

"Habeas corpus" y prevaricación judicial

(Comentario a la sentencia de 31 de junio de 1998
del Tribunal Superior de Medellín)

*Alfonso Cadavid Quintero**

I. LAS GARANTÍAS CIUDADANAS FRENTE A UN DERECHO PENAL DEL QUE SE EXIGE EFICACIA

La multiplicidad de formas delincuenciales que se dan en Colombia, y la intensidad de las manifestaciones de violencia consustanciales a algunas de ellas, entre otras razones, han dado lugar a la exacerbación en los últimos años, del recurso al derecho penal como mecanismo de solución de los diversos conflictos a los que la comisión del delito da lugar.

Perdiendo de vista que la asignación de carácter delictivo a un determinado comportamiento es un fenómeno que se deriva de la formulación de un juicio de desvalor esencialmente político (lo que quiere decir que constituye un ejercicio del poder del Estado), los responsables de la política criminal del país (que no por la forma torpe e incoherente como se suele presentar hay que considerarla inexistente, y cuya caótica aparición bien podría justificarse en virtud de determinadas intencionalidades) han optado por olvidar que existen otros mecanismos también políticos de solución del fenómeno delictivo a los cuales se podía acudir, distintos a los que comportan el ejercicio de la represión y la reproducción de más

* Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Antioquia.

violencia que es consustancial al empleo de los mecanismos propios del sistema penal, el derecho penal entre ellos, caracterizados estos últimos, en muchas ocasiones por la realización de actuaciones claramente delictivas (pero impunes de facto) por parte de sus operadores.

La aprobación de un nuevo Código Penal por parte del Congreso de Colombia en el mes de junio del 2000, constituye un buen motivo de reflexión sobre la problemática que plantea la definición de los límites adecuados de extensión del derecho penal.

Dicha reflexión puede iniciarse llamando la atención sobre un hecho fundamental. La suerte de un Código Penal se juega fundamentalmente en el régimen de penas y en la parte especial, mediante la tipificación de los comportamientos punibles. La parte general es más dúctil, más maleable, y permite mayor libertad al intérprete para llegar, si es del caso, a matizar o incluso casi a reconstruir algunas de las regulaciones legales referidas al alcance y contenido de los elementos caracterizadores del hecho punible, para "reconstruirlos" de una manera más razonable que el legislador. En la parte especial o en el régimen de penas, por el contrario, las exigencias del principio de legalidad coartan de manera severa la libertad del intérprete para "desfacer los entuertos" que hayan resultado de la actuación del legislador, tan incoherente desde el punto de vista político-criminal y tan poco técnica la mayoría de las veces en países como el nuestro.

La revisión del articulado del nuevo Código Penal colombiano, demuestra que se estructuró un sistema de penas, tanto en la parte general como en las disposiciones de la parte especial, en las que los criterios político-criminales adoptados parecen dar fe de una gran confianza en el derecho penal como forma de respuesta adecuada frente a los incontables problemas derivados de la alta conflictividad asociada al delito.

El proceso mediante el cual se ha llegado a considerar que el derecho penal (desmesuradamente empleado por demás) es la panacea para los incontables problemas que la realidad recogida bajo la denominación de delincuencia presenta, no ha sido nueva. Ni le es atribuible solo al legislador. También algunos sectores del poder judicial han sido responsables en gran medida, de la llegada del derecho penal hasta ámbitos normalmente insospechados si se partiera de una interpretación razonable de los mismos.

A WINFRIED HASSEMER le debemos en gran parte el habernos invitado a reflexionar sobre las diversas posibilidades de manejo de las denominadas zonas de penumbra de las palabras de la ley; y a la práctica de nuestros jueces, la extensión del ámbito de significación posible de la letra de la ley hasta zonas en las que es racionalmente incomprensible la aplicación de los textos legales.

Así, por ejemplo, el más sonado de los procesos judiciales recientes en el país, que en realidad fue una multiplicidad de procesos, puso en evidencia la utilización del carácter equívoco de los textos legales en los que se consagró un tipo tan indeterminado como el de enriquecimiento ilícito, en desmedro de las garantías de los ciudadanos, y, en concreto, del principio de legalidad; extendiendo, en el éxtasis de la lucha contra

la corrupción, el ámbito de significación posible de los tipos penales hasta una serie de comportamientos ubicados definitivamente por fuera del ámbito de significación posible del tipo descrito en la norma (como el recibir unas camisetas para una campaña política o el negociar una escultura con personas sin antecedentes penales en ese momento y sin investigaciones judiciales en curso en su contra).

Y el proceso de erosión judicial del principio de legalidad en ese caso concreto, se fue produciendo con el aval de una ciudadanía ofuscada por el historial de "servicios al país" de aquellos que resultaron procesados, que emocionada y satisfecha a la vez, con la noticia de que se había hallado un mecanismo para sancionar a los miembros del que se consideraba el sector más corrupto de uno de los países más corruptos del mundo, nunca se preocupó de que le explicaran a qué costo se estaba adelantando ese proceso (por pensar a lo mejor que la delincuencia siempre es cosa de los otros, de los delincuentes y los jueces, y que en consecuencia el sistema de garantías procesales no es algo que pueda afectar o que interese directamente al ciudadano del común).

Mediante dicho aval, que se producía a través del peligrosísimo mecanismo de las encuestas radiales, no había consciencia de que aquello que, como el principio de legalidad, se consideraba apenas una "*delikatessen* dogmática" (para usar palabras de GIMBERNAT), era en realidad el más característico de los instrumentos de un derecho penal civilizado, en garantía de todos los ciudadanos. Y que su suerte se jugó y se empezó a perder de manera irremediable en perjuicio del Estado de derecho.

Por la vía de la expresión de agrado ciudadano ante la existencia de ese famoso proceso (de esos muchos procesos en realidad) y de la descalificación de los procesados, los ciudadanos de Colombia, que ha sumado desde hace años a sus muchas desgracias el contar con una clase política cuya deshonestidad y corrupción, hieren la vista y los demás sentidos, se avaló políticamente la grave herida que se le infligió al principio de legalidad y a otra serie de principios rectores de la legislación penal colombiana.

Con ello se perdió de vista que las autoridades judiciales no legitiman su actuación mediante encuestas públicas, sino mediante el ceñimiento a los principios constitucionales y legales que están llamados a aplicar. Principios jurídico-penales que además están consagrados para todos los ciudadanos, condición que no dejan de ostentar los miembros de la clase política más corrupta del mundo, ni los procesados por narcotráfico, ni agentes secretos alemanes dedicados a la realización de negocios con grupos armados al margen de la ley.

Lo anterior no significa, ni mucho menos, que ese proceso de pérdida de operatividad en la práctica de las garantías penales, haya sido cuestión tangible solo a partir de la actuación judicial a la que se ha hecho referencia en las líneas anteriores.

El problema que afronta una justicia en la que los fiscales reciben circulares que les piden informar sobre cuáles de los procesos que adelantan son dignos de información periodística, y que en la medida que lo sean, se convierten en el centro de atención de los superiores de la institución que incluso van rotando los expedientes hacia los fiscales que mejor pálpito inspiren entre quienes tienen la capacidad de reasignarlos

(sin que exista mucha claridad sobre en qué sentido irá ese palpito, aunque a veces no sea difícil suponerlo), es que se hace de la justicia una cuestión de estadísticas, en la que los anhelados grados de eficiencia se miden en términos de resoluciones de apertura de instrucción, de autos de detención, de resoluciones de acusación y de sentencias condenatorias, para satisfacer a una opinión pública a la que se hace "sujeto procesal" en desmedro de la marcha normal del proceso.

Y por esa vía se nos ha filtrado la idea de que existen algunos delitos, cuya investigación debe dar lugar a la máxima restricción posible de las garantías constitucionales y legales, para lo cual se estructuran interpretaciones *ad hoc* que se generalizan hasta el punto de aniquilar en determinados ámbitos todo el sentido real de garantías tan fundamentales como el principio de legalidad, o el de lesividad, o el de culpabilidad.

La pretensión de algún sector de la Fiscalía de tornar así las cosas, es conocido desde hace muchos años, también por supuesto en los ámbitos de la delincuencia de quienes ni siquiera pueden contar con los recursos suficientes para procurarse una defensa técnica idónea, que son aquellos de entre quienes el derecho penal selecciona la clientela que con mayor frecuencia le permite presentar estadísticas de incremento de efectividad en la lucha contra la impunidad.

Y la discusión de un nuevo Código Penal, que era el momento idóneo para recordar que el derecho penal moderno aspira a estructurarse sobre una serie de garantías ciudadanas, que bien pudieran haberse reforzado teóricamente, se convirtió más bien en el triste espacio para menguar algunas de ellas desde el enunciado mismo, como sucedió con la consagración del principio de tipicidad (art. 10), respecto al cual se dijo que basta que la ley defina "las características básicas estructurales del tipo penal", y no todos los elementos del mismo, tomando así literalmente la expresión mediante la cual el Tribunal Constitucional español (país a cuya jurisprudencia y doctrina de la parte general parecían querer rendir un tributo de conocimiento los redactores del proyecto de la Fiscalía, que lo elaboraron teniendo muy presentes las discusiones dogmáticas en dicho país, intentando además tomar postura sobre los aspectos conflictivos que allí se han discutido por años enteros sin alcanzar consenso) avaló la constitucionalidad de las normas penales en blanco.

Con esa expresión se introdujo, no de manera subrepticia, por demás, y contra lo que cabía esperar de un principio rector, la renuncia a la exigencia de que la ley consagrara de manera cierta e inequívoca todos los elementos integrantes del tipo penal, como siempre se había exigido en el país, en consonancia con la vigencia irrestricta del principio de legalidad.

Y en este punto es conveniente retomar lo que venía siendo objeto de análisis:

Con la alusión a las demandas de eficiencia formuladas a la Fiscalía en ámbitos ciudadanos y entre instancias oficiales, no puede legitimarse la presentación, a cualquier costo desde el punto de vista de los principios, de resultados de eficiencia cuantificables solo a partir del número de autos de detención o de resoluciones acusatorias

proferidas, aunque para ello se hayan dejado regadas en el camino garantías básicas de todo ciudadano, incluso, o sobre todo, del procesado por la comisión de un delito.

La actuación judicial contra las bandas de narcotraficantes, o de secuestradores, o contra los extraños agentes secretos extranjeros que ingresan al país a celebrar negociaciones con los grupos guerrilleros (al parecer con el aval de los dos gobiernos involucrados), no puede efectuarse a cualquier costo, ni mediante el sacrificio de las garantías procesales establecidas para todos los sindicados de la comisión de un delito.

También en el caso de los procesados por delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, o con las organizaciones armadas, existen unos términos de privación de libertad que tienen que ser respetados, o una exigencia de consonancia entre la resolución de acusación y la sentencia, y una exigencia irrenunciable de respeto al principio de legalidad. Garantías mínimas como estas, no quedan condicionadas por la gravedad de las sindicaciones discutidas en el proceso, ni por la personalidad de los delinquentes. Dependen, única y exclusivamente, de la vigencia de un sistema de garantías establecido en las disposiciones rectoras de nuestro ordenamiento jurídico, que señalan unas pautas de actuación judicial que deben hacerse efectivas siempre que se tramite un proceso penal.

Y si esas garantías no se respetan, la Constitución prevé los mecanismos para enmendar la situación. El *habeas corpus* entre ellos.

Con lo que no se contaba hasta hace unos meses, sin embargo, era con que la Fiscalía decidiera judicializar a los jueces penales que por vía del *habeas corpus*, es decir, como jueces constitucionales, entraran a proteger los derechos conculcados.

Y esa judicialización, que quiere decir, si no está claro, el sometimiento a proceso penal por la comisión de delitos de prevaricato de los jueces que concedieron los *habeas corpus*, privándolos por varios meses de su libertad, se hizo también mediante una interpretación muy poco estricta de los requisitos consagrados en la ley para considerar que se habían proferido resoluciones manifiestamente contrarias a la ley.

Ello quiere decir, que la Fiscalía después de no respetar los derechos de los sometidos a proceso, dispuso procesar a quienes entraron a garantizar la efectividad de esos derechos que ella misma había afectado.

Y todo, mediante el empleo de una argumentación desbocada que llevó, por ejemplo, a que dentro del proceso contra uno de los jueces, el delegado del ministerio público que solicitaba también condena, manifestara su sorpresa ante el hecho de que se le hubiera concedido un *habeas corpus* a un sindicato de narcotráfico siendo notoria la gran cantidad de jueces que los narcotraficantes habían asesinado en el país.

2. LA SITUACIÓN CONCRETA QUE MOTIVA EL COMENTARIO

En virtud de lo referido al finalizar el apartado anterior, la operancia efectiva del *habeas corpus* en una ciudad como Medellín ha sufrido un rudo golpe por vía de la

decisión de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de esta ciudad de abrir proceso contra algunos jueces penales que han amparado el derecho a la libertad mediante la concesión del *habeas corpus*.

Por esa vía se ha propiciado, de forma muy dolorosa por demás, un atentado fáctico contra la independencia judicial, ya no solo dentro de la institución misma (en donde se ha pretendido que rige más bien un principio de organización jerarquizada, ajeno a la independencia funcional), sino también en el ámbito de los jueces penales llamados a decidir las peticiones de *habeas corpus*.

En efecto, en el último tiempo es perceptible en las decisiones de los jueces penales sobre *habeas corpus* (y eso cuando esos mismos jueces no lo manifiestan de manera abierta en conversaciones de amigos), la búsqueda de argumentos mediante los cuales hacer ineficaces las peticiones de amparo de la libertad que les son formuladas por esa vía. Ello, como forma de neutralizar los riesgos de una eventual judicialización en su contra en el caso de ordenar la libertad del capturado o detenido, aunque se tenga la convicción plena sobre la procedencia del amparo solicitado.

Este fenómeno, que sería un interesante objeto de estudio para la sociología judicial (si ella existiera en Colombia), ha hecho que por lo menos en la ciudad de Medellín, el *habeas corpus* se haya reducido a su mínima expresión y que las decisiones favorables a su concesión sean muy escasas en comparación con la gran cantidad de casos en que sería procedente.

La providencia comentada (favorable a una juez investigada por la concesión de un *habeas corpus*) constituye un momento significativo en el devenir que condujo al paulatino marchitamiento de dicha garantía en la ciudad de Medellín, y es posible que en otras ciudades de Colombia, debido a la apertura de procesos penales a jueces que optaron por su concesión en casos que se manifestaban como irregulares privaciones de la libertad por parte de la Fiscalía.

Esta sentencia se publica con el propósito de abrir el debate sobre la problemática que se plantea en la actualidad sobre el alcance del *habeas corpus*; y como un llamado de atención sobre la actitud de la Fiscalía frente a algunos problemas delicados que se han presentado en los últimos meses. Una Fiscalía de la que cabe aspirar que se convierta en un instrumento eficaz en la persecución del delito, pero no a cualquier costo, ni de cualquier manera.

A) Los orígenes del problema

Después de promulgada la nueva Constitución se produjo en Colombia una situación absolutamente paradójica: se abrió el espacio para que gracias al tránsito de legislaciones, y mediante la aplicación de la nueva normatividad, por cuestiones de favorabilidad salieran en libertad muchas personas privadas de ella, algunas de las cuales llevaban cinco o más años sindicadas y detenidas, sin haber sido condenadas.

Para neutralizar el riesgo de que salieran en libertad los presuntos inocentes (que seguían siéndolo por mandato de la nueva Constitución y de la derogada, y de todos los

códigos de procedimiento penal vigentes durante el período en que esas personas estuvieron recluidas en la cárcel), el presidente de la república de la época en que fue promulgada la nueva Constitución, decretó el Estado de conmoción interior.

