

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

SP14339-2016

Radicación No. 45383

Aprobado acta N° 312

Bogotá, D.C., cinco (5) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

ASUNTO

Resuelve la Corte el recurso de apelación interpuesto por CARLOS ARTURO RENDÓN COLONIA, ex Fiscal 39 Seccional adscrito a la Unidad de Reacción Inmediata de Buenaventura (Valle) y su defensor, contra la sentencia del 21 de enero de 2015, por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, lo condenó como autor responsable del delito de prevaricato por acción agravado.

HECHOS

El 26 de junio de 2011, sobre las 7:30 de la mañana, en el parqueadero localizado en la transversal 60A entre la calle 7A y la diagonal 9A, barrio La

Independencia, segunda etapa, comuna diez, de Buenaventura, se efectuó diligencia de allanamiento y registro. En el curso de ella, se incautaron 249 Kilogramos de cocaína y fue capturado Jaime Gordillo Rodríguez.

En la misma fecha, la Fiscal 42 Seccional de la Unidad de Reacción Inmediata de Buenaventura radicó solicitud de audiencias preliminares de (i) legalización del procedimiento de allanamiento y registro y de la orden; (ii) legalización de captura; (iii) formulación de imputación y (iv) imposición de medida de aseguramiento, ante el Centro de Servicios Judiciales de Buenaventura; las cuales correspondieron al Juzgado Sexto Penal Municipal con función de Control de Garantías, autoridad que realizó, sólo la primera de ellas.

El 27 de junio de 2011, con ocasión del relevo de turno en la URI, CARLOS ARTURO RENDÓN COLONIA, entonces Fiscal 39 Seccional de la misma unidad, procedió con las restantes audiencias, pero en la última de ellas, retiró la petición de aplicación de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, al no advertir la necesidad de su imposición y no contar con elementos de prueba que acreditaran alguna de sus finalidades.

ANTECEDENTES

1. El 25 de junio de 2013, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con función de Control de Garantías de Buga, la Fiscalía le imputó a CARLOS ARTURO RENDÓN COLONIA, el cargo de prevaricato por acción agravado, de acuerdo con los artículos 413 y 415 del Código Penal.

2. El 13 de septiembre siguiente, el ente investigador radicó escrito de acusación en contra del prenombrado por la conducta referida, el cual fue materializado en audiencia del 26 del mismo mes, ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga.

3. Culminada la etapa de juzgamiento, la Sala cognoscente mediante sentencia del 21 de enero de 2015, condenó al acusado como autor del delito de prevaricato por acción agravado, a la pena principal de 54 meses de prisión, inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 90 meses y multa de 90 salarios mínimos legales mensuales vigentes; al tiempo que le concedió el sustituto de la prisión domiciliaria.

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Buga halló responsable al enjuiciado por la conducta reprobada, bajo las siguientes consideraciones:

1. En calidad de Fiscal Seccional, contrarió de forma manifiesta la ley al desistir de la solicitud de la restricción de la libertad de Jaime Gordillo Rodríguez, cuando era clara su procedencia conforme con las normas aplicables al caso.

Lo anterior porque en audiencia de legalización de captura, se percató y exteriorizó la gravedad de la conducta endilgada a Gordillo Rodríguez, quien fue capturado en flagrancia en curso de un allanamiento donde se incautó 249.506 gramos de cocaína, que equivalen a 249 kilos, circunstancias fácticas que mantuvo hasta la formulación de imputación; no obstante, en contra de las evidencias materiales, objetivas e insoslayables que indicaban como única medida de aseguramiento procedente la restrictiva de la libertad, decidió solicitar en contra del infractor la no privativa de la libertad del artículo 307, literal b, numerales 3 y 5, de la Ley 906 de 2004, las cuales no aplicaban al caso y luego, retirar la petición de imposición de medida alguna, con lo cual desnudó con mayor intensidad su conocimiento y voluntad de asumir un comportamiento patentemente adverso a la Ley, desviado y eminentemente doloso.

Desde la imputación, que estuvo ajustada a derecho, el procesado advirtió que el delito atribuido a Jaime Gordillo y previsto en el artículo 376, agravado por el numeral 3, del

artículo 384 del Código Penal tenía una pena mínima superior a 4 años, no concurría “eximente de responsabilidad punitiva” y la competencia para tramitar el asunto radicaba en los jueces penales del circuito especializados al tenor del artículo 35, numeral 28, de la Ley 906 de 2004; por consiguiente, era consciente que la única medida de aseguramiento imponible era detención preventiva acorde con lo dispuesto en el artículo 313, numerales 1 y 2, del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 60 de la Ley 1453 de 2011.

No es admisible la tesis de la defensa atinente a una legítima y sistemática interpretación del artículo 308 del estatuto procedimental, porque es claro que en casos donde se incauta un cargamento de cocaína de la cantidad y calidad del que se halló en poder de Jaime Gordillo Rodríguez, quien fue capturado en flagrancia y en el puerto de exportación más importante del país, surge la inferencia ponderada, lógica y razonable del probable compromiso penal del sujeto con una organización criminal trasnacional dedicada al tráfico de estupefacientes, pues es una obviedad que el custodio de la sustancia, cuya profesión es ayudante de construcción, pudiera ser el dueño del mismo.

Bajo tal panorama, la privación efectiva de la libertad de Gordillo era un imperativo legal para “evitar que el imputado obstruyese el debido ejercicio de la justicia” en tanto era evidente su pertenencia a una organización criminal, que se vio beneficiada con la libertad de uno de sus integrantes, pues con ello aseguraba la impunidad de los demás miembros, aspecto que el procesado pudo observar desde la información inicial entregada al proceso y según la cual, en el inmueble allanado se almacenaban grandes cantidades de estupefacientes destinados a la exportación, datos que resultaron verídicos según los resultados de la diligencia.

Así las cosas, la medida de aseguramiento era procedente como medida preventiva no sancionatoria conforme con las reglas jurisprudenciales fijadas en las sentencias C-693 de 2013, C-774 de 2001, C-106-1994 de la Corte Constitucional.

Igualmente, se colegía que Jaime Gordillo sí constituía en su momento un peligro para la seguridad de la sociedad y las víctimas, pues no otra lectura se puede hacer de quien opera para una organización criminal internacional dedicada al narcotráfico, flagelo que conlleva innumerables delitos previos, coetáneos y posteriores de gran talante, luego no es admisible que los miembros de estas bandas delincuenciales no constituyan una amenaza a la comunidad nacional e internacional.

Señala que en atención a la sentencia C-1198 de 2008, debía valorarse la naturaleza, características, estructura y circunstancias modales, espaciales y personales del reato, que en este caso lo revestían de una gravedad de excepción, como lo demostraban las evidencias reseñadas en las audiencias preliminares.

2. CARLOS ARTURO RENDÓN COLONIA infringió la norma con conocimiento y voluntad, según se colige de los argumentos vertidos en sus solicitudes, en tanto desconoció la imputación previa de un delito de competencia de los jueces especializados y con una pena mínima superior a 4 años que tornaba procedente la detención preventiva.

Inicialmente procuró una medida no privativa de la libertad y luego varió su parecer para negar la imposición de la restrictiva de la libertad en contravía de las evidencias y elementos materiales que la soportaban, además, usurpó la función exclusiva de los jueces al concluir sin razón o fundamento fáctico- probatorio que Gordillo era inocente dado que personas desconocidas e inescrupulosas habían introducido el cargamento de narcóticos debajo de su cama, que aquél no tenía el perfil de delincuente o narcotraficante y por ello, no constituía un peligro para la sociedad.

Destaca que una falla cardíaca o un tratamiento quirúrgico, o la edad del aprehendido no justificaban la determinación reprobada, dada la orfandad de prueba que así lo demostrara y porque no son motivos legítimos de excarcelación, pues requieren

del concepto previo de médicos forenses o independientes que determinen la incompatibilidad de la vida en reclusión, punto que a lo sumo sugiere la internación en sitio distinto a la cárcel.

De igual forma, el testimonio de la doctora Olga Adielia Moreno Londoño, quien conoció la actuación penal objeto del ilícito antes y después de la intervención del acusado, permitió dimensionar objetivamente la situación, pues no apreció ese estado de ausencia de medios de conocimiento y calamidad humana que refiere la defensa material y técnica.

Por lo tanto, RENDÓN COLONIA se apartó de forma grosera y tajante de los elementos de prueba recaudados y conocidos por él en el decurso de las audiencias de legalización de captura y formulación de imputación, para proclamar la existencia de situaciones personales no probadas que en su sentir desestimaban la medida de aseguramiento.

Cuando en el informe médico legal del señor Gordillo allegado, únicamente se hace referencia al infarto que sufrió el 22 de agosto de 2010 y no media concepto acerca de la inconveniencia de su reclusión en Centro Carcelario, no hay probanza de que 6 meses después cuando acaecieron los hechos, evidenciara un estado de extrema gravedad.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

No obstante que procesado y defensor sustentaron de forma separada su recurso, ambos coincidieron en la misma pretensión con similares argumentos, razón por la cual se procederá al resumen conjunto de acuerdo con el tema subyacente.

1. De la ilegalidad de la prueba documental soporte de la condena.

Los recurrentes reclamaron la no valoración de la carpeta con ESPOA

76109-60-00-163-2011-01181, contentiva del proceso penal surtido en contra de Jairo

Rodríguez Gordillo como responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, al no haberse incorporado a través de testigo de acreditación.

