experiencia la asumen las personas comprometidas en la comisión de un delito, que era ingenuo que hubiese admitido que no conociera los apellidos de las personas e inverosímil que llevara todas sus pertenencias en un equipaje de mano y que aceptara como ciertas sus penurias económicas y deseo de quedarse cuando había adquirido el pasaje de regreso.

La Corporación encontró evidenciado el dolo cuando no aplicó el mismo criterio a casos similares, en los cuestionamientos del Agente del Ministerio Público a la forma como se apartó de su habitual manera de resolver la situación jurídica en la investigación iniciada a Claudia Marcela y en las manifestaciones del técnico judicial Diego Castro, relativas a que en los eventos de duda en la flagrancia era cuando no se afectaba con medida de aseguramiento al sindicado, olvidando -además- que el delito de narcotráfico

tiene especial relevancia frente a otras conductas.

De otro lado, argumentó que la remisión del expediente tuvo una finalidad distinta a la de su examen procesal, de manera que las declaraciones sobre su comportamiento en general y el hecho de que posteriormente haya proferido en ese asunto acusación contra la implicada no descalifican la prueba que compromete su responsabilidad penal.

Finalmente descartó el error de tipo porque la capacitación y la experiencia del doctor SARAY GUTIÉRREZ le permitían resolver el asunto sin dificultad alguna al igual que lo había hecho en otras oportunidades, dado que no ofrecía ningún grado de complejidad ni su resolución exigía conocimientos fuera de lo común.

DE LA IMPUGNACIÓN:

Del procesado:

Después de relacionar los elementos de juicio con los cuales contaba para resolver la situación jurídica de Claudia Marcela Sepúlveda, insiste el procesado en afirmar que la flagrancia corresponde a la exteriorización de la conducta pero nada dice de su aspecto subjetivo, el cual es posible auscultar únicamente en las manifestaciones de la implicada.

Señala que el tribunal se equivocó al construir el indicio de mala justificación ante la inexistencia de prueba que refutara la versión de la mujer, error que tiene origen en el estudio parcelado de sus explicaciones y no de conjunto como se lo imponía el artículo 238 del Código de Procedimiento Penal, que finalmente lo llevó a considerarla inverosímil cuando aquellas eran admisibles tal como lo entendiera él.

Reitera que al informe policivo no podía otorgarle ningún valor probatorio, criterio que

lejos de ser desfasado como lo cataloga el colegiado se ajusta a la Constitución y la ley y se sustenta en la sentencia C-392-00, en la doctrina -Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett- y en un fallo del Tribunal de Cartago, al tiempo que halla respaldo en reciente decisión de la Sala Penal de la Corte, aclarando que salvo una -julio 5 de 2002- de las resoluciones citadas y consideradas desatinadas fueron proyectadas por el técnico judicial a su servicio.

Precisa que el tribunal valoró inadecuadamente o dejó de apreciar circunstancias relativas con su comportamiento, tales como no haber conocido ni tenido contacto con la indagada, sus familiares o con su apoderado, la premura con la cual debió definir su situación jurídica por el inminente vencimiento de los términos y sus compromisos académicos con la Fiscalía al día siguiente, la acusación de ella antes de la comunicación de la iniciación de la investigación y la selección del expediente para su calificación, que probarían su desinterés por favorecerla y su convicción sobre la legalidad de su decisión.

Igualmente se opone a las conclusiones probatorias derivadas de los testimonios del Agente del Ministerio Público y del técnico judicial, pues al primero por haber empezado a fungir ante su despacho después del 18 de diciembre de 2001 no podía constarle la forma como solía decidir, y al segundo se le mal interpretó por el estudio aislado de la prueba asumido por el tribunal.

Deplora que no se le haya concedido importancia probatoria a los testimonios que aluden a su comportamiento laboral y discrepa de la consideración que por tratarse de una conducta relacionada con el narcotráfico debía actuar con mayor rigor, pues entiende -sin desconocer su dañosidad- que las exigencias probatorias y el procedimiento es el mismo para todos los delitos.

Explica que no obstante otorgarle validez al informe policivo la aceptación de la implicada

sobre el hallazgo de la droga, la discusión se centraba en determinar si conocía de su existencia o no, como tampoco admite que se haya dicho en la sentencia que el proceso contra Hernández –por el cual también se le investigó- donde adoptara una decisión distinta era similar al de Claudia Marcela, en tanto los factum diferían.