La conmoción interior originada por los riesgos de perturbación del orden social que implicaría la aplicación de la ley, constituía un absurdo de mayúsculas proporciones imaginable apenas en un país como Colombia, tal y como lo denunció el salvamento del voto de quienes en la Corte Constitucional se apartaron de la decisión mayoritaria de considerar exequible la declaratoria del estado de excepción. Manifestaron los magistrados disidentes que "El cumplimiento de la Constitución y de la ley no puede perturbar el orden que ella misma se encuentra llamada a establecer".

Esa declaratoria de la conmoción interior, que ya evidenciaba de qué manera en Colombia el Estado actúa "a la enemiga" frente a los sindicatos de la comisión de delitos, que además es una actitud mucho más sorprendente cuando es adoptada por una Fiscalía con funciones judiciales que la obligan a investigar lo favorable y lo desfavorable a los sindicatos, se vio acompañada de una serie de disposiciones legales mediante las cuales se recortaba toda posibilidad de libertad provisional dentro de los procesos por determinados delitos.

Dentro de ese régimen de conmoción interior, se dictó una norma de carácter supuestamente interpretativo según la cual "las peticiones sobre libertad de quien se encuentra legalmente privado de ella deberán formularse dentro del respectivo proceso".

Posteriormente, esa misma disposición (en la discusión sobre cuya exequibilidad el entonces ministro de Justicia reiteró su carácter apenas "interpretativo") fue convertida en legislación permanente mediante la promulgación de la ley 15 de 1992 que la incorporó a su artículo 2º, inciso 2º.

De esa manera, empleando un recurso generalizado en vigencia de la Constitución anterior y del estado de sitio (uno de los estados de excepción consagrados en ella), tan pronto hubo necesidad de levantar el estado de conmoción interior por la vigencia limitada en el tiempo que le fijó la Constitución de 1991, fueron incorporadas a la legislación permanente una serie de disposiciones pertenecientes al conjunto normativo dictado bajo las condiciones de excepcionalidad.

Ese procedimiento de incorporar a la legislación ordinaria las disposiciones promulgadas para regir dentro de los estados de excepción, con una pretensión de aplicación frente a todas las hipótesis delictivas, dio lugar al fenómeno al que un amplio sector de la academia del país alude como la regionalización de la justicia ordinaria, para destacar la extensión a la justicia ordinaria de los mecanismos (y las actitudes judiciales) de la justicia regional (comúnmente llamada sin rostro).

Dado el gran interés que el legislador (llámese legislativo o ejecutivo durante la vigencia de los estados de excepción) y un sector del poder judicial (que en lo que a la Fiscalía respecta nunca ha entendido con claridad si es un juez imparcial o un agente en la lucha contra la delincuencia con vocación de eficacia y que también dentro de la etapa del sumario defiende un interés concreto, o ambas, u otras cosas a la vez), tenían en la restricción de la libertad dentro de los procesos contra los sindicatos, en un principio,

por delitos cuya investigación estaba asignada a la justicia regional, y posteriormente, contra los sindicatos por cualquier tipo de delito, se hizo todo lo posible por inocular el régimen de la libertad, estableciendo unas condiciones para el *habeas corpus*, que llegaban a contrariar lo dispuesto por la Constitución que lo había diseñado con un amplio ámbito de operancia.

En ese sentido, y en relación con uno de los aspectos más conflictivos respecto a la privación de la libertad, se dispuso que, dentro del proceso, el *habeas corpus* solo era procedente mientras la captura no se hubiera legalizado. Es decir, que no era procedente después de que se hubiera dictado medida de aseguramiento de detención preventiva.

Un efecto comprensible se buscaba de esa manera de acuerdo con la norma "interpretativa" antes mencionada: que el debate sobre la libertad se diera dentro del proceso, en el que ella había sido coartada, como una forma de organizar los procedimientos judiciales.

Sin embargo, ello entraba en conflicto con el artículo 30 de la Constitución que faculta a interponer el *habeas corpus* ante cualquier autoridad judicial y en todo tiempo.

Sorprendentemente la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de la mencionada disposición, que de manera evidente y contra lo dispuesto por el citado artículo 30, restringía la oportunidad para invocar el *habeas corpus*.

Pero, quizás por lo evidente del conflicto entre la norma constitucional y la norma legal, la Corte acudió al mecanismo de la transacción (de la exequibilidad condicionada o de la concesión-excepción), tan frecuente en sus fallos: el *habeas corpus* sería procedente, después de impuesta la medida de aseguramiento, frente a las actuaciones de hecho.

Dijo la Corte: "En lo que atañe a las privaciones judiciales (—de la libertad—), el derecho al debido proceso, desarrollado a nivel normativo a través de la consagración de los debidos recursos legales, asegura que la arbitrariedad judicial pueda ser eficazmente combatida y sojuzgada cuando ella se presente. Lo anterior no excluye la invocación excepcional de la acción de *habeas corpus* contra la decisión judicial de privación de la libertad cuando ella configure una típica actuación de hecho".

El alto Tribunal, sin embargo, no definió lo que había de entenderse por actuación de hecho. Y de esa manera se creó un nuevo problema, más álgido incluso que el relacionado con la exequibilidad de la referida norma "interpretativa", en la medida que a continuación habría que entrar a definir el alcance de la actuación de hecho (que, por ejemplo, algunos fiscales de manera claramente errónea han tratado de explicar remitiéndose a lo que por vía de hecho entiende la jurisprudencia constitucional en materia de acción de tutela).

B) El entorno de la sentencia publicada

Como ya se manifestó la Fiscalía General de la Nación dispuso en Medellín abrir procesos penales por el delito de prevaricato contra algunos jueces penales que concedieron el amparo de *habeas corpus* después de constatar situaciones como las siguientes:

La existencia de un auto de detención ordenado por el superior en el trámite de una apelación en virtud de unos hechos sobre los que ni siquiera se había indagado a los procesados, en flagrante violación del principio del debido proceso, y que aquel consideró que plasmarían la correcta adecuación típica de los hechos, después de revocar las medidas de aseguramiento impuestas en primera instancia.

O el proferimiento por la Fiscalía de providencias antedatadas valiéndose del vencimiento de términos para la concesión de la libertad en fin de semana, para hacer aparecer como proferida la providencia acusatoria dentro de los términos de privación, todavía lícita, de la libertad.

O la omisión de respuesta oportuna a las solicitudes de libertad por vencimiento de términos de detención sin haber calificado el mérito del sumario, para solo entrar a responderlas varios días después en la providencia acusatoria, por supuesto con los términos ya vencidos, y diciendo que en virtud del proferimiento de la providencia, no había ya lugar, a la prosperidad de la solicitud de libertad.

La decisión de los jueces de intervenir frente a ese estado de cosas, mediante la concesión del *habeas corpus*, dio lugar a su judicialización, por parte de la Fiscalía que era el mismo órgano justamente (a través de otros funcionarios, por supuesto, pero con el sentido de cuerpo al que se quiso aludir unos renglones antes) que había materializado la privación ilícita de la libertad de los sindicatos.

Amargamente, todo ello derivó, por lo menos en Medellín, en el aniquilamiento fáctico de la eficacia del *habeas corpus*. De manera sorprendente los jueces mismos, relataban, temerosos de ser judicializados, acudir a argumentos como los siguientes para no conceder el amparo: entender que en los casos con varios privados de la libertad, los términos para definir la situación jurídica se contaban a partir de la última indagatoria, de manera que si se habían presentado cinco capturas en cada uno de los días hábiles de la semana (de lunes a viernes), y la indagatoria de cada capturado se recibía el mismo día de su aprehensión, los términos para definir la situación jurídica se contaban, para todos, a partir del viernes. Y eso, llegó a decir la sala penal del Tribunal Superior de Medellín, en virtud de la aplicación del principio de igualdad (¡!).

Las conversaciones con jueces penales de la ciudad permitieron también detectar que el conteo de los días para definir la prosperidad del *habeas corpus*, se hacía de días hábiles y no de días "solares" o comunes, pese a que su criterio jurídico les indicaba que el conteo debía hacerse de esta última manera. Todo por temor al inicio de investigaciones penales contra quien concediera un *habeas corpus*.

Y de esa manera se menguó severamente la eficacia de la garantía quizás más importante del derecho más fundamental, después de la vida. Y todo, al amparo de una política criminal que por torpe siempre hemos considerado inexistente.

A la fecha de la redacción de este comentario, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín ha dictado sentencia absolutoria en varios de los procesos relacionados con el asunto que aquí se ha puesto de presente. Todos los procesos están en la Corte Su-

prema de Justicia a la espera de sentencia de segunda instancia. Habrá que esperar cuál es la postura de la sala penal de dicha corporación sobre un problema tan delicado.

De todas maneras sería muy importante que una figura tan importante como el *habeas corpus* sea objeto de un esfuerzo de clarificación en la sala penal de la Corte Suprema, donde desafortunadamente tampoco ha habido plena claridad sobre los alcances de la figura.

Del derecho penal al que aspiramos, como un mecanismo de protección de los derechos de la parte más débil respecto a cada uno de los momentos que se derivan de la comisión de un hecho punible, con la estructura de un sistema de garantías, hemos pasado a un derecho penal que nos confronta de manera violenta que una realidad muy distinta: la de las imposiciones arbitrarias de las aspiraciones represivas de un sistema penal, cuya lealtad con el sistema de garantías constitucionales y legales no ha sido digno de ejemplo. Este comentario refiere un fragmento de la historia que nos ha conducido a ese punto.

Dos cosas es necesario manifestar antes de concluir. Se escogió para ser publicada una de las sentencias de más riqueza conceptual en cuanto a la cantidad de asuntos analizados. Y además porque en alguna otra de las sentencias que habrían podido publicarse, el comentarista tenía un interés personal, por lo que no estaría bien dedicar-le el comentario a esa providencia. No obstante, nada justificaba omitir el tratamiento de un problema tan delicado.

Pese a que por la razón acabada de exponer pudieron plasmarse en el texto intereses personales, este fue objeto de detallada revisión por parte del autor y también de terceras personas de reconocida talla académica y personal que compartieron su contenido y avalaron la publicación. A ellas, mil gracias.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala de decisión penal

30 de junio de 1998

Magistrado ponente: José J. Gómez Gómez*

(...)

Los hechos:

En las horas de la noche del 14 de agosto de 1996, la urbanización "Prados de Llanogrande", ubicada en el municipio de Rionegro, fue visitada por un crecido número de individuos provistos de armas de fuego de largo y corto alcance, quie-

nes intimidaron al celador, el señor M. J. C. R. y, a continuación, se encaminaron a la cabaña ocupada por la señora B. S., su hijo C., de cinco años de edad, y la empleada del servicio doméstico, N. M. L., y a todos ellos les obligaron mediante la violencia a abordar un vehículo campero, propiedad de la familia, emprendiendo la retirada en dirección a una zona montañosa del oriente antioqueño —al parecer la vereda "Las Faldas" comprensión territorial del municipio de Granada—, donde fueron recibidos por integrantes del mismo grupo subversivo —todo parece indicar que el plagio fue perpetrado por el Ejército de Liberación Nacional, frente Carlos Alirio Buitrago—, quienes se hicieron cargo de su custodia a partir de ese momento. Ya el día 15, a eso de las 7 de la

noche, el menor y los empleados fueron liberados pero no la señora B. S. por cuyo rescate fue exigida una cuantiosa suma de dinero—6.000.000.00 de dólares— de acuerdo con las manifestaciones vertidas por los secuestradores en las comunicaciones telefónicas sostenidas en los días siguientes con el señor U. S., esposo de la cautiva, también de nacionalidad alemana, quien se negó a cancelarla alegando que no disponía de la misma.

Precisamente a raíz de la petición formulada por el señor S. y los funcionarios de la empresa B. Q., a mediados del mes de septiembre el encargado de negocios de la Embajada Alemana en Bogotá propició una entrevista del primero con un ciudadano alemán conocido como Seitz, quien se hallaba acompañado de su esposa, que se ofreció a mediar para lograr la liberación de doña B. S. haciendo alarde de la experiencia adquirida en operaciones de esa índole, cuyo costo, para el caso presente, tasó en una suma que fluctuaba entre 1.200.000 y 1.500.000 dólares, propuesta que fue rechazada por el señor S., quien apenas si se mostró dispuesto a desprenderse de una cantidad aproximada a los 100.000 dólares.

Sin embargo, en los primeros días del mes de noviembre, preocupado por el tiempo transcurrido sin que los secuestradores intentaran un nuevo contacto, el señor S. recurrió a los Seitz, a quienes les pidió que adelantaran las gestiones necesarias para la liberación de su esposa, regresando a su nación de origen en busca de las prendas de vestir y de las fotografías de esta, a quien le envió una nota en la cual le indicó que debía atender las instrucciones de los intermediarios, quienes ingresaron al país el día 14 con una nueva identidad. De ellos solo se tuvieron noticias en las horas de la noche del 16 de noviembre cuando se hicieron presentes en el aeropuerto del municipio de Rionegro acompañados de doña B. S., a quien trataron de trasladar en un vuelo charter hasta Cartagena y de ahí a Venezuela, donde sería recibida por las personas que la llevarían hasta Alemania, aunque el plan fracasó por la intervención de los integrantes del Grupo GAULA urbano, al mando del teniente coronel M. S., quienes les capturaron decomisándoles los pasaportes con los cuales amparaban sus distintas identidades, el pasaporte expedido a favor de B. B., que sería usado por doña B. S. para salir del territorio y una

apreciable suma de dinero, en moneda extranjera.

Los retenidos, quienes en el momento de su captura se identificaron como N. y S. S. quedaron a disposición de la fiscalía regional que les escuchó en indagatoria, asistidos por sus defensores (en esas diligencias se presentaron como J. e I. Seidel); y mediante providencia proferida el 3 de diciembre, definió su situación jurídica, imponiéndoles la medida de aseguramiento de la detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, como presuntos autores de los delitos de concierto para secuestrar, secuestro extorsivo y uso de documento público falso, decisión que mantuvo en firme al resolver el recurso de reposición propuesto por el señor agente del ministerio público, quien discutió la estructuración del primero de esos hechos punibles.

Ya en el mes de febrero de 1997 los representantes judiciales de los sindicatos, por separado, presentaron sus memoriales, en los cuales sostuvieron que sus defendidos no incurrieron en los delitos que inicialmente les fueron atribuidos porque los actos orientados a la liberación de la señora B. S. los ejecutaron en cumplimiento de la misión encomendada por el gobierno alemán, como ya había sucedido en ocasiones anteriores, que les hizo suceso de varios pasaportes por razones de seguridad, al igual que la misiva dirigida a las autoridades colombianas pidiéndoles que les prestaran el apoyo requerido, solicitando la preclusión de la instrucción y, subsidiariamente, la revocatoria de la medida de aseguramiento, al igual que su libertad inmediata e incondicional, peticiones que solo fueron resueltas, de manera adversa por cierto, por auto expedido el 21 de marzo de ese año, impugnada en apelación por los señores defensores. Mientras se surtía el rito propio para la concesión del recurso, la fiscalía regional clausuró la investigación por auto del día 16 de abril, y ya el 7 de mayo ordenó el envío del proceso a la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Nacional, cuyo pronunciamiento, favorable al criterio de los recurrentes y contrario al del despacho de la primera instancia, apenas se produjo el 27 de junio: descartó los delitos de concierto para secuestrar y uso de documento público falso, y en cuanto al secuestro extorsivo estimó que en el proceso no militaba la prueba requerida para la

* Integraron la sala, además, el doctor Javier Gonzalo Montoya Orrego y la doctora Martha Elena Jaramillo Panesso (quien salvó el voto).

