

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

SP072-2019

Radicación n° 50419

(Aprobado Acta n° 15)

Bogotá D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil diecinueve (2019)

1. VISTOS

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de la sentencia absolutoria emitida el 2 de mayo de 2017 por el Tribunal Superior de Valledupar a favor de la fiscal GLADYS ELENA ZAPATA DUQUE, quien fue acusada por el delito de prevaricato por acción.

2. HECHOS

El cuatro de noviembre de 2011 GLADYS ELENA ZAPATA DUQUE ejercía el cargo de fiscal en la Unidad de Reacción Inmediata de Aguachica -Cesar-. En esa fecha, las autoridades de policía judicial dejaron a su disposición a Jhon Jairo Manosalva Suárez, quien fue capturado durante una diligencia de allanamiento y registro tras ser hallado en posesión de 80 galones de gasolina “de contrabando” y, por tanto, en calidad de probable autor del delito previsto

en el artículo 320-1 del Código Penal, que trata del favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados.

Tras constatar que el retenido no tenía antecedentes penales, la fiscal ZAPATA DUQUE decidió dejarlo en libertad, a pesar de que dicho delito tiene prevista la pena de prisión cuyo extremo mínimo es de 4 años, lo que, desde esa perspectiva, hace viable la medida de aseguramiento de detención preventiva, tal y como lo dispone el artículo 313 de la Ley 906 de 2004. Luego, compareció ante un juez de control de garantías para la legalización de la diligencia de allanamiento y registro.

3. ACTUACIÓN RELEVANTE

El 27 de abril de 2015 la Fiscalía le imputó a GLADYS ELENA ZAPATA DUQUE el delito de prevaricato por acción, previsto en el artículo 413 del Código Penal. El 11 de febrero de 2016 la acusó bajo los mismos presupuestos fácticos y jurídicos.

Una vez agotado el trámite previsto en la Ley 906 de 2004, el 2 de mayo de 2017 el Tribunal Superior de Valledupar la absolvió. Esta decisión fue apelada por el delegado de la Fiscalía General de la Nación.

4. LA DECISIÓN IMPUGNADA

El fallador de primer grado acogió la solicitud de absolución presentada por la defensa y la delegada del Ministerio Público. En esencia, porque si bien es cierto la interpretación que hizo la procesada de los artículos 302 y 313 de la Ley 906 de 2004 no se aviene a lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005, también lo es que se

ajusta al artículo 295 ídem, norma rectora que consagra la afirmación de la libertad, razón por la cual su decisión no puede calificarse como “manifiestamente contraria a la ley”. Lo anterior bajo el entendido de que es evidente que ZAPATA DUQUE tomó la medida libertaria porque consideró improcedente la medida de aseguramiento.

Hizo énfasis en la falta de analogía fáctica entre el caso resuelto por esta Corporación en el fallo del 27 de junio de 2012, radicado 37733, invocado por el delegado de la Fiscalía, pues lo que allí sucedió fue que un fiscal, en un asunto donde claramente procedía la medida de aseguramiento, declaró ilegal la captura por razones inaceptables y, a partir de ello, le otorgó la libertad al aprehendido. En la misma línea, se refirió a una decisión de ese Tribunal, también mencionada por el acusador, donde se negó la preclusión en el caso de un fiscal que otorgó la libertad a pesar de que la pluralidad y gravedad de los delitos hacían notoria la procedencia de la detención preventiva.

Finalmente, hizo énfasis en que no se probó que la procesada conocía suficientemente la sentencia C-591 de 2005, tal y como lo asegura el delegado de la Fiscalía.

5. LA IMPUGNACIÓN

El censor considera que la decisión que tomó la fiscal ZAPATA DUQUE es manifiestamente contraria a la ley, porque: (i) en la sentencia C-591 de 2005 la Corte Constitucional dejó sentado que el artículo 302 de la Ley 906 de 2004 habilita a los fiscales para dejar en libertad al capturado en flagrancia solo cuando la retención es ilegal o cuando la misma se haya producido por delitos que no admitan medida de aseguramiento de detención preventiva a la luz de los criterios previstos en el artículo 313 ídem; (ii) en esa sentencia se aclaró que los fiscales solo pueden evaluar ese aspecto objetivo, pues el estudio sobre la necesidad de la medida está reservada al juez de control de garantías; (iii) la fiscal ZAPATA DUQUE siempre tuvo claro que se trataba del delito de favorecimiento al contrabando y sus

derivados y que el mismo tiene asignada la pena de prisión que parte de 4 años, lo que hacía procedente la detención preventiva, al tenor de lo dispuesto en el referido artículo 313; y (iv) ante esa realidad, la procesada creó una causal de libertad no prevista en la ley, pues adujo que esa decisión era procedente porque el retenido no tenía antecedentes penales. Agregó:

Siendo lo anterior así, como en efecto lo es, la única decisión que debió adoptar GLADIZ ELENA ZAPATA DUQUE, en su calidad de fiscal 20 seccional de Aguachica, Cesar, en el radicado de marras, no podía ser otra distinta a la de conducir a JHON JAIRO MANOSALVA SUÁREZ, ante el juez penal municipal con función de control de garantías para que examinara la legalidad del procedimiento de aprehensión y no disponer su libertad con el argumento de que carece de antecedentes penales.

