

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

SP7657-2015

Radicación n.º 43489

(Aprobado Acta n.º 212)

Bogotá D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil quince (2015)

I. ASUNTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el delegado de la Fiscalía General de la Nación en contra de la decisión proferida el 19 de noviembre de 2013 por el Tribunal Superior de Villavicencio, mediante la cual absolvió a NÉSTOR SUÁREZ TORRES, Juez Único Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare, del delito de prevaricato por acción agravado, en concurso homogéneo.

II. HECHOS

Fueron consignados en la sentencia de primera instancia en los siguientes términos:

Acorde con la acusación, son cuatro las decisiones proferidas por NESTOR SUÁREZ TORRES, cuando se desempeñó como Juez Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare, que se señalan como contrarias a la Ley y se sintetizan en tres cargos, así:

2.1. Primer cargo: En un único cargo, se señalan como manifiestamente contrarias a derecho dos decisiones del 23 de julio de 2007 dictadas dentro del radicado 2007-80174 por el acusado NESTOR TORRES SUÁREZ, fungiendo como Juez Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare y cumpliendo específicamente funciones de juez de garantías en segunda instancia. En una revocó la decisión del 01 de julio de 2007 dictada por la Juez Promiscuo Municipal del Retorno, Guaviare, por la cual había declarado legal la captura de Raúl Fandiño Pineda y Javier Leandro Bautista Bacca, y en la otra revocó la decisión de esa misma fecha, mediante la cual se había impuesto en contra de los citados, medida de aseguramiento de detención preventiva.

2.2. Segundo cargo: Se señala como manifiestamente contraria a derecho la decisión del 19 de noviembre de 2007 dictada dentro del susodicho radicado 2007-80174, por el mismo acusado NESTOR SUÁREZ TORRES y fungiendo igualmente como Juez Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare, en funciones de juez de garantías en segunda instancia, por medio de la cual revocó la decisión del 09 de octubre de ese año proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de San José del Guaviare, con la que se había impuesto medida de aseguramiento en contra de Raúl Fandiño Pineda y quien en consecuencia fue dejado en libertad.

2.3. Tercer cargo: Se endilga que también resulta manifiestamente contraria a Derecho, la decisión proferida el 03 de septiembre de 2007 dentro de la actuación de radicado 2007-80076 y por medio de la (sic) cual el en ese entonces Juez Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare, NESTOR SUÁREZ TORRES cumpliendo funciones de juez de control de garantías de segunda instancia, dio trámite a una aceptación de responsabilidad, pese a que se había desistido del recurso de apelación contra la decisión del 12 de agosto de 2007 del Juez Segundo Promiscuo Municipal de San José del Guaviare, por la cual se había impuesto una medida de aseguramiento y al considerarse que había perdido competencia.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

En el radicado 500016000567200800143 se formuló imputación en contra del doctor SÚAREZ TORRES, el 29 de marzo de 2012¹ por el delito de prevaricato por acción agravado, ante la decisión adoptada el 3 de septiembre de 2007 como juez con función de control de garantías de segunda instancia, dentro del proceso que se adelantaba en contra de Eugenio Gallo Alfonso y Luis Fernando Orozco Villamarín, el cual conoció por apelación de la medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

Señaló la fiscalía que no obstante que se desistió del recurso de apelación, el juez hizo caso omiso a tal manifestación, pero en cambio decidió habilitar la oportunidad para que los imputados se allanaran a los cargos, sin tener en cuenta que su competencia estaba limitada al recurso de alzada.

Por estos hechos se presentó el escrito de acusación² manteniendo la imputación fáctica y la jurídica, esta última, como autor del delito de prevaricato por acción agravado por el artículo 415 del Código Penal, concretamente, por haberse proferido la decisión dentro de un proceso penal por el delito de narcotráfico.

De otra parte, también el 29 de marzo de 2012 se formuló imputación³ en contra del mismo funcionario, dentro de la investigación radicada con el número 500016000567200700572, por decisiones proferidas como juez de control de garantías de segunda instancia dentro del proceso 2007-80174 seguido en contra de Raúl Fandiño Pineda y Javier Leandro Bautista Bacca, por el delito de tráfico de estupefacientes, así:

El 23 de julio de 2007 el doctor SUÁREZ TORRES se ocupó del estudio del recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor en contra de dos decisiones emitidas en la misma fecha⁴ (audiencias preliminares concentradas): legalización de captura e imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en

establecimiento carcelario.

Decidió revocar la declaratoria de legalidad de las capturas en flagrancia y en su lugar determinó que fueron capturados ilegalmente, ordenando consecuentemente la libertad inmediata de los imputados y la revocatoria de la medida de aseguramiento.

Ante tales pronunciamientos, el delegado de la Fiscalía solicitó⁵ órdenes de captura en contra de Fandiño Pineda y Bautista Bacca, haciéndose efectiva el 3 de octubre de 2007 la librada en contra del primero de los mencionados. Fecha en la que un juez de garantías la legalizó, decisión apelada por el abogado de la defensa.

El 9 de octubre de 2007 la fiscalía solicitó ante un juez de garantías la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en contra de Raúl Fandiño Pineda, petición a la cual accedió el funcionario judicial de primera instancia. Providencia igualmente apelada por el abogado defensor.

El 19 de noviembre de 2007 el juez promiscuo del circuito de San José del Guaviare, ahora procesado, revocó las dos decisiones⁶ bajo los siguientes argumentos: frente a la legalidad de la captura expuso que la audiencia en la cual se libró la orden estuvo viciada de nulidad por no citarse al abogado defensor. Respecto a la medida de aseguramiento, sostuvo que compartía el criterio de la fiscalía acerca de la necesidad para imponerla, no obstante, el capturado Fandiño permaneció privado de la libertad seis días sin contar con una orden de detención, pues luego de legalizada la captura, el ente fiscal tardó varios días en solicitar la imposición de la medida preventiva.

El 15 de junio de 2012 el Fiscal radicó los escritos de acusación⁷ y en la audiencia correspondiente celebrada el 26 de septiembre de 2012, a solicitud de la fiscalía el Tribunal ordenó adelantar los dos juicios bajo un solo radicado atendiendo el factor de conexidad existente.

La audiencia preparatoria se realizó el 25 de febrero de 2013, quedando fijadas las pruebas que se practicarían en el juicio oral.

El juicio inició el 7 de mayo del mismo año, oportunidad en la cual la fiscalía presentó su teoría del caso que denominó “la justicia al servicio del narcotráfico” a través de la cual prometió que demostraría, más allá de toda duda razonable, que el doctor NÉSTOR SUÁREZ TORRES, en su condición de juez promiscuo del circuito de San José del Guaviare incurrió, como autor, en un concurso de delitos de prevaricato por acción agravado, conforme con los artículos 413 y 415 del Código Penal, al emitir los autos del 23 de julio, 3 de septiembre y 19 de noviembre de 2007.

Agregó que el acusado en la audiencia del 23 de julio de 2007 desconoció de manera manifiesta las normas que regulan el estado de flagrancia y las que se requieren para la imposición de medida de aseguramiento, mientras que en la decisión del 19 de noviembre del mismo año omitió el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales, así como los principios constitucionales para la imposición de la medida de aseguramiento.

Culminó el alegato de apertura informando que demostraría “estas conductas punibles” aportando las decisiones con las cuales el doctor SUÁREZ se apartó de la ley.

El apoderado de la defensa decidió presentar su teoría del caso que denominó “justos por pecadores”. Señaló que los hechos narrados por el Fiscal ocurrieron en la población de San José del Guaviare en el año 2007 cuando iniciaba un cambio de sistema procesal penal en Colombia.