"HABEAS CORPUS" Y PREVARICACIÓN JUDICIAL

imposición de la medida de aseguramiento, que revocó de plano, aunque ratificó la negativa de la preclusión, pero les imputó la comisión de los hechos punibles de favorecimiento e intermediación en el secuestro reprimidos por los artículos 7º y 12 de la ley 40 de 1993, que ameritaban la medida de aseguramiento de la detención preventiva por la flagrancia en la cual fueron arrestados (lo curioso es que poco antes desestimó el estado de flagrancia en lo que concierne al secuestro extorsivo), y ordenó la práctica de varias diligencias para esclarecer algunos aspectos que hasta ese momento eran un tanto confusos.

Resuelto desfavorablemente el recurso de reposición propuesto contra el auto que cerró la investigación en lo atinente a los esposos Seidel y conocidas las alegaciones precalificadoras de los sujetos procesales, quienes las presentaron antes de que se conociera la decisión de la segunda instancia, el señor fiscal regional calificó el mérito de las pruebas mediante providencia proferida el 9 de julio de 1997 en la cual adoptó estas determinaciones: pese a que mantuvo el criterio expuesto inicialmente, esto es, que los sindicados deberían responder por los delitos incluidos en la resolución por medio de la cual definió su situación jurídica —concierto para secuestrar, secuestro extorsivo y uso de documento público falso— en acatamiento a lo dispuesto por su superior optó por la preclusión de la instrucción respecto de esos hechos punibles, y fundado en el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal, que interpretó a su manera, extractó de ahí su competencia para acusarles ante el juez penal del circuito de Rionegro como autores presuntos de los delitos de favorecimiento e intermediación en el secuestro deducidos en la segunda instancia; además, denegó la sustitución de la detención preventiva por la domiciliaria por considerar que no colmaban los requisitos exigidos por el artículo 53 de la ley 81 de 1993, pues no habían fijado su residencia en este país (desatendió el ofrecimiento que hiciera el señor cónsul de Alemania en esta ciudad que se mostró dispuesto a recibirlos en la embajada mientras culminaba el proceso) y porque la actitud asumida por ellos ante las autoridades colombianas a las que les ocultaron las gestiones adelantadas para liberar a doña B. S. demostraba su insensibilidad moral, que ponía en entredicho

sus nexos con la comunidad (no reparó en que esa fue precisamente la conducta que dio lugar al delito ofensivo de la administración de justicia), guardando silencio sobre su excarcelación.

Una vez conocidas esas decisiones, los sujetos procesales ejercieron los diversos medios de defensa judiciales consagrados en el estatuto procedimental: tanto los señores defensores como el señor agente del ministerio público interpusieron el recurso de apelación; además los primeros presentaron un memorial por medio del cual intentaron el control de legalidad de la medida de aseguramiento decretada por la unidad de fiscalías delegadas ante los tribunales superiores, que llevó al funcionario instructor a dar traslado del voluminoso expediente al señor juez penal del circuito de Rionegro quien, por auto del 24 de julio, declinó su competencia para tramitar el incidente, remitiendo el proceso al señor juez regional a quien le propuso colisión negativa de competencias para el caso de que no compartiese su criterio.

Ya en la última fecha, el señor defensor de J. e I. Seidel, en ejercicio de las prerrogativas otorgadas por el artículo 434 del Código de Procedimiento Penal, instauró el *habeas corpus* ante el juzgado diez y ocho penal del circuito que, en la misma fecha, con la premura que el caso requería, inspeccionó el proceso impulsado en contra de los esposos Seidel y, al día siguiente, en el entendimiento de que su detención se había prolongado de manera ilegal, decidió favorablemente la acción, disponiendo su libertad inmediata, aunque les impuso la obligación de comparecer "ante la autoridad judicial a quien se asigne por reparto la investigación, a fin de que estén atentos a las incidencias de la misma y para efectos de eventuales compromisos", mientras que en el numeral 3 ordenó que se informara lo resuelto "a la Procuraduría General de la Nación y al fiscal general de la Nación", folio 156.

Inconforme con la libertad otorgada a los esposos Seidel, el señor fiscal regional, mediante oficio número 331 del 31 de julio de 1997, enteró al señor director regional de fiscalías con sede en esta ciudad de lo que consideró una indebida intromisión de la señora juez diez y ocho penal del circuito en el proceso tramitado en contra de aquellos, cuya decisión, en su opinión, "desborda las

previsiones o normas legales", para que si lo estimaba pertinente pusiera en conocimiento de las autoridades correspondientes las anomalías que "se dieron en el trámite del recurso de *habeas corpus*", folios 2 y siguientes. En la misma fecha el señor director regional de fiscalías, obtenidas las copias de las providencias de fondo proferidas por el instructor en ese proceso, dispuso su envío al señor coordinador de fiscalías delegadas ante los tribunales superiores para que designara uno de los delegados que determinara "si existió o no violación a la ley penal al concederse libertad a los esposos Seidel, luego de incoada la acción de *habeas corpus*", remitiendo copia de las actuaciones a la sala jurisdiccional disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura "para que se vislumbren los aspectos de orden disciplinario en que pudo haber incurrido el funcionario que otorgó la libertad", folios 1 y 2.

El 1º de agosto el jefe de la unidad le asignó el conocimiento de las diligencias a uno de los fiscales delegados ante los tribunales superiores que, por auto del día 11, dio comienzo a la investigación previa, disponiendo la práctica de distintas pruebas de carácter documental, que fueron suficientes para la culminación de esa fase procesal y la apertura de la instrucción decretada por auto del 9 de septiembre, folios 133 y siguientes, 221 y 222. Una vez se escuchó en indagatoria a la doctora C. L., su situación jurídica fue definida mediante resolución del día 29 en la cual se le impuso la medida de aseguramiento de la detención preventiva sin beneficio de excarcelación (aquella fue sustituida por la detención domiciliaria), como autora presunta del delito de prevaricato por acción reprimido por los artículos 149 del Código Penal y 28 de la ley 190 de 1995; además se solicitó la suspensión en el ejercicio de sus funciones, que la corporación hizo efectiva a partir del 3 de octubre por acuerdo 18 de la misma fecha. El cargo, así delineado, fue incorporado a la resolución acusatoria expedida el 8 de enero de 1998, que también se ejecutorió en primera instancia (la doctora C. L. oportunamente desistió de la apelación propuesta contra la medida de aseguramiento) ante el desistimiento del recurso de apelación interpuesto por el señor agente del ministerio público, quien en el concepto precalificadorio se mostró partidario de la preclusión de la instruc-

ción arguyendo que el ilícito ofensivo de la administración pública no se había configurado, folios 229 y siguientes, 249 y siguientes, 267, 268, 276, 277, 478, 562 y siguientes, 608 y 609.

Consideraciones del Tribunal:

Ya ha quedado claramente delimitada la controversia que debe dirimir la sala para adoptar la decisión que ponga fin a la instancia: mientras que el señor fiscal delegado ante los tribunales superiores, siguiendo de cerca el pensamiento plasmado por el señor fiscal regional en el oficio de folios 1 y siguientes, estima que la doctora C. L. indebidamente se entrometió en el proceso penal tramitado contra los esposos Seidel, a quienes habría liberado con flagrante y deliberada violación de la ley, por lo cual debe responder penalmente como autora del prevaricato por acción, la señora juez, en cambio, contando con el respaldo de su defensor y del señor agente del ministerio público, ha sostenido que la privación de la libertad de esas personas se prolongó de manera ilegal y por esa razón se vio precisada a resolver favorablemente la acción de *habeas corpus* para tutelar tal derecho fundamental, lo que desvirtúa el delito objeto de la resolución acusatoria, haciéndose acreedora a un fallo absolutorio.

El tribunal decididamente se inclina por la última versión, que dispone de sólido y racional soporte en las pruebas aportadas al proceso, y desde ya anuncia la emisión de una sentencia absolutoria por considerar que en la conducta de la doctora C. L. no concurren los presupuestos requeridos para la estructuración del delito ofensivo de la administración pública a ella atribuido.

La situación procesal de los esposos M. o Seidel (son múltiples los nombres y apellidos que suelen utilizar en desarrollo de sus actividades), a quienes se amparó con el *habeas corpus*, era bastante compleja. Al proceso penal fueron vinculados otros individuos que se vieron comprometidos en el secuestro de doña B. S., su hijo, la empleada doméstica y el vigilante de la unidad residencial, quienes únicamente se propusieron alcanzar un lucro económico por el rescate de la primera, a quien mantuvieron cautiva con esa finalidad por espacio de 3 meses, ya que solo la

liberaron cuando se iniciaron los gestiones de los ciudadanos extranjeros, que fueron aprehendidos en el aeropuerto del municipio de Rionegro cuando se disponían a abordar la nave que les conduciría, en asocio de la señora B. S. hasta la ciudad de Cartagena, y cuando tenían consigo varios pasaportes en los cuales figuraban con otros nombres y apellidos, al igual que el que fue expedido a nombre de Bárbara Bauman y que sería utilizado por la dama secuestrada para abandonar el país. Y así como el señor fiscal regional estimó que los sindicatos se pusieron de acuerdo con las demás personas para retener a la señora B. S. y a sus acompañantes, reputándoles coautores de los delitos de concierto para secuestrar, secuestro extorsivo y uso de documento público falso, que dieron lugar a su detención preventiva sin beneficio de excarcelación, la unidad de fiscalías delegadas ante el tribunal nacional, con fundamento en las mismas probanzas, prescindió del primero de esos hechos punibles que, en su opinión, no se configuró, descartó la captura en flagrancia en lo que concierne al secuestro extorsivo, y también desestimó el cargo relacionado con la falsedad que no se dió en este caso porque los documentos eran auténticos, pero les atribuyó la comisión de otros delitos, de suyo diferentes, como el encubrimiento por favorecimiento porque no alertaron a las autoridades nacionales sobre las gestiones cumplidas en esta nación, y la intermediación en el secuestro, imponiéndoles una medida de aseguramiento de la misma entidad, sin derecho a la libertad provisional.

Y fue en ese proceso, en extremo complicado y al que además de los alemanes fueron vinculadas algunas personas de nacionalidad colombiana, que supuso la práctica de numerosas diligencias que para la fecha de la inspección judicial conformaban ya 26 cuadernos, y en el cual se venían debatiendo una serie de hechos ampliamente divulgados por los medios de comunicación, con cierto tinte sensacionalista para cautivar la audiencia, donde intervino la doctora C. L. como juez constitucional; en la misma fecha de la solicitud, con la premura del caso, examinó los aspectos más sobresalientes relacionados con la captura y la detención de los sindicados, con miras a establecer si se ajustaban o no a las disposiciones legales y si se hacía viable o no el *habeas corpus*, y a continuación debió motivar su decisión, sa-

biendo de antemano que en el primer caso sería cuestionada por los funcionarios de la fiscalía regional, y que en el segundo las críticas vendrían de parte de los procesados y sus defensores. Y si se inclinó por la primera alternativa fue porque se convenció de lo ilegal que resultaba la detención de los esposos Seidel.

Las anomalías se iniciaron desde el preciso instante en que la unidad de fiscalías delegadas ante el tribunal nacional intervino en el proceso. Los señores defensores consideraron que la negativa de la fiscalía regional a precluir la instrucción y a revocar la medida de aseguramiento impuesta por hechos punibles de tanta gravedad como el concierto para secuestrar, el secuestro extorsivo y el uso de documento público falso afectó los derechos de los sindicados, y al recurrirla en apelación delimitaron el campo donde debería moverse su superior jerárquico, a quien únicamente le era permitido revisar los aspectos impugnados al tenor de lo dispuesto por el artículo 34 de la ley 81 de 1993, que modificó el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal. El *ad quem* debió sopesar las pruebas recaudadas hasta ese momento para definir si sustentaban una imputación tan drástica como la que se diseñó en la primera instancia, o si, por el contrario, había lugar a su derogatoria como lo postularon los recurrentes, pero no estaba habilitado por la ley para ocuparse del estudio de otros asuntos, ajenos por completo al ámbito de atribuciones de la jurisdicción regional porque desbordaría los alcances de la citada disposición.

Si el señor fiscal delegado ante el tribunal nacional, acatando los planteamientos de la defensa, que fueron coadyuvados por el señor agente del ministerio público en ese proceso, concluyó que los esposos Seidel no participaron a ningún título en el secuestro de la señora B. S. y tampoco atentaron contra la fe pública porque los pasaportes que les fueron decomisados eran genuinos, llegando en su discurrir al extremo de sostener que no militaba la prueba mínima demandada por el artículo 388 del Código de Procedimiento Penal para la imposición de la medida de aseguramiento que revocó de plano, obviamente debió acoger una de las pretensiones subsidiarias de los impugnantes, decretando la libertad de los procesados, así no fuese de manera incondicional porque no

precluyó la instrucción, dado que tenía interés en que el funcionario instructor practicara las diligencias con las cuales se aclararían los aspectos que aún estaban sumidos en la penumbra, aunque para el logro del último objetivo necesariamente debió dejar sin efectos el auto proferido el 16 de abril de 1997 por medio del cual se clausuró la investigación y la providencia que resolvió desfavorablemente la reposición intentada, que hacían parte del expediente y por ello pudo conocerlas, y porque debió suponer que a raíz del extenso tiempo transcurrido los sujetos procesales se habían visto precisados a entregar sus alegaciones de fondo, sin que hubiesen conocido su pronunciamiento del 27 de junio que introdujo sustanciales modificaciones a la situación procesal.

Naturalmente el principio de la *reformatio in pejus*, erigido en uno de los primordiales atributos del debido proceso, que fue consagrado para impedir que el acusado fuese sorprendido con un cargo o una sanción que no pudo controvertir, es más riguroso tratándose de sentencias que de autos interlocutorios, pues se ha admitido que al revisar uno de estos en sede de apelación, bien sea el que el que impone la medida de aseguramiento o niega su revocatoria o reforma, u otro cualquiera, el *ad quem* está facultado para estudiar temas diferentes a los planteados por el apelante, así haga más gravosa la situación del sindicado; es por ello que puede y debe enmendar el error que advierta sobre la denominación jurídica de la infracción para evitar futuras nulidades, con las implicaciones que le son propias frente a la providencia recurrida, y también puede sustituir la medida de aseguramiento por la que legalmente corresponda, así sea por hechos punibles diversos a los señalados en primera instancia, siempre que sea de la misma o de inferior entidad a la que pesa sobre el interesado.

Solo que esas prerrogativas no podían ser ejercidas con toda amplitud por la unidad de fiscalías delegadas ante el tribunal nacional: el cierre parcial de la investigación produjo la ruptura de la unidad procesal para los esposos Seidel (C. de P. Penal, art. 90-2), quienes de manera categórica fueron separados por completo de los delitos de concierto para secuestrar y secuestro extorsivo endilgados a los demás sindicados, y de los delitos deducidos por la segunda instancia —no se

trató de la simple corrección de un error de apreciación del instructor en el proceso de adecuación típica, sino que este fue readequado en su integridad— no se podía predicar la conexidad con los hechos punibles anteriores, que para ellos ya habían desaparecido por completo, y, además, estaban por fuera del marco de las atribuciones de la jurisdicción regional, ya que su conocimiento le fue adjudicado al juzgado penal del circuito de Rionegro, en tanto que la instrucción y la calificación del mérito de las pruebas correspondía de manera exclusiva al fiscal seccional con sede en esa localidad, razones esas que se oponían a la medida de aseguramiento dispuesta a última hora por el *ad quem*, máxime si para optar por la detención preventiva en lugar de la caución que era la que se imponía (la pena mínima establecida por los artículos 7º y 12 de la ley 40 de 1993 para ambas infracciones es de un año de prisión) recurrió a la captura en flagrancia que en la misma providencia desestimó en forma categórica para el secuestro extorsivo, pero que revivió para el favorecimiento y la intermediación en el secuestro, derivados de las gestiones adelantadas en los días anteriores para obtener el rescate de la secuestrada, a quien los plagiarios voluntariamente liberaron, dejándola en poder de la pareja alemana que fue arrestada por motivos diversos, esto es, porque se habría propuesto conducirla al exterior donde se entregaría una cuantiosa suma de dinero por su libertad, y no porque se hubiese gestionado el rescate a espaldas de las autoridades colombianas que fue lo que dió lugar a la imputación surgida a última hora.