Luego, asegura que el fallador de primer grado desconoció la doctrina de la Corte Constitucional acerca de la obligatoriedad del precedente judicial. Añade que la procesada no asumió las cargas argumentativas a que estaba obligada para apartarse de lo resuelto por ese alto tribunal.

En ese contexto, resalta que ni la procesada ni sus defensores alegaron el desconocimiento de la sentencia C-591 de 2005, por lo que considera aventuradas las conclusiones del Tribunal sobre ese aspecto en particular, máxime si se tiene en cuenta que para la fecha de los hechos habían transcurrido aproximadamente seis años desde la emisión del fallo y que dicha funcionaria tenía una amplia experiencia judicial.

A continuación, relacionó tres decisiones de esta Corporación, donde, en su sentir, se reafirmó la regla establecida por la Corte Constitucional sobre las posibilidades que tienen los fiscales para otorgar la libertad a las personas capturadas en flagrancia. Agrega que el Tribunal tenía claro este desarrollo jurisprudencial y, a pesar de ello, emitió la absolución en un evento similar al que dio lugar a la condena de tres fiscales.

A propósito de la decisión emitida por esta Sala el 27 de junio de 2012 bajo el radicado 37733, asegura que esa sentencia seguramente alertó a la procesada ZAPATA DUQUE sobre la responsabilidad penal que le podría ser atribuida y, por ello, en el año 2013 decidió formular imputación en contra de Manosalva Suárez, lo que dio lugar a la terminación anticipada de la actuación por la vía del allanamiento a cargos.

Basado en lo anterior, solicita a la Corte revocar el fallo impugnado y, en consecuencia, condenar a la procesada, por el delito de prevaricato por acción.

6. LOS NO RECURRENTES

El defensor manifestó que comparte los argumentos del Tribunal, así como los expresados por la delegada del Ministerio Público en su alegato de conclusión.

7. CONSIDERACIONES

1. Delimitación del objeto de debate

Las partes estipularon lo siguiente: (i) GLADYS ELENA ZAPATA DUQUE se desempeñaba como fiscal de Aguachica -Cesar- para el 4 de noviembre de 2011; (ii) en esa calidad conoció de la captura en flagrancia de Jhon Jairo Manosalva Suárez, por el delito de favorecimiento al contrabando de hidrocarburos o sus derivados, ocurrida durante una diligencia de allanamiento y registro; y (iii) esta funcionaria le otorgó la libertad al procesado, para lo que adujo que “el delito por el cual se procede no comporta detención preventiva, habida cuenta que (sic) el indiciado no registra antecedentes en esta agencia fiscal...”.

Así, el debate se contrae a dos aspectos puntuales: (i) si la decisión tomada por la fiscal ZAPATA DUQUE es manifiestamente contraria a la ley; y (ii) el conocimiento que tenía esta funcionaria acerca del sentido y alcance de la sentencia C-591 de 2005, en lo que concierne al análisis del artículo 302 de la Ley 906 de 2004.

2. Las reglas que deben tenerse en cuenta para la solución del caso

Según se indicó, los argumentos del impugnante se orientan, principalmente, a cuestionar el juicio de valor que realizó el Tribunal acerca de si la decisión tomada por la fiscal ZAPATA DUQUE es manifiestamente contraria a la ley. Al respecto, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

El fallador de primer grado y el impugnante tienen claro que para realizar dicho análisis no basta con constatar la simple disparidad entre la resolución cuestionada y el ordenamiento jurídico, pues, valga aclararlo, ese tipo de correcciones pueden hacerse a través de los recursos y los demás instrumentos que consagra el ordenamiento jurídico. Se trata, según lo resaltan, de establecer que “la contradicción sea de tal modo ostensible que no quepa la menor duda de que la decisión obedece a la pura arbitrariedad del funcionario, y no a una postura admisible dentro de los más amplios marcos del derecho vigente”, tal y como lo ha expresado esta Corporación, entre otras, en las decisiones citadas en el fallo impugnado y en el escrito de apelación.

La determinación de si la “resolución, dictamen o concepto” es manifiestamente contraria a la ley entraña, según se dijo, un juicio valorativo, cuya orientación dependerá de la forma de trasgresión del ordenamiento jurídico, porque, a manera de ejemplo, será de una naturaleza cuando la misma recae sobre la valoración probatoria (CSJSP, 08 Mayo 2017, Rad. 48199, entre otras), y de otra sustancialmente diferente cuando el vicio atañe a la interpretación o aplicación de las normas.

Cuando, como en este caso, la acusación por el delito de prevaricato por acción se reduce a la interpretación y/o aplicación de la ley de una manera que resulta manifiestamente contraria a su verdadero sentido y alcance, resulta imperioso: (i) establecer cuáles fueron las normas trasgredidas; (ii) verificar cuál fue la interpretación que realizó el procesado, así como las circunstancias bajo las cuales aplicó o dejó de aplicar unas normas en particular; y (iii) realizar un juicio valorativo orientado a establecer si esa interpretación y/o aplicación puede considerarse como manifiestamente contrario a la ley, esto es, si obedece a un acto de arbitrariedad “y no a una postura admisible dentro de los más amplios marcos del derecho vigente”.

Igualmente, debe resaltarse que para realizar ese juicio de valor debe tenerse en cuenta, entre otras cosas, el nivel de desarrollo doctrinario y jurisprudencial de las normas aplicables al caso, lo que adquiere especial trascendencia cuando se trata del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, pues no es un secreto que, incluso en la actualidad, más de una década después de su implementación, subsisten profundos debates acerca del sentido y alcance de ese cuerpo normativo, y, puntualmente, en lo que atañe a la interacción de los fiscales y los jueces (de control de garantías y de conocimiento), lo que, según se verá, tiene especial trascendencia para la solución de este caso.

Lo anterior no implica descartar, a priori, posibles actos de corrupción atribuibles a los fiscales o los jueces. Lo que se quiere resaltar es que ante un escenario de profundas transformaciones en el ámbito procesal penal, la Fiscalía debe tener especial cuidado al realizar el “juicio de imputación” o el “juicio de acusación”, de tal manera que puedan sancionarse, severamente, los delitos en que puedan incurrir los funcionarios, pero sin someter al rigor de un proceso penal a quienes realizan interpretaciones razonables del ordenamiento jurídico o incluso a quienes han incurrido en errores en ese ámbito.

3. Los hechos sobre los que recae el debate

A propósito de los errores en la interpretación y aplicación de la Ley 906 de 2004, se tiene que el impugnante, durante su intervención en el juicio oral, dio a conocer las estipulaciones que celebró con la defensa, en virtud de las cuales no hubo lugar a la práctica de pruebas. Según ese acuerdo, se tendría por probado la condición de servidora pública que ostentaba la procesada, el hecho de que le otorgó la libertad al capturado Manosalva, sin acudir ante el Juez de Control de Garantías, así como que en el año 2013 formuló imputación en contra de este, lo que, en el año 2015, dio lugar a la terminación anticipada de la actuación penal toda vez que dicho procesado decidió aceptar los cargos.

Al estructurar estos acuerdos probatorios, el delegado de la Fiscalía no aclaró que las partes aceptaban que los documentos atinentes al trámite adelantado por la fiscal ZAPATA DUQUE corresponden a la realidad procesal dentro de la cual se emitió la decisión cuestionada, porque al parecer dio por sentado que los anexos de las estipulaciones siempre pueden ser valorados, lo que va en contravía de lo resuelto por esta Corporación sobre el tratamiento de los documentos como anexo o como objeto de las estipulaciones, temática frente a la cual ha precisado que

En la práctica judicial suele existir confusión entre los documentos como objeto de la estipulación y como soporte de la misma.

La diferencia es relevante, porque cuando los documentos constituyen “soporte” de la estipulación no pueden ser valorados, precisamente porque la estipulación tiene como efecto principal sacar un determinado aspecto fáctico del debate probatorio (CSJ SP, 15 Jun. 2016, Rad. 47666; CSJ SP, 6 Feb. 2013, Rad. 38975; entre otras). Por ejemplo, se estipula que la víctima murió a causa de los disparos que recibió, y se aporta como “soporte” el respectivo dictamen médico legal.

Sin embargo, es posible que algunos documentos constituyan el objeto mismo de la

estipulación. Por ejemplo, cuando en los casos de prevaricato la Fiscalía y la defensa dan por probado que el procesado emitió una determinada decisión, y que lo hizo a partir de una específica realidad procesal. En esos eventos, el documento contentivo de la decisión (sentencia, resolución, etcétera) ingresa como objeto de la estipulación (“esta fue la decisión que el juez tomó”), y lo mismo sucede con los documentos contentivos de las pruebas, los alegatos que en su momento presentaron las partes, etcétera (“estos son los elementos de juicio con los que contaba”). Este tipo de estipulaciones suelen celebrarse por diversas razones, como cuando se trata de hechos difícilmente rebatibles y/o las partes tienen claro que el debate se reduce a los juicios valorativos orientados a establecer si la decisión tomada bajo esas condiciones puede catalogarse como manifiestamente contraria a la ley, o las inferencias frente a los elementos estructurales del dolo, entre otras¹.

Sin embargo, a lo largo del debate las partes y el juez dieron por sentado que los “soportes” de las estipulaciones daban cuenta de la realidad procesal que enfrentó la procesada (minuto 18:10), lo que, finalmente, aminoró los efectos del referido yerro, pues, de otra manera, no se tendría noticia de varias circunstancias que rodearon la actuación de la acusada.

Finalmente, se estableció que Jhon Jairo Manosalva Suárez fue capturado en flagrancia durante una diligencia de allanamiento y registro, porque tenía en su poder 80 galones de gasolina “de contrabando”. No se discute que el retenido no tenía antecedentes penales y que ello, en buena medida, determinó la decisión de la fiscal, pues así lo expresó en el proveído a través del cual dispuso su libertad.