Todo lo anterior lleva a concluir al procesado que el problema está relacionado con una disparidad de criterios, pues su actuar se limitó a dar cabal aplicación al principio de presunción de inocencia y que en el evento de considerarse típica su conducta, se impone reconocer la ausencia de responsabilidad.

Del defensor:

Considera que contrario a lo afirmado por el tribunal en la sentencia, al permitir la confrontación de los elementos de juicio con que se contaba y la clase de decisión adoptada opiniones diversas e incluso la mayoritaria que se inclinara a pensar que con la sola flagrancia era suficiente para detener, la resolución no es manifiestamente ilegal.

Inicialmente acude a citas jurisprudenciales con la finalidad de conceptualizar lo que se entiende por “manifiestamente contrario a la ley” y luego alude a las circunstancias con las cuales se encontró el doctor SARAY GUTIÉRREZ en el momento de definir la situación jurídica de Claudia Marcela Sepúlveda, relativas a las pruebas y el tiempo con que contó para hacerlo.

Con sustento en ellas advierte que el tribunal se equivocó al examinar la versión de la indagada, pues de su contexto no se desprendía intención por confesar el hecho y sus respuestas –de otro lado- estuvieron acompañadas de detalles susceptibles de verificación, mientras el conocimiento del porte de la droga solo podía establecerse por vía de inferencia, lo cual requería de un hecho indicador debidamente probado y que hasta ese momento no existía.

Anota que la Corporación incurre en numerosos desaciertos, desconoce el alcance de la sentencia C-392-00 que niega valor probatorio a los informes policiales y lo confunde con el problema de su autenticidad conforme puede verse de las citas jurisprudenciales en las cuales se apoya, de modo que el rechazo de las explicaciones del doctor SARAY fue equivocado y por tanto no podía deducirle responsabilidad penal por no haberlo tenido en cuenta.

Asegura que las conclusiones probatorias fundadas en el informe y el dicho de Claudia Marcela corresponden a deducciones sin respaldo en ellos, como las referidas al tamaño de su equipaje y a la cantidad de sus pertenencias, y al desconocimiento de reglas de la experiencia por tergiversaciones de la versión de ella y suposiciones cuando señala que la contraprestación por llevar la maleta eran los tres millones de pesos, que una empleada de cafetería no podía tener esa suma de dinero y que los 130 dólares que llevaba y el tiquete de regreso desvirtuaban su intención de quedarse en Madrid.

Critica de exageradas las afirmaciones según las cuales el nerviosismo de la mujer era indicativo del conocimiento de la existencia de la droga en su equipaje, sin tener en cuenta que podía obedecer al hecho de tener que abandonar el país, dejar a sus hijos y atender el requerimiento de la autoridad y que no podía ser ingenua por las constantes campañas publicitarias que se adelantan en ese sentido, pues a pesar de ellas aun suele acontecer que personas inocentes resulten implicadas en hechos de esa naturaleza y que constituye un desatino señalar que toda persona que lleva drogas es consciente de ello, porque eso no prueba nada.

De ese modo, el impugnante solicita al quedar demostrado que la resolución no es manifiestamente contraria a la ley la revocatoria de la sentencia que declaró al acusado responsable penalmente de la conducta imputada y absolverlo de ella.

En relación con la imputación al tipo subjetivo, por el carácter doloso de la conducta

atribuida advierte que no se demostró que el doctor SARAY GUTIÉRREZ tuviera interés alguno, luego si no existió móvil que explicara su comportamiento en contraposición con la acción humana es porque no hubo dolo, conclusión que se reafirma con el hecho trascendental de haber sido él mismo quien seleccionara y remitiera la decisión para su calificación, actitud contraria de la persona que sabe ha prevaricado.

Conforme a lo expresado en el salvamento de voto, sostiene que no es cierto que los casos citados en los que el procesado dictó medida de aseguramiento correspondieran a la misma naturaleza y contaran con similar prueba a la que obraba en el de Claudia Marcela, mientras puede determinarse que hizo semejantes razonamientos a éste en aquellos asuntos en que se abstuvo de imponerla.