El señor juez regional, en la providencia expedida el 28 de julio de 1997 —3 días después la concesión del *habeas corpus*— por medio de la cual denegó el control de legalidad reclamado por la defensa, destacó el exceso en que incurrió el señor fiscal delegado ante el tribunal nacional al extender su competencia a otras cuestiones que no fueron planteadas por las recurrentes, como paso previo para adecuar el comportamiento de los sindicados a los delitos de favorecimiento e intermediación; de esa manera acogió el criterio expuesto por los señores defensores, por considerar que aquel "podía revisar únicamente los aspectos impugnados, no así la ubicación jurídica que a las conductas había impuesto el fiscal regio-

nal. Es decir, estaba carente de competencia para imponer nueva medida de aseguramiento en contra de los implicados, por conductas diferentes", aunque tal irregularidad, a su juicio, no podría subsanarse a través del control de legalidad que solo operaba para la medida asegurativa decretada en la primera instancia, que cobró ejecutoria el 4 de marzo de 1997, imponiéndose su corrección por "el ente fiscal", con la aplicación de los artículos 13 y 304 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, ordenando la expedición de las copias pertinentes para la investigación penal y disciplinaria del funcionario, folio 183, concepto que hizo suyo la abogada adscrita a la Procuraduría comisionada para la averiguación disciplinaria adelantada en contra de la señora juez en el informe evaluativo presentado ante su superior en el mes de agosto de 1997 (véase anexo núm. 4, fs. 23).

Pero así se discute el vicio generador de nulidad originado en el exceso en que incurrió el *ad quem* (el señor fiscal delegado ante los tribunales superiores estima que la impugnación del auto que negó la preclusión de la instrucción facultaba al superior jerárquico para revisar prácticamente todo el proceso, pues el recurrente en esos casos "ataca la totalidad de la providencia y en ese sentido el *ad quem* puede revisar a fondo no solo el aspecto probatorio, sino también aspectos sustanciales como los fenómenos jurídicos de la conexión, la tipicidad de otros hechos punibles y, por supuesto, la culpabilidad; por eso no desahoga la providencia de la segunda instancia cuando revoca —sin precluir— la medida de aseguramiento por los delitos que en principio determinaron la detención de los ciudadanos alemanes; además, si no se hubiera producido la medida de aseguramiento por los otros delitos, habría sido imperativa la libertad de los sindicados", folio 594, apreciación que ya había sustentado al definir la situación jurídica de la señora juez, folio 254, equiparando la apelación a la consulta para esos efectos), existe otro hecho, de sumo incuestionable, que conduce a esa misma solución, así no haya recibido la atención que merece.

Por todos es sabido que para hacer efectivo el derecho a la defensa, uno de los principales atributos del debido proceso contemplado por los artículos 29 de la Constitución Nacional y 1º del Código de Procedimiento Penal, al sindicado se

le han reconocido amplias atribuciones para controvertir las pruebas que militan en su contra y para solicitar las que considere pertinentes para desvirtuar la acusación o demostrar las causales de justificación o de inculpabilidad invocadas, según se infiere del artículo 7º del Estatuto Procesal.

En ese orden de ideas, preciso es subrayar que la indagatoria, ya sea considerada como un medio de defensa o como un medio de prueba —la H. C. S. de J. tiene establecido que esencialmente es un medio de defensa—, es una de las más trascendentales diligencias que se han de practicar en el proceso porque es a partir de ahí cuando el sindicado puede hacer efectiva su defensa; además de que concurre a esa actuación acompañado de su defensor convencional o del letrado nombrado oficiosamente, puede suministrar las explicaciones que estime pertinentes en relación con la imputación que recae en su contra y aducir las pruebas con las que quiere impugnar las que le incriminan o allegar las que tiendan a establecer su inocencia. Es por ello que se le ha de interrogar por todos y cada uno de los hechos punibles que han dado lugar a su vinculación al proceso (C. de P. P., art. 361), mientras que al funcionario judicial se le ha impuesto el perentorio deber de verificar las citas y demás diligencias que aquel proponga en el curso de la misma para acreditar sus aseveraciones (art. 362 *ibidem*), dado que de esa manera se cumple con el postulado de la investigación integral que le obliga a averiguar tanto lo favorable como lo desfavorable para el procesado (arts. 249 y 333 *ibidem*). Y la omisión de esos deberes, como es apenas lógico, atenta contra el derecho a la defensa y vicia de nulidad lo actuado, la que debe ser decretada oficiosamente (art. 305 de esa obra), o a petición de parte para que se subsanen las anomalías advertidas.

Por consiguiente, si la unidad de fiscalías delegadas ante el tribunal nacional, una vez examinadas las circunstancias en las cuales se produjo la aprehensión de los esposos Seidel y las pruebas aportadas al proceso, separándose del concepto del funcionarios instructor, considero que aquellos debían responder por los delitos de favorecimiento e intermediación en el secuestro, es evidente que debió disponer lo necesario para que se les escuchara en indagatoria por esos he-

chos, planteándoles el cuestionario que les permitiera brindar sus explicaciones frente a los cargos que aparecieron a última hora, pues en las indagatorias iniciales, a pesar de lo extensas que resultaron, apenas se les preguntó por el secuestro extorsivo y la falsificación y uso de los pasaportes, cargos estos que fueron desechados en la providencia de segunda instancia.

Contra lo expuesto no cabe argüir que los cargos relacionados con el favorecimiento y la intermediación en el secuestro les fueron dados a conocer a los esposos Seidel en las diferentes "sesiones de indagatoria" a que fueron sometidos, y que de esa manera se dejó a salvo el principio de contradicción, que es uno de los presupuestos esenciales del derecho a la defensa, porque el interrogatorio propuesto en esas diligencias, insístele, versó sobre los delitos lesivos de la libertad y otras garantías y la fe pública, y no sobre las gestiones ejecutadas por la pareja para el rescate de la dama secuestrada o sobre la silenciosa actitud que asumieron ante las autoridades nacionales que fue, en definitiva, lo que dio lugar a la imputación que se les formuló.

La doctrina tiene establecido que si en la indagatoria no se interroga al sindicado sobre todos los delitos que se le imputan, tal omisión, "por sí sola", no origina la nulidad, pero que sí se presenta cuando se incluyen "en las resoluciones de situación jurídica o acusatoria, porque sería violatorio del debido proceso, imponerle al procesado una medida de aseguramiento que no tiene un nexo causal con el contenido de la indagatoria, en razón a que uno de esos punibles no fue objeto de controversia por parte del sindicado en su injurada, y sin embargo, aparece sustentando la medida impuesta... Creemos que tal falencia, no puede subsanarse con el argumento de que posteriormente tales punibles no serán tenidos en cuenta en la sentencia, si de acusación se trata, o que aún queda ocasión para practicar pruebas, entre ellas, ampliación de la indagatoria referente al delito por el que se le impuso medida de aseguramiento, porque de una parte, se estarían introduciendo al proceso penal elementos perniciosos, sujetos al aleas de adelantar el comportamiento judicial en la decisión de los procesos, presagiando las infracciones penales que pueda o no considerar el fallo de condena o acusatoria, y de otra, la violación opera

de pleno derecho, por el solo de hecho de no preguntarle acerca de determinados punibles, y no obstante fundar posteriores decisiones judiciales en ellos, negándole al sujeto pasivo de la acción penal, la oportunidad para defenderse y allegar pruebas que tiendan a desvanecer los cargos referidos a ese conato" (NÉSTOR ARMANDO NOVOA, *Actos y nulidades en el Código de Procedimiento Penal*, Biblioteca Jurídica Dike, págs. 580 y 581).

A su turno, la H. Corte Suprema de Justicia participó decididamente de la tesis de la nulidad en los eventos en que en la indagatoria no se le han dado a conocer al sindicado la totalidad de los cargos que se formulan para que pueda suministrar sus explicaciones. Allí, entre otras razones, se expusieron las siguientes:

"... Resultando imposible que alguien se pueda defender de cargos desconocidos o abstractos, es preciso entonces, concretar la imputación, y ello necesariamente debe hacerse en la diligencia de indagatoria o en el emplazamiento como reo ausente. A partir de ese conocimiento el sindicado tiene toda la etapa investigativa para propiciar la producción de la prueba que considere indispensable como respaldo a sus pretensiones procesales de defensa, o para ejercer el derecho de contradicción, oponiendo otros medios de convicción a las pruebas que lo incriminan. Por ello es indescognoscible que el sumario en su etapa instructiva es vertebral para efectos de evitar que se pueda concretar una formulación de cargos en la calificación del mérito del sumario, o para obtener la atenuada, y de esa manera, en caso de que el proceso se vaya a la etapa del juzgamiento, tener elementos de convicción que sean necesarios para la defensa final antes que se dicte sentencia definitiva...

"Que el procesado sea interrogado de manera clara y precisa sobre los hechos constitutivos de infracción a la ley penal y sobre las circunstancias ajenas a ellos, constituye verdadero requisito de procedibilidad para que pueda ejercer plenamente el derecho a la defensa; porque no basta cumplir formalmente la exigencia constitucional de que el sindicado esté asistido por un abogado durante la investigación, porque si no se le han concretado los cargos por los que se le procesa, es obvia la imposibilidad de que aquella pueda

ser ejercida técnica o materialmente. E insistimos, nadie puede defenderse de cargos desconocidos, abstractos, gaseosos y de nada serviría la existencia formal de un defensor durante la investigación, si las imputaciones no existen para defenderse de ellas... Hoy, con la nueva normatividad constitucional, es absolutamente claro que habría violación al derecho de defensa si el trámite del sumario se adelanta sin la asistencia de un abogado. Pero, naturalmente también se incurre en esa vulneración cuando se cuenta con la presencia formal de un abogado que no puede cumplir con su misión técnica, porque desconoce los cargos de los cuales debe defender al procesado" (sent., 27 agosto 1992, M. P.: doctor Édgar Saavedra Rojas).

En el mismo sentido consúltese la opinión de los doctores Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynett en su obra *El proceso penal*, páginas 358 y siguientes.

Las fallas atrás advertidas adquieren particular significación en este caso porque a Jürguen e Isabel Seidel no se les enteró de los delitos que se les imputaba desde el preciso instante de su vinculación al proceso para que proporcionaran sus explicaciones, de lo cual se sigue que no pudieron ejercer la defensa material, ya que no controvirtieron los cargos resultantes de su posible participación en el favorecimiento y la intermediación en el secuestro, ni allegaron las pruebas de su inocencia, lo que tampoco hicieron sus representantes judiciales, subsistiendo así la anomalía que arrasó tal garantía como condición institucional para la imposición de la medida de aseguramiento de la detención preventiva y para un juzgamiento legítimo.

Los efectos invalidantes de esa irregularidad se hacen más intensos cuando se repara en que no se cumplió con el rito establecido por las normas adjetivas para la adecuada notificación de la providencia por medio de la cual se restringió la libertad de los esposos Seidel. A estos, directos destinatarios de la medida asegurativa que les tomó por sorpresa, solo se les suministró una somera información por intermedio de los asesores jurídicos de los establecimientos carcelarios donde se hallaban reclusos, y ni ellos, ni sus defensores y tampoco el señor agente del ministerio público

tuvieron oportunidad de proponer el recurso de reposición, procedente en el caso, para que el funcionario encargado de su emisión confrontara los fundamentos de la misma con los planteamientos de los impugnantes, en orden a decidir si la mantenía en firme o la revocaba, de lo cual se infiere el quebranto al principio de contradicción con incidencia negativa en el derecho a la defensa y en general para las normas del debido proceso.

En efecto, cuando el *ad quem* solamente examina y se pronuncia sobre los aspectos impugnados (lo propio sucede cuando únicamente resuelve el tema sometido al grado jurisdiccional de la consulta), las providencias interlocutorias que profiere quedan ejecutoriadas en el momento en que las suscribe (C. de P. P., art. 197), pero cuando toca puntos nuevos o declara la prescripción de la acción penal o de la pena, decreta o sustituye una medida de aseguramiento, tales providencias deben ser notificadas (el inc. 2° de la disposición expresamente consagra esa exigencia para las últimas) a los sujetos procesales, quienes pueden objetarlas a través del recurso de reposición, requisito ese que se omitió en este caso, obstaculizando el ejercicio de la defensa tanto material como técnica.

A pesar de la claridad del numeral 6 de la providencia del 27 de junio (la unidad de fiscalías delegadas ante el tribunal nacional dispuso que se comunicara la decisión "a los sindicados en los centros carcelarios, a través de intérpretes", y a renglón seguido anotó "cópiese, devuélvase y cúmplase", fl. 93), al señor fiscal delegado ante los tribunales superiores no le pareció lógico que se hubiese prescindido del acto de notificación de una providencia de tanta trascendencia, y por ello, en la resolución mediante la cual se definió la situación jurídica a la señora juez, dispuso que se hiciera claridad sobre el particular, folio 254, lo que ciertamente se logró por medio de la comunicación enviada el 4 de noviembre de 1997 por la fiscalía delegada ante los jueces regionales que ratificó la ausencia de la notificación personal, folio 446, aunque anticipándose a los resultados adversos de esa averiguación, el señor fiscal ya había degradado tal omisión al plano de la "simple irregularidad que no trascendía a causal de nulidad, al tenor de lo dispuesto en el artículo 308 del C. de P. Penal", pero no indicó cuál de los

principios allí contemplados sería el aplicable, como también porque ese auto pudo tenerse por notificado por conducta concluyente, no obstante que el artículo 191 de esa obra la ha reservado para situaciones muy diferentes (la notificación "se entenderá cumplida si la persona hubiere actuado en la diligencia o en el trámite a que se refiere la decisión, o interpuesto recurso contra ella", dice la norma): en verdad se ignora cuál fue la actuación cumplida por los esposos Seidel, sus defensores y el agente del ministerio público en el lapso comprendido entre el 27 de junio—cuando se produjo el pronunciamiento de la segunda instancia— y el 9 de julio—cuando se calificó el mérito del sumario— que sanea tal irregularidad, visto que solo tuvieron acceso al proceso cuando fueron notificados, ahí sí en forma personal, de la providencia que precluyó la instrucción por unos cargos y acusó por otros.

Además de las anomalías ya reseñadas, suficientes para la declaratoria de nulidad, se dieron otras que atentaron contra la validez y eficacia del auto por medio del cual se decretó la detención preventiva de los esposos Seidel. En efecto, para la fecha en que el señor fiscal delegado ante el tribunal nacional, en ejercicio de su competencia funcional y en respuesta a una de las aspiraciones de los impugnantes, revocó la medida de aseguramiento dictada en primera instancia en contra de los esposos Seidel, obviamente desapareció la resolución que definió su situación jurídica, sin que estuviese habilitado legalmente para imponer la nueva medida de aseguramiento de la detención preventiva por los cargos deducidos en ese momento por oponerse a ello el inciso 1° del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, dado que desde el 16 de abril el instructor había concluido la fase investigativa, así en su proveído, sin reparar en ese auto y en el que decidió adversamente la reposición, hubiese sugerido la práctica de otras diligencias. Y si la definición de la situación jurídica de los sindicados, presupuesto procesal indispensable para la clausura de la investigación, no se presentó aquí por la razón ya expuesta, y los sujetos procesales no dispusieron de la oportunidad adecuada para contravenir la decisión de la segunda instancia, que no les fue notificada debidamente y tampoco quedó ejecutoriada porque el informe suministrado a los detenidos por el asesor jurídico de la cárcel no suplió

ese acto, y no había prueba sobreviniente que desvirtuara los fundamentos de la medida de aseguramiento inicialmente dispuesta, requisito este esencial para su revocación ya de oficio o a solicitud de las partes como se desprende del artículo 412 *ibídem*, emerge diáfano otro hecho, de suyo irregular, que vicia de nulidad la providencia por medio de la cual el *ad quem* les impuso el régimen limitativo de la libertad a los ciudadanos alemanes, bien porque se desconocieron las formas propias del juicio o porque se afectaron seriamente sus derechos y garantías procesales.