Anunció que la Fiscalía General no lograría demostrar que su defendido actuó dolosamente al proferir los autos mencionados y que sus decisiones no se apartan de la ley, pues obedecen a la interpretación garantista que acorde con el nuevo sistema realizó el funcionario judicial.

Advirtió que la presunción de inocencia que reviste al procesado no sufriría mengua, pues solo se trató de la interpretación de las leyes, más no de actuaciones dolosas.

En la misma fecha se introdujeron las estipulaciones acordadas⁸ con posterioridad a la audiencia preparatoria.

En sesiones del 13, 20 de junio; 13, 29 de agosto; 24 de septiembre y 21 de octubre de 2013 se escucharon las audiencias en las que se emitieron los autos cuestionados, se recibieron los testimonios solicitados por la defensa y se expusieron los alegatos de conclusión en los que el Ente Fiscal requirió el proferimiento de sentencia de carácter condenatorio por el delito de prevaricato por acción agravado, frente a las decisiones de fechas 23 de julio y 19 de noviembre de 2007, por considerar que las pruebas practicadas durante el juicio mostraron que se está frente a una conducta típica, antijurídica y culpable, mientras que solicitó la absolución del cargo enrostrado por el mismo punible, respecto del auto del 9 de octubre de 2007, por ausencia de dolo.

Por su parte, el representante del Ministerio Público dijo compartir en forma parcial los argumentos de la fiscalía, por cuanto las pruebas muestran que la conducta del juez SUÁREZ TORRES plasmada en la decisión fechada el 23 de junio de 2007 es típica desde el punto de vista objetivo y subjetivo. No así la decisión del 19 de noviembre, frente a la cual señala no hubo pronunciamiento que deba ser catalogado como manifiestamente contrario a la ley. Acerca del tercer cargo y atendiendo el requerimiento absolutorio realizado por el Fiscal delegado, recordó la imposibilidad de apartarse de tal petición.

Tanto el defensor técnico como el acusado, expusieron los argumentos que al unísono condujeron a solicitar el proferimiento de una sentencia absolutoria, dado que -en su entender- los autos cuestionados son producto de los inconvenientes

interpretativos que se presentaron durante los primeros meses de la entrada en vigencia de la Ley 906 en el circuito judicial de San José del Guaviare, esto es, el 1 de enero del 2007, por lo que no son decisiones manifiestamente contrarias a la ley. Adicionalmente, tampoco existen pruebas de las cuales sea viable concluir que el Juez investigado actuó conocedor y consciente de estar violando la ley.

El 22 de octubre de 2013 se anunció sentido del fallo en el que se desestimó la pretensión de la parte acusatoria, profiriéndose sentencia absolutoria, por atipicidad objetiva y subjetiva de las conductas reprochadas al doctor NÉSTOR SUÁREZ TORRES.

Leída la sentencia (19 de noviembre de 2013), el delegado Fiscal interpuso y sustentó el recurso de apelación.

IV. LA DECISIÓN APELADA

En primer lugar el A quo se ocupó de la petición de absolución realizada por la fiscalía frente al cargo identificado con el número tres, referido al auto proferido el 3 de septiembre de 2007, dentro del radicado 2007-80076 por medio del cual el Juez acusado obvió el desistimiento del recurso de apelación que fuera interpuesto contra la decisión que impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de Luis Fernando Orozco Villamarín y Eugenio Gallo Alfonso, y en su lugar, permitió que en audiencia de segunda instancia los imputados aceptaran los cargos formulados.

Pretensión acogida ante la imposibilidad de emitir sentencia condenatoria por un delito por el cual la Fiscalía no hubiere solicitado decisión en tal sentido.

Seguidamente abordó el cargo relacionado con el interlocutorio del 19 de noviembre de 2007, proferido dentro del proceso radicado con el número 2007-80174, concluyendo que

éste no resulta contrario a la ley, por cuanto el investigado debió corregir el yerro en el que incurrieron, tanto la fiscalía como el juez de garantías. La primera, al solicitar orden de captura en contra de dos personas, por hechos que ya estaban siendo investigados penalmente y sobre los cuales se había formulado en su contra imputación, pero no existía medida cautelar de carácter personal. El segundo, al legalizar la captura que se materializó y disponer la detención del aprehendido pese a que el Fiscal no solicitó medida de aseguramiento privativa de la libertad.

Señaló el Tribunal, que tal adefesio jurídico con el cual se afectó el derecho fundamental de la libertad de Raúl Fandiño, debió ser corregido por el juez de segunda instancia a través de la decisión del 19 de noviembre de 2007 y consecuentemente, en forma automática operaba también la revocatoria de la medida detentiva.

Por último, estudió las decisiones emitidas el 23 de julio de 2007, dentro del mismo radicado, para concluir que tampoco resultan típicas frente a la descripción prevista en el artículo 413 del Código Penal, por cuanto fueron producto de la errónea interpretación que realizara el doctor SUÁREZ TORRES en un momento histórico en el que hacía seis meses había entrado a regir la Ley 906 de 2004 y por tanto existían vacíos, improvisación y falta de capacitación que condujeron a errores, que no pueden ser catalogados como delito.

Concluye, en consecuencia, que el acusado no actuó apartándose de la ley, y, por lo tanto, lo absolvió de los delitos de prevaricato agravado por acción por los cuales fue acusado.

V. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

El Fiscal propugna la apelación en los siguientes aspectos:

Señala que aunque el Tribunal tiene claro que el acusado emitió dos autos el 19 de

noviembre de 2007, refundió en un solo argumento las motivaciones, desconociendo que se trataba de audiencias preliminares diferentes que fueron apeladas también en diversas fechas, luego, los argumentos para revocar la primera (legalización de captura) no podían ser los mismos a los que acudió el Juez para revocar también la segunda decisión (medida de aseguramiento).

Refiere que se encuentra de acuerdo con el juez de conocimiento al declarar que la primera decisión del 19 de noviembre de 2007 proferida por el juez promiscuo del circuito de San José del Guaviare en segunda instancia, es decir, la que revocó la legalidad de la captura de Raúl Fandiño, 'se ajusta a derecho', sin embargo, no encuentra un vínculo inescindible entre este proveído y el segundo que se ocupó de revisar la medida de aseguramiento impuesta a la misma persona, dado que se reunían los requisitos previstos en los artículos 308, 310 y 313 de la Ley 906 de 2004. De ahí la estructuración del delito de prevaricato por acción.

Rechaza la postura del Tribunal referida a que frente a la captura ilegal, el juez SUÁREZ debió incluso declarar la nulidad de lo actuado, lo cual se aparta de los reiterados pronunciamientos jurisprudenciales.

Agrega que durante la audiencia de imposición de medida de aseguramiento (9 de octubre de 2007), al señor Fandiño se le respetó el derecho a la defensa, por cuanto contaba con un abogado defensor, luego, tampoco procedía la declaratoria de invalidación de lo actuado.

Continuó con la contradicción de los puntos atinentes a las decisiones fechadas el 23 de julio de 2007, exponiendo que para el Juez acusado no revestía ninguna complejidad el entendimiento de la norma de la Ley 906 de 2004 que trata la flagrancia, toda vez que es una figura que también contempla la Ley 600 de 2000.

Se aparta de los argumentos expuestos por el Tribunal A quo, a partir de los cuales

concluyó que la policía de vigilancia no podía realizar una requisita exhaustiva al vehículo, pues el artículo 5º del Código Nacional de Policía la autoriza para efectuar procedimientos de carácter preventivo, con el fin de evitar la comisión de infracciones penales.