Acusa al tribunal de equivocarse al desconocer que la acusación proferida por el doctor SARAY GUTIÉRREZ es demostrativa de su obrar con sujeción a la ley, la cual se explica por el surgimiento de prueba nueva, como al negar la importancia probatoria de los testimonios que acreditaban el desempeño laboral del acusado, por ser trascendentes en este evento donde se ausculta si obró con dolo o no, pues si bien es cierto con ellos no se desvirtúa la responsabilidad penal, su apreciación conjunta con las demás evidencias indicativas de su ausencia denotan su relevancia.

Aclara que contrario a lo dicho en la sentencia, el hecho que dio lugar al otro proceso en donde al doctor SARAY GUTIÉRREZ se le precluyó la investigación era diferente al de Claudia Marcela, sin embargo el criterio de aceptar la explicación del indagado cuando no es posible desvirtuarla también lo aplicó allí, lo cual demostraría que la decisión considerada prevaricadora no fue una resolución extraña o excepcional del Fiscal.

Sobre dichos presupuestos considera el defensor que sin existir dolo en la conducta del doctor SARAY GUTIÉRREZ tampoco hay responsabilidad penal, cuya ausencia da

lugar al error de tipo previsto en el numeral 10 del artículo 32 del Código Penal, por lo cual pide revocar la sentencia y en su lugar absolverlo.

CONSIDERACIONES:

La Sala se ocupará de estudiar los motivos expuestos por los impugnantes constitutivos de su divergencia con la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Bogotá, relativos a determinar si la resolución tachada de contraria a la ley es manifiestamente ilegal, y en caso de serlo, si el doctor SARAY GUTIÉRREZ obró o no con dolo al momento de su expedición, aspectos que -sin duda- son el centro del problema jurídico planteado.

Según la descripción legal del artículo 413 de la ley 599 de 2000, la conducta del prevaricato se estructura cuando el servidor público al proferir resolución, dictamen o concepto lo hace contrariando a la ley de manera manifiesta, siendo aquella que por grosera o burda corresponde a una evidente, ostensible y notoria actitud por apartarse de la norma jurídica que regula al caso.

Por fuera de ella quedan las simples diferencias de criterios respecto de un punto de derecho, especialmente frente a materias que por su enorme complejidad o por su misma ambigüedad admiten diversas interpretaciones u opiniones, pues no puede ignorarse que en el universo jurídico suelen ser comunes las discrepancias aún en temas que aparentemente no ofrecerían dificultad alguna en su resolución.

Ahora bien, se le reprocha al doctor SARAY GUTIÉRREZ en la sentencia impugnada que en su condición de Fiscal Seccional, se hubiera abstenido en la resolución del 13 de noviembre de 2001 de imponer medida de aseguramiento a Claudia Marcela Sepúlveda, cuando a juicio del tribunal la captura en flagrancia, el informe policivo y la versión de la indagada que no merecía atendibilidad alguna, colmaban los presupuestos materiales para imponerla.

Con ese fin se hacen necesarias varias precisiones. No es cierto que los indicios sean los únicos medios de prueba procedentes para imponer la medida de aseguramiento. La exigencia de dos indicios graves prevista en el artículo 356 de la ley 600 de 2000, hace relación al mínimo probatorio requerido por la ley para afectar la libertad personal del vinculado a un proceso penal, lo cual no impedirá que la misma pueda sustentarse en alguno de los otros medios señalados en el artículo 233 ibídem.

Piénsese no más en la ejecución de un homicidio, cuyo autor desconocido sin otra prueba que la existencia del cadáver decide confesar el hecho o en su lugar es señalado por la declaración de testigos, frente a lo cual habría que convenir la procedencia de la medida de aseguramiento.

La necesidad de esa prueba mínima que no se vincula con el valor legal del medio sino con su fuerza probatoria, pues el sistema imperante es de libre apreciación o de sana crítica, se explica en que la adopción de la medida por lo general se produce en la etapa embrionaria de la averiguación y obedece a fines constitucionales que la justifican, entre los cuales cabe mencionar los de asegurar la comparecencia del indagado al proceso, impedir la continuación de su actividad delincencial y evitar el entorpecimiento de la actividad probatoria.

Requerimientos adicionales a los previstos en el código, como la pretensión del procesado de exigir -por decir lo menos- casi la plena prueba de la existencia de la conducta y de la responsabilidad de su autor para ese momento procesal, no tiene otro propósito que el de excusar una resolución que se ofrece manifiestamente ilegal.