Refiriéndose al inciso 1° del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, la honorable Corte Suprema de Justicia sostuvo que tal omisión no "puede considerarse violatoria del debido proceso" frente al estatuto procesal derogado que no contemplaba esa exigencia, pero que "no podría decirse lo mismo si una actuación semejante ocurriera en la actualidad, simple y llanamente porque el artículo 438 del nuevo estatuto procesal penal (decr. 2700 de 1991), modificado por el artículo 56 de la ley 81 de 1993, establece como requisito ineludible para cerrar la investigación que al procesado se le haya resuelto la situación jurídica" (prov., 10 julio 1996, M. P.: doctor Carlos E. Mejía Escobar).

En el mismo sentido consúltese la decisión de la corporación citada por la señora juez en la vista pública, folio 688.

Le asiste la razón al señor defensor de la doctora C. L. cuando en la audiencia, después de examinar las actuaciones cumplidas por la fiscalía regional en ambas instancias para concluir en la detención precautelativa de los ciudadanos alemanes, sostuvo que tan pronto como el proceso, "luego de su tránsito por Bogotá regresa a Medellín, los Seidel están sin medida de aseguramiento, lisa y llanamente. Observen: las que tenían que ver con las primeras averiguaciones típicas fueron revocadas y bien revocadas porque había competencia; pero las que luego pretende imponer el fiscal en segunda instancia, se imponen con tantas y con tan flagrantes violaciones al debido proceso, que jurídicamente no se pueden considerar existentes. Las bien impuestas desaparecen y desaparecen válidamente porque las elimina quien tiene competencia, y las mal impuestas, por mal impuestas, no podemos aceptar en un

Estado de derecho que hayan nacido a la vida jurídica. En consecuencia, para ese momento en que hace irrupción al proceso la juez constitucional o el juez constitucional, los Seidel no están legalmente detenidos...", folio 745.

De ahí que la medida de aseguramiento impuesta por la unidad de fiscalías delegadas ante el tribunal nacional que desbordó la órbita de sus atribuciones frente a los impugnantes y frente al funcionario facultado para investigar y calificar esos hechos punibles, cuya estructuración es discutible, fundada en una captura en flagrancia que tampoco es muy clara, y que fue dictada en el momento procesal menos indicado por la prematura clausura del ciclo instructivo, sin que a sus destinatarios o a sus representantes judiciales se les permitiera controvertir esos cargos que ni siquiera conocían porque la decisión no les fue notificada, no parece que pueda ser definida con la vehemencia con que lo hizo la fiscalía delegada ante los tribunales superiores para legitimar el régimen restrictivo de la libertad impuesto a los esposos Seidel, como punto de partida para predicar la ilegalidad, en mayor grado o manifiesta que es lo mismo, del pronunciamiento mediante el cual la doctora C. L. cumpliendo con sus deberes como juez constitucional resolvió favorablemente el *habeas corpus* adoptando las medidas que estimó pertinentes para la efectiva e inmediata protección del derecho fundamental que en su opinión se venía vulnerando.

Irregularidades de esa naturaleza, plurales y protuberantes, pasaron desapercibidas por los funcionarios de la fiscalía que al parecer estaban interesados en mantener en cautiverio a los esposos Seidel, quizás por temor al revuelo que provocaría una noticia en sentido opuesto (esa fue la visión sustentada de manera uniforme por la señora juez, por su defensor y por el agente del ministerio público en esta instancia) que sería ampliamente divulgada por la prensa hablada y escrita, interesada como la que más en todos los hechos relacionados con ese proceso, vistos los llamativos ingredientes que reunía (en el mismo se hallaban involucrados representantes de los gobiernos alemán y colombiano, de este último inclusive a nivel departamental, ciudadanos oriundos de ambos países que ejecutaron comportamientos diversos, los empleados de Control Risk,

una compañía aseguradora de origen foráneo, dedicada al parecer a la distribución de las pólizas contra el secuestro de ciudadanos extranjeros, modalidad esta que infortunadamente ha cobrado alarmante auge en los últimos tiempos, y un grupo subversivo interesado en los diálogos de paz con nuestras autoridades contando con la valiosa mediación de aquella nación, que habría dejado en libertad a doña Brigitte en un gesto de buena voluntad), pero no para los defensores de los sindicados, uno de los cuales las describió en el memorial mediante el cual promovió el *habeas corpus*, y mucho menos para la señora juez, quien compareció al proceso con una misión específica: definir si fue o no quebrantado el derecho fundamental a la libertad de Jürgen e Isabel Seidel, y si se hacía o no procedente la protección deprecada.

A propósito. Aquí no se está en presencia de una insólita o descabellada interpretación de las normas reguladoras del *habeas corpus* por parte de la señora juez y tampoco de la invocación de hechos falsos para la artificiosa motivación de la providencia que restituyó la libertad a los ciudadanos extranjeros. Ya se anotó que fue el señor defensor de Jürgen e Isabel Seidel el que instauró la acción delatando los desafueros en que había incurrido la fiscalía regional en ambas instancias durante la tramitación del proceso, y ella conoció el concepto precalificatorio rendido por el señor agente del Ministerio Público en ese proceso el 10 de junio de 1997 —mucho antes de que se pronunciara la unidad de fiscalías delegada ante el tribunal nacional— en el cual se mostró partidario de la preclusión de la instrucción por los delitos de concierto para secuestrar, secuestro extorsivo y uso de documento público falso que, a su juicio, no fueron cometidos por los esposos Seidel, ya que el varón apenas debía responder por el delito de intermediación en el secuestro previsto por el artículo 12 de la ley 40 de 1993, cargo este por el cual debería continuar la investigación en su contra, folios 390 y siguientes y también el memorial mediante el cual ese funcionario sustentó el recurso de apelación interpuesto contra la providencia calificatoria, en el que destacó, entre muchos otros aspectos, los siguientes: la resolución por medio de la cual se "rede-

finió" la situación jurídica de los sindicados Seidel fue emitida con posterioridad al cierre de la investigación y con manifiesta violación del principio de la doble instancia, incurriéndose así en la causal de nulidad contemplada por el artículo 304-3 del Código de Procedimiento Penal, sin que él hubiese advertido, como también le ocurrió a los fiscales delegados ante el tribunal nacional "la variación de la competencia; por haber operado la ruptura de la unidad procesal y ser la intermediación estudiada, de competencia de la fiscalía seccional en la instrucción, y jueces de circuito para la causa", folio 416, protestando enérgicamente por último porque no se les favoreció con la detención domiciliaria que, en su sentir, era la medida viable en este caso, folios 417 y siguientes.

Todos esos datos incidieron en la determinación de la señora juez. No fue que ella, por su propia iniciativa, irregularmente ingresara al proceso con el ánimo de liberar a los sindicados; simplemente el defensor de uno de ellos, preocupado por los vicios que afectaron la medida de aseguramiento aplicada a sus mandatarios, criterio respaldado por el señor agente del ministerio público, le pidió que examinara el proceso y así lo hizo con los resultados conocidos: convencida que la actuación de la fiscalía regional era inexistente y configuraba una típica vía de hecho porque la prolongación de la privación de la libertad de los procesados dejó mucho que desear, decidió favorablemente el *habeas corpus*, como respuesta a los sugestivos planteamientos consignados en el escrito mediante el cual fue promovida la acción, y los conceptos que se emitan sobre el acierto o el error de la motivación de la decisión, con las implicaciones que le son propias, en último término deben recaer sobre el señor apoderado que fue el gestor de la tesis, apreciación esta que incide directamente en el examen de la resolución expedida por la señora juez para definir si es o no ilegal, pues en el último caso se habría limitado ella a prohiar el criterio del peticionario que encontró acorde con la realidad procesal.

Lo que ocurrió fue que el señor regional, en lugar de aprovechar la providencia que calificó el mérito del sumario para corregir, así fuese parcialmente, las fallas detectadas, devolviéndole la libertad a los esposos Seidel (él estaba

al tanto de las decisiones adoptadas por su superior de instancia), mantuvo inalterable la crítica e irregular situación en que aquellos se hallaban. Mostró su contrariedad con la unidad de fiscalías delegadas ante el tribunal Nacional, en cuanto les marginó del concierto para secuestrar, el secuestro extorsivo y el uso de documento público falso, insistiendo en que debían responder penalmente por esos hechos punibles, aunque optó por la preclusión de la instrucción en obediencia a la orden del superior; sin definir previamente, como era lo indicado, si se configuraron o no los delitos remanentes (entiéndase el favorecimiento y la intermediación en el secuestro), si las pruebas eran o no suficientes para la imputación. Haciendo suyas las consideraciones plasmadas en el proveído de la segunda instancia, que también acogió sin reservas, acusó a los procesados ante el señor juez penal del Circuito de Rionegro, fundado en el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal que, en su opinión, le facultaba para cerrar la investigación y formular acusación por delitos sustraídos en su conocimiento a la jurisdicción regional, y ante un juez que estaba por fuera de la misma; nada anómalo detectó en la medida de aseguramiento a ellos aplicada por el *ad quem*, ni consideró la posibilidad de que en su favor concurriera alguna de las causales de excarcelación, pero se negó a sustituirla por la detención domiciliaria de la mano de los razonamientos señalados.

El tribunal estima que la interpretación que del artículo 79 del Código de Procedimiento Penal hicieron la señora juez, su representante judicial y el señor agente del Ministerio Público en esta instancia es la correcta y prevalece sobre la del señor fiscal regional, cuyo desacierto es notorio. En el sistema procesal penal que actualmente nos rige, a la Fiscalía General de la Nación se le ha asignado el manejo de la instrucción y es por ello que a sus funcionarios se les ha facultado para la práctica de diligencias en cualquier lugar del territorio nacional, con miras a la pronta e inmediata iniciación de la investigación que permita la recolección de las pruebas con las cuales se puede hacer claridad sobre los hechos punibles y la identidad de sus autores o partícipes; precisamente esa fue la razón para que en el inciso 2° del numeral 1 del

artículo 304 de ese estatuto expresamente se dispusiera que “durante la instrucción no habrá lugar a nulidad por razón del factor territorial”. Pero el cierre de la investigación y su calificación son actos que competen de manera privativa al fiscal delegado ante el juez o tribunal competentes para conocer de los hechos punibles; por eso se ha sostenido que en la fiscalía se ha establecido una organización jerárquica similar a la de la rama judicial, o también que entre los artículos 118 a 127 y 68 a 73 del Código de Procedimiento Penal existe un riguroso paralelismo, que no pueden ser desconocido al momento de ejecutar tales actuaciones.

Esta es la tesis predominante en la doctrina y en la jurisprudencia. La sala de casación penal de la H. Corte Suprema de Justicia “considera que a la división de la fiscalía en dirección, seccionales y unidades, debe dársele algún sentido, y por tanto no puede indistintamente cualquier fiscal usurpar la competencia de otro, pues atentaría contra el debido proceso. En concreto, refiere a que una [sic] célula especializada en la ley 30 de 1986, no le es dado calificar un proceso adscrito a los fiscales regionales” (M. P.: doctor Guillermo Duque Ruíz, julio 26, 1994).

Tan cierto resulta lo anterior que así lo comprendió la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el tribunal nacional porque en el auto del 21 de noviembre de 1997, por medio del cual desató la apelación propuesta por los señores defensores y el señor agente del Ministerio Público contra la providencia calificatoria, admitió que en virtud a la ruptura de la unidad procesal, tanto el auto que cerró la investigación como el acto de calificación fueron producidos por un funcionario incompetente, a quien censuró porque no adoptó la determinación que, a juicio del tribunal, pudo y debió tomar ese despacho desde el 27 de junio de 1997, sin mayores dilaciones: el envío del proceso al funcionario facultado por la ley para continuar con la averiguación del favorecimiento y la intermediación en el secuestro, dado que a los procesados no se les había escuchado en indagatoria por esos hechos punibles y porque la prueba recaudada apenas si colmaba los presupuestos mínimos exigidos por el artículo 388 del Código de Procedimiento Penal para la medida de aseguramiento, pero no podía sostenerse lo mismo frente

a la requerida por el artículo 441 ibídem para la acusación. En esa oportunidad la Fiscalía Delegada ante el Tribunal decretó la nulidad de lo actuado a partir del auto que cerró la investigación, inclusive, disponiendo, así fuese tardíamente, el envío del proceso al señor Fiscal Seccional de Rionegro a quien se le debería proponer colisión negativa de competencias para el caso de que no compartiera ese criterio. En relación con ese tema expuso lo siguiente:

“Si la participación de los procesados en el secuestro y liberación de Brigitte Schoene no se ubica dentro del secuestro extorsivo, sino en el favorecimiento y la intermediación, es evidente, como pregonan los recurrentes, que el fiscal delegado ante los jueces regionales carecía de competencia no solo para calificar sino para clausurar la instrucción, porque el acto de cierre, por formar parte de la estructura del proceso penal, como que es presupuesto para la calificación y posterior juicio, si hay lugar a él, solo puede ser emitido por el funcionario judicial en quien estén radicados todos los factores de competencia; en el evento en estudio, entrándose de los señores Seidel, únicos vinculados en este asunto en razón de la ruptura de la unidad procesal, los delitos a ellos imputados no se encuentran dentro de los previstos como de competencia de fiscales y jueces regionales en el numeral 5 del artículo 71 del Código de procedimiento penal, modificado por el 9º de la ley 81 de 1993, en atención al cual, el conocimiento corresponde a los jueces del circuito y los fiscales delegados ante ellos... De tal manera que al entrar a calificar, el instructor debió proceder, dada la adecuación típica que la segunda instancia consideró era la acertada, a remitir el expediente al funcionario competente quien era el facultado para invalidar el cierre de la instrucción...”

“Como no solo no procedió de tal forma, sino que calificó el mérito de la instrucción, es evidente que se faltó a las formas propias del proceso en los actos de clausura y calificación, porque quien los profirió era incompetente para hacerlo. De tal manera que por estas razones, la delegada declarará la nulidad de las dos decisiones...”

“Como se procede en decisión de segunda instancia, esto es, por un factor funcional y no obje-

tivo (como sí ocurre entre fiscales de primera instancia), se invalidará lo actuado para que el señor fiscal regional delegado remita el expediente a aquel que en razón de los delitos de que se trata, es el competente. Este procedimiento se adopta teniendo en cuenta pronunciamientos del máximo tribunal de justicia ordinaria que en eventos similares concluye que cuando se proceda en función de segunda instancia, de establecerse la incompetencia, deben aplicarse los correctivos del caso para luego disponer la remisión respectiva, porque si se limita al envío del proceso, se llegaría al absurdo de que un recurso de apelación sería resuelto por quien carecería de competencia funcional para hacerlo, e incluso fuera jerárquicamente inferior”, folios 531 y siguientes.

Claro que no fue ese el único motivo de nulidad puesto de presente por el funcionario; también: resaltó la total ausencia de motivación de la providencia de primera instancia que se limitó a reproducir los planteamientos enunciados en otra ocasión para imputarles a los sindicados el concierto para secuestrar, el secuestro extorsivo y el uso de documento público falso, aunque a continuación los dejó de lado para acusarles por el favorecimiento y la intermediación del secuestro deducidos en segunda instancias, sin ningún análisis de su parte:

“A la irregularidad mencionada debe agregarse otra que igualmente conduce a declarar nula la actuación, y en ello se acogen los planteamientos de los defensores recurrentes; esta consiste en que el calificador carece de total motivación, lo cual implica vulneración evidente a los artículos 181 (redacción de providencias interlocutorias) y 442 (requisitos de la resolución de acusación) del Código de Procedimiento Penal...”

