

¿Prevaricador, terrorista o mártir?
Comentario a la sentencia de la Sala Penal de
la Corte Suprema de Justicia de marzo 23 de 2006
(M.P. Álvaro O. Pérez P.)

Juan Sebastián Ceballos Bedoya*

“Prohibidos los silencios y los gritos unánimes
las minifaldas y los sindicatos
(...)
también los abogados defensores
que sobrevivan a sus defendidos
y los pocos fiscales con principio de angustia
(...)”

Mario Benedetti. *De lo prohibido*

Una cierta e importante perspectiva de estudio del Derecho Penal lo ha concebido como un límite al poder punitivo del Estado. El Derecho penal, desde esta perspectiva, puede ser entendido como un conjunto de normas que delimita los casos en los cuales es procedente el ejercicio de la violencia punitiva por parte del Estado, y que establece elementos, condiciones, restricciones de muchas clases a dicho ejercicio, todas ellas pensadas para fungir de “filtros al poder”. Pero una semejante propuesta explicativa de las normas penales –propuesta que a su vez pretende influir en la aplicación

* Abogado, Universidad EAFIT.

del Derecho- se enfrenta al que quizás es un primer y difícil obstáculo, que viene dado por los problemas propios de la interpretación jurídica, como son los problemas lógicos, semánticos y sintácticos¹. Y, como si fuera poco, se encuentra también con que la práctica cotidiana de los tribunales y en general de las agencias del sistema penal, se ve constantemente asediada por discursos político-criminales de la más variada raigambre, muchos de los cuales provienen de las altas esferas del poder público y que no están encaminadas, precisamente, y en todas las ocasiones, a defender las “garantías” jurídico-penales, sino a matizarlas y casi a adelgazarlas, hasta el punto de hacerlas desaparecer².

Por estas razones, entre otras, algunas veces lo que teóricamente se entiende como una garantía, esto es, como un límite al poder punitivo estatal –y que se propone sea entendido así- termina siendo exactamente lo contrario; en lugar de limitar el poder, termina habilitándolo, en algunos casos simplemente para actuar, y en otros para hacerlo de manera discriminatoria. Así es como, por ejemplo, nuestra Corte Suprema entendió que “la garantía fundamental” del principio de legalidad “no se puede agotar en la recortada perspectiva de la “protección del procesado” en un evento determinado, sino que ella trasciende en general a todos los destinatarios de la ley penal a fin de que el Estado (...) no pueda sustraerse de los marcos básicos (mínimo y máximo) de la pena declarada por el legislador para cada tipo penal o para cada clase de hecho punible”³ (Subrayas y cursiva nuestras), y que la llevó (a la Corte) a establecer una pena que no había sido impuesta por el juez de instancia, muy a pesar de que existiera la garantía de la prohibición de reforma en peor. Y quizás no haga falta recordar que en nuestro medio ya había sido puesto de presente hace veinte años que algunos principios (responsabilidad subjetiva, tipicidad, entre otros) pueden llegar a estar al servicio de los intereses de una cierta

¹ Ross, ALF: *Sobre el derecho y la justicia*, 3ª edición, Buenos Aires, Eudeba, 2005, pp. 143-197.

² Véase, por ejemplo, el discurso del Presidente de la República, Álvaro Uribe Vélez, en Consejo Comunitario que tuvo lugar en San Andrés, y en el cual afirmó: “Aquí no hay sino dos problemas para manejar a la brava: el terrorismo y la corrupción”, en www.presidencia.gov.co/discursos/consejo_san%20andres.htm

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 18 de Octubre de 1997, M.P. CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR, Proceso N° 9791.

clase, puesto que permiten establecer selecciones desiguales y muchas veces injustificadas⁴.

Así las cosas, y aunque no siempre se reconozca abiertamente, el éxito de un proyecto de entendimiento y aplicación del Derecho penal, de una propuesta dogmática encaminada a contener la violencia punitiva del Estado, depende no tanto de la fundamentación normativa de los mismos, o de su justificación desde el punto de vista jurídico, sino del proyecto político y moral al que esté adscrito el aplicador de la ley. En ocasiones, más que invitar al juez a tomar “los derechos en serio”, es imprescindible invitarlo, como lo sugiere Kennedy, a tomar “la ideología en serio”⁵.

Ahora bien: ya en lo tocante a la decisión judicial que es objeto de esta reseña, es preciso advertir que en ella importan, no tanto sus consideraciones dogmáticas, o su valor desde el punto de vista probatorio; quizás tampoco la idea político-criminal que la inspira, sino los antecedentes de la misma.

En efecto, el dos (2) de septiembre de 2003 fue proferida, por la fiscal 16 seccional de Sincelejo, medida de detención a 128 personas, sindicadas todas por el delito de rebelión, y se ordenó la captura de otras cuatro personas ausentes; la misma resolución concedió la detención domiciliaria a algunos sindicados, y se abstuvo de detener a otras catorce (14) personas, así como precluyó la investigación que cursaría en contra de cinco (5) personas más. Formulado el recurso de apelación contra dicha resolución, conoció de la misma el Dr. Orlando Rafael Pacheco Carrascal, fiscal 1º delegado ante el Tribunal Superior de Sincelejo, quien revocó la resolución en su integridad y ordenó la libertad de todos los detenidos.

La decisión se dio a conocer por los medios de comunicación y se inició en contra de quien la profirió una investigación previa, seguida de la apertura de una instrucción, que finalizó con la acusación al Dr. Pacheco Carrascal por cargos de prevaricato por acción. Las razones por las cuales se lo sindicó y acusó pueden leerse en la providencia que es objeto de reseña. Finalmente, fue absuelto por la Corte Suprema de Justicia, que desestimó las acusaciones de la Fiscalía.

⁴ SANDOVAL HUERTAS advirtió en su momento que los principios jurídico penales podían ser “manipulados” para favorecer a lo que llamó los “sectores dominantes” de la sociedad. Ver SANDOVAL HUERTAS, EMIRO: *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Temis, 1985, pp. 31 y ss.

⁵ DUNCAN KENNEDY, citado en RODRÍGUEZ, CÉSAR: “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del Derecho y la neutralidad de los jueces”, en *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Siglo del Hombre Editores, 2002, pp. 52 y 53.

Pero tal vez lo que resulta verdaderamente importante de los antecedentes de la sentencia, de los hechos que dieron lugar al proceso penal, es que la decisión del Fiscal se produjo en un contexto político criminal que para nadie en el país es desconocido. Se trata, de hecho, de una política criminal que se nos comunica por palabras: "Al delincuente, el puño cerrado. A la comunidad, corazón abierto. Al delincuente hay que darle en los dientes, a la comunidad un abrazo con cariño"⁶; "Agravar penas para delitos como el robo de vehículos o porte ilegal de armas. Más severidad con el menor delincuente de alta peligrosidad"⁷. Pero es una política criminal que también se nos comunica con hechos: capturas masivas⁸, declaratorias de estados de excepción, propuestas de reforma constitucional para la creación de un "estatuto antiterrorista", aumentos de penas, entre otros. En este contexto se produjo la decisión del Fiscal.