En el escrito de acusación, la Fiscalía enumeró como pruebas a practicar: (i) la resolución No. 01175 del 29 de abril de la Fiscalía General de la Nación; (ii) Acta de posesión del 01 de junio de 2011, suscrita por el doctor Carlos Arturo Rendón; (iii) Acta de revisión del 5 de enero de 2012, practicada por el Director de Fiscalías de Guadalajara de Buga, a la carpeta con ESPOA 76109-60-00-163-2011-01181; (iv) individualización, arraigo, fotocopia de cédula y preparación dactilar, de Carlos Arturo Rendón; (v) acta de inspección a lugares de la carpeta, que contiene las principales piezas procesales en el proceso referido y, (vi) los discos compactos correspondientes a los registros de las audiencias de legalización de captura, imputación de cargos y medida de aseguramiento, nulidad del allanamiento a cargos, reformulación de imputación y medida de aseguramiento contra Jaime Gordillo y audiencia de lectura de fallo, al tiempo que mencionó algunos testigos de acreditación para tal fin, puntos que mantuvo en la audiencia de formulación de acusación, no obstante en audiencia preparatoria no solicitó tales deponentes en razón al principio de autenticidad y legalidad de los documentos públicos.

Como la defensa solicitó la exclusión de tales probanzas acorde con los artículos 357, inciso 2, y 376, literal b, pretensión que acompañó el Ministerio Público por no cumplirse con el presupuesto para su incorporación, pedimentos que no admitió el a quo en audiencia del 19 de febrero de 2014 en atención a la naturaleza pública de los mismos y la presunción de autenticidad, conforme con la tesis sostenida por la Corte Suprema de Justicia en providencias con radicados 31049 y 38187, del 29 de enero de 2009 y 24 de julio de 2012, respectivamente, que luego fueron recogidas por la Alta Corporación en proveído AP-5233-2014.

Fue por ello que en la audiencia de juicio oral, el Fiscal Delegado ante el Tribunal

Superior de manera directa y trasmutando su rol al de testigo incorporó el proceso penal 2011-01181, a pesar de la anotación de la defensa tendiente a esclarecer si era el original o copias auténticas.

Esa situación hizo imposible el desarrollo del principio de contradicción consagrado en el artículo 15 del Código de Procedimiento Penal y el ejercicio adecuado del derecho a la defensa en contravía de los artículos 16, 337, numeral 5, literal d, 357, 429 del mismo estatuto; al no haberse contado con la oportunidad para conocer su forma de obtención o cadena de custodia y objetar la no integridad del estudio socioeconómico elaborado a Gordillo y del registro de la audiencia de medida de aseguramiento.

Luego, se revivió el principio de permanencia de la prueba y desconoció el nuevo esquema de investigación y juzgamiento penal explicado en sentencia del 21 de febrero de 2007, radicado 25920.

Y si bien la defensa no interpuso recurso contra la admisión de la prueba, dejó constancia de su inconformidad con lo ejecutado; siendo de bulto que las garantías procesales son insoslayables e irrenunciables y por consiguiente, no puede entenderse convalidada la irregularidad denunciada y menos, edificarse la sentencia en esas probanzas, las que fueron practicadas en contravía de lo consagrado en el artículo 63 de la Ley 1453 de 2011 y no se verificó que los documentos fueran originales o copias auténticas.

En tal virtud, la prueba documental debió ser desestimada y por ello no podía ser analizada y empleada para derruir la presunción de inocencia.

2. De la atipicidad de la conducta.

El desistimiento de la solicitud de medida de aseguramiento no puede calificarse contrario a derecho, ya que obedeció al análisis jurídico y ponderado del procesado de las exigencias legales y constitucionales que determinan su procedencia, en tanto, aunque se

verificaban los requisitos relativos al quantum punitivo y conocimiento del asunto por la justicia especializada para imponer detención preventiva, no así los de necesidad, proporcionalidad y fines de la medida.

El Tribunal reconoció que la actuación desplegada por el enjuiciado en audiencias de legalización de captura y formulación de imputación estuvo ajustada a derecho, además que no advirtió interés en favorecer al implicado; no obstante lo sancionó por prevaricato en punto a la posición que asumió frente a la imposición de medida de aseguramiento en un primer instante, por petitionar una no privativa de la libertad y posteriormente, retirar la de detención preventiva bajo el entendido de que al tratarse de un delito grave era deber de la Fiscalía sustentarla.

Tesis que no resulta admisible de acuerdo con lo sostenido por la Corte Constitucional en sentencias C-1198 de 2008, C-805 de 2002, C-591 de 2005 y C-774 de 2001, porque el quantum punitivo o la gravedad de la conducta no son suficientes para imponer automáticamente una medida de aseguramiento privativa de la libertad, luego nunca se podrá aseverar que la única medida procedente es la privación de la libertad o encarcelamiento como dice el Tribunal.

De los argumentos expuestos por el acusado en diligencia del 27 de junio de 2011 y su declaración en juicio, aparece diáfano que la decisión reprobada obedeció a la evaluación de los elementos obrantes en la carpeta que a último momento recibió y de acuerdo con los cuales no se constataban superadas las exigencias normativas del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, porque Jaime Gordillo:

a. No obstruiría la justicia, la recaudación de la prueba o la aproximación a la verdad, pues:

(i) ya se había incautado la sustancia estupefaciente que acreditaba el delito;

(ii) estaba plenamente identificado con arraigo en la ciudad, además se trataba de una persona con 65 años, muy delgado, con bajísimo perfil y señales de sufrimiento, que trabajó en la construcción por más de 30 años, lo cual descartaba su capacidad para impedir, falsificar o ajustar elementos de prueba o, inducir a testigos o peritos o informar falsamente.

(iii) RENDÓN COLONIA carecía de un conocimiento profundo de los hechos, pues no fue el funcionario que ordenó, realizó o legalizó el allanamiento.

b. No representaba un peligro para la sociedad de acuerdo con los parámetros del artículo 311 instrumental, ya que no tenía elemento probatorio que sindicara a Gordillo de pertenecer a una banda delincuencial o que continuaría con actividades delictivas, era una conducta que se estaba imputando en ese momento a una persona que tenía arraigo en la ciudad de Buenaventura y con un mal estado de salud, a quien debía aplicarle el principio de objetividad.

c. El acusado consideró la gravedad de la conducta, sólo que como lo enseña la jurisprudencia y la normatividad legal, por sí misma era insuficiente para sustentar la detención preventiva.

d. No contaba con elemento del cual se dedujera que el aprehendido no comparecería al proceso o cumpliría la pena, pues como aceptó los cargos lo único que restaba era la emisión de sentencia condenatoria, según así sucedió, toda vez que acudió a todas las convocatorias posteriores de la justicia.

En tal virtud, no se puede calificar de prevaricadora la actuación del acusado, que simplemente obedeció a un ejercicio de ponderación entre los derechos a la libertad y la seguridad pública frente a otros como la salud y la dignidad humana de una persona de la

tercera edad y por lo cual resulta válido que el servidor público desestime los intereses de la sociedad, la justicia y la seguridad pública a favor del ciudadano.

Así las cosas, no es dable reprobar objetivamente su actuación bajo la gravedad de la conducta y desestimar cualquier razón que haga ceder la privación de la libertad a favor de una medida menos aflictiva, ya que si bien es cierto que el narcotráfico merece un severo y firme reproche, no significa ello que en todos los casos deba imponerse medida de aseguramiento como resultado de una operación aritmética en la cual a la flagrancia se le suma la gravedad del injusto.

El hecho que la determinación no sea compartida por el Juzgador no habilita su cuestionamiento por la vía penal, menos cuando encuentra respaldo en la jurisprudencia, normatividad aplicable y en el principio de autonomía judicial, al igual que en el análisis de los artículos 306, 308 y 313 de la Ley 906 y 250 de la Constitución Nacional.

Máxime en un caso como el analizado, donde la conclusión del procesado halló comprobación en la realidad, pues luego de la aceptación de cargos, Gordillo Rodríguez respondió al nuevo llamado de la judicatura e incluso, aceptó su responsabilidad, sin comprometer la seguridad del proceso o nuevamente la integridad del ordenamiento jurídico.

Si lo que se sanciona es que inicialmente se pretendiera una medida no privativa de la libertad, ésta no nació a la vida jurídica, toda vez que de ella no se corrió traslado a las demás partes ni mereció pronunciamiento judicial al respecto, y tampoco es absolutamente imposible su solicitud en atención al principio de proporcionalidad de las medidas de aseguramiento explicado en la sentencia C-1198 de 2008, según ya sucedió en un caso de connotación como el carrusel de la contratación.

Y el retiro de la solicitud, algunos Fiscales lo hacen sin ofrecer argumentos o expresarlos en audio, contrario a ello, el acusado explicó de manera concreta y puntual sus

razones soportado en una interpretación sistemática de las normas que rigen la privación de la libertad en el ordenamiento jurídico, punto que no abordó el a quo; luego, la decisión censurada fue válida.