A ese efecto, adviértase que en la legislación vigente la flagrancia está asociada a la aprehensión -artículo 345-, luego discusiones a las que diera lugar la normatividad derogada cuando distinguía entre el sorprendimiento y la captura, con tesis tan sugestivas como la del aroma del delito, son inaceptables en un funcionario de la

trayectoria y ubicación laboral del doctor SARAY GUTIÉRREZ.

No existía duda alguna que Claudia Marcela fue capturada en flagrancia el 8 de noviembre de 2001 en el aeropuerto el Dorado, cuando esperaba viajar a Madrid y al ser requisado su equipaje en su interior debidamente camuflada fue encontrada cocaína en cantidad ligeramente superior a los 796 gramos, cualesquiera fueran los motivos que indujeron al patrullero a revisarlo.

De otro lado, desde que la ley 504 de 1999 en su artículo 50 –norma que adicionó el artículo 313 del decreto 2700 de 1991- estableció lo que se denomina una tarifa legal negativa, al prever que en ningún caso los informes de policía judicial tenían valor probatorio, la cual fue declarada exequible mediante sentencia C-392-00 de la Corte Constitucional, los mismos dejaron de ser apreciados, pues la ley vigente –artículo 319- solo se refiere a sus requisitos y forma en que deben ser rendidos.

Sin embargo, ello no impide que las pruebas surgidas de los informes rendidos por la policía judicial y que tiendan a corroborar lo que en él se consigna, sean objeto de valoración.

Razón asiste al defensor cuando advierte que el Tribunal se apoyó en decisiones jurisprudenciales inaplicables por ser anteriores a la ley que les negó valor probatorio y que se equivocó al confundir éste con la autenticidad del documento, problema abordado en el pronunciamiento de la Sala que cita esa Corporación.

No obstante para lo que interesa al asunto ese error reprochado a la sentencia no tiene ninguna incidencia en ella, como quiera que el doctor SARAY GUTIÉRREZ acostumbraba a tener en cuenta los informes al momento de resolver la situación jurídica a los indagados, bien porque quienes los suscribían declaraban en el proceso y se ratificaban en su contenido o porque las personas aprehendidas aceptaban que en su poder había sido encontrada la droga y no discutían la cantidad mencionada en ellos.

Criterio que de ningún modo aplicó en la resolución cuestionada como lo advirtió el tribunal, pues si bien dijo que el informe no había sido ratificado bajo la gravedad del juramento ni rendido con este requisito, argumento en el cual insiste el procesado en su escrito impugnatorio, lo cierto es que lo admitía cuando el capturado no negaba su contenido para imponer la medida de aseguramiento, según puede constatarse en las distintas resoluciones que en copias fueron aportadas a la investigación.

Obsérvese que al aceptar Claudia Marcela que en su maleta fue encontrada droga en la cantidad referida en el informe policivo lo estaba ratificando en su contenido, pues lo consignado allí era el hecho objetivo de su hallazgo sin ninguna manifestación distinta a lo surgido de él, por lo que en dicho asunto al resolver la situación jurídica de aquella se apartó de su particular criterio de apreciar la prueba.

Establecida la flagrancia como evidencia procesal de un hecho, con independencia de su licitud o no y de la responsabilidad o no de quien fuera capturado en esa situación por no ser de su esencia, y corroborado el informe policivo por la misma Claudia Marcela conforme lo entendía el doctor SARAY GUTIÉRREZ, la resolución en la que se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento es ilegal por ser contraria a lo dispuesto en el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal.

Para la Sala los esfuerzos del procesado por contrarrestar las deducciones (algunas imprecisas) de la sentencia sobre la poca o ninguna atendibilidad del dicho de Claudia Marcela y la crítica de la defensa a la valoración que el tribunal hiciera del mismo, carecen de la importancia que ambos le atribuyen para desvirtuar la tipicidad de la conducta porque el supuesto del cual parten no se corresponde con el alcance que aquel les dio en la resolución cuestionada.

En efecto, el doctor SARAY GUTIÉRREZ se limitó a expresar “que las explicaciones suministradas por la misma no han sido desvirtuadas”, para a continuación inferir que

era probable la prestación de ese servicio -llevar la maleta- en compensación de la ayuda prometida y concluir que se hacía necesario profundizar en la averiguación para establecer hasta dónde estaba diciendo la verdad.

De ese modo, en la resolución el procesado no abundó en las razones por las cuales le otorgaba verosimilitud a la versión de la mujer, como también era obvio que por la incipiente averiguación no se hallara controvertida, luego el análisis probatorio que ahora hace al igual que el de su defensor -sin duda- no fue el que tuvo en cuenta al momento de adoptar su decisión y obedece a la necesidad de su justificación.