“En efecto, las primeras 23 hojas de la resolución de acusación contienen un resumen del material aportado al proceso; solo a partir de la página 24, bajo el título de «consideraciones y alusión a los alegatos de los sujetos procesales», se plasman los fundamentos de hecho y de derecho con los que el *a quo* sustenta su decisión y los mismos se hacen de manera pormenorizada para concluir que los sindicados incurrieron en el delito de secuestro extorsivo, no obstante lo cual, en posición en extremo anfibológica, se precluye por ese

delito, cuando lo consecuente con los «considerandos» eran acusar...”

Y después de transcribir los argumentos expuestos en la providencia calificatoria, concluyó:

“El discurso que soporta esas conclusiones del funcionario instructor irrefutablemente conduce a que en su convicción íntima los indagados deben ser acusados por el delito de secuestro extorsivo, no obstante lo cual dispone la preclusión, en flagrante contradicción, toda vez que la motivación y la providencia calificatoria debe ser coherente entre la motivación y la decisión; pero lo que no admite ninguna acogida, por contrariar la más elemental lógica jurídica, es explicar que se adopta tan contradictoria posición porque dizque el funcionario de primera instancia obra «en acatamiento al principio de la doble instancia, al respeto por las decisiones de nuestro superior jerárquico, y de la manera como se ha expuesto en lo relativo a la calificación legal que se ha hecho por los *honorables fiscales del Tribunal Nacional*, entiendo que no obstante toda la prueba relacionada y analizada da que pensar del matrimonio Seidel como partícipes del secuestro, lo cierto del proceso y así se ha convertido en ley, es que a ellos les es imputable solamente un concurso de delitos de «favorecimiento» e «intermediación» (celebración indebida de contratos)...” (hojas 28 y 29).

“Tales razonamientos reflejan un desconocimiento de las normas procesales y de la función judicial, en la medida que la decisión de la segunda instancia se concretó a la calificación jurídica dispuesta al resolver situación jurídica, siendo evidente que ella solo tiene un carácter provisional, que por su propia acepción mal puede convertirse en «ley del proceso», pues ni siquiera el calificador tiene ese carácter como que el artículo 442-3 del Estatuto Procesal dispone que allí la calificación jurídica continúa siendo «provisional»; además de que se estaba ante dos instancias procesales diferentes, que igualmente exigen presupuestos disímiles: la revisión de lo dispuesto en la medida de aseguramiento y la calificación. Es absurdo pretender que lo decidido al resolver situación jurídica se convierta en ley del proceso, porque de ser así, inoficiosa sería la calificación. Resulta paradójico que el *a-quo* acusara en la segunda instancia, cuando, precisamente esta con-

firmó la decisión de no precluir por considerar que aun era necesario proseguir la investigación; por modo que si de acatar «órdenes superiores» se trataba, la providencia de 27 de junio es expresa en referir la necesidad de continuar la instrucción y ello no se hizo acudiendo al argumento de que se cumplía el mandato del artículo 14 de la ley 282 de 1996, norma que habla de un término de cinco (5) días y que solo decidió aplicarse varios meses después de que se cumpliera el acto allí previsto", folios 534 y siguientes.

Acceptando, como hay que hacerlo, que el acto jurisdiccional mediante el cual se dispuso la detención preventiva de los esposos Seidel como presuntos autores de los delitos de favorecimiento e intermediación en el secuestro a partir del momento en el cual intervino la Unidad de Fiscalías Delegada ante el Tribunal Nacional, estaba viciado de nulidad, sanción procesal esta que se hacía extensiva al proveído calificador producido por un órgano incompetente, que no lo fundamentó de manera conveniente según lo manifestó aquel despacho, y que implícitamente ratificó la medida detentiva (implícitamente sí porque el tema, crucial y todo, no fue tratado expresamente y solo se negó la sustitución por la detención domiciliaria), no se comprende cómo puede sostenerse que el pronunciamiento que reconoció el *habeas corpus* es manifiestamente contrario a la ley y que estuvo precedido y acompañado de la culpabilidad dolosa exigida para la estructuración del prevaricato; su motivación puede discutirse en un plano estrictamente conceptual e, inclusive, puede tildarse de equivocada en todo o en parte como lo hicieron el señor fiscal regional que dirigió la investigación tramitada contra los ciudadanos alemanes y el señor fiscal delegado entre los tribunales superiores que manejó este proceso, pero lo que no puede afirmarse es que su discrepancia con el modo de razonar o con las decisiones de estos funcionarios la ponen en abierta pugna con la normatividad vigente, y que fue ideada artificiosamente por la señora juez para sustentar la resolución, olvidando la probidad y corrección propias de su cargo.

En efecto, para la configuración del prevaricato por acción, se exige la concurrencia de dos presupuestos: uno, de orden objetivo, consistente en la

emisión de la resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, y otro, de carácter subjetivo, representado por la culpabilidad dolosa.

El primero, erigido en elemento normativo del tipo que debe concurrir en todos los casos para la estructuración del delito, supone una ilegalidad que se plasma en la resolución o en el dictamen producidos por el funcionario, que, por lo demás, tiene que aparecer en forma palmaria, evidente, protuberante; ese es el significado del adverbio "manifiestamente" utilizado por el artículo 149 del Código Penal. Y es por ello que el intérprete debe ser muy exigente en la valoración del acto y en su confrontación con el mandato legal para definir si lo desatendió o no, y, en el primer caso, si la inconformidad aflora de manera palpable.

No se configuraría el prevaricato, entonces, en los eventos en que la resolución o el dictamen, así algunos no las compartan o se muestren disgustados por su emisión, surgen como resultado de la aplicación de la ley, y tampoco en aquellos en que pugnan con la norma que tolera diversas interpretaciones, una de las cuales es acogida por el servidor público al producirlos, como quiera que en estos casos la contrariedad no es manifiesta o evidente; se habría limitado él a defender su tesis, respaldada por unos e impugnada por otros, pero que no entraña la maliciosa y abierta violación de la ley que es lo que da lugar a ese ilícito.

Inclusive se ha sostenido que si el servidor público, faltando a la probidad exigida en el desempeño del cargo, se ha propuesto cometer una ilegalidad pero no lo logra porque la resolución o el dictamen consultan la normatividad vigente, es obvio que no prevarica; su conducta, repudiable en un plano moral dada su evidente incorrección, no podría encuadrarse en el artículo 149 del Código Penal por ausencia precisamente del presupuesto material en estudio.

El segundo de los presupuestos tiene que ver con la culpabilidad. El dolo propio del prevaricato se traduce en el conocimiento por parte del agente de la ilegalidad incorporada a la resolución o dictamen y en la voluntad de ejecutar esa conducta. SEBASTIÁN SOLER, citado por la defensa, siguiendo las enseñanzas de CARRARA ciertamente ha afirmado que el dolo consiste en la inconformidad entre el derecho conocido y el derecho aplicado por el servidor público, por lo cual se requiere

prueba de su incorrección moral; mientras tal demostración no obre en el proceso, necesariamente se ha de desechar el delito por ausencia del elemento subjetivo.

En principio podría parecer superflua la transcripción de los conceptos emitidos por los tratadistas y por la H. Corte Suprema de Justicia en las múltiples ocasiones en que se ha visto precisada a profundizar en el examen de la disposición que contempla esa figura delictiva, que desde hace ya muchos años (incluida la época en la cual rigió el estatuto penal derogado a partir de 1980) se ha venido presentando con frecuencia en los distintos ámbitos de la administración pública y, de manera especial, en el campo propio de la administración de justicia, pero que tantos problemas suscita para su aplicación, por la controversia que suele plantearse frente al presupuesto objetivo (en la generalidad de las veces se hace difícil definir si la decisión merece o no el reproche consistente en que sea "manifiestamente ilegal"), y particularmente el subjetivo que pertenece al fuero interno del agente, visto que los sujetos procesales trajeron muchos de los fallos emanados de la corporación para ilustrar sus puntos de vista, y que en el cuaderno número 4 reposa el texto íntegro de la sentencia proferida el 28 de agosto de 1997, con ponencia del H. M. doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego, en la que se fijaron valiosas pautas para la correcta interpretación de la norma, algunas de las cuales (véase págs. 21, 26 y 17) son enteramente aplicables a este caso.

A pesar de lo anterior y de que las ideas consignadas en precedencia son fruto de la constante consulta de la doctrina y la jurisprudencia, la Sala estima pertinente la cita de algunos de esos fallos que respaldan la tesis que se ha venido sustentando en esta providencia:

"Para determinar si se ha realizado objetivamente la conducta tipificada en la ley como prevaricato, debe examinarse si la providencia cuestionada es o no manifiestamente ilegal, y lo será cuando al emitirla el funcionario haya desconocido o aplicado con ostensible irregularidad la normatividad jurídica, como cuando sanciona con fundamento en disposición legal ya derogada o aplicando aquella que visiblemente se refiere a situación diversa. Pero cuando aparece que el

funcionario ha decidido previo un examen lógico del material probatorio, no cabe imputarle prevaricato con el argumento de que no fue afortunado en su análisis o incurrió en desacierto al realizar el proceso de adecuación típica de la conducta *sub judice*, porque para la corrección de esos humanos errores judiciales existen en la ley mecanismos procesales suficientes. No es, pues, la desarmonía de criterios entre el juez y la parte supuesta o realmente lesionada con la decisión de aquel, lo que objetivamente configura prevaricato, sino la protuberante e ilegal discordancia entre lo que el funcionario hizo en una providencia y lo que ha debido hacer". (Corte Suprema de Justicia, febrero 8 de 1983. M. P. dr. Alfonso Reyes Echeandía).

En otra oportunidad se anotó:

"La conducta descrita como prevaricato en el art. 149 del C. P., consiste en proferir resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, es decir, auto, sentencia, decreto, resolución propiamente dicha o cualquier otro acto oficial mediante el cual el funcionario decida o emita opinión sobre asunto de su competencia, que evidencian ostensible ilegalidad, no basta, pues, una discrepancia conceptual entre el funcionario y alguna de las partes sobre aspecto fáctico o jurídico, o interpretación normativa diversas de la predominante, o determinación judicial o administrativa revocada luego en instancia superior por incorrecta, para concluir que se está frente a un prevaricato; hechos confusos, material probatorio que apunte en opuestas direcciones, normas oscuramente redactadas o susceptibles de diversas interpretaciones por su complejidad, pueden dar lugar a decisiones variadas y en veces contrapuesta respecto de situaciones fácticas similares, sin que por ello pueda afirmarse siempre que se ha incurrido en prevaricato, y esto porque son hombres y por lo mismo sujetos falibles quienes asumen la responsabilidad de interpretar la ley y de resolver con fundamento en ella los conflictos que se les plantean; también por eso el sistema jurídico ha creado los mecanismos de la doble instancia y de los recursos ordinarios y extraordinarios para cerrar la posible brecha de injustas decisiones; así, pues, solamente aquellas determinaciones oficiales de una marcada y protuberante ilegalidad asumen la categoría delictiva de la prevaricación". (Corte Suprema de Justicia, mayo 22 de 1984).

Importa aquí hacer algunas precisiones. La doctora C. L. no ingresó intempestivamente al proceso y tampoco se propuso desconocer las decisiones de la Fiscalía Regional como se ha dado a entender; si lo inspeccionó y adoptó su determinación fue en atención a la acción incoada directamente ante su despacho por el señor defensor de los sindicatos. Y una vez comprobadas las fallas denunciadas por el peticionario, que afectaron gravemente el debido proceso, particularmente la carencia de competencia de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Nacional para imponer la medida de aseguramiento de la detención preventiva y de la fiscalía regional para calificar el sumario, prescindió de esas providencias que equiparó a una actuación de hecho porque de manera indebida extendieron el cautiverio de los esposos Seidel, otorgando el *habeas corpus*. No concurre, entonces, una de las situaciones anormales citadas por vía ilustrativa en los fallos atrás copiados, pues la señora juez no revivió una norma derogada ni aplicó la que reguló un supuesto de hecho diverso, y en cambio sí intervino en un proceso confuso tanto en el campo probatorio como en el jurídico, que había dado lugar a opiniones encontradas de parte de los funcionarios de la primera y segunda instancias y hasta del señor agente del ministerio público, y que se vio obligado a estudiar en un breve lapso instituciones procedimentales complejas para concluir en la viabilidad o improcedencia del *habeas corpus*, que no es precisamente el tema que ofrece al intérprete o sobre el cual encuentre uniformidad de pareceres, que le permitan su inmediata comprensión.

La vasta experiencia de la doctora C. L., su amplia formación profesional y su permanente afán de acertar en sus decisiones, no eran los factores a tomar en cuenta para deducir el prevaricato. Por el contrario, se convertían en prenda de garantía del acierto y legalidad de la resolución ahora cuestionada, y así debió entenderlo el señor fiscal delegado ante los tribunales superiores; si no se tenían noticias de su predisposición a quebrantar el ordenamiento jurídico, de su rebeldía frente a las determinaciones de sus superiores jerárquicos y del desconocimiento de las enseñanzas de la doctrina y la jurisprudencia, y tampoco se sabía de la existencia de otros hechos que dejaran al descubierto su deseo de apartarse maliciosamente

de los preceptos legales, eventualidad esta en la cual nadie se atrevería a cuestionar el agravio a la administración pública, de plano debió desecharse el delito, en el entendimiento de que, a lo sumo, su providencia contrariaba el pensamiento de la fiscalía regional, pero no la Constitución o la ley, y en que no se había presentado un daño adicional para un tercero que hiciera viable la imputación.

Queda claro que la fiscalía debió obrar con mayor cautela en la evaluación de la conducta de la señora juez en orden a precisar si incurrió o no en el prevaricato. Y en ese examen jugaban papel preponderante la complejidad del asunto que se vio precisada a decidir en su condición de juez constitucional, lo apremiante del término de que disponía para conocer el proceso, y las consecuencias que de la misma se derivarían por la tendenciosa publicidad que se cernía sobre las actuaciones atribuidas a los ciudadanos extranjeros, con mayor razón si la providencia que dio lugar a la acusación apenas sí habría ofendido la administración pública, en cuanto la habría expedido de manera arbitraria, impulsada por simple prurito de infringir el postulado de la legalidad, pero que no conculcó los intereses de los asociados. Su determinación, así no haya sido del agrado del señor fiscal regional que tenía a su cargo el manejo del proceso penal, del señor director regional de fiscalías y últimamente del señor fiscal delegado ante los tribunales superiores, no afectó los derechos de otras personas; si se quiere puede sostenerse que se inspiró en el loable propósito de restaurar el derecho fundamental a la libertad de los esposos Seidel, restringido mediante una decisión de última hora que dejó en evidencia la errónea apreciación de los hechos y de las pruebas emanada de la primera instancia.

Es por eso que desconcierta, por decir lo menos, el rigor con que los funcionarios de la Fiscalía escrutaron tal resolución para desentrañar su oposición con la ley, que luego subrayaron haciéndola manifiesta, dado que contrasta de manera franca con la amplitud con que examinaron las decisiones adoptadas en el curso del proceso penal tramitado en contra de los esposos Seidel.