Sostiene que el Tribunal erró al aceptar que la captura ocurrió a las 06:40 de la mañana, pues a esa hora inició el procedimiento preventivo pero solo a las 10:40 a.m. se materializó la aprehensión en flagrancia, una vez se estableció que en la caleta adaptada al vehículo automotor se transportaba estupefaciente cocaína.

De igual manera discrepa de la teoría a partir de la cual en la audiencia de legalización de captura se debe admitir que las partes soliciten pruebas, pues se estaría anticipando el juicio. Señala que la juez de primera instancia contaba con los elementos materiales probatorios que le permitían adoptar la decisión, y sin embargo, a solicitud del defensor, accedió a escuchar en declaración a un agente de la policía, lo cual resultó suficiente para su decisión, negándose a escuchar en 'declaración' a los capturados, sin que sea violatorio del derecho fundamental a la defensa.

Previo a concluir, acude a los mismos argumentos expuestos anteriormente para referirse a la total autonomía que existe entre la apelación del auto que declara legal la captura y el que impone la medida de aseguramiento, por lo que también resulta manifiestamente contrario a derecho, afirmar que la consecuencia de la ilegalidad de la captura, es la revocatoria de la medida preventiva.

Termina solicitando la revocatoria de la sentencia absolutoria, para que en su lugar se profiera condena en contra del acusado NÉSTOR SUÁREZ TORRES, como autor responsable del concurso homogéneo de los delitos de prevaricato por acción agravados, por quedar establecido que son conductas típicas (objetiva y subjetivamente), antijurídicas y culpables.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De conformidad con el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, la Corte es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio.

De entrada la Corte señala que se ocupará únicamente de las decisiones proferidas por el doctor NÉSTOR SUÁREZ TORRES, dentro del radicado 2007-80174 los días 23 de julio y 19 de noviembre de 2007, en razón al principio de limitación, en virtud del cual la competencia del juez de segunda instancia se encuentra limitada a los aspectos objeto de inconformidad y a los que resulten inescindiblemente ligados a los mismos.

Como las alegaciones del recurrente se dirigen a cuestionar los argumentos del Tribunal a partir de los cuales se desvirtuó la tipicidad objetiva y subjetiva del tipo penal imputado y por el cual se acusó, en orden a abordar el análisis del tema, se parte de señalar que el delito de prevaricato por acción se encuentra definido en la Ley 599 de 2000, así:

«Artículo 413. Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.»

El tipo objetivo contiene un sujeto activo calificado («servidor público»), un verbo rector («proferir») y dos ingredientes normativos: «dictamen, resolución o concepto», por un lado, y «manifiestamente contrario a la ley», por el otro.

En este asunto no es objeto de discusión la calidad de servidor público que ostentaba NÉSTOR SUÁREZ TORRES en la fecha en que profirió las decisiones cuestionadas⁹, época para la cual desempeñaba el cargo de juez promiscuo del circuito de San José del Guaviare, hecho que se halla debidamente probado a través de estipulación.

Tampoco se ha controvertido que los autos fueron emitidos por SUÁREZ TORRES en ejercicio de sus funciones como juez promiscuo del circuito de San José del Guaviare.

Frente al alcance de la expresión ‘manifiestamente contrario a la ley’, la Sala ha considerado que su configuración no sólo contempla la valoración de los fundamentos jurídicos o procesales que el servidor público expone en el acto judicial o administrativo cuestionado (o la ausencia de aquéllos), sino también el análisis de las circunstancias concretas bajo las cuales lo adoptó, así como de los elementos de juicio con los que contaba al momento de proferirlo (CSJ. SP. 8 nov. 2001. Radicado 13956):

[...] 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”¹⁰.

Resulta entonces necesario contextualizar la situación, ubicación geográfica y el momento para el cual se profirieron las decisiones de segunda instancia dentro del radicado 2007-80174. Para mejor entendimiento y comoquiera que los pronunciamientos catalogados como prevaricadores se produjeron dentro de una actuación penal adelantada por el delito de tráfico de estupefacientes, se ponen de presente los siguientes antecedentes:

Los hechos que originaron el proceso penal por el delito de narcotráfico ocurrieron el 30 de junio de 2007 a las 06:40 de la mañana en la vía que de San José del Guaviare conduce a Villavicencio (Meta), cuando a la altura del estadero ‘Pica Piedra’, en un retén de la Policía se detuvo el vehículo automotor Toyota Land Cruiser de placas THK-091 en el que se movilizaban Raúl Fandiño Pineda y Javier Leandro Bautista Bacca, con el fin de practicar una requisa rutinaria.

En el registro los policiales advirtieron una alteración consistente en un doble fondo en el piso de la carrocería, para cuya remoción se requería de herramienta especial, por lo que trasladaron el vehículo y sus ocupantes a la Base de Antinarcóticos de San José del Guaviare, en donde luego de utilizar equipo especial¹¹ se detectó una sofisticada caleta que al ser removida dejó al descubierto 32 paquetes de una sustancia de “olor y color similar a la base de coca”, lo cual ocurrió a las 09:15 de la mañana del mismo día.

Ante el hallazgo, los agentes procedieron a informar a la policía judicial quien realizó la

prueba de identificación preliminar de la sustancia (PIPH), que arrojó resultado positivo para cocaína, con un pesaje de 110 kilos. Inmediatamente los agentes leyeron los derechos a los capturados y se siguió el procedimiento para la captura en estado de flagrancia (10:45 am).

Producto de estas labores de la Policía, la fiscalía solicitó a un juez con función de control de garantías, la realización de las audiencias concentradas de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión, las cuales se evacuaron el 1 de julio de ese año.

Contra el auto mediante el cual se legalizó la captura a Raúl Fandiño Pineda y Javier Leandro Bautista Bacca y se les impuso medida de aseguramiento en establecimiento carcelario, el abogado defensor interpuso el recurso de apelación cuyo conocimiento correspondió al Juez investigado, quien decidió en segunda instancia el 23 de julio de 2007.

Esta resulta ser la primera decisión catalogada como prevaricadora, por cuanto la fiscalía cuestiona la motivación del juez SUÁREZ TORRES en derredor del concepto de captura en flagrancia y las funciones de la Policía Nacional.

Ahora, tal y como lo señala el Fiscal apelante, la figura de la captura en flagrancia no es una novedad del sistema acusatorio que entró a regir en San José del Guaviare a partir del 1 de enero de 2007, luego, en principio no tuvo porqué generar confusión en el entendimiento del ahora acusado. Sin embargo, el debate no puede darse al margen de la época y el lugar en el cual se desarrollaron las audiencias.

Sencillo, como lo demanda el Fiscal, resultaría resolver el problema jurídico si solo se tratara del concepto de flagrancia. Sin embargo, ha de recordarse que

la entrada en vigencia del sistema procesal penal de partes con tendencia acusatoria, presentó multiplicidad de interpretaciones y posiciones encontradas que el legislador ha debido ir solventando a través de la expedición de nuevas normas que se ajusten a la realidad de nuestro país.

Dificultades que también han sido objeto de estudio por el máximo Tribunal Constitucional y esta Corporación a través de la jurisprudencia.

Dentro de esos contenidos discutibles, se encuentra el de las facultades de la Policía Nacional para realizar el registro a un vehículo en cumplimiento de la función de prevención. Del mismo modo, surgen las interpretaciones en torno de las nociones de 'cacheo', 'registro', 'allanamiento' y hasta dónde se entiende que la policía de vigilancia puede realizarlos.

Precisamente durante el estudio de un caso penal que debió resolver el Juez Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare, ahora juzgado, se presentaron posiciones encontradas entre las partes, las que fueron resueltas en virtud del recurso de alzada que interpusiera una de ellas.

Sin lugar a diversas disquisiciones, fácilmente podría concluirse que si se encuentra a dos personas desplazándose en un vehículo en el que se transporta dentro de una caleta sustancia ilícita como la cocaína, se configura la circunstancia señalada en el numeral primero del artículo 301 de la Ley 906 de 2004 y por ende es factible la captura en estado de flagrancia del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Sin embargo, el problema trasciende tan elemental situación, pues en el caso resuelto por el doctor SUÁREZ TORRES confluyen circunstancias adicionales que complican la decisión, tal y como lo resaltó el A quo.

En efecto, aunque actualmente ha quedado claro, con ayuda de la jurisprudencia, que los registros a personas y vehículos por parte de la policía de vigilancia, no

requieren de autorización judicial, por tratarse de una función institucional por esencia preventiva, «la cual se manifiesta en medidas lícitas, razonables y proporcionadas, tendientes a la conservación del orden público.»¹²

También para ese momento la Corte Constitucional ya se había pronunciado acerca de lo que debe entenderse por el registro corporal que la Policía Nacional puede efectuar, siendo aquél que se realiza con métodos no invasivos, que permite la revisión externa y superficial de la persona y lo que lleva consigo, concepto que la misma Corporación hizo extensivo al registro de vehículos:

...la facultad de registro personal que regula el artículo 208 bajo examen no es contraria a la Constitución pues tal norma no gravita en torno a lo que ha de realizarse en el curso de una investigación penal, sino que se circunscribe a la actividad preventiva que por mandato constitucional le compete ejercer a la Policía Nacional a fin de mantener el orden público, en facultad previsoras que, para el caso, con métodos no invasivos, permite la revisión externa y superficial de la persona y lo que lleva consigo, con el fin de dar seguridad al entorno, por lo cual su práctica no necesita autorización judicial previa. Ciertamente, el registro de personas es una de las medidas que persigue la realización del fin constitucional de garantizar la convivencia pacífica, la seguridad y la tranquilidad ciudadanas, tarea asignada por mandato superior a la Policía Nacional, según ya se analizó (art. 218 Const.). Estos argumentos son igualmente válidos para justificar la constitucionalidad del registro de vehículos que la policía realiza, establecido como está que tal procedimiento no tiene alcances de investigación penal ni de policía judicial con miras al esclarecimiento de delitos; sólo son actos elementales de rutina, para identificar al conductor y a los pasajeros, constatar las características y la propiedad del vehículo, al igual que la naturaleza, procedencia y legalidad de los objetos transportados.¹³

De esta forma, no resultan irracionales los razonamientos del Juez al entender que

el registro de personas y vehículos debía resolverse en el mismo plano de exigencias, porque así lo señaló la Corte Constitucional al declarar exequible los apartes del artículo 208 de la ley 906 de 2004 que autoriza a la Policía Nacional para realizar registros personales y de vehículos, mientras que declara contrario a la Constitución, que la policía de vigilancia efectúe inspecciones corporales, aclarando el estricto alcance del término ‘registrar’:

“1. ...El término ‘registrar’, se emplea generalmente como sinónimo de ‘tantear’, ‘cachear’, ‘auscultar’, ‘palpar’ lo cual indica que la exploración que se realiza en el registro personal, es superficial, y no comprende los orificios corporales ni lo que se encuentra debajo de la piel. El empleo de la expresión ‘persona’, permite inferir que el registro personal supone una revisión superficial del individuo y de la indumentaria misma que porta y excluye cualquier exploración de cavidades u orificios corporales. Este registro puede comprender además el área física inmediata y bajo control de la persona, donde pueda ocultar armas o esconder evidencia. (Sentencia C-822 de 2005).

Es así como el funcionario de segunda instancia interpretó la Sentencia C-789/06, y entendió que a partir de ella, la policía administrativa requiere para el cumplimiento de la actividad policial, de “orden de allanamiento o registro al automotor”¹⁴; no obstante, tal entendimiento no se muestra grosero ni ostensiblemente apartado de la ley, por cuanto la discusión que se dio dentro del proceso, se planteó frente a la legalidad de las aprehensiones y no en el acaecimiento del hecho cierto del hallazgo del estupefaciente.

Así, el Juez ahora procesado emitió su primera decisión el 23 de julio de 2007, frente a una situación que se prestaba a discusión para los meses siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 en esa comprensión territorial (recuérdese, 1 de enero de 2007) es decir, la intervención de la policía administrativa y el procedimiento a seguir frente a la sospecha de la comisión de un ilícito.

Entonces, el funcionario judicial entendió que los dos ciudadanos que se transportaban en el vehículo Toyota Land Cruiser de placas THK-091 quedaron materialmente privados de su libertad, desde las 6:40 de la mañana del día 30 de junio de 2007, cuando su libre locomoción se restringió por los miembros de la Policía Nacional que luego de la requisa rutinaria en un retén, los condujo hasta la base de antinarcóticos en donde el automotor fue sometido a un exhaustivo registro para lo cual se requirió de herramienta especializada (entre ellas una grúa) hasta que -varias horas después- se encontró la caleta con la sustancia pulverulenta.

Procedimiento que se realizó sin la intervención de la policía judicial, pese a que tardó más de cuatro horas, lo cual llevó al doctor SUÁREZ TORRES a cuestionarse si la Policía Nacional solo adelantó un registro del automotor o se trató de un “allanamiento”, evento éste que requería de la orden judicial.

Ahora, la cita jurisprudencial traída por el recurrente dilucida por completo el tema; sin embargo, como acertadamente lo planteó el Tribunal, no es un precedente aplicable al caso por cuanto en ella se debatió un hecho en el que la policía judicial realizó un operativo como respuesta a información obtenida a través de llamada telefónica:

...los hechos tuvieron ocurrencia el veintiuno (21) de febrero de 2008 a eso de las 12:00 a.m. cuando el Mayor Urquijo Sandoval Jorge Antonio, comandante de la Policía Judicial SIJIN de esta ciudad recibió información de una fuente humana, la que por razones de seguridad prefirió no identificarse, de que se llevaría a cabo una operación de narcotráfico, en una camioneta tipo Ford de placa DVA-095, que cubría la ruta por la Troncal del Caribe, desde la Guajira hasta Santa Marta; que además estaba acompañada de dos motocicletas de alto cilindraje, una KMX de color verde y otra de color negro de características similares a la marca Pulsar, que tenía como función brindar seguridad en el transporte del estupefaciente. Se procedió a realizar el operativo policivo y cuando

eran las 2:00 de la tarde aproximadamente, a la altura del corregimiento de Puerto Nuevo, en el kilómetro 42, jurisdicción (...) Los investigadores retuvieron a estas personas y condujeron hasta las instalaciones de la Policía de Santa Marta, por razones de seguridad al ser zona de influencia paramilitar al igual que para practicar una requisa completa a la camioneta Ford, encontrando finalmente debajo de la superficie del platón, que debieron cortar con una llave especial, un total de cien (100) paquetes de color blanco, que al practicársele prueba preliminar de narcóticos, dio positivo para cocaína con un peso bruto de 105.972 gramos.” (CSJ. AP. 6 may. 2009. Radicado 31592).

Además, no se le puede enrostrar al acusado el haber desconocido este pronunciamiento jurisprudencial, dado que se produjo dos años después de la decisión bajo estudio.

De otra parte, como subargumento para revocar la legalidad de las capturas, el Juez acusado señaló que en la audiencia de control posterior se vulneró el derecho a la defensa de los aprehendidos, por cuanto la Juez negó la petición de ser escuchados en declaración juramentada, razonamiento replicado por el Tribunal como una razón adicional para invalidar la legalidad de las capturas.

Tesis que si bien no fue cuestionada por la Fiscalía en la imputación, sin embargo, para ese momento histórico también resultaba ser un tema complejo con enfoques opuestos debido a que algunos sostenían la imposibilidad de practicar pruebas en la audiencia de legalización de captura, otros, por el contrario, eran partidarios, no solo de efectuarlas sino que consideraban que el juez de garantías estaba obligado a acceder a las peticiones de la defensa, con lo cual se materializaba el derecho a la contradicción.

Por lo anterior, establecer que las capturas en el caso analizado fueron realizadas con total apego a la Constitución y la ley, era ciertamente un asunto complejo, dada la reciente (seis

meses) entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 en San José del Guaviare y la discusión acerca de las facultades de la policía administrativa para realizar actividades policivas que van más allá del concepto de 'registro', como lo han entendido las Cortes Constitucional y

Suprema de Justicia.

Conforme con lo expuesto, la Sala encuentra que el mencionado auto no se enmarca en la exigencia normativa del tipo previsto en el artículo 413 del Código Penal, referida a la ostensible contrariedad con la ley.

Pasando a la segunda decisión adoptada por el Juez Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare el 23 de julio de 2007, (revocatoria de la medida de aseguramiento impuesta a Raúl Fandiño Pineda y Javier Leandro Bautista), le asiste razón al Fiscal delegado cuando afirma que esta audiencia es independiente de la que decide acerca de la legalización de captura.

En efecto, el artículo 306 de la Ley 906 de 2004, vigente para la época en que ocurrieron los hechos bajo estudio, disponía:

Solicitud de imposición de medida de aseguramiento. El fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.

Escuchados los argumentos del fiscal, Ministerio Público y defensa, el juez emitirá su decisión.

La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia.

Claramente, la norma no exige como presupuesto para la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, que el imputado se encuentre en libertad o que haya sido previamente capturado y su aprehensión declarada legal por el juez de garantías, luego, los razonamientos expuestos por el funcionario judicial para declarar la ilegalidad de las capturas, no se erigían como los apropiados para igualmente revocar la medida de aseguramiento.

A cambio, interesa si, para efectos de adelantar la audiencia de medida de aseguramiento, que se cumpla con el acto de formulación de imputación que tiene una connotación procesal innegable dentro del principio antecedente consecuente, pues, sin ella no es posible, en primer lugar, hablar del inicio formalizado del proceso, y en segundo término, viabilizar la posibilidad de solicitar una medida de aseguramiento, cualquiera que ella sea.

De tal forma que si el juez de primera instancia impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, una vez cumplido el acto procesal requerido (imputación) y analizados los requisitos señalados en los artículos 306 y 308 del Código Procesal Penal del 2000, correspondía al ad quem el examen propio de tales argumentos, por cuanto fueron los que originaron el recurso de alzada, no obstante, el auto de segunda instancia revoca las medidas cautelares privativas de la libertad, sin realizar motivación que sustente tal determinación.

Este accionar del funcionario acusado, sin duda se aparta de la ley, no obstante, tampoco surge ostensiblemente transgresora, sino acorde con parámetros equivocados de comprensión del sistema adversarial, sin que la fiscalía acompañara su pretensión condenatoria de pruebas a partir de las cuales concluir que el doctor NÉSTOR SUÁREZ TORRES actuó con el conocimiento de que con ella se apartaba de lo establecido en los mencionados artículos.

Aunque el Fiscal apelante considere que los argumentos expuestos en el auto anteriormente mencionado (declaratoria de ilegalidad de las capturas) no podían simultáneamente ofrecerse por el acusado como fundamento para revocar también la medida de aseguramiento privativa de la libertad, para el Juez estaba clara la concatenación entre ellas, entendiendo que la ilegalidad de la primera, conllevaba la revocatoria de la segunda, como a continuación se discurre:

Con la declaratoria de ilegalidad del procedimiento que culminó con la captura en flagrancia de Fandiño y Bautista, por violación del debido proceso y de derechos fundamentales, devenía imperioso el restablecimiento del derecho a la libertad.

De ahí que, para el doctor SUÁREZ TORRES resultaba impensable apartarse por completo del conocimiento obtenido durante la audiencia de sustentación del recurso de apelación sobre la legalización de captura, así como de las razones que expuso para revocar la decisión que ordenó su legalidad, solo por tratarse de una audiencia diferente.

Si bien es cierto las audiencias que sobrevienen a la captura de un indiciado se realizan de manera concentrada y cada una tiene un fin diferente, no lo es menos, que la audiencia de imposición de medida de aseguramiento no puede desligarse de la situación fáctica y decisión jurídica expuestos durante el control posterior a las aprehensiones físicas, por cuanto al juez de garantías le corresponde examinar si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino además son o no proporcionales.

Es el juez de control de garantías el competente para pronunciarse sobre las condiciones fácticas y jurídicas que sustentan la solicitud del fiscal, y determinar si ella resulta razonable, adecuada, necesaria y proporcional y en caso de que así sea, autorizar la medida de aseguramiento como lo establece el artículo 250 de la Constitución.

En cumplimiento de tal función, el Juez de Garantías de segunda instancia, hubo de detenerse en el vital aspecto referido a si la medida de intervención policial en el ejercicio del derecho fundamental (libertad y debido proceso) había sido adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo, de ahí que, sin cumplirse las anteriores exigencias, resultaba insustancial el debate ligado con la verificación, la necesidad, la finalidad de la medida, o su adecuada sustentación y la oportunidad de ser controvertida.

Sobre tal aspecto, el funcionario acusado en forma abierta explicó en la decisión del 23 de julio:

Así las cosas, es evidente que la visión del proceso penal en la Constitución no se agota en la búsqueda de la verdad, pues el concepto de justicia en la averiguación o aproximación de la misma, esta (sic) condicionada al respeto de la garantías mínimas que deben ser protegidas por el juez y se exigen de todas las autoridades y en todas las situaciones, pues ni siquiera en los estados de excepción pueden suspenderse, como lo ordena el Art. 214 numeral 2º de nuestra Constitución. De esta forma puede concluirse que la búsqueda de la verdad en el proceso penal está subordinada al respeto de la dignidad humana, a la eficacia de los derechos fundamentales y al cumplimiento de un conjunto de principios rectores y reglas probatorias que racionalizan su consecución en el proceso.¹⁵

Y concluyó:

CUARTO: DECLARAR que el presente pronunciamiento no cobija en ningún aspecto lo atinente al juicio de responsabilidad de los indiciados con respecto a la sustancia alucinógena encontrada en el vehículo incautado.¹⁶

Ahora bien, la declaratoria de ilegalidad de una captura, no necesariamente conduce a la libertad del aprehendido, puesto que corresponde previamente la verificación de si la detención depende o no del acto de aprehensión, pero en el caso bajo estudio la medida cautelar intramural impuesta por el juez de garantías de primera instancia, acaeció como consecuencia de un procedimiento ilegal, luego, no era irrazonable entender que la medida detentiva estaba ligada a la legalidad de la aprehensión, por cuanto toda la actuación provino del operativo realizado por la policía nacional.

Menos, si el Fiscal no exhibió o dejó a disposición de la juez de garantías en la audiencia de solicitud de imposición de medida detentiva, ningún elemento material probatorio a partir del cual se permitiera la contradicción acerca de si se reunían o no las exigencias del artículo 308 de la ley 906 de 2004, esencialmente, la materialidad del delito y aquéllos de los cuales se pudiera inferir razonablemente que los imputados podían ser autores de la conducta imputada.

Aunado a lo anterior, tampoco correspondía al juez de garantías, como lo sugiere el A quo, invalidar la actuación, dado que la jurisprudencia de la Sala ha sido pacífica en sostener que el efecto inmediato y único de la declaratoria de ilegalidad de la captura, prolongación ilícita de la privación de la libertad, o, en general, cualquier afectación al derecho de libertad, de ninguna manera tiene la fuerza de viciar de nulidad el proceso¹⁷.

Como viene de verse, lo que hizo el funcionario de segunda instancia escapa a la expresión auténtica de lo 'manifiestamente contrario a la ley', pues enfrentó la postura de la fiscalía, para lo cual hubo de interpretar la Sentencia C-789/2006 asistido de sus propios medios y conocimientos, por lo que al ubicarse en el momento histórico en que se profirieron las decisiones (juicio ex ante y no a posteriori) la inconformidad con la ley no surge de un cotejo simple del contenido de ellas con ésta, revelándose la atipicidad objetiva de la conducta.

El siguiente cargo alude a los autos emitidos por el funcionario acusado el día 19 de noviembre de 2007, dentro de la misma actuación penal, producto de los recursos de apelación interpuestos por el abogado de Raúl Fandiño contra las providencias del 3 y 9 de octubre de 2007, bajo el contexto que a continuación se muestra:

Dos días después de que el doctor SUÁREZ TORRES declarara ilegal el procedimiento de captura de Raúl Fandiño y Javier Leandro Bautista y por tanto revocara las medidas de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, la Fiscalía acudió ante un juez de garantías a solicitar órdenes de captura en su contra, las cuales fueron libradas el 25 de julio de 2007.

El 3 de octubre de 2007 se hizo efectiva la captura en contra de Fandiño Pineda y fue legalizada en la misma fecha por el Juez Segundo de Control de Garantías de San José del Guaviare.

En audiencia del 9 de octubre de 2007 el fiscal solicitó medida de aseguramiento privativa de la libertad, petición acogida por el juez de garantías, por reunirse las exigencias para su imposición.

Apeladas las dos decisiones, conoció en segunda instancia el Juez Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare, doctor NÉSTOR SUÁREZ TORRES, quien las revocó.

Baste repasar la síntesis de lo acontecido en el proceso dentro del cual se emitieron los autos cuestionados, para confirmar que la entrada en vigencia del sistema acusatorio trajo consigo una ineludible realidad, consistente en la dificultad en la interpretación y entendimiento de la normatividad que resultaba extraña en Colombia, con mayor razón, en zonas alejadas de las cabeceras de los circuitos judiciales.

De suerte que incluso fiscales y jueces con amplia trayectoria en la Rama Judicial, fueron aprendices frente a la puesta en vigencia de las nuevas normas procesales, que para el

caso, llevaban aplicando tan solo seis meses. De ahí que se presentaran situaciones que, para la época revestían una inusitada complejidad, aunque en la actualidad se califiquen como diáfanos.

Innegable que la orden de captura emitida por el juez con función de control de garantías, se emite con fines determinados, a saber: (i) para formular imputación, por motivos razonablemente fundados que permitan inferir que aquél contra quien se pide es autor o partícipe del delito investigado, y, (ii) para el cumplimiento de la medida de aseguramiento privativa de la libertad.

En el presente caso el fiscal requirió las órdenes de captura, a pesar de que el primero de los fines estaba cumplido¹⁸, mientras que no recaía en contra de los imputados una medida restrictiva de su libertad, por cuanto había sido revocada en segunda instancia.

Así, una vez legalizada la captura producto de orden judicial, Raúl Fandiño continuó en establecimiento carcelario pese a que no pesaba en su contra medida cautelar personal.

En esa oportunidad -19 de noviembre de 2007- el doctor NÉSTOR SUÁREZ TORRES, resolvió en segunda instancia dos problemas jurídicos: (i) la legalidad de la aprehensión del imputado Raúl Fandiño, producto de orden proferida por un juez, y, (ii) la prolongación ilícita de la privación de la libertad.

En ese orden, al decidir el recurso de alzada interpuesto por el abogado defensor en contra del auto mediante el cual se legalizó la captura de Raúl Fandiño, el Juez procesado encontró que la audiencia en la cual se libró la captura, se realizó sin la presencia, o por lo menos, la citación al defensor, constituyendo una irregularidad que afectaba el debido proceso, en tanto se vulneró el derecho a la defensa.

Desde ya la Sala advierte que comparte los argumentos del Tribunal A quo, por

cuanto no observa la contradicción de este pronunciamiento con la ley. Ciertamente, una vez se ha iniciado el proceso penal con la formulación de imputación, a partir de la cual el investigado deja de ser solamente indiciado, la parte que convoca a una audiencia preliminar se encuentra en el deber de citar a su adversario procesal; en el caso estudiado, la Fiscalía en cumplimiento del deber de lealtad que debe regir todas las actuaciones, no citó a la defensa, motivo por el cual evidentemente no consiguió hacer uso de los recursos.

Por lo tanto, no le asiste razón al representante de la Fiscalía cuando afirma que el abogado debió debatir tales aspectos en la audiencia de solicitud de la orden de captura y no durante la legalización de la misma.

Lo anterior, sin dejar de lado las manifestaciones realizadas por el abogado de Fandiño durante la sustentación del recurso de apelación, según las cuales, el fiscal engañó al juez de garantías para que librara las órdenes de captura, ocultándole que el procedimiento de aprehensión había sido declarado ilegal en segunda instancia y, que además, la actuación se hallaba en etapa de investigación hacía veinticinco días, es decir, cuando se formuló imputación.

Anomalías que conllevaron a que el doctor NÉSTOR SUÁREZ TORRES, en segunda instancia declarara ilegal -no la captura como lo sostiene el recurrente- sino la orden de captura por estar viciada de ilegalidad “porque fue librada sin la observancia de las normas y garantías propias de ese instituto procesal”¹⁹.

Situación ésta, -libertad- que incumbía al debate propio del correspondiente proceso penal y que para nada resultaba pacífica ante las posiciones disímiles acerca de los efectos de la declaratoria de ilegalidad de una captura, las cuales iban desde la hipótesis de la investigación disciplinaria para quienes generaron la ilegalidad de la aprehensión pero sin el restablecimiento del derecho fundamental, pasando por quienes

entendían que el derecho se restablecía jurídica e inmediatamente pero debía continuarse con las audiencias de formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, hasta la declaratoria de la nulidad de lo actuado.

Frente a los efectos de la declaratoria de ilegalidad de la captura, ha sostenido esta Corporación:

Si fue ilegal o no la captura, tiene dicho la Corte desde antaño, tal situación tiene efectos exclusivamente frente al derecho a la libertad, de suerte que de comprobarse tal situación, corresponde restablecerla, para lo cual existen mecanismos constitucionales y legales específicos, pero que en todo caso, tal eventual ilegalidad no tiene efectos directos y automáticos en la validez del proceso penal. (CSJ. AP. 14 ago. 2009. Radicado 31900)

El Juez eligió entonces, restablecer, por lo menos jurídicamente, la libertad de Raúl Fandiño, sin embargo, éste continuó con la imposibilidad física de marcharse del lugar donde se realizaban las audiencias, por cuanto restaba desatar el recurso de apelación interpuesto en contra de la medida de aseguramiento de detención preventiva, igualmente recurrida.

Y fue durante el estudio de la medida de aseguramiento, cuando el funcionario judicial vislumbró no sólo que la captura había sido ordenada de manera ilegal, sino que también se presentaba la ilícita prolongación de la privación de la libertad. Conclusión a la que, igualmente, arribó acertadamente.

En efecto, si bien es cierto la Ley 906 de 2004 no estableció plazos para que, una vez legalizada la captura el fiscal formule imputación y solicite medida de aseguramiento, como si lo regula la Ley 600 de 2000, no debe perderse de vista el mandato del artículo 295 ibídem que dispone la interpretación restrictiva de las disposiciones del Código Procedimental Penal del 2000, que autorizan la privación o restricción de la libertad del

imputado.

Tesis a la que acudió el Juez de Garantías de segunda instancia para concluir que la Fiscalía prolongó en forma ilegal la privación de la libertad de Fandiño al no solicitar inmediatamente la imposición de la medida de aseguramiento, transcurriendo seis días desde la finalización de la audiencia de legalización de captura hasta la petición que realizara al juez competente.

Criterio que no solo se identificaba con el avance de la nueva normatividad e interpretación hacia la efectiva tutela de los derechos de quienes intervienen en el proceso, sino que a posteriori fue el admitido por esta Corporación:

Retornando a la inexistencia legal de plazos para imputar (una vez legalizada la captura) y para solicitar medida de aseguramiento, el cuestionamiento primario apuntaría a dos posibilidades: i) que los actos de vinculación y el de afectación de la libertad fuesen indefinidos en el tiempo, esto es, que el fiscal podría emitirlo o provocarlo, según el caso, sin sujeción a un periodo cronológico; o ii) que ellos deben obligatoriamente llevarse a cabo en una sola audiencia (concentrada). La respuesta a la segunda posibilidad ya se adelantó: no hay dispositivo legal que imponga una actuación sucesiva y concentrada. La forma como hoy se procede no obedece más que a una costumbre.

Ahora, en torno a la primera eventualidad tampoco resultaría factible adoptar la tesis de la indefinición. Ello porque frente al no señalamiento de un término en la Constitución o en la ley, el funcionario judicial lo señalará “sin que pueda exceder de cinco (5) días”, tal como paladinamente lo ordena el artículo 159 de la mencionada L906/04. Así las cosas, se encuentra en este dispositivo un primer dique para evitar que so capa de omisión legal las reseñadas actuaciones puedan prolongarse indefinidamente.

(...)

No hay duda que tratándose de la libertad personal son el constituyente o el legislador, en su caso, los primeros llamados a establecer los parámetros cronológicos dentro de los cuales puede mantenerse a una persona privada de ese derecho sin que se adopte una decisión de autoridad judicial. Asimismo, tampoco se vacila para sostener que ante la omisión legislativa a que se ha venido haciendo referencia, es la jurisprudencia el medio más idóneo para establecer pautas que permitan hacer efectiva la libertad aún en medio de las restricciones derivadas de una captura, propósito que anima hoy a la Corte a sentar doctrina sobre el tema.

(...)

Así pues, parecería factible acudir a la Ley 600 para tomar de allí los términos de los que hoy podría disponer un fiscal en procedimientos rituados por la Ley 906/04 para una vez que se legalice captura pueda formular imputación, así como para que ya formulada ésta pueda solicitar la imposición de medida de aseguramiento, alegándose -entre otras razones- que el sistema procesal de la Ley 600 (en esa materia precisa), además de vigente podría entenderse complementario a la Ley 906 y que no se opone a la naturaleza del proceso penal, como *condictio sine qua non* impuesta por la nueva normatividad para que se acuda a la integración.

Sin embargo, una invocación de esa índole con miras a importar aquellos plazos de la Ley 600/00 hacia el trámite de la L 906/04 chocaría abiertamente no sólo con la filosofía de la nueva sistemática en cuanto al imponer la oralidad ello genera celeridad, sino con caros principios del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal en la medida en que se impone como regla general la libertad personal, y además aportaría complejidad al propio trámite, dada la multiplicidad de términos que para aquellos efectos regula la Ley 600/00, como sucede con los que dispone el fiscal para recibir indagatoria (hasta 3 días o hasta 6, en las condiciones del artículo 340) o para definir situación jurídica (hasta 5 días o hasta 10, según el artículo 354, o hasta 20 conforme al artículo 13 transitorio), todo

lo cual -con persona privada de libertad- conduciría a entorpecer o dificultar el ejercicio mesurado del plazo de 30 días de que dispone el fiscal -entre otros propósitos- para presentar escrito de acusación (art. 175 L 906/04).

(...)

Así, entonces, la interpretación restrictiva de la normatividad; la abierta aplicación que hace la Corte del bloque de constitucionalidad (particularmente las dos convenciones antes reseñadas); la filosofía que guía el nuevo sistema respecto de la privación de libertad; el criterio de ponderación, y finalmente la propia Ley 906/04 en cuanto señala que todos los días y horas son hábiles para adoptar decisiones, entre otras, las atinentes a aquella garantía fundamental, bien para imponerla, sustituirla o revocarla, son ingredientes que -conjugados- permiten a la Sala señalar que las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento deben llevarse a cabo dentro del plazo de treinta y seis (36) horas.

(...)

El prementado lapso de las 36 horas para efectos de la audiencia concentrada encuentra razón de ser -además de las motivaciones expuestas- en la necesidad de proteger la libertad individual respecto de una eventual prolongación ilegal de la privación en cuanto que así, al determinarse un plazo, puede el juez constitucional (de garantías o de habeas corpus) estimar -desde luego razonadamente- que se ha prolongado el estado de privación de libertad con desmedro de esta garantía para que en esas condiciones pueda hacer realmente efectiva la segunda modalidad de habeas corpus, originada, como se sabe, en la ilícita prolongación.

Conforme con lo anterior, en estas decisiones proferidas el 19 de noviembre de 2007, el funcionario judicial debió afrontar, no sólo el tema de la ilegalidad de la captura, sino la sui generis situación que se presentó cuando la fiscalía 'recapturó' a Raúl

Fandiño, legalizó ante un juez de garantías el procedimiento, pero no solicitó la imposición de la medida de aseguramiento en forma inmediata.

Como en este evento el juez SUÁREZ TORRES concluyó que la ilegalidad de la privación de la libertad de Fandiño provenía de trasgresiones a derechos fundamentales como el debido proceso y la libertad, consideró que la decisión más ajustada a los fines del estado de derecho era el restablecimiento material e inmediato de la libertad de esa persona, sin tener en cuenta la medida de aseguramiento vigente, debido al vínculo directo con esas irregularidades.

Ahora bien, le asiste razón al Fiscal cuando afirma que la audiencia de medida de aseguramiento es independiente de la legalización de la captura, por lo que al Juez le correspondía analizar si se reunían las exigencias para la imposición de la medida impuesta. No obstante, para el caso específico que estudia la Sala, el doctor NÉLSON SUÁREZ TORRES interpretó, que el problema jurídico principal se centraba en:

...la privación de la libertad estuvo de manera ilegal por mas (sic) del tiempo permitido por la ley, estuvo mas (sic) de seis días sin que se le definiera su situación jurídica.

(...) le asiste razón a la fiscalía en sus argumentos en cuanto a la necesidad, pero también a la defensa en cuanto lo que ella discute no es la necesidad de la medida, sino a la demora en resolverle su situación jurídica. Conforme a este sistema de contrapesas el despacho se ve obligado a revocar la medida de aseguramiento, porque si bien es cierto materialmente se le respetaron los derechos al indiciado, también es cierto que la administración de justicia dejó fisuras procesales que generan unos vicios de ilegalidad. 20

Para concluir, la Sala encuentra que los autos emitidos en segunda instancia por el doctor NÉLSON SUÁREZ TORRES, no se adecúan, desde el punto de vista objetivo, a la descripción típica del delito de prevaricato por acción.

Finalmente, aun acogiendo los planteamientos de la fiscalía, según los cuales las cuestiones puestas a consideración del acusado no representaban ninguna dificultad, tampoco se probó durante el juicio que NÉSTOR SUÁREZ TORRES los hubiera emitido siendo conocedor y consciente de vulnerar con ellos la ley.

Si bien es cierto la Sala ha sostenido que para la evidencia del dolo no se requiere demostración de ingredientes adicionales a la descripción típica, por cuanto el fin de la prevaricación resulta irrelevante, tampoco es suficiente que se acuda a la experiencia judicial como único criterio para dar por sentado el conocimiento y la voluntad de infringir la ley penal²¹.

El único conocimiento obtenido por el A quo acerca de la experiencia del doctor SUÁREZ TORRES, estuvo limitado a su declaración en el juicio:

“...Si vemos que en el 2007 todos éramos ‘bisoños’ aquí en el distrito judicial, entonces aquí les decía, les ruego el favor que cerremos nuestros ojos un instante y nos olvidemos que estamos en el 2013 y nos traslademos allá al 2007 y recordemos (...) que encontraba uno anécdotas (...) que mire, que pasó esto, (...) anécdotas en cuanto a que la aplicación de la ley 906 nos estaba golpeando a todos, o sea, todos éramos aprendices y eso también incluso se quedó en muchas audiencias que yo les decía cuando instalaba la audiencia: aquí nadie sabe más que nadie.. rogamos tener cordura, etc., etc., hacía una ambientación de que estábamos aprendiendo todos de todos..”²²

Así, además de la afirmación del Fiscal en torno a la amplia experiencia del doctor SUÁREZ, ningún esfuerzo realizó con miras a probar su teoría, por el contrario, lo único indiscutible es que el sistema oral con tendencia acusatoria entró a regir en San José

del Guaviare a partir del 1 de enero de 2007 y al Juez Promiscuo del Circuito se le asignaron funciones de control de garantías, desconociéndose a partir de qué momento. Es decir, admitiendo que la designación haya sido inmediatamente, la experiencia quedó limitada a seis meses.

En tales condiciones, la Sala tampoco advierte la fase subjetiva de la conducta punible de prevaricato por acción atribuida al doctor NÉSTOR SUÁREZ TORRES, en concurso homogéneo.

Recapitulando, la Sala no encuentra la manifiesta discrepancia entre las decisiones cuestionadas y la descripción legal, razón por la cual, no se accederá a las súplicas del apelante y, en consecuencia, se impartirá confirmación al fallo de instancia, por cuanto los autos proferidos los días 23 de julio y 19 de noviembre de 2007, por el Juez Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare dentro del radicado 2007-80174, no se advierten 'manifiestamente' contrarias a la ley.

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

RESUELVE

1. Confirmar el fallo impugnado.

Contra esta providencia, no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías.

2 15 de junio de 2012.

3 Ante el Juez Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías.

4 El 1 de julio de 2007.

5 25 de julio de 2007 ante el Juez 2º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de San José del Guaviare.

6 La del 3 de octubre de 2007 mediante la cual se legalizó la captura de Raúl Fandiño Pineda y la del 9 de octubre del mismo año, a través de la cual se afectó con medida de

aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario al mismo Fandiño Pineda.

7 500016000567200800143 y 500016000567200700572.

8 N.º 1: Dar como hecho cierto y probado que el procesado NÉSTOR SUÁREZ TORRES se encuentra plenamente identificado con la cédula de ciudadanía n.º 17.307.774, que nació en Villavicencio (Meta) el 15 de mayo de 1954 y reside en San José del Guaviare.

N.º2: Se tiene como hecho sin discusión que el doctor NÉSTOR SUÁREZ TORRES desempeñaba el cargo de juez promiscuo del circuito de San José del Guaviare para la época de ocurrencia de los hechos. Calidad de servidor público que se prueba con la copia de la Resolución 010 del 26 de febrero del año 2003, expedida por el Tribunal Superior de Villavicencio y el acta de posesión de la misma fecha. N.º 3: hecho probado y cierto que dentro del cui 950016105309200780174, adelantado contra Javier Leandro Bautista Bacca y Raúl Fandiño Pineda, por el delito de tráfico, fabricación o porte de sustancias estupefacientes, se adelantaron las siguientes audiencias en el año 2007: El 1 de julio en el Juzgado Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de San José del Guaviare, legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, en contra de Javier Leandro Bautista Bacca y Raúl Fandiño Pineda. El 23 de julio en el Juzgado Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare: sustentación del recurso de apelación interpuesto contra los autos del 1º de julio. El 3 de octubre en el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de San José del Guaviare: legalización de la captura de Raúl Fandiño Pineda. El 9 de octubre en el Juzgado 1 Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías: imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario en contra de Raúl Fandiño Pineda. EL 19 de noviembre en el Juzgado Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare: sustentación del recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor en contra del auto del 3 de octubre, revocado en esta audiencia. En la

misma fecha audiencia de sustentación del recurso de apelación interpuesto contra el auto del 9 de octubre, revocado en la misma fecha. N.º 4: Se da como hecho cierto que dentro del radicado 95001-60-0064-2007-80076, adelantado en contra de Eugenio Gallo Alfonso y Luis Fernando Orozco Villamarín, por el delito de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos, se adelantaron las siguientes audiencias: El 12 de agosto de 2007 ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de San José del Guaviare: formulación de imputación en contra de Luis Fernando Orozco Villamarín, Eugenio Gallo Alfonso y Hugo Zambrano Rodríguez, por hechos ocurridos el día 11 de agosto del mismo año. Imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad. El 3 de septiembre de 2007 ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare: sustentación del recurso de apelación del auto del 12 de agosto, por medio del cual se impuso medida de aseguramiento de privación de la libertad en establecimiento carcelario en contra de Gallo y Orozco. Se da como hecho sin discusión que el Tribunal Superior de Villavicencio –Sala Penal- el día 21 de enero de 2008, emitió decisión confirmando el auto del 14 de noviembre de 2007, a través del cual el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Villavicencio decretó la nulidad del allanamiento a cargos efectuado ante el juez promiscuo del circuito de San José del Guaviare.

9 23 de julio y 19 de noviembre de 2007.

10 Criterio reiterado en el mismo sentido en: CSJ. SP. 25 abr. 2007. Radicado 27062; CSJ. SP. 22 abr. de 2009. Radicación 28745; CSJ. SP. 16 mar. Radicado 35037; CSJ. SP. 31 may. de 2011. Radicado 34112, y, CSJ. SP. 27 JUN. 2012. Radicado 37733, entre otras.

11 Una mini cámara y una grúa.

12 Sentencia C-789/06.

13 Las negrillas corresponden a resaltado de la Sala.

14 Folio 9 del acta de la audiencia celebrada el 23 de julio de 2007 que contiene el auto en comento.

15 Folio 10 de la decisión transcrita en el acta de la audiencia.

16 Folios 10 y 11 del acta de la audiencia.

17 Consúltese, entre otras decisiones: CSJ. AP. 11 jul. 2002. Radicado 12447; CSJ SP. 9 abr. 2008. Radicado 23022; CSJ. AP. 24 agos. 2009. Radicado 31900 y CSJ. AP. 6541-2014 12 oct. 2014. Radicado 36573.

18 La formulación de imputación se había realizado el 1º de julio de 2007.

19 Numeral segundo de la parte resolutive del auto del 19 de noviembre de 2007.

20 Página 6 del acta de audiencia del 19 de noviembre de 2007.

21 Ver, entre otras decisiones: CSJ. SP. 3 jun. 2009. Radicado 31118. CSJ. SP. 13048-2014

22 A partir del récord 01:58:08 de la sesión del juicio oral celebrada el 24 de septiembre de 2013.