La Sala no pasa inadvertido que el tribunal al referirse en forma exhaustiva al contenido de la indagatoria de Claudia Marcela extrajo conclusiones equivocadas -tamaño de la maleta-, supuso hechos -pertenencias personales- y contrarió reglas de la experiencia -tiquete de regreso- que con razón resalta el apoderado judicial del doctor SARAY GUTIÉRREZ, pero también llamó la atención sobre la poca atendibilidad de la misma por los imprecisos y precarios datos que ofrecía.

En esas condiciones, sus manifestaciones relativas a que Beatriz una excompañera de estudio residente en Madrid le giró el dinero desde España y que la maleta que debía llevarle la había recibido de Carlos primo de aquélla, desde luego eran susceptibles de ser corroboradas en el curso de la investigación -para eso está establecida- pero razonablemente incompletas hasta ese momento, pues no suministró dato alguno que permitiera su ubicación y por el contrario del segundo expresó desconocer la actual dirección de su residencia.

Luego con los elementos de juicio con los cuales contaba para decidir, el doctor SARAY GUTIÉRREZ obró al revés, pues ante la evidencia del hallazgo de la cocaína conforme al análisis preliminar de la sustancia -el cual también confirmaba el informe policivo en cuanto a la clase de la droga encontrada- optó por dejarla en libertad con el fin de profundizar

si Claudia Marcela estaba “diciendo la verdad”, ignorando que había admitido ser la portadora de la maleta y aceptado el descubrimiento del alcaloide dentro de ésta.

La alegada premura con la que se dice debió resolver la situación jurídica de la Sepúlveda tampoco justifica la decisión adoptada por dos razones: el expediente no era voluminoso y ese día -13- debía necesariamente dictarla por el vencimiento del término para hacerlo, luego ninguna incidencia tenía el que al siguiente tuviera que ausentarse de su despacho para asistir a un evento académico programado por la misma Fiscalía, no sin antes observar que la investigación le había sido asignada desde el viernes 9.

En consecuencia, no se equivocó el Colegiado cuando concluyó que la resolución emitida el 13 de noviembre de 2001 por el doctor SARAY GUTIÉRREZ en su condición de Fiscal Seccional 266 es manifiestamente contraria a la ley por contravenir abiertamente lo dispuesto en el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, sin que pudiera demostrar -como tampoco lo hizo su defensor- que el asunto se redujera a una disparidad de criterios o que el mismo admitiera diversas opiniones.

El prevaricato por acción es de comisión dolosa. Este elemento del tipo subjetivo de difícil demostración en conductas de la naturaleza investigada, obliga para su determinación a examinar la resolución, dictamen o concepto del servidor judicial, pues su existencia por lo general suele emerger de ellas.

De tiempo atrás se ha dicho que el interés que anima al servidor público a proceder de manera contraria a la ley no lo disculpa por altruista que sea, como también que es posible que corresponda al afán o simple intención de querer violarla sin otra finalidad, lo que de algún modo determina que ese sea el motivo que orientó a su voluntad.

Así las cosas, es intrascendente que el acusado no hubiera tenido trato con Claudia Marcela, con sus familiares o con su apoderada o que tampoco los conociera, pues como se acaba de advertir el conocimiento de la persona a la cual se favorece con la resolución

o de sus allegados no es un elemento determinante del dolo, porque la motivación puede corresponder a otro interés.

Son hechos ciertos que el doctor SARAY GUTIÉRREZ remitió la resolución para su calificación y que profirió resolución de acusación contra Claudia Marcela Sepúlveda antes de serle comunicada la iniciación de la investigación en su contra, los cuales se descalifican en la sentencia porque ese acto no imponía un examen integral del expediente y la acusación no le restaba importancia a las consecuencias derivadas de su decisión ilegal.

De igual manera como se advierte en el salvamento de voto, los supuestos fácticos de las decisiones traídas a colación en el fallo no son similares con el de la mujer como tampoco lo era el investigado en la otra actuación que dio lugar a la preclusión según lo señala la defensa, pero también es cierto que el criterio aplicado en ellas no es el mismo al cual acudió para dejar en libertad a Claudia Marcela.