Se afirma lo anterior porque a las fallas advertidas en la motivación de la providencia expedida el 25 de julio de 1997 por la doctora C. L. se les asignó mayor entidad de la que en realidad tenían,

derivando de ahí el burdo y grosero atropello al ordenamiento jurídico que la hacía responsable de un delito de tanta gravedad como el prevaricato, que supone la incorrección moral de su autor haciéndole indigno de pertenecer al engranaje estatal, y, de manera especial, a la rama jurisdiccional por los serios riesgos que sus decisiones entrañan para la administración pública y para los asociados, pero los errores en que incurrieron los funcionarios de la Fiscalía fueron minimizados, ya que se les dejó en el terreno propio de las simples informalidades o meras irregularidades, desprovistos de todo contenido dañoso para las normas del debido proceso, del derecho a la defensa y demás garantías de los sujetos procesales, así a los sindicatos se les haya privado del más elemental de sus derechos como es el de conocer los alcances de la imputación que se les formulaba, aunque nunca se expusieron las razones por las cuales se dieron tales errores, si se cometieron de manera consciente o inconsciente y, en el primer caso, si sus autores merecían el reproche en un plano estrictamente jurídico por la violación del postulado de la legalidad que también debe gobernar sus determinaciones, y por qué esos yerros podían ser saneados, así quedara en entredicho la legitimidad de la privación de la libertad de los esposos Seidel, pero no los de la señora juez así se hubiere propuesto, como última y plausible finalidad, corregir la situación que, a su leal saber y entender, sin la prevención propia del fiscal, estimó que era irregular y que ameritaba la concesión del *habeas corpus* erigido precisamente en el instrumento idóneo y eficaz para la protección de ese derecho fundamental.

No se puede olvidar que la imputación del prevaricato prácticamente se originó en el oficio remitido por el señor fiscal regional al señor director regional de fiscalías el 31 de julio de 1997. Si el funcionario, quien estaba firmemente convencido de que los ciudadanos extranjeros eran unos aventureros que ingresaron a nuestro territorio en búsqueda de la dama secuestrada con el propósito de trasladarla al exterior, donde sería negociado su rescate, y no en cumplimiento de la misión encomendada por las autoridades alemanas, inspirada en fines humanitarios, por lo que les imputó los delitos de concierto para secuestrar, secuestro extorsivo y uso de documento pú-

blico falso que les aseguraría una extensa temporada en la prisión, dejó traslucir su inconformidad con la posición de su superior de instancia, quien los marginó de esos hechos punibles atribuyéndoles otros de menor entidad, tal como lo dio a entender en la providencia por medio de la cual calificó el mérito de las pruebas, no es de extrañar que al enterarse de la libertad concedida al resolver el *habeas corpus* protestara por la actuación de la señora juez, opuesta al enfoque jurídico que a los hechos se le había asignado por la jurisdicción regional, tachándola de ilegal. Así se explican los fuertes términos incluidos en esa comunicación para descalificar el comportamiento de la funcionaria que, en su opinión, trascendió tanto al campo penal como al disciplinario y que ameritaba las respectivas investigaciones.

Sin reparar en que los señores defensores, en cumplimiento de mandato a ellos otorgado por los sindicatos, solicitaron la preclusión de la instrucción y la revocatoria de la medida de aseguramiento, censuró tal actitud porque la petición la formularon "sobrepasando todas las incidencias propias de una investigación", mientras que la señora juez, a quien directamente le fue presentada la acción con "un criterio muy personal, adujo que el proceso no estaba calificado legalmente y que por tal motivo al estar vencidos según ella, los términos «propios» para la calificación, procedía la libertad inmediata de los sindicatos Seidel", decisión esa que "no solo no se comparte sino que en consideración de esta fiscalía delegada regional es abiertamente ilegal", exponiendo a continuación las razones en que fundaba su apreciación: como la interpretación que él le diera al artículo 79 del Código de Procedimiento Penal para extraer de ahí la competencia para el pronunciamiento calificador, pues así se haya revocado la medida de aseguramiento por el concierto para secuestrar y el secuestro extorsivo, dichos delitos tenían que ser calificados por la fiscalía regional con preclusión o con acusación como ocurrió en realidad, discrepó de la interpretación que de ese precepto hiciera en el auto que otorgó el *habeas corpus*, distinta a la suya, y la tildó de "acomodaticia", sumamente personal y "abiertamente contraria a la verdad procesal e ilegal", con mayor razón si la señora juez olvidó que la preclusión

estaba sometida a la consulta y por ello no podía desvertebrar o dividir el proceso como "aparentemente" lo hizo; anotó, además, que a pesar de que la señora juez conoció la resolución que calificó el sumario, citando inclusive su fecha, prescindió de la misma sosteniendo que los procesados eran acreedores a la libertad en los términos del artículo 415-4 del Código de Procedimiento Penal, afirmación esta que resulta "ilegal, más que ilegal, ilusa e imaginaria" porque, de una parte, no podía desconocer el acto de calificación que él dictó en ejercicio de su competencia, y, de la otra, no podía "realizar un control interno o instancia interna dentro del proceso" para hacer efectiva una de las causales de libertad por oponerse a ello la parte final del artículo 430 de ese estatuto.

Al parecer aludiendo al dolo, sostuvo que "lo más vergonzoso e indignante para nuestra administración de justicia" fue que la señora juez dejó de lado los medios de defensa propuestos por los defensores y la colisión de competencias planteada por el señor juez penal del circuito de Rionegro que "anecdóticamente" y de manera "tácita" fue resuelta por la señora juez, "quien en una instancia de *habeas corpus*, no solo concedió la libertad, sino que implícitamente asignó competencia para conocer del asunto", folio 6.

Esos planteamientos fueron acogidos por el señor fiscal delegado ante los tribunales superiores, quien pronto superó la fase de la investigación previa y escuchó en indagatoria a la doctora C. L.; el interrogatorio planteado en esa diligencia versó sobre muchos de los temas destacados por el señor fiscal regional en la mencionada comunicación, y todos sus conceptos, que encontró ajustados a la ley, los hizo suyos en las providencias mediante las cuales impuso la medida de aseguramiento y acusó a la señora juez, al igual que los argumentos expuestos por la segunda instancia en la providencia del 27 de junio de 1997, rechazando la "interpretación subjetivista" que hiciera de la sentencia C-301 o de otras normas procesales, la "cadena de equívocas premisas" en que se apuntaló la concesión del *habeas corpus*, y los inmerecidos reparos formulados en ese auto a los pronunciamientos de la fiscalía regional en ambas instancias para despojarla de la competencia, que tildó de inexistentes, sin fundamento alguno,

concluyendo en el desacierto de la resolución y en su manifiesta contrariedad con la ley, que la hacía responsable del prevaricato, pues "no puede sostenerse, de acuerdo con lo que hasta aquí se ha expuesto, que todo sea fruto de una simple inadecuada apreciación o de un comprensible errático juicio jurídico, cuando la verdad revela pronunciamiento abiertamente contrario a las normas que regulan la acción del *habeas corpus*", folio 257, visto que la culpabilidad dolosa "puede extractarse de las muy débiles apreciaciones traídas por la indagada para cuestionar la competencia de los fiscales que tuvieron o tienen bajo su control la investigación...", folio 260.

El señor fiscal regional, así lo considera la sala respetuosamente desde luego, no era el funcionario llamado a descalificar la conducta de la doctora C. L., tildándola de prevaricadora. Lo primero porque ya se tenían noticias del error de apreciación en que incurrió al adecuar el comportamiento de los esposos Seidel a las disposiciones legales, a quienes les atribuyó varios hechos punibles que no perpetraron, de conformidad con el criterio sustentado en la segunda instancia, y lo segundo porque su pretendida competencia para continuar con el conocimiento del proceso agotando la fase de la calificación y los conceptos emitidos al interpretar distintas normas fueron desvirtuados de manera tajante por su superior jerárquico en la providencia del 21 de noviembre de 1997, cuyos pasajes esenciales se copiaron atrás, mediante consideraciones acordes en un todo con las esgrimidas por la señora juez para fundamentar la resolución que declaró procedente el *habeas corpus* y consecuentemente la libertad de los sindicados para poner fin a su detención que se prolongó de manera indebida, pero que fueron ignorados por el señor fiscal delegado ante los tribunales superiores al momento de proferir la resolución acusatoria no obstante que ya las había conocido y estudiado, lo que bastó para que comprendiera que tanto su argumentación, como la del señor fiscal regional que él acogió sin reservas, se derrumbó a partir de la fecha en que se adoptó aquella decisión.

Adviértase que en las providencias por medio de las cuales decidió la situación jurídica y formuló la acusación y aún en su disertación oral de la vista pública, el señor fiscal insistentemente sos-

tuvo que la conexidad existente entre los hechos punibles inicialmente deducidos a los esposos Seidel y los que le fueron imputados en la segunda instancia, al igual que el principio de la unidad procesal prolongaron la competencia de la jurisdicción regional para conocer del proceso, de lo cual derivó la competencia de la unidad de fiscalías delegadas ante el Tribunal Nacional para imponer la medida de aseguramiento por los últimos, y de la fiscalía regional para calificar el mérito del sumario con la preclusión por los primeros y para acusarles ante el juez penal del Circuito de Rionegro por los segundos, censurando a la señora juez porque desconoció esas decisiones que para ella eran inexistentes con un erróneo entendimiento de este fenómeno, en su afán de liberar a los sindicados.

Sin embargo, también en este aspecto cree el tribunal que la razón está de parte de la funcionaria. La tesis del señor fiscal ni siquiera era válida para el momento en que definió la situación jurídica y mucho menos para las fechas en que formuló la acusación e intervino en la audiencia porque ya había conocido y estudiado la providencia del 21 de noviembre de 1997 que aceptó la ruptura de la unidad procesal y descartó la conexidad, aunque en la última diligencia se limitó a afirmar que tal determinación "puede compartirse o no compartirse", pero que no podía equipararse al auto que otorgó el *habeas corpus* como lo pretendió el señor defensor, olvidando que este sostuvo fue que las razones que sirvieron de soporte a la misma coincidieron en el fondo con las expuestas por la señora juez.

La ruptura de la unidad procesal se produjo desde el 16 de abril con la clausura parcial de la investigación, esto es, únicamente en lo concerniente a los esposos Seidel, y la conexidad desapareció a partir de la revocatoria de la medida de aseguramiento impartida en primera instancia: el concierto para secuestrar no podía deducirse como delito autónomo porque no se acreditó que los ciudadanos alemanes se pusieran de acuerdo con las demás personas comprometidas en el plagio de doña Brigitte para ejecutar este y otros hechos de la misma naturaleza, y el que se habría dado para este único caso fue subsumido por el secuestro efectivamente perpetrado, y la falsedad tampoco se dio porque los pasaportes eran auténticas

o porque de ser apócrifos no fueron usados por ellos, y en cuanto al secuestro extorsivo se les marginó de plano al reconocerse que no obraba la prueba mínima exigida para la medida de aseguramiento; además, no se comprende como pueda predicarse la conexidad entre delitos principales en —ese grupo encajan los tres anteriores— con un delito accesorio como lo es el favorecimiento, y si se quiere hasta la intermediación en el secuestro.

Las consideraciones plasmadas por la unidad de fiscalías delegadas ante el tribunal nacional en la providencia del 21 de noviembre de 1997, diáfanas y concluyentes, no dejan duda alguna sobre la inexistencia de la conexidad y la ruptura de la unidad procesal, que dejaban el asunto por fuera del ámbito de atribuciones de la jurisdicción regional, quedando en entredicho la validez y eficacia de las resoluciones expedidas en ambas instancias como lo consideró la señora juez al decidir el *habeas corpus*, sin que se pueda sostener que fue ella quien artísticamente ideó las fallas sustanciales lesivas del debido proceso y el derecho a la libertad de los esposos Seidel en su desmedido afán por liberarles.

En efecto, la delegada, para silenciar las quejas de los recurrentes, anotó que en el auto del 27 de junio se consideró que la conducta de los sindicados "en modo alguno se adecuaba a los tipos penales del secuestro extorsivo, concierto para secuestrar y uso de documento público falso imputados en la medida de aseguramiento", visto que era evidente que su participación "consistió en un proceso de mediación frente a los plagiarios para lograr la liberación de la señora Schone, lo que le llevó a descartar los primeros y adecuar el comportamiento de los esposos Isabel y Jürgen Seidel a los tipos penales realmente infringidos", aunque no se dedujeron "nuevos delitos" como lo entendieron aquellos, sin reparar en que el objeto de la investigación penal no "está dado por nombres de delitos", sino que se averiguan "son hechos, naturalísticamente entendidos, independientemente de la denominación jurídica que a ellos corresponde en el ordenamiento penal", máxime si "es claro que el hecho investigado del que se sindicó a los sindicados es uno solo: su participación en el secuestro y liberación de la señora

Schoene", que el funcionario de la primera instancia tomó en cuenta para reputarles autores del concierto para secuestrar, el secuestro extorsivo y el uso de documento público falso, "en tanto que esta delegada, en ejercicio de sus funciones como fiscal de segunda instancia, consideró que debía adecuarse a los nuevos tipos de favorecimiento y celebración indebida de contratos de seguro (el último por la intermediación en el rescate)...", folios 526, 529 y 530.

Tal como se anotó anteriormente, la ostensible contrariedad de la resolución o dictamen con la ley no puede surgir de la disparidad de criterios entre el funcionario y los sujetos procesales, entre el primero y su superior de instancia o el funcionario encargado de la investigación. Pero se sabe que el señor fiscal no dudó en sostener, contra toda evidencia, que el acierto y, por ende, la legalidad, son notas que caracterizan las providencias proferidas en primera y segunda instancias por la fiscalía regional, mientras que el error y la ilegalidad, la última en grado superlativo o manifiesto que es lo mismo, caracterizaron el pronunciamiento que otorgó el *habeas corpus*, pues que se cuestionaron, sin razón, aquellas decisiones. Entendidas así las cosas, fácil resulta comprender que el señor fiscal, desatendiendo las enseñanzas de la doctrina y jurisprudencia de la Corte, ha tildado de delictuosa la conducta de la señora juez simplemente porque no interpretó las normas reguladoras de diversas instituciones procedimentales y del *habeas corpus* en la forma en que él lo hizo, apreciación que debe desestimarse de plano.

La sentencia proferida por la h. Corte Suprema de Justicia el 28 de agosto de 1997, citada tanto en la acusación para fortalecer el criterio de la fiscalía, folios 258 y 569, resulta enteramente favorable a la señora juez. Aquí en este evento, como sucedió en el que la corporación juzgó allí, también se acreditó "la ausencia de malicia y de propósito lesivo" en la actuación de la funcionaria, y la manifiesta contrariedad de la resolución con la ley surgió "a partir la imposición de la parafernalia conceptual e interpretativa del funcionario penal encargado de examinar la conducta prevaricadora" y no "del abierto y simple cotejo con el ámbito

situacional concreto en el cual actuó el investigador, en relación con los imperativos legales", pues no se tuvo en cuenta que, así la decisión riña con el tenor literal de algunos preceptos, "aparentemente claros", no envuelve prevaricación cuando "contiene una interpretación loable frente a las insulares trazas que ofrece el caso", como se advirtió en ese fallo.

Es que si la manifiesta contrariedad de la resolución o dictamen con la ley pudiese extractarse de la discrepancia de opiniones entre el servidor público acusado y el funcionario encargado de la investigación penal, la imputación en este evento tendría que hacerse extensiva a los representantes del ministerio público tanto en el proceso penal impulsado contra los ciudadanos extranjeros, como el que intervino en esta instancia, quienes prohicieron las tesis de la señora juez. a la abogada de la Procuraduría y a los magistrados que conforma la sala disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura, a quienes les pareció correcta su determinación y al señor fiscal delegado ante el Tribunal Nacional porque en la providencia del 21 de noviembre de 1997 repudió el pensamiento del señor fiscal regional, a quien le negó toda competencia para la clausura de la investigación y la emisión del proveído calificatorio y también el concepto sustentado por el señor fiscal delegado ante los tribunales superiores en temas de tanta trascendencia en el caso ahora estudiado, como la conexidad y la unidad procesal que el último dejó vigentes queriendo retener la competencia de la jurisdicción regional para conocer del proceso, pero que el primero había rechazado de manera implícita, que no expresa, desde el 27 de junio de ese año, aunque solo dispuso el envío del expediente a la fiscalía seccional de Rionegro en el mes de noviembre.

