

Proceso N° 37733

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta N° 239

Bogotá D. C., veintisiete (27) de junio de dos mil doce (2012).

I. MOTIVO DE LA DECISIÓN

Resolver la apelación interpuesta por la Fiscal Trece de la Unidad Nacional para la Investigación de Funcionarios de la Rama Judicial, contra la sentencia del 27 de septiembre de 2011, mediante la cual la Sala Primera de Decisión Penal del Tribunal Superior de Popayán (Cauca), absolvió a JAIME GIOVANNI CHAVES ORDÓÑEZ de los cargos formulados por los delitos de prevaricato por omisión en concurso con prevaricato por acción, todos en la modalidad agravada.

II. SÍNTESIS FACTICA Y PROCESAL

1. Según los registros, en Popayán, el 21 de mayo de 2008, a eso de la 01:00 a.m., a través de la central de radio de la Policía Nacional se difundió información obtenida por el Jefe de Estupefacientes de la SIJIN, acerca del ingreso, por la vía que del municipio de Tambo conduce a esa ciudad, de un automóvil blanco de placas BPC-249 que llevaba gran cantidad de cocaína, el cual luego fue avistado cerca de la estación de

gasolina TRANSTAMBO y al ser requerido su conductor para que se detuviera por una patrulla de vigilancia, aquél eludió el retén, motivando su persecución durante varios minutos y por diferentes sitios, actividad en la que los agentes percutieron sus armas al aire en señal de advertencia, hasta que finalmente, gracias a que se estalló la llanta trasera derecha del rodante, éste fue interceptado a la 01:39 a.m., en la carrera 38 con calle 2, cerca del Polideportivo “La María”.

El automotor era guiado por Jhoiner Toledo Vargas, quien en su poder tenía un celular marca “Nokia 1200”, una pistola semiautomática, calibre 9MM, marca “Jericho 941 FSL”, con dos proveedores para 9 y 17 cartuchos, respectivamente, en los que llevaba 24 proyectiles de las mismas características, arma de fuego de la que exhibió salvo conducto; además transportaba en el rodante catorce (14) costales contentivos de una sustancia sólida, para cuya identificación los gendarmes solicitaron apoyo de efectivos de Policía Judicial, unidad que arribó al lugar de la interceptación a las 02:00 a.m., e inició el adelantamiento de trabajo de campo o actos urgentes, tales como fijación fotográfica, registro dactilar del capturado, experticias del arma, el vehículo y la sustancia.

En ese discurrir también hizo presencia en el lugar el Teniente Coronel de la Policía Cauca, Wilson Bravo Cárdenas, oficial que comunicó telefónicamente al fiscal de turno de la URI la ocurrencia del suceso, y procedió a trasladar al capturado, así como los elementos materiales incautados, a las instalaciones de la SIJIN, donde se constató que cada uno de los fardos tenía treinta (30) paquetes (para un total de 420), con una sustancia sólida que, gracias a la prueba de identificación preliminar homologada (PIPH) practicada, se reconoció plenamente como cocaína, con un peso neto de trescientos noventa y nueve mil setecientos catorce (399.714) gramos, siendo dejado el retenido a disposición de la Fiscalía, en la “carceleta” de la URI, a las 03:50 a.m.1.

2. Inicialmente de dicho asunto conoció el fiscal Rubén Darío Hurtado Gironza, funcionario que hasta las 08:00 a.m., de ese día, al terminar su turno, ningún trámite adelantó pues la Policía Judicial no entregó la totalidad de actos urgentes, razón por la que el caso pasó al fiscal JAIME GIOVANNI CHAVES ORDÓÑEZ, quien recibió la actuación a las 12:10 p.m., y a las 03:30 p.m., radicó escrito en el que solicitó audiencia preliminar para legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento, empero, a las 05:10 p.m., presentó al Centro de Servicios Judiciales oficio con el que canceló ese trámite pretextando que con base en el "...estudio previo de las diligencias, se estableció que se trataba de una captura ilegal y este Despacho URI ordenó la libertad del indiciado".

Y mediante "ORDEN DE LIBERTAD EXPEDIDA POR EL FISCAL", adoptada por el aludido funcionario a las "18:15 horas" del mismo día, sustentó su percepción acerca de la ilegalidad de la captura, aduciendo que a pesar de que la retención de Toledo Vargas obedeció a un caso de flagrancia indiscutible, atendido el contenido de los artículos 301 y 302 de la Ley 906 de 2004, así como el de normas internacionales que postulan el traslado "sin demora" del aprehendido ante el funcionario competente, en este asunto "...no existe justificación alguna para que la persona capturada a eso de las 1:35 horas haya sido dejada a disposición sólo hasta las 03:50 horas del mismo día, sobre todo si entendemos que su garantía al derecho de defensa fue vulnerada en ese lapso y con ello el debido proceso que le asiste....", pues, al parecer, al abogado del aprehendido "...se le restringió su ingreso a las instalaciones de la Sijin-Decau a donde fue llevado equivocadamente su patrocinado, lo cual hace evidente un acto violatorio más que no se hubiera consumado si el ingreso acontece tal como lo exige la ley de manera pronta e inmediata a las instalaciones de la URI...", resolución con base en la cual hizo efectiva la libertad incondicional e inmediata del indiciado.

Respecto de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas

acopiadas, a saber, la sustancia alucinógena, el vehículo automotor en el cual era ésta transportada, el teléfono celular y el arma de fuego que el capturado llevaba consigo, en la misma resolución puntualizó que no había lugar a “decretar su exclusión” por estar satisfechos los protocolos de fijación, embalaje, rotulado y cadena de custodia, de suerte que lo procedente era “remitir las diligencias a la oficina de asignaciones para que se produzca el formal reparto”, sin embargo, al día siguiente impartió al Jefe del Almacén de Evidencias SIJIN-URI la orden de entregar a Toledo Vargas o su defensor la pistola decomisada, como en efecto ocurrió².

3. En razón de esas actuaciones del fiscal CHAVES ORDÓNEZ, tras fallidos intentos para que compareciera a la audiencia de imputación y medida de aseguramiento, finalmente el 27 y 28 de abril 2011, ante el Juez Primero Penal Municipal de Popayán, se llevaron a cabo sendas audiencias en las que se legalizó la captura del precitado y la Fiscal Trece de la Unidad Nacional para la Investigación de Funcionarios de la Rama Judicial le imputó los delitos de prevaricato por acción y por omisión, cometidos ambos en modalidad agravada (Ley 599 de 2000, artículos 413, 414 y 415), y, apartándose de lo solicitado por el instructor, el funcionario de control de garantías le impuso al indiciado medida de aseguramiento de sometimiento a vigilancia de la Policía Nacional y la prohibición de salir del país.

Inconformes con esa determinación la impugnaron el defensor y la fiscal, el primero, argumentando que la actividad de la defensa ha debido garantizarse desde el momento en que se llevó a cabo la audiencia reservada de ordenación de la captura, y la segunda, aduciendo que la controversia se circunscribió a la solicitud de medida de aseguramiento privativa de la libertad y no una diferente, por lo que no resultaba de recibo la imposición de medida no restrictiva de la libertad.

Del recurso conoció el Juez Tercero Penal del Circuito con funciones de

Conocimiento de Popayán, quien confirmó la legalización de la captura proferida por el juez de control de garantías, y acerca de la inconformidad de la fiscalía, al verificar que las medidas cautelares impuestas por el a-quo se fundaron en razonamientos ilógicos, consideró vulnerado el debido proceso y dejó sin efectos las órdenes impartidas para el cumplimiento de esa decisión³.

4. El 9 de junio de 2011, ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, la Fiscal Trece de la Unidad Nacional para la Investigación de Funcionarios de la Rama Judicial, con base en el devenir fáctico reseñado (supra, numerales 1 y 2), formuló acusación contra JAIME GIOVANNI CHAVES ORDÓÑEZ, como autor de un concurso homogéneo y heterogéneo de prevaricatos por omisión y por acción, todos agravados y a título de dolo, tipificados en los artículos 413, 414 y 415 del Código Penal, comprendida la modificación que en cuanto a la pena introdujo el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Como las partes no expresaron causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones o nulidades, ni observaciones al escrito de acusación, luego del descubrimiento probatorio la Sala fijó la celebración de la audiencia preparatoria para el 19 de julio siguiente, diligencia finalmente efectuada el 26 del mismo mes.

Una vez realizada la audiencia de juicio oral en sesiones cumplidas los días 31 de agosto, 1 y 7 de septiembre de 2011, la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán anunció el sentido del fallo absolutorio, el cual profirió el 27 del mismo mes y año⁴.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Del prevaricato por acción agravado.

5. Luego de una disertación acerca de las exigencias para la estructuración de la señalada conducta punible, en la que incluye citas de doctrina y jurisprudencia, el a-quo

puntualizó que en el presente asunto el fiscal acusado tenía competencia para hacer el control de legalidad de la captura y al observar que el aprehendido no fue llevado “de manera inmediata o en el término de la distancia a disposición de la fiscalía tuvo en derecho un motivo para decretar la captura ilegal”, conforme lo reseñó en la orden de libertad que expidió.

Según el Tribunal la adopción de tal medida expresamente se fundamentó en que el aprehendido “no fue llevado físicamente sin demoras ante la autoridad judicial, porque de la escena del crimen, por orden del Coronel Wilson Bravo Cárdenas, se lo llevaron para el Comando de la Policía Cauca, que no a la carceleta de la URI (como tenía que cumplirse, máxime que no se advirtió situación excepcional de puesta en peligro del capturado o de la sustancia incautada”.

Luego de citar jurisprudencia de la Corte Constitucional⁵ relacionada con la interpretación y alcance del artículo 302 de la Ley 906 de 2004, el juzgador de primer grado sostiene que en el asunto sometido a conocimiento del procesado “el cuerpo del capturado le pertenecía a la Fiscalía que funciona en la Unidad de Reacción Inmediata (URI), lugar donde existe una carceleta que facilita el acceso y comunicación con los abogados litigantes o los defensores públicos, a quienes no se les puede obligar a deambular por las calles preguntando en la SIJIN, o el DAS, o en el CTI por los capturados en flagrancia”.

Según el Tribunal, de acuerdo con la ley, aquél era el sitio de encuentro entre defensor y el aprehendido, “para garantizar de manera inmediata, en condiciones confortables, el diálogo entre el abogado y el capturado en flagrancia... [y] salvaguardar el derecho a la entrevista privada que no puede ser escuchada por las autoridades, en razón del secreto profesional y del derecho sagrado a la defensa”.

Consideró el a-quo que el acusado hizo “un análisis exegético de la norma que habla de la inmediatez, pues esa palabra según el diccionario VOX de la lengua española quiere decir: ‘Que sucede enseguida, sin tardanza; sin interposición de cosa alguna’...”, y que por lo tanto “no puede prevaricar quien aplica la ley, aunque el estudio preliminar de la actuación y las circunstancias que rodearon el hecho, permitieran inferir, en principio, un posible alejamiento de la regla tendiente a lesionar el ordenamiento”.

Puntualiza que el operativo de captura en flagrancia se adelantaba regularmente por la Policía de Vigilancia y Policía Judicial de la Sijin que llegó a adelantar los actos urgentes y “el traslado del capturado a la Fiscalía”, orden que, según el a-quo, fue interferida de manera “intempestiva” por el comandante de la Policía, Teniente Coronel Bravo Cárdenas, “que no era policía judicial”, al “desviar la caravana que ya había partido con rumbo a la URI”.

Para el Tribunal ese proceder del oficial fue un “acto arbitrario que no tenía razón de ser” con el cual se vulneró el perentorio mandato contenido en el artículo 302 del Código de Procedimiento Penal, de acuerdo con el cual “cuando sea una autoridad la que realice la captura deberá conducir al aprehendido inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación”.

Advierte que “la verdad objetiva indica que el fiscal (acusado) observó como el capturado en flagrancia, en pleno sector urbano de Popayán, no fue trasladado inmediatamente o en el término de la distancia hasta URI, pues, extrañamente, una orden del Comandante de Policía dispuso el traslado al Departamento de Policía Cauca, lo cual no tenía sentido”.

Luego de indicar que los medios de prueba allegados no permiten establecer que al momento de la captura se dieran circunstancias excepcionales que justificaran el obrar del

oficial, asegura que en la carceleta de la URI existían las condiciones para garantizar la vida e integridad del aprehendido y para el adecuado diálogo con su defensor de confianza, derecho éste, el de la “inmediata comunicación con el abogado”, que asegura le fue conculcado al capturado, y acerca del cual transcribe normas de diversos Instrumentos Internacionales, así como la opinión de tratadistas nacionales.

En conclusión, para el Tribunal, al no estar demostrada fuerza mayor o caso fortuito que justificara el desvío de la caravana, y por considerar que esa orden del Teniente Coronel Bravo Cárdenas fue una actuación “disfuncional, insólita, inexplicable, inclusive extravagante”, la medida que adoptó el fiscal procesado al aplicar la norma que trata de la captura ilegal resultaba acertada, motivo por el que esa decisión no configura resolución en manifiesta contradicción con la ley que permita la afirmación de responsabilidad penal del acusado como autor del delito de prevaricato por acción agravado.

Del prevaricato por omisión agravado.

6. Expuso que ninguna trasgresión a la ley se dio por parte del fiscal acusado al haber retirado la petición de audiencia preliminar, no decomisar la pistola incautada y no llevar a control posterior la incautación del vehículo utilizado para transportar la sustancia ilícita, puesto que una vez ordenada la libertad por captura ilegal, no es necesario realizar la audiencia de legalización de la aprehensión, criterio del que cita como respaldo una decisión de esta Sala⁶.

Reiteró que si de acuerdo con la ley una persona capturada en flagrancia “debe ser llevada inmediatamente o en el término de la distancia” ante el fiscal de turno y ello no se cumplió en este caso, la aprehensión del indiciado devenía ilegal porque se le impidió el derecho a hablar con su abogado desde el mismo momento de su retención, “al llevar al justiciable a un sitio que no era el adecuado, porque los cuarteles de Policía son

infranqueables por razones de seguridad y no están adaptados para garantizar el diálogo entre el abogado y el agente del delito”.

Insiste en que no adelantar “la legalización de la captura y la legalización de los elementos incautados a Jhoiner Toledo Vargas” es un comportamiento que no constituye delito de prevaricato por omisión de conformidad con providencia que estima “ampliamente pertinente para el caso” y de la cual transcribe un extenso fragmento⁷, para luego puntualizar que el arma de fuego que llevaba consigo el indiciado no podía ser objeto de medida alguna porque estaba amparada con permiso para porte, vigente al momento de la captura, además que ningún medio de conocimiento demuestra que fuera usada para los fines del delito de tráfico de estupefacientes o para ofrecer resistencia a la aprehensión, luego tras su incautación no era necesario someterla a control posterior dentro de las treinta y seis horas siguientes, pues por las mismas razones devenía improcedente su comiso en los términos del artículo 82 de la Ley 906 de 2004.

En relación con el vehículo expuso que de una lectura sistemática de los cánones 82, 83 y 85 del Código de Procedimiento Penal, las acciones del Estado orientadas a decretar el comiso del bien automotor utilizado en el delito deben hacerse, en todo caso, sin perjuicio de los derechos que terceros tengan sobre ellos.

Así, atendiendo a que en la propiedad del automóvil en el que se transportaba la sustancia estupefaciente aparecía registrada a nombre de una persona que nada tuvo que ver con el punible, en principio no podía predicarse con total acierto que el vehículo fuera del capturado, por lo que una medida cautelar muy probablemente obraría en perjuicio del tercero inscrito, además que según la última norma referida, solicitar la restricción de ese derecho es una actuación facultativa y no obligatoria para el fiscal, por lo que no adelantar ese trámite tampoco es constitutivo de la conducta punible de prevaricato por omisión.

En el mismo pronunciamiento el Tribunal ordenó compulsar copias a la Dirección General de la Policía Nacional y Procuraduría General de la Nación Delegada para las Fuerzas Militares, para adelantar investigación penal y disciplinaria contra el Coronel Wilson Bravo Cárdenas, por las irregularidades en que hubiese podido llegar a incurrir “durante el procedimiento de captura de Jhoiner Toledo Vargas y que la tornaron ilegal, en virtud de las circunstancias que se han llegado a establecer a partir de las pruebas practicadas en el juicio oral”.

IV. LA IMPUGNACIÓN

7. Inconforme con lo decidido, la Fiscal Trece Delegada ante la Unidad Nacional para la Investigación de Funcionarios de la Rama Judicial la recurrió bajo las siguientes consideraciones:

Indica que no se compece con lo probado en el juicio lo sostenido por el Tribunal acerca de que el capturado Jhoiner Toledo Vargas llevaba consigo un arma de fuego sin disparar, pues la apresurada e ilegal entrega que el acusado hizo de ese elemento impidió que la Policía Judicial constatará, con estudios técnicos de balística, la posibilidad de acreditar dicha situación, no se verificó la autenticidad del permiso para su porte, y ninguna mención se hizo respecto a que se trataba de una pistola Jerichó calibre 9mm, pavonada, con dos proveedores y veinticuatro cartuchos. Además, el capturado fue puesto en libertad incondicional y el arma y sus accesorios entregados a su defensor de confianza.

Tampoco corresponde a la realidad la afirmación del Tribunal según la cual el Coronel Wilson Bravo Cárdenas llegó a la escena instantes después de la aprehensión de Toledo Vargas, hecho ocurrido a la 1:39 A.M. pues está documentado y probado que arribó a las 2:00 de la mañana, esto es, luego de que los miembros de la Policía Judicial habían acordonado el lugar, realizado la fijación fotográfica y los actos urgentes propios

de una captura en flagrancia, momento en que informó telefónicamente al fiscal de turno, doctor Rubén Darío Hurtado Gironza, como lo corroboró en el testimonio rendido en el juicio. Por ende, no es cierto que se diga en la sentencia que éste dio aviso telefónico al funcionario judicial veinte minutos después de su llegada al lugar de la captura.

Asegura que esa situación tiene repercusión en el caso, por cuanto es en el juicio oral donde se dan a conocer los pormenores de la presencia del citado Oficial, los cuales no tuvo en cuenta el fiscal para adoptar la grosera decisión de otorgar la libertad al narcotraficante y en la que tampoco se hizo alusión alguna a que la medida obedecía a la actuación del Oficial.

Agrega que los elementos materiales probatorios, la evidencia física e información legalmente obtenida con ocasión de la captura de Jhoiner Toledo Vargas permiten sin mayor esfuerzo arribar a la conclusión de que el tiempo que tuvo la Policía Judicial para llegar a la URI con el capturado fue razonable. En este sentido, tal y como lo ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos, “el término inmediatamente” (a juicio de la CIDH equivalente a “sin demora”) debe ser interpretado conforme las características especiales de cada caso...”.

Sostiene que no es cierto, como lo anuncia el fallo, que el acusado CHAVES ORDÓÑEZ el 22 de mayo de 2008 solicitara al Jefe de Armamento de la Policía Judicial la entrega de la pistola al capturado Toledo Vargas, pues la autorizó a su abogado defensor quien no estaba facultado para portarla, hecho probado en la estipulación número tres, además que lo hizo cuando su turno había fenecido, sin solicitar la legalidad de esa incautación, a los jueces de control de garantías, pues era un elemento utilizado en el delito de narcotráfico.

A pesar de que en el fallo se realiza una breve exposición de cada una de las pruebas, se hace de manera sesgada, de suerte que no hay una debida ilustración, tal y como

sucedió con el recuento del dicho del testigo Rubén Darío Hurtado Gironza, cuando se dice que fue informado del caso en forma telefónica, omitiendo señalar que dijo que “en su criterio, en el momento en que le informaron así sea vía telefónica de la captura de Jhoiner Toledo Vargas, estaba a su disposición”, luego entonces no se desconoció su directriz de trasladarlo a la URI en un término razonable.

Se sostuvo por el Tribunal que no estaban probadas las condiciones de inseguridad del lugar, aspecto frente al cual no le creyeron al testigo Hurtado Gironza, quien ante la pregunta por ella realizada acerca de si el hecho de que la caravana hubiese pasado antes por las instalaciones de la Policía Nacional Sijin, constituía una ilegalidad de la captura, respondió que no, porque ello obedece a una serie de circunstancias que deben ser valoradas en su conjunto.

Tampoco dijo nada el juzgador con relación a que el citado deponente confirmó lo dicho por el Coronel respecto a que en varias oportunidades y durante el pesaje de la sustancia incautada y la realización de la prueba PIPH, lo llamó para averiguar por las diligencias que se estaban practicando.

La absolución se soporta en el actuar del Oficial de la Policía, sin trasladarse al momento en que al acusado profirió la orden de libertad de una persona que fue capturada en flagrancia con cerca de cuatrocientos kilos de cocaína, apartándose de los hechos probados en el juicio, como lo es la estipulación número tres, en la cual se hace referencia a la prueba documental contenida en el radicado número 190016000602200880072 en contra de Jhoiner Toledo Vargas, y que recoge los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, con la cual el fiscal adoptó la decisión que hoy se le reprocha.

Un análisis desprevenido de dichas pruebas permite concluir que las dos horas y veinte minutos que tardó la Policía Judicial en dejar a disposición al aprehendido en

flagrancia físicamente ante el Fiscal de la URI fue bastante razonable, dadas las condiciones del caso, pues en la huida y persecución del vehículo a éste se le estalló una de sus ruedas, además de la cantidad de estupefacientes incautada, y demás elementos incautados. Si bien es cierto que en Popayán las distancias son cortas y que del lugar donde se produjo la captura de Toledo Vargas a la URI se demora veinte minutos aproximadamente, también lo es que primero debían realizarse los actos urgentes, entre ellos, el pesaje de la sustancia incautada y la prueba PIPH.

La decisión a través de la cual el acusado ordenó la libertad de Toledo Vargas no cita al Coronel, tampoco mencionó la situación excepcional de puesta en peligro del capturado o la sustancia incautada, dice que no existe justificación, pese a que contaba con la entrevista del Sv. Eduar Andrés Mosquera Ágredo dando cuenta de las razones de seguridad que determinaron el traslado en caravana a la Sijin, en donde se realizó el pesaje de la sustancia y la prueba de PIPH, la cual fuera corroborada en el juicio oral.

También se documentó que se informó al fiscal de turno y que éste a su vez llamó varias veces al Oficial de la Policía para preguntar por el curso de la actuación, de manera que el término de dos horas y veinte minutos, así como el paso de Toledo Vargas por la Sijin, no le dan ilegalidad a la captura.

Y en cuanto a la falta de comunicación con el abogado, tampoco hacen la aprehensión ilegal, pues el derecho a la defensa técnica se mantuvo incólume, toda vez que el defensor se entrevistó con Toledo Vargas a las siete de la mañana.

Sostuvo que si en gracia de discusión se admitiera que la captura fue ilegal, no resulta entendible cómo el acusado tardó diez horas quince minutos en otorgarle la libertad, permaneciendo Jhoiner Toledo Vargas catorce horas y veinticinco minutos privado de su libertad.

Frente a la conducta de prevaricato por omisión, sostuvo que si bien Toledo Vargas tenía permiso para el porte del arma de fuego, junto con ella se incautaron dos proveedores y veinticuatro cartuchos, por lo cual se infringió el Decreto 2535 de 1993 que establece que el porte de municiones para un arma calibre 9m.m es de nueve cartuchos y determina como sanción la incautación, siendo deber del fiscal acudir a los jueces de control de garantías a legalizarla como lo ordenó al inicio en la resolución que dispuso la libertad.

No comprende cómo CHAVES ORDÓÑEZ continuó realizando actividades para las que ya no tenía competencia, al ordenar el día siguiente, 22 de mayo de 2008, la entrega del arma de fuego al apoderado judicial de Jhoiner Toledo Vargas, profesional que no tenía permiso para ello. Además porque la pistola hacía parte del delito de tráfico de estupefacientes.

Expuso que en los casos de captura por delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el concepto de flagrancia se extiende hasta el momento en que mediante prueba del PIPH, se determina por los expertos de Policía Judicial, que la sustancia es un alcaloide. Fue esa la razón por la que a las 3:50 de la mañana, después de haber probado técnicamente que lo incautado correspondía a cocaína y que su peso neto era de trescientos noventa y nueve mil setecientos catorce (399.714) gramos, que la Policía dispuso el traslado del capturado Toledo Vargas a la URI, término de la distancia que fue el necesario y razonable para identificar al capturado, la sustancia, el vehículo, el arma de fuego y demás accesorios incautados.

Luego al haberse apartado irrazonablemente el fiscal acusado de sus deberes, omitió en forma dolosa el deber jurídico, lesionando la administración pública, pudiendo y debiendo actuar de otra manera como lo era legalizar la captura, formular la imputación y pedir medida de aseguramiento, razones que la llevan a deprecar la revocatoria del fallo.

En escrito complementario, solicita se deje sin efecto la orden de compulsar copias penales y disciplinarias al Coronel de la Policía Wilson Bravo Cárdenas, por cuanto éste lo que hizo fue cumplir con su deber, demostrando su preocupación en la lucha contra la delincuencia y el narcotráfico.

V. ALEGATO DEL NO RECURRENTE

8. El acusado, en ejercicio de su defensa material, solicitó se confirme la sentencia absolutoria emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán.

Adujo que la Ley 906 de 2004 fijó pautas muy claras en lo relacionado con las capturas en situación de flagrancia, las cuales fueron desconocidas en virtud de la actitud del Oficial de la Policía, quien sin tener dominio o facultad sobre el caso impartió una orden que trajo consigo la contaminación de un procedimiento que hasta su llegada era limpio y transparente.

Sostuvo que el análisis acerca de la aprehensión de Jhoiner Toledo Vargas, se inició a partir del momento en que ésta se protocolizó con la lectura de los derechos del capturado, lo cual sobrevino luego de que en la escena de los hechos se determinó por parte de los servidores de policía judicial la naturaleza ilícita del objeto que transportaba y se dispuso su remisión a la Unidad de Reacción Inmediata, porque fue justo en ese instante en que sus derechos fundamentales se limitaron y las garantías procesales que le son propias al acto debieron impulsarse.

Frente a los planteamientos esbozados por la Delegada de la Fiscalía como soporte del recurso de alzada, indicó que aquellos no guardan relación con lo probado dentro del proceso penal, pues en algunos casos son sesgados, en otros se alejan del tema sustantivo del debate o son imprecisos.

Así, en cuanto anunció que “llevaba consigo un arma de fuego sin disparar, hecho que

no se compadece ni con lo probado en el juicio oral, ni tampoco dentro del proceso seguido contra ese personaje”, el Sargento Eduar Andrés Ágredo Mosquera en declaración rendida explicó que durante la persecución del sospechoso y al momento de su captura éste “no disparó” en contra de las autoridades que lo requerían. Además, en su informe de captura y posterior entrevista tampoco adujo que el arma hubiera sido percutida, cuestión que corrobora el informe de investigación FPJ12, suscrito por el balístico de la Policía Nacional en el que se indica que “previa verificación el arma no presenta alojados cartuchos o elementos de munición (vainillas, proyectiles)”.

En relación a que no se verificó la autenticidad del permiso para su porte, dicha labor fue realizada por los integrantes de la Sijin quienes de manera expresa así lo consignaron luego de practicar un examen físico al documento.

Respecto a la crítica que se hace al Tribunal por cuanto en el fallo se dice que el oficial “llegó instantes después de la aprehensión” y no veinte minutos después, consideró que una discrepancia de orden semántico no puede convertirse en punto válido de ataque, máxime cuando dicha acepción bien puede cobijar el término de veinte minutos de que habla la fiscalía.

Referente a la afirmación de que “inmediatamente llega este policial a la escena de los hechos, informa telefónicamente al fiscal de turno”, situación corroborada por el doctor Rubén Darío Hurtado Gironza, sostuvo que la Fiscalía calla convenientemente que dicho deponente una vez conoció vía telefónica de lo ocurrido, por ese mismo medio y con ocasión de la llamada, aconsejó y sugirió “trasladar de inmediato al capturado hasta las instalaciones de la URI” y que negó abiertamente haber prohibido el ingreso del capturado a esa dependencia hasta tanto se adelantara el proceso de identificación preliminar de la sustancia incautada como lo adujo el Coronel Bravo Cárdenas.

En lo relativo a que nada se dijo en la resolución en que se otorgó la libertad en forma ilegal de la actuación del Coronel Bravo Cárdenas, los planteamientos expuestos en el fallo contienen razonamientos de orden fáctico y jurídico que justifican su proceder.

En cuanto a que “el Fiscal debía solicitar la legalidad de esa incautación ante los jueces de control de garantías, porque era un elemento utilizado para la comisión del delito de narcotráfico”, la impugnante desconoce que el arma como tal no se constituye en el objeto material del delito, pues la captura de Jhoiner Toledo Vargas se produjo por tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, además de que el arma se encontraba amparada para su porte por un permiso legalmente expedido y no fue utilizada como medio o instrumento de delito doloso.

En lo concerniente a la manifestación de que “los juzgadores de primera instancia argumentan a lo largo de la sentencia que no están probadas las condiciones de inseguridad en la madrugada de los hechos...”, se plantea el interrogante de por qué debían creer eso los Magistrados, si los testigos afirmaron que las condiciones eran normales y que no fueron alertados de ninguna circunstancia especial.

En lo referido a que “...el fiscal de turno llamó vía telefónica para averiguar por las diligencias que estaban practicando...”, sostuvo que la fiscalía desvía el sentido de la declaración del doctor Hurtado Gironza, porque en realidad su llamada tenía como fin exclusivo conocer el lugar donde había sido conducido el capturado para informarle a su abogado, quien ya se había hecho presente en la URI con el propósito de entrevistarse con su cliente.

En lo tocante a que el actuar del Coronel Wilson Bravo Cárdenas no fue el “fundamento de la resolución prevaricadora”, si bien es cierto que no se cita como responsable del actuar que conllevó la declaratoria de ilegalidad de la captura, también lo es que los

enunciados, soporte probatorios y direccionamiento indican fehacientemente que la crítica se hace por dos motivos: la no remisión inmediata del capturado ante la autoridad judicial y su posterior traslado de manera inentendible a las dependencias del Comando de Policía del Cauca en donde el acceso inmediato del abogado defensor truncó el derecho de defensa del indiciado.

En cuanto a que “...el término de la distancia razonablemente queda sujeto a la apreciación de la gravedad de la infracción y de las especiales condiciones que rodearon los hechos...” sostuvo que de ser ello cierto, no tendría explicación el que los funcionarios de policía judicial ya hubieran adelantado en un alto porcentaje los actos urgentes en la escena de los hechos, leído los derechos y remitido el capturado ante la autoridad competente.

Y respecto de “las razones por las cuales se trasladaron todos en caravana a las instalaciones de la Sijin, lugar en donde se realizó el pesaje de la sustancia incautada y la prueba de PIPH...”, afirmó que ello no corresponde a la realidad, pues la experticia se solicitó a las 04:00 horas, es decir, diez minutos después del ingreso de Toledo Vargas a la carceleta de la URI.

En lo atinente a que “el derecho a la defensa técnica se mantuvo incólume”, ello no es cierto, pues éste lo integra un mandato superior al debido proceso y es una de las garantías más sagradas que ha consagrado nuestra normatividad, por lo que “cualquier desliz” genera una afrenta sustantiva a los derechos propios e inherentes de la persona y el Estado se encuentra en la obligación no solo de reconocerlo sino de propender por su restablecimiento.

En lo relativo a que “el concepto de flagrancia se extiende hasta aquel momento en que mediante la prueba de PIPH, se determina por los expertos de Policía Judicial, que la sustancia incautada es un estupefaciente...”, indicó que de ser válida dicha

afirmación, nunca debió disponerse la captura de Toledo Vargas y leérsele sus derechos a la 01:39 de la mañana del 21 de mayo de 2008, pues sólo hasta las 17:30 horas se adujo el informe pericial que contenía los resultados.

En consecuencia, como el análisis realizado por el Tribunal Superior de Popayán se ajustó a lo probado, solicita se confirme el fallo absolutorio proferido.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

9. Según lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, en armonía con el numeral 2º del artículo 33 ibídem, es competente la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para conocer en segunda instancia de la apelación al fallo absolutorio que por los delitos de prevaricato por acción y omisión, agravados, dictó el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán (Cauca), a favor de JAIME GIOVANNI CHAVES ORDÓÑEZ, persona que para la época de los hechos imputados en la acusación se desempeñaba como Fiscal Seccional adscrito a la URI de la referida ciudad.

10. Con ocasión de los hechos consignados al inicio de esta decisión (numerales 1 y 2), el aludido fue acusado como "...autor de las conductas punibles de prevaricato por omisión agravado y de prevaricato por acción agravado, contempladas en el Libro Segundo del Código Penal, Título XV, Capítulo Séptimo, artículos 413, 414 y 415...", comportamientos delictivos que la parte acusadora, conforme al devenir fáctico, de manera sintética consideró cristalizados o realizados en el siguiente orden:

"Es claro entonces que JAIME GIOVANNI CHAVES ORDÓÑEZ en un primer momento, omitió en forma dolosa el deber jurídico impuesto por la Constitución y la ley, pues como titular del caso de captura en flagrancia de Jhoiner Toledo Vargas, por su amplia experiencia como funcionario investigador, cargo que ocupa desde hacía varios años atrás, podía, conocía y debía completar las audiencias que había solicitado,

más aún cuando su omisión y posterior actuar significó la libertad del capturado por un delito de narcotráfico, quien hoy se encuentra en contumacia. Son éstas razones jurídicas suficientes para establecer que conocía el alcance de su omisión, sabía como profesional del derecho que es, de los límites jurídicos que le impone el cumplimiento de la titularidad de la acción penal, que omitir la solicitud de legalidad de captura, formulación de una imputación y la solicitud de una medida de aseguramiento que para el caso era legalmente procedente, tiene una consecuencia jurídica cual [es] la incursión en una conducta punible omisiva.

"Además, realizó la conducta activa, en forma dolosa, pues por su amplia experiencia como funcionario instructor, cargo que ocupa desde el año 1995, conocía el alcance y límites de una resolución de orden de libertad de Fiscal, fundamentando una prolongación ilegal de la libertad que nunca existió; contrarió en forma grosera lo normado en la Ley 906 de 2004 en su artículo 302, que autoriza, sí, al fiscal a otorgar la libertad en los casos de captura en flagrancia, sólo en dos eventos: cuando la conducta no comporta medida de aseguramiento y cuando la captura es ilegal, ninguna de las situaciones se presentaron, es más, cuando el capturado le fue puesto a su disposición, él solicitó la audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, y no obstante, voluntariamente decide retirar las audiencia y emitir una resolución totalmente contraria a la ley, en una situación que era de flagrancia, todas las exigencias que a lo largo de la vigencia del sistema penal acusatorio ya ha sido decantado, se cumplían a cabalidad, la captura era legal.

(...)

"Debía además legalizar el procedimiento de incautación de los elementos utilizados para la comisión del delito, con fines de comiso, pero al contrario, en forma ilegal y sin ya tener competencia para ello, emite un oficio ordenando la entrega del arma de

fuego utilizada para la comisión del delito de narcotráfico”8.

La necesidad de citar con total fidelidad los supuestos de hecho y de derecho precisados en el pliego de cargos, atiende a la preservación de la garantía de congruencia (Ley 906 de 2004, artículo 448), pues, de una parte, es claro que en la acusación se hace la atribución fáctica y jurídica de un concurso de conductas punibles compuesto por: (i) prevaricato por omisión debido a la renuncia a efectuar la audiencia concentrada de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento; (ii) prevaricato por acción relativo a la emisión contraria a derecho de la orden de libertad a favor de Jhoiner Toledo Vargas; y (iii) prevaricato por omisión circunscrito a la pretermisión de la audiencia destinada a legalizar la incautación, con fines de comiso, de los bienes e instrumentos empleados por el citado indiciado como medio de ejecución del delito doloso del que fue sorprendido en situación de flagrancia, conductas todas ellas agravadas por haber recaído la acción u omisión prevaricadora respectiva en una actuación judicial relacionada con un punible de narcotráfico.

Y de otra, como aquél fue el objeto de debate en el juicio, de pronunciamiento en el fallo absolutorio atacado, y motivo de la censura en sede de apelación, en relación con esos mismos comportamientos versará la decisión de la Sala, advirtiéndose desde ya que la sentencia objeto de disenso será revocada, al asistírle razón en su inconformidad a la parte titular de acción penal que impugnó la providencia en cuestión.

En efecto, se impone la condena del acusado como autor de los dos últimos comportamientos aludidos en la acusación como estructurales de prevaricato por acción y por omisión, respectivamente, pero no respecto de la primera modalidad, también imputada en forma omisiva, ya que el sustrato en el que se hizo recaer ésta queda comprendido dentro del iter criminis, esto es, en el recorrido que

siguió el procesado hasta concretar el segundo delito, es decir, el de prevaricato por acción, se reitera, referido a la orden de libertad librada a favor de Toledo Vargas.

11. Ha de recordarse que el delito es un fenómeno psíquico-físico que como comportamiento humano es susceptible de valoración, y al tener su génesis en la mente del sujeto activo, resulta perceptible en el mundo exterior a través de actos relevantes para vulnerar o poner en peligro de efectiva lesión los bienes jurídicos hacia cuya protección se orienta la hipótesis normativa.

Es por eso que tanto en la academia como en la jurisprudencia con absoluta claridad se tiene decantado que:

“...el iter criminis, entendido como el recorrido de la conducta criminal desde su concepción intelectual hasta su consumación, se ha dividido tradicionalmente por los doctrinantes en dos grandes fases. La subjetiva, consistente en la idea, en la mera intención o en la maquinación intelectual hacia la comisión del ilícito. Y la fase objetiva, que se presenta cuando se exterioriza esa intención, a través de actos preparatorios, actos ejecutivos y actos consumativos.

“Ni el pensamiento, ni los actos preparatorios involucran per se alguna forma de lesividad material o puesta en peligro en modo relevante al bien jurídico, por lo cual hasta ese momento no pueden adecuarse típicamente en ningún ilícito, precisamente porque inclusive los actos preparatorios son equívocos, y no conducen indefectible e inequívocamente hacia la perfección de algún delito. (...).

“De ahí que la conducta humana desviada ingresa a la órbita del derecho penal, a partir del momento en el cual estructura al menos la tentativa de un delito, dispositivo amplificador del tipo que tiene operancia, según las voces del artículo 27 del estatuto penal, a partir de la verificación de que el sujeto activo ha iniciado ‘la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a

su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad.'..."⁹.

De acuerdo con la doctrina, en los eventos en que el iter criminal se desarrolla en varios pasos progresivos de lesión a un mismo bien jurídico, se está ante un concurso aparente de delitos que debe solucionarse atendiendo los criterios del principio de subsidiariedad, específicamente de una "subsidiariedad tácita":

"La subsidiariedad significa que una ley penal sólo se aplica de modo auxiliar, es decir, sólo si el hecho no está conminado con pena (mayor) según otros preceptos. Con el fin de ampliar o intensificar la protección jurídico-penal, en muchas ocasiones se conmina con pena determinadas conductas que se presentan como estadio o forma previa, o como variante menos intensa, de un ataque a un interés jurídicamente protegido que el ordenamiento penal ya abarca en otra disposición. En tales casos, queda desplazado este tipo secundario si el ataque en sentido estricto, o el ataque de mayor gravedad, a su vez concurre y es punible. (...)"¹⁰.