En principio, aun cuando no lo expresó el Colegiado es extraño que en la resolución hubiera acudido al contenido de los artículos 9 y 12 del Código Penal para respaldar su decisión, mencionando los tres estratos analíticos de la conducta punible y la prohibición de la responsabilidad objetiva, cita que la Sala no encuentra en ninguna de las copias de las decisiones mediante las cuales se abstuvo de imponer medida de aseguramiento para justificarlas.

Lo anterior permite advertir que ante la ausencia argumentativa para apuntalar una resolución que conocía contraria a la ley, se escudó en disposiciones que no venían al caso para darle apariencia de legalidad bajo el supuesto que para ese momento procesal el hecho además de típico, debía ser antijurídico y culpable, exigencia esta que no predicó respecto de los demás asuntos ya dichos.

Del mismo modo procedió a limitar el alcance probatorio de la declaración aún no

rendida por el uniformado, al afirmar que sólo podría dar razón del momento en que la sorprendió con la droga, argumento que tampoco utilizó en ningún otro de los numerosos casos que fueron de su conocimiento, en los cuales simplemente observaba que los agentes no habían concurrido a declarar a pesar de sus citaciones pero sin particularizar sobre lo que a ellos les podía constar sobre los hechos.

Ahora bien, el doctor SARAY GUTIÉRREZ entendía sin ninguna dificultad que cuando el indagado no controvertía el informe en su contenido, esto es admitía que la droga le había sido encontrada y no discutía la cantidad, servía como prueba para imponer medida de aseguramiento, a pesar de lo cual obró en sentido distinto en el caso particular de Claudia Marcela que aceptó el hecho del hallazgo de la droga.

Esas actitudes claramente demostrativas de su intención de violar la ley, se sobreponen a los hechos de la remisión de la resolución para la calificación de servicios y a la posterior acusación, pues el primero no logra ocultarla y en la segunda no hizo esfuerzo alguno por recaudar la prueba ratificadora o no de la versión de la entonces imputada, por cuyo intermedio en el mes de marzo del año siguiente pretendió obtener la comparecencia de una persona que sabía no existía o no cumpliría con el inusual encargo.

La acusación de la citada mujer sustentada en la declaración del patrullero que suscribió el informe de captura, es un acto que no puede ser interpretado como demostrativo de la legalidad de la resolución cuestionada o de la existencia de la disparidad de criterios alegadas por el procesado y su defensor, porque cada uno al obedecer a finalidades y propósitos distintos exige requisitos probatorios disímiles, sin que el cumplimiento en el caso del último de los mismos sugiera la certeza de la primera.

La prueba testimonial relacionada con el comportamiento laboral del doctor SARAY GUTIÉRREZ ciertamente constituye un elemento de juicio que permite auscultar lo que ha sido el desempeño y cumplimiento de la función pública, pero no es decisiva para

demostrar que en el caso concreto no se apartó deliberadamente de la ley, pues según se expresó- la intención con que actuó es posible encontrarla en el contenido de la resolución, sin que con ello quiera afirmarse que habrá sucesos en los que la misma también pueda establecerse con otros medios de prueba.

Finalmente, la formación profesional del doctor SARAY, su larga trayectoria en la judicatura, su desempeño en una ciudad donde las posibilidades de información e ilustración son mayores y su habitual conocimiento de hechos relacionados con el tráfico de estupefacientes, labor a la cual venía dedicado de años atrás, impiden considerar que la resolución haya sido producto de su ignorancia, un error u obedezca a un criterio jurídico distinto pero respetable.

Conforme lo resalta el tribunal, no se trataba de un asunto de enorme complejidad que exigiera profundos conocimientos jurídicos, al igual que contaba con todas las posibilidades de dilucidar las dudas que pudieran haberle embargado, el medio laboral en el cual se desempeñaba se lo permitía, siendo imposible que pudiera incurrir en error con la entidad suficiente para eximirlo de responsabilidad conforme se predica en los escritos sustentatorios de la impugnación.

Por las razones que comparte la Sala y las expuestas al decidir el recurso, la sentencia será confirmada en lo que fue motivo de disenso.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Confirmar la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, la

cual fuera recurrida por el sentenciado, doctor MANUEL ANTONIO SARAY GUTIÉRREZ, y su defensor.

2. Contra este fallo no procede recurso alguno

Cópiese y Cúmplase.

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMIREZ BASTIDAS MAURO SOLARTE PORTILLA

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria