

APERTURA DE INVESTIGACION/ PREVARICATO

1.-Conforme al rito consagrado en el Código de Procedimiento de la época, y el de ahora, es claro que sin decretarse la apertura de instrucción no es posible recepcionar indagatoria del acusado ni resolver la situación jurídica.

2.-Al tenor de lo dispuesto en el párrafo del artículo 72 del Decreto 050 de 1987, normatividad entonces vigente, cuando en el lugar de comisión del hecho no era posible que un juez de instrucción criminal avocara inmediatamente la investigación, lo podía hacer mientras tanto el juez municipal.

Proceso No. 10437

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. RICARDO CALVETE RANGEL

Aprobado Acta No. 148

Santa Fe de Bogotá D.C., Octubre once de mil novecientos noventa y cinco.

V I S T O S

Del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena proceden las presentes diligencias, para que por vía de apelación revise la Corte la sentencia de febrero 16 del presente año, mediante la cual se absolvió de los delitos de prevaricato y privación

ilegal de la libertad al doctor Henry Forero González, ex Juez Promiscuo Municipal de Morales (Bolívar), impugnación que fuera interpuesta por el Fiscal Primero de esa Corporación.

H E C H O S

Fueron resumidos así por el a-quo:

“Al doctor HENRY FORERO GONZALEZ, en su condición de Juez Promiscuo Municipal de Morales (Bolívar), le correspondió recibir la denuncia que formuló la señora ZOILA RODRIGUEZ HERNANDEZ el día 26 de agosto del año de 1991, en contra del señor LUIS ALBERTO VASQUEZ CAÑAS, por un delito contra la Libertad y el Pudor Sexual, de que resultó víctima la menor JOHANA RODRIGUEZ, según hechos ocurridos en esa localidad.

“Con base en dicha noticia criminosa el citado funcionario judicial dispuso abrir indagación preliminar, por medio de auto de la misma fecha, ordenando en el numeral 2o... ‘Librar orden de captura a las autoridades competentes, en contra de LUIS ALBERTO VASQUEZ CAÑAS, oírlo en diligencia de versión y dentro del término legal resolverse su situación jurídica’.

“El denunciado VASQUEZ CAÑAS fue capturado el día 26 de agosto de las mencionadas calendas, siendo escuchado en versión libre al día siguiente, y en esta última fecha el Juzgado Promiscuo Municipal de Morales, a cargo del doctor FORERO GONZALEZ, le definió su situación jurídica con medida asegurativa de detención preventiva, sin derecho a excarcelación, por el ilícito de Acceso Carnal Abusivo en menor de catorce años.

“Al vencerse el término de la averiguación preliminar, el referido estrado judicial envió la respectiva actuación al Juzgado Sexto de Instrucción Criminal de Simití (Bolívar)

por razón de competencia, quien abrió la correspondiente investigación y ordenó la recepción de la diligencia de indagatoria del imputado, luego de cuya práctica procedió a resolversele la situación jurídica profiriendo en su contra medida de detención provisional.

“En el momento de disponer la apertura investigativa, el mencionado Juzgado de Inscriminal consideró inexistente el auto detentivo que ilegalmente había proferido el otro Despacho judicial, no obstante lo cual mantuvo retenido al sindicado, y cuando se le solicitó la nulidad de la medida de prisión irregular y la consiguiente libertad inmediata de éste, decidió no revocar tal decisión, con el razonamiento de no existir nuevas pruebas que la desvirtuarán, aunque lo pedido no era la revocatoria sino su invalidez en las diligencias procesales...”

Por los anteriores hechos el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena ordenó compulsar copias para que se investigara la conducta en que pudieron incurrir los funcionarios que intervinieron en la instrucción, y aquí se trata de la situación del doctor Henry Forero González, Juez Promiscuo Municipal de Morales (Bolívar).

ACTUACION PROCESAL

1.- La Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal del Distrito de Cartagena, el 6 de agosto de 1992 abrió investigación penal por el presunto delito de Prevaricato por Acción.

