

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

SP4867-2021

Radicación N° 57926

Acta No.281

Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por MARÍA TERESA ARAUJO CALDERÓN y su defensor contra la sentencia proferida el 23 de junio de 2020 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, mediante la cual condenó a la precitada como autora del delito de prevaricato por acción agravado.

HECHOS

El 4 de febrero de 2005, miembros de la Policía Nacional pusieron a disposición de la Fiscalía General de la Nación al aprehendido Pedro Barrera Duarte, quien fuere capturado luego de haber sido sorprendido conduciendo un vehículo, tipo camión, en el que se hallaron camuflados 33 paquetes que contenían cocaína con un peso aproximado de 33 kilogramos.

La Fiscalía Segunda Especializada de Cúcuta ordenó abrir instrucción en contra de dicho ciudadano por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, de acuerdo con lo

descrito en el inciso 1° del artículo 376 del Código Penal.

El 11 de febrero de 2005, MARÍA TERESA ARAUJO CALDERÓN, actuando en condición de fiscal 9ª especializada de Cúcuta, resolvió la situación jurídica al indagado Pedro Barrera Duarte imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario por el delito anteriormente descrito. En esa misma determinación dispuso vincular al proceso a Wilson Díaz Ariza, por lo que libró orden de captura en su contra.

El 22 de marzo de 2005, ARAUJO CALDERÓN, obrando de oficio, revocó la medida de aseguramiento y precluyó la investigación a favor de Barrera Duarte, decisión manifiestamente contraria a lo descrito en los artículos 39 y 363 de la Ley 600 de 2000.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 2 de agosto de 2006 la Fiscalía 1° Delegada ante el Tribunal Superior de Cúcuta dispuso la apertura de la investigación previa en contra de MARÍA TERESA ARAUJO CALDERÓN¹. El 13 de diciembre de 2010 la Fiscalía 2ª, delegada ante la misma corporación abrió investigación formal en contra de la misma, ordenó escucharla en indagatoria (para lo cual libró despacho comisorio) y decretó pruebas².

El 29 de abril de 2016 se vinculó a ARAUJO CALDERÓN mediante indagatoria³, en tanto que, la ampliación se llevó a cabo el 27 de septiembre de 2017⁴.

El 5 de febrero de 2018, la Fiscalía negó la declaratoria de prescripción planteada y resolvió la situación jurídica de la procesada imponiéndole medida de aseguramiento consistente en: i) obligación de presentarse cuando fuere requerida por la Fiscalía o el funcionario judicial correspondiente, ii) prohibición de salir del país, y iii) prestación de caución prendaria en cuantía de 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes⁵. Contra dicha determinación ARAUJO CALDERÓN y su defensa interpusieron recurso de apelación.

El 16 de abril de 2018, la Fiscalía 2ª Delegada ante la Corte Suprema de Justicia confirmó la determinación recurrida⁶.

El 19 de noviembre de 2018 la Fiscalía negó la solicitud de nulidad propuesta y calificó el mérito del sumario profiriendo resolución de acusación por el punible de prevaricato por acción agravado (arts. 413 y 415 del Código Penal)⁷. Contra dicha determinación ARAUJO CALDERÓN y su defensa interpusieron recurso de reposición y en subsidio de apelación.

El recurso horizontal se resolvió el 18 de enero de 2019⁸ y el de alzada el 5 de febrero siguiente⁹. Ambas decisiones confirmaron la providencia recurrida.

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 9 de diciembre de 2019 y la vista pública de juzgamiento el 10 de marzo de 2020. El 23 de junio siguiente la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta emitió sentencia de condena contra MARÍA TERESA ARAUJO CALDERÓN como autora del delito de prevaricato por acción agravado.

Contra la aludida providencia la procesada y su defensa interpusieron recurso de apelación, sustentado dentro del término legal, asunto que pasa a resolver la Sala.

LA SENTENCIA RECURRIDA

1. El Tribunal comenzó por pronunciarse frente a la nulidad propuesta por la procesada y su defensor. Advirtió que la censura consistió en que MARÍA TERESA ARAUJO CALDERÓN no fue informada oportunamente de la apertura de la investigación previa que se adelantaba en su contra, tiempo durante el cual no contó con defensa técnica.

A juicio de los requirentes, dicha dilación conllevó a que la precitada perdiera la oportunidad, no solo de controvertir las pruebas allí recaudadas, sino también de solicitar otras de manera oportuna dado que por el paso del tiempo no fue posible la recaudación de algunas que le eran favorables. Por ello, se propuso la existencia de la presunta vulneración

a los derechos a la defensa y debido proceso, lo último por la violación de los principios de trascendencia e investigación integral.

Sobre el particular, el a quo concluyó que de manera alguna se afectaron los derechos de la procesada, comoquiera que i) la comunicación morosa de la investigación resulta intrascendente y por ello no tiene la fuerza suficiente para decretar la nulidad; y ii) al interior del proceso se garantizó el principio de investigación integral. A efecto de sostener dicha determinación, el Tribunal expuso:

1.1. En este asunto la falta de comunicación de la providencia mediante la cual se ordenó la apertura de la investigación previa no constituye una irregularidad de carácter sustancial que conlleve a la nulidad de la actuación. Esto en virtud de que esa notificación es un acto de trámite con el cual se enteró a la denunciada acerca de la iniciación de las diligencias.

Por ello, su omisión cobraría trascendencia en el evento de que se le privara la posibilidad de ejercer los derechos de defensa y contradicción, lo cual no ocurrió en el presente caso. Lo anterior comoquiera que, si bien existió la irregularidad mencionada, lo cierto es que desde abril de 2006 (cuando se abrió la investigación) hasta abril de 2016 (momento en que ARAUJO CALDERÓN rindió indagatoria) la investigación estuvo prácticamente inactiva, es decir, no se practicaron pruebas relevantes que tuvieran afectación al derecho de defensa de la procesada.

En cuanto al testimonio de Alfredo Jurguensen Rangel, que fuere recaudado en la etapa previa, no puede desconocerse que en sede de juicio oral se decretó la ampliación de dicha prueba, lo que conllevó a que se recibiera nuevamente su declaración en la que la procesada pudo ejercer su derecho de contradicción y defensa.

Además, el principio de permanencia de la prueba permitió que ARAUJO CALDERÓN y su defensa conocieran las pruebas obrantes en el expediente y al mismo tiempo controvertirlas en cualquier tiempo.

1.2. A pesar de que la planilla que fue solicitada al correo Adpostal (hoy 4-72) para conocer la fecha en que se recibió el despacho comisorio proveniente de la Fiscalía de Pamplona (Norte de Santander) no pudo ser aportada al proceso en razón a que, por el paso del tiempo, no fue conservada por la empresa de correo, esa circunstancia no permite afirmar que haya existido menoscabo del principio de investigación integral, dado que la Fiscalía del municipio referido pudo aportar como prueba la planilla de envío diligenciada con fecha 8 de marzo de 2005, y además, se logró determinar que se recibió el comisorio con las declaraciones de los agentes de policía, lo cual obra en el expediente.

2. El Tribunal considera acreditado el tipo objetivo del punible de prevaricato por acción agravado. Ello en razón a lo siguiente:

2.1. No hay duda de la calidad de servidora pública que tenía la procesada (Fiscal 9ª Especializada de Cúcuta) para el momento en que profirió la decisión cuestionada.

2.2. En ejercicio de sus funciones, ARAUJO CALDERÓN profirió la decisión del 22 de marzo de 2005 dentro del radicado 104.264 (adelantado en ese momento contra Pedro Barrera Duarte por el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes), a través de la cual revocó la medida de aseguramiento que la misma había impuesto a dicho ciudadano, y además, precluyó la investigación a favor del mismo.

2.3. La decisión anteriormente descrita es manifiestamente contraria a la Ley toda vez que contradice de modo flagrante los artículos 39 y 363 de la Ley 600 de 2000, ya que la decisión fue el resultado de la sesgada y caprichosa valoración probatoria que hizo la procesada para favorecer al inculcado. Lo anterior en virtud de lo que a continuación se expone:

2.3.1. Pese a las exigencias legales y jurisprudenciales que le imponía a la funcionaria el contenido del artículo 363 de la Ley 600 de 2000 -relacionadas con la necesidad de contar con pruebas sobrevinientes que desvirtúen los requisitos por los cuales fue impuesta la

medida de aseguramiento-, ARAUJO CALDERÓN optó por revocar la medida impuesta basada en las declaraciones de José Iván Téllez Hernández y Jaime Morales Villarreal (testimonios sobrevinientes) que, de su lectura, no permiten pregonar que i) Pedro Barrera Duarte no venía conduciendo el vehículo camión tipo furgón en el que se transportaban 34,3 kilogramos de cocaína, y ii) que dicho sujeto ignoraba sobre la existencia del estupefaciente.

Por el contrario, un análisis conjunto de dichas pruebas sobrevinientes y las que fueron tenidas en cuenta al momento de imponer la medida de aseguramiento, permitían establecer que no se encontraba desvirtuada la responsabilidad penal de Pedro Barrera Duarte, máxime cuando en el informe de captura se indicó que dicho sujeto era quién conducía el rodante y le manifestó a uno de los miembros de la policía que transportaba canastas plásticas vacías.

2.3.2. Revocó la medida de aseguramiento sin llevar a cabo la práctica de las pruebas que había decretado, a pesar de haber sido catalogadas por la propia procesada como necesarias para la investigación.

2.3.3. Decretó la preclusión de la investigación a favor de Pedro Barrera Duarte tras considerar que "...la conducta no ha existido y por ende el sindicado no la ha cometido...", para la cual acudió a la misma argumentación propuesta a efecto de revocar la medida de aseguramiento.

Por ello, desconoció el contenido del artículo 39 de la Ley 600 de 2000, según el cual se requiere para decretar la preclusión "...la existencia de una investigación exhaustiva o completa, es decir, la práctica de todas las pruebas necesarias, por lo que se exige estar "demostrado" de manera concluyente la ausencia de interés del estado (sic), en agotar la actuación, lo cual sin lugar a dudas no se cumplía con los testimonios de José Iván Téllez y Jaime Morales Villarreal que en nada desligan a Pedro Barrera Cuarte de su compromiso

penal que conllevó a restringirle en principio su libertad”¹⁰.