En relación con esa particular temática del concurso aparente de delitos, la Sala ha puntualizado lo siguiente¹¹:

"La jurisprudencia¹² ha señalado que el concurso aparente de tipos penales tiene como presupuestos básicos (i) la unidad de acción, esto es, que se trata de una sola conducta que encuadra formalmente en varias descripciones típicas, pero que realmente sólo encaja en una de ellas, (ii) que la acción desplegada por el agente persiga una única finalidad y (iii) que lesione o ponga en peligro un solo bien jurídico, de manera tal que la ausencia de uno de tales elementos conduce a predicar el concurso real y no el aparente¹³.

"La Corte Suprema de Justicia¹⁴ ha destacado, coincidiendo con la

doctrina, que la solución racional del concurso aparente de tipos –para obviar el quebranto del principio non bis in ídem–, en el sentido de seleccionar la norma que resulte adecuada, impone la aplicación de los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción, respecto de los cuales indica:

”Una norma penal es especial cuando describe conductas contenidas en un tipo básico, con supresión, agregación, o concreción de alguno de sus elementos estructurales. Por consiguiente, para que un tipo penal pueda ser considerado especial respecto de otro, es necesario que se cumplan tres supuestos fundamentales: 1) que la conducta que describe esté referida a un tipo básico; b) Que entre ellos se establezca una relación de género a especie; y, c) Que protejan el mismo bien jurídico. Si estos presupuestos concurren, se estará en presencia de un concurso aparente de tipos, que debe ser resuelto conforme al principio de especialidad: *lex specialis derogat legi generali*.

”Un tipo penal es subsidiario cuando solo puede ser aplicado si la conducta no logra subsunción en otro que sancione con mayor severidad la transgresión del mismo bien jurídico. Se caracteriza por ser de carácter residual, y porque el legislador, en la misma consagración del precepto, advierte generalmente sobre su carácter accesorio señalando que solo puede ser aplicado si el hecho no está sancionado especialmente como delito, o no constituye otro ilícito, como acontece, por ejemplo, con el abuso de autoridad (art.152, modificado por el 32 de la ley 190 de 1995), o el empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos (artículo 198 ejusdem), entre otros.

”De acuerdo con lo expresado, dos hipótesis pueden llegar a presentarse en el proceso de adecuación típica frente a disposiciones subsidiarias: 1) Que la conducta investigada corresponda a la del tipo penal subsidiario exclusivamente; y, 2) Que simultáneamente aparezca definida en otro tipo penal de mayor jerarquía (básico o especial) que protege el mismo bien jurídico. En el primer supuesto ningún inconveniente se presenta,

pues siendo una la norma que tipifica la conducta, se impone su aplicación. En el segundo, surge un concurso aparente de tipos que debe ser resuelto con exclusión de la norma accesoria, en virtud del principio de subsidiariedad: *lex primaria derogat legis subsidiariae*.

"Finalmente se tiene el tipo penal complejo o consuntivo, que por regla general se presenta cuando su definición contiene todos los elementos constitutivos de otro de menor relevancia jurídica. Se caracteriza por guardar con éste una relación de extensión-comprensión, y porque no necesariamente protege el mismo bien jurídico. Cuando esta situación ocurre, surge un concurso aparente de normas que debe ser resuelto en favor del tipo penal de mayor riqueza descriptiva, o tipo penal complejo, en aplicación del principio de consunción: *lex consumens derogat legis consumptae*.

"En virtud del principio de consunción -que no se ocupa de una plural adecuación típica de la conducta analizada- si bien los delitos que concursan en apariencia tienen su propia identidad y existencia, el juicio de desvalor de uno de ellos consume el juicio de desvalor del otro, y por tal razón sólo se procede por un solo comportamiento¹⁵. Es aplicable la consunción cuando entre los dos punibles existe una relación de menos o más, o de imperfección a perfección, como ocurre en los llamados delitos progresivos, no cuando existe una simple conexidad¹⁶".

En el presente asunto, siguiendo la línea de pensamiento plasmada por la Fiscalía en la acusación, al procesado se le reprocha como primera conducta omisiva que, no obstante requerir a las 03:30 p.m., del 21 de mayo de 2008, la audiencia concentrada de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento¹⁷, a las 05:10 p.m., del mismo día la canceló¹⁸, dejando de cumplir de esa manera la función inherente al cargo ocupado, reglada en la Constitución¹⁹ y la ley²⁰.

Sin embargo, es evidente que tal situación, hasta ese momento, no resulta unívoca ni inequívoca de la configuración de un hecho punible lesivo de la administración pública, o de otro bien jurídico, ya que, conforme a las normas aludidas, si bien es obligación de la Fiscalía General de la Nación adelantar el ejercicio de la acción penal, de acuerdo con la misma codificación, en casos excepcionales y por motivos expresamente previstos en la ley, puede aplazar o sustraerse al cumplimiento de ese deber, luego, la efectiva vulneración de la garantía social en comento solo viene a resultar perceptible y trascendente cuando se conocen los fundamentos o motivaciones de esa pretermisión.

Dicho de otra manera, y en total armonía con las citas de doctrina y jurisprudencia hechas con anterioridad, esa omisión dentro de la sucesión causal fáctica analizada constituyó un acto previo del punible de prevaricato por acción materializado en la “ORDEN DE LIBERTAD EXPEDIDA POR EL FISCAL” el 21 de mayo de 2008, a las “18:15 horas”²¹, con base en la cual el acusado excarceló al aprehendido en flagrancia, pretextando una supuesta “captura ilegal” (liberación que de suyo implicaba, al menos temporalmente, la carencia de objeto de la audiencia concentrada solicitada), motivo por el que el trámite incumplido no puede ser punible de manera independiente, pues corresponde a una misma unidad o recorrido delictivo, y su desvalor queda reprimido con mayor severidad en la hipótesis que describe el artículo 413 del Código Penal, dicho de otra forma, la sanción de ese obrar omisivo está comprendida en la condena a emitir por ésta.

12. Hecha la anterior aclaración, se ocupa, entonces, la Sala de analizar los elementos estructurales de la conducta punible de prevaricato por acción, consagrada en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, norma de acuerdo con la cual el “servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley” incurrirá en penas de prisión, multa e inhabilitación de derechos y

funciones públicas.

Mediante esa prohibición, entre otras previstas por el legislador en el Libro Segundo, Título XV, del Código Penal, se pretende resguardar el bien jurídico de la administración pública, el cual,

“...protege diversos valores propios de la actividad estatal; en realidad, tiene una significación estrecha con el funcionamiento del sistema, con la forma cómo se actúa y cómo se ejecutan las decisiones públicas. No por otra razón, los tipos penales vinculados con el bien jurídico de la administración pública protegen el interés general, la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que son entre otros, valores esenciales de la administración pública, a mas de sus bienes materiales”²².

En lo referente a la tipicidad objetiva del delito de prevaricato por acción, la hipótesis normativa prevé un sujeto agente calificado, pues se trata de servidor público, un verbo rector consistente en proferir, y dos clases de ingredientes normativos: de una parte, “dictamen, resolución o concepto”, y de otro “manifiestamente contrario a la ley”.

En lo que a este último aspecto atañe, la Sala ha sido enfática y reiterativa al considerar que su configuración no sólo contempla la valoración de los fundamentos jurídicos que el servidor público expuso en el acto judicial o administrativo (o la ausencia de ellos), sino también el análisis de las circunstancias concretas bajo las cuales lo adoptó, así como el de los elementos de juicio que contaba al momento de proferirlo:

“[...] la ley, a cuyo imperio están sometidos los funcionarios judiciales en sus decisiones, no surge pertinente al caso concreto de manera automática, sino como fruto de un proceso racional que le permite al juez o al fiscal determinar la validez, vigencia y pertinencia de la norma a la que se adecua el supuesto de hecho que pretende resolver.

"Pero ésa que es, o intenta ser, la verdad jurídica es apenas una parte del contenido de una providencia judicial. Ésta se halla igualmente conformada por la verdad fáctica. Tal concepto corresponde a la reconstrucción de los hechos de acuerdo con la prueba recaudada, siendo necesario que entre ésta y aquélla exista una correspondencia objetiva en cuanto las específicas circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el acontecimiento fáctico, [que deben] estar demostradas con el material probatorio recaudado en la actuación. El prevaricato puede entonces ocurrir en uno de los dos aspectos de la solución del problema jurídico. En el fáctico o en el jurídico. O en los dos simultáneamente, pero, en todo caso, el uno no puede desligarse del otro en cuanto la función judicial consiste precisamente en determinar cuál es el derecho que corresponde a los hechos"²³.

Igualmente debe la Corte hacer hincapié en que el análisis de la contradicción de lo decidido con la ley se debe hacer mediante un juicio ex ante, al ubicarse el operador jurídico al momento en que el servidor público emitió la resolución, el dictamen o el concepto, examinando el conjunto de circunstancias por él conocidas, siendo por lo mismo improcedente un juicio de verificación ex post con nuevos elementos y conocimientos.

"...la dirección típica de la norma sobre el prevaricato exige primero y directamente una confrontación entre la decisión proferida por el acusado y la ley. Puede ser que el juicio de reproche requiera de la clarificación que eventualmente surge de las explicaciones del procesado en el curso de sus intervenciones, o de las reflexiones de los distintos sujetos procesales en torno a lo que significa el presupuesto fáctico y jurídico sobre el cual se edifica la prevaricación, o de los pareceres de otras autoridades judiciales, pero lo primero que debe enfrentar el juzgador es lo que hizo el inculcado en la resolución redargüida de ostensiblemente ilegal, pues, por lo obvio, es en este momento cuando se realiza la conducta juzgada y no, verbigracia, en la indagatoria o la audiencia pública, oportunidades estas en las cuales se producen los descargos o

explicaciones sobre los hechos que ya se habían consumado.

"De igual manera, la adecuación típica del delito de prevaricato debe surgir de un cotejo simple del contenido de la resolución o dictamen y el de la ley, sin necesidad de acudir a complejas elucubraciones o a elocuentes y refinadas interpretaciones, pues un proceso de esta índole escaparía a una expresión auténtica de lo 'manifiestamente contrario a la ley'. Así entonces, para la evaluación de esta clase de conductas delictivas se adopta una actitud más descriptiva que prescriptiva, es decir, sujeta a lo que realmente hizo el imputado en la respectiva actuación, asistido de sus propios medios y conocimientos, no a lo que debió hacer desde la perspectiva jurídica y con base en los recursos del analista de ahora (juicio ex ante y no a posteriori). Desde luego que si el objeto de examen es una decisión ostensiblemente contraria a la ley, el juzgador no puede abstenerse de señalar el 'deber ser' legal que el infractor soslayó maliciosamente, pero como un 'deber ser' que éste conocía (no aquél) y que obviamente estaba al alcance de sus posibilidades"24.

En conclusión, el juicio o valoración acerca del carácter manifiestamente ilegal del dictamen, resolución o concepto debe hacerlo el operador jurídico ubicándose en el momento histórico en el que el servidor público emitió el acto reprochado, y tal análisis puede comprender, además de un problema jurídico, uno fáctico, es decir, que no sólo concierne a groseras o caprichosas discordancias con la ley, sino también apreciaciones probatorias sesgadas u opuestas a la realidad del proceso, que propenden por otorgar una apariencia de adecuada motivación a lo que en últimas constituye un pronunciamiento tan injusto como ostensible en dicho aspecto.

13. En el asunto examinado, mediante los documentos pertinentes, se encuentra debidamente acreditada la condición de servidor público de JAIME GIOVANNI CHAVES ORDÓÑES, como Fiscal Tercero Seccional de Popayán, lo mismo que en ejercicio de ese cargo, para el 21 de mayo de 2008, fueron sometidas a su conocimiento, para

los fines legales, las diligencias relacionadas con la captura en flagrancia de Jhoiner Toledo Vargas, quien transportaba algo menos de media tonelada de cocaína, aspectos fácticos no discutidos en el proceso y que, por el contrario, fueron objeto de estipulación²⁵.

En armonía con el marco conceptual precisado respecto del delito de prevaricato por acción (numeral 12), la Sala encuentra desafortunadas las consideraciones y valoración consignada en el fallo recurrido, toda vez que para descartar la configuración de la citada conducta punible el a-quo pretermitió el análisis de las concretas circunstancias fácticas, procesales y probatorias que tuvo ante sí el acusado al momento de adoptar la “ORDEN DE LIBERTAD” reprochada, ponderando en su lugar aspectos ajenos a esos hitos, acreditados con posterioridad (en el juicio) y que tampoco determinaban la ilegalidad de la captura, además que el juzgador de primer grado respaldó y prohió la interpretación exegética que del artículo 302 de la Ley 906 de 2004 hizo el acusado en cuanto al término para poner a disposición de la fiscalía al aprehendido en situación de flagrancia, la cual es abiertamente contraria a los artículos 28 y 32 de la Constitución Política, y 2º del citado Código de Procedimiento Penal.

13.1. Los fundamentos jurídicos y fácticos de la “ORDEN DE LIBERTAD EXPEDIDA POR EL FISCAL”, adoptada por el acusado el 21 de mayo de 2008, a las “18:15 horas”, pueden resumirse de la siguiente manera: (i) reconoce que la captura de Toledo Vargas en esa fecha ocurrió en indiscutible situación de flagrancia que habilitaba la restricción de su libertad de acuerdo con los artículos 32 de la [Constitución Política](#) y 301 de la Ley 906 de 2004; (ii) asegura que los actos antecedentes y concomitantes a la retención fueron ajustados a derecho, y anuncia el “desconcierto” que le causa en el “itinerario seguido por la policía a partir del momento de la aprehensión física, esto es, los momentos posteriores o consecuentes (sic) que se refieren a la ubicación del actor en las dependencias de la carceleta de la

autoridad competente, URI Fiscalía General de la Nación”, y (iii) luego de citar, encarecer y resaltar la importancia de los Tratados Internacionales que consagran el traslado “sin demora” de la persona detenida por una infracción penal ante la autoridad judicial, consigna las siguientes conclusiones:

“[El] Estado tiene la obligación permanente de no incurrir en conductas que no respeten los derechos de las personas privadas de la libertad, sin consideración a las circunstancias en que se realiza la captura. El Estado, insistimos, debe garantizar la seguridad personal, la vida e integridad física de la persona retenida, y por supuesto garantizar su defensa. Solo situaciones supremamente excepcionales, debidamente probadas permitirían que una persona no fuera puesta de manera inmediata a órdenes de una autoridad judicial, sólo así la dilación se justifica.

”Por ende la legalidad de la captura depende de que las autoridades captoras realicen todas las diligencias y actos que efectivamente se dirijan a garantizar que en el término más breve posible la persona sea integrada a una entidad judicial y esto constituye una obligación para el Estado que debe garantizar los mecanismos para la garantización (sic) de este derecho.

”En el caso avistado no existe justificación alguna para que la persona capturada a eso de la 1:35 horas haya sido dejada a disposición solo hasta las 03:50 horas del mismo día, sobre todo si entendemos que su garantía al derecho de defensa fue vulnerada en ese lapso de tiempo y con ello el debido proceso que le asiste como presunto sujeto activo de una infracción penal.

”El art. 302 haciendo eco de los tratados y de la Constitución exige que el capturado debe ser conducido inmediatamente o en el término de la distancia ante la Fiscalía General de la Nación, fenómeno que en este caso no ocurrió pues solo se dispuso su entrega física dos horas y quince minutos después sin que se observe ningún hecho que motivara tal

dilación.

"Lo que sí es cierto es que el art. 302 fue vulnerado y teniendo intrínseca relación con la captura y en particular con los movimientos anteriores a esta la misma deberá ser declarada ilegal.

"Es importante anotar que de acuerdo con lo manifestado por el abogado defensor señor ABOGADO (sic) Rafael Cabrera a él se le restringió su ingreso a las instalaciones de la Sijin-Decau a donde fue llevado equivocadamente su patrocinado lo cual hace evidente un acto violatorio más, que no se habría consumado si el ingreso acontece tal como lo exige la ley de manera pronta e inmediata a las instalaciones de la URI, en consecuencia así el caso grave y así se evidencie un malestar en torno al caso, en aras del garantismo constitucional y legal se decreta ilegal la captura y se dispone la libertad inmediata de Jhoiner Toledo Vargas. No ocurre lo mismo con los elementos materiales probatorios y evidencias físicas acopiadas debido a que su procedimiento de fijación, embalado, rotulado y demás se ajustó a los protocolos de cadena de custodia y tienen a propósito de la aprehensión física una fuente independiente, por ende se dispone no decretar su exclusión y por ende remitir las diligencias a la oficina de asignaciones para que se produzca el formal reparto"26.

13.2. Pues bien, de entrada es necesario precisar que la aludida "ORDEN", por expreso mandato legal (Ley 906 de 2004, artículo 161, parágrafo), se equipara a un auto o resolución, luego al emitir esa especie de pronunciamiento el funcionario habilitado para ello puede incurrir en el delito aquí dilucidado, como en efecto se materializó en el presente caso.

Contrastados de manera fidedigna los fundamentos de la referida orden con los documentos que tuvo a disposición el procesado CHAVES ORDÓÑEZ en el asunto concerniente a la aprehensión en flagrancia de Jhoiner Toledo Vargas,

observa la Sala que allí no obra elemento de conocimiento que de manera objetiva permitiera asegurar que con base en “el estudio previo de las diligencias se estableció que se trataba de una captura ilegal”²⁷ como lo advirtió en el oficio mediante el cual canceló la audiencia concentrada y lo reiteró en la cuestionada orden de libertad.

La aludida actuación está encabezada por la “BITÁCAORA DE DERECHOS DEL CAPTURADO”, en la que figuran los siguientes datos relevantes: la captura de Toledo Vargas ocurrió a la 01:39 a.m., del 21 de mayo de 2008, y el ingreso de éste a la “CARCELETA” de la URI ocurrió a las 03:50 a.m. La actuación (carpeta contentiva de los reportes de actos urgentes) fue entregada a la Fiscalía a las 12:10 p.m., y dentro de ese lapso, a las 07:48 a.m., dicha entidad se comunicó con la Defensoría Pública para la designación de un abogado al aprehendido, como en efecto ocurrió, pero éste rechazó tal apadrinamiento y hasta ese momento suministró el nombre de su defensor de confianza²⁸.

A continuación aparece el formato “REPORTE DE INICIACIÓN -FPJ- 1-” en el cual el respectivo funcionario de policía judicial precisa que la noticia acerca de la interceptación de un vehículo que “podía transportar estupefacientes” la recibió a las 02:00 a.m., y procedió a “informar a SIJIN URI para que se desplazara al lugar”²⁹.

Luego aparece el formato “INFORME EJECUTIVO -FPJ-3-”, destinado al reporte de actos urgentes y actividades semejantes, en el que el mismo policial reitera la hora en que se enteró del suceso por la central de radio, y narra las labores desarrolladas al llegar al lugar:

“...la patrulla de policía de vigilancia con el indicativo ‘MÓVIL 1’ al mando

SV. Mosquera Agredo Edward, funcionario de la Policía Nacional, tenía un vehículo retenido, en el cual transportaban 14 costales de fique, los cuales contienen unos paquetes envueltos en cinta color amarillo, que al hacer presencia la unidad de actos urgentes el PT. López Gallego Oscar, funcionario de la SIJIN, observa que en su interior contienen una sustancia sólida de color blanco con olor característico a estupefacientes. Por tal motivo al lugar se dirige el laboratorio de criminalística de la SIJIN comandado por IT. Cifuentes Adarme Guido, SI Adrián Hernández y PT Parra Quilindo Luis, quienes realizan la fijación fotográfica al lugar donde se encuentra el vehículo y a los elementos encontrados dentro del mismo. En dicho lugar los policiales dan captura al señor Jhoiner Toledo Vargas... Los hechos, detalles y pormenores de dicha captura son narrados por los policiales de vigilancia mediante formato de policía de vigilancia para casos de captura en flagrancia...”30.

Del documento en cuestión se desprende, sin lugar a equívocos, que en el sitio de la interceptación no se practicó la prueba de identificación preliminar homologada de la sustancia incautada, ello debido a la gran cantidad de droga, como es narrado en el formato rotulado “INFORME DE LA POLICÍA DE VIGILANCIA EN CASOS DE CAPTURA EN FLAGRANCIA -FPJ-5-” en el que, tras recapitular la persecución e interceptación del rodante, y el requerimiento hecho a las unidades de Policía Judicial en aras de verificar el carácter ilícito de la sustancia, se puntualiza que la misma corresponde a “base de coca” o “clorhidrato de cocaína” y que fue trasladada a las instalaciones de la SIJIN donde, en presencia del retenido, con la ayuda del personal especializado,

“...se hizo el conteo detallado de cada bulto y se constató que cada uno de estos contenía la cantidad de treinta (30) paquetes para un total de cuatrocientos veinte (420), cada uno de estos forrado en papel contac [sic] de color amarillo, con un peso bruto de cuatrocientos noventa y dos mil cincuenta y ocho (492.058) gramos. Respecto del arma de fuego el capturado portaba permiso para porte N° 1835577. Durante el

registro al señor Jhoiner Toledo le fue encontrado un celular marca Nokia 1200, código 05524556DP164B”³¹.

Además, en su orden, aparecen glosados, los siguientes documentos: “ACTA DE DERECHOS DEL CAPTURADO -FPJ-6-” firmada por aquél en constancia del “...buen trato físico, psicológico y moral que ha recibido del personal que realizó el procedimiento de captura; que le han comunicado y respetado sus derechos y ha sido tratado (a) con dignidad y respeto”; el acta de incautación e inventario del vehículo en el que transportaba la droga; la “SOLICITUD DE ANÁLISIS DE EMP Y EF -FPJ-12-” para realizar examen de identificación del aludido rodante; el “INFORME INVESTIGADOR DE LABORATORIO-FPJ-13-” con el resultado de la pericia sobre el automotor; el “ACTA DE INCAUTACIÓN DE DE ARMAS DE FUEGO”; la “SOLICITUD DE ANÁLISIS DE EMP Y EF -FPJ-12-” respecto del arma de fuego incautada; “INFORME INVESTIGADOR DE LABORATORIO-FPJ-12-” reportando las conclusiones de la pericia sobre el arma de fuego; la “SOLICITUD DE ANÁLISIS DE EMP Y EF -FPJ-12-” para practicar prueba de identificación preliminar homologada del alcaloide; el “ACTA DE CONSENTIMIENTO -FPJ-28-” en la que autoriza el aprehendido su registro dactilar para descarte; fotocopias de la cédula de ciudadanía del indiciado y del permiso de porte de armas que exhibió, y el “ACTA DE SOLICITUD DE ANTECEDENTES”, con oficio del Departamento Administrativo de Seguridad en el que comunica la ausencia de anotaciones en relación con el implicado³².

Hasta allí la actuación entregada al procesado CHAVES ORDÓÑEZ para que en su calidad de Fiscal de turno de la URI de Popayán adelantara respecto de Toledo Vargas, ante el juez de control de garantías, la audiencia concentrada de legalización de captura, formulación de la imputación y solicitud de medida de aseguramiento, y como se acaba de constatar, del contenido de esos documentos no se desprende elemento de persuasión serio, grave o idóneo para especular o suponer que en

ese asunto se presentó una privación ilegal de la libertad del indiciado por el tiempo que demoró su traslado físico a la URI.

Es que el elemental análisis de la secuencia fáctica reconstruida con base en los primeros reportes que conoció al acusado, arrojan como verdad irrefutable que las unidades de Policía Judicial llegaron al lugar de los hechos cerca de las dos de la madrugada, momento en el que emprendieron los actos urgentes de fijación fotográfica de los elementos materiales incautados, conteo de los alijos hallados en el rodante e inspección de éste, y examen de las características físicas externas de la sustancia contenida en uno de los paquetes, gracias a lo cual se estableció que “al parecer” se trataba de cocaína base, actividad que necesaria y justificadamente postergó la remisión del capturado ante la URI, a lo cual se sumó su traslado a la SIJIN para hacer, en presencia del mismo, la revisión minuciosa de los costales, en aras de establecer la cantidad que transportaba de alucinógenos, tras lo cual fue efectivamente dejado, en un tiempo prudencial, en las instalaciones de la Fiscalía.

Sin embargo, y a pesar de esa material constatación, el aquí procesado imparte una orden a un funcionario de policía judicial “Con el fin de esclarecer qué pasó con el indiciado desde su captura 01:39 y la hora de ingreso a la Carceleta URI 03:50 horas, dónde lo llevaron, sí lo entrevistaron, sí estuvo representado por su apoderado judicial (abogado de confianza)”³³.

Luego de ello aparecen anexados el resultado de la prueba de identificación preliminar homologada, con el álbum fotográfico registrando la forma en que estaba embalada la sustancia, la gran cantidad de estupefaciente, y el procedimiento de pesaje y análisis técnico en las instalaciones de la SIJIN, con base en el cual se estableció su peso neto en trescientos noventa y nueve mil setecientos catorce (399.714) gramos y que se trataba de cocaína. También obra el álbum de

fijación fotográfica en el lugar donde ocurrió la interceptación del rodante, en el cual se aprecian las características del vehículo y la forma como venían dentro del mismo distribuidos los catorce (14) bultos con el psicotrópico, así como la avería que sufrió el automotor en la llanta trasera derecha durante su persecución, lo cual demoró el traslado de ese rodante³⁴.

También figura la entrevista hecha a las 05:00 p.m., al agente de la Policía que comandó el operativo de interceptación, Edward Andrés Mosquera Agredo, con base en la orden expedida por el acusado para “esclarecer” lo ocurrió con el indiciado Toledo Vargas entre el momento en que fue retenido y la hora en que ingresó a las instalaciones de la URI, exponente que en relación con ese específico aspecto señaló al entrevistador lo siguiente:

“...Es de anotar que de este procedimiento se le hizo saber al señor fiscal de turno quien fue informado de la situación por parte del señor Teniente Coronel Bravo Cárdenas el cual se hizo presente en el sitio de los hechos y le informó al fiscal vía telefónica... El momento de la captura se llevó a cabo a la 01:35 horas y se coloca a disposición del señor fiscal a eso de las 1:55 horas, que es cuando mi Coronel le informa al señor fiscal de turno de URI vía telefónica sobre la captura del sujeto y la incautación de los EMP. Asistiendo razones de seguridad mi Coronel ordena que todos los vehículos, junto con la droga, el imputado, nos desplazemos juntos inicialmente todos hasta el Comando del Departamento y luego el indiciado fue traído con las debidas medidas de seguridad hasta la carceleta de la URI. En el Comando solo nos demoramos con el indiciado el tiempo necesario empleado para bajar los bultos y que fue aproximadamente unos 10 o 15 minutos. Quiero aclarar que la captura se hizo a la 01:35 horas y en el informe que se rindió al fiscal de turno de URI aparece que se lo dejó a disposición a eso de las 03:40 horas, pero como ya lo mencioné anteriormente, mi Coronel Bravo llamó al fiscal vía celular y le informó de la captura del sujeto y la incautación de los elementos materiales probatorios a eso de las 01:55 horas aproximadamente. Respecto de la hora que

se señala en el informe que rendimos, se debe a que se realizó trabajo de campo por parte de la Policía Judicial en el sitio de los hechos. Además, ya se dijo que el vehículo implicado se encontraba varado, aclaro que la llanta de repuesto estaba igualmente pinchada, por lo cual hubo necesidad de llevarla a una vulcanizadora por parte de una patrulla, acción esta que tardó un tiempo considerable y como también dije anteriormente por razones de seguridad mi Coronel consideró pertinente que todas las unidades permaneciéramos en el sitio de los hechos, que una vez se terminara el trabajo de campo de Policía Judicial y lográramos desvarar el vehículo procederíamos a trasladarnos en caravana, inicialmente hasta el Comando donde se dejó la droga con autorización del fiscal y luego a la carceleta de la URI donde se dejó al indiciado, es por ello que el informe aparece con esa hora. Por otro lado aclaro que al indiciado al momento que se le capturó y en el sitio de los hechos se le leyeron los derechos del capturado. Finalmente aclaro que en el sitio de los hechos y en presencia del capturado se hizo conteo de los 14 bultos que llevaba dentro del vehículo en el cual se movilizaba, en razón a que el vehículo estaba varado y tocó desocupar para mermar el peso. Eso es todo”³⁵.

Como se percibe con facilidad, ese elemento de conocimiento constata, en líneas generales, lo que ya sabía el acusado CHAVES ORDÓÑEZ acerca del procedimiento de captura de Toledo Vargas y las particularidades del caso, y de toda esa información debidamente documentada que tuvo a su alcance resultaba absolutamente razonable el tiempo transcurrido desde la aprehensión física de Toledo Vargas por los agentes de vigilancia hasta su entrega, también física, en las instalaciones de la URI (2 horas, 11 minutos).

Repárese en que contrario a lo afirmado en la orden mediante la cual concedió la libertad del indiciado, la referida entrevista explicó con razones plausibles, que no encubren un eventual agravio a la libertad de Toledo Vargas, el porqué de su traslado a las instalaciones de la URI a la hora en que en efecto ingresó, e igualmente

tampoco es cierto que estuviese acreditado que a aquél se le vulneró el derecho de defensa al impedírsele contacto con un profesional del derecho, pues los documentos estipulados que se han aludido revelan una situación bien diferente, como atrás se dejó destacado.

Es que con toda esa información que era del dominio del acusado, otro funcionario en la misma situación, no tenía espacio para especular, conjeturar o suponer que por el tiempo transcurrido entre la aprehensión del indiciado y la hora de ingreso a las instalaciones de la URI la privación de la libertad del citado infractor derivaba en ilegal.

A este respecto vale la pena destacar que para el fiscal que inicialmente conoció el caso (Dr. Rubén Darío Hurtado Gironza), pese a enterarse de la aprehensión vía telefónica minutos después de que la misma ocurriera, ninguna constancia dejó sobre un proceder irregular de los policiales que participaron en ella o en el desarrollo de los actos posteriores, ni le pareció exagerado, extravagante o infundado el tiempo empleado por las autoridades para dejar a su disposición a Toledo Vargas, siendo aquel funcionario el que, de haber sido real, grave y manifiesta una afrenta a los derechos del capturado por el proceder de los uniformados al no trasladarlo de inmediato a la URI, el llamado a conjurar un agravio de la naturaleza alegada por el aquí enjuiciado —valga destacar, quince horas después— para otorgarle la libertad al mencionado.

De manera que no es verdad que del “estudio previo de las diligencias se estableciera la configuración de una captura ilegal” respecto de Jhoiner Toledo Vargas, quedando entonces reducido el sustento de la orden de libertad cuestionada a la voluntad manifiesta de CHAVES ORDÓÑEZ de resolver en forma contraria a lo que objetivamente le enseñaban las diligencias, esgrimiendo la irracional entelequia de que como el artículo 302 de la Ley 906 de 2004 prevé que la persona capturada en flagrancia

debe ser puesta a disposición de la Fiscalía “inmediatamente o más tardar en el término de la distancia”, como en el asunto sometido a su conocimiento no fue llevado el retenido de manera instantánea a las instalaciones de la URI, por se, la captura se convirtió en ilegal, interpretación que tampoco tiene cabida, como más adelante lo decantará la Sala.

13.3. Necesario resulta detenerse en otros aspectos acreditados en el juicio, dado que la estrategia en la que se sustentó la teoría del caso del acusado CHAVES ORDÓÑEZ, y que encontró eco en el fallador de primera instancia, se apunala, básicamente, en que fue un error el proceder observado por el Teniente Coronel Wilson Bravo Cárdenas, para la fecha de los hechos, Comandante Operativo de Policía Nacional Cauca, bajo cuyas órdenes y responsabilidad en esa comprensión territorial se hallaban todas las unidades de esa entidad, entre ellas, los miembros de la Policía de Vigilancia y de la SIJIN, como lo puntualizó el oficial.

De acuerdo con la declaración del referido oficial³⁶, él estaba al tanto de los motivos que originaron el operativo para interceptar el vehículo en el que se movilizaba Toledo Vargas, y por razón de su cargo hizo presencia en el lugar donde se concretó ese suceso, momento en el que al arribar observó que el aprehendido iba a ser enviado a la URI en una patrulla con sólo un policía encargado de su seguridad, motivo por el que hizo retornar el vehículo, se comunicó de inmediato por teléfono con el fiscal de turno (Dr. Hurtado Gironza), a quien comunicó la aprehensión del citado, así como los pormenores del caso, manifestándole también que por la cantidad de sustancia y ante la información con la que contaba, relacionada con un probable intento de liberación del indiciado o cambio del alcaloide, iba a trasladar al retenido, el vehículo y demás evidencias físicas a las instalaciones de la SIJIN en el Comando de Policía de Popayán, con el fin de proceder a la inspección de la sustancia en presencia del detenido y después de ello lo remitiría con las debidas medidas de seguridad a las instalaciones de la Fiscalía, como en efecto ocurrió,

según está corroborado con las pruebas reseñadas en el punto inmediatamente anterior (supra 13-2).

Sobre dicha actuación se sustenta la absolución emitida por el Tribunal, pues para el juez de primer grado ese fue un proceder “disfuncional” y “arbitrario” del oficial que interrumpió de manera “intempestiva” el traslado del aprehendido a la URI, pretextando para ello excusas “pueriles” que ninguno otro de los deponentes corroboró, de suerte que al ser, para el a-quo, “insólita, inexplicable y extravagante” la actuación cumplida por el Coronel Bravo Cárdenas, la orden de libertad emitida por el procesado resultaba ajustada a derecho por cuanto aquella acción postergó el traslado “inmediato” del capturado ante el fiscal, como lo exige el ordenamiento interno y los tratados internacionales, además que en razón de ello se impidió al aprehendido comunicarse, también de “inmediato”, con su defensor de confianza.

Dicha valoración del Tribunal es sesgada, en primer lugar, porque soporta la atipicidad del delito en presupuestos fácticos que no podía analizar para ese fin, habida cuenta que debió concentrarse en dilucidar si con los elementos objetivos de conocimiento de los cuales disponía el acusado, la resolución tildada de prevaricadora contrariaba en forma manifiesta el ordenamiento, labor que eludió el a-quo para ocuparse de aspectos ajenos a los que fundamentaron la decisión ilegal reprochada, los cuales en manera alguna aparecen esgrimidos por el procesado como motivación de la cuestionada orden de libertad.

Y en segundo término, porque tampoco es verdad que lo narrado por el oficial acerca de los motivos de su actuación en la fecha de marras sea inverosímil, pues al contrastar el contenido de las otras declaraciones con las específicas y concretas circunstancias en que se produjo la aprehensión de Toledo Vargas, no resulta insensata la actuación del oficial, con o sin la autorización del fiscal de turno al que comunicó

la captura e informó de su proceder.

En efecto, el doctor Rubén Darío Hurtado Gironza (especialista en derecho procesal penal y en derecho constitucional) fue escuchado en declaración en el juicio oral³⁷, y de la misma se desprenden las siguientes concreciones:

El 21 de mayo de 2008, cumplía turno de veinticuatro horas como fiscal en la URI y a eso de las 02:00 de la madrugada, el Coronel Bravo Cárdenas, vía telefónica, le notificó la aprehensión de Toledo Vargas por transportar sustancia estupefaciente, expresándole que éste, por razones de seguridad, junto con los elementos materiales probatorios, sería llevado inicialmente a las instalaciones de la SIJIN.

A partir de ese momento, asumió el control del caso y estuvo pendiente (a través de llamadas telefónicas) de las diligencias adelantadas con el retenido en la SIJIN, hasta cuando fue llevado al sitio de reclusión de la URI, entre las tres y media y las tres y cincuenta de la madrugada, instante en el que verificó verbalmente con el capturado que sus derechos y garantías hubiesen sido respetadas, tal y como éste se lo confirmó.

No adelantó en ese momento trámite alguno con el aprehendido, de una parte, porque para ese entonces en Popayán no había turno de jueces de garantías las veinticuatro horas; y de otra, porque la Policía Judicial no había terminado de diligenciar la documentación inherente a actos urgentes y en consecuencia la misma no fue entregada con el capturado.

Trascurrida una hora, aproximadamente, desde cuando recibió la notificación telefónica de la aprehensión de Toledo Vargas, a las instalaciones de la URI se acercó una persona que dijo ser el abogado de aquél, a quien le informó que el capturado estaba en las instalaciones de la SIJIN, y como a los cuarenta y cinco minutos llegó el aprehendido, pero desde entonces y hasta cuando terminó su turno

a las 08:00 a.m., y dejó el caso a órdenes del siguiente fiscal (el acusado), el profesional que había estado preguntando no volvió a presentarse.

Esas manifestaciones las corroboró el testigo al ser interrogado en su oportunidad por la defensa técnica y la material, siendo oportuno resaltar que ante preguntas formuladas por el propio enjuiciado, en el sentido de si él había asumido en nombre de la Fiscalía el control del caso desde la llamada noticiando la captura de Toledo Vargas, y que si a partir de ese momento se entendía hecha la remisión del actor ante la autoridad competente, el testigo explicó mesuradamente que en efecto así había ocurrido³⁸.

Impera también destacar que examinado con detenimiento el registro de audio del testimonio del doctor Hurtado Gironza, no es cierto, como sesgadamente se plasmó en la sentencia atacada³⁹, que aquél en el momento en que fue enterado de la captura exigió la remisión inmediata del aprehendido “pues de lo contrario habría prevaricato”, y que tal “perentoria orden” fuera desatendida aduciéndose razones de seguridad del retenido, habida cuenta que lo puntualizado por el declarante es bien diferente, y consistió en que una vez el oficial que se comunicó con él le expresó las razones por las cuales iba a trasladar a Toledo Vargas, y los elementos materiales probatorios a la SIJIN, el aludido fiscal se limitó a indicarle que las personas capturadas debían ser dejadas a disposición de la Fiscalía en la “carceleta” de la URI⁴⁰.

Ahora bien, aun cuando el citado testigo se muestra evasivo al ser interrogado acerca de si autorizó el traslado del capturado a las instalaciones de la SIJIN, bien por las razones de seguridad que parcamente le fueron expuestas o ya para que en dicho lugar se efectuara la prueba de identificación preliminar homologada del alcaloide, de su dicho resulta cierto e incontrovertible que como representante de la Fiscalía, en cumplimiento de sus funciones, asumió el control de la captura de Toledo Vargas a partir

del momento en que fue notificado vía telefónica de la misma, y estuvo controlando y pendiente de la actuación posterior desarrollada por las autoridades policivas, hasta la entrega física del aprehendido, cuando constató directamente con éste la incolumidad de sus derechos, motivo por el que lo recibió y mantuvo privado de la libertad hasta cuando cesó su turno, pues no encontró evidencia objetiva de que la retención del citado, con posterioridad a su captura en flagrancia, hubiese derivado en ilegal, conforme así tajantemente lo manifestó al concluir las preguntas de la parte acusadora⁴¹.

El procedimiento que siguió el oficial Bravo Cárdenas, también encuentra respaldo en la entrevista rendida por el Policía de Vigilancia Edward Andrés Mosquera Agredo, citada párrafos atrás, la cual quedó comprendida en la estipulación número tres, y aparece confirmada con el testimonio que éste rindió en el juicio, quien al respecto aseguró:

“...Policía Judicial hace su trabajo y llega mi Coronel Bravo, ya habían (sic) varios oficiales, él se comunicó por teléfono con el fiscal, recibió seguramente algunas instrucciones. Como el vehículo estaba varado, nos demoramos porque la llanta tocó enviarla a una vulcanizadora, se desvaró el carro, se procedió a trasladar la sustancia encaravanados hasta la Sijin donde se le hizo una prueba técnica y luego encaravanados llevamos al tipo a la URI por razones de seguridad...”⁴².

Impera destacar que los otros declarantes que por parte de la defensa acudieron al juicio, esto es, los agentes de la SIJIN, con funciones de Policía Judicial, Luis Alfonso Parra Quilindo, Guido Ramiro Cifuentes Adarme y Óscar Jaime López Gallego, corroboran la hora en que fueron notificados de la captura, según aparece en los informes que elaboraron (estipulados), el tiempo que demoraron en llegar al sitio, la magnitud del decomiso y las particularidades del caso, determinantes de que los actos desarrollados por ellos en el lugar tardaran un considerable lapso,

reconociendo todos ellos que por la cantidad de alucinógeno la PIPH debía realizarse en otro lugar, para lo cual en efecto se trasladaron a la SIJIN por orden del coronel Bravo Cárdenas, quien al arribar al sitio de los hechos hizo retornar al capturado, quien iba a ser trasladado a la URI, para que estuviera presente en la manipulación de la escena y de las evidencias físicas por parte de los funcionarios de la Policía Judicial⁴³.

Y tal proceder en manera alguna puede considerarse arbitrario, caprichoso, infundado o injustificado, como lo calificó el a-quo, dado que el mismo tiene pleno respaldo en normas especiales, vigentes, que no se oponen a las prescripciones generales que acerca de las labores de policía judicial consagra la Ley 906 de 2004 (artículos 200 a 212), pues en tratándose de la incautación de sustancias prohibidas, el artículo 78 del Estatuto Nacional de Estupefacientes (Ley 30 de 1986), consagra:

“Cuando la policía judicial decomise marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquier otra droga que produzca dependencia, realizará sobre ella inmediatamente [la] correspondiente identificación técnica, precisará su cantidad y peso; señalará nombre y demás datos personales de quienes aparecieren vinculados al hecho y describirá cualquier otra circunstancia en un acta suscrita por los funcionarios que hubieren intervenido en la diligencia y por la persona o personas en cuyo poder se hubiere encontrado la droga o sustancia. Cuando esta diligencia se realice en zona urbana deberá ser presenciada por un agente del ministerio público.

“Excepcionalmente podrá hacerse la diligencia en las instalaciones de la entidad que hizo el decomiso, cuando las circunstancias de modo y lugar así lo aconsejen”.

Ahora bien, de otra parte, pero en relación con lo mismo, aun cuando los referidos testigos advierten que no observaron directamente que las condiciones de seguridad del lugar estuviesen afectadas por alguna circunstancia y que tampoco se les comunicó

una situación semejante, de tales manifestaciones no puede concluirse, como lo hace el a-quo, que eran falsas o infundadas las razones de seguridad argüidas adicionalmente por el coronel Wilson Bravo Cárdenas para el traslado del retenido a la SIJIN, pues la información en tal sentido y relativa a un posible rescate de éste, o el cambio de la sustancia incautada, era únicamente del dominio de ese oficial, quien estaba al tanto del operativo desde su origen con los datos entregados por el informante y en cumplimiento de sus funciones, para rodear de transparencia y seguridad el procedimiento obró como lo hizo, informando de tales aspectos al fiscal de turno, funcionario que a partir de entonces controló la situación y ningún obrar irracional o ilegal apreció en relación con la captura de Toledo Vargas.

Además de lo anterior, para terminar, importa destacar el testimonio del oficial de la Policía Nacional Bravo Cárdenas, pues éste explicó de manera vehemente, razonada y circunstanciada la información que conocía y el por qué concluyó, con base en su formación profesional y amplia experiencia en casos de narcóticos⁴⁴, que era necesario brindar seguridad al operativo y transparencia a los actos de la Policía Judicial, y al ser enterado, a eso de las 10:30 a.m., que el capturado iba a ser liberado debido a la supuesta demora en llevarlo físicamente a la URI, habló en persona con el fiscal CHAVES ORDÓÑEZ y le explicó lo ocurrido, negándose éste funcionario a adelantar la audiencia concentrada, pese a que el Coronel se ofreció a acudir a tal diligencia para exponer y justificar lo ocurrido.

En concreto, tras narrar los pormenores del caso, las particularidades de la incautación, la necesidad de asegurar el transparente desarrollo del operativo y respetar las garantías del retenido, acerca de la última circunstancia atrás aludida lo asegurado por Bravo Cárdenas es del siguiente tenor, versión que en el contrainterrogatorio formulado, tanto por la asistencia técnica del acusado como por la defensa material ejercida por éste, no fue desvirtuada:

“...sobre las nueve o diez de la mañana me informó el capitán Alfonso, Jefe de la SIJIN, me dice mi Coronel hay una información por parte del sargento Cifuentes, que era el jefe del dispositivo de policía judicial, que van a soltar al capturado, yo dije y porqué lo van a soltar, sí que lo van a soltar, ... me dijo porque el fiscal determinó eso y que se demoró mucho, entonces yo le dije, hombre pues grave eso porque lo que nos demoramos fue exactamente lo que tenía que ser, ni un minuto más, fui muy estricto en las medidas en los procedimientos después de que aseguramos el procedimiento ahí hasta cuando llegó a la Fiscalía, cuando yo iba por el camino se informaba o el informante nos decía pilas que hay plata para soltar al tipo. Yo dije pues yo voy a hablar con el fiscal porque esto es grave y no lo pueden soltar así no más. Y me dirigí a la Fiscalía, tipo diez o diez y media de la mañana, y hable con el señor fiscal CHAVES, yo muy amablemente le dije señor fiscal porque va a soltar al tipo, dijo Coronel lo que pasa es que ustedes se demoraron mucho en traer a la persona, le dije, doctor, pero discúlpeme, llévenos a audiencia y en audiencia justificamos por qué se demoró dos horas quince, le dije nosotros no estamos hablando de un kilo, de un gramo de coca, estamos hablando de casi media tonelada de coca, y no es mi primer procedimiento acá y ni es mi primer procedimiento en la policía, hombre por favor es media tonelada de coca, o aproximadamente. El me dijo no, no, hay que soltarlo porque ya el juez dijo que teníamos que soltarlo, le dije cuál juez, dígame cuál juez y yo voy y hablo con el juez, nunca supe cuál juez fue; inclusive me dijo, Coronel tranquilo que ahí no hay ningún problema; yo le dije, doctor discúlpeme, es que la imagen de la Policía, la imagen nuestra está en vilo acá, igual me dijo Coronel, inclusive hay elementos que hay que devolver, le dije cuáles elementos, el carro porque es de un tercero, le dije doctor esto es ridículo, le dije, pues devuelva la coca, yo le dije así al señor fiscal, le dije pues devuelva la coca, ... Yo salí de ahí, quise hablar con los señores jueces de turno, no pude porque ninguno sabía del caso, ya hasta ese momento yo mantenía una muy buena relación con el doctor CHAVES, una persona... muy brillante, muy elocuente... nos colaboraba mucho, hasta ahí yo no tuve ningún inconveniente, yo le manifesté de

igual forma doctor es que aquí hay muchos intereses y están manifestando que aquí hay plata de por medio y no vayan a pensar que nosotros o aquí se manejó algo, dijo no tranquilo Coronel ahí no hay nada, salió se dio la vuelta y se entró hacia la URI... Yo salí, me fui hacia el comando, ese día no dormí hasta que no hicimos todo el procedimiento de la coca, yo la entregué al señor coronel Camacho para ese día, me dijo vaya a dormir, le dije no, yo quiero mirar que destruyan la coca, eso se demoró unos dos días, igual estuve hasta que se le hizo las custodias y demás... y se montó una seguridad acorde con el caso, es que el caso no era de un kilo, el caso era muy relevante..."⁴⁵.

En conclusión, el acusado CHAVES ORDOÑEZ, luego de iniciar su turno a las 08:00 a.m., del 21 de mayo de 2008 y de recibir con el mismo al indiciado Toledo Vargas privado de la libertad en la URI por su captura en flagrancia, tuvo conocimiento cierto y actualizado de que tal condición de aquél era legítima. Primero, porque el funcionario que lo antecedió en el turno, el cual de primera mano fue enterado de la aprehensión del citado y estuvo al tanto de las labores inherentes de policía judicial (Ley 906 de 2004, artículo 205, inciso final), no dejó sentada constancia acerca de irregularidad alguna en esos trámites, como tampoco se la expresó de manera verbal cuando vía telefónica lo llamó el procesado para indagarle por ese asunto⁴⁶.

Segundo, porque desde tempranas horas dialogó en forma personal con el Comandante Operativo del Departamento de Policía Cauca, quien en cumplimiento de sus funciones, encargado de dirigir, liderar, controlar y apoyar los distintos operativos de policía, en todos los niveles en esa comprensión territorial, le expuso las razones determinantes de la hora en que fue llevado físicamente el capturado a la URI, y ofreció acudir como testigo a la audiencia concentrada de legalización de captura del indiciado para explicar sus pormenores, aspectos despreciados o desatendidos por el enjuiciado, pretextando falsamente que ya un juez había dispuesto que el capturado debía ser puesto en libertad.

Y tercero, porque el soporte documental de los actos urgentes de policía judicial que recibió a eso del mediodía del 21 de mayo de 2008, corroboraba los aludidos aspectos, y de esas diligencias tampoco se desprendía de manera razonada y objetiva que se hubiese cristalizado atentado contra el derecho a la libertad de Toledo Vargas luego de su aprehensión en situación de flagrancia, tanto así que CHAVES ORDÓÑEZ presentó a las 03:30 p.m., de ese día, ante la autoridad judicial competente (el Juez de Control de Garantías) la solicitud de audiencia concentrada para los fines de ley, y teniendo conocimiento de que la misma fue programada para las 04:00 p.m., sin que el resultado de las labores que dispuso para esclarecer lo ocurrido con éste entre las 01:39 a.m., y las 03:50 a.m., le informara algo distinto de lo ya conocido, carecía de elementos de convicción para sustentar una supuesta privación ilegal de la libertad de aquél, aspectos todos los anteriores demostrativos de la voluntad amañada del acusado para resolver en contra de las evidencias, y sustentar la decisión en una interpretación descontextualizada y sesgada del precepto invocado como fundamento de la orden de libertad constitutiva del delito objeto de estudio.

13.4. En efecto, el artículo 302 del Código de Procedimiento Penal es del siguiente tenor:

“Cualquier persona podrá capturar a quien sea sorprendido en flagrancia.

”Cuando sea una autoridad la que realice la captura deberá conducir al aprehendido inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación.

”Cuando sea un particular quien realiza la aprehensión deberá conducir al aprehendido en el término de la distancia ante cualquier autoridad de policía. Esta identificará al aprehendido, recibirá un informe detallado de las circunstancias en que se produjo la

captura y pondrá al capturado dentro del mismo plazo a disposición de la Fiscalía General de la Nación.

"Si de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva, el aprehendido o capturado será librado por la Fiscalía, imponiéndosele bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario, de la misma forma se procederá si la captura fuere ilegal.

"La Fiscalía General de la Nación, con fundamento en el informe recibido de la autoridad policiva o del particular que realizó la aprehensión, o con base en los elementos materiales probatorios y evidencia física aportados, presentará al aprehendido inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, ante el juez de control de garantías para que este se pronuncie en audiencia preliminar sobre la legalidad de la aprehensión y las solicitudes de la Fiscalía, de la defensa y del Ministerio Público.

"Parágrafo. (Adicionado Ley 1142 de 2007, artículo 22). En todos los casos de captura, la policía judicial inmediatamente procederá a la plena identificación y registro del aprehendido, de acuerdo con lo previsto en el artículo 128 de este código, con el propósito de constatar capturas anteriores, procesos en curso y antecedentes" (subrayados ajenos al texto).

Según el criterio plasmado por el acusado en la orden de libertad cuestionada, el cual fue respaldado anodinamente por el a-quo, cuando la norma señala que el capturado en flagrancia debe ser conducido ante la fiscalía por la autoridad que lo aprehendió, en forma inmediata o en el término de la distancia, no cabe posibilidad distinta a entender que ese traslado debe ser instantáneo sin parar mientes en las particularidades del caso, interpretación que raya en lo absurdo y desconoce que el artículo en comento, para efecto de su cabal alcance, debe ser armonizado con el artículo 28 de la

Constitución Política y el 2º de la Ley 906 de 2004 (modificado por la Ley 1142 de 2007, artículo 1).

De acuerdo con los aludidos preceptos, en todos los casos de privación de la libertad de una persona, esto es, como consecuencia de una autorización judicial previa, en virtud de la flagrancia, o en ejercicio de facultades excepcionalísimas de la Fiscalía, gozan las autoridades de un plazo máximo de treinta y seis (36) para llevar a cabo de manera efectiva el control de legalidad de la restricción de ese derecho, término común y comprensivo de la conducción de la persona por parte de un particular ante las autoridades de policía, o de éstas hasta donde se halla el fiscal, de la presentación que a su vez debe realizar el órgano instructor ante el funcionario judicial y de la realización de la audiencia destinada a los fines aludidos.

Así lo entendió el máximo juez constitucional al revisar la exequibilidad del inciso tercero del artículo 1º de la Ley 1142 de 2007, que modificó el artículo 2º de la Ley 906 de 2004:

"[...] 4.2. La supervisión judicial sobre las restricciones a la libertad tiene dos componentes insoslayables: (i) debe efectuarse por el órgano imparcial y adecuado para la tutela de los derechos fundamentales comprometidos en el ejercicio de la actividad de persecución penal, función que dentro del sistema judicial colombiano está adscrita al juez de control de garantías, y (ii) debe realizarse dentro de un límite temporal.

"[...] 4.3. En el derecho internacional se usa la expresión 'sin demora⁴⁷' como parámetro temporal que ilustra lo inaceptable que resulta a la luz de esa normatividad la prolongación indefinida de un estado de privación de la libertad sin que medie la supervisión de una autoridad jurisdiccional. Sin embargo tal expresión ha dado lugar a ciertas ambigüedades que se ha reflejado en disímiles interpretaciones

por parte de los órganos internacionales encargados de hacer cumplir o de aplicar esa normatividad.

"4.4. En el sistema jurídico colombiano se acogió con mucha mayor claridad y precisión, el mandato que proscribe toda prolongación indefinida de una restricción de la libertad despojada de control judicial, estableciendo un parámetro temporal cierto para que se lleve a cabo dicha supervisión. En efecto, un examen sistemático de los preceptos constitucionales relacionados con la libertad individual y los límites a sus restricciones, permite afirmar que toda privación efectiva de la libertad personal⁴⁸ debe ser sometida a control judicial de inmediato, y a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a su producción.

"4.5. La consagración de este mandato se aprecia en el contenido del inciso segundo del artículo 28 de la Carta que establece como regla general que 'La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes (...)'. Así mismo, en el artículo 30 superior que prevé igualmente un término de treinta y seis (36) horas para que se efectúe el control judicial de una privación de la libertad a través del mecanismo constitucional del habeas corpus. En similar sentido el artículo 250.1 inciso tercero establece el control judicial obligatorio posterior para las capturas que realice la Fiscalía en desarrollo de la facultad excepcional allí prevista, el cual deberá efectuarse 'a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes' a la captura.

"Es claro que de los principios que orientan el derecho fundamental a la libertad individual, y de los preceptos constitucionales que regulan los límites a sus restricciones es posible deducir un derecho a ser llevado sin demora ante un juez para que revise la legalidad de la aprehensión, y la indemnidad de la persona, control que deberá efectuarse a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la privación de la libertad.

"[...] 5.3. Según el precepto demandado, en todos los casos en que se produzca una captura 'se solicitará' por parte de quien la efectuó el control de legalidad de la misma al juez de garantías en el menor tiempo posible, sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes. La expresión 'se solicitará' utilizada por el legislador ha generado diversas interpretaciones acerca de si la norma vincula a las autoridades comprometidas en la privación de la libertad a que en el término de 36 horas efectivamente se lleve a cabo el control judicial sobre tal restricción, ó si el mismo solo hace referencia a la simple solicitud de control, dejando en la indeterminación temporal el control efectivo.

"5.4. El inciso demandado se inserta dentro del precepto que consagra el principio de libertad como norma rectora del procedimiento penal. La disposición está estructurada en tres segmentos: en el primer inciso se reitera la cláusula general de libertad, prevista en el artículo 28 de la Constitución de la cual se deriva el postulado de estricta reserva judicial de la libertad. En el inciso segundo se enfatiza este último principio en el marco del sistema de tendencia acusatoria, al radicar en el Juez de control de garantías la potestad de disposición sobre medidas restrictivas de la libertad vinculada a criterios finalísticos y de necesidad. En el inciso tercero se contempla el control de legalidad de la captura, el cual deberá ser solicitado al juez de control de garantías en el menor tiempo posible, y sin superar las treinta y seis horas siguientes.

"5.5. En otras disposiciones del mismo estatuto, se reitera el principio de reserva judicial de la libertad. Así, al regular el régimen de la libertad y su restricción, el artículo 29749 contempla los requisitos generales que deben observarse para la legalización de una captura, dentro de los que se contempla la exigencia de orden escrita proferida por el juez de control de garantías con las formalidades legales, a petición del respectivo fiscal (inciso primero), con las únicas salvedades de la captura en flagrancia, y de la captura excepcional dispuesta por la Fiscalía General de la Nación, con arreglo a lo establecido en la ley.

"Adicionalmente, la misma disposición contempla el mecanismo del control de legalidad de la captura, conforme al cual la persona aprehendida 'será puesta a disposición de un juez de control de garantías en el plazo máximo de treinta y seis (36) horas para que efectúe la audiencia de control de legalidad, ordene la cancelación de la orden de captura y disponga lo pertinente con relación al aprehendido'. Esta regla no contempla ningún tipo de salvedad por lo que se aplica a cualquier modalidad de captura.

"El artículo 300 del mismo estatuto procesal, ratifica la anterior regla al establecer que en los casos de captura excepcional por orden de la Fiscalía, la persona capturada 'será puesta a disposición de un juez de control de garantías inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes para que efectúe la audiencia de control de legalidad a la orden y a la aprehensión'. Esta norma es desarrollo del artículo 250 numeral 1°, inciso tercero de la Carta que prevé que en el caso de la captura excepcional realizada por la Fiscalía General de la Nación, conforme a lo límites y eventos trazados por el legislador, el juez de garantías realizará el control 'a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes'.

"En similar sentido, al regular el procedimiento de captura en caso de flagrancia, el artículo 302 el mismo estatuto procesal penal contempla el deber para la Fiscalía General de la Nación de 'presentar al aprehendido, inmediatamente o a más tardar dentro de la treinta y seis (36) horas siguientes ante el juez de control de garantías para que éste se pronuncie en audiencia preliminar sobre la legalidad de la aprehensión'

"[...] 5.6. Esta mirada sistemática de la institución del control de legalidad de la captura, en cualquiera de sus modalidades⁵⁰, permite afirmar que dentro del plazo de treinta y seis (36) horas previsto en la ley procesal a través de diversas disposiciones, debe llevarse a cabo la audiencia de control de legalidad de la captura ante el juez de control de garantías, cuyo cometido es el de provocar un pronunciamiento sobre la legalidad de la aprehensión, acto que debe contar con la presencia de la persona capturada.

”El control de legalidad del acto de aprehensión material exige la conducción (poner a disposición) de la persona capturada ante la autoridad judicial para garantizar que la supervisión judicial se extienda a la verificación de las condiciones materiales de seguridad e indemnidad de la persona que deben preservarse en el acto de aprehensión. En el sistema penal de tendencia acusatoria esta circunstancia es exigida además por la dinámica procesal que se aplica para estas actuaciones que deben desarrollarse en audiencia preliminar, con la presencia de la persona capturada⁵¹” (subrayados ajenos al texto)⁵².

Del anterior fallo se sigue que en todos los casos de captura, si las tareas inherentes a las autoridades de policía, de la Fiscalía General de la Nación y de los funcionarios investidos de jurisdicción en relación con ese suceso, se cumplen dentro del improrrogable plazo de treinta y seis (36) horas, carecerá de fundamento constitucional o legal una decisión, bien del fiscal o ya del juez de control de garantías, que defina como ilegal la captura solo porque crea que el aprehensor extendió sin justificación hasta los límites cercanos a ese tope la privación de la libertad de la persona.

Por las mismas razones tampoco es posible que se ordene la libertad del capturado por un aparente vencimiento del término debido a cualesquiera demora que no supere el límite de las treinta y seis (36) horas siguientes a la retención, sin perjuicio de que si el funcionario competente advierte malicia, negligencia o un actuar injustificado de alguna de las autoridades que intervinieron en la aprehensión, pueda ordenar la correspondiente investigación de los responsables.

En el asunto examinado, como ha quedado esclarecido, la interceptación de Jhoiner

Toledo Vargas el 21 de mayo de 2008, ocurrió a las 01:39 a.m., por parte de autoridades de Policía de Vigilancia, a raíz de la información que tenían acerca del transporte de sustancia estupefaciente en el cual presuntamente se hallaba éste comprometido, circunstancia evidenciada como probable con el análisis de las características físicas externas realizado por miembros de la Policía Judicial luego de llegar al sitio de la aprehensión pasadas las 02:00 a.m., y confirmada técnicamente tras la prueba de identificación preliminar homologada realizada en las instalaciones de la SIJIN, donde en presencia del capturado se desembalaron los catorce (14) bultos, contentivos de cuatrocientos veinte (420) paquetes con droga consistente en cocaína, con un peso neto de trescientos noventa y nueve mil setecientos catorce (399.714) gramos, procedimiento después del cual el indiciado fue trasladado y entregado en las instalaciones de la URI de la fiscalía a las 03:50 a.m., para efectos del control de legalidad de su captura, actividad en la que ninguna dilación injustificada puede percibirse.

Véase entonces cómo el tiempo transcurrido entre la efectiva privación de la libertad y la puesta a disposición física del capturado en la Fiscalía para lo de su cargo fue razonable, pues no se extendió más allá de dos horas y once minutos, lapso en el que fueron realizados los primeros actos urgentes en el sitio de la interceptación, los cuales se finalizaron en las instalaciones de la SIJIN, debido, entre otras razones, a la considerable cantidad de alucinógeno incautado.

Es cierto que atendiendo criterio jurisprudencial de esta Sala⁵³ y según la previsión contenida en el inciso cuarto del artículo 302 de la Ley 906 de 2004, el acusado CHAVES ORDÓÑEZ tenía competencia para realizar un control a la privación de la libertad de Jhoiner Toledo Vargas, pero esa facultad estaba circunscrita, limitada, reducida, a hacer una evaluación objetiva de la información suministrada o recogida con el fin de determinar: (i) que el delito por el cual procedió la restricción de ese derecho comportara

detención preventiva, y (ii) que la captura se hubiere realizado con apego a la legalidad.

Tanto el primero como el segundo de dichos aspectos, sobra decirlo, estaban claramente establecidos. Refulge nítido que el indiciado había incurrido en un comportamiento que tiene correspondencia con la hipótesis delictiva del inciso primero del artículo 376 de la Ley 599 de 2000, en armonía con el 384 numeral 3º de la misma codificación, sancionando con pena de prisión de veinticuatro (24) a treinta (30) años (atendida la modificación introducida por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004), además, dada la naturaleza de esa conducta y por ser de competencia de los jueces penales del circuito especializados ameritaba detención preventiva (Ley 906 de 2004, artículo 35, numeral 28, y artículos 307 a 313).

Y en cuanto al segundo asunto, ninguna tacha o reprobación podía hacerse a la captura, pues como paladinamente se reconoce en la ilegal resolución excarcelatoria, Toledo Vargas fue aprehendido en una indiscutible situación de flagrancia, reglada en el artículo 301-1 de la Ley 906 de 2004, vigente para el momento de los sucesos (hipótesis que no varió con la reforma introducida con la Ley 1453 de 2011, artículo 57).

Pese a lo anterior, el acusado, de manera insustancial y sesgada, interpretó el artículo 302 del Código de Procedimiento Penal dándole un alcance que no corresponde, porque el lapso que demoraron las autoridades de la Policía de Vigilancia y las de Policía Judicial en llevar físicamente al retenido a las instalaciones de URI de la Fiscalía de Popayán no fue mínimamente injustificado o extralimitado, ni se extendió inexplicablemente hasta cerca del agotamiento del plazo máximo fijado en la Constitución y la Ley para efectuar por parte la autoridad judicial competente el control de legalidad de la captura del indiciado, como que aún faltaban cerca de treinta y cuatro horas para el vencimiento de ese impostergable

límite.

Resulta necesario destacar, para ilustrar acerca de lo irracional, absurdo e infundado de la interpretación del acusado, el hecho de que para éste fuera “injustificado” el lapso de dos horas y once minutos empleado por las autoridades de Policía (de Vigilancia y SIJIN) desde la captura del indiciado hasta su entrega de la URI (término en el que, entre otros actos urgentes, desvararon el vehículo en el que se transportaba la droga y establecieron el peso exacto y correspondencia técnica del alucinógeno), pero no le hubiese parecido “inexplicable” las ocho horas y veinte minutos (desde las 03:50 a.m., hasta las 12:10 p.m.) utilizadas por las mismas autoridades para entregarle los documentos con los que debía judicializar al retenido, o las tres horas y veinte minutos (de las 12:10 p.m., a las 03:30 p.m.) que el propio CHAVES ORDÓÑEZ tardó en elevar la solicitud ante el órgano judicial competente para la programación de la audiencia concentrada, pese a que la misma norma objeto de exégesis (artículo 302), en su inciso quinto, prevé que el fiscal debe presentar al aprehendido ante el juez de control de garantías “inmediatamente o dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes” (subrayado ajeno al texto).

Finalmente, dígase que tampoco tenía el aquí procesado, con base en la información suministrada, datos de los que ponderada y objetivamente pudiera concluir que de manera torticera, injusta, ilegal o desviada, en ese interregno de dos horas y once minutos que demoraron los actos urgentes y el traslado hasta la URI, se impidió que el capturado se comunicara con su abogado de confianza. Nada en la actuación evidenciaba una grave y sustancial afrenta al derecho a la asistencia técnica; por el contrario, la actuación contaba con el acta de derechos del aprehendido en la que consta que fue informado de esa prerrogativa, y de acuerdo con las pruebas practicadas en el juicio⁵⁴ se estableció que al indiciado se le permitió hablar vía telefónica con un familiar, el cual a su vez contactó al abogado, quien fue a buscar al

retenido a la URI, donde fue informado que éste se encontraba en la SIJIN, y en ese recorrido se cruzaron uno y otro, no obstante lo cual a partir de las 03:50 a.m., Vargas Toledo tuvo plenas condiciones de contar con asistencia profesional, conforme a sí aparece enfatizado en la “BITÁCORA DE DERECHOS DEL CAPTURADO” que encabeza las respectivas diligencias.

14. Corresponde ahora analizar la materialidad del otro delito de prevaricato por omisión que se atribuyó al enjuiciado debido a que no legalizó, con fines de comiso, el procedimiento de incautación del vehículo automotor y el arma de fuego utilizados por Jhoiner Toledo Vargas en la realización del delito de tráfico de estupefacientes en cuya comisión fue sorprendido éste en situación de flagrancia.

14.1. La conducta punible ahora estudiada está descrita en el artículo 414 de la Ley 599 de 2000, vigente al tiempo de los hechos, en los siguientes términos:

“Prevaricato por omisión. El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años”.

En relación con ese comportamiento la Sala, en reciente ocasión, hizo las siguientes precisiones y reiteraciones jurisprudenciales:

“Desde el punto de vista de su estructura objetiva, es un tipo penal de sujeto activo calificado, de omisión propia, de conducta alternativa y en blanco, que protege el bien jurídico de la administración pública. Y en cuanto a su estructura subjetiva, un tipo penal esencialmente doloso. (...)”

“Los delitos de omisión propia son por esencia de mera conducta o actividad, particularidad que significa que el comportamiento típico se realiza con la sola acción

omisiva, o con la simple infracción del deber de actuar, sin exigir la causación de un resultado específico separable de ella. (...)

"En cuanto tiene que ver con el elemento subjetivo, lo normal, en los delitos de omisión propia, es que se sancionen a título de dolo, como ocurre en el ordenamiento penal colombiano, pero esto no significa que no puedan ser penalizadas a título de culpa, cuando la conducta omisiva se presenta por negligencia, descuido o infracción al deber objetivo de cuidado, como de hecho acontece en algunas legislaciones. (...)

"La conducta se encuentra definida por los verbos omitir, rehusar, retardar o denegar, acciones que se enuncian de manera alternativa, bastando, en consecuencia, para que la conducta típica se entienda ejecutada, la constatación material de una cualquiera de ellas, con independencia de las otras,

"Se trata, según se advierte, de un tipo penal de conducta alternativa susceptible de ejecutar mediante uno de los verbos rectores en él contenidos, esto es, omitir, retardar, rehusar o negar algún acto comprendido dentro de las funciones que por mandato constitucional o legal debe realizar el funcionario cuestionado⁵⁵.

"Sobre el contenido y alcance de estas modalidades de conducta, la Corte ha hecho precisión en el sentido de que omitir es abstenerse de hacer una cosa, pasarla en silencio; retardar es diferir, detener, entorpecer, dilatar la ejecución de algo; rehusar es excusar, no querer o no aceptar una cosa; y denegar es no conceder lo que se pide o solicita.⁵⁶

"La Corporación también se ha referido a las diferencias y aproximaciones conceptuales que se presentan en el plano jurídico entre omitir y retardar y entre retardar y rehusar. En relación con los dos primeros conceptos ha dicho: 'La omisión y el retardo no son fenómenos idénticos, aunque todo retardo supone una

omisión; cuando ocurre aquélla, el sujeto no hizo lo que podía y debía hacer; cuando esto acontece, el sujeto dejó de hacer lo que jurídicamente debió realizar en un momento o período dados, aunque lo hizo o pueda válidamente hacerlo con posterioridad, más allá de los límites temporales que le habían sido trazados; en la omisión el actor no cumplió definitivamente con su deber de acción, en el retardo no ejecutó el acto esperado y debido dentro del término previsto para ello, pero lo realizó más tarde, o está en condiciones de cumplirlo extemporáneamente. La omisión propiamente dicha se produce y agota en el momento mismo en que el sujeto incumplió su deber de actuar; el retardo, en cambio, comienza al expirar el término dentro del cual debió actuar y perdura mientras no cumpla con su obligación de realizar la acción esperada'.⁵⁷

"Y en relación con los últimos, ha precisado: '[...] Pero rehusar y retardar no son fenómenos idénticos, porque cuando ocurre aquél, el funcionario se resiste a hacer lo que podía y debía hacer, es decir, niega su deber jurídico; mientras que cuando éste acontece, el sujeto deja de hacer lo que jurídicamente debió realizar en un momento o período dados, aunque lo hubiera hecho o pudiera válidamente hacerlo con posterioridad, pero siempre más allá de los límites temporales que le habían sido trazados. Cuando se rehúsa, el actor se sustrae definitivamente a su deber de acción, mientras que en el retardo no ejecuta el acto esperado y debido dentro del término previsto para ello, pero lo realiza más tarde, o está en condiciones de cumplirlo extemporáneamente'.⁵⁸

"El delito de omisión, como ya se dijo, se traduce siempre en la negación de una acción que el sujeto está obligado a realizar, o en el incumplimiento de un deber jurídico que le ha sido impuesto, infracciones que, en cualquiera de sus expresiones conductuales (omitir, rehusar, retardar y denegar), debe concretarse o recaer sobre un acto propio de sus funciones, siendo esta exigencia un elemento común y necesario de todas ellas. (...)

"Los tipos penales en blanco son aquellos en los cuales el supuesto de hecho que contiene la conducta que la normatividad ordena o prohíbe, aparece consagrado total o parcialmente en una norma de carácter extrapenal,⁵⁹ por lo que se hace necesario acudir a ella para completar el contenido y alcance objetivo de la conducta típica. En virtud del principio de legalidad, el supuesto extrapenal, al igual que la norma que describe la conducta delictiva, debe preexistir al momento de la realización de ésta.⁶⁰

"En el delito de prevaricato por omisión, la norma castiga al servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, sin incluir, por no poder técnicamente hacerlo, el catálogo de funciones cuyo incumplimiento da lugar a la tipificación del delito, particularidad que hace que sea necesario acudir a la norma constitucional, legal o reglamentaria que los establece o consagra, para darle contenido al precepto,

"'El tipo penal de prevaricato por omisión lo describe el artículo 414 de la Ley 599 de 2000 en los mismos términos que lo estaba en la codificación vigente para la época de los sucesos, acertadamente precisada por el aquí demandante, que grava con pena privativa de la libertad al 'servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones'. Se trata, ciertamente, de un precepto penal en blanco, toda vez que para adecuar en el mismo el obrar de quien tiene la condición de sujeto activo de la conducta, es preciso acudir a la normatividad en la que se hallan establecidas sus funciones específicas'.⁶¹

"Esto ha llevado a la Sala a sostener, en forma pacífica y reiterada, que para la realización del juicio de tipicidad en el delito de prevaricato por omisión es condición necesaria establecer la norma extrapenal que asigna al sujeto activo la función que omitió, rehusó, retardó o denegó, y/o el plazo para hacerlo, al igual que su preexistencia al momento de la realización de la conducta, con el fin de poder constatar el

cumplimiento del tipo penal objetivo.⁶² (...)

"Cuando el funcionario público incumple un acto propio de sus funciones, porque lo omite, retarda, rehúsa o deniega, no solamente infringe el deber de servicio y el compromiso de lealtad, sino que perturba el correcto funcionamiento de la administración pública y frustra las expectativas que tienen los administrados, afectando su legitimidad y la confianza en sus instituciones.

"Aún cuando la norma expresamente no lo exige, es de su consustancialidad que la infracción del deber funcional sea relevante, requisito que la doctrina entiende cumplido cuando la conducta afecta las expectativas legítimas de los ciudadanos en su relación con la administración, porque impide u obstaculiza el ejercicio de un derecho concreto, pone en serio peligro la posibilidad de acceso o de participación en el disfrute de servicios, o en el desarrollo de actividades que las instituciones deben garantizar.⁶³

"Contrario sensu, el simple incumplimiento de los deberes funcionales, sin implicaciones de importancia en el desarrollo de los cometidos propios de la administración pública, como bien jurídico protegido, escapa al marco de protección de la norma, por carecer de aptitud lesiva, y porque la conducta en estos casos termina reduciéndose al quebrantamiento de los deberes que surgen de la relación Estado-servidor público, sancionable sólo en el campo del derecho disciplinario.

"La Corte no ha sido ajena a esta exigencia, pues ha venido sosteniendo con regularidad que las conductas omisivas que la norma prevé deben desconocer en forma manifiesta la ley, con el fin de hacer énfasis en la necesidad de que el quehacer omisivo supere los linderos del simple incumplimiento de los deberes funcionales del servidor público, para afectar o poner en grave peligro el correcto ejercicio de la función, al igual que los postulados de legalidad, probidad y eficiencia, y la confianza pública en ella,

"Evidentemente y como corresponde a la definición del tipo básico de prevaricato, omitir,

retardar, rehusar o denegar, deben ser actos realizados deliberadamente al margen de la ley, es decir, con violación manifiesta de ella'64"65.

14.2. En el asunto analizado está suficientemente esclarecida y acreditada la condición de servidor público del acusado CHAVES ORDÓÑEZ, dado que para el momento del comportamiento omisivo que se le reprocha ejercía funciones como fiscal seccional, adscrito a la Unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía General de la Nación, con sede en la ciudad de Popayán.

En cuanto hace al deber funcional incumplido por el acusado, el mismo se encuentra previsto en el artículo 84 de la Ley 906 de 2004, que regula el "Trámite en la incautación u ocupación de bienes con fines de comiso", de la siguiente manera:

"Dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la incautación u ocupación de bienes o recursos con fines de comiso, efectuadas por orden del Fiscal General de la Nación o su delegado, o por acción de la Policía Judicial en los eventos señalados en este código, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías para que realice la audiencia de revisión de la legalidad sobre lo actuado" (subrayados ajeno al texto).

La claridad del precepto, contrario a lo sostenido por el a-quo, no ofrece discusión, pues conforme al mismo, es palmario que el enjuiciado el 21 de mayo de 2008, independientemente de haber dejado ilícitamente en libertad a Jhoiner Toledo Vargas, estaba en la obligación de adelantar, en el plazo arriba señalado, ante el juez de control de garantías, una audiencia preliminar (Ley 906 de 2004, artículo 154, numerales 1, 5 y 9), con el fin de que tal funcionario judicial revisara la legalidad de la incautación del vehículo automotor (un Volkswagen Polo, tipo sedan, color blanco, placas BPC-249) en el que el citado transportaba aproximadamente media tonelada de cocaína, y del arma de fuego (una pistola semiautomática, calibre 9MM,

marca "Jericho 941 FSL"), con los dos proveedores y veinticuatro cartuchos, que aquél llevaba consigo.

En relación con este último elemento (el arma, proveedores y cartuchos), resulta imperioso aclarar que aun cuando el indiciado presentó un salvoconducto vigente para su porte, dicho artefacto lo llevaba en condiciones irregulares: en primer lugar, por desatención de los reglamentos inherentes al mismo, toda vez que en razón de la cantidad de munición y la capacidad de uno de los proveedores, contravenía flagrantemente lo normado en el Decreto 2535 de 1993, artículo 11, literal a)⁶⁶, de acuerdo con el cual en tratándose de pistolas clasificadas como de defensa personal, la capacidad máxima del proveedor no puede exceder de nueve (9), y como se recordara Toledo Vargas portaba veinticinco (24) cartuchos en dos (2) proveedores, uno de nueve (9) y otro de diecisiete (17)⁶⁷.

Pero además de lo anterior, en segundo término, fundamentalmente, porque la aludida arma de fuego era llevada por el indiciado Toledo Vargas, no para la defensa individual autorizada por la ley, sino, indiscutiblemente, para proteger, asegurar, resguardar y garantizar la protección y arribo a su destino del ilícito y significativo cargamento de estupefacientes que transportaba, es decir, estaba destinada en ese momento a la comisión de la conducta punible descubierta en flagrancia, destinación que no se desdibuja o desvirtúa, como ingenuamente lo entendió el a-quo, por el hecho de que en el momento de la aprehensión el tantas veces aludido infractor no la esgrimió para oponer resistencia a las autoridades de policía, proceder que obedeció, más bien, a la numerosa presencia de efectivos de esa institución que se vieron forzados a intervenir en su persecución y que llegaron al sitio en el que finalmente lo obligaron a detenerse.

Respecto de dichos elementos, el vehículo automotor y el arma de fuego (con sus

aparejos), incautados en las circunstancias que da cuenta la actuación sometida al conocimiento del enjuiciado, procedía de manera ineludible el comiso, según se encuentra consagrado en forma perentoria en el inciso primero del artículo 82 de la Ley 906 de 2004, en los siguientes términos:

“El comiso procederá sobre los bienes y recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o sobre aquellos utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumentos para la ejecución del mismo, sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos o los terceros de buena fe” (resaltado ajeno al texto).

Dicha medida también se encuentra contemplada en una norma especial, vinculante, además, por su plena vigencia y por no resultar contraria a las previsiones del citado ordenamiento procesal. Se trata del artículo 47 del Estatuto Nacional de Estupefacientes (Ley 30 de 1986), que en la parte pertinente señala:

“Los bienes, muebles, equipos y demás objetos donde ilícitamente se almacene, conserve, fabrique, elabore, venda o suministre a cualquier título marihuana, cocaína, morfina, heroína, o cualquier otra droga que produzca dependencia, al igual que los vehículos y demás medios de transporte, utilizados para la comisión de los delitos descritos en este capítulo, lo mismo que los dineros y efectos provenientes de tales actividades, serán decomisados y puestos a disposición inmediata del Consejo Nacional de Estupefacientes, el cual, por resolución, podrá destinarlos provisionalmente al servicio oficial o (sic) entidades de beneficio común instituidas legalmente, darlos en arriendo o depósito. (...)” (resaltado ajeno al texto).

Es más, la propia Ley 906 de 2004, respecto de vehículos automotores afectados a una investigación penal, los cuales incluye dentro de la categoría de “Macro

elementos materiales probatorios” (artículo 256), consagra acerca de su destinación que podrán ser devueltos al propietario, poseedor o al tenedor legítimo, salvo lo previsto en ese ordenamiento en relación con las medidas cautelares para bienes susceptibles de comiso, y “siempre y cuando no hayan sido medios eficaces para la comisión del delito” (artículo 266).

Consecuente con lo anterior, el aquí acusado no gozaba de la libre determinación, como lo entendió el a-quo, de solicitar respecto de los elementos a que se ha hecho mención, alguna de las medidas restrictivas consagradas en el artículo 83 de la Ley 906 de 2004, sino que estaba en la perentoria obligación de promover la audiencia a que se refieren los artículos 84 y 85 de dicha codificación, y en desarrollo de la misma proceder de conformidad con los preceptos legales ya citados, deber funcional que omitió o rehusó (para el caso es lo mismo: “no hizo lo que podía y debía hacer” o “se resistió a hacer lo que podía y debía hacer, es decir, negó su deber jurídico”), sin explicación o justificación válida, acreditada y atendible.

14.3. No está demás puntualizar que en ésta precisa imputación, al contrario de lo dilucidado por la Sala acerca del otro delito de prevaricato por omisión atribuido en relación con la audiencia concentrada que canceló el enjuiciado (supra, numeral 11), el comportamiento delictivo no queda comprendido como un acto posterior copenado, en razón de la autonomía y trascendencia del deber legal pretermitido, de suerte que el desvalor de tal acción omisiva no se confunde, no queda consumido en el de prevaricato por acción agotado en la orden de libertad atrás estudiada.

Es que si se hace el ejercicio mental, en gracia de discusión, y se aprecia como ajustada a derecho la resolución prevaricadora, se percibe de inmediato que independientemente de esa decisión, por la naturaleza del delito y de los bienes e instrumentos afectados a su eficaz consumación, la subsiguiente y consecuencial obligación del procesado era

proceder a legalizar la incautación de aquellos, con fines de comiso, de acuerdo con las disposiciones citadas con antelación, deber que no podía incumplir o excusarse de adelantar por la supuesta ilegalidad de la aprehensión del indiciado, máxime cuando el funcionario aquí juzgado reconoció en la orden de libertad de marras que las evidencias físicas incautadas (entre ellas el vehículo automotor y el arma de fuego) tenían a propósito de la aprehensión física del capturado una fuente independiente y por lo tanto no podía decretar su exclusión para los fines de la investigación.

A este respecto importa recordar, como ya lo ha decantado la jurisprudencia⁶⁸, que el acto posterior copenado o delito complejo únicamente se presenta en la medida en que un hecho delictivo forme parte de otra conducta típica, bien como elemento integrante de éste o como circunstancia de agravación punitiva⁶⁹. Los hechos apreciados aisladamente, si ello fuere posible, constituirían por sí mismos delitos. En aquella clase de delito unitario, el complejo, el legislador fusiona o reúne en una tipicidad penal o prevé como agravante de la misma hechos y situaciones objetivas de variada índole, de modo que se excluye la pluralidad de infracciones, vale decir, el concurso de delitos; el hecho que aislado configuraría una infracción se convierte por voluntad de la ley en elemento de una figura delictiva especial o en circunstancia de agravación de la misma, perdiendo el carácter de ente jurídico autónomo, pues de no ser así se violaría el principio non bis in ídem⁷⁰.

La anterior precisión y distinción impide confundir el delito complejo con los delitos conexos, el primero supone que las distintas conductas estructuran un sólo hecho punible, los segundos la configuración de varios, jurídicamente autónomos, pero conexos sustancial, consecuencial u ocasionalmente, siendo esto último lo ocurrido en el asunto analizado⁷¹.

15. La Ley 599 de 2000, en el Título dedicado a las normas rectoras, en su artículo 12, prevé como característica del hecho punible el principio de culpabilidad, en el sentido

de que no pueden imponerse penas sin dolo, culpa o preterintención, y que en el ordenamiento jurídico penal colombiano queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva; a su vez, el artículo 9 ídem, señala que para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable, advirtiendo perentoriamente que la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

Desde esa perspectiva es claro que la responsabilidad penal, es una consecuencia directa de la culpabilidad, entendida como una categoría político-jurídica de raigambre constitucional, dado que constituye el contrario de la presunción de inocencia, según la cual, conforme al artículo 29 de la Carta, "Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable". El concepto, implica, entonces, también una garantía ciudadana y un límite inequívoco al ius puniendi, ya que sólo se puede ser culpable por un acto cometido dentro de condiciones de elegibilidad, vale decir, con la conciencia, tanto del acto que se ejecuta u omite, como de la posición del sujeto frente a la conducta, esto es, del papel que el Estado o la sociedad le asigne o que él mismo, personalmente asume y que, como tal, lo vincula con la sociedad, ante la cual ese comportamiento trasciende. Es así como se ha desarrollado el principio de culpabilidad por el hecho⁷².

Ahora bien, la conducta punible se entiende que es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. El dolo como modalidad de ejecución de la conducta punible (Ley 599 de 2000, artículos 21 y 22), significa, en términos elementales, disposición de ánimo hacia la realización de una conducta definida en la ley como delictiva (tipicidad objetiva) y causante de daño o de puesta en peligro, sin justificación alguna (tipicidad o antijuridicidad material).

El dolo requiere, por lo tanto, de lo cognoscitivo como de lo volitivo, dado que la conducta punible sólo es dolosa cuando se sabe, cuando se conoce y se comprende aquello que se quiere hacer, y voluntariamente se hace.

No sobra apuntar que por ser el dolo una manifestación del fuero interno, puede conocerse, directamente por confesión, o indirectamente por manifestaciones externas concretadas durante el iter criminis o con posterioridad a la consumación del delito. A este respecto, la Sala sigue la línea de examinar cada caso en concreto, probatoriamente, para establecer si racional y razonablemente el sujeto agente asumió como probable o posible el resultado que jurídicamente se le reaccrimina.

En el presente asunto, al realizar un juicio ex-ante, como debe hacerlo el juzgador al valorar un comportamiento humano constitutivo de una conducta delictiva, puede aseverarse que en las concretas variables fácticas en las que obró el acusado, éste actuó con conocimiento y voluntad de lesionar con sus comportamientos el bien jurídico de la administración pública, aspecto que se deduce de su formación profesional como abogado, con amplia experiencia en la Fiscalía General de la Nación, en el cargo de fiscal local y seccional durante un lapso cercano a los diecisiete (17) años, motivos por los cuales es contrario a la razón o al sentido común contemplar la posibilidad de que la ilegal orden de libertad expedida por el acusado el 21 de mayo de 2008 y la omisión de adelantar audiencia para legalizar, con fines de comiso, los bienes e instrumentos (vehículo automotor y arma de fuego) destinados a la eficaz consumación del delito de tráfico de alucinógenos hayan obedecido a la inexperiencia o ineptitud del funcionario.

Tampoco es viable suponer que los comportamientos prevaricadores reprochados, por acción y omisión, fueron el producto de una deficiente información y equivocada comprensión de los supuestos facticos sometidos a conocimiento del acusado, pues, por el contrario, como ha quedado visto, de la misma lectura de la resolución de marras se advierte que el enjuiciado sabía que estaba frente a un caso de narcotráfico de considerables proporciones, que el indiciado fue capturado en situación de flagrancia; además, acerca del traslado físico de éste a la URI, el fiscal que lo recibió en el turno anterior al del encausado ninguna irregularidad advirtió y así lo hizo saber vía

telefónica, y desde tempranas horas de la mañana dialogó en persona con el Comandante de la Policía del Cauca (quien, dentro del ejercicio de sus funciones coordinó y prestó seguridad al operativo de captura y a los actos urgentes de policía judicial), oficial que le explicó los motivos que justificaron el tiempo empleado en el traslado del capturado a las instalaciones de la Fiscalía, circunstancias corroboradas de manera objetiva con la información documentada en el expediente con el que debía judicializar al indiciado, aspectos todos los anteriores que acreditan la imposibilidad de especular, razonar o concluir que hubo una privación ilegal de la libertad del aprehendido luego de ser sorprendido en flagrante delito.

Menos resultaba atendible una interpretación del inciso cuarto del artículo 302 de la Ley 906 de 2004 como la postulada en la insólita orden de libertad, en primer lugar, porque respecto de la garantía superior del pronto traslado de una persona detenida (en cualquiera de las posibilidades autorizadas por la ley) ante una autoridad judicial competente, ya el máximo juez constitucional, desde antes de ocurrir los hechos aquí debatidos, había esclarecido que el límite temporal (36 horas) fijado en la Constitución y en diversas disposiciones procesales es comprensivo de todas las actividades inherentes a las autoridades de policía, de la fiscalía y del juez de control de garantías, para dentro del mismo hacer la efectiva revisión de la legalidad de la restricción del derecho a la libertad.

De suerte que a la expresión “inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia” contenida en la aludida norma no podía dársele el alcance que le otorgó el procesado. Y en segundo término, porque la exégesis que el enjuiciado blandió del precepto en cuestión asoma caprichosa, si en cuenta se tiene que el tiempo transcurrido para el traslado del indiciado a la URI., fue sustancialmente menor que el dispuesto por la Policía Judicial para diligenciar y organizar la documentación inherente a la captura (luego de la entrega física del retenido a la fiscalía), o el que tardó el mismo acusado entre el momento en que recibió esos soportes y

aquel en que solicitó la audiencia concentrada, pese a que el artículo en comento, en su inciso quinto, también ordena al fiscal presentar al aprehendo inmediatamente (o dentro de las 36 horas siguientes a la captura), ante el juez de control de garantías para los fines legales pertinentes.

Ahora bien, el acusado sabía, por su formación profesional y experiencia judicial, que los bienes y elementos destinados o empleados en la ejecución de delitos de narcotráfico y conexos, forzosamente deben ser objeto de comiso, luego estaba obligado a adelantar en el término de ley (36 horas) la audiencia preliminar con el fin de que el funcionario competente revisara la legalidad de la incautación del vehículo y arma de fuego con los que fue capturado en situación de flagrancia el indiciado, máxime cuando el acusado reconoció expresamente que esos elementos y demás evidencia física tenían un vínculo independiente con la supuesta privación ilegal de la libertad de aquél, y consecuente debía solicitar las medidas cautelares a que hubiera lugar.

Pero en lugar de proceder de acuerdo con ese deber funcional debidamente reglado, lo omitió, lo rehusó, e incluso mediante oficio autorizó la entrega del arma de fuego al indiciado o a su apoderado de confianza, proceder que si bien no alcanza a constituir una infracción penal independiente, sí es demostrativo del ánimo del enjuiciado de favorecer a toda costa a Jhonier Toledo Vargas, desconociendo el grave compromiso penal de éste en los hechos que motivaron su captura y la afectación de los elementos hallados en su poder, los cuales estaban destinados a la eficaz comisión del delito de tráfico de alucinógenos en el que fue sorprendido.

Perogrullo es afirmar que con el comportamiento observado por el enjuiciado (de acción y de omisión) se vulneró en forma real y efectiva el bien jurídico de la administración de justicia, dado que se propició la impunidad respecto de un comportamiento delictivo que en los estándares internacionales y en la legislación patria es considerado como de grave deterioro de la moral social, y respecto del cual incluso el

legislador ha reaccionado también estableciendo acciones encaminadas a extinguir el dominio de los bienes destinados a su comisión o de los obtenidos como producto del mismo, así se encuentren en cabeza de terceras personas⁷³, circunstancias todas las anteriores que apreciadas en conjunto, de manera racional y mesurada, llevan a la Sala a concluir que el procesado sabía y conocía que al emitir, sin un verdadero sustento fáctico y jurídico, la orden de libertad a favor del indiciado de marras y pretermitir su deber funcional respecto de los bienes destinados al delito de tráfico de estupefacientes con los que fue capturado aquél en situación de flagrancia, adecuó su proceder a las hipótesis delictivas endilgadas, y pese a ello consciente y voluntariamente obró como lo hizo, desviándose del camino de la legalidad, no obstante estar en condiciones normativas y personales de obrar conforme a derecho.

De acuerdo con lo anterior, se accederá a la solicitud de la Fiscalía, en contraposición con los alegatos de la defensa material como sujeto no recurrente, debiendo en consecuencia revocarse la sentencia absolutoria, para en su lugar condenarlo por los delitos de prevaricato por acción y por omisión, agravados, según las consideraciones sentadas en forma precedente.

16. Acreditada como ha quedado, más allá de toda duda, la estructuración de los elementos objetivo y subjetivo de los delitos de prevaricato por acción y por omisión atribuidos al procesado en la acusación, corresponde ahora adelantar el respectivo procedimiento de individualización de las penas por imponer en relación con tales los comportamientos delictivos.

16.1. El delito de prevaricato por acción, de conformidad con el artículo 413 del Código Penal, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, contempla las siguientes penas principales: prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses; multa de sesenta y seis coma sesenta y seis

(66,66) a trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

Respecto de ese delito fue deducida la causal específica de agravación prevista en el artículo 415 de la Ley 599 de 2000, debido a que la acción prevaricadora se materializó en una actuación judicial por un delito de narcotráfico, luego las aludidas sanciones deben incrementarse “hasta en una tercera parte”, es decir, con sujeción a la regla establecida en el artículo 60-2 del Código Penal, aquéllas quedan de la siguiente manera: prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento noventa y dos (192) meses; multa de sesenta y seis coma sesenta y seis (66,66) a cuatrocientos (400) salarios mínimos mensuales legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento noventa y dos (192) meses.

Los aludidos ámbitos de movilidad se fraccionan en cuatro partes, tal y como lo ordena el artículo 61 de la citada codificación, operación que arroja el siguiente resultado:

Para la pena de prisión: cuarto mínimo, de cuarenta y ocho (48) a ochenta y cuatro (84) meses; primer cuarto medio, de ochenta y cuatro (84) meses y un (1) día a ciento veinte (120) meses; segundo cuarto medio, de ciento veinte (120) meses y un (1) día, a ciento cincuenta y seis (156) meses; y cuarto máximo, de ciento cincuenta y seis (156) meses y un (1) día, a ciento noventa y dos (192) meses.

Respecto de la sanción pecuniaria: cuarto mínimo, de sesenta y seis coma sesenta y seis (66,66) a ciento cuarenta y nueve coma noventa y nueve (149,99); primer cuarto medio, de ciento cincuenta (150) a doscientos treinta y tres coma treinta y tres (233,33); segundo cuarto medio, de doscientos treinta

y tres coma treinta y cuatro (233,34) a trescientos dieciséis coma sesenta y siete (316,67); y cuarto máximo, de trescientos deslieseis coma sesenta y ocho (316,68) a cuatrocientos (400) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

En cuanto a la interdicción: cuarto mínimo, de ochenta (80) a ciento ocho (108) meses; primer cuarto medio, de ciento ocho (108) meses y un (1) día a ciento treinta y seis (136) meses; segundo cuarto medio, de ciento treinta y seis (136) meses y un (1) día a ciento sesenta y cuatro (164) meses; y cuarto máximo, de ciento sesenta y cuatro (164) meses y un (1) día a ciento noventa y dos (192) meses.

16.2. Ahora bien, la conducta punible de prevaricato por omisión, según el contenido del artículo 414 de la Ley 599 de 2000, igualmente modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, contempla las siguientes sanciones: prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses; multa de trece coma treinta y tres (13,33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos mensuales legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) meses.

Es necesario aclarar que la pena de inhabilitación para la señalada conducta fue fijada por el legislador, dentro de su libertad de configuración, en una única proporción, es decir, no estableció un máximo y un mínimo, luego atendiendo los axiomas que obligan a una interpretación favor rei y el principio pro homine, para hacer operante el incremento de que trata el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, dicha intensificación debe aplicarse en su menor drasticidad al guarismo señalado en el precepto como monto de esa pena.

Ahora bien, frente al injusto que se analiza en la acusación también se dedujo la causal específica de agravación prevista en el artículo 415 de la Ley 599 de 2000, debido

a que la acción prevaricadora se materializó en una actuación judicial por un delito de narcotráfico, luego las aludidas sanciones deben incrementarse “hasta en una tercera parte”, es decir, atendiendo la regla consagrada en el artículo 60-2 del Código Penal, aquéllas quedan de la siguiente manera: prisión de treinta y dos (32) a ciento veinte (120) meses; multa de trece coma treinta y tres (13,33) a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ciento seis coma sesenta y seis (106,66) meses.

Tal y como lo ordena el artículo 61 de la citada codificación, los aludidos ámbitos de movilidad se fraccionan en cuatro partes, operación que arroja el siguiente resultado:

Para la pena de prisión: cuarto mínimo, de treinta y dos (32) a cincuenta y cuatro (54) meses; primer cuarto medio, de cincuenta y cuatro (54) meses y un (1) día a setenta y seis (76) meses; segundo cuarto medio, de setenta y seis (76) meses y un (1) día, a noventa y ocho (98) meses; y cuarto máximo, de noventa y ocho (98) meses y un (1) día, a ciento veinte (120) meses.

Respecto de la sanción pecuniaria: cuarto mínimo, de trece coma treinta y tres (13,33) a treinta y cuatro coma noventa y nueve (34,99); primer cuarto medio, de treinta y cinco (35) a cincuenta y seis coma sesenta y seis (56,66); segundo cuarto medio, de cincuenta y seis coma sesenta y siete (56,67) a setenta y ocho coma treinta y tres (78,33); y cuarto máximo, de setenta y ocho coma treinta y cuatro (78,34) a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

En cuanto a la interdicción, como el legislador estableció su duración en un guarismo, fijo no hay lugar a fijar el ámbito de movilidad punitiva en cuartos, permaneciendo entonces esa sanción en ciento seis coma sesenta y

seis (106,66) meses.

16.3. Corresponde establecer ahora la pena para cada uno de los delitos individualmente considerados. Para ello, se aplican las reglas del artículo 61 del Código Penal. Como no se dedujo ninguna circunstancia de mayor punibilidad (artículo 58) y por el contrario puede inferirse la del numeral 1º del artículo 55 ibídem, en cuanto a la ausencia de antecedentes penales⁷⁴, para la individualización de la sanción se ubicará la Sala en el cuarto mínimo en ambos comportamientos delictivos.

Teniendo en cuenta la gravedad de la conducta de prevaricato por acción, el daño causado con el mismo, pues se propició la impunidad (hasta la fecha del fallo de primer grado no había sido posible judicializar a Jhoiner Toledo Vargas) respecto de un delito de narcotráfico de considerable entidad por la cantidad de droga incautada, la intensidad del dolo con el que obró el acusado al expedir la resolución contraria a derecho, y la necesidad y función de prevención general de la pena, no es posible partir del límite inferior de los cuartos mínimos de cada una de las sanciones principales consagradas para el comentado injusto, siendo las anteriores razones suficientes para infligir por la misma, sesenta y cuatro (64) meses de prisión, multa en cuantía equivalente a ochenta y ocho coma ochenta y ocho (88,88) salarios mínimos mensuales legales vigentes, y noventa y dos (92) meses de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Respecto del delito de prevaricato por omisión, también es manifiesta la gravedad de la conducta, el dolo directo con el que obró el acusado, y el daño causado pues respecto de bienes y elementos destinados a la eficaz consumación de un delito de tráfico de estupefacientes dejó de adelantarse, dentro del término legal, las medidas necesarias tendientes a su confiscación como perentoriamente lo consagra la legislación, además de los fines y necesidad de prevención general y especial de la pena,

motivos por los que respecto de ese comportamiento procederían como sanciones principales cuarenta (40) meses de prisión, multa en cuantía de dieciséis coma sesenta y seis (16,66) salarios mínimos mensuales legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ciento seis coma sesenta y seis (106,66) meses.

Aplicadas las reglas del concurso previstas en el artículo 31 del Código Penal, se tiene que la pena más grave sería la fijada para el delito de prevaricato por acción, esto es, sesenta y cuatro (64) meses de prisión, multa equivalente a ochenta y ocho coma ochenta y ocho (88,88) salarios mínimos mensuales legales vigentes, y noventa y dos (92) meses de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, guarismos a los que se hará un incremento del cincuenta por ciento (50%) de las que corresponderían por el delito de prevaricato por omisión, para obtener así un total definitivo penas principales por imponer de OCHENTA Y CUATRO (84) MESES DE PRISIÓN, MULTA DE NOVENTA Y SIETE (97) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES, E INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS DE CIENTO CUARENTA Y CINCO (145) MESES.

Como sanción accesoria se impondrá al acusado la pérdida del cargo público como Fiscal Seccional, toda vez que el ejercicio y poderes discernidos por la función pública detentada tuvieron relación directa con la ejecución de las conductas punibles atribuidas (Ley 599 de 2000, artículo 43-2, 45 y 52).

17. No hay lugar a conceder el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, debido a que no está satisfecho, en principio, el factor objetivo previsto en el artículo 63-1 del Código Penal, pues la sanción impuesta es superior a tres (3) años de prisión.

Y en cuanto a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la intramural (artículo 38 ibídem), si bien es cierto los delitos por los que se procede tienen contemplada una pena mínima que no excede de cinco (5) años, igualmente es verdad que el segundo requisito, de naturaleza subjetiva, previsto en el numeral segundo de la citada disposición, no se encuentra acreditado.

En efecto, el presupuesto en cuestión exige que "...el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena", conclusión para la que se torna necesario, conforme ya lo tiene decantado la Corte⁷⁵, estudiar los fines de la pena:

"[...] El artículo 4° del Código Penal señala que la pena cumplirá funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado y que la prevención especial y la reinserción operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

"[...] La Corte interpreta que cuando allí se declara que las funciones de prevención especial y reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión (sea esta domiciliaria o carcelaria) no se excluyen las demás funciones como fundamento de la misma pena, sino que impide que sean la prevención especial y la reinserción criterios incidentes en la determinación o individualización de la pena privativa de la libertad.

"[...] Significa lo anterior que tanto para imponer, como para ejecutar la prisión domiciliaria en sustitución de la prisión carcelaria deben tenerse en cuenta también las funciones de la pena que tienen que ver con la prevención general y la retribución justa.

"[...] Independientemente de las afinidades teóricas que se tengan sobre los conceptos básicos que integran las funciones de la pena, la decisión de política criminal del Estado

colombiano en cuanto a los principios y los fines de la pena es la adoptada en los artículos 3 y 4 del Código Penal. Desde esa óptica, la función de 'retribución justa' puede abordarse de manera general en dos estadios claramente diferenciados del proceso penal. Como criterio que influye en la determinación judicial de la pena, en cuanto es en tal momento que se define la medida de la retribución y se determina su contenido de justicia, de mano de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; y, como función vinculada a la ejecución de la pena que no puede ser dejada de sopesar cuando vaya a enjuiciarse la adopción de providencias que anticipen material y condicionalmente una parte de la privación efectiva de la libertad o la subroguen por un periodo de prueba.

"[...] Igual cosa ocurre con la función de 'prevención general', a través de la cual se advierte a la sociedad de las consecuencias reales que puede soportar cualquiera que incurra en una conducta punible: paradójicamente el hombre se ve compelido a proteger la sociedad mediante la amenaza a los individuos que la componen. Porque el orden jurídico es un sistema que opera bajo la fórmula acción-reacción, supuesto-consecuencia jurídica. Ese fin de 'prevención general' es igualmente apreciable tanto para la determinación judicial de la pena como para el cumplimiento de la misma, pues se previene no solo por la imposición de la sanción, sino y sobre todo, desde la certeza, la ejemplarización y la motivación negativa que ella genera (efecto disuasivo), así como desde el afianzamiento del orden jurídico (fin de prevención general positiva).".

Consecuente con el anterior criterio, atendida la gravedad y modalidad de las conductas atribuidas al acusado, el daño real causado con las mismas al bien jurídico tutelado, la intensidad del dolo con el que obró el enjuiciado, atendidos los fines de prevención general, retribución justa y prevención especial, se hace necesario el cumplimiento de la pena bajo el rigor y disciplina de un centro penitenciario para disuadir al condenado de posibles reincidencias así como para mantener a la sociedad

segura de éste durante el cumplimiento de la sanción y para activar en aquél mediante el internamiento la conciencia de preservación y acatamiento de los valores que hacen posible de la vida en comunidad (función de reinserción social).

18. Finalmente, no puede pasar por alto la Corte los desatinos en que incurrió el a-quo al evaluar los comportamientos delictivos endilgados al acusado, pues se distanció de manera manifiesta de lo que era objeto de debate para la configuración de las conductas punibles de prevaricato por acción y omisión, en modalidad agravada, centrando su estudio en hacer una sesgada apreciación probatoria que tampoco conducía a la absolución del acusado, razones por las que se dispondrá la compulsa de copias disciplinarias y penales para investigar las probables infracciones de esa naturaleza en que hayan incurrido los magistrados que integraron la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Popayán que absolvió al enjuiciado.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el fallo de fecha 27 de septiembre de 2011, a través del cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán absolvió a JAIME GIOVANNI CHAVES ORDÓÑEZ, de conformidad con las consideraciones a que se hizo alusión en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR al doctor JAIME GIOVANNI CHAVES ORDÓÑEZ, como autor penalmente responsable de los delitos de prevaricato por acción y por omisión, en modalidad agravada, cometidos en concurso heterogéneo, según hechos sucedidos en la ciudad de Popayán el 21 de mayo de 2008, de conformidad con las precisiones consignadas en esta sentencia.

TERCERO. IMPONER, como consecuencia de lo anterior, a JAIME GIOVANNI CHAVES ORDÓÑEZ las penas principales de OCHENTA Y CUATRO (84) MESES DE PRISIÓN, MULTA DE NOVENTA Y SIETE (97) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES, E INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS DE CIENTO CUARENTA Y CINCO (145) MESES. Y como sanción accesoria la pérdida del cargo público de Fiscal Seccional.

CUARTO: NO CONCEDER a JAIME GIOVANNI CHAVES ORDÓÑEZ la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria, por no acreditarse los requisitos para ello.

QUINTO: ORDENAR ante los organismos de seguridad del Estado, la captura de JAIME GIOVANNI CHAVES ORDÓÑEZ para el cumplimiento de la pena impuesta.

SEXTO: REMITIR copia de esta sentencia a la Registraduría Nacional del Estado Civil, a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación, para lo de su cargo.

SEPTIMO. COMPULSAR copias de este pronunciamiento, de la sentencia de primera instancia, y en general de toda la actuación, para ante la Fiscalía General de la Nación y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, con el fin de que se adelanten sendas investigaciones contra los magistrados que en primera instancia conocieron de este asunto.

Contra esta decisión que se notifica en estrados, no procede recurso alguno.

Cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CABALLERO

FERNANDO ALBERTO CASTRO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
MUÑOZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Carpeta de estipulaciones probatorias, folios 15-49.
- 2 Carpeta de estipulaciones probatorias, folios 39 y 50-60.
- 3 Carpeta de audiencias preliminares, folios 92-96.
- 4 Carpeta del juicio, folios 1-29, 34, 50-52, 53-64, 120-125 y 132-195.
- 5 Sentencia C-591 de 2005.
- 6 Sentencia del 19 de noviembre de 2003, radicación 19700.
- 7 Sentencia del 16 de mayo de 2007, radicación 26310.
- 8 Cuaderno del juicio, folios 14 y 15.
- 9 Cfr. Sala de Casación Penal. Auto del 9 de junio de 2004, radicación N° 22130.

- 10 Derecho Penal, Parte General I, El hecho Punible. Stratenwerth, Günter. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. 4ª Edición totalmente Reelaborada. Editorial Hammurabi, 2000. Pág. 541-542. En igual sentido: Derecho Penal, Parte General. Reyes Echandía, Alfonso, Editorial Temis 1987, pág. 148; Derecho Penal, Parte General, Muñoz Conde, Francisco, séptima edición revisada y puesta al día, editorial Tirant lo Blanch, 2007, pág. 468; y Derecho Penal, Parte General, Zaffaroni, Eugenio Raúl, editorial EDIAR, 2000, pág. 833, entre otros.
- 11 Cfr. Sentencia del 25 de julio de 2007, radicación Nº 27383.
- 12 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 17 de agosto de 2005, radicación 19391.
- 13 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 15 de junio de 2005, radicación 21629.
- 14 Ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias 18 de febrero de 2000, radicación 12820, de 10 de mayo de 2001, radicación 14605, y de 9 de marzo de 2006, radicación 23755, entre otras. En similar sentido, Corte Constitucional, sentencia C-133/99.
- 15 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 9 de junio de 2004, radicación 22415.
- 16 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 8 de mayo de 1996, radicación 10800.
- 17 Cuaderno de estipulaciones, folio 54.
- 18 Ídem, folio 50.

19 Constitución Política, artículo 250, Modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, artículo 2.

20 Ley 906 de 2004, artículos 45, 66 y 286 a 289.

21 Cuaderno de estipulaciones, folio 56-58.

22 Cfr. Sentencia de única instancia del 13 de octubre de 2004, radicación N° 18911.

23 Cfr. Sentencia de 8 de noviembre de 2001, radicación N° 13956. Criterio reiterado en el mismo sentido en sentencias de 25 de abril de 2007, radicación N° 27062, 22 de abril de 2009, radicación N° 28745, 16 de marzo y 31 de mayo de 2011, radicaciones N° 35037 y 34112, respectivamente, entre otras.

24 Cfr. Sentencia del 26 de mayo de 1998, radicación 13628.

25 Cuaderno de estipulaciones, folios 5-14 y 210.

26 Ídem, folios 56-58.

27 Ídem, folio 50.

28 Ídem, folio 15.

29 Ídem, folio 16.

30 Ídem, folios 17-20.

31 Ídem, folios 21 y 22.

32 Ídem, folios 23 a 38.

33 Ídem, folio 39.

34 Ídem, folios 40-49.

35 Ídem, folios 51-52. Se aclara que el texto transcrito originalmente aparece elaborado todo en letra mayúscula sostenida.

36 Sesión de audiencia pública del 31 de agosto de 2011. CD anexo entre folios 119 y 120, grabación N° 2, minuto 03:48 a 1:37:25.

37 Ídem, CD anexo entre folios 119 y 120, grabación N° 2, minuto 1:46:13 a 2:21:33.

38 Ídem, CD anexo entre folios 119 y 120, grabación N° 2, minuto 2:13:45 a 02:15:07.

39 Cuaderno principal, folios 141 y 170.

40 Sesión de audiencia pública del 31 de agosto de 2011, CD anexo entre folios 119 y 120, grabación N° 2, minuto 1:54:45 a 1:56:17.

41 Ídem, CD anexo entre folios 119 y 120, grabación N° 2, minuto 2:07:14 a 2:09:45.

42 Ídem, CD anexo entre folios 119 y 120, grabación N° 1, minuto 2:40:06 a 3:05:00.

43 Ídem, CD anexo entre folios 119 y 120, grabación N° 2, minuto 2:22:00 en adelante y grabación N° 3, correspondiente a la sesión de audiencia pública del 1 de septiembre de 2011.

44 Abogado, especialista en derecho administrativo, con vasta trayectoria en labores de policía judicial, y quien como Comandante Operativo del Departamento de Policía Cauca (durante tres años, comprendida la fecha de los hechos) participó en 3.900 capturas en situación de flagrancia por tráfico de alucinógenos, operativos en los que en total se

obtuvo la incautación de 6.233 gramos de cocaína, 6,7 toneladas de base de cocaína, 21 kilos de heroína, 450 kilos de bazuco, y cerca de 71 toneladas de marihuana. Cfr. Sesión de audiencia pública del 31 de agosto de 2011, CD anexo entre folios 119 y 120, grabación N° 2, minuto 03:48 a 1:17:00.

45. Cfr. Sesión de audiencia pública del 31 de agosto de 2011, CD anexo entre folios 119 y 120, grabación N° 2, minuto 15:20 a 21:30.

46 Ídem, CD anexo entre folios 119 y 120, grabación N° 2, minuto 2:20:00 a 2:21:05.

47 Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos usan la expresión “sin demora”: El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado al respecto que la expresión “sin demora” usada en el tercer párrafo del artículo 9, significa en la práctica que “las demoras no deben exceder de unos pocos días” (Observación General No. 8 párr. 2), aclaración que tampoco aporta mayor claridad sobre ese límite temporal. Algunas decisiones de ese Comité han establecido que el análisis de la compatibilidad de una demora con este requisito debe tomar en cuenta la totalidad de las circunstancias (Comité de Derechos Humanos, caso Terán Jijón c. Ecuador, párr. 5.3; MacLawrence c. Jamaica, párr. 5.6).

48 Llámese captura, retención, detención, aprehensión.

49 De conformidad con su texto modificado por el artículo 19 de la Ley 1142 de 2007.

50 Como producto de una autorización previa del juez competente, a consecuencia de un estado de flagrancia, o efectuada en ejercicio de facultades excepcionales otorgadas a la Fiscalía dentro de los límites y en los eventos fijados por el legislador.

51 Establece el artículo 153 de la Ley 906/04: “Las actuaciones , peticiones y decisiones

que no deban ordenarse, resolverse o adoptarse en audiencia de formulación de acusación, preparatoria o del juicio oral, se adelantarán, resolverán o decidirán en audiencia preliminar, ante el juez de control de garantías.”

52 Corte Constitucional, sentencia C-163, del 20 de febrero de 2008.

53 Sentencia del 6 de mayo de 2007, radicación 26310.

54 Así se desprende de los testimonios del coronel Wilson Bravo Cárdenas, del fiscal Rubén Darío Hurtado Gironza, y del abogado Rafael Everto Cabrera.

55 C.S.J., Única instancia 24053, auto de 21 de febrero de 2007.

56 C.S.J., Única Instancia 26243, auto de 27 de octubre de 2008.

57 C.S.J., Auto de 19 de junio de 1984.

58 C.S.J. Segunda Instancia 19912, sentencia de 26 de noviembre de 2003. En el mismo sentido, Única Instancia 26243, auto de 27 de octubre de 2008.

59 REYES ECHANDÍA, Alfonso. Tipicidad, Sexta edición, Editorial Temis, 1989, página 124.

60 Artículo 6° inciso primero del Código Penal: “Las preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

61 C.S.J., Casación 19389, Sentencia de 28 de febrero de 2007.

62 C.S.J., Segunda Instancia 22639, sentencia de 27 de octubre de 2004; Única Instancia 27695, auto de 26 de septiembre de 2007; Segunda Instancia 28428, sentencia de 17 de septiembre de 2008, entre otras.

63 INES OLAIZOLA NOGALES, citando a ASÚA BATARRITA. El Delito de Cohecho, Tirant Monografías, 1999, página 88.

64 C.S.J., Segunda Instancia 18850, sentencia de 27 de mayo de 2003. En el mismo sentido Única Instancia 17337, auto de 22 de junio de 2005; Única Instancia 20402, sentencia de 21 de marzo de 2007; Única Instancia 29022, auto de 15 de mayo de 2008; Segunda Instancia 33694, auto de 2 de diciembre de 2010, entre otras.

65 Cfr. Fallo de única instancia, del 5 de octubre de 2011, radicación 30592.

66 “Artículo 11. Armas de defensa personal. Son aquellas diseñadas para defensa individual a corta distancia. Se clasifican en esta categoría: a) Revólveres y pistolas que reúnan la totalidad de las siguientes características: – Calibre máximo 9.652mm. (.38 pulgadas). – Longitud máxima de cañón 15.24 cm. (6 pulgadas). – En pistolas, funcionamiento por repetición o semiautomática. – Capacidad en el proveedor de la pistola no superior a 9 cartuchos, a excepción de las que originalmente sean de calibre 22, caso en el cual se amplía a 10 cartuchos. b) Carabina calibre 22 S, 22 L, 22 L.R., no automática” (resaltados ajenos al texto).

67 Carpeta de estipulaciones probatorias, folios 27-31.

68 Cfr. Sentencia del 25 de julio de 2007, radicación Nº 27383.

69 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 15 de septiembre de 1983, radicación 22415.

70 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias de 4 de octubre de 1968 y 3 de septiembre de 1971, citadas por Luis Carlos Pérez, Derecho penal. Partes general y especial, Tomo V, Bogotá, Editorial Temis, 1986, p. 209-210.

71 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias de 4 de febrero de 1999, radicación 11837 y 27 de agosto de 1999, radicación 13433, entre otras.

72 Teoría político-criminal del sujeto responsable en LECCIONES DE DERECHO PENAL. Vol. I. P. 153 y ss. y Vol II, p. 311 y ss. JUÁN J. BUSTOS RAMÍREZ. HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE. Ed. Trotta. 197.

73 Cfr. Sentencia de segunda instancia del 31 de mayo de 2011, radicación 34112.

74 No puede considerarse como antecedente la condena impuesta al procesado por el delito de abuso de la función pública, según hechos ocurridos el 12 de noviembre de 2008 (posteriores a los aquí debatidos), la cual fue confirmada por esta Sala en sentencia de segunda instancia del 29 de febrero de 2012, radicación N° 38050.

75 Cfr. Auto del 28 de noviembre de 2001, radicación 18285, y en el mismo sentido auto de 14 de marzo de 2002, radicación 7026.