Sobre estos presupuestos, el Tribunal resaltó que en este caso no se avizoraba la procedencia de la detención preventiva, lo que, en su sentir, constituye una nota diferenciadora relevante frente a los casos que mencionó el impugnante en sus alegatos. Sobre este punto se volverá más adelante.

4. Las normas aplicables al caso que estuvo a cargo de la procesada

Al respecto existen notorias diferencias entre lo propuesto por el Tribunal y lo alegado por el impugnante, pues este asegura que la fiscal ZAPATA DUQUE debió limitarse a aplicar el artículo 302 de la Ley 906 de 2004, mientras que el fallador plantea que era imperioso tener en cuenta la norma rectora prevista en el artículo 295 ídem, ya que la misma gobierna todo el título destinado al “régimen de la libertad y su restricción”, del que hace parte el mencionado artículo 302. La norma referida por el impugnante es del siguiente tenor:

Procedimiento en caso de flagrancia.

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

Cuando sea un particular quien realiza la aprehensión deberá conducir al aprehendido en el término de la distancia ante cualquier autoridad de policía. Esta identificará al aprehendido, recibirá un informe detallado de las circunstancias en que se produjo la captura, y pondrá al capturado dentro del mismo plazo a disposición de la Fiscalía General de la Nación.

Si de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva², el aprehendido o capturado será liberado por la Fiscalía, imponiéndosele bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario. De la misma forma se procederá si la captura fuere ilegal.

La Fiscalía General de la Nación, con fundamento en el informe recibido de la autoridad policiva o del particular que realizó la aprehensión, o con base en los elementos materiales probatorios y evidencia física aportados, presentará al aprehendido, inmediatamente o a

más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, ante el juez de control de garantías para que este se pronuncie en audiencia preliminar sobre la legalidad de la aprehensión y las solicitudes de la Fiscalía, de la defensa y del Ministerio Público.

De otro lado, la norma a que hizo alusión el Tribunal dispone:

Art. 295. Afirmación de la libertad. Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación deberá ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.

Este precepto debe armonizarse con el artículo 296:

Finalidad de la restricción de la libertad. La libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena.

Sin duda, le asiste razón al Tribunal en la delimitación de la premisa jurídica que debió tener en cuenta la procesada, entre otras cosas porque: (i) no se discute el carácter de norma rectora que tiene el artículo 295, ya que establece los parámetros generales de interpretación de los otros preceptos que hacen parte del referido capítulo, además que, en armonía con el artículo 296 ídem, se aviene a lo establecido en los artículos 2º y 27 ídem, que hacen parte del acápite destinado a los “principios rectores y garantías procesales”; (ii) su ubicación en el Código obedece al propósito de mantener cercanía con las normas que regulan la afectación de la libertad, lo que hace palmaria la intención del legislador de lograr su efectiva aplicación; (iii) el artículo 26 establece que “las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código” y que, además, “serán utilizadas como fundamento de interpretación”; (iv) esto último fue reiterado en el artículo 295, en cuanto establece que “las disposiciones de este código que autorizan

preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional”, a lo que agrega que las mismas “solo podrán ser interpretadas restrictivamente...”; y (v) lo anterior, sin duda, corresponde a un sistema penal democrático como el que dispone la Constitución Política.

5. El juicio valorativo acerca de la razonabilidad de la decisión que tomó la fiscal ZAPATA DUQUE

En primer término, la Sala debe aclarar que los argumentos que expondrá a continuación no están orientados a defender una determinada postura interpretativa como la más plausible o “correcta”. Según se indicó en el numeral 7.2, se trata de establecer si la decisión que tomó la procesada resulta razonable o si, por el contrario, constituye una manifiesta vulneración del ordenamiento jurídico.

Asimismo, debe resaltarse que el debate gira en torno a uno de los aspectos más complejos del sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004, como lo es la interrelación de los fiscales y los jueces, que incluso en la actualidad, más de 13 años después de la implementación del nuevo cuerpo normativo, sigue siendo objeto de análisis y debates.

También debe destacarse que el artículo 302 fue analizado por la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005, lo que, a juicio del impugnante, le dio un sentido unívoco a esta norma, de tal suerte que la decisión de la procesada solo pudo ser producto de su intención de trasgredir el ordenamiento jurídico.

En todo caso, no puede perderse de vista que la sentencia C-591 fue emitida poco después de la implementación del nuevo sistema procesal, cuando no se avizoraban muchos de los aspectos que a lo largo de los años fueron considerados por la Corte Constitucional y por esta Corporación y que, en la actualidad, siguen siendo objeto de estudio y debate.

Como ya se conoce, el Tribunal plantea que la decisión tomada por GLADYS ELENA ZAPATA DUQUE es razonable, así no pueda ser catalogada como la más plausible, pues si bien es cierto va en contravía de lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-591, también lo es que se ajusta a la norma rectora prevista en el artículo 295 de la Ley 906 de 2004, que trata de la afirmación de la libertad.

En sentir de la Sala, los argumentos del Tribunal son acertados. A ellos se puede agregar lo siguiente:

Para los efectos de esta decisión, debe destacarse que el artículo 302 regula, entre otras cosas, la forma como deben interactuar los fiscales y los jueces en el proceso atinente a la captura en flagrancia y la posible imposición de medidas cautelares personales. Se trata, sin duda, de un aspecto novedoso, pues en el sistema procesal regulado en la Ley 600 de 2000 estas tareas estaban a cargo del fiscal, sin perjuicio de algunos controles asignados a los jueces.

El debate propuesto por el apelante conduce irremediablemente a destacar que el procedimiento de captura en flagrancia está relacionado con el trámite que debe surtir para la imposición de una medida de aseguramiento, máxime si se tiene en cuenta que el Tribunal hizo énfasis en que en este caso no se avizoraba la procedencia de esa clase de medidas cautelares, lo que diferencia este caso de los que habían sido resueltos por ese organismo colegiado, así como de otros conocidos por esta Corporación. En efecto, el juzgador de primer grado plantea que ante la ausencia de motivos para solicitar la detención preventiva, no puede tildarse de manifiestamente contraria a la ley la decisión de la acusada de dejar en libertad al capturado, pues ello se ajusta a lo previsto en las normas rectoras previstas en los artículos 295 y 296 de la Ley 906 de 2004.

Acorde con lo anterior, debe resaltarse lo siguiente: (i) la medida de aseguramiento es procedente luego de formulada la imputación; (ii) la decisión de imputar o no es de

competencia exclusiva del fiscal; (iii) los jueces no ejercen control material sobre el “juicio de imputación” y el “juicio de acusación” (CSJSP, 11 Dic. 2018, Rad. 52311, entre otras); (iv) los jueces pueden imponer medidas de aseguramiento a solicitud del fiscal (Arts. 306 y 308), sin perjuicio de la posibilidad de que las víctimas presenten una petición en ese sentido -C-209 de 2007-; y (v) la procedencia de la medida de aseguramiento está supeditada a la presentación -por parte del fiscal- de evidencias físicas e información legalmente obtenida que permitan inferir razonablemente que “el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga”, así como de los fines procesales³ o no procesales⁴ que justifican la afectación de la libertad.

De lo anterior se sigue que, en la práctica, si bien es cierto son los jueces quienes deciden sobre la procedencia de las medidas de aseguramiento, también lo es que esos análisis están supeditados a las decisiones que tome el fiscal, porque si este no formula imputación y/o no solicita la medida cautelar, inexorablemente el capturado debe ser dejado en libertad.

Lo anterior no implica, como se resaltó en la decisión del 11 de diciembre de 2018, que los fiscales puedan ejercer arbitrariamente sus funciones. Por el contrario, en ese proveído se resaltó que esas amplias facultades tienen aparejada la obligación de ajustar su comportamiento al ordenamiento jurídico, so pena de que puedan responder penal y/o disciplinariamente por sus acciones u omisiones.

En todo caso, al estructurar la imputación o la acusación por irregularidades en el ejercicio de las funciones asignadas a los fiscales, debe presentarse una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes suficientemente clara, lo que implica precisar, entre otras cosas, cuál es la acción o la omisión objeto de reproche (CSJSP, 8 Marzo 2017, Rad. 44599, entre muchas otras).

El apelante da por sentado que el artículo 302 de la Ley 906 de 2004 es suficientemente

claro, al punto que la decisión de la fiscal ZAPATA DUQUE solo puede ser producto de su arbitrariedad y de su propósito de trasgredir el ordenamiento jurídico. De esa forma, descalifica las conclusiones del Tribunal en torno a la incidencia que en este análisis deben tener las normas rectoras previstas en los artículos 295 y 296 de la Ley 906 de 2004, que, en opinión del fallador de primer grado, hacen razonable la decisión de la procesada, y le resta importancia a las notas diferenciadoras de este caso, especialmente en lo que concierne a la improcedencia de la prisión preventiva. Sobre el particular, la Sala resalta lo siguiente:

En primer término, no puede asegurarse que el artículo 302 de la Ley 906 de 2004 establezca con total claridad la forma cómo deben interactuar los fiscales y los jueces en el trámite que debe adelantarse cuando ocurre una captura en flagrancia. La norma establece que el fiscal podrá otorgar la libertad cuando la captura haya sido ilegal (lo que se discute en este caso) o cuando “de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva”.

Frente a esto último, la norma, al margen de lo resuelto en la sentencia C-591 de 2005, podría interpretarse en diversos sentidos, entre ellos:

1. Los fiscales deben otorgar la libertad cuando no cuenten con elementos de juicio para formular imputación y/o para solicitar medida de aseguramiento.

Si el fiscal es quien tiene a cargo decidir sobre la procedencia de la formulación de la imputación -presupuesto ineludible de la detención preventiva- y le compete constatar si están dados los presupuestos para solicitar la medida de aseguramiento -petición que constituye requisito indispensable para que un juez pueda imponer este tipo de medidas cautelares-, la afirmación de la libertad y los claros límites para su restricción -Arts. 295 y 296- harían razonable que se interrumpa la retención cuando el fiscal concluya que no existen razones para solicitar el encarcelamiento, bajo el entendido de que ese juicio de

valor es sobre la procedencia de la solicitud de la medida –lo que es de su competencia-, mas no sobre la decisión de la afectación del derecho –lo que está a cargo de los jueces-.

Desde esta perspectiva, bien podría indagarse por las razones que justifican la extensión de la privación de la libertad cuando, en la práctica, sin la formulación de imputación o sin la solicitud de medida de aseguramiento los jueces no podrían imponer la medida cautelar.

Así, no es absurdo concluir que cuando el artículo 302, analizado a la luz de las ya mencionadas normas rectoras, dispone que el fiscal puede otorgar la libertad “si de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva”, se refiere a los juicios valorativos orientados a constatar si existen elementos para solicitar la medida cautelar, lo que supone la verificación de los requisitos para formular imputación.

2. Cuando la captura se produjo por un delito que se ajuste a los criterios establecidos en el artículo 313 de la Ley 906 de 2004, el fiscal debe disponer la privación de la libertad hasta tanto se realice la audiencia de control de legalidad de la captura, así no cuente con elementos de juicio para formular imputación o para solicitar medida de aseguramiento.

Esta tesis se aviene a la idea de que los jueces son los llamados a resolver sobre la legalidad de la captura, y es compatible con el propósito de que tengan ante sí a la persona privada de la libertad. Igualmente, se ajusta a la posibilidad, muy discutida por cierto, de que los jueces puedan ejercer controles frente a las omisiones de los fiscales en materia de formulación de imputación y las solicitudes de medidas de aseguramiento.

La Sala reitera que los anteriores razonamientos no se dirigen a establecer cuál es la “interpretación correcta” del referido cuerpo normativo, pues ello escapa al objeto de la presente decisión. En otras palabras, este análisis no se orienta a establecer si la decisión que tomó la fiscal ZAPATA DUQUE corresponde a la interpretación más plausible, sino a resolver si la misma es razonable o, visto de otra manera, si es manifiestamente contraria al

ordenamiento jurídico.

En la sentencia C-591 de 2005, emitida recién entrado en vigencia el sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional conoció de la demanda presentada en contra del artículo 302 de la Ley 906 de 2004. Según el actor, esta norma les atribuye a los fiscales la posibilidad de decidir sobre la legalidad de la captura y de realizar juicios valorativos acerca de los requisitos de la medida de aseguramiento, lo que está reservado a los jueces.

Ante esa propuesta, la Corte Constitucional se refirió a la importancia de la reserva judicial en materia de afectación de la libertad y el control de su afectación, e hizo hincapié en la necesidad de que el retenido sea físicamente dejado a disposición del juez. Luego, planteó lo siguiente:

En tal sentido, el procedimiento en caso de flagrancia, regulado en el artículo 302 de la Ley 906 de 2004, articula lo dispuesto en el artículo 28 Superior con las nuevas disposiciones constitucionales del sistema acusatorio en la medida en que la decisión sobre la legalidad de la aprehensión realizada en flagrancia queda exclusivamente a cargo del juez de control de garantías, en tanto que la Fiscalía adopta tan sólo una determinación sobre la concesión de libertad en casos en que no se cumplan los requisitos objetivos para decretar la detención preventiva o la captura en flagrancia sea ilegal.

No se trata, en consecuencia, del decreto de una medida restrictiva del ejercicio de la libertad individual, y por ende, de competencia exclusiva del juez de control de garantías, sino de un procedimiento, adelantado por una autoridad que conserva ciertas facultades judiciales, encaminado a salvaguardar el goce del mencionado derecho fundamental, frente a capturas que no cumplen con las condiciones constitucionales y legales de la flagrancia. En otras palabras, de llegar a aceptarse el planteamiento de la demandante, en el sentido de que toda decisión sobre la captura en flagrancia es de reserva exclusiva del juez de

control de garantías, se le estaría imponiendo, en la práctica, una carga muy elevada al ciudadano por cuanto, así haya sido arbitrariamente capturado, por cuanto no se cumplen las condiciones de la flagrancia, deberá además esperar a ser llevado a audiencia ante el juez de control de garantías.

De igual manera, la medida es razonable ya que el fiscal se limita a constatar, con base en criterios objetivos, si el supuesto delito cometido por el aprehendido en flagrancia daría o no lugar a la imposición de una medida de aseguramiento de detención preventiva por parte de un juez de control de garantías. En este caso, igualmente, se propende por la defensa del derecho a la libertad personal, ya que, en la práctica, el juez de control de garantías terminaría igualmente absteniéndose de imponer la medida restrictiva del derecho fundamental.

Aunado a lo anterior, la decisión del fiscal de dejar en libertad al aprehendido se justifica en cuanto, de todas formas, se le impone al ciudadano el compromiso de comparecer cuando sea necesario.

En este orden de ideas, si se entendiera que el fiscal puede además adelantar, en los casos de capturas en flagrancia, ciertos juicios de valor sobre la necesidad de la medida de detención preventiva, que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, o que resulta probable que el imputado no comparecerá al proceso o no cumplirá la sentencia, la disposición acusada sería contraria a la Constitución, por cuanto constituiría un desconocimiento de las competencias del juez de control de garantías⁵.

No puede afirmarse, como lo plantea el censor, que en este fallo quedaron claramente definidos los contornos de la interacción de los fiscales y los jueces frente al trámite que debe adelantarse en los casos de captura en flagrancia por delitos que ameriten detención preventiva, cuando el fiscal considera que no existen motivos para solicitar la medida

cautelar. En efecto, el alto Tribunal resaltó, por ejemplo, que “la decisión sobre la legalidad de la aprehensión realizada en flagrancia queda exclusivamente a cargo del juez de control de garantías⁶, en tanto que la Fiscalía adopta tan sólo una determinación sobre la concesión de libertad en casos en que no se cumplan los requisitos objetivos para decretar la detención preventiva o la captura en flagrancia sea ilegal”, lo que genera dudas en torno a si, según esta postura, una vez decretada la libertad por parte del fiscal debe realizarse la respectiva audiencia de control, lo que, a su vez, puede incidir en el sentido de las irregulares atribuibles a los servidores públicos adscritos al ente acusador.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que en ese fallo no se analizaron, porque no hicieron parte del debate, aspectos como los siguientes: (i) los juicios valorativos que deben realizar los fiscales, no para decidir sobre la medida de aseguramiento, sino para establecer la viabilidad de su solicitud; (ii) las facultades de la Fiscalía en materia de formulación de imputación, de lo que depende la prolongación de la privación de la libertad en el ámbito de la detención preventiva; (iii) los controles que eventualmente pueden realizar los jueces a las omisiones de los fiscales; (iv) el sentido y alcance de las normas rectoras previstas en los artículos 295 y 296 de cara a la decisión de la extensión de la privación de la libertad; etcétera.

Así, la Sala concluye que tiene razón el Tribunal en cuanto afirma que si bien es cierto la fiscal GLADYS ELENA ZAPATA DUQUE no resolvió el caso a la luz de la interpretación más aceptada del artículo 302 de la Ley 906 de 2004, también lo es que su decisión, según las particularidades del caso sometido a su conocimiento, resulta razonable a la luz de las normas rectoras previstas en los artículos 295 y 296 ídem, porque no se avizoraba la procedencia de la medida de aseguramiento de detención preventiva (lo que nunca fue rebatido por la Fiscalía), de tal suerte que debía resolverse si, bajo esta específica situación, resultaba viable poner fin a la privación de la libertad.

6. La falta de analogía fáctica entre este caso y los relacionados por el impugnante en el escrito de apelación

El Tribunal asumió que la procesada emitió la decisión libertaria porque no era procedente la detención preventiva, lo que no resulta ilógico frente a la hipótesis factual de la Fiscalía, toda vez que en la acusación se acepta que el capturado no tenía en su poder una enorme cantidad de combustible (le fueron incautados 80 galones), y no se discute la ausencia de antecedentes penales, a que hizo alusión la procesada para justificar su determinación. Lo anterior sin perder de vista que la Constitución y la ley le asignan al fiscal la facultad de decidir si formula o no imputación, así como la de solicitar -y sustentar- la procedencia de medidas cautelares personales.

El fallador de primer grado tiene razón al afirmar que esas particularidades del presente caso permiten diferenciarlo de los mencionados por el impugnante en sus alegatos. Para comprender mejor esta situación, téngase en cuenta que en la decisión CSJSP, 27 Jun. 2012, Rad. 37733 se analizó la actuación de un fiscal que, en un caso grave de narcotráfico y porte ilegal de armas de fuego, consideró ilegal la captura por razones inaceptables y, por tanto, no formuló la imputación ni solicitó la medida de aseguramiento cuya procedencia claramente se avizoraba. Para disipar cualquier duda sobre el particular, a continuación se transcriben los hechos estudiados por la Corte en esa oportunidad:

1. Según los registros, en Popayán, el 21 de mayo de 2008, a eso de la 01:00 a.m., a través de la central de radio de la Policía Nacional se difundió información obtenida por el Jefe de Estupefacientes de la SIJIN, acerca del ingreso, por la vía que del municipio de Tambo conduce a esa ciudad, de un automóvil blanco de placas BPC-249 que llevaba gran cantidad de cocaína, el cual luego fue avistado cerca de la estación de gasolina TRANSTAMBO y al ser requerido su conductor para que se detuviera por una patrulla de vigilancia, aquél eludió el retén, motivando su persecución durante varios minutos y por diferentes sitios, actividad en la que los agentes percutieron sus armas al aire en señal de advertencia, hasta que

finalmente, gracias a que se estalló la llanta trasera derecha del rodante, éste fue interceptado a la 01:39 a.m., en la carrera 38 con calle 2, cerca del Polideportivo “La María”.