Y, ciertamente, a Orlando Rafael Pacheco Carrascal se lo sindicó por un supuesto prevaricato por acción, esto es, por un comportamiento punible que, según nuestro Derecho positivo, está encaminado a proteger la recta y eficaz administración de justicia. Sin embargo, su decisión no solamente se estimó como que hubiera contrariado manifiestamente el Derecho que estaba llamado a aplicar, sino también que obstruyó la acción de las fuerzas del orden, la acción de los ejecutores de la política criminal del gobierno nacional, y por eso es mucho más que un presunto prevaricador. De allí que la Fiscalía General de la Nación, en el Boletín de Prensa #146, afirmara: "La Fiscalía General de la Nación en cumplimiento de su misión de erradicar *cualquier forma de corrupción y en desarrollo de la lucha contra las organizaciones delincuenciales* adoptó las siguientes decisiones: (...) – Una fiscal delegada ante la Corte Suprema de Justicia profirió detención preventiva, sustituida por domiciliaria, en contra del

⁶ ÁLVARO URIBE VÉLEZ: "Colombia debe tener predominio de clase media, con sentido de dignidad y no con afán de opulencia", en www.presidencia.gov.co/discursos/consejo_san%20andres.htm

⁷ ÁLVARO URIBE VÉLEZ: "Manifiesto democrático. Punto 34", en www.presidencia.gov.co/documentos/Manifiesto%20Democr%20E1tico.word.pdf

⁸ Ver, por ejemplo, CORTÉS CASTILLO, CARLOS: "Confusión masiva", en *La Defensa*, N° 5, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2004, pp. 102-105; CORTÉS CASTILLO, CARLOS: "La suerte del lotero", en *La Defensa*, N° 6, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2004, pp. 121-129.

Fiscal Primero Delegado ante el Tribunal Superior de Sincelejo, Orlando Rafael Pacheco Carrascal, por el presunto delito de prevaricato por acción. Pacheco revocó en segunda instancia las medidas de aseguramiento que cobijaban a 126 personas, sindicadas del delito de rebelión. Al parecer en esta actuación no se tuvieron en cuenta las pruebas recopiladas durante la investigación y que ameritaban la retención de los procesados"⁹.

Con todo, el Dr. Pacheco Carrascal fue absuelto en la decisión judicial que es objeto de esta reseña. Por tal razón, y según las normas que gobiernan la responsabilidad penal en nuestro Estado, el entonces Fiscal no es prevaricador. Tampoco, como parece sugerirlo el Boletín de prensa de la Fiscalía, es un terrorista, un corrupto o un miembro más de las "organizaciones delincuenciales". Pero, quien se detenga un poco a analizar los hechos de la sentencia y las actuaciones que tuvieron lugar durante todo el proceso, advertirá que fue dictada el 4 de mayo de 2004, en contra de Pacheco Carrascal, una orden de detención preventiva que posteriormente se sustituyó por detención domiciliaria; que su actuar, supuestamente criminal, fue publicado en los medios de comunicación del país; que su honor, y quizás también su honra, se vieron severamente conculcados; y ello sin contar con que haya podido ser destituido de su cargo de Fiscal Primero Delegado ante el Tribunal Superior de Sincelejo. Las miserias del proceso penal también las padecen los inocentes.

En consecuencia, el procesado no terminó siendo ni prevaricador, ni terrorista (o miembro de una organización delincencial), pero seguramente sí un mártir. Quizás por haberse tomado "la ideología en serio" o, incluso, simplemente "los derechos en serio", fue perseguido penalmente y procesado según nuestra normatividad penal; fue un aplicador de la ley que la misma ley permitió martirizar. A veces termina siendo acatada la prescripción de Radbruch, para quien "el *ethos* del juez debe estar orientado por la justicia a toda costa, aun la de la propia vida"¹⁰.

⁹ FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN: "Fiscalía decide en múltiples procesos. Boletín de prensa # 146", en www.fiscalia.gov.co/pag/divulga/Bol2004/mayo/bol146.htm

¹⁰ RADBRUCH, GUSTAV: "Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes", en GUSTAV RADBRUCH/ EBERHARD SCHMIDT/ HANZ WELZEL: *Derecho injusto y derecho nulo*, introd. y trad. José María Rodríguez Paniagua, Madrid, Aguilar, 1971, p. 19.

Proceso No. 23259
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de marzo del dos mil seis (2006)

VISTOS

Se ocupa la Sala de resolver sobre la responsabilidad del doctor ORLANDO RAFAEL PACHECO CARRASCAL, contra quien se adelanta este proceso por el delito de prevaricato por acción.

HECHOS

En la resolución del 2 de septiembre del 2003, la fiscal 16 seccional de Sincelejo impuso medida de detención a 128 sindicados por el delito de rebelión, concedió a algunos la detención domiciliaria, se abstuvo

de detener a 14 más, precluyó la investigación a favor de 5 y ordenó la captura de 4 ausentes.

La providencia fue recurrida en apelación por los defensores de 63 sindicados y el 7 de noviembre del 2003 el fiscal 1º delegado ante el Tribunal Superior de Sincelejo, doctor ORLANDO RAFAEL PACHECO CARRASCAL, la revocó en su integridad y ordenó la libertad de todos los detenidos.

ACTUACIÓN PROCESAL

Conocida la decisión del doctor PACHECO CARRASCAL a través de los medios de comunicación, el 11 de noviembre del 2003 un fiscal delegado

ante la Corte Suprema de Justicia inició de oficio una investigación previa que culminó con la apertura de instrucción y la vinculación del fiscal al proceso, mediante indagatoria.

...

LA ACUSACIÓN

Dos reproches se le hicieron al procesado en la resolución acusatoria: violar de manera evidente los límites que rigen la segunda instancia y sesgar la prueba que comprometía a los sindicados para valorarla de manera caprichosa.

Sobre el primer aspecto, la fiscalía recuerda que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal y la reiterada jurisprudencia de las Cortes, la decisión de quien desata un recurso de apelación sólo puede referirse a lo que es materia de impugnación, los asuntos inescindiblemente vinculados a ésta y los casos de estricta similitud jurídica o probatoria.

Por esta razón, el doctor PACHECO no podía pronunciarse sino sobre la apelación propuesta a favor de 63 detenidos y no de los 128, como lo hizo, tomando por sorpresa a los demás intervinientes en el proceso penal.

Tampoco podía revocar las demás determinaciones adoptadas por la fiscal de primera instancia en asuntos diversos e inclusive contradictorios con los recursos propuestos, como el otorgamiento de libertades, las órdenes de captura, las detenciones

domiciliarias, la no imposición de medidas de aseguramiento y las preclusiones.

La decisión del fiscal acusado, en estricto sentido, implicaba que los liberados fueran aprehendidos, las órdenes de captura canceladas, los sindicados que gozaban de detención domiciliaria fueran trasladados a la cárcel, se detuviera a quienes les fue resuelta la situación jurídica de manera favorable y quedaran atados al proceso los sindicados beneficiados con la preclusión.

No importa que el perjuicio para todas estas personas no se hubiera materializado, porque el prevaricato es un delito de pura acción que se consuma aunque la decisión no alcance ejecutoria, sea revocada o no pueda cumplir los fines para los que fue expedida.

Con relación al segundo tópico, precisa la acusación que la conducta imputada al doctor PACHECO es el llamado prevaricato sobre aspecto probatorio, que se configura, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia el 29 de julio del 2003, cuando se expide una providencia que contraría de manera manifiesta la realidad procesal.

Después de afirmar que para valorar si ello es así se debe tener en cuenta i) lo evidente de la contradicción entre lo decidido y lo fáctico; ii) las circunstancias concretas de adopción de la medida; iii) la información disponible; iv) la complejidad del caso y, v) la claridad y contenido de la prueba, el fiscal delegado concluyó que el procesado tuvo tiempo suficiente

para estudiar el expediente, disponía de abundante y precisa información para resolver, la complejidad del caso se reducía a lo extenso del expediente, la prueba era clara y con capacidad para incriminar -pero no la valoró razonadamente, al punto que desechó al principal testigo a quien en casos similares había otorgado credibilidad-

El otro elemento, la abierta contradicción entre la prueba conocida por el fiscal y la decisión que tomó, se demuestra con los siguientes argumentos:

1) En lugar de valorar lo que le competía, se dedicó a cuestionar el informe de policía y las "órdenes de batalla" para concluir que no constituían medio probatorio.

2) Dedicó tiempo y esfuerzo a censurar la falta de razón para iniciar el proceso, tema que ya había sido definido por otras autoridades.

3) Del texto de la providencia, de lo dicho en la indagatoria y de lo expresado por la defensa técnica, se concluye que la única razón para revocar la resolución de primera instancia fue porque las detenciones se originaron en capturas masivas, supuestamente ilegales.

Con todo, esa no es razón para revocar la detención porque, como lo ha dicho la Corte y lo sabía el investigado, la ilegalidad de la captura no afecta la estructura del proceso ni la seriedad de la prueba.

4) Descalificó a los testigos por el hecho de ser desmovilizados, como si la sola condición personal fuera suficiente para desechar un testimonio.

5) Tildó de sospechosos a los testigos porque, por tratarse de desmovilizados, estaban interesados en obtener beneficios por la colaboración que prestaran. Sin embargo, la tacha no es admisible porque no se les paga por el número de personas que delaten ni se les excluye del CODA por no inculpar a sus ex compañeros.

Además, el testimonio sospechoso no se elimina sino que se valora con mayor precisión y cuidado.

6) El rechazo de esos testimonios fue incorrecto porque no tuvo en cuenta la sana crítica, atribuyó a los testigos afirmaciones que no hicieron, no admitió que un colaborador de la guerrilla podía ser militar activo y no valoró los dichos de Rudy Montes y Mackdonal Cohen, entre otros.

7) Se contradujo en la apreciación de los testimonios, porque tuvo a un testigo como carnetizado del CODA para probar su interés y luego puso en duda su carnetización; no dio crédito al informe policial, pero lo utilizó en algunas ocasiones; no le dio credibilidad al patrullero Blandón Quintero, pero lo enfrentó a los reinsertados para descalificarlos.

8) Incurrió en la falacia de convertir lo particular en general: como Benildo Tijeras fue guerrillero, todos los ex guerrilleros que señalaron a varias personas como rebeldes son sospechosos; como Blandón Quintero dijo que respecto de algunos capturados sólo se contaba con el alias, ninguno de los aprehendidos fue individualizado e identificado previamente; como Benildo Tijeras identificó a varios

sindicados, los identificó a todos y, por tanto, los otros reinsertados también los identificaron a todos; como Tijeras es testigo de profesión, los demás reinsertados también son testigos de profesión.

9) No se entiende por qué además de los desmovilizados, también fueron desechados los testimonios de los policías.

10) Que no se les hallaran armas y explosivos a los capturados es un argumento baladí, porque ninguno fue capturado en combate y los colaboradores de la guerrilla en las ciudades generalmente están desarmados, camuflados como personas decentes e inclusive en altos cargos públicos y privados.

Finalmente, después de señalar que la conducta imputada al doctor PACHECO causó daño a la administración pública y a la justicia porque afectó la credibilidad y el buen nombre y revocó decisiones en firme que no podía modificar, la acusación se ocupó de acreditar el dolo con que actuó el procesado.

Dijo que el doctor PACHECO CARRASCAL i) no adujo ignorancia ni error y tampoco podía hacerlo porque es un profesional de carrera judicial con experiencia y conocimientos suficientes; ii) conocía la forma como actúan en la zona los grupos irregulares y en otras ocasiones dio crédito a los informes de inteligencia, de manera que debió explicar por qué ahora los rechazaba; iii) no atendió la decisión del juez de control de garantías, que había revisado la legalidad del

proceso, decisión constitucional que lo ataba como también los precedentes verticales y horizontales; iv) en otra investigación le dio credibilidad a la delación que hizo Benildo Tijeras de un antiguo compañero de guerrilla, y ahora varía la conclusión inexplicablemente; v) hizo valer el informe de policía para desacreditar testigos y excluyó como prueba autónoma la declaración de quien lo suscribió, y, vi) no estuvo a la altura ética y jurídica de un fiscal de la República.

CONSIDERACIONES

I. Presupuestos

1) Desde el punto de vista objetivo, el delito de prevaricato por acción se presenta cuando un servidor público profiere resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario al derecho.

2) El ingrediente normativo resaltado entraña que el proveído choque frontalmente con el ordenamiento, lo desconozca, y se dirija en contra de éste. Si no es así, no concurre en el comportamiento típico.

Lo manifiesto es, con otras palabras, lo patente, lo objetivamente contrario al mensaje legal, lo lesivo a la vista de lo regulado a través de las disposiciones.

3) Para concluir si lo expuesto en la resolución, concepto o dictamen es opuesto al derecho, además, es menester comparar lo plasmado, con

para estudiar el expediente, disponía de abundante y precisa información para resolver, la complejidad del caso se reducía a lo extenso del expediente, la prueba era clara y con capacidad para incriminar -pero no la valoró razonadamente, al punto que desechó al principal testigo a quien en casos similares había otorgado credibilidad-

El otro elemento, la abierta contradicción entre la prueba conocida por el fiscal y la decisión que tomó, se demuestra con los siguientes argumentos:

1) En lugar de valorar lo que le competía, se dedicó a cuestionar el informe de policía y las "órdenes de batalla" para concluir que no constituían medio probatorio.

2) Dedicó tiempo y esfuerzo a censurar la falta de razón para iniciar el proceso, tema que ya había sido definido por otras autoridades.

3) Del texto de la providencia, de lo dicho en la indagatoria y de lo expresado por la defensa técnica, se concluye que la única razón para revocar la resolución de primera instancia fue porque las detenciones se originaron en capturas masivas, supuestamente ilegales.

Con todo, esa no es razón para revocar la detención porque, como lo ha dicho la Corte y lo sabía el investigado, la ilegalidad de la captura no afecta la estructura del proceso ni la seriedad de la prueba.

4) Descalificó a los testigos por el hecho de ser desmovilizados, como si la sola condición personal fuera suficiente para desechar un testimonio.

5) Tildó de sospechosos a los testigos porque, por tratarse de desmovilizados, estaban interesados en obtener beneficios por la colaboración que prestaran. Sin embargo, la tacha no es admisible porque no se les paga por el número de personas que delaten ni se les excluye del CODA por no inculpar a sus ex compañeros.

Además, el testimonio sospechoso no se elimina sino que se valora con mayor precisión y cuidado.

6) El rechazo de esos testimonios fue incorrecto porque no tuvo en cuenta la sana crítica, atribuyó a los testigos afirmaciones que no hicieron, no admitió que un colaborador de la guerrilla podía ser militar activo y no valoró los dichos de Rudy Montes y Mackdonal Cohen, entre otros.

7) Se contradujo en la apreciación de los testimonios, porque tuvo a un testigo como carnetizado del CODA para probar su interés y luego puso en duda su carnetización; no dio crédito al informe policial, pero lo utilizó en algunas ocasiones; no le dio credibilidad al patrullero Blandón Quintero, pero lo enfrentó a los reinsertados para descalificarlos.

8) Incurrió en la falacia de convertir lo particular en general: como Benildo Tijeras fue guerrillero, todos los ex guerrilleros que señalaron a varias personas como rebeldes son sospechosos; como Blandón Quintero dijo que respecto de algunos capturados sólo se contaba con el alias, ninguno de los aprehendidos fue individualizado e identificado previamente; como Benildo Tijeras identificó a varios

sindicados, los identificó a todos y, por tanto, los otros reinsertados también los identificaron a todos; como Tijeras es testigo de profesión, los demás reinsertados también son testigos de profesión.

9) No se entiende por qué además de los desmovilizados, también fueron desechados los testimonios de los policías.

10) Que no se les hallaran armas y explosivos a los capturados es un argumento baladí, porque ninguno fue capturado en combate y los colaboradores de la guerrilla en las ciudades generalmente están desarmados, camuflados como personas decentes e inclusive en altos cargos públicos y privados.

Finalmente, después de señalar que la conducta imputada al doctor PACHECO causó daño a la administración pública y a la justicia porque afectó la credibilidad y el buen nombre y revocó decisiones en firme que no podía modificar, la acusación se ocupó de acreditar el dolo con que actuó el procesado.

Dijo que el doctor PACHECO CARRASCAL i) no adujo ignorancia ni error y tampoco podía hacerlo porque es un profesional de carrera judicial con experiencia y conocimientos suficientes; ii) conocía la forma como actúan en la zona los grupos irregulares y en otras ocasiones dio crédito a los informes de inteligencia, de manera que debió explicar por qué ahora los rechazaba; iii) no atendió la decisión del juez de control de garantías, que había revisado la legalidad del

proceso, decisión constitucional que lo ataba como también los precedentes verticales y horizontales; iv) en otra investigación le dio credibilidad a la delación que hizo Benildo Tijeras de un antiguo compañero de guerrilla, y ahora varía la conclusión inexplicablemente; v) hizo valer el informe de policía para desacreditar testigos y excluyó como prueba autónoma la declaración de quien lo suscribió, y, vi) no estuvo a la altura ética y jurídica de un fiscal de la República.

CONSIDERACIONES

I. Presupuestos

1) Desde el punto de vista objetivo, el delito de prevaricato por acción se presenta cuando un servidor público profiere resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario al derecho.

2) El ingrediente normativo resaltado entraña que el proveído choque frontalmente con el ordenamiento, lo desconozca, y se dirija en contra de éste. Si no es así, no concurre en el comportamiento típico.

Lo manifiesto es, con otras palabras, lo patente, lo objetivamente contrario al mensaje legal, lo lesivo a la vista de lo regulado a través de las disposiciones.

3) Para concluir si lo expuesto en la resolución, concepto o dictamen es opuesto al derecho, además, es menester comparar lo plasmado, con

el derecho, esencialmente con la ley y la jurisprudencia, en el entendido que aquélla contiene la sustancia que le proporciona ésta.

4) Si la resolución, concepto o dictamen, se aparta ostensiblemente, sin duda, de lo anterior, es objetivamente prevaricante; si no, no.

5) Se desprende del numeral anterior, que si la resolución, concepto o dictamen, obedece a criterios serios, atendibles, admisibles frente a la normatividad, no es posible hablar de prevaricato.

II. De las cuestiones jurídicas debatidas

Como ya se ha dicho, un fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia acusó al doctor ORLANDO RAFAEL PACHECO CARRASCAL como presunto autor del delito de prevaricato por acción, porque en la resolución que en su calidad de fiscal delegado ante el Tribunal Superior de Sincelejo dictó el 7 de noviembre del 2003, violó de manera evidente los límites que rigen la segunda instancia al revocar en su integridad la providencia que expidió el 2 de septiembre de ese año una fiscal seccional de la misma ciudad, no obstante que sólo había sido impugnada por los defensores de algunos sindicatos, y valoró caprichosamente la prueba de cargo.

Con el objeto de verificar si la conducta reprochada se adecuaba al tipo objetivo, es preciso examinar:

1) Si en efecto la apreciación probatoria la hizo el procesado de manera sesgada, arbitraria, por fuera de los parámetros de la sana crítica.

2) Si las conclusiones que obtuvo eran aplicables a todas las personas privadas de libertad.

3) Si por esta razón y por haber revocado integralmente la resolución de primera instancia que contenía otras decisiones de diversa índole, excedió los límites que la ley le impone a un funcionario Ad quem.

III. De la valoración de la prueba realizada por el procesado

Como se recuerda, sobre este tema la acusación le reprochó al doctor PACHECO CARRASCAL criticar inútilmente el informe de policía judicial y las "órdenes de batalla" para concluir obviamente que no constituían prueba, y censurar la falta de razón para iniciar proceso, porque sólo perdió un tiempo y un esfuerzo valiosos. Agregó que la razón de fondo para revocar la resolución apelada fue su posición frente a las capturas masivas como se deduce del texto de la providencia, de lo dicho en la indagatoria y de las afirmaciones de la defensa técnica, y centró la imputación en la valoración de la prueba testimonial para finalizar con el argumento de que nada infirma el hecho de no haberse hallado explosivos, armamento y equipos de comunicación en los registros realizados.

Y aunque el tema central se refiere a la apreciación probatoria

para ver si en efecto se produjo "la abierta contradicción entre la prueba conocida por el Fiscal censurado y la decisión tomada", como lo concluyó la fiscalía en la resolución acusatoria, de todas maneras conviene hacer alguna referencia a las restantes afirmaciones que pretenden mostrar en el acusado un interés diverso al de la recta justicia.

Esto, porque la Corte estima que no obstante la claridad del texto que prohíbe darle valor probatorio a los informes de policía judicial, en este caso el análisis que realizó el procesado era necesario ya que la fiscal A quo, sin afirmarlo expresamente, apreció ese informe y por eso lo reseñó en el capítulo "Del recaudo probatorio" y lo mencionó luego en el acápite de "Enunciación y valoración jurídica de las pruebas", para aclarar cómo se había dado inicio a la investigación.

Dijo:

Acompañando a la información, bien extensa por lo demás, se adjunta la solicitud de captura de todos y cada una de las personas allí referenciadas. La circunstancia arriba aludida aunada a la plena identificación e individualización de los ciudadanos supuestamente comprometidos hizo viable disponer para algunos su captura, mientras que para otros, la citación, con el propósito de ser vinculados a un proceso, bajo el cargo de rebelión.

Luego señaló que los testimonios de los miembros de la Policía Nacional permitieron saber cómo se había

recopilado toda esa información, y más adelante manifestó:

Es importante reiterar, que este trabajo se realizó en forma mancomunada, y no se originó como parece pensarse de una sola fuente de información o de una mente brillante (...) La Policía Nacional ha sido clara en afirmar en sus diferentes intervenciones en el proceso y así lo corroboraron los testigos, que la investigación que arrojó el informe que dio origen a ese reato duró más de tres meses en los cuales se destacó personal exclusivo de la Policía y se contó con la presencia de los reinsertados los cuales aportaron y en esto quiero ser clara porque así se infiere de lo expresado por la policía, los alias, nombres o apellidos, e incluso datos, o ambas cosas, que se sometieron a un análisis exhaustivo hasta lograr la relación de las personas que aparecen en el informe, datos que posteriormente se le suministraron a los testigos. Ahora, todo ello, en razón de las funciones de policía judicial que por mandato del artículo 250 de la Constitución Nacional le corresponde a la Policía Nacional emprender, y que corresponden al desarrollo de una etapa pre-judicial de verificación que luego se judicializó y ya en la etapa instructiva se escucharon a los testigos en declaración.

Que la fiscal seccional se hubiera apresurado a decretar la apertura de instrucción y ordenar la captura de varias decenas de personas exclusivamente con apoyo en un voluminoso informe de policía judicial el mismo día que le fue entregado, sin

el derecho, esencialmente con la ley y la jurisprudencia, en el entendido que aquélla contiene la sustancia que le proporciona ésta.

4) Si la resolución, concepto o dictamen, se aparta ostensiblemente, sin duda, de lo anterior, es objetivamente prevaricante; si no, no.

5) Se desprende del numeral anterior, que si la resolución, concepto o dictamen, obedece a criterios serios, atendibles, admisibles frente a la normatividad, no es posible hablar de prevaricato.

II. De las cuestiones jurídicas debatidas

Como ya se ha dicho, un fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia acusó al doctor ORLANDO RAFAEL PACHECO CARRASCAL como presunto autor del delito de prevaricato por acción, porque en la resolución que en su calidad de fiscal delegado ante el Tribunal Superior de Sincelejo dictó el 7 de noviembre del 2003, violó de manera evidente los límites que rigen la segunda instancia al revocar en su integridad la providencia que expidió el 2 de septiembre de ese año una fiscal seccional de la misma ciudad, no obstante que sólo había sido impugnada por los defensores de algunos sindicatos, y valoró caprichosamente la prueba de cargo.

Con el objeto de verificar si la conducta reprochada se adecuaba al tipo objetivo, es preciso examinar:

1) Si en efecto la apreciación probatoria la hizo el procesado de manera sesgada, arbitraria, por fuera de los parámetros de la sana crítica.

2) Si las conclusiones que obtuvo eran aplicables a todas las personas privadas de libertad.

3) Si por esta razón y por haber revocado integralmente la resolución de primera instancia que contenía otras decisiones de diversa índole, excedió los límites que la ley le impone a un funcionario Ad quem.

III. De la valoración de la prueba realizada por el procesado

Como se recuerda, sobre este tema la acusación le reprochó al doctor PACHECO CARRASCAL criticar inútilmente el informe de policía judicial y las "órdenes de batalla" para concluir obviamente que no constituían prueba, y censurar la falta de razón para iniciar proceso, porque sólo perdió un tiempo y un esfuerzo valiosos. Agregó que la razón de fondo para revocar la resolución apelada fue su posición frente a las capturas masivas como se deduce del texto de la providencia, de lo dicho en la indagatoria y de las afirmaciones de la defensa técnica, y centró la imputación en la valoración de la prueba testimonial para finalizar con el argumento de que nada infirma el hecho de no haberse hallado explosivos, armamento y equipos de comunicación en los registros realizados.

Y aunque el tema central se refiere a la apreciación probatoria

para ver si en efecto se produjo "la abierta contradicción entre la prueba conocida por el Fiscal censurado y la decisión tomada", como lo concluyó la fiscalía en la resolución acusatoria, de todas maneras conviene hacer alguna referencia a las restantes afirmaciones que pretenden mostrar en el acusado un interés diverso al de la recta justicia.

Esto, porque la Corte estima que no obstante la claridad del texto que prohíbe darle valor probatorio a los informes de policía judicial, en este caso el análisis que realizó el procesado era necesario ya que la fiscal A quo, sin afirmarlo expresamente, apreció ese informe y por eso lo reseñó en el capítulo "Del recaudo probatorio" y lo mencionó luego en el acápite de "Enunciación y valoración jurídica de las pruebas", para aclarar cómo se había dado inicio a la investigación.

Dijo:

Acompañando a la información, bien extensa por lo demás, se adjunta la solicitud de captura de todos y cada una de las personas allí referenciadas. La circunstancia arriba aludida aunada a la plena identificación e individualización de los ciudadanos supuestamente comprometidos hizo viable disponer para algunos su captura, mientras que para otros, la citación, con el propósito de ser vinculados a un proceso, bajo el cargo de rebelión.

Luego señaló que los testimonios de los miembros de la Policía Nacional permitieron saber cómo se había

recopilado toda esa información, y más adelante manifestó:

Es importante reiterar, que este trabajo se realizó en forma mancomunada, y no se originó como parece pensarse de una sola fuente de información o de una mente brillante (...) La Policía Nacional ha sido clara en afirmar en sus diferentes intervenciones en el proceso y así lo corroboraron los testigos, que la investigación que arrojó el informe que dio origen a ese reato duró más de tres meses en los cuales se destacó personal exclusivo de la Policía y se contó con la presencia de los reinsertados los cuales aportaron y en esto quiero ser clara porque así se infiere de lo expresado por la policía, los alias, nombres o apellidos, e incluso datos, o ambas cosas, que se sometieron a un análisis exhaustivo hasta lograr la relación de las personas que aparecen en el informe, datos que posteriormente se le suministraron a los testigos. Ahora, todo ello, en razón de las funciones de policía judicial que por mandato del artículo 250 de la Constitución Nacional le corresponde a la Policía Nacional emprender, y que corresponden al desarrollo de una etapa pre-judicial de verificación que luego se judicializó y ya en la etapa instructiva se escucharon a los testigos en declaración.

Que la fiscal seccional se hubiera apresurado a decretar la apertura de instrucción y ordenar la captura de varias decenas de personas exclusivamente con apoyo en un voluminoso informe de policía judicial el mismo día que le fue entregado, sin

realizar ninguna labor de verificación previa, da la idea del mérito que le otorgó y justifica las reiteradas críticas del fiscal Ad quem no sólo respecto de la iniciación de la investigación sino de la contundencia de la averiguación realizada por la policía judicial.

Por otro lado, no encuentra la Corte que en la decisión cuestionada por la fiscalía, “la razón de fondo para revocar” la de primera instancia obedeciera a la posición que tiene el acusado frente a las capturas masivas, a las que apenas si aludió para indicar que “deben ser siempre un último recurso”.

Pero sí le parece aventurado afirmar que “por la posición de la defensa técnica” frente al tema se puede concluir que fue esa la motivación última en que se sustentó el procesado, como si ésta –cuya demostración tampoco es necesaria para deducir responsabilidad en el prevaricato- pudiera explicarse a partir de las afirmaciones de la defensa y no con base en el propio comportamiento del funcionario judicial.

Aparte esas digresiones, lo que inicialmente importa examinar –como se dijo- es si la valoración probatoria efectuada por el doctor PACHECO CARRASCAL resulta abiertamente contraria al ordenamiento jurídico o, lo que es lo mismo, si se aparta de manera arbitraria de las reglas de la sana crítica que la rigen.

Sobre este particular, la Corte considera que, en términos generales, la apreciación de la prueba testimonial fue realizada por el acusado dentro de

parámetros normales y acatando los preceptos legales.

Estas son las razones que sustentan la precedente conclusión:

1) Como se expresó en la resolución de situación jurídica dictada por la fiscal seccional, “la piedra angular del señalamiento múltiple” fue la colaboración de los cinco testigos que alguna vez pertenecieron a la organización guerrillera, militancia reconocida por ellos y confirmada por la Policía Nacional y por las certificaciones expedidas por el Comité Operativo para la Dejación de las Armas, CODA.

Por lo tanto, era imprescindible acometer el análisis de esos testimonios, labor que el acusado –a diferencia de la primera instancia que se refirió a ellos como un grupo homogéneo- realizó separada y conjuntamente así:

a. Benildo Tijeras Maldonado manifestó reconocer a casi todos los capturados por sus nombres, apellidos y apodos, pero el agente Blandón sostuvo que él no le suministró la información completa, de manera que “ese conocimiento natural y espontáneo de Tijeras Maldonado ya no resulta fidedigno. Y desde esa misma óptica tampoco las versiones de OMAR SILGADO HERRERA, WILMER RENÉ BENÍTEZ, MOISÉS DÍAZ MONTES y ALEXANDER VARGAS SIMANCA”.

b. Además, según el agente Blandón, las identificaciones se hicieron a partir de los datos suministrados por los informantes, pero según Tijeras [d]esde que yo me entregué he estado

trabajando con la Sijin, con la armada, con la policía, tengo como 3 meses de estar trabajando con ellos en el sentido que ellos han investigado y me dicen a ver si esos han pertenecido o no a la guerrilla entonces yo les confirmo que sí los que son y los que no ellos lo sacan de sus sospechas y también les he aportado nombres y ellos hacen sus averiguaciones,

Procedimiento que –se dice en la providencia- “desnaturaliza una labor que debe ser consagrada, seria y contundente”.

c. A pesar de otras evaluaciones hechas en diferentes instancias sobre el testimonio de Tijeras Maldonado, en este proceso pierde credibilidad porque:

- * Es mentiroso, como quedó demostrado para los casos de Enaldo Rodríguez y Francisco Núñez, quienes prestaban servicio militar obligatorio y por eso fueron excluidos por la fiscal A quo.
- * También se desvirtuó respecto de Pedro Assia y Carlos Salgado, porque el primero fue secuestrado por las FARC y el segundo era estudiante de undécimo semestre en la CECAR.
- * Es contradictorio con su dicho y con parte de la prueba sobre las calidades que debe tener un miliciano, porque la mayoría de los sindicatos carecen de ellas ya que muchos tienen defectos físicos, sufren alguna enfermedad crónica o son analfabetas. Además, en los allanamientos no se les encontró material de apoyo logístico.

Así mismo, en los estatutos del miliciano, remitidos por las autoridades militares, se indica que éste debe tener entre 16 y 30 años de edad. En este caso, algunos sindicatos superan bastante el límite.

- * Benildo Tijeras aparece como desmovilizado entre junio y agosto del 2001, de manera que sólo hasta esa fecha podría informar de lo que supo en la subversión. A muchos de los sindicatos los conoció entre 1997 y 2000, pero estuvo en ese grupo desde 1987. No indicó las fechas en que les dictó cursos.

d. Estas precisiones son aplicables a Omar Silgado, quien dijo haber estado en la guerrilla desde 1997 hasta el 2002, pero a pesar de haber sido guerrillero raso conoce a casi todos los milicianos de Ovejas, Colosó y Chalán, no obstante que Tijeras dijo que sólo un comandante tiene acceso a la información. Y aunque afirmó que los conoce por apodos o por un solo nombre o apellido, en el interrogatorio inducido termina por saber los nombres, apellidos y alias de todos.

e. Si los testimonios de Tijeras y Silgado no merecen credibilidad, poco se puede decir de los de Moisés Díaz, Wilmer Benítez, Rudy Montes, Mackdonal Cohen, Alexander Vargas, Hernán Góez y William Ospina, quienes acusan a personas que no tienen el perfil para ser milicianos y cuyas afirmaciones están controvertidas por certificaciones expedidas por patronos, inspectores o personeros y

por declaraciones de personas a las que no les asiste interés distinto a informar el comportamiento de los sindicatos.

Tampoco se sabe si aquellos testigos están certificados por el CODA, de manera que se desconoce si tienen la calidad de reinsertados o desmovilizados.

f. Alexander Vargas, quien dijo haber permanecido 8 meses en la guerrilla,

Detalla en forma inverosímil luego de que le leyeron en voz alta los nombres y alias que aparecen relacionados en el Informe de Policía Judicial suscrito por el patrullero BLANDÓN QUINTERO, las características morfológicas de cada uno de los sospechosos.

g. Con relación a Wilmer Benítez, quien señala a unos por nombres y apellidos y a otros por apodos,

Se observa que la mayoría de los inicialmente mencionados por sus nombres y apellidos por el testigo que se evalúa no aparecen así relacionados en las diligencias de indagatorias, salvo el caso de RAMÓN ANTONIO SÁNCHEZ CORREA, aludido a folio 30 del primer cuaderno original y 784 del segundo original, pero con características morfológicas diferentes, indagado éste que desmiente en forma rotunda a BENÍTEZ OLIVERA...

De los integrantes de este grupo, en general, había dicho antes en la providencia que [s]on obviamente parte interesada y sospechosos por los estímulos jurídicos económicos que persiguen con la delación ofrecida sin tener la claridad en cuanto a la persona o personas que obran como presuntos

autores o partícipes de la conducta punible a investigar.

2) También apreció el procesado los testimonios de Moisés Díaz, Rudy Montes, Mackdonal Cohen y William Ospina, de los que la fiscal de primera instancia había dicho que [p]or su propia voluntad, pues así lo manifiestan, se presentaron ante la Policía a informar que conocían por diversas razones y por ende podían aportar los nombres de varios integrantes de las milicias que operan en este Departamento en los municipios de Coloso, Chalán, Ovejas, Corozal y Sincelejo del 35 y 37 frente de la FARC, datos que resultaron ser concordantes con varios de los nombres y alias aportados por los desmovilizados. Declaraciones que así vertidas en efecto llaman la atención, sin embargo es una responsabilidad que incluso constitucionalmente en el artículo 250-4 se encuentra protegida...

Sobre ellos, expuso en la providencia el doctor PACHECO CARRASCAL:

a. Hernán Góez

[l]uego de conocer el listado de los sospechosos, señala que sólo conoce a los que mencionó por "apodos" y a los otros, tal vez los reconocería si los ve. No obstante, se contradice al advertir que casi todos los de la lista son "milicianos".

b. Rudy Montes

dijo que se retiró de la guerrilla porque lo obligaron a capacitarse en explosivos y actos terroristas, porque le mataron a un amigo y porque le atrae

el programa gubernamental para los cooperantes, [r]azón por la cual hará una mejor labor de inteligencia para establecer quién más está metido en todo esto.

c. William Ospina

[d]ice que sólo tiene conocimiento de los "milicianos" de Colosó, pero termina hablando de las milicias de Chalán, detallando las características morfológicas de los presuntos milicianos sin la comprobación en diligencia de reconocimiento en fila de personas.

d. Mackdonal Cohen

Señala que sabe de "ellos", los milicianos, porque en agosto de 2001 cuando regresaba de visitar a unos amigos del corregimiento de ALMAGRA, lo interceptaron seis sujetos armados del XXXV Frente de las FARC, solicitándole colaboración con tarjetas de celulares, víveres y medicina; pero como están dañando al pueblo, se presentó voluntariamente a declarar como informante de la Policía.

3) Y luego, para referirse a la credibilidad que merecían en general los testimonios, anotó:

El interés personal del testigo, es una circunstancia que permite inferir su parcialidad porque el amor o el odio, la amistad o enemistad, o cualquier otro sentimiento favorable o desfavorable hacia los sindicatos, la víctima o perjudicados con la conducta punible, le resta crédito al testigo porque esas circunstancias influyen sin duda en la percepción y, por tanto, en la declaración que suministra

a la judicatura. El interés personal del testigo se opone al hecho de ser objetivo e imparcial.

Obsérvese que en los testimonios analizados existen factores que afectan su veracidad; en este caso, la animosidad hacia a los sindicatos supuestos "milicianos" dizque porque la "guerrilla" sin saberse aún los resultados de esas investigaciones penales, atentaron contra la vida de familiares y amigos y/o para la obtención de una ventaja de cualquier índole económica, jurídica, laboral, social, etc. La preparación ponderada de la declaración, según el profesor Alfonso Ortiz Rodríguez, también afecta la veracidad del testimonio, que se da generalmente para favorecer a una u otra parte, donde, por lo general, se presentan incentivos en cualquiera de las formas que hemos mencionado hace poco. Todos esos factores disminuyen crédito al testimonio o, por qué no, se lo despojan completamente del mismo por los "vicios" que entrañan.

4) Es verdad que no examinó en detalle las declaraciones de los agentes de policía, a las que tampoco se refirió la fiscal A quo, quien se limitó a señalar que gracias a ellas

[s]e conoció que la recopilación de toda esa información fue una acción en conjunto de miembros de la Dirección Central de Policía Judicial Dijin, Seccional de Policía Judicial Sijin y bloque antiterrorista BLATE de la Policía Nacional (...) Para lograr esos fines consultaron órdenes de batalla de los distintos organismos (...) Igualmente estudiaron inquietudes y desacuerdos

que tenía la ciudadanía que habita esos municipios con estos grupos al margen de la ley y la información que bajo el anonimato brindaron a la fuerza pública. De otra parte se realizaron entrevistas a personas que en la actualidad se encuentran en el programa de reinserción quienes aportaron los apodos, alias, nombres o apellidos de los insurgentes, los cuales fueron sometidos a un proceso de identificación e individualización por parte de la Policía Nacional, para finalmente verificar con los reinsertados sus identidades.

Pero no aludir a los testimonios policiales tampoco comporta ninguna grave irregularidad en este caso, porque si ellos simplemente explicaron o ratificaron el informe que dio origen al proceso, el análisis que de éste hizo el fiscal Ad quem resultaba suficiente.

5) Como se ve, el acusado abordó en realidad el estudio de la prueba testimonial examinando algunas particularidades, pero sin perder la visión de conjunto.

Inclusive, si se compara la providencia defendida por la fiscalía con la que en este proceso cuestiona, podría concluirse que la primera es bastante superficial en el tema de la valoración probatoria, mientras que la segunda no desatendió ni eludió ninguno de los aspectos que debían ser considerados ni se orientó por prejuicios o inadecuadas generalizaciones como se reprocha en el pliego acusatorio, sino que a la crítica del interés que por sus condiciones particulares podrían tener los reinsertados o los ciudadanos

que indirectamente habían sufrido las consecuencias de la subversión, agregó el análisis específico de cada declaración para restarle la credibilidad que inmotivadamente les había dado la primera instancia.

Y valoró todo desde la perspectiva del informe de policía judicial que compendia las tareas de verificación realizadas durante tres meses según informó el agente que lo suscribió, de modo que los cuestionamientos hechos a esas labores de inteligencia debían incidir, como en efecto debe ser, en las conclusiones a que llegó respecto de las imputaciones formuladas al casi centenar y medio de personas capturadas.

6) En el tema de la valoración probatoria, la resolución de acusación se orienta a atribuirle al doctor PACHECO afirmaciones u omisiones en el fondo ajenas a él.

Por ejemplo, se le reprochó olvidar "que un colaborador de la guerrilla también puede ser militar activo", argumento que le pertenece a la fiscal A quo y que lo adujo para abstenerse de dictar medida de aseguramiento contra Enaldo Rodríguez y Francisco Núñez -como se hubiese podido constatar con la simple lectura del folio 30 de esa providencia-, al que sólo se refirió el procesado para indicar que en ese punto mintió el testigo Tijeras; haber eludido "cualquier valoración" de los testimonios de Rudy Montes y Mackdonal Cohen, apreciados a folios 17 y 18 de la resolución de segunda instancia.

Además, abundan en el pliego de cargos algunos enunciados simples carentes de sustentación, huérfanos de cualquier pretensión demostrativa, como que el procesado "no atacó la parte sustancial sino la marginal"; "desestimó la sana crítica en la supuesta valoración de la prueba"; o "calificó como antitécnico algún interrogatorio sin precisar la razón valedera".

Tampoco es cierto que el doctor PACHECO CARRASCAL no hubiese explicado las razones por las cuales no atendió el informe de policía judicial, si otras veces en casos semejantes los ha tenido como prueba.

Por el contrario, después de referirse a los informes de inteligencia y a los de policía judicial, de señalar que aquéllos no constituyen medio de prueba y que éstos en el derogado estatuto procesal carecían por entero de valor probatorio porque así lo disponía el artículo 313, asimiló esta norma a la 314 de la Ley 600 del 2000, reprodujo como propio un aparte de la sentencia C-392 del 6 de abril del 2000 por la que la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 50 de la Ley 504 de 1999, y concluyó que el informe suscrito por el agente Blandón

A la luz del artículo 314 CPP se relaciona con las labores previas de verificación que sólo podrá servir como criterio orientador de la investigación, y nada más.

Y aunque la parte final de ese artículo alude no al informe sino a las exposiciones o entrevistas que escuche la policía judicial antes de judicializar la actuación, en este caso

es admisible la asimilación que se hace dado que, como se ha repetido en esta providencia, todo el informe se sustenta precisamente en exposiciones o entrevistas de los desmovilizados o de otras personas informantes.

Finalmente, con relación a la "exótica variación" no explicada por el doctor PACHECO respecto de la credibilidad del testimonio de Benildo Tijeras, que según la acusación el ex fiscal le otorgó en un proceso similar pero que en éste no admitió, la aclaración contenida en la providencia cuestionada, en la que se dijo que

[s]in tener en cuenta evaluaciones que en otras instancias se ha efectuado sobre el dicho de Tijeras Maldonado, lo cierto es que en la presente instrucción pierde credibilidad (...),

fue bien precisada en la audiencia pública tanto por el procesado como por su defensor, quienes demostraron cómo en otras oportunidades también fue desechado el testimonio no sólo por el mismo doctor PACHECO sino también por otras instancias judiciales.

Lo anterior se constata con la simple revisión de las resoluciones del 5 de diciembre del 2002 expedida por la fiscalía 3ª seccional de Sincelejo (fl. 78 C. A. 22), 22 de enero y 4 de julio del 2003 expedidas por la fiscalía 1ª delegada ante el Tribunal Superior de la misma ciudad (fls. 9 y 93 C. A. 26), entre otras, ninguna de las cuales otorga credibilidad a las declaraciones del señor Tijeras Maldonado.

De todo lo dicho fuerza concluir, como ya se había anticipado, que no se configura en este caso el cargo

por prevaricato que le fue imputado al doctor PACHECO CARRASCAL respecto de la valoración probatoria contenida en la providencia que expidió el 7 de noviembre del 2003 como fiscal delegado ante el Tribunal Superior de Sincelejo.

Y no se configura porque el estudio realizado es juicioso, se apoya en la ley, es suficiente para concluir y no hiere abruptamente el derecho.

IV. De la pertinencia de las conclusiones frente a todas las personas privadas de libertad

El análisis general de los medios de convicción que tuvo en cuenta la primera instancia para dictar las medidas de aseguramiento, llevó al fiscal Ad quem a la conclusión, no dicha de manera expresa pero sí fácilmente deducible, que la precariedad probatoria era predicable de todos los sindicados.

Si el informe no puede ser apreciado porque está basado en entrevistas realizadas con desmovilizados y otras personas, aún anónimas; si con apoyo en él, sin hacer ninguna labor de investigación previa, se decretó la apertura de instrucción; si los testimonios de los reinsertados de las FARC no son creíbles y tampoco los rendidos por los ciudadanos colaboradores que se acercaron a la policía; si, en fin, las medidas de aseguramiento que impuso la fiscalía A quo se apoyaron todas en la concordancia entre el informe y los dichos de los desmovilizados con

cuyo concurso previo, concomitante y posterior se elaboró y éstos ofrecen tantas dudas, es apenas evidente que la falta de prueba en que la fiscalía Ad quem basó la revocatoria de la resolución de primera instancia, resulta predicable de todas las personas que fueron privadas de libertad.

V. De los límites legales a las facultades del Ad quem

Dilucidado lo anterior, se debe resolver el problema jurídico consistente en si un funcionario de segunda instancia puede extender una decisión a los no recurrentes, cuando encuentra que las razones para revocar la medida adversa que se impuso a los recurrentes son idénticas para unos y otros.

Conviene recordar, a ese propósito, que el inciso 1º del artículo 204 del Código de Procedimiento Penal del 2000, dispone:

“En la apelación, la decisión del superior se extenderá a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación”.

Sobre el entendimiento del precepto, dijo la Corte en la sentencia del 25 de mayo del 2005, dentro del radicado 22.855:

“Como razonable resulta concluir, el legislador en punto de la competencia del superior funcional, optó por prescribir una fórmula intermedia, pues si bien en principio el objeto del recurso constituye su límite, también se dejó consagrada la posibilidad legal de extenderla para incluir pronunciamientos sobre aspectos no

impugnados, pero siempre que de ellos pueda predicarse un estrecho ligamen con el objeto de la alzada”.

Doctrina y jurisprudencia coinciden en concluir que la extensión de la competencia del superior a temas inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación resulta procedente cuando se advierta la necesidad de hacer prevalecer el derecho sustancial o cuando ello influya en la coherencia y la lógica que ha de observarse en la decisión del superior funcional.

Por ello, es razonable concluir que el principio de limitación que rige la intervención de los funcionarios de segunda instancia, no es absoluto, en tanto que como viene de verse no sólo puede extenderse a temas inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación, sino que también permite la posibilidad de pronunciamiento sobre la existencia de vicios que afectan la estructura del debido proceso o las garantías de los intervenientes en la actuación procesal, así como el señalamiento de la consecuencia procesal inmediata de una tal situación, aun cuando tales temas no formaran parte de los motivos de la impugnación.

También para la doctrina, el Ad quem

“Está facultado para extender su competencia a materias que no fueron objeto de la impugnación, o a imputados no recurrentes, cuando exista una estrecha relación con los aspectos sometidos a consideración de la segunda instancia, y no opere el fenómeno de rompimiento de la

unidad procesal. Es decir, en aquellas hipótesis en que, dada la naturaleza del asunto, las decisiones adoptadas deben aplicarse a todas las materias o a los no recurrentes, por tratarse de fenómenos objetivos con efectos generales; o cuando la decisión de segunda instancia resulta más favorable para los no impugnantes” [Bernal Cuéllar, Jaime y Eduardo Montealegre Lynett. El proceso penal. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 4ª edición, 2002, páginas 320/1].

En realidad, nada impide que cuando los motivos de inconformidad de un apelante sean predicables también de los no recurrentes, la decisión que se adopte respecto de aquél se aplique igualmente a éstos siempre que sea favorable porque, como lo dijo la Sala Penal de la Corte en alguna ocasión, “a igual razón igual disposición, a idéntico agravio idéntica solución” [sentencia del 5 de marzo de 1993, radicación número 5.849].

No hacerlo podría conducir, en veces, a situaciones absurdas. Piénsese, por ejemplo, en varios procesados que fueron afectados con una providencia cuyo único sustento probatorio fue una prueba ilícita y sólo uno de ellos apela la medida. Porque sería inadmisibles que los demás permanecieran privados de libertad o condenados, no hay duda que el Ad quem estaría habilitado para extender la decisión a los no recurrentes.

En el caso que se examina, el motivo de impugnación aducido por los defensores al sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la

resolución de situación jurídica se refirió, en general, a la falta de prueba para imponer medida de aseguramiento porque el informe de policía judicial sólo puede tenerse como criterio orientador de la investigación y los testimonios de cargo no son creíbles.

El fiscal de segunda instancia limitó su estudio a esos aspectos y concluyó que en efecto no existía prueba para detener. No lo hizo examinando la situación particular de cada recurrente, sino la fuente de la imputación colectiva, en tanto todos los casos estaban íntimamente vinculados porque los medios de convicción aducidos eran idénticos.

De esta manera, si concluyó que el informe de policía judicial era por entero inadmisibles y que los testimonios de cargo carecían en su integridad de mérito suasorio, la decisión que en consecuencia habría de tomar era predicable respecto de todas las personas que resultaban comprometidas en el informe o con los testimonios, independientemente de su calidad de recurrentes o no recurrentes. Y aplicó, sin decirlo expresamente, aquel aforismo que acaba de recordarse: a idéntico agravio idéntica solución.

Por estas razones, la revocatoria integral de las medidas de aseguramiento no contrariaría manifiestamente la ley o, dicho en otros términos, no configuraría el delito de prevaricato que le fue imputado al doctor PACHECO CARRASCAL.

Por último, recuérdese que la fiscalía acusadora hizo consistir la

ostensible ilegalidad de la resolución, además, en que "revocar integralmente" la providencia de primer grado suponía dejar sin efecto las demás decisiones que en ella se adoptaron, como la concesión de detenciones domiciliarias, la abstención de proferir medidas de aseguramiento, las preclusiones y órdenes de libertad y de captura.

Sin embargo, del contexto mismo de la providencia cuestionada surge con nitidez que ella se refirió exclusivamente al objeto de impugnación, es decir, a la falta de prueba para imponer medida de detención, sin que se hubiera hecho alusión alguna a las demás decisiones que, por lo tanto, habrían de mantenerse siempre que no dependieran de la prisión preventiva o se refirieran a personas diferentes de las favorecidas con la revocatoria.

Por ello, en el numeral primero de la parte resolutive, dijo el Fiscal:

"REVOCAR integralmente la resolución interlocutoria objeto de alzada, de acuerdo con lo explicado en la motivación. En consecuencia, se decreta la libertad inmediata de los sindicados detenidos arriba mencionados, previa suscripción diligencia de compromiso a tenor del artículo 354 CPP. Líbrese la respectiva boleta de libertad. Dese el aviso previsto en el artículo 364 CPP". (Destaca la Sala).

En estricto sentido, la providencia no está técnicamente concebida, pues inesperadamente termina extendiendo sus efectos benéficos a los no recurrentes y no indica en forma expresa las decisiones que son

revocadas. Pero la falta de técnica no significa que la resolución sea manifiestamente contraria a la ley sino, a lo sumo, producto del descuido.

Como se colige de lo que ha quedado dicho, la Sala absolverá al doctor ORLANDO RAFAEL PACHECO CARRASCAL del cargo de prevaricato que le fue formulado por la Fiscalía General de la Nación, porque objetivamente la conducta es atípica. Así se desprende del análisis pormenorizado del expediente, del examen singular y, luego, globalizado de la prueba, del parangón de la decisión con el derecho y, muy en particular, de las intervenciones de las partes en la audiencia oral.

...

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,

FALLA

1. ABSOLVER al doctor ORLANDO RAFAEL PACHECO CARRASCAL DEL DELITO DE PREVARICATO POR ACCIÓN que le fue imputado en su calidad de fiscal delegado ante el Tribunal Superior de Sincelejo.
2. EXTENDER todas las comunicaciones y TOMAR todas las medidas inherentes a la decisión tomada.

Notifíquese y cúmplase.