2.- Escuchado en indagatoria el doctor Forero González, manifiesta que en todos los procesos que tramitó en el Juzgado iniciaba diligencias preliminares, tomaba versión al implicado asistido por abogado y resolvía la situación jurídica, pero ni los defensores ni el personero le hicieron caer en cuenta del error que estaba cometiendo, siempre estuvo convencido de que el procedimiento seguido aparentemente estaba bien. Solicita se allegue copia de su actuación en los procesos que él tramitó, para que se

establezca que su proceder fue igual en todos.

3.- El 5 de abril de 1993, el Fiscal Primero Delegado ante el Tribunal de Cartagena dictó medida de aseguramiento de detención preventiva contra el doctor Henry Forero González por el delito de Privación Ilegal de la libertad consagrado en el art.272 del Código Penal, providencia de la que el Procurador Judicial en lo Penal No.82, solicita su revocatoria por la existencia de la causal de inculpabilidad consagrada en el numeral 4 del artículo 40 del C.P., circunstancia que no fue aceptada por la Fiscalía.

4.- El 1o. de diciembre de 1993 se profirió resolución de acusación en la cual se llamó a juicio al ex-funcionario judicial por punibles de prevaricato por acción y privación ilegal de la libertad.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Considera el Tribunal que el ex-Juez de Morales (Bolívar) actuó de buena fé en cuanto al delito de prevaricato imputado y al respecto expresó:

“Teniendo en cuenta, pues, los factores circunstanciales que rodean los hechos y las condiciones personales de su autor, resulta dable concluir que el procesado procedió de buena fe, creyendo con la convicción errada e invencible en tales circunstancias, que en su acción no concurría alguna de las exigencias necesarias para que el hecho fuese prevaricador, por lo que su conducta está ausente de culpabilidad, de conformidad con el numeral 4o. del artículo 40 del Código Penal. En este sentido, sus explicaciones encuentran fundamento en el proceso, en especial con la prueba documentaria aportada, donde se evidencia que la actuación cuestionada fue fruto de la ignorancia, no reprochable dentro de la órbita de derecho penal, el cual exige que haya un desvío moral del funcionario, situación que no emerge de la conducta que es objeto de juzgamiento, razón por la cual se desecha en este caso la existencia del prevaricato, justamente por ausencia del elemento intencional, presupuesto éste de necesario

requerimiento para poder afirmar su consumación, debiendo entonces exonerarse al procesado de los cargos que se le formularon por este delito”.

Igual determinación tomó respecto del delito de Privación Ilegal de la libertad, respecto del cual expresó:

“No empecé lo anterior, y aunque fuere admisible la forma concursal entre estas dos ilicitudes en el presente caso, hay que advertir que tratándose del delito de Privación ilegal de la libertad, desde el punto de vista de la culpabilidad, el dolo es la única forma de realización de este hecho punible, y se traduce en la conciencia de estar privado ilegalmente de la libertad a alguien y en querer ese acto como expresión del abuso de la función, y tal actitud, como se ha dejado sentado a lo largo de esta decisión, no aparece manifestada en el comportamiento del funcionario procesado. En virtud de lo cual, desde el aspecto de la subjetividad, tampoco se integraría esta delincuencia, imponiéndose igualmente la exoneración de los cargos imputados en este asunto”.

Con estas razones profirió sentencia absolutoria en favor del encausado por los dos comportamientos atribuidos en la resolución acusatoria.

LA IMPUGNACION

El Fiscal Primero Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena recurrió en apelación la anterior providencia, solicitando la revocatoria de la sentencia absolutoria dictada al ex-Juez Henry Forero González, por considerar que “...Si la ignorancia no sirve de excusa, si el propósito aceptado por el Juez FORERO era respetar las normas penales, cómo atender a la hermenéutica jurídica para graduar el error que no existe. Si este se fue en contravía de la legalidad y con esto lesionó la administración pública y de paso también el principio del imperio de la Ley ya que el Juez FORERO solamente estaba sometido al imperio de la Ley siempre que esa Ley sea válida o conforme con la Constitución. Lo anterior no significa que el Juez no puede interpretar

un precepto cuando éste ofrezca imprecisión en su sentido o que pueda equivocarse de buena fé en ese juicio, solamente el error invencible como causal de inculpabilidad trae nuestro Código Penal en su artículo 40 es el aceptado NO sirve en este caso...”.

Igualmente refiere que los comportamientos del procesado no solamente son típicos y antijurídicos sino culpables a título de dolo, y es por ello que se debe revocar la absolución y en su lugar dictar sentencia condenatoria por el concurso de hechos punibles por los que se acusó, porque un juez no puede desconocer la Ley, al suponerse un conocimiento especializado por razón de su oficio y que cuando el nominador entrega la función de administrar justicia a quien asume esa responsabilidad, lo hace por la confianza de sus conocimientos universitarios y el estudio diario a que la profesión le obliga.

Finalmente considera que no se puede aceptar que el sexual peligrosismo de CAÑAS permitía el acto contrario a la ley, pues no se sanciona al individuo porque sea peligroso, sino exclusivamente por ser culpable, siempre y cuando se hayan observado las formas propias de cada juicio. Trae a colación comentarios del Código de Procedimiento Penal sobre el debido proceso; una jurisprudencia de la Corte en la que se precisa que el prevaricato no requiere para su estructuración que se haya actuado por odio, dádivas, promesas etc., y transcripción de los artículos 72, 73 y 342 del Código de Procedimiento Penal vigente en 1991.

ALEGATO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Judicial 82, solicita se confirme la sentencia apelada por considerar que:

“El doctor FORERO GONZALEZ, también el Personero y el Secretario del Juzgado, consideraba que era correcto, en diligencias preliminares, y después en la versión

libre, resolver situación jurídica, pero no solo incurrió en error en las diligencias que adelantó en contra de LUIS ALBERTO VASQUEZ CAÑAS, igualmente ocurrió con las actuaciones contra TEOFILO CRUZ CAÑA, por el delito de Porte Ilegal de Armas; JHON JAIRO ROJAS BARBOSA, por violación al Decreto 180 de 1988; BALDOMERO PALLARES, por Hurto, lo que demuestra una vez más que no solo su actuación fue errada en un solo hecho, sino en varios, como los que se han relacionado, pero se encontraba con el firme convencimiento que actuaba conforme a la normas legales, desprovisto totalmente del ánimo de causar daño a los procesados, sin dolo, y el error en que se encontraba fue vencido, una vez que un abogado litigante le hace la claridad del error en que estaba incurriendo, adoptando la necesaria, procediendo de inmediato a subsanarlo, enviando las actuaciones al Juzgado de Instrucción Criminal de Simití...”.

A pesar de que en la acusación se hizo énfasis en la falta de competencia del Juez Promiscuo Municipal de Morales para adelantar el proceso contra LUIS ALBERTO VASQUEZ CAÑAS, considera que el artículo 72 del decreto 050 de 1987 lo facultaba para iniciar la investigación en un delito como el que se acababa de cometer, mientras el Juez de Instrucción avocaba el conocimiento; además todo su actuar fue desprovisto del propósito de causar daño al sindicato o a la administración de justicia, pues su error consistió en estar convencido de la legalidad de sus actuaciones.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- Por acuerdo extraordinario número 57 del 31 de octubre de 1991, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena nombró en período de prueba al doctor Henry Forero González como Juez Promiscuo Municipal de Morales (Bolívar), quien tomó posesión el 5 de noviembre del mismo año. Posteriormente, por acuerdo ordinario No.17 del 9 de abril de 1992, fue nombrado en propiedad.

En cumplimiento de sus funciones el implicado recibió una denuncia contra Luis

Alberto Vásquez Cañas, por un delito contra la libertad y el pudor sexuales, con base en la cual dispuso indagación preliminar ordenando la captura del sindicado para escucharlo en versión libre. Una vez practicada la diligencia resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años. Vencido el término previsto para la indagación previa envió las diligencias al Juez de Instrucción Criminal de Simití (Bolívar), por ser el competente.