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

En ese discurrir también hizo presencia en el lugar el Teniente Coronel de la Policía Cauca, Wilson Bravo Cárdenas, oficial que comunicó telefónicamente al fiscal de turno de la URI la ocurrencia del suceso, y procedió a trasladar al capturado, así como los elementos materiales incautados, a las instalaciones de la SIJIN, donde se constató que cada uno de los fardos tenía treinta (30) paquetes (para un total de 420), con una sustancia sólida que, gracias a la prueba de identificación preliminar homologada (PIPH) practicada, se reconoció plenamente como cocaína, con un peso neto de trescientos noventa y nueve mil setecientos catorce (399.714) gramos, siendo dejado el retenido a disposición de la Fiscalía, en la “carceleta” de la URI, a las 03:50 a.m.7.

2. Inicialmente de dicho asunto conoció el fiscal Rubén Darío Hurtado Gironza, funcionario que hasta las 08:00 a.m., de ese día, al terminar su turno, ningún trámite adelantó pues la Policía Judicial no entregó la totalidad de actos urgentes, razón por la que el caso pasó al fiscal JAIME GIOVANNI CHAVES ORDÓÑEZ, quien recibió la actuación a las 12:10 p.m., y a las 03:30 p.m., radicó escrito en el que solicitó audiencia preliminar para legalización de

captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento, empero, a las 05:10 p.m., presentó al Centro de Servicios Judiciales oficio con el que canceló ese trámite pretextando que con base en el "...estudio previo de las diligencias, se estableció que se trataba de una captura ilegal y este Despacho URI ordenó la libertad del indiciado".

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

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

Lo anterior pone en evidencia la necesidad de que los fiscales, al resolver sobre la procedencia de la imputación y la acusación, analicen con detenimiento cada caso según sus particularidades. Esto, según se anotó, adquiere especial relevancia cuando se trata de supuestos delitos de prevaricato materializados en decisiones tomadas en un sistema de enjuiciamiento criminal que aún está en construcción, porque es frecuente que, a todo nivel, se cometan errores, sin que ello implique descartar a priori que los servidores públicos puedan incurrir en conductas ilícitas.

7. La ausencia de dolo

Una vez descartado que la decisión de la procesada pueda catalogarse como manifiestamente contraria a la ley, pierde relevancia el análisis del dolo.

Sin embargo, debe resaltarse que el impugnante incurre en especulaciones inaceptables para cuestionar las conclusiones del Tribunal sobre ese tema, pues, entre otras cosas, dijo, sin ningún fundamento, que la procesada formuló imputación en contra de Jhon Jairo Manosalva Suárez y propició su condena porque se alertó ante lo resuelto por esta Corporación en la decisión CSJSP, 27 Jun. 2012, Rad. 37733, en la que, según se acaba de indicar, se analizaron unos hechos sustancialmente diferentes.

El impugnante desconoce que la Fiscalía tiene la carga de demostrar todos los elementos estructurales de la conducta punible, incluso aquellos que, como el dolo, no son perceptibles por los sentidos. Con ese fin, debió demostrar los datos o hechos indicadores a partir de los cuales puede inferirse que la procesada “conocía los hechos constitutivos de la infracción penal y quiso su realización”.

Para tales efectos, la correcta estructuración de la hipótesis factual y el consecuente desarrollo de un programa metodológico orientado a su demostración no podían

reemplazarse con especulaciones, a las que tuvo que apelar el censor por la evidente falta de actividad investigativa, lo que finalmente se tradujo en la celebración de varias estipulaciones (con los yerros que ya fueron analizados), en virtud de las cuales no se practicaron pruebas en el juicio oral.

No sobra resaltar la importancia de la actividad probatoria frente a este elemento subjetivo del delito de prevaricato por acción, porque permite establecer en qué eventos las decisiones manifiestamente contrarias a la ley (lo que no se demostró en este caso) obedecen al desconocimiento o la incuria del sujeto activo (lo que puede incidir en la calificación de servicios o dar lugar a sanciones disciplinarias), y en qué casos son producto de su intención de trasgredir el ordenamiento jurídico y, por tanto, pueden ser objeto de sanción penal.

8. La decisión

Según lo expuesto en precedencia, la Sala encuentra que la Fiscalía no estructuró ni demostró una hipótesis factual que encaje en el tipo penal previsto en el artículo 413 del Código Penal, lo que, en buena medida, coincide con los planteamientos del fallador de primera instancia. Por tanto, se confirmará la sentencia absolutoria.

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

RESUELVE

Confirmar la sentencia absolutoria emitida el 2 de mayo de 2017 por el Tribunal Superior de Valledupar a favor de la fiscal GLADYS ELENA ZAPATA DUQUE.

Contra la presente decisión no proceden recursos.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 En estos casos, las partes deben precisar cuáles partes del “expediente” resultan relevantes, para evitar el ingreso de documentación ajena al tema objeto de análisis (CSJ SP, 05 Jul. 2017, Rad. 44932).

2 Negrillas fuera del texto original.

3 Evitar la fuga del procesado y salvaguardar las pruebas.

4 Proteger a las víctimas y evitar la reiteración criminal.

5 Negrillas fuera del texto original.

- 6 Negrillas fuera del texto original
- 7 Carpeta de estipulaciones probatorias, folios 15-49.
- 8 Carpeta de estipulaciones probatorias, folios 39 y 50-60.