Por otra parte, lo sostenido por el cognoscente carece de soporte probatorio, pues no hay elementos que acrediten la impunidad que favorece a otros miembros de la organización, y contrario a lo reprobado a CARLOS ARTURO RENDÓN COLONIA, éste sí tuvo oportunidad en audiencia de legalización de captura, de conocer la historia clínica del aprehendido y constatar de manera presencial su apariencia, que daba cuenta de un estado de salud afectado, su edad, la ausencia de antecedentes penales o anotación alguna y el formato de arraigo en donde constan sus condiciones personales, familiares y sociales y su domicilio en Buenaventura, luego jamás existió en su comportamiento intención de trasgredir el bien jurídico de la administración de justicia, que no resultó para nada vulnerado.

No es cierto entonces, que la determinación de no solicitar la medida de detención por no ser necesaria y urgente careciera de fundamento o dejara de lado los elementos probatorios soporte de la imputación, puesto que no se puede confundir la inferencia razonable de la presunta condición de autor o partícipe en un delito grave, con la necesidad y urgencia de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, aspectos diferentes y de forzosa comprobación. Un entendimiento distinto es el que colapsa los establecimientos carcelarios y ha conllevado la adopción de medidas legales por las autoridades del orden nacional.

Así, se insiste en que la actuación del procesado estuvo regida por lo enseñado en la sentencia C-1198 de 2008, de acuerdo con la cual, la modalidad y gravedad de la conducta no son suficientes para determinar el peligro para la comunidad, ni decidir la no

comparecencia del implicado al proceso, pues esta debe responder a criterios de necesidad y proporcionalidad, ya que se debe valorar los fines de la misma y todos los requisitos del artículo 308 y 310 del estatuto procesal.

Finalmente, tampoco puede predicarse dolo en la actuación del enjuiciado porque nunca tuvo intención de faltar a la lealtad debida en el ejercicio de sus funciones, se trató de una interpretación sistemática de normas y su aplicación en el caso concreto sin interés en afectar el bien jurídicamente tutelado, el que además no se amenazó ni afectó, en tanto que, el perdón que en audiencia de juicio oral presentó, no puede ser interpretado como reconocimiento de responsabilidad, sino encaminado a señalar que en caso de considerarse apresurada su actuación ofrecía disculpas a la administración de justicia, pero en todo caso su actuación encontraba respaldo en el artículo 308 de la Ley 906.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente por mandato del artículo 32 numeral 3º de la Ley 906 de 2000, para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 21 de enero de 2015, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Para lo cual, abordara los siguientes temas: (i) la aducción de la prueba documental al juicio; (ii) del delito de prevaricato; (iii) la medida de aseguramiento y presupuestos para su imposición; (iv) el caso en concreto.

1. De la aducción de la prueba documental al juicio.

Los recurrentes cuestionaron la incorporación como prueba documental del proceso penal tramitado en contra de Jaime Gordillo Rodríguez con radicado 2011-0118, al prescindirse de testigo de acreditación en

atención a la calidad pública de tales documentos, cuando del propio recurso se advierte que ello era posible en aplicación de la postura jurisprudencial vigente para el momento, expuesta principalmente en las decisiones CSJ AP, 26 Ene. 2009, Rad. 31049 y, SP, 24 Jul. 2012, Rad. 38187.

Así lo tenía establecido esta Colegiatura:

“En consecuencia, la autenticidad del documento, público o privado, es una característica del mismo que incide en la valoración o asignación de su valor probatorio una vez se ha admitido o incorporado formalmente como prueba en la audiencia pública; la cual puede ser impugnada en las audiencias preliminares o en la preparatoria, en orden a imposibilitar su admisión o incorporación, especialmente cuando de antemano se sabe que es impertinente o inconducente para lograr una aproximación racional a la verdad.

“En consecuencia, el carácter documental público y auténtico de una sentencia judicial válidamente emitida es evidente y para su aducción en el juicio oral no es necesario que el funcionario que la profirió u otro testigo de acreditación, comparezca a declarar acerca de su contenido o de la forma como fue obtenida”.¹

En esa dirección precisamente se produjo la modificación del artículo 429 de la Ley 906 de 2004, a través del artículo 63 de la Ley 1453 de 2011, que estableció: “El documento podrá ser ingresado por uno de los investigadores que participaron en el caso o por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio o evidencia física” (subrayas ajenas al texto original).

Y si bien en el caso concreto la evidencia documental no se introdujo acorde con lo establecido en el contenido de la referida norma, ello obedeció a que el rito donde el Juez Colegiado, decidió incorporar las pruebas presentadas por la Fiscalía, se realizó el 24 de mayo de 2011 pues sabido es que la Ley 1453 de 2011, fue expedida el 24 de dicho año.

No obstante ello, téngase en cuenta que al emplear el legislador el vocablo “podrá”, está significando que no es imperativo, sino una facultad, posibilidad que tendrá no solo la fiscalía, sino igualmente la defensa, para un tal cometido. Disposición que habrá de armonizarse con el contenido del artículo 337 numeral 5° literal “d” Ley 906 de 2004, alusivo al documento anexo contentivo del descubrimiento probatorio que establece: “los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación”.

De donde deviene que una vez incorporada la aludida documentación -y adquirido el sello de prueba- correspondía a la defensa realizar el análisis, crítica y valoración, como efectivamente lo hizo desde su particular óptica; labor que igualmente ejercitó la fiscalía en los alegatos de conclusión y finalmente el Juez Colegiado al momento de emitir el sentido del fallo y dictar la sentencia condenatoria, ahora materia de apelación y cuya legalidad examina la Corte.”

Esa tesis respaldaba la decisión del a quo de permitir la aducción directa de los documentos previamente anunciados y descubiertos por el ente investigador, la cual como en los mismos proveídos se explicaba, no impedía el principio de contradicción de la prueba o el derecho a la defensa, pues era claro que previo a la incorporación las partes e intervinientes debían conocer su contenido y las precisiones que emergieran eran susceptibles de ser expuestas en los alegatos de conclusión. Luego, no es cierto como lo predicen los impugnantes, que se denegaron garantías procesales.

Además, en audiencia preparatoria se discutió la admisión de tales elementos y conforme con ello se produjo la decisión que ahora se le reprueba al a quo, la cual no fue cuestionada a través de los recursos legales procedentes, e incluso fue aceptada por la defensa cuando en juicio oral señaló “...no se va a oponer a que se incorporen, solamente hacer la observación, no se está haciendo incorporación de unos elementos materiales probatorios, todo el complemento de una carpeta de un proceso penal, se

entiende que es un documento público, no obstante los mismos se encuentran sin autenticación, son copias simples de esa carpeta”²; entonces carente de interés se torna su reclamo, cuando exteriorizó su aprobación en la práctica de la prueba documental.

Y sólo mostró inconformidad con el tipo de documento ingresado al tratarse de copias simples, lo cual es posible en atención a la naturaleza pública del documento³ salvo prueba en contrario, ya que se presumen auténticos de acuerdo con el artículo 425 de la Ley 906 de 2004, luego podrá presentarse en original o en copia auténtica cuando lo primero no fuere posible o causare grave perjuicio a su poseedor acorde con el artículo 429 ejusdem, regla que corresponde al criterio general estipulado en el artículo 433 de la misma codificación, con la excepción del artículo 434, como ha tenido la Sala oportunidad de explicarlo:

“El documento público, sobra reiterar, comporta un plus de legitimidad o autenticidad y por ello, cual refiere el artículo 434 de la Ley 906 de 2004, no obliga de la presentación del original.”⁴

Temática que no guarda relación con la queja objeto de reproche, sino con su presentación, asunto que en todo caso, bien pudo ser objeto de censura en los alegatos de conclusión o en el recurso de apelación, sin que fuera el caso. Por consiguiente, no es posible en este estadio revivir una discusión que en su momento fue zanjada por la autoridad competente y sin oposición oportuna de las partes.

Aun pese a que en la actualidad, esta Corporación ha revisado la postura sostenida al respecto para precisar la necesidad del testigo de acreditación⁵ y retomar lo dicho en CSJ SP, 21 Feb. 2007, Rad. 25920 y SP, 12 Oct. 2009, Rad. 31001, ello a fin de validar y corroborar el origen, procedencia y obtención de dicha prueba documental:

(...) el testigo de acreditación tendrá que ser interrogado por la parte que pretende introducir la prueba documental, respecto de la información mínima que permita concluir que se trata de un medio de convicción admisible en el juicio, esto es, dónde y cómo se obtuvo, quien lo suscribe, a efectos de establecer su autenticidad o si la misma debe presumirse por tratarse de uno de aquellos documentos relacionados en el artículo 425 del C.P.P., si es original o una copia y la presentación general sobre los datos contenidos en el documento, esto último, con miras a establecer si el juicio de pertinencia realizado al momento de autorizar el medio de convicción, corresponde efectivamente con el tema de la prueba, hecho que es necesario acreditar y si este a su vez guarda relación con el contenido del documento, pues de lo contrario no podrá admitirse su incorporación al debate público.