3. MARÍA TERESA ARAUJO CALDERÓN conocía de la ilicitud de su proceder y voluntariamente decidió incurrir en la conducta punible de prevaricato por acción agravado. Ello en razón a lo siguiente:

3.1. La funcionaria contaba con amplia experiencia en la Fiscalía General de la Nación, por lo que se deduce que conocía los preceptos normativos que se le endilga haber desatendido.

3.2. Prescindió de los testimonios de los miembros de la Policía Nacional que consideró necesarios para la investigación.

3.3. Valoró los testimonios sobrevinientes de manera amañada, comoquiera que dichas pruebas no eran suficientes, idóneas y conducentes a efecto de conceder la libertad y decretar la preclusión de la investigación a favor de Pedro Barrera Duarte.

4. La conducta desplegada por la procesada vulneró el bien jurídico de la administración pública. Además, le era exigible obrar de modo diferente a como lo hizo, es decir, con pleno acatamiento del ordenamiento constitucional y legal que establecía los requisitos de la revocatoria de la medida de aseguramiento y la preclusión de la investigación.

5. Por lo expuesto, condenó a MARÍA TERESA ARAUJO CALDERÓN como autora responsable del delito de prevaricato por acción agravado.

6. Al dosificar las penas, conforme a la punibilidad descrita en los artículos 413 y 415 del C.P. (sin el aumento del artículo 14 de la Ley 890 de 2004), el a quo fijó los límites legales en el primer cuarto. Luego, con fundamento en la valoración que hizo sobre la gravedad de la conducta, se apartó del mínimo y tasó las sanciones en el máximo permitido, esto es, 59 meses de prisión, 104 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y 77 meses de

inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

7. Finalmente, el Tribunal negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, concedió la sustitución de la pena de prisión por la domiciliaria y dispuso que la captura de MARÍA TERESA ARAUJO CALDERÓN se haría efectiva únicamente cuando quede en firme la sentencia condenatoria.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Defensa:

1. Para la defensa, el Tribunal incurrió en una errónea interpretación de la jurisprudencia utilizada para sustentar el fallo condenatorio, lo cual constituye un vicio en la motivación de la misma, irregularidad que considera puede ser subsanada por la Corte a través de una sentencia absolutoria o decretando la nulidad por motivación errada.

Sostiene que el a quo citó jurisprudencia relacionada con el delito de prevaricato por acción que evidentemente favorecía a la funcionaria. Sin embargo, la corporación de primera instancia la interpretó de manera errónea, comoquiera que le dio un sentido y alcance que dichas decisiones no tenían.

2. Por otra parte, solicita revocar la sentencia condenatoria de primera instancia y, en su lugar, absolver a la procesada MARÍA TERESA ARAUJO CALDERÓN. Su desacuerdo con el fallo del a quo se sustrae principalmente a la calificación que hizo de la conducta como contraria a derecho y que en relación con la misma no se había probado el dolo. Dichos argumentos se exponen a continuación:

2.1. Afirma que la decisión adoptada por ARAUJO CALDERÓN no es manifiestamente contraria a la ley. Lo anterior por las siguientes razones:

2.1.1. La funcionaria estaba facultada para i) revocar, de oficio, la medida de aseguramiento que le había sido impuesta a Pedro Barrera Duarte; y ii) decretar la preclusión de la investigación en cualquier momento en que considerara que la conducta no había existido o que el procesado no había participado en ella.

2.1.2. La decisión cuestionada se soportó en dos testimonios practicados con posterioridad a la imposición de la medida de aseguramiento, los cuales, para ARAUJO CALDERÓN, resultaban suficientes para derruir cualquier inferencia de autoría o participación del precitado respecto de la conducta investigada, esto es, el transporte de la sustancia estupefaciente incautada.

2.1.3. Lo que se presenta en este caso es una divergencia de criterios respecto del valor probatorio de las declaraciones que soportaron la revocatoria de la medida de aseguramiento y la preclusión de la investigación, circunstancia que, por sí sola, impide afirmar que la decisión sea manifiestamente contraria a la ley.

2.1.4. De acuerdo con el contenido del artículo 39 de la Ley 600 de 2000, no le era exigible a ARAUJO CALDERÓN agotar completamente la investigación para poder precluir la investigación.

2.2. Por otra parte, asegura que no se probó el aspecto subjetivo del tipo de prevaricato por acción agravado. Lo anterior en razón a lo que a continuación se expone:

2.2.1. No existe elemento probatorio que acredite que MARÍA TERESA ARAUJO CALDERÓN profirió la decisión cuestionada con el propósito de favorecer a Pedro Barrera Duarte.

2.2.2. La procesada revocó la medida de aseguramiento y decretó la preclusión de la investigación a favor de Pedro Barrera Duarte con la creencia invencible de que los testimonios sobrevinientes contaban con la capacidad probatoria para derruir cualquier inferencia de autoría o participación del precitado respecto de la conducta investigada, esto

es, el transporte de la sustancia estupefaciente incautada; y de contera, que su decisión se ajustaba al ordenamiento jurídico.

2.2.3. No es posible deducir el dolo por el hecho que la funcionaria no esperó a que arribaran al proceso las pruebas que había decretado. A lo sumo puede catalogarse como un error o una ligereza, que impide afirmar que lo pretendido por ARAUJO CALDERÓN era contrariar la ley o favorecer a Pedro Barrera Duarte.

2.2.4. Tampoco se acreditó que la procesada hubiese actuado con un ánimo corrupto.

2.2.5. Existen indicios que permiten entrever que la intención de la funcionaria nunca fue la de proferir una decisión manifiestamente contraria a la ley, a saber:

2.2.5.1. La comunicación remitida al procurador delegado a efecto de obtener su concepto sobre la revocatoria de la medida de aseguramiento, circunstancia que descarta que la funcionaria tuviese interés de proferir decisión manifiestamente contraria a la ley con el propósito de favorecer indebidamente a Pedro Barrera Duarte.

2.2.5.2. La decisión cuestionada no fue ocultada por la funcionaria, quien procedió a realizar la notificación correspondiente, demostrándose así que actuó con transparencia y que estaba obrando con la convicción invencible de actuar conforme al ordenamiento jurídico.

Procesada:

1. Para la censora, la mora en la notificación de la apertura de la investigación conllevó a la vulneración del debido proceso porque se conculcó el derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas. Y por otro, porque se vulneró el derecho de defensa.

1.1. Frente a lo primero, advierte que la Fiscalía tuvo un proceso activo por el término de 10 años sin que le hubiesen comunicado sobre el particular, circunstancia que a su juicio

contraviene lo dispuesto en el artículo 8° numeral 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que dispone que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable.

Destaca, de otro lado, que a pesar de que el presente proceso se adelanta contra una persona y por un solo delito -lo que impide afirmar que se trate de un asunto complejo-, la Fiscalía mantuvo inactiva la investigación por el término de 10 años sin justificación alguna, circunstancia que permite concluir que no se respetaron los plazos con arreglo de los cuales deben adelantarse las actuaciones judiciales.

1.2. En cuanto a lo segundo, la procesada señala que la mora descrita le imposibilitó ejercer actividades defensivas, dado que, al desconocer sobre la existencia de la investigación, no pudo i) recaudar pruebas trascendentales (declaraciones de Pedro Barrera Duarte y su defensor); y ii) asegurar los elementos materiales probatorios favorables (constancias de requerimiento a diferentes autoridades).

Sostiene que el principio de permanencia de la prueba no puede utilizarse para validar la inactividad en la que incurrió la Fiscalía, pues el reproche no se sustenta exclusivamente por la imposibilidad de conocer las pruebas practicadas, sino en la imposibilidad de tomar acciones defensivas tendientes a discutir la capacidad demostrativa de las pruebas de cargo, a través de la presentación de otros elementos favorables.

Adicionalmente, añade que no tuvo la oportunidad de contar con defensa técnica que velara por sus intereses dentro del proceso.

1.3. Por otra parte, afirma que la solicitud de nulidad adquiere mayor fortaleza si se tiene en cuenta que recusó al doctor Jairo Humberto Ramírez Moros, fiscal 1° delegado ante el Tribunal Superior de Cúcuta, aduciendo una enemistad entre ella y el referido funcionario, dado que interpuso denuncia en contra de la cuñada de dicho funcionario (Sandra Paredes, ingeniera adscrita a la Fiscalía-seccional Cúcuta).

2. Solicita revocar la sentencia condenatoria de primera instancia y, en su lugar, se profiera sentencia absolutoria a su favor. En similares términos a los descritos por la defensa, el desacuerdo con la sentencia de primera instancia se sustrae principalmente a la calificación que hizo de la conducta como contraria a derecho y que en relación con la misma no se había probado el dolo. Lo anterior de acuerdo con lo siguiente:

2.1. Sostiene que la decisión no es manifiestamente contraria la ley comoquiera que:

2.1.1. El Tribunal, a pesar de indicar que la decisión cuestionada valoró de manera sesgada y caprichosa las pruebas a efecto de proferir la decisión cuestionada, no indicó cuál fue la regla de la sana crítica desconocida que permita afirmar que es manifiestamente contraria a la ley.

2.1.2. La decisión cuestionada puede catalogarse como razonable comoquiera que, de la valoración conjunta de las pruebas con las que contaba al momento de proferirla, se extrae que Pedro Barrera Duarte no había participado en la comisión del punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. A efecto de sustentar dicha afirmación señaló:

2.1.2.1. De acuerdo con la costumbre del sector de transportistas, "...y más en la Costa..." (sic), resulta normal que Wilson Díaz Ariza se ofreciera para llevar a Pedro Barrera Duarte a la ciudad de Cúcuta, lugar al que este último se dirigía a efecto de acceder a una oferta laboral propuesta por Jaime Morales Villarreal, quien corroboró dicha información.

2.1.2.2. No resulta extraño que Wilson Díaz Ariza le hubiese solicitado a Barrera Duarte manejar el automotor si se tiene en cuenta que i) el viaje de Bogotá a Cúcuta -que era de dónde venía el vehículo de descargar un pedido de pollos- se demora alrededor de 14 horas, por lo que el primero debía venir con el agotamiento propio de un viaje tan extenso; y ii) Díaz Ariza conocía a Barrera Duarte como conductor.

2.1.2.3. De acuerdo con lo descrito por Pedro Barrera Duarte en diligencia indagatoria,

Wilson Díaz Ariza le pidió que manejara más rápido porque tenía que madrugar a cargar el automotor, información corroborada por José Iván Téllez Hernández (propietario del vehículo).

2.1.2.4. José Iván Téllez Hernández y Pedro Barrera Duarte señalaron que no se conocían, lo que permite deducir que no se concertaron para rendir una declaración amañada.

2.1.2.5. No existe prueba que acredite que entre Pedro Barrera Duarte y Wilson Díaz Ariza existiera un acuerdo previo para transportar la sustancia estupefaciente.

2.1.2.6. La actitud de Pedro Barrera Duarte ante los distintos requerimientos de la Policía permite inferir que no sabía que la sustancia estupefaciente se encontraba en el automotor, lo que demuestra la ausencia de intervención en el punible que era investigado.

2.1.2.7. Durante el procedimiento en el que el vehículo fue retenido en el municipio de Pamplona, uno de los agentes solicitó permiso para inspeccionar el vehículo, ante lo cual Pedro Barrera Duarte no se opuso y guardó silencio, en contraste con Wilson Díaz Ariza, quien se opuso a ello manifestando que estaba sellado.

2.1.3. Si bien la argumentación anteriormente expuesta no fue consignada en la decisión cuestionada, no es posible afirmar que la determinación adoptada se haya soportado en una valoración probatoria amañada, es decir, contraria a los postulados de la sana crítica.

2.1.4. De la lectura de la decisión cuestionada se extrae que la investigación continuó en contra de Wilson Díaz Ariza, en tanto que, en lo que atañe exclusivamente a Pedro Barrera Duarte, se dedujo que el hecho no había existido, lo cual de manera alguna indica que el estupefaciente no existiera.

2.1.5. No es posible deducir la manifiesta contrariedad entre la ley y la decisión por el hecho que no hubiese esperado a que las declaraciones de los agentes de policía arribaran al

proceso, pues como lo ha indicado la jurisprudencia, solo es posible valorar la realidad procesal bajo la cual el funcionario profirió la decisión.

2.2. Por otra parte, refiere que no se encuentra acreditado el aspecto subjetivo del tipo penal en razón a lo siguiente:

2.2.1. Existen 2 indicios que permiten acreditar que actuó de acuerdo con el ordenamiento jurídico, a saber: i) la comunicación remitida al procurador delegado a efecto de obtener su concepto sobre la revocatoria de la medida de aseguramiento; y ii) la notificación de la decisión cuestionada, lo cual indica que no fue ocultada.

2.2.2. La decisión cuestionada puede recaer en un yerro de motivación, pero esa circunstancia no permite afirmar que se hayan desconocido las reglas atinentes a la valoración probatoria, por lo que se hace evidente la falta de intensidad y determinación en trasgredir el ordenamiento jurídico.

2.2.3. No se acreditó que hubiese actuado con un ánimo corrupto, o que existiese un interés personal o económico con relación al asunto puesto a su conocimiento.

2.2.4. No puede deducirse el dolo por el hecho que haya sido investigada por hechos ajenos a los que se ventilan en el presente asunto, y tampoco porque no haya esperado a que arribaran al proceso las declaraciones de los agentes de policía que había decretado.

2.3. Finalmente, indicó que el Tribunal incurrió en un yerro al dosificar la pena impuesta, comoquiera que no se acompasan a los principios de proporcionalidad y razonabilidad al fijar la pena en el máximo del cuarto mínimo.

NO RECURRENTES

El delegado de la Fiscalía solicita se mantenga la decisión adoptada en primera instancia. A

efecto de sustentar su pretensión, aduce lo siguiente:

1. La decisión adoptada por MARÍA TERESA ARAUJO CALDERÓN es manifiestamente contraria a la ley. Lo anterior en razón a lo que a continuación se expone:

1.1. las declaraciones sobrevinientes no cuentan con la capacidad para desvirtuar el soporte probatorio a través del cual se impuso la medida de aseguramiento en contra de Pedro Barrera Duarte.

1.2. La decisión cuestionada trasgrede los preceptos contenidos en los artículos 363 y 39 de la Ley 600 de 2000.

1.3. El comportamiento desplegado por ARAUJO CALDERÓN se muestra acompañado de la intención de favorecer a Pedro Barrera Duarte.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia.

De acuerdo con el artículo 75-3 de la Ley 600 de 2000, estatuto procesal por el cual se surte la presente actuación, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer los recursos de apelación contra autos y sentencias que profieran en primera instancia los tribunales superiores de distrito.

Cabe precisar que la competencia en segunda instancia es funcional, esto es, limitada al estudio de los argumentos de inconformidad expuestos oportunamente por el apelante y de aquellos que estén ligados de manera inescindible. Sin embargo, inicialmente la Sala se ocupará de abordar la nulidad propuesta por la defensa y la procesada, por así imponerle el principio de prioridad que regula tal instituto jurídico.

2. De la nulidad.

La Ley 600 de 2000 consagra como motivos de nulidad, la falta de competencia del funcionario judicial, la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso y la violación del derecho de defensa¹¹.

También prevé cuándo procede su declaratoria de oficio, la oportunidad y forma de proponerlas y los principios que las rigen, entre ellos los de taxatividad, acreditación, protección, convalidación, instrumentalidad, trascendencia y residualidad, con los que se busca limitar la tendencia a invalidar el trámite procesal por la sola existencia de la irregularidad¹².

2.1.1. La Sala ha precisado cuáles son las situaciones que pueden dar lugar a la nulidad de la sentencia por violación del deber de motivación, a saber: (i) ausencia de motivación, porque no se consignan las razones de orden probatorio, ni los fundamentos fácticos y jurídicos en que se apoya la decisión; (ii) motivación insuficiente, incompleta o deficiente, cuando los motivos aducidos son insuficientes e impide saber cuál es el fundamento de la decisión, o se omite el análisis de los alegatos de los sujetos procesales en aspectos trascendentales para resolver el problema jurídico planteado; y (iii) motivación equívoca, ambigua, ambivalente o dilógica, cuando el fundamento de la decisión se apoya en conceptos excluyentes, imposibilitando conocer el contenido de la motivación, o las razones expuestas en ella son contrarias a la determinación finalmente adoptada en la parte resolutive¹³.

2.1.2. En el asunto examinado se advierte que la defensa no precisó la modalidad en la que se presentaba el supuesto vicio y su importancia respecto de la decisión condenatoria.

Nótese que su argumentación estuvo encaminada a señalar que el Tribunal incurrió en una

errónea interpretación de la jurisprudencia utilizada para sustentar el fallo condenatorio, lo cual no acredita alguna de las situaciones que pueden dar lugar a la nulidad de la sentencia por violación del deber de motivación.

Por ello, no se accederá a la solicitud de nulidad propuesta por la defensa.

Por otra parte, la Sala tampoco encuentra acreditado que la sentencia de primera instancia hubiese incurrido en una interpretación errónea de la jurisprudencia que aplicó.

Nótese que el Tribunal, al realizar el estudio legal y jurisprudencial del delito de prevaricato por acción, trajo a colación las siguientes sentencias: i) CSJ SP 3 jul. 2013, rad. 38005; ii) CSJ SP 26 may. 1998, rad. 13628; y iii) CSJ SP 18 jun. 2008, rad. 29382.

Ahora, corresponde señalar que el a quo utilizó las sentencias mencionadas exclusivamente a efecto de realizar el estudio dogmático del delito en comento, sin que hiciera mención alguna en cuanto a los casos en concreto que fueron resueltos en cada una de ellas.

A partir de ello, la Sala considera que de manera alguna la primera instancia incurrió en una errónea interpretación de la jurisprudencia, comoquiera que no se observa que hubiese conferido un efecto limitado o excedido distinto al derivado objetivamente de su contenido, concretamente en lo que atañe al entendimiento que la Sala le ha dado a la expresión “manifiestamente contrario a la ley”, a la necesidad de llevar a cabo un juicio ex ante, y a la exigencia de tener por acreditado que el autor sabía que actuaba en contra del derecho y que, tras ese conocimiento, voluntariamente decidió vulnerarlo.

2.2. Nulidad por la falta de enteramiento a la procesada de la existencia de la actuación durante la fase de investigación previa.

2.2.1. La Sala ha mantenido la posición de que la falta de notificación o comunicación al

imputado conocido sobre el inicio de la investigación previa no corresponde a un acto estructural del proceso penal y no comporta una afrenta contra el ejercicio del derecho de defensa en su componente de contradicción. Sobre el particular se ha indicado:

La Corte ha enfatizado en varias oportunidades que la falta de comunicación de la resolución mediante la cual se ordena la investigación previa no es constitutiva de irregularidad sustancial que deba remediarse a través del mecanismo de la nulidad, toda vez que tratándose de una fase contingente que obviamente no forma parte de la estructura del proceso y sometida a cierta discrecionalidad del instructor, su existencia y validez no son dependientes del acto de notificación al imputado conocido.

Además, la etapa preprocesal a la que alude el artículo 322 del Código de Procedimiento Penal no es obligatoria, pues está supeditada, entre otros motivos, a la inexistencia de hechos y antecedentes dentro de la actuación que permitan colegir que una persona debidamente identificada o individualizada pudo ser autora o partícipe de una conducta punible.

Por tanto: la ausencia de notificación criticada por el censor carece de la transcendencia necesaria como para acceder al decreto de nulidad por él solicitado.¹⁴

Sólo se ha admitido un remedio de tal naturaleza cuando la prueba recaudada en esta fase es la que fundamenta la sentencia y no se contó con la posibilidad de confrontarla en etapa posterior. Por ello, se ha sostenido lo siguiente:

Únicamente cuando la prueba recaudada en esa fase se constituye en la prueba de cargo que soporta el fallo y en etapa posterior, el funcionario judicial de manera arbitraria, niega la oportunidad cierta a las partes de confrontarla, eventualmente podría haber lugar a la nulidad de la actuación.

Y es que, si bien el artículo 81 de la Ley 190 de 1995, en su inciso 5º -invocado por la

recurrente- establecía la obligación para el funcionario instructor, de informar al imputado o imputados conocidos la iniciación de la investigación previa pues dispuso que “en caso de existir imputado o imputados conocidos, de la iniciación de la investigación, se notificará a éste o éstos, para que ejerzan el derecho de defensa”, lo cierto es que no solo esta norma fue derogada por el artículo 535 de la Ley 600 de 2000 y por lo tanto, dejó de producir efectos en el ordenamiento jurídico¹⁵, sino que solo en aquellos eventos en que en el curso del proceso materialmente sea imposible controvertir los medios de conocimiento practicados en tan preliminar momento, porque por ejemplo, se pretermita la indagatoria, o caprichosamente se niegue la práctica de las pruebas indispensables para controvertir la imputación, sería posible predicar la ruptura de las referidas garantías.¹⁶

De acuerdo con lo referido, se tiene que el 2 de agosto de 2006 la Fiscalía 1° Delegada ante el Tribunal Superior de Cúcuta, en concordancia con el artículo 332 de la Ley 600 de 2000, dispuso el inicio de la investigación previa y ordenó algunas labores para acreditar la calidad de servidora pública de MARÍA TERESA ARAUJO CALDERÓN.

En virtud de ello, mediante oficio suscrito el 25 de octubre de 2006 por un analista de desarrollo humano de la Fiscalía General de la Nación, se aportó la resolución de nombramiento, acta de posesión y certificación de tiempo de servicio de ARAUJO CALDERÓN.

Luego, el 13 de diciembre de 2010 se dispuso la apertura de la instrucción y se ordenó i) oír en declaración a Manuel Gustavo Celis Rincón y a Alfredo Jurgensen Rangel; ii) solicitar a la oficina de Ad-Postal se sirva informar la fecha de recibido en la Fiscalía Especializada de la correspondencia enviada por la Fiscalía Seccional de Pamplona mediante oficio No. 312 de fecha 7 de marzo de 2005 que contenía el despacho comisorio que hacía parte de la investigación 104264; iii) practicar diligencia de inspección judicial a las diligencias adelantadas bajo el radicado 106724; iv) solicitar los antecedentes penales y disciplinarios de ARAUJO CALDERÓN; y v) comisionar a la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de

Cartagena para llevar a cabo diligencia indagatoria.

El 1° de abril de 2011 se escuchó en declaración a Alfredo Jurgensen Rangel, y mediante oficio del 13 de julio de 2011 se aportó el reporte de antecedentes penales de ARAUJO CALDERÓN.

El 14 de octubre de 2015 se ordenó nuevamente oír en indagatoria a la precitada, para lo cual se dispuso nuevamente llevar a cabo labores investigativas para su ubicación. El 26 de noviembre siguiente se insistió en la ubicación de ARAUJO CALDERÓN y el 26 de abril de 2016 se llevó a cabo la diligencia indagatoria, quedando así vinculada formalmente a la actuación y con ello, habilitada para desplegar plenamente su actividad probatoria no sólo de cara a las fases que se avecinaban sino de los elementos recaudados de manera previa.

De acuerdo con lo descrito, la Sala observa que, si bien en esa etapa preliminar se desarrollaron algunas actividades de orden investigativo, ninguna de ellas fue determinante para la adopción del fallo o se impidió ejercer posteriormente el derecho de contradicción sobre dicho recaudo probatorio, a tal punto de afectar el derecho de defensa, pues verificada la actuación, se tiene que la implicada contó con la oportunidad de conocer y controvertir las evidencias recaudadas en tal momento procesal, incluso pudo, al conocerlas, solicitar pruebas tendientes a enervar su valor probatorio.

Por otra parte, si bien la procesada manifiesta que no pudo recaudar pruebas trascendentales, como lo son las declaraciones de Pedro Barrera Duarte y su defensor, lo cierto es que de manera alguna se le impidió solicitarlas y no explicó las razones que le impidieron hacerlo una vez fue vinculada al proceso.

Además, advierte ARAUJO CALDERÓN que no pudo asegurar los elementos materiales probatorios favorables como lo eran las constancias de requerimiento a diferentes autoridades. Sin embargo, no explicó de qué manera esa circunstancia resultaba trascendental dentro del presente asunto a efecto de derruir la responsabilidad penal.

Como lo ha indicado la Sala, el hecho de que la recurrente pregone genéricamente que la defensa no pudo pedir o recolectar “pruebas”, sin precisar cuáles y su incidencia frente a su concreta situación, en nada cambia las cosas, pues lo que se demuestra es que escasamente dejó enunciado el reparo sin ocuparse de demostrar la trascendencia de lo alegado.

Es más, si se revisa con detenimiento la actuación, se observa que, entre el inicio de la investigación previa y la diligencia de indagatoria, no se allegó elemento de convicción alguno que comprometiera la responsabilidad de la implicada, adicional a que fue necesario insistir en la ubicación de la misma, lo cual termina por desvirtuar por completo el supuesto desconocimiento del debido proceso y el derecho de defensa.

2.2.2. De otra parte, si bien la procesada sostiene que la prolongación en la falta de notificación constituyó una dilación injustificada que afecta el debido proceso, lo cierto es que ese genérico argumento no permite afirmar a la Sala que durante la investigación previa, o posteriormente por efecto de la misma y el desconocimiento de su existencia por parte de ARAUJO CALDERÓN, se hayan restringido indebidamente garantías fundamentales, lo que repercutiera de manera nociva en el adecuado ejercicio de la contradicción y la defensa luego de que fuese vinculada al proceso mediante la diligencia indagatoria.

2.2.3. Adicionalmente, tampoco se advierte que la recusación propuesta por MARÍA TERESA ARAUJO CALDERÓN en contra de Jairo Humberto Ramírez Moros (fiscal 1° delegado ante el Tribunal Superior de Cúcuta) refuerce la solicitud de nulidad propuesta, comoquiera que al interior del proceso se declaró infundada dicha recusación mediante providencia proferida el 8 de junio de 2018 por la Fiscalía Segunda Delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

3. Del delito de prevaricato por acción.

El tipo penal de prevaricato por acción se encuentra definido en el artículo 413 del Código Penal, en los siguientes términos:

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) meses¹⁷.

En su aspecto objetivo, se ha considerado un ilícito de resultado, en el que la descripción típica tiene la siguiente estructura básica: (i) un sujeto activo calificado, es decir, servidor público; (ii) una resolución, dictamen o concepto proferido por éste en función de su cargo; y (iii) la manifiesta contrariedad con la ley predicable de aquel pronunciamiento. (CSJ AP, 31 oct. 2018, Rad. 49.202).

En efecto, si para la activación de la persecución penal la Carta Política requiere la existencia de una conducta típica, o lo que es lo mismo, objetivamente ajustada a alguno de los comportamientos sancionables descritos en la legislación sustantiva, para el contexto del prevaricato por acción derivado de una equivocada aplicación del ordenamiento jurídico, esta Corporación ha indicado que resulta necesario:

(i) delimitar las normas aplicables al caso; (ii) precisar la manera como las mismas fueron aplicadas por el sujeto activo; y (iii) realizar un juicio valorativo, que no está orientado a establecer la corrección de la decisión, sino su manifiesta contradicción con el ordenamiento jurídico.¹⁸

En cuanto al elemento subjetivo del tipo, el delito de prevaricato por acción sólo es atribuible a título de dolo, conforme al artículo 21 del Código Penal, según el cual todos los delitos de la parte especial corresponden a conductas dolosas salvo cuando se haya previsto

expresamente que se trata de comportamientos culposos o preterintencionales.

Así, la Corte ha puntualizado que para condenar por esta modalidad delictiva “resulta imprescindible comprobar que el autor sabía que actuaba en contra del derecho y que, tras ese conocimiento, voluntariamente decidió vulnerarlo” (CSJ SP, 27 jul. 2011, Rad. 35.656).

De esa forma, al no existir una previsión concreta de tal naturaleza en la redacción del artículo 413 precitado, su configuración se circunscribe a la idónea demostración de que el agente obró con el conocimiento y la voluntad de contrariar palmariamente el orden jurídico a través de la determinación adoptada.

4. Estudio de fondo frente al delito de prevaricato por acción.

4.1. El 4 de febrero de 2005, el teniente coronel Cesar Aurelio Rojas Tapias puso a disposición de la Fiscalía al aprehendido Pedro Barrera Duarte, al vehículo automotor de placa BGI-968 y aproximadamente 34 kilogramos de cocaína.

El 7 de febrero del mismo año se dispuso la apertura de la instrucción en contra de Pedro Barrera Duarte por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Ese mismo día se escuchó en indagatoria al aprehendido.

El 11 de febrero siguiente, MARÍA TERESA ARAUJO CALDERÓN (actuando en condición de fiscal 9ª especializada de Cúcuta) resolvió la situación jurídica de Pedro Barrera Duarte imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

En esa misma providencia, por considerarlo necesario para la investigación, dispuso oír la declaración de los siguientes miembros de la Policía Nacional: i) teniente coronel Cesar Aurelio Rojas Tapias; ii) agentes Andrés Gutiérrez Sarmiento y Pablo Emilio Martínez Rojas; iii) patrulleros William López Velázquez y Reymon Chaustre Zambrano; iv) subintendentes

Wilson Leal García y José Alexander Arias Rincón; y v) intendente Humberto Calderon Pérez.

Así mismo, ordenó recibir la declaración de los ciudadanos José Iván Téllez Hernández y Jaime Morales Villarreal, la cuales se recibieron el 17 de febrero y el 2 de marzo de 2005, respectivamente.

El 22 de marzo siguiente MARÍA TERESA ARAUJO CALDERÓN, de oficio, revocó la medida de aseguramiento que le había impuesto a Pedro Barrera Duarte y resolvió precluir la investigación a favor del mismo.

Descrito lo anterior, la Sala efectuará la valoración en punto de la legalidad de lo considerado y decidido por MARÍA TERESA ARAUJO CALDERÓN en la determinación anteriormente referida. Previo a ello, resulta necesario realizar las siguientes precisiones:

4.2. De la imposición de la medida de aseguramiento.

4.2.1. El artículo 28 de la [Constitución Política](#) establece como norma general la libertad de las personas; y como excepción su detención en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y “por motivo previamente definido en la ley”.

El artículo 355 de la Ley 600 de 2000 establece que la medida de aseguramiento de detención preventiva tiene como finalidades «garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o evitar que pueda ejecutar labores encaminadas a ocultar, destruir o deformar elementos materiales probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria».

Así las cosas, además de la gravedad de la conducta debe tenerse en cuenta los fines de la

medida cautelar al momento de decidir sobre la privación de la libertad, por cuanto se trata de una medida que excepcionalmente debe afectar a la persona amparada por la presunción de inocencia, mientras en el proceso no haya sido declarada responsable penalmente de la conducta investigada mediante decisión que haga tránsito a cosa juzgada material.

Por su parte, el artículo 356 de la misma normatividad refiere que solamente se tendrá como medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva, la cual se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso.

4.2.2. En el caso que ahora se analiza, la privación de la libertad impuesta por MARÍA TERESA ARAUJO CALDERÓN a Pedro Barrera Duarte como presunto autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes se sustentó así:

En cuanto a la materialidad infraccional del comportamiento por el que se procede, tenderemos que admitir que se encuentra conformada por el Informe de fecha cuatro (4) de Febrero de la presente anualidad, suscrito por el Teniente Coronel, CESAR AURELIO ROJAS TAPIAS, Comandante del 3o. Distrito de la Policía de Pamplona; por el acta de Inspección y Prueba de Campo a la Sustancia Estupefaciente incautada, integrada por treinta y tres (33) paquetes tipo panela, que se hallaban dentro de dos maletas o valijas, arrojando un peso bruto de 34.300 gramos, que al añadirle en forma separada el Reactivo Scot, unas gotas de ácido clorhídrico y Cloroformo, en todas las tres oportunidades dio resultado preliminar positivo para cocaína y sus derivados; y, por último, con Acta de destrucción del Remanente del Alcaloide, que arrojó un Peso Neto de 33.070 gramos.

En lo atinente al factor de responsabilidad, vemos que esta se encuentra debidamente acreditada por una parte, habida cuenta que la aprehensión del sujeto agente, se produjo en situación de flagrancia, por ser la persona que se desplazaba en la cabina del vehículo clase

camión furgón, tipo Termoking, de placa BGI-968, en el que se transportaba el estupefaciente de marras y por otra parte, al no haber dado en sus descargos una explicación satisfactoria de su participación en la conducción del rodante, sus relaciones con el propio conductor y la presencia de las maletas en el vehículo, las cuales contenían el Estupefaciente.

Si examinamos el informe suscrito por el Teniente Coronel, CESAR AURELIO ROJAS TAPIAS, tenemos que admitir que la carrera desenfrenada del que conducía el rodante inmovilizado, estaba justificada en la carga que llevaba camafuflada (sic), que como lo afirma el sindicato, de haberse percatado de la presencia de la Policía, de seguro hubiese disminuido la velocidad o no hubiese sobrepasado otros vehículos por su parte contraria, infringiendo las normas de Tránsito. Pero desafortunadamente para él, las Autoridades iban de civil, pues, cumplían patrullajes preventivos, para contrarrestar el accionar de las bandas delincuenciales dedicadas a la piratería terrestre, al escoltar dos buses de Transporte Interdepartamental, que cubrían la ruta Bucaramanga-Pamplona, lo que les causó curiosidad al pensar que el rodante era robado, situación que se tornó en simple casualidad.

Tenemos entonces una serie de indicios que compromete la responsabilidad penal del endilgado PEDRO BARRERA DUARTE, tales como el indicio de presencia, el de mala justificación, que unidos entre sí y coadyuvados con retención en flagrancia, nos llevan a predicar su autoría en el evento que ocupa nuestra atención. Los indicios no son vagos y confusos, a contrario sensu, estos son lo suficientemente claros para predicar con meridiana claridad, que el aludido BARRERA DUARTE, se encuentra seriamente comprometido en el comportamiento que ocupa nuestra atención.

Pues, para el Despacho no resulta convincente la exculpativa ofrecida por el sumariado, ya que aceptó ser la persona que se desplazaba en el rodante en que se halló el sicotrópico, y fue quien en todo momento se apersonó de la situación ante los Policiales, aspecto que lo ata de manera directa como coautor, máxime que su captura se operó en situación de

flagrancia.

Efectuada la descripción de las pruebas legalmente producidas en el transcurso investigativo, encontramos que son éstas las probanzas arrojadas a la investigación, existiendo por consiguiente graves indicios de responsabilidad, suficientes para endilgarle al sindicado BARRERA DUARTE, responsabilidad al haber infringido la hipótesis normativa codificada en el Artículo 376 del Código de Penas.

De lo anterior se concluye que emergen los elementos de juicio y de convicción necesarias para anunciar la Imposición de la Medida de Aseguramiento de Detención Preventiva contra el procesado, toda vez que sus argumentos defensivos, no tienen la capacidad suficiente de desvirtuar la Situación de Flagrancia en que fue descubierto, en otras palabras, sus justificaciones no colman las expectativas de la verdad procesal.

Como en dicho informe se advierte, que el hoy capturado iba acompañado en la cabina del automotor por otro individuo, a quien no obstante encontrarse dentro de las instalaciones del Comando policial, salió a efectuar una llamada telefónica, para reportar los hechos a la Empresa y jamás regresó, desconociéndose su ubicación o el rumbo que tomó y como se tiene conocimiento por los descargos de BARRERA DUARTE; de que se trata del legítimo Conductor del rodante WILSON DIAZ, de quien se refiere el encartado le dio la cola de Bucaramanga a Cúcuta y en virtud a que en la denuncia sobre la demora en llegar del carro a su destino y el silencio del Conductor, no se menciona la ruta Bucaramanga – Cúcuta, necesariamente debemos incluir que no resulta convincente la exculpativa que nos suministra el inculpado retenido, pues esta se torna demasiado ingenua, toda vez que no es creíble, en primer término, que un conductor que guía un vehículo valorado en la suma de \$ 120.000.000.00, detenga su marcha para recoger en el camino a una persona a quien solo conoce de vista desde hace seis meses y como si fuera poco, le permita de la forma más tranquila que conduzca el automotor, o se lo deje en custodia, notándose que estos actuaban de común acuerdo y en sociedad y ante el temor de ser descubierto el alijo

camuflado, WILSON, huyó.

Si bien, en estos instantes en que se está resolviendo la situación jurídica del capturado, se allegó al plenario, por parte del Abogado GABRIEL PORRAS ROA, la Denuncia No. 0371 de Febrero 3/05, que formuló en la Sijín de Bucaramanga, el Señor JOSE IVAN TELLES HERNANDEZ, en la cual da a conocer que quien tenía la responsabilidad del tracto-camión, en su calidad de Conductor, era precisamente el Señor WILSON DIAZ ARIZA, quien para el día dos (2) de los cursantes mes y año, cubrió la ruta de Bucaramanga a Bogotá, transportando pollos en canal refrigerado de la Empresa "POLLOSAN", que funciona en el Municipio de Lebrija (Santander), y que al día siguiente (Febrero 3/05), a eso de las diez (10:00) de la mañana, se comunicaron telefónicamente con el referido DIAZ ARIZA, quien les expresó que en ese momento se hallaba descargando, sin ninguna novedad; máxime cuando según su dicho se conocían de vista desde seis meses atrás y ambos según la injurada manejaban el rodante.

De consiguiente, habrá de vincularse a la investigación e impartirse las correspondientes órdenes de captura, contra el ciudadano WILSON DIAZ ARIZA, residente en el Barrio "La Cumbre" de Bucaramanga (Santander), y de quien podrá suministrar mayor información sobre su localización, el Señor JOSE IVAN TELLES HERNANDEZ.

No comparte esta Delegada, los planteamientos de la Defensa, puesto que el compromiso delictual de BARRERA DUARTE, encuentra respaldo no solo en el estado de flagrancia en que fue sorprendido cuando conduciendo el rodante al ser requerido para su requisa, le fue encontrado camuflado dentro de la carga, las dos maletas que contenían la droga estupefaciente, sino que existen indicios de naturaleza grave que compromete su responsabilidad en el injusto que se investiga.

Así las cosas, se tiene que en este momento procesal, la Fiscalía encuentra que de los elementos probatorios existentes en el proceso sobre la ocurrencia el hecho y de los

aspectos subjetivos de la responsabilidad, resulta un compromiso delictual del procesado, colmándose de esta manera las exigencias para fulminar Medida de Aseguramiento consistente en DETENCION PREVENTIVA, contra el ciudadano PEDRO BARRERA DUARTE, como coautor penalmente responsable de la conducta punible descrita en la Adecuación Típica Provisional, puesto que se reúnen los requisitos sustanciales de que trata el artículo 356 de la norma adjetiva penal, conforme se ha dicho en precedencia. (Sic).

4.3. De la revocatoria de la medida de aseguramiento.

4.3.1. El artículo 363 de la Ley 600 de 2000 regula la figura de la revocatoria de la medida de aseguramiento en los siguientes términos:

ART.363. -Revocatoria de la medida de aseguramiento. Durante la instrucción, de oficio o a solicitud de los sujetos procesales, el funcionario judicial revocará la medida de aseguramiento cuando sobrevengan pruebas que la desvirtúen.

La Corte Constitucional en sentencia C-774 de 2001 declaró exequible de manera condicionada dicha norma, en el sentido de que en la apreciación de las causales de revocatoria de la detención preventiva debe tenerse en cuenta también la consideración sobre la subsistencia de su necesidad en atención a los fines que llevaron a decretarla.

A partir de lo anterior, la Sala ha precisado que la revocatoria de la medida de aseguramiento solo es posible cuando sobrevengan pruebas que desvirtúen los requisitos legales para su operancia o cuando no sea necesaria por haberse superado sus objetivos constitucionales y sus fines rectores.

En ese orden, la revocatoria de la medida de aseguramiento exige el surgimiento de nuevas pruebas, pues si el caudal probatorio es el mismo que sirvió para sustentar la imposición de la medida, no procede la petición.

Además se ha precisado que, para revocar la medida de aseguramiento (de oficio o a solicitud de los sujetos procesales), resulta necesario que la prueba sobreviniente sea de tal entidad y con la fuerza necesaria para acreditar que los presupuestos que sustentaron la privación de la libertad desaparecieron.

4.3.2. Ahora bien, para la funcionaria acusada la revocatoria de la detención preventiva de Pedro Barrera Duarte era justificable, con apoyo en la valoración mancomunada de las siguientes pruebas sobrevinientes: i) declaración de José Iván Téllez Hernández (propietario del vehículo en el que se halló el estupefaciente); y ii) declaración de Jaime Morales Villarreal (conocido de Pedro Barrera Duarte).

4.3.2.1. José Iván Téllez Hernández en su deposición refirió:

PREGUNTADO. Diga si se ratifica bajo juramento del contenido de la denuncia No. 0371 de febrero 04 de 2005, que instauró contra desconocidos, por la conducta punible de HURTO CALIFICADO, respecto del vehículo clase camión, FURGON refrigerado, marca Chevrolet Kodiak 240, Modelo 1996, tipo furgón, color blanco calma, servicio público, de placas BGI-968. CONTESTO: Sí me ratifico del denuncia que instauré. PREGUNTADO. Diga a qué empresa está afiliado en vehículo, cuáles son las rutas que cubre y qué clase de mercancía transporta. CONTESTO. El camión se encuentra afiliado a la empresa TRC (Transportes Refrigerados de Colombia, ubicado en la CARRERA 27 No. 122-27 Parqueadero Lechesan Bucaramanga, teléfono 6363749, siendo en Santander la Representante Legal de la señora YAJAIRA SEQUEDA. Las rutas que cubre el camión son: Lebrija - Bogotá; Lebrija-Neiva; Lebrija-Barranquilla y Cartagena; Lebrija-Valledupar; Lebrija - El Banco Magdalena, Lebrija - Medellín, Lebrija- Pereira e Ibagué. La mercancía que se transporta es POLLO en Canal de la empresa POLLOSAN S. A. PREGUNTADO: Quién es su conductor, desde qué fecha labora como tal, cuanto devenga según su contrato. CONTESTO. Tengo dos (2) conductores el conductor fijo es HENRY MARIN ORTIZ, el cual se identifica con c.c. 91.105650 de El Socorro, puede ser citado en el abonado 79.769.378.

HENRY MARIN labora para mí hace aproximadamente 5 años gana el 10% de lo que vale el flete. WILSON DIAZ ARIZA, es turnador lo conozco hace 2 años y me manejó una turbo por seis meses y estaba turnando el camión hurtado gana igualmente el 10% del flete en cada viaje no tienen salario mensual fijo. No posee hoja de vida ya que labora es por porcentaje y ocasionalmente. PREGUNTADO. Haga una descripción física de la piel moreno, contextura mediana, pelo oscuro crespo pero bien rasurado, ojos café oscuro, se deja bigote escaso. No tiene ninguna señal particular. PREGUNTADO. Precise qué itinerario debía cumplir WILSON DIAZ ARIZA después de descargar el pollo en Bogotá y si estaba autorizado para dirigirse a Cúcuta. CONTESTO. El día 02 de febrero de 2005, salió aproximadamente a las 3:00 de la tarde de Lebrija hacía Bogotá; el día 03 de febrero de 2005, descargó el pollo en Bogotá en la empresa POLLOSAN en la Plaza de las Flores y se regresó a Bucaramanga como a las 12:00 del medio día cargado de canastas vacías. En ningún momento tenía autorización de viajar a Cúcuta. El motivo era que yo me había comprometido con la señora YANETH Jefe de Tráfico de POLLOSAN Lebrija para cargar el día 04 de febrero a las 8:00 de la mañana un viaje de pollo para Neiva. PREGUNTADO: Qué vínculo tiene con la empresa POLLOSAN y en dónde funciona. CONTESTO. Transporte el pollo a dicha empresa desde hace unos 13 meses sin que exista un contrato escrito, me llaman (sic) cada vez que necesitan el camión para un viaje y salen unos dos o tres viajes a la semana. La empresa queda en la CARRERA 17E No. 59-57 Bucaramanga y la planta de sacrificio en el municipio de Lebrija que es donde se recoge el viaje de pollo teléfono 6566298. PREGUNTADO. Sabe o tiene conocimiento en dónde se encuentra en la actualidad WILSON DIAZ ARIZA y si después de los hechos se ha reportado a la empresa; si en los viajes que cumplía se le asignaba algún copiloto. CONTESTO. Desde el día 02 de febrero de 2005, que se fue a viajar a Bogotá, no se nada de él y el celular siempre contesta buzón, yo estoy preocupado por él; le he preguntado a los que lo conocen y nadie da razón; a la empresa no se ha presentado por cuanto no tiene ningún vínculo laboral con la empresa. No se le nombraba ayudante o copiloto; mis conductores viajan solos. PREGUNTADO; Conoce a PEDRO BARRERA DUARTE, lo ha oído nombrar o sabe si tiene algún vínculo con WILSON DIAZ ARIZA. CONTESTO. No lo conozco

ni se quién es. PREGUNTADO. Sabe a quién pertenecen las 336 canastas plásticas de diferentes colores que se transportaban en el interior de la carrocería si estaba autorizado su transporte y cuál es el lugar de destino. CONTESTO. Las canastas son de la empresa POLLOSAN las cuales él conductor WILSON DIAZ ARIZA debía descargar para volver a cargar en POLLOSAN. PREGUNTADO. Tiene conocimiento de quién es el propietario de dos maletas que iban camufladas dentro de las canastas en cuestión, contentivas de sustancia estupefaciente. CONTESTO. No tengo conocimiento quién era el propietario. PREGUNTADO. Con relación a los sellos qué puede aportar sobre estos. CONTESTO. El carro sale de Lebrija cargado con pollo y allí le colocan los sellos de seguridad; cuando regresan de los viajes viene sin sellos por que (sic) solo transporta las canastas vacías. PREGUNTADO. Diga qué edad tiene WILSON DIAZ ARIZA. CONTESTO; tiene una edad aproximada de 24 a 25 años, vive arrendando en una habitación y desconozco datos familiares de él...". (Sic).

4.3.2.2. La declaración de Jaime Morales Villarreal fue la siguiente:

...PREGUNTADO: Sírvase decir, desde cuándo conoce usted a PEDRO BARRERA DUARTE, cómo lo conoció, a qué se dedicaba cuando usted lo conoció, en donde vivía, con quién, y cuáles eran las relaciones que usted tenía con él. CONTESTO: "Yo lo conocí a él como desde hace unos 15 años más o menos, ya que él trabajaba con don JOAQUIN DUARTE, que es el patrón que él tenía y a la vez es el tío de él, y él en ese tiempo vivía en la Floresta y tenía camiones, y PEDRO BARRERA le manejaba uno de los camiones de don JOAQUIN DUARTE, y la relación con él era así de amigos, casi ni nos veíamos, amigos pero lejanos, no amigos cercanos. PEDRO BARRERA vivía en La FLORESTA, y ese tiempo yo vivía también en LA FLORESTA, y después el salió de allá de LA FLORESTA, hace como unos 10 o 15 años, y teníamos contacto siempre con la hermana de PEDRO que se llama SILDANA BARRERA, que vive aquí en Cúcuta, en una Urbanización que queda para arriba yendo para Villa del Rosario, una Urbanización que se está derrumbando, que llama "Vista Hermosa".- PREGUNTADO: Con qué frecuencia usted se hablaba con PEDRO BARRERA, y si lo sabe indique en dónde estaba radicado él de 10 años atrás hasta la fecha. CONTESTO: "Bueno,

nosotros nos veíamos, ya que una vez que fui a Santa Rosa (Sur de Bolívar), que fue el año antepasado en Semana Santa, él estaba trabajando en una especie de taller que él tenía, porque le gusta la mecánica, y entonces él estaba allá, y entonces el año pasado dijo que él se venía para Bucaramanga porque eso estaba pesado allá, y yo sabía que él estaba en Bucaramanga, y lo supe a través de la hermana de él SILDANA, que uno se mantiene preguntando, y además él tiene casa en Bucaramanga, no se decirle dónde, y la frecuencia en la que me veía con él es en veces que llamaba a la casa. A raíz de que él se había venido para Bucaramanga, él me llamó, y me dijo que si sabía de algún trabajo o le ayudaba a buscar, y yo le dije que como yo tengo un chofer que continuamente la está embarrando, lo uno que ha cometido muchas infracciones de tránsito, y ha incumplido con el trabajo, yo pensé que él se viniera a trabajar conmigo, y unos días antes de él venirse para acá, póngale como unos quince días atrás de él venirse, que no se cuándo se vino, yo le mandé razón con la hermana que le dijera a PEDRO que se viniera a trabajar el camión, ya que ella venía para Bucaramanga, y se vino, y pasó lo que pasó, disque (sic) se vino de cola y supuestamente lo detuvieron, y esto lo supe porque me lo informó SILDANA, de que PEDRO no se había podido venir, porque se vino en cola, y el carro en que venía resultó con droga, que él se quedó ahí, y que el conductor se había escapado". PREGUNTADO: Con anterioridad a estos hechos que acaba de narrar, conocía usted a WILSON DIAZ ARIZA, en caso positivo, desde cuándo lo conocía y por qué. CONTESTO: "No lo conocía, no sé cuál esa persona y no tengo idea de él". PREGUNTADO: Tiene usted conocimiento de con quién vivía PEDRO BARRERA DUARTE, si tenía señora, si tenía hijos, si se venía a Bucaramanga con su familia, y de Bucaramanga con su familia, o si se veía solo. CONTESTO: "El tiene la señora que se llama NORA o NORALBA, y tiene un niño, y tengo conocimiento que vivían en Bucaramanga últimamente, con un niño. Si venía a Cúcuta frecuentemente no lo se, porque hacía rato no lo veía, que fue desde que estuvimos allá en Santa Rosa, hace año y medio más o menos...". (Sic).

4.3.3. MARÍA TERESA ARAUJO CALDERÓN decidió sobre la revocatoria de la medida de

aseguramiento -al tiempo que resolvió precluir la investigación- en los siguientes términos:

Al reexaminar la actuación, encontramos en primer término que cuando el Despacho resolvió la Situación Jurídica al sindicado, se fundamentó en la situación de flagrancia en que fue sorprendido el encartado en virtud a que se desplaza en la cabina del rodante en el que se transportaban 33 paquetes tipo panela dentro de dos maletas o valijas, las cuales arrojaron un peso de 34.300 gramos de una sustancia que resultó ser cocaína, que no se le dio credibilidad a su dicho puesto que en sus descargos no dio una explicación satisfactoria de su participación en la conducción del rodante, sus relaciones con el propio conductor y la presencia de las maletas en el vehículo, las cuales contenían el Estupefaciente.

Como se observa, fueron éstas las pruebas sobre la cual se edificó la Medida de Aseguramiento impuesta al Procesado.

Luego de oficio y por relación del encartado en su injurada, se ordenaron por el Despacho la evacuación de algunas citas, entre ellas escuchar en declaración a las Autoridades que realizaron la captura del encartado, la incautación de las sustancias estupefacientes e inmovilización automotor, de igual manera la declaración del propietario del vehículo inmovilizado y la de un testigo aportado por el encartado, quien daría fe de que venía a buscar trabajo.

Al respecto podemos observar, que a pesar los esfuerzos por obtener la declaración de los Gendarmes, estos no comparecieron, claro está que ellos ordenaron el alcance y la detención del referido rodante por considerarlos sospechoso.

Por su parte JOSE IVAN TELLEZ HERNANDEZ, propietario del vehículo inmovilizado, no solo colocó denuncia por Hurto Calificado, respecto al mismo, sino que se ratificó de su contenido. Afirma que tiene dos conductores, el fijo es HENRY MARIN ORTIZ y el segundo conductor Turnador, WILSON DIAZ ARIZA, los cuales no tienen salario mensual fijo, ganan el 10% del flete de cada viaje, de éste último no tiene hoja de vida porque trabaja por

porcentaje ocasionalmente. Por último dice que WILSON ARIZA, no estaba autorizado para viajar a Cúcuta.

El testigo JAIME MOREALES VILLARREAL, presentado por el encartado, coadyuva su versión, en el sentido de que efectivamente él se venía de Bucaramanga con el fin de trabajar porque la situación estaba pesada, dadas las circunstancias de que su conductor se estaba portando mal y en virtud a que su amigo de hace mas (sic) o menos 15 años estaba sin trabajo, le ofreció conducir su vehículo el cual tiene destinado para cargar arroz. Dice el declarante que es una persona trabajadora y de familia trabajadora.

Lamenta profundamente esta Delegada, la colaboración que le hubiese prestado, el concepto de nuestro Colaborador de Instancia, toda vez que cuatro ojos ven mas que dos y sobre todo que en un futuro, se tendrían elementos de juicio mas concretos sobre las decisiones a adoptarse, puesto que cuando interviene el Ministerio Público ya sea pidiendo pruebas u objetando cualquier determinación, hay intervención en las investigaciones y el fiscal no actúa solo...". (Sic).

4.4. De la preclusión de la investigación.

4.4.1. El artículo 39 de la Ley 600 de 2000 dispone que en cualquier momento de la investigación en que aparezca demostrado que la conducta no ha existido, o que el sindicado no la ha cometido, o que es atípica, o que está demostrada una causal excluyente de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse, el Fiscal General de la Nación o su delegado declarará precluida la investigación penal mediante providencia interlocutoria.

4.4.2. Corresponde señalar, como ya fuere indicado en precedencia, que MARÍA TERESA ARAUJO CALDERÓN tomó la decisión de precluir la investigación a favor de Pedro Barrera Duarte aduciendo los mismos argumentos que utilizó a efecto de revocar la medida de aseguramiento impuesta.

4.5. Componentes fácticos sobre los cuales no hay desacuerdo entre los sujetos procesales.

Los sujetos procesales no discutieron en sus intervenciones, ni es objeto de impugnación los siguientes hechos: i) la identidad de la procesada -MARÍA TERESA ARAUJO CALDERÓN-; ii) su calidad de servidora pública, comoquiera que, para la fecha en que profirió la decisión cuestionada (22 de marzo de 2005), se desempeñaba como Fiscal Especializada Novena de Cúcuta; y iii) que por decisión adoptada por la funcionaria ARAUJO CALDERÓN en la fecha precitada, fue revocada la medida de aseguramiento intramural impuesta a Pedro Barrera Duarte, y precluyó la investigación a favor del mismo.

4.6. La legalidad de lo decidido.

4.6.1. Empezará la Corte el análisis de la decisión cuestionada, mediante la correspondiente y detenida confrontación con el contenido y alcance exacto de los elementos materiales probatorios que fueron objeto de apreciación por parte de MARÍA TERESA ARAUJO CALDERÓN, con el propósito de establecer, en grado de certeza, si la valoración efectuada por la procesada se apartó caprichosamente de lo que indicaba la evidencia.

4.6.2. Previo a ello, resulta conveniente para la Sala precisar, como lo hicieron el Tribunal y los recurrentes, que para auscultar si la decisión es manifiestamente contraria a la ley se requiere verificar las condiciones y circunstancias concretas que se dieron cuando la funcionaria tomó su decisión, o aquellas que resultaron determinantes para su adopción, junto con los elementos de juicio que tuvo a la mano al momento de dictar la providencia.

En ese contexto, en el presente caso ningún valor probatorio tendrán las pruebas que se practicaron con posterioridad a la fecha en que se produjo la decisión cuestionada (22 de marzo de 2005), dentro del proceso que se seguía contra Pedro Barrera Duarte y Wilson Díaz Ariza.

4.6.3. Ahora, de cara al estudio de la legalidad de la decisión relacionada con la revocatoria de la medida de aseguramiento, corresponde señalar que MARÍA TERESA ARAUJO CALDERÓN, al imponerla, dedujo la responsabilidad de Pedro Barrera Duarte a partir de lo siguiente:

i) Principalmente por haber sido capturado en flagrancia conduciendo el vehículo automotor en el que se transportaba la sustancia estupefaciente.

ii) Por no haber explicado, satisfactoriamente, las razones por las cuales estaba conduciendo el rodante, su relación con Wilson Díaz Ariza y la presencia de las maletas que contenían la sustancia incautada.

iii) Por haber ofrecido exculpaciones que no son creíbles, comoquiera que era la persona que conducía el vehículo y finalmente fue quien se “apersonó” del asunto.

iv) Por conducir a alta velocidad, circunstancia que se debía a que conocía sobre la existencia de la sustancia estupefaciente.

v) Porque no es probable que Wilson Díaz Ariza hubiese recogido a Pedro Barrera Duarte para trasladarlo hacia la ciudad de Cúcuta.

vi) Y, comoquiera que, con lo descrito por la denuncia instaurada por José Iván Téllez Hernández, se sabe que el responsable por el vehículo era Wilson Díaz Ariza; que para el 2 de febrero de 2005 cubrió la ruta Bucaramanga-Bogotá; y que hacia las 10 de la mañana del día siguiente estaba descargando la mercancía. Esas circunstancias de manera alguna desligan a Pedro Barrera Duarte de la investigación.

4.6.4. Ahora, de acuerdo con la transcripción de la decisión cuestionada, la Sala observa que MARÍA TERESA ARAUJO CALDERÓN revocó la medida de aseguramiento atendiendo lo siguiente:

i) Las declaraciones de José Iván Téllez Hernández y Jaime Morales Villarreal corroboran lo manifestado por Pedro Barrera Duarte en la diligencia indagatoria, circunstancia que torna creíble las exculpaciones ofrecidas por el último.

iii) Pedro Barrera Duarte tuvo tiempo suficiente para huir de las autoridades, tal como lo hizo Wilson Díaz Ariza, circunstancia que permite afirmar que no sabía sobre la existencia del estupefaciente.

iv) Los hechos endilgados a Pedro Barrera Duarte quedaron sin sustento, comoquiera que se probó el motivo de su viaje a Cúcuta, que en realidad ya había sido conductor y que estaba en capacidad de conducir en carreteras.

4.6.5. Ahora bien, debe reconocerse que las declaraciones de José Iván Téllez Hernández y Jaime Morales Villarreal no fueron considerados en el momento en el que se impuso la medida de aseguramiento. Sin embargo, lo descrito por dichos ciudadanos, apreciado objetivamente, en nada afectaba la probabilidad de coautoría que recaía sobre Pedro Barrera Duarte por el delito tráfico, fabricación o porte de estupefacientes deducida del conjunto elementos probatorios hasta ese momento recaudados.

Nótese que José Iván Téllez Hernández ofreció, como hecho nuevo que no había indicado en la denuncia por él interpuesta por el hurto del automotor, que Wilson Díaz Ariza no estaba autorizado para viajar hacia la ciudad de Cúcuta, comoquiera que se había comprometido con la jefe de tráfico de la empresa Pollosan a cargar el vehículo a las 8:00 de la mañana del 4 de febrero de 2005.

Por otra parte, Jaime Morales Villarreal exclusivamente indicó que, aproximadamente 15 días antes de que se produjera la captura de Pedro Barrera Duarte, le mandó a decir con la hermana de este último que se dirigiera a la ciudad de Cúcuta para trabajar conduciendo un vehículo de propiedad de Morales Villarreal.

A partir de lo anterior, para la Sala resulta evidente que ninguna de las pruebas sobrevinientes contaba con la entidad suficiente para derruir con la probabilidad de coautoría que recaía sobre Pedro Barrera Duarte, quien fue capturado en flagrancia transportando aproximadamente 33 kilogramos de cocaína.

Por lo tanto, lo que se observa es que MARÍA TERESA ARAUJO CALDERÓN contó con la posibilidad real y material de analizar las evidencias en conjunto y de manera integral, más su argumentación y valoración fue selectiva, amañada y parcializada al punto que tergiversó su contenido y le dio a las declaraciones de José Iván Téllez Hernández y Jaime Morales Villarreal un valor probatorio que no tenían.

De hecho, el contexto probatorio al que se enfrentaba la procesada al momento de proferir la decisión cuestionada permitía deducir razonablemente que Pedro Barrera Duarte sí había participado en la comisión del punible que atenta contra el bien jurídico de la salud pública.

No puede pasar por desapercibido que de acuerdo con el informe rendido por el teniente coronel Cesar Aurelio Rojas Tapias, fue Barrera Duarte quien respondió a las preguntas que desde un principio realizaron los agentes de policía, al punto que indicó de manera clara que transportaba canastas plásticas vacías y que, supuestamente, las puertas del rodante estaban selladas. Esa situación desmentía las exculpaciones ofrecidas por el entonces aprehendido, pues si en realidad solamente estaba ayudando a Wilson Díaz Ariza a conducir el rodante, esa circunstancia debió haberla puesto en conocimiento desde un primer momento, debiendo ser Díaz Ariza el que debía responder las preguntas formuladas por los uniformados.

Adicionalmente, tampoco resulta creíble que Pedro Barrera Duarte, luego de que el requerimiento policial por el exceso de velocidad se hubiese producido hacia las 3:30 de la mañana del 4 de abril de 2005, hubiese esperado hasta aproximadamente las 10:00 de la

mañana de ese mismo día, a pesar de que Wilson Díaz Ariza (el supuesto responsable del rodante) hubiese huido del lugar aproximadamente a las 6:30 de la mañana. Esa circunstancia, lo que comprobaba es que a Barrera Duarte le asistía interés en que el vehículo no fuere registrado, pues sabía que si eso ocurría se encontrarían las maletas en las que se camuflaba la sustancia estupefaciente.

Por lo expuesto, la Sala observa que los argumentos empleados por MARÍA TERESA ARAUJO CALDERÓN para generar duda frente a la participación del procesado en los hechos, fue el producto de la distorsión y amañada hermenéutica que ésta realizó, no porque los elementos de prueba fueran realmente inconsistentes, sino porque era necesario allanar el camino para decretar la libertad, pues como ya se señaló, ninguno de los elementos de prueba sobrevinientes a los que se hizo alusión en la decisión del 22 de marzo de 2005, permitían de alguna manera inferir razonablemente que habían desaparecido aquellos motivos considerados para tener a Pedro Barrera Duarte como coautor del punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, y mucho menos podía ser entendidos como suficientes para desvirtuar los presupuestos constitucionales de la medida, aspectos éstos que ni siquiera merecieron el más mínimo argumento por parte de la procesada.

Además, no solo la procesada resolvió revocar la medida de aseguramiento, sino que adicional a ello precluyó la investigación a favor de Barrera Duarte, sin que, como ya fuere descrito, las pruebas hasta ese momento recaudadas demostraran de manera fehaciente que dicho ciudadano no conocía sobre la existencia de la sustancia estupefaciente que se hallaba en el rodante que iba conduciendo,

Así las cosas, resulta claro que ARAUJO CALDERÓN se apartó deliberadamente del conocimiento que ofrecían las pruebas hasta ese momento recaudadas, con el propósito de favorecer a Barrera Duarte, concederle la libertad y precluir a su favor la investigación, sin que los requisitos legales y probatorios para adoptar esas decisiones se encontrasen reunidos para el 22 de marzo de 2005.

En síntesis, no les asiste razón a los recurrentes al señalar que la decisión cuestionada, dentro del proceso penalmente seguido contra Pedro Barrera Duarte, no es manifiestamente contraria a la ley, pues la revocatoria de la medida de aseguramiento y la preclusión de la investigación fue el resultado de la sesgada valoración y caprichosa oposición a lo que revelaban las pruebas con las que se contaba, por tanto, la conducta de MARÍA TERESA ARAUJO CALDERÓN es objetivamente típica del delito de prevaricato por acción, previsto en el artículo 413 del Código Penal, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

4.7. De la circunstancia de agravación.

El artículo 415 del Código Penal, dispone:

Circunstancia de agravación punitiva. Las penas establecidas en los artículos anteriores se aumentarán hasta en una tercera parte cuando las conductas se realicen en actuaciones judiciales o administrativas que se adelanten por delitos de genocidio, homicidio, tortura, desplazamiento forzado, desaparición forzada, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, rebelión, terrorismo, concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, o cualquiera de las conductas contempladas en el título II de este Libro.

Al respecto, la Sala frente a dicha modalidad agravante ha indicado que la misma opera siempre que el funcionario judicial obre en conexión inmediata con algún asunto relacionado con cualquiera de esos ilícitos, lo que de suyo implica que la decisión tachada de ilegal debe producirse dentro de la actuación que curse por cualquiera de las conductas punibles que hacen parte de la lista que se acaba de presentar aquí, siendo indiferente que la misma se materialice en cualquiera de las instancias o en desempeño de la función casacional¹⁹.

4.7. Existencia del elemento subjetivo del prevaricato por acción.

Para la Corte no hay duda que dicho elemento igualmente se encuentra configurado, pues se ha establecido que MARÍA TERESA ARAUJO CALDERÓN obró con absoluto conocimiento y

voluntad, pues determinó cómo apreciar las pruebas a efecto de decretar la libertad y precluir la investigación a favor de Pedro Barrera Duarte. Lo anterior a pesar de que la probabilidad de coautoría que recaía sobre Pedro Barrera Duarte permanecía vigente e incólume, y además de ello que, una vez valoradas de manera objetiva e imparcial las pruebas hasta ese momento recaudadas, éstas no demostraban que el referido ciudadano no había participado en la comisión de la conducta punible relacionada con el transporte de sustancias estupefacientes.

De la fundamentación jurídica de su decisión se colige que conocía el contenido de los artículos 39 y 363 de la Ley 600 de 2000, es decir que dominaba la norma aplicable y el estándar probatorio que debía ser observado, no obstante, se apartó del mismo al brindarle a las declaraciones de José Iván Téllez Hernández y Jaime Morales Villarreal un valor probatorio que no tenían, pues como ya se indicó, esas pruebas sobrevinientes en manera alguna resultaban suficientes, idóneas y conducentes para sacar adelante la determinación finalmente adoptada.

El hecho que la procesada haya desconocido concurrentemente mandatos legales claros, unívocos y consolidados en los artículos 39 y 363 de la Ley 600 de 2000, para conceder una libertad y decretar la preclusión de la investigación a todas luces improcedente es algo que apunta a acreditar un comportamiento que no es producto de un error (como lo aduce la defensa), sino que se orientó a lograr ese resultado con plena conciencia de su ilicitud.

Ello se consolida en mayor medida al constatarse que ARAUJO CALDERÓN, a efecto de precluir la investigación, no esperó a que arribaran al proceso las declaraciones de los miembros de la Policía Nacional que efectuaron el procedimiento de captura e incautación del estupefaciente, los cuales, tal como lo indicó la propia procesada al momento de decretarlos, resultaban necesarios para la investigación.

Agréguese que la trayectoria profesional de la enjuiciada, quien se desempeñó como juez

penal municipal en Valledupar, fiscal de circuito, fiscal especializada en delitos relacionados con el narcotráfico y fiscal de orden público, permite aseverar que no se trataba de una novel en la materia que le impidiera asumir una correcta interpretación de las normas descritas.

De otra parte, no aparece acreditado un estado de ignorancia como cualidad negativa en grado máximo en cabeza de la acusada y, por tanto, sólo se puede deducir una voluntad consciente de derivar una consecuencia no prevista por la ley. En suma, para la Corte es evidente que MARÍA TERESA ARAUJO CALDERÓN dirigió su voluntad y su inteligencia a la emisión de esa decisión y que lo hizo con conciencia de su contrariedad con el ordenamiento jurídico.

Consideraciones que resultan suficientes para verificar igualmente el contenido subjetivo del comportamiento atribuido a la enjuiciada, esto es, que de manera dolosa emitió una decisión manifiestamente contraria a la ley.

Finalmente, cabe resaltar que la Sala precisó que lo expuesto en la providencia SP14499-2014, relacionado con el ánimo corrupto para la configuración del punible de prevaricato por acción, no obliga ni vincula a la Corte, pues “nunca se indicó en forma expresa que se operara un cambio jurisprudencial sobre la interpretación del tipo subjetivo del delito de prevaricato y ni siquiera la supuesta exigencia de un elemento subjetivo especial (ánimo de corrupción) constituyó razón de la decisión que allí se adoptó, por lo que, a lo sumo, sería un comentario de paso. Menos aún es acertado pretender derivar de un salvamento o una aclaración de voto que se hayan producido respecto de decisiones de la Sala de Casación Penal (radicados 46892 y 46884), la existencia de un requisito típico -subjetivo- adicional a los previstos en el artículo 413 del C.P., conforme a las directrices interpretativas fijadas por la Corte en posiciones mayoritarias reiteradas”²⁰.

De esa forma, la Sala ha referido que al no existir una previsión concreta de tal naturaleza

en la redacción del artículo 413 precitado, su configuración se circunscribe a la idónea demostración de que el agente obró con el conocimiento y la voluntad de contrariar palmariamente el orden jurídico a través de la determinación adoptada.

5. De la dosificación punitiva.

Refiere la procesada que el Tribunal incurrió en un yerro al dosificar la pena impuesta, comoquiera que no se acompasan a los principios de proporcionalidad y razonabilidad al fijar la pena en el máximo del cuarto mínimo.

Sobre el particular, corresponde señalar que en el proceso de individualización de la pena no se encuentra el error atribuido al Tribunal por cuanto:

i) argumentó acerca de la gravedad de la conducta, comoquiera que con ella favoreció a un ciudadano que estaba siendo investigado por un punible relacionado con el narcotráfico; ii) adicionalmente argumentó sobre el efectivo daño al bien jurídico en atención a que la procesada puso en tela de juicio los principios que orientan la administración de justicia; y iii) consideró que el obrar de la procesada lo realizó con marcado dolo sin que se advierta error; elementos que justifican la fijación de la pena en 59 meses de prisión, 104 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de 77 meses.

Por ello, a juicio de la Sala la decisión proferida por el Tribunal no contradice los principios de proporcionalidad y razonabilidad al fijar la pena en el máximo del cuarto mínimo, pues dicha decisión estuvo acorde con el análisis que debe realizarse de acuerdo con lo descrito en el inciso 3° del artículo 61 del Código Penal.

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de junio de 2020 por la Sala Penal del

Tribunal Superior de Cúcuta, mediante la cual condenó a MARÍA TERESA ARAUJO CALDERÓN.

Segundo: Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Tercero: Devolver al Tribunal de origen el expediente para el trámite pertinente.

Esta decisión no es susceptible de recursos.

GERSON CHAVERRA CASTRO

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

- 1 Folio 95, cuaderno No. 1.
- 2 Folios 109 y 110, cuaderno No. 1.
- 3 Folios 187 a 195, cuaderno No. 1.
- 4 Folios 225 a 228, cuaderno No. 1.
- 5 Folios 229 a 265, cuaderno No. 1.
- 6 Folios 252 a 269, cuaderno No. 2.
- 8 Folios 32 a 62, cuaderno No. 5.
- 9 Folios 76 a 94, cuaderno No. 5.
- 10 Folio 40, decisión de primera instancia.
- 11 Artículo 306 de la Ley 600 de 2000.
- 12 Artículos 308 y 310 ibídem.
- 13 CSJ SP, 31 mar 2004, rad. 17738. Postura reiterada en CSJ AP. 23 de junio de 2021, rad. 59597.
- 14 CSJ AP. 10 ago. 2006, rad. 20451. Postura reiterada en CSJ SP. 28 oct. 2020, rad. 55056.
- 15 Así lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-836 de 2002.
- 16 CSJ AP. 1 feb. 2012, rad. 38145. Postura reiterada en CSJ SP. 28 oct. 2020, rad. 55056.

17 Con el aumento punitivo previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

18 CSJ SP, 23 ene. 2019, Rad. 50.419. Reiterado en: AP 22 mar. 2019, Rad 52.018.

19 CSJ, SP. 15 Sep. 2004, rad. 2549. Postura reiterada en Rad.41034 de 18 de febrero de 2015.

20 CSJ SP, 16 ago. 2017, rad. 49777.