Lo extraño es que la resolución expedida por la doctora C. L. es la única que se ha tildado de prevaricadora; de las restantes, así sean contrarias a las tesis del señor fiscal regional y del señor fiscal delegado ante los tribunales superiores, se insiste, apenas si se ha afirmado que no se comparten o que una es la situación planteada en el campo disciplinario y otra, muy diferente, la que se presenta en el campo penal, y solo se hizo una breve referencia a la última determinación de la segunda instancia que echó por tierra muchos de

los conceptos expuestos por aquellos funcionarios para enjuiciar la conducta de la señora juez: si la fiscalía delegada ante el Tribunal Nacional, así fuese tardíamente como ya se puntualizó, reconoció que la Fiscalía Regional de Medellín carecía de competencia para clausurar la investigación y calificar su mérito, invalidando ambos actos, implícitamente aceptó la indebida prolongación de la libertad de los esposos Seidel que fue el argumento central invocado en el pronunciamiento que decidió favorablemente el *habeas corpus*.

La sala, respetuosamente desde luego, discrepa de las consideraciones expuestas por el señor fiscal delegado ante el tribunal superior en la acusación formulada a la señora juez. Sin que quiera sostener que la verdad está de su parte o que la interpretación que le ha dado a las numerosas disposiciones sustantivas y procedimentales que el complejo caso que ahora estudia y decide sea la atendible, estima sí que la imposición de la detención preventiva a los esposos Seidel por los delitos deducidos a última hora en la segunda instancia, estuvo precedida y acompañada de serias irregularidades que conculcaron su libertad y las normas del debido proceso, y que no resultan muy afortunados los argumentos en contrario esgrimidos por el señor fiscal para concluir en la configuración del delito de prevaricato imputado.

Naturalmente como se trata de desentrañar el sentido de esas normas, tarea de suyo complicada, que puede suscitar opiniones opuestas, no pretende afirmar que sus conceptos sean acertados y equívocos los que no comulguen con ellos; simplemente quiere insistir que para definir la controversia que en un plano estrictamente interpretativo se ha presentado entre la señora juez y el funcionario de la fiscalía que tuvo a su cargo la dirección del proceso, le parece que se aproxima más a la realidad la que en su momento expuso la primera y por ello la acogerá como soporte de la decisión con la cual culminará la instancia, desestimado, por obvias razones, la del segundo.

Refiriéndose a las dificultades que se le presentan a quienes deben interpretar las disposiciones legales para descifrar su espíritu, con miras de aplicarlas al caso debatido, desde hace ya mucho tiempo la H. Corte Suprema de Justicia sostuvo lo siguiente:

"El derecho no es ciencia causal-explicativa, de modo que no admite dogmas ni afirmaciones que tengan rigidez y exactitud matemáticas; su naturaleza teleológica-valorativa enseña que es mecanismo creado por el hombre para dar una solución a sus conflictos de intereses y que tanto sus cláusulas como las conductas que regula, deben ser objeto de interpretación... Interpretar o desentrañar el sentido de la norma es tarea esencialmente personal en la que la ley y el intérprete se interrelacionan e influyen mutuamente para la solución de un caso particular. De una parte la ley con su mandato general y abstracto concebida de manera enfática en cláusulas gramaticales, de otro, el intérprete influido por sus propias vivencias culturales y por la concepción que tiene del derecho, que busca darle dinámica a esa ley particularizando para el caso concreto el mandato en ella subyacente...

"En atención al carácter personal y por tanto subjetivo de la tarea interpretativa, es fácilmente comprensible que con relación a un mismo punto jurídico puedan darse respuestas diversas, bien porque se tomen distintas fuentes de solución, bien porque se difiere en el método interpretativo que se escoge. Sin embargo, esta es una constante del derecho, de modo que acoger una tesis concreta, con mayor razón cuando cuenta con respaldo en el criterio de autoridad, es actitud que no merece de suyo reproche jurídico penal..." (Corte Suprema de Justicia, agosto 30 de 1983, M. P. dr. Luis Enrique Aldana Rozo).

La apreciación consignada por la señora juez en la providencia, en cuanto estimó que el proceso se había calificado solo en apariencia porque el fiscal regional no estaba capacitado jurídicamente para adoptar la decisión, aunque así se impidió la libertad provisional de los sindicados, dado que esa providencia se esgrimiría para denegar una petición en tal sentido, resultó correcta porque el 21 de noviembre de 1997 —116 días después contados a partir del 25 de julio, fecha en que se concedió el *habeas corpus*— la fiscalía delegada ante el Tribunal Nacional anuló el acto de calificación y con ello implícitamente reconoció el derecho que asistía a los ciudadanos extranjeros a disfrutar de su excarcelación al amparo del ordinal 4º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal. Solo que ella se anticipó a esa decisión, tra-

"HABEAS CORPUS" Y PREVARICACIÓN JUDICIAL

tando de restaurar el derecho fundamental a la libertad que fue conculcado por la fiscalía, lo que pone en entredicho la ilegalidad de la providencia y, por ende, el presupuesto material exigido para la configuración del prevaricato por acción deducido en la pieza acusatoria.

Ya se tiene establecido que la interpretación racional de la ley excluye ese delito, pues: "jamás puede predicarse que un juez prevarica cuando en la actividad de administrar eficaz justicia racionalmente interpreta la ley, en busca de la realización del derecho material porque en ese evento no hay discordia entre el derecho declarado y el conocido, ni se traiciona lo que el desempeño del deber y la obediencia a la ley exigen, ni, en fin, cabría el juicio que la decisión adoptada es manifiestamente contraria a la ley como lo exige el dispositivo penal que típica esta infracción" (Corte Suprema de Justicia, septiembre 20, 1995, M. P. dr. Dídimo Páez Velandía). Y eso fue precisamente lo que impulsó a la señora juez a ordenar la inmediata libertad de los sindicados, evitando así que en un futuro, en caso de decidir negativamente la solicitud mientras se conocía el pronunciamiento de la segunda instancia que desembocaría en la excarcelación al tenor de la citada disposición, se le pudiese acusar por los delitos de prevaricato por omisión y detención arbitraria, de igual o superior gravedad al que ahora la tiene separada del cargo.

Es preciso tener en cuenta que se reclamó fue el *habeas corpus*, que es uno de los principales instrumentos —en la sentencia C-301 la H. Corte Suprema de Justicia anotó que "es la principal garantía de la inviolabilidad de la libertad personal"— concedidos por la Constitución y la ley a toda persona que crea que fue capturada ilegalmente o que su detención se ha prolongado de manera ilícita para poner fin a la irregularidad. Tratándose de un derecho fundamental de aplicación inmediata (artículos 30 y 85 de la Carta), puede ser ejercido a nombre propio o ajeno, en forma oral o escrita, y al peticionario le basta con proporcionar los datos indispensables para identificar al funcionario que llevó a cabo la aprehensión o que ha extendido la detención de manera ilegal, el sitio donde se encuentra recluido el afectado y los elementos fácticos de la pretensión, con miras a que la autoridad judicial ante quien se

propone disponga la libertad inmediata del último.

Esa acción puede y debe ser ejercida a partir del momento en que se presente el acto que se estima violatorio de los preceptos constitucionales y legales que rigen la captura o la detención. O sea que esencialmente se orienta a la demostración del hecho u omisión que atentan contra el derecho a la libertad de locomoción de la persona, y si el juez constitucional comprueba su existencia, cualquiera sea el funcionario que lo ha causado y la naturaleza del asunto en el cual se ha producido el quebranto de esas normas, debe conceder la protección demandada, adoptando las medidas pertinentes para poner fin a la irregular captura o a la indebida prolongación de la detención, quedando en claro que el medio más efectivo para lograrlo es la liberación del afectado y la consecuente expedición de copias para que se investigue la conducta del responsable, todo ello dentro del preteritorio término de 36 horas fijado por la disposición que la contempla, cuyo incumplimiento puede acarrear responsabilidad penal o disciplinaria para el funcionario encargado de su trámite y decisión.

En la sentencia atrás citada la H. Corte Constitucional sostuvo que una vez "demostrada la violación de las garantías constitucionales y legales detención, arresto o prisión ordenadas por autoridad incompetente, o por autoridad competente, pero sin acatar las formas establecidas o sin justa causa, etc., se dispondrá por parte del juez la inmediata puesta en libertad de la persona privada de ella ilegalmente.

Naturalmente cuando la captura se produce en cumplimiento de la orden expedida por el funcionario judicial, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos por la ley o en virtud a la flagrancia en que es sorprendido el agente, o cuando su detención es producto de la providencia proferida por el funcionario competente, con observancia de las formalidades legales, se torna improcedente el *habeas corpus*. Al juez constitucional, en esos eventos, no le es permitida la entrada al proceso porque los reclamos sobre la libertad de quien se encuentra en cautiverio en tales situaciones deben formularse al interior del proceso y el funcionario que conoce de este es el llamado a resolverlos.

Y si el trámite o la decisión del *habeas corpus* se le ha asignado a funcionarios distintos a quienes participaron en la captura ilegal o tienen a su cargo la actuación en la cual ilícitamente se ha prolongado la privación de la libertad de la persona, hay que concluir que se trata de un mecanismo de control externo que únicamente faculta al juez para definir si se respetaron o no las garantías constitucionales y legales tanto para la aprehensión como para la detención, es decir, que solo puede revisar la legalidad extrínseca de la privación de la libertad.

Es por ello que la sala estima que el *habeas corpus* tampoco es el instrumento indicado para obtener la libertad provisional; solicitudes de esa índole deben plantearse ante el funcionario que conoce del proceso al tenor de lo dispuesto por el artículo 2º de la ley 15 de 1992, que modificó el artículo 430 del Código de Procedimiento Penal. De ahí que si la persona que se encuentra legalmente detenida aspira a obtener la excarcelación al amparo del artículo 415 de esa obra, particularmente de los numerales 4 y 5 que son los eventos que se presentan con mayor frecuencia en la práctica, su pretensión está condenada al fracaso porque al juez constitucional le está vedado el examen de esas cuestiones —si se dio o no el supuesto de hecho que hace viable la libertad provisional, y para los últimos casos si transcurrieron o no los términos sin que se hubiese calificado el sumario, o sin que se hubiese celebrado la correspondiente audiencia o se hubiere vencido el término para presentar alegatos de conclusión en el juicio, si hay lugar a la caución prendaria o juratoria y, en el primer evento, cuál sería su cuantía— y la decisión que son del exclusivo resorte del funcionario judicial del proceso; al juez que resuelve el *habeas corpus* solo le compete establecer la legalidad de la captura, la observancia del plazo para la imposición del régimen restrictivo de la libertad, y que este no se prolongue de manera ilegal.

Desde el preciso instante en que la disposición entró a regir surgieron serias dudas sobre su exequibilidad; algunos la discutieron alegando que restringía los alcances del precepto constitucional que consagra la acción pública porque obliga al interesado a instaurarla ante el funcionario comprometido en la violación de las garantías cons-

titucionales y legales, que ve así comprometida su imparcialidad, y otros, en cambio, la defendieron. La H. Corte Constitucional en el fallo citado la declaró exequible, aunque algunos de sus integrantes salvaron el voto. Y no faltan quienes piensan que la norma es extraña por completo al *habeas corpus* o que se hacía innecesaria su consagración: aquella regula la situación de la persona que se encuentra legalmente detenida y la acción que procede cuando ella cree que es ilegal la privación de la libertad que padece.

Sea de ello lo que fuere, se hace imperiosa su aplicación y el *habeas corpus* seguirá siendo un mecanismo de control externo, aunque es preciso aclarar que en los eventos en que la privación de la libertad de la persona es consecuencia de una actuación arbitraria o injusta de la autoridad pública, debe ser aplicado sin demoras. Así lo aceptó la corporación en la providencia mencionada, al afirmar que no puede excluirse "la invocación excepcional del *habeas corpus* contra la decisión judicial de privación de la libertad cuando ella configure una típica actuación de hecho".

Todas esas exigencias se cumplieron en el caso a estudio. El señor defensor oportunamente promovió la acción por considerar que la detención de los esposos Seidel se prolongó como resultado de una vía de hecho originada en la medida de aseguramiento y en la acusación dictadas en segunda y primera instancias por funcionarios incompetentes, haciéndose procedente el *habeas corpus* como el medio judicial más rápido y eficaz para la anhelada protección del derecho fundamental vulnerado. Como la inspección judicial dejó al descubierto la existencia de esos hechos, la señora juez les otorgó la libertad y dispuso la expedición de copias para la correspondiente investigación.

Un riguroso examen de la providencia que concedió el *habeas corpus* no permite concluir en su manifiesta ilegalidad; por el contrario, emerge clara y adecuada interpretación y aplicación de las normas reguladoras de esa garantía constitucional, mientras que las críticas formuladas por la señora juez a los funcionarios de la fiscalía regional porque carecían de competencia para detener y acusar a los ciudadanos extranjeros resultaron fundadas, de acuerdo con el examen realizado en precedencia.

Y la señora juez no se ocupó de los hechos y las pruebas obrantes en el proceso adelantado contra los esposos Seidel, ni discutió los alcances de las últimas y si eran o no suficientes para detenerles y acusarles, y tampoco de la denominación jurídica de las infracciones, porque entendió que esos temas le estaban vedados, pero sí cuestionó la validez de la medida detentiva emanada de la segunda instancia —la de la primera quedó sin vigencia en razón de su revocatoria—, lo que revela que se limitó a revisar los presupuestos formales de esa decisión, particularmente la incompetencia del funcionario para adoptarla, al igual que la acusación que fue arropada por el mismo vicio, aspectos estos que podía examinar y que fueron los que la determinaron a decidir en la forma conocida.

La doctora C. L. no excarceló a los ciudadanos alcmanes; ella sabía que no era esta la sede indicada para pronunciarse sobre la viabilidad o improcedencia de la libertad provisional que, por lo demás, nunca le fue solicitada, decidió el *habeas corpus* y por eso decretó la libertad inmediata, imponiéndoles la presentación ante el funcionario que los requiriera por razón de esa actuación, si se refirió al artículo 415-4 del Código de Procedimiento Penal fue en busca del "parámetro" allí consagrado, que le permitiría establecer si los sindicados, dado el tiempo transcurrido —250 días— sin que se hubiese calificado el mérito del sumario por el funcionario competente, serían o no acreedores a la gracia excarcelatoria, tal como lo

explicó en la ampliación de la indagatoria.

En verdad resulta entendible la posición asumida en la vista pública por el señor defensor cuando se ocupó a espacio del dolo propio del prevaricato por un "imperativo ético" y para dejar a salvo el buen nombre de la doctora B. C. L., como también la del señor agente del ministerio público que profundizó en el tema para fortalecer su pretensión absolutoria. La sala, en cambio, estima superfluo el examen de ese presupuesto: de una parte, porque es evidente la atipicidad de la conducta reprochada y, de la otra, porque sabe de la solvencia moral de la funcionaria, de su prestancia académica y profesional que no le permitirían la maliciosa o grosera violación de la ley en el desempeño del cargo, al cual debe reintegrarse de inmediato como consecuencia de la absolución aquí dispuesta, visto que no se colman los presupuestos requeridos por el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal para una condena.

En mérito de lo expuesto, el *Tribunal Superior de Medellín*, sala de decisión penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Se absuelve a la doctora B. C. L. del cargo de prevaricato por acción deducido en la acusación. Extiéndase orden de libertad.

Proyecto discutido y apropiado en sesión de la fecha, según acta núm. 57.