Y ello es así por la potísima razón, de que las pruebas se decretan sin que se pueda conocer a ciencia cierta lo que será su contenido, sino basándose únicamente en la justificación que ofrezca la parte interesada en la respectiva solicitud probatoria, por tanto, el juez queda facultado para que durante su práctica en el juicio pueda verificar que la misma cumple el presupuesto de pertinencia, para lo cual habrá de confrontar lo que la prueba muestra con los hechos o circunstancias que se busca demostrar y también con las razones esgrimidas cuando se pidió su admisión. (Proceso Única Instancia N° 36784, audiencia del 17 de septiembre de 2012)⁶

De tal manera, que si bien esta Colegiatura ha reivindicado la incorporación del documento público que sirva de prueba a través de testigo de acreditación, no lo es menos que la decisión que sobre este tópico adoptó la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga estuvo sujeta al criterio vigente y aplicable, la cual fue admitida por la bancada de la defensa de manera expresa y al no proponer recurso alguno, en tal virtud infundado se torna el reproche.

2. Del delito de prevaricato por acción.

El artículo 413 del Código Penal contempla el delito de prevaricato por acción, así:

El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.⁷

El cual se descompone en los siguientes elementos objetivos:

(i) un sujeto activo calificado, es decir, que se trate de servidor público; (ii) que profiera resolución, dictamen o concepto; y (iii) que este pronunciamiento sea manifiestamente contrario a la ley, esto es, no basta que la providencia sea ilegal -por razones sustanciales, de procedimiento o de competencia-, sino que la disparidad del acto respecto de la comprensión de los textos o enunciados -contentivos del derecho positivo llamado a imperar- “no admite justificación razonable alguna”^{8.9}

Ahora, sobre el ingrediente normativo “manifiestamente contrario a la ley”, se ha precisado lo siguiente:

...para que la actuación pueda ser considerada como prevaricadora, debe ser “ostensible y manifiestamente ilegal,” es decir, “violentar de manera inequívoca el texto y el sentido de la norma”¹⁰, dependiendo siempre de su grado de complejidad, pues resulta comprensible que del grado de dificultad para la interpretación de su sentido o para su aplicación dependerá la valoración de lo manifiestamente ilegal, de allí que, ciertamente, no puedan ser tenidas como prevaricadoras, todas aquellas decisiones que se tilden de desacertadas, cuando quiera que estén fundadas “en un concienzudo examen del material probatorio y en el análisis jurídico de las normas aplicables al caso”¹¹.

Se concluye, entonces, que para que el acto, la decisión o el concepto del funcionario

público sea manifiestamente contrario a la ley, debe reflejar su oposición al mandato jurídico en forma clara y abierta, revelándose objetivamente que es producto del simple capricho, de la mera arbitrariedad, como cuando se advierte por la carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo.¹²

En tal virtud, la materialidad de la conducta calificada como prevaricadora, requiere de la demostración de que el acto censurado, esto es, resolución, dictamen o concepto, fue dictado de manera caprichosa o arbitraria por el sujeto, al desconocer abiertamente y de forma ostensible los mandatos normativos o exigencias de análisis probatorios que regulaban el caso, pues no basta la simple divergencia de criterios o posturas frente a la decisión adoptada.

Por manera que, no encuadrarán en el tipo penal aquellas providencias que resulten del examen complejo de las distintas disposiciones que regulen el asunto propuesto ante el funcionario judicial, respecto de las cuales existan posibilidades de interpretaciones discordantes, toda vez que en el prevaricato el juicio no es de acierto sino de legalidad, por cuanto se insiste «la emisión de una providencia “manifiestamente contraria a la ley” solamente es compatible con un conocimiento y voluntad intencionada en el caso concreto de decidir de manera contraria al ordenamiento jurídico, ese propósito no puede ser fruto de intrincadas elucubraciones, tiene que ser evidente, grosero y advertible de inmediato en relación con el problema jurídico identificado por el funcionario judicial en el momento en cuya conducta se juzga y no a posteriori.»¹³

Además, en cuanto al elemento subjetivo del tipo, el delito de prevaricato por acción sólo es atribuible a título de dolo, bajo el entendido que el artículo 21 del Código Penal, estableció que todos los tipos de la parte especial corresponden a conductas dolosas, salvo cuando se haya previsto expresamente que se trata de comportamientos culposos o preterintencionales, de modo que sólo podrá hablarse de dolo en este delito, si

se demuestra que el agente obró con el conocimiento y voluntad intencionada de resolver el caso puesto a su consideración de manera ostensiblemente contraria al ordenamiento jurídico.

3. La medida de aseguramiento y presupuestos para su imposición.

A fin de determinar la legalidad de la determinación adoptada por el acusado, atinente al retiro de la solicitud de medida de aseguramiento, importante resulta traer la línea jurisprudencial fijada por la Corte Constitucional relativa a los presupuestos y fines constitucionales y legales para su imposición en el marco de la Ley 906 de 2004, explicada en sentencia C-695 de 2013:

5.1. El artículo 250 de la Constitución (modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 3º de 2010)¹⁴ que consagra las funciones de la Fiscalía General de la Nación, dentro del numeral 1º especifica que al ente investigador¹⁵ le corresponde solicitar al juez de control de garantías la adopción de las medidas necesarias (privativas de la libertad o de otros derechos y libertades) que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso, la conservación de los elementos materiales y la evidencia física, al igual que la protección de la comunidad y especialmente de las víctimas.

(...) 5.2. En desarrollo del mandato contenido en el artículo 250 superior, en el artículo 306 de la Ley 906 de 2004 (modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011) se señala que la solicitud de la imposición de una medida de aseguramiento elevada por la Fiscalía debe reseñar la persona y el delito a los que se haga referencia y los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia.

Para el análisis de la imposición o no de la medida, el juez respectivo deberá escuchar los argumentos del fiscal, el ministerio público, la víctima o su apoderado y la defensa. Dicha norma puntualiza que la presencia del defensor constituye un requisito de validez de la audiencia, garantizándose así plenamente el derecho de contradicción del afectado.

5.3. Como se indicó con antelación, en lo que atañe a las medidas de aseguramiento, específicamente aquellas privativas de la libertad, se encuentra la detención preventiva, en establecimiento de reclusión o en la residencia del imputado cuando no se obstaculice el juzgamiento (art. 307 L. 906/04).

Para tal efecto, el artículo 308 ibídem exige como presupuesto que de los elementos materiales probatorios y de la evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes presupuestos: (i) que la medida se muestre como necesaria para evitar la obstrucción al debido ejercicio de la justicia; (ii) que el sujeto de la medida constituye peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; y, (iii) que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso “o que no cumplirá la sentencia”.

Los presupuestos referidos con antelación tienen su desarrollo en los artículos siguientes de la norma procesal penal, para el caso que atrae el interés de la Corte, los correspondientes al peligro para la comunidad (art. 310)¹⁶, para la víctima (art. 311) y la no comparecencia del imputado (art. 312)¹⁷.

5.4. Para establecer si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, el artículo 310 de la Ley 906 de 2004¹⁸, inicialmente fue modificado por el artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, estableciendo que era “suficiente” la gravedad y la modalidad de la conducta, dejando al arbitrio judicial, según el caso, poder valorar adicionalmente las 4 circunstancias que originalmente contenía la norma.

Al respecto, la Corte Constitucional mediante el fallo C-1198 de 2008, ampliamente referido, entre otras determinaciones resolvió declarar exequible la expresión “será suficiente la gravedad y modalidad de la punible (sic). Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias”,

contenida en el artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, que modificó el 310 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que para determinar el peligro que el imputado representa para la comunidad, además de la gravedad y la modalidad de la conducta punible, el juez debe valorar si se cumplen los fines constitucionales de la detención preventiva señalados en los artículos 308 y 310 de la Ley 906 de 2004.

Empero, dicha norma fue nuevamente modificada –claro resulta, conservándose la interpretación consignada en el citado fallo C-1198 de 2008- ahora por el artículo 65 de la Ley 1453 de 2011, cuyo texto actual preceptúa:

“Artículo 24. Peligro para la comunidad. Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, además de los fines constitucionales de la detención preventiva. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. [El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento,] o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.

6. Cuando se utilicen medios motorizados para la comisión de la conducta punible o para perfeccionar su comisión, salvo en el caso de accidentes de tránsito.

7. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.

8. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.”

La expresión en corchetes [“El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento”] del numeral 3º del artículo citado, fue declarada inexecutable en el referido fallo C-121 de 2012, ratificando que de “forma consistente, y como una afirmación de la libertad y de la presunción de inocencia que ampara a la persona sometida a proceso penal, la jurisprudencia de esta Corte¹⁹ ha destacado la importancia de que la decisión acerca de la imposición de una medida de aseguramiento de detención preventiva tome en cuenta la necesidad e idoneidad que ésta ofrezca para asegurar los fines constitucionales del proceso, y que esté mediada por criterios de razonabilidad. Esta valoración debe efectuarse en concreto, en relación con las características específicas del proceso en el cual se examina la posibilidad de adoptar una medida de aseguramiento, y no tomando en cuenta circunstancias que ya fueron objeto de valoración a la luz de los fines específicos de otro proceso”.

5.5. A su vez, para determinar el peligro para la víctima que eventualmente podría conllevar la libertad del imputado, el artículo 311 de la Ley 906 de 2004 señala que tal riesgo se presenta cuando existen motivos fundados que permitan inferir que podrá atacar contra ella, su familia o sus bienes.

Efectuando un análisis sistemático de las normas referidas, queda visto que para el legislador el peligro está determinado en cuando se pueda atacar de nuevo contra otros bienes jurídicos tutelados, de la víctima o de la comunidad.

5.6. Al modificarse el artículo 312 de la Ley 906 de 2004 por el 25 de la Ley 1142 de 2007,

se remplazó la expresión “además”²⁰, por “en especial”²¹, estableciendo que al momento de determinarse la eventual no comparecencia del imputado al proceso, se tendrá en cuenta la gravedad y modalidad de la conducta y la pena a imponer, además de los factores originalmente contemplados: (i) falta de arraigo, (ii) gravedad del daño causado y la actitud asumida por el agente frente al mismo, y (iii) el comportamiento del imputado durante la actuación o en otra anterior, de modo que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad de sujetarse a la investigación, la persecución penal y el cumplimiento de la pena.

La expresión “en especial”, del artículo 312 de la Ley 906 de 2004 fue declarada inexecutable en el referido fallo C-1198 de 2008, pues la forma como se presentó la conducta punible o su envergadura, no pueden ser los criterios especiales y únicos para determinar si el imputado obstaculizará la acción estatal. Por el contrario, en esa decisión se explicó que es necesario que se analicen “además” los criterios subsiguientes contenidos en el artículo 312 ibídem, de modo que pueda determinarse la necesidad o no de la medida de aseguramiento no sólo para garantizar su comparecencia, sino el cumplimiento de la sentencia, todo bajo los criterios de necesidad y razonabilidad que constituyen sus presupuestos, al igual que la interpretación restrictiva que sobre las mismas se debe efectuar.

En dicho fallo se explicó que en el proyecto presentado por el Gobierno y la Fiscalía, que se convertiría en la Ley 1142 de 2007, se consignó que la detención preventiva, acorde con los instrumentos internacionales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe ser excepcional, necesaria y racional, “no sólo sujeta a una base probatoria mínima que indique la autoría o participación del imputado, sino igualmente a la consecución de los fines del proceso, conforme con el artículo 308 de la Ley 906 de 2004”²².

Con todo, a pesar de la argumentación referida con precedencia, la Fiscalía, como

promotora conjunta con el Gobierno de las modificaciones a los criterios para determinar la necesidad de la imposición de una medida de aseguramiento, expresó que resulta correcto que la peligrosidad que representa el presunto responsable se fije con un análisis conjunto de los presupuestos contenidos en el artículo 310 de la Ley 906 de 2004, en aquel entonces aún no modificado por el artículo 65 de la Ley 1453 de 2011, como se explicó.

Pese a lo anterior, la Corte Constitucional en el fallo C-1198 de 2008 puntualizó que las modificaciones allí censuradas de los artículos 24 y 25 de la Ley 1142 de 2007, no se ajustaban a la jurisprudencia de esta corporación, aunque dentro del trámite legislativo se asegurase lo contrario.

Al respecto, en la sentencia C-1198 de 2008 se recordó que en fallo C-774 de 2001, aquí ya referido, la Corte explicó que la facultad de configuración legislativa, en materia de la aplicación de la detención preventiva, tiene como límites los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, además de los fines que aquélla persigue, no sólo para evitar que se desoriente su carácter preventivo – no sancionatorio –, de modo que esa medida no pueda convertirse en un mecanismo indiscriminado, general y automático.

Bajo tales supuestos, en la sentencia C-774 de 2001 se expresó que para la procedencia de tal medida “no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que requiere, además, y con ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma”.

Aunado a lo anterior, en el referido pronunciamiento se puntualizó que para la completa determinación del concepto de detención preventiva la carta política contiene elementos, que sin excluir otros constitucionalmente admisibles, pueden configurar finalidades

válidas. Así, se indicó que al tenor del artículo 250 superior son admisibles como propósitos, velar por la protección de las víctimas, los testigos e intervinientes y de la comunidad en general, como quiera que el propio Estado debe propender por la prevalencia del interés general y asegurar la convivencia pacífica. En ese orden, se concretó que “no obstante, esta atribución debe actuar en concordancia con el principio de la dignidad humana, y por lo tanto, para no lesionar las garantías fundamentales del sindicado, el ejercicio de esta atribución impone la necesidad de investigar lo favorable como desfavorable al acusado”.

5.7. Acorde con todo lo consignado, la Corte Constitucional reiteró en el fallo C-1198 de 2008 que toda restricción de derechos o libertades fundamentales, dentro del marco normativo que le es propio al legislador, debe atender siempre los criterios de necesidad y proporcionalidad.

Así, en dicho fallo, la Sala Plena señaló que la preceptiva del artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, según la cual para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, pero que, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente las demás circunstancias allí contenidas, no atiende los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento.

Agregó que al establecer como suficientes la gravedad y la modalidad de la conducta se desconocen esos criterios y con ello el principio de libertad que cobija el proceso penal y el de legalidad de la medida preventiva para su privación, pues se olvida que no es suficiente ese criterio para determinar la procedencia o no del decreto de la misma. Es imperativo que se consulte su necesidad, la cual no puede estar determinada en esos dos criterios objetivos, máxime cuando en Colombia no existe una política criminal clara que establezca cuáles son realmente las conductas punibles graves.

En el mismo fallo, se explicó que se desconoce que en ejercicio de la libertad de configuración que posee el legislador para determinar los eventos en los cuales es procedente privar de manera preventiva a una persona de su libertad, se ha indicado que para la solicitud de la misma también se debe sustentar su urgencia y que toda disposición contenida en el Código de Procedimiento Penal que permita esa clase de privaciones deben ser interpretadas restrictivamente (arts. 306 y 295 de la Ley 906 de 2004, respectivamente).

5.8. Efectuado el detallado recuento, es notorio que acorde con el ordenamiento jurídico colombiano y la jurisprudencia de la Corte, acompañados por diferentes instrumentos internacionales que recalcan la dignidad humana y los derechos fundamentales que son propios tanto para el imputado o acusado, como para las víctimas en el proceso penal, es constitucionalmente válido que en esas actuaciones existan restricciones a derechos y libertades fundamentales del procesado, en procura de salvaguardar el interés general y la convivencia pacífica.

En ese orden, las medidas de aseguramiento buscan una serie de fines de raigambre constitucional e imperativo acatamiento, a saber, asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal, conservar las pruebas y proteger tanto a la comunidad como a las víctimas. Recuérdese que según la doctrina especializada, medidas preventivas restrictivas de ciertos derechos y libertades fundamentales buscan garantizar la coexistencia entre los asociados.

En síntesis, y acorde con los múltiples pronunciamientos jurisprudenciales reseñados, las medidas de aseguramiento tienen un carácter preventivo, mientras se determina la responsabilidad del imputado o acusado. No constituyen por ende una sanción como tal, como quiera que su naturaleza siempre será la de una actuación cautelar, eminentemente excepcional, cuyo carácter es meramente instrumental o procesal, más no punitivo, esto es, no debe estar precedida de la culminación de un

proceso, pues tal exigencia, como pretende hacer ver el aquí demandante y algunos de los intervinientes desnaturalizaría su finalidad, se insiste, preventiva.

En similar sentido, esta Colegiatura en AP, 09 Feb. 2009, Rad. 30942, para explicar la procedencia de la medida, citó la sentencia CC C-774-01, oportunidad en la cual indicó que:

... la actual normatividad en cuanto a los requisitos para imponer la detención preventiva como medida restrictiva del derecho a la libertad, se ciñe a las directrices sentadas por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-774 del 25 de julio 2001, en cuanto a que para su imposición no basta con la concurrencia de los requisitos formales y sustanciales establecidos en la ley, sino que también debe emanar su necesidad en orden a evitar que el imputado obstruya el ejercicio de la justicia, constituya peligro para la sociedad o la víctima o para conjurar el riesgo de que no comparezca al proceso o no cumpla la sentencia, como así lo recoge el artículo 308 de la Ley 906 de 2004.

Igualmente, en AP1879-2016, se explicó:

Si bien se han establecido los requisitos objetivos establecidos por el legislador para imponer medida de aseguramiento, así como la existencia de fundamento probatorio de donde se puede concluir la materialidad de la conducta, la autoría y la posible responsabilidad de (...) por lo menos en el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, conforme lo tiene discernido la Corte Constitucional en criterio acogido por esta Sala²³, "...para que proceda la detención preventiva no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma"²⁴.

En el mismo sentido prevé el artículo 3° de la Ley 600 de 2000, que «la detención

preventiva...estará sujeta a la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad».

Entonces, superada la verificación de los presupuestos establecidos en los artículos 356 y 357 ibídem, la imposición de la medida de aseguramiento sólo procede si se precisa su necesidad con el propósito de alcanzar el cumplimiento de uno o más de los fines previstos en el canon 355 de la normatividad en cita, esto es, i) garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga; ii) evitar la continuación de su actividad delictual o; iii) prevenir las labores que pueda emprender para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria.

Reglamentación además de obligatorio acatamiento, pues fue declarada exequible por la Corte Constitucional con la sentencia C-774 de 2001, según la cual para que proceda la medida de aseguramiento no basta la convergencia de los requisitos formales y sustanciales, sino que es menester verificar la presencia de por lo menos uno de los fines supremos, sin haber previsto excepciones.

Para establecer esa necesidad de imposición de la medida de aseguramiento, se hace necesario analizar la gravedad de la conducta punible, atendiendo para el efecto las particularidades de su ejecución. Al respecto en criterio reiterado la Corte ha indicado en CSJ SP Rad. No. 34017 de 18 de febrero de 2013, entre otras, que:

[P]ara ser consecuente con las definiciones de un Derecho Penal orientado a sus consecuencias, diseñado sobre la idea de protección de bienes jurídicos fundamentales, el artículo 310 de la Ley 906 de 2004 dispone que es esencial el análisis de la gravedad de la conducta para verificar el peligro sobre la comunidad, además de la gravedad intrínseca del comportamiento que se refleja en la respuesta punitiva en abstracto y en concreto.

Ahora, pese a que la presente actuación se rige bajo la égida de la Ley 600 de 2000, la Sala no puede desconocer que en pacífica jurisprudencia se ha sostenido la aplicación favorable de lo normado en la Ley 906 de 2004 para procesos tramitados bajo el anterior código procedimental indicando que resulta procedente cuando, además de la sucesión de leyes en el tiempo y el tránsito o coexistencia de las mismas se cumplen tres requisitos «i) que las figuras jurídicas enfrentadas tengan regulación en las dos legislaciones, ii) que respecto de aquellas se prediquen similares presupuestos fáctico-procesales- y iii) que con la aplicación favorable de alguna de ellas no se resquebraje el sistema procesal dentro del cual se le da cabida al instituto favorable”²⁵.

Y, es claro que en las dos normas coexistentes está regulado el instituto jurídico en estudio, bajo similares presupuestos, como lo ha establecido la Corte en AP7414-2005 así:

la detención preventiva representa la más contundente y grave de las intromisiones de la autoridad estatal en la esfera de la libertad de las personas; no obstante, el legislador del 2000 y 2004 la autorizó en orden a garantizar el cumplimiento de los fines constitucionales del proceso penal, fijándole unos precisos objetivos: (i) garantizar el éxito de la investigación²⁶, (ii) asegurar la presencia del procesado a la actuación y, particularmente, a la ejecución de la sentencia, en el evento de que llegare a ser condenado.

(...)

[E]s evidente que la Ley 906 de 2004, en la determinación de los fines que se persiguen con la imposición de las medidas de aseguramiento, coincide con aquellos dispuestos en la Ley 600 de 2000.

Dicho de otra forma «el régimen de las medidas cautelares de carácter personal en la Ley 906 de 2004 es prácticamente el mismo —salvo que quien las dice no es el fiscal, sino el Juez de garantías—, pues probatoriamente se exige la construcción de

una inferencia razonable acerca de la responsabilidad y demostrar el cumplimiento de los excepcionales fines de la medida de aseguramiento, frente a conductas investigables de oficio cuya pena mínima es de cuatro años (artículos 308, 309 y 310 y 312-2).»²⁷

Así las cosas, si bien la medida de aseguramiento de detención preventiva, es procedente en los casos enunciados en el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal, también lo es que no por esa sola circunstancia se hace obligatoria su solicitud por la parte legitimada y menos su imposición por el Juez con función de Control de Garantías, pues se requiere que de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida se infiera: (i) que razonablemente el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga; (ii) se cumple alguna de las finalidades descritas en el artículo 308 ejusdem, desarrolladas en los artículos subsiguientes, (iii) su urgencia; y, (iv) que es necesaria, proporcional, adecuada y razonable frente a los contenidos constitucionales, en atención al carácter excepcional de la medida cautelar personal.

De igual forma, para el análisis propio de las finalidades de la medida no es suficiente reclamar y examinar la gravedad y modalidad del delito imputado, pues obligatorio es constatar, en cada caso particular, la satisfacción de las demás circunstancias previstas en los artículos 309, 310 y 312 del mismo estatuto.

Así lo consideró el legislador con la adición de un párrafo al artículo 308 mencionado mediante Ley 1760 de 2015, según el cual:

PARÁGRAFO 1o. <Párrafo adicionado por el artículo 2 de la Ley 1760 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> La calificación jurídica provisional contra el procesado no será, en sí misma, determinante para inferir el riesgo de obstrucción de la justicia, el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y la probabilidad de que el

imputado no comparezca al proceso o de que no cumplirá la sentencia. El Juez de Control de Garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro²⁸ se configurarán los requisitos para decretar la medida de aseguramiento, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga.

Norma que si bien no estaba vigente para la época de los hechos, no sobra mencionar en este momento en tanto en ella se verifica el interés de precisar legalmente los parámetros desarrollados por vía jurisprudencial, los cuales no sólo regulan la actuación del funcionario judicial llamado a resolver la solicitud de medida de aseguramiento sino al Fiscal, o de manera subsidiaria, al representante de la víctima, a fin de elevar en debida forma una solicitud de tal naturaleza en atención a los deberes que la ley procedimental impone en los artículos 140 y 142.

4. Del caso concreto.

Acorde con las pruebas y hechos acreditados en la actuación, se tiene que por información suministrada por fuente humana no formal, el inmueble ubicado en la transversal 60A entre la calle 7A y la diagonal 9 A, barrio La Independencia, segunda etapa, comuna diez, en la ciudad de Buenaventura, era utilizado como lugar de almacenamiento y distribución de grandes cantidades de sustancias estupefacientes, razón por la cual la Policía Judicial a través de oficio No. 1577/UBEIC-DIEBU-2929 del 25 de junio de 2011, solicitó a la Fiscalía orden de allanamiento y registro, la cual fue emitida por la Fiscalía 42 Seccional de la Unidad de Reacción Inmediata de Buenaventura.

Con sujeción a ella, el 26 siguiente, sobre las 7:30 de la mañana se practicó diligencia de allanamiento y registro al mentado inmueble, la cual fue atendida por el administrador del parqueadero Jaime Gordillo Rodríguez, en cuya

compañía se inspeccionó el lugar, habiéndose hallado, en el cuarto dispuesto para su descanso, debajo de su cama, 10 lonas de color blanco y rojo con 228 contenedores de cocaína, cuyo peso neto arroja 249,506 kilogramos (sic)³⁰, razón por la cual se procedió a su captura inmediata.

En la misma fecha, la Fiscal 42 Seccional de la Unidad de Reacción Inmediata de Buenaventura, en turno de disponibilidad, radicó solicitud de audiencias preliminares de (i) legalización de procedimiento de allanamiento y registro y de la orden; (ii) legalización de captura; (iii) formulación de imputación y (iv) solicitud de medida de aseguramiento, ante el Centro de Servicios Judiciales de Buenaventura³¹; las cuales correspondieron al Juzgado Sexto Penal Municipal con función de Control de Garantías de Buenaventura.

El 26 de junio se cumplió con la primera de las audiencias convocadas, sustentación de la solicitud que estuvo a cargo de la Fiscal peticionaria; las restantes no, por relevo de turno entre los funcionarios. Fue así como a CARLOS ARTURO RENDÓN COLONIA, en su condición de Fiscal 39 Seccional de la Unidad de Reacción Inmediata de Buenaventura le correspondió efectuar las restantes peticiones según se acredita en las respectivas actas y audios de las audiencias y los testimonios de Olga Adiel Moreno Londoño y el propio acusado.

Así, la Fiscal Olga Adiel Moreno Londoño narró³² cómo junto con la Juez fueron sorprendidas al finalizar la jornada, con los informes de Policía Judicial de las actuaciones desplegadas y la necesidad de ejecutar inmediatamente su control judicial ante el vencimiento de los términos legales, que suscribió la solicitud de audiencias concentradas luego de que su asistente llenara el formulario pertinente y que además, las peticiones allí contenidas obedecieron a que por regla general en este tipo de asuntos se solicitan³³.

Igualmente, que no asumió todas las diligencias porque su turno culminó el día 27 de junio de 2011 a las 8:00 de la mañana y fue sustituida por CARLOS ARTURO RENDÓN COLONIA, a quien le refirió de manera genérica el asunto y no impartió recomendación alguna frente a la medida de aseguramiento, como quiera que su actuar es autónomo y depende del curso propio de las diligencias³⁴.

Que la Ley 1453 de 2011, no llegó al conocimiento de los funcionarios en Buenaventura de manera inmediata, razón por la cual en un asunto de su competencia igualmente declararon una nulidad por no haberse considerado al momento de un allanamiento a cargos³⁵

Y a ella, después de la nulidad decretada por el Juzgado Especializado, le correspondió la audiencia de reformulación de imputación a Jaime Gordillo Rodríguez e imposición de medida de aseguramiento³⁶ con ocasión de una comisión impartida por una Fiscalía especializada, última por la cual solicitó la detención preventiva con fundamento particularmente en la gravedad y modalidad de la conducta y el peligro a la sociedad, soportada en inferencias a partir de la cantidad de estupefaciente incautado, su embalaje, posible tráfico por el puerto y los bienes jurídicos afectados³⁷.

Lo anterior da cuenta que el enjuiciado no era el Fiscal titular de la indagación, al igual que su conocimiento del asunto fue el que acopió de la revisión de la carpeta y en curso del desarrollo de las audiencias, acorde con el cual resolvió no solicitar la imposición de medida de aseguramiento al no advertirla procedente en atención a los fines que la medida exige.

Del registro de las audiencias realizadas el 27 de junio de 2011, incorporadas a la actuación como prueba documental No. 3, en especial, de la medida de aseguramiento, CARLOS ARTURO RENDÓN COLONIA, en efecto, inicialmente solicitó la imposición de una

medida de aseguramiento no privativa de la libertad, en concreto las previstas en los numerales 3 y 5 del literal B del artículo 307, no obstante según lo advirtió el procesado en su recurso, tal petición no nació a la vida jurídica pues si bien fue verbalizada, se reconsideró por él y ante eso no se le corrió traslado de la misma a las partes e intervinientes en audiencia, de modo que no dio lugar a ningún pronunciamiento judicial.

Es más, se advierte que la razón fundamental para recapacitar sobre tal pedimento fue la improcedencia de las mismas en razón del factor objetivo, luego, no es dable afirmar que desconoció el contenido del artículo 313 de la Ley 906 de 2004.

Esa tesis se soporta en la misma referencia que el acusado hizo en la diligencia, cuando de manera expresa indicó que por el quantum punitivo y el conocimiento de la justicia especializada sólo era procedente la detención preventiva; la cual descartó, no por no ser procedente acorde con los parámetros objetivos referidos, sino al no verificarse alguno de los fines legales.

Fue así como su argumentación fundamentalmente giró en la ausencia de elementos probatorios que soportaran la constatación de uno de los fines de la medida de aseguramiento privativa de la libertad al tenor del artículo 308 del estatuto procedimental penal y su no necesidad.

Así lo manifestó:

“ ... pero, ya al mirar los elementos de conocimientos necesarios para sustentar la medida y la urgencia, la fiscalía en este momento no cuenta con suficientes elementos como para argumentar y fundamentar una de las medidas privativas de la libertad por lo siguiente: al solicitar la medida privativa de la libertad, siendo que la libertad tiene un carácter excepcional, se debe demostrar la necesidad, que sea adecuada, que sea proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales y legales, en este

caso se trata del señor Jaime Gordillo Rodríguez, es una persona de avanzada edad, lo cual está demostrado mediante documento idóneo que presenta una falla cardíaca, que viene sometido a un tratamiento quirúrgico y tratamiento médico, del cual está haciendo pues tratado en este momento y, es una persona que no cumple como con ese perfil de un delincuente, es realmente un administrador de este lugar, de este parqueadero, que personas inescrupulosas de pronto abusando de su buena fe lograron introducir debajo de su cama dentro de su cuarto esa sustancia estupefaciente, que conforme al artículo 308 y, como ya lo dije su señoría la fiscalía no cuenta con los elementos suficientes para demostrar esta necesidad, porque los requisitos del 308 indican que las medidas sean necesarias para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia y en este caso, este señor no tiene la autonomía como para obstruir el debido ejercicio de la justicia más que todo ya se recaudó la prueba necesaria, él aceptó voluntariamente y debidamente informado los cargos, en cuanto al segundo numeral que constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, pues la fiscalía no tiene ningún elemento o informe que indique que este señor es narcotraficante o que tiene una red o que hace parte pues de una banda delincuencia. en cuanto al numeral 3, que resulte probado que el imputado no compareciera al proceso o que no cumplirá la sentencia, el señor Jaime Gordillo está demostrado su arraigo aquí en la comunidad de Buenaventura y en cuanto a que no comparecerá al proceso pues, él así como él tiene su arraigo, pues lógicamente él tiene que responder para la audiencia siguiente, máxime cuando ya aceptó los cargos y ha tenido pleno conocimiento de que se seguirá en su contra una sentencia que es condenatoria por la aceptación de cargos y por la responsabilidad pues, objetiva en la ocurrencia de este hecho, en cuanto al peligro para la víctima la fiscalía no tiene como demostrar peligro para la víctima y lo único que en este caso este servidor, de este delegado observa es la procedencia de la medida del 313 que pues establece que en los delitos de competencia de los jueces penales del circuito, como es el caso,

y cuando la pena sea mayor de cuatro años procede la detención preventiva pero, sin embargo, exige que se cumpla o que estén satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308 y, como vuelvo y lo reitero su señoría, para este delegado fiscal hasta este momento de esta audiencia no tiene cómo fundamentar que se cumple con uno de los tres requisitos de que trata el artículo 308. Por lo brevemente expuesto su señoría, que es reflejo del material existente que hasta este momento en la carpeta de la Fiscalía, le solicito muy comedidamente que la fiscalía desiste de una imposición de una medida de aseguramiento y por lo tanto le solicito la libertad del señor Jaime Gordillo Rodríguez con el compromiso que, pues él se presente ante la autoridad que lo requiera dentro de las siguientes oportunidades procesales vigentes.”³⁸

Lo anterior evidencia que el entonces Fiscal, ahora acusado, conocía y tuvo presente la procedencia de la medida de aseguramiento en consideración al delito imputado con pena mínima superior a los 4 años y la competencia para su juzgamiento en los jueces especializados, no obstante reflexionó que no detentaba elementos de convicción para soportar la necesidad, razonabilidad, proporcionalidad, idoneidad y en especial, alguno de los fines descritos en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, puntos sin los cuales, en efecto, no es factible restringir la libertad en establecimiento carcelario.

En este punto, es necesario recabar, de cara a los argumentos expuestos por el a quo, que los elementos probatorios que soportan una de las medidas de aseguramiento, en este caso, la detención preventiva, no necesariamente se corresponden con los ineludibles para soportar otras solicitudes como la de legalización de captura y formulación de imputación, ya que cada una de éstas tiene su propio objeto y finalidad, razón por la cual, es deber de las partes e intervinientes participar y dado el caso, exhibir elementos de convicción acordes con el tema de prueba que se ventile.

Así las cosas que la Fiscalía en ese momento contara con: (i) el registro de allanamiento, (ii) el acta de incautación de la sustancia, (iii) el acta de PIPH realizada a la misma, (iv) el acta de los derechos del capturado, (v) la identificación del mismo, (vi) el arraigo socio-familiar³⁹ y (vii) la cadena de custodia del elemento encontrado⁴⁰, como lo señala el a quo, no significa que los mismos fueran suficientes para soportar la medida, ya que si bien éstos podían servir para la elaborar la inferencia razonable de la probabilidad de que la persona fuera autor o partícipe del hecho que se le imputa, no necesariamente sirven para acreditar que (i) el imputado obstruiría la justicia, o (ii) constituye un peligro para la sociedad o la víctima, o (iii) resultara probable que el procesado no comparecería al proceso o no cumpliría con la sentencia.

Tampoco, de lo que denomina el a quo como primer referente sobre el almacenamiento de grandes cantidades de estupefacientes, que en su criterio resultaba útil para inferir que Gordillo Rodríguez constituía un peligro para la sociedad y las víctimas, en atención a la actividad de la organización criminal internacional dedicada a la exportación de grandes cantidades de estupefacientes; como quiera que el oficio No. 1577 UBEIC-DIEBU-29 suscrito por el Sub teniente Jhon Jairo Cortes⁴¹ no certifica de forma objetiva la existencia de una organización criminal o la participación del administrador en ella, simplemente la destinación ilícita del bien.

Por manera que, no aparece que CARLOS ARTURO RENDÓN COLONIA hubiese desconocido o desechado un elemento probatorio que confirmara una de las finalidades de la medida privativa de la libertad y que por ello, su argumentación fuera sofística, forzada o inadmisible como lo sostuvo el juez de primer grado.

Además, en audiencia de legalización de captura la defensa de Gordillo Rodríguez⁴²

mencionó: (i) la condición de simple trabajador en el parqueadero; (ii) su desconocimiento de la existencia del estupefaciente; (iii) que se trataba de una persona de la tercera edad; (iv) con un estado de salud deteriorado como consecuencia de una operación del corazón que se acreditaba con una historia de la Clínica del Valle del Lili que al menos se dejó a disposición de las partes; y, (v) tenía arraigo en la comunidad, luego los planteamientos expuestos para el retiro de la solicitud no fueron imaginados por RENDÓN COLONIA con el propósito de defraudar la ley o favorecer al capturado al retirar la solicitud de detención preventiva.

Entonces, independientemente del criterio que sobre el particular se pueda tener, esto es, si las condiciones del imputado son o no obstáculo para la detención preventiva, en el presente evento no se puede afirmar que los puntos exhibidos fueron inventados a fin de favorecer la libertad del aprehendido, y son señales del querer del enjuiciado de entorpecer la actuación penal o beneficiar de manera ilegal a un tercero en desmedro de la administración pública.

Y pese a que en la exposición de CARLOS ARTURO RENDÓN estuvo ausente el análisis de la gravedad y modalidad de la conducta, no significa que el delito de prevaricato por acción en su parte objetiva se verifique, en tanto intrascendente se torna, ya que de no contarse con la acreditación de uno de los fines de la detención tampoco es posible su imposición, camino que escogió el procesado.

Es que sin la verificación de una de las finalidades la medida no puede decretarse, según se explicó en el ítem anterior, así como tampoco si no se cumplen los presupuestos descritos en el artículo 313 o estableció su necesidad, razonabilidad, proporcionalidad e idoneidad; sin que baste, para la acreditación del

primer referente la gravedad y modalidad de la conducta como lo ordena el artículo 308 y siguientes de la Ley 906 de 2006.

Por lo tanto, no es como lo considera el Tribunal que conforme con los supuestos fácticos y jurídicos la medida de aseguramiento privativa de la libertad, en este caso particular, se imponía según mandato del artículo 313 del Código de Procedimiento Penal⁴³ como quiera que de acuerdo con la normatividad aplicable y la jurisprudencia que la ha venido en desarrollar, se requiere igualmente comprobar los presupuestos del artículo 308 ejusdem.

Lo que exhibe el Tribunal Superior de Buga en su providencia es un razonar diferente sobre el cumplimiento de los requisitos para la detención preventiva, que partió del énfasis en la captura en flagrancia del imputado y la gravedad de la conducta y modalidad de la misma, justificada en la cantidad y calidad de la sustancia incautada, sumado a una serie de deducciones que le llevaban a considerar la pertenencia de Gordillo Rodríguez a una organización criminal transnacional dedicada al tráfico de estupefacientes, bajo la obviedad que el custodio del costoso cargamento, ayudante de construcción, no podía ser el dueño del mismo⁴⁴, criterio respetable, pero no demostrativo del ingrediente normativo propio del delito de prevaricato por acción que se imputó a CARLOS ARTURO RENDÓN COLONIA.

Por consiguiente, de acuerdo con las circunstancias fácticas del momento del suceso y las pruebas practicadas, no surge el convencimiento, más allá de toda duda razonable, sobre que la actitud desplegada por el acusado en audiencia del 27 de junio de 2011 contrariara de manera manifiestamente la ley como se explicó, esto es, que surja la tipicidad del delito endilgado.

Es más, si bien con posterioridad a la declaratoria de nulidad del allanamiento a

cargos de Jaime Gordillo Rodríguez, la Fiscal que asumió la actuación a fin de sanearla, solicitó medida de aseguramiento y la misma fue decretada por el Juzgado Penal Municipal con función de Control de Garantías, ello no significa automáticamente que la decisión reprobada a RENDÓN COLONIA sea prevaricadora, como quiera que en atención a los principios de autonomía e independencia, los funcionarios pueden optar frente a un mismo caso de manera diversa siempre que no desborden el ordenamiento jurídico, máxime cuando el comportamiento aquí investigado debe valorarse desde una postura ex ante, no ex post.

Desde luego, las circunstancias fácticas de la actuación fueron distintas, pues, para la segunda audiencia de imposición de medida de aseguramiento: (i) la Fiscalía Sexta Especializada de Buga al momento de librar comisión para su realización elevó una petición especial atinente a que se deprecara la medida de aseguramiento⁴⁵ y, (ii) el imputado Gordillo no aceptó su responsabilidad⁴⁶, como sí en la primera oportunidad, luego, no se exhibía, si es dable decir, el mismo compromiso de colaboración con la justicia mostrado previamente, no obstante a que ulteriormente suscribió preacuerdo con la Fiscalía y por lo mismo fue condenado.

Por tanto, analizada la actuación del acusado bajo las circunstancias propias del momento y no a posteriori, no se observa certeramente que con ella se contrarió abiertamente la ley, acorde con las pautas explicadas en el primer acápite de la parte considerativa.

Elemento normativo que en caso de haberse comprobado debió advertirse de forma casi inmediata, y no a través de elucubraciones elaboradas o complejas como lo efectuó el Tribunal, quien para concluir la responsabilidad del implicado procedió a argumentar sobre la imperiosa necesidad de la detención preventiva de Gordillo Rodríguez al ser un eslabón de una banda criminal dedicada al tráfico de estupefacientes

transnacional, la cual resultaba beneficiada con su libertad, y a su vez, permitiría salvaguardar múltiples bienes jurídicos involucrados en el negocio del narcotráfico; toda vez, que esas apreciaciones, no encuentran soporte en la actuación que fue incorporada como prueba documental No. 1, de todo lo cual deriva un estado de incertidumbre insalvable en esta instancia

En tal virtud, la Sala no encuentra la manifiesta discrepancia entre la decisión cuestionada y la descripción legal, razón por la cual se accederá a las súplicas de los apelantes. En consecuencia, se revocará el fallo de instancia, por cuanto el retiro de la petición de solicitud de imposición de medida de aseguramiento en audiencia del 27 de junio de 2011, no se advierte 'manifiestamente' contrario a la ley.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha 21 de enero de 2015, por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga condenó a CARLOS ARTURO RENDÓN COLONIA, como autor responsable del delito de prevaricato por acción.

SEGUNDO: disponer la libertad inmediata de CARLOS ARTURO RENDÓN COLONIA, previa constatación de que en su contra no se reporta requerimiento por otra autoridad judicial.

TERCERO: Contra éste fallo no procede recurso alguno.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Rad. # 31.049, enero 26 de 2009.

2 Folio 657 cuaderno No. 3

3 CSJ Radicado 36844 del 19 de octubre de 2011, Radicado 39416 del 8 de agosto de 2012, SP1850-2014, AP5233-2014, AP3967-2015.

4 CSJ SP1850-2014, igualmente CSJ. SP Radicado 25.920 del 21 de febrero de 2007

5 CSJ AP3426-2016, AP444-2015, AP3967-2015, AP1092-2015, AP767-2015, AP7666-2014, SP1850-2014, AP5233-2014, SP13709-2014, AP1644-2014 y Proceso Única

Instancia N° 36784 audiencia del 17 de septiembre de 2012.

6 CSJ AP3426-2016

7 Pena modificada por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

8 CSJ. AP. 29 de julio de 2015, radicado No. 44031.

9 CSJ SP134-2016

10 CSJ SP, 24 jun. 1986, rad. 406.598, GJ CLXXXV n.º 2424, pág. 438 – 442.

11 CSJ SP, 24 jun. 1986, rad. 406.598, GJ CLXXXV n.º 2424, pág. 438 – 442.

12 CSJ SP4620-2016

13 CSJ SP14999-2014

14 Originalmente el artículo 250 de la Constitución de 1991 preceptuaba que correspondía “a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querella, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación deberá (no está en negrilla en el texto original):

1. Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento. Además, y si fuere del caso, tomar las necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito.
2. Calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas.

3. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.
4. Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso.
5. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten.”

15 Acorde con el actual artículo 306 de la Ley 906 de 2004 y la jurisprudencia (C-209 de marzo 21 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, donde se analizó la exequibilidad del texto original de dicho artículo), la víctima o su apoderado también pueden acudir directamente al juez de control de garantías para solicitar la imposición de una medida de aseguramiento, cuando ésta no sea pedida por la Fiscalía General de la Nación.

16 Modificado por el artículo 65 de la Ley 1453 de 2011

17 Modificado por el artículo 25 de la Ley 1142 de 2007.

18 El artículo 310 original de la Ley 906 de 2004, consagraba que “además” de la gravedad del hecho y la pena imponible, debían tenerse en cuenta: 1) la continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales; 2) el número de delitos imputados y su naturaleza; 3) el hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un

mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional; y, 4) la existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o culposo. El texto señalaba:

“Peligro para la comunidad. Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la punible (sic). Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.”

19 “Sentencias C-1198 de 2008; C-774 de 2001; C-634 de 2000 (sic) y C-549 de 1997.”

20 Inicialmente, el artículo 312 de la Ley 906 de 2004, preceptuaba: “No comparecencia. Para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, se tendrá en cuenta, [en especial] además de la modalidad y gravedad del hecho y de la pena imponible se tendrá en cuenta:

1. La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente

el país o permanecer oculto.

2. La gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este.

3. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena.”

21 El nuevo texto es el siguiente: El nuevo texto es el siguiente: “Para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, se tendrá en cuenta, [en especial], la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible, además de los siguientes factores:

1. La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.

2. La gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este.

3. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena.”

22 Cfr., Gaceta del Congreso N° 250 de julio 26 de 2006, pág. 27.

23 Entre otras, CSJ AP, 30 abr. 2015, rad. 33.738.

24 Sentencia C - 774 de 2001.

25 En CSJ. AP. feb.08 de 2012 Rad 33379, entre otras, CSJ SP 09 feb. 2006, rad. 23700

26 C.C, sentencia C-121 de 2012.

27 CSJ, AP del 19 de junio de 2005, rad. 23880.

28 Aparte subrayado sobre el cual la Corte Constitucional providencia C-231-2016 se inhibió de resolver de fondo, según Comunicado de prensa No. 20 del 11 de mayo de 2016.

29 Folio 16 de la prueba documental No. 1

30 Folio 44 de prueba documental No. 1

31 Folio 51 de la prueba documental No. 1

32 Registro audiencia del 26 de mayo de 2014. Minuto 12:59

33 Registro audiencia del 26 de mayo de 2014, minuto 17:40

34 Registro audiencia del 26 de mayo de 2014, minuto 22:09

35 Registro audiencia del 26 de mayo de 2014, minuto 32:00

36 Registro audiencia del 26 de mayo de 2014, minuto 35:20 y minuto 52:40.

37 Registro audiencia del 26 de mayo de 2014. Minuto 54:00

38 Prueba documental No. 3, segundo audio audiencia del 27 de junio de 2011.
Registro de audio 01:00

39 Así lo enlistó el ad quem.

40 Véase página 43 de la providencia, folio 548 cuaderno No. 2

41 Incorporado en la prueba documental No. 1, folio 16

42 Audiencia del 27 de junio de 2011, minuto 13:57.

43 Véase página 34 de la decisión, folio 539 cuaderno No. 2

44 Véase página 37, folio 542 cuaderno No. 2

45 Folio 65, prueba documental No. 1

46 Folio 72, prueba documental No. 1