2.- La acusación contra el ex- Juez Henry Forero González se formuló por los delitos de prevaricato por acción y privación ilegal de la libertad, en razón a que sin haber abierto la correspondiente investigación ni escuchado al sindicado en indagatoria, procedió a definir la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva sin excarcelación, violando el procedimiento ordenado en los artículos 72 inciso 2, 354, 376, 399 y 411 del decreto 050 de 1987, vigente para la época en que ocurrieron los hechos. Además el funcionario actuó sin tener competencia para ello, porque ésta le correspondía al Juez de Instrucción radicado en el municipio de Simití.

Se allegó al proceso copia del auto mediante el cual se dispuso la apertura de indagación preliminar, se ordenó librar orden de captura en contra de Luis Alberto Vásquez Cañas, escucharlo en versión libre, y dentro del término legal resolverle la situación jurídica. También obra copia del oficio No. 308 del 26 de agosto de 1991, mediante el cual se solicitó la captura del imputado.

3.- Conforme al rito consagrado en el Código de Procedimiento Penal de la época, y el de ahora, es claro que sin decretarse la apertura de instrucción no es posible recepcionar la indagatoria del acusado ni resolverle la situación jurídica, luego lo realizado por el acriminado es manifiestamente contrario a la ley.

Al tenor de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 72 del Decreto 050 de 1987, normatividad entonces vigente, cuando en el lugar de comisión del hecho no era posible

que un juez de instrucción criminal avocara inmediatamente la investigación, lo podía hacer mientras tanto el juez municipal. De manera que el funcionario acusado tenía competencia para abrir instrucción y practicar diligencias, luego la irregularidad cometida consistió en realizar en la fase de indagación preliminar un trámite que correspondía a la etapa del sumario.

De otra parte, la decisión que tomó está ajustada a la realidad probatoria existente en ese momento, razón por la cual el Juez de Instrucción Criminal de Simití al resolver la situación jurídica la mantuvo.

4o.- El fiscal que efectuó la calificación de los anteriores hechos concluyó que se trataba de un concurso entre los punibles de prevaricato por acción y privación ilegal de la libertad, pero el Tribunal en la sentencia descartó el concurso advirtiendo que, " ... las circunstancias que constituyen la ilegalidad de las conductas no subsisten de modo exclusivo para cada delito ni pueden ser doblemente tenidas en cuenta, por lo que se presentaría un concurso aparente de tipos que se resolvería por el que recoge en el contexto de su acción la totalidad del comportamiento, es decir, el de prevaricato que vino a cometerse con aquellas violaciones".

Es claro que le asiste razón al Tribunal, pues en este caso la conducta constitutiva del prevaricato es haber ordenado la captura e indagado y resuelto la situación jurídica del acriminado durante la averiguación preliminar, contrariando con ello normas reguladoras del proceso penal. De manera que la privación de la libertad está comprendida dentro de la acción calificada como manifiestamente ilegal, y eso hace que el concurso de tipos que surgen como supuestamente aplicables sea solo aparente.

Dicho de otra manera, en el asunto que nos ocupa la privación de la libertad resulta ilegal por haberse decretado y ejecutado mediante decisiones tomadas en la indagación preliminar, comportamiento que es justamente el calificado como prevaricato,

luego si se sancionara por el concurso se violaría el principio de non bis in idem.

5o.- Cuestiona el recurrente el que se hubiera absuelto al acriminado por considerarse que obró dentro de la causal de inculpabilidad del error de tipo, ya que a su juicio se ha debido concluir que actuó con dolo, pues las normas que indican el procedimiento que se debía seguir no exigen ningún esfuerzo mental para interpretarlas, y sobre lo elemental no hay error.

El acriminado no solo acepta en su indagatoria el haber empleado un procedimiento erróneo, sino que además aporta una relación de casos en los cuales realizó un trámite similar con la aquiescencia de los defensores y del Personero Municipal, hasta que un abogado lo hizo caer en cuenta de su actuar equivocado.

Y efectivamente, se constató que utilizó el mismo procedimiento en las diligencias adelantadas contra Jhon Jairo Rojas Barbosa por violación al decreto 180 de 1988; Teofilo Cruz Cañas por porte ilegal de armas; Julián Villegas Abril por violación a la ley 30 de 1986; y Baldomero Pallares Sanmiguel por el punible de Hurto, en unos de los cuales dispuso la libertad y en otros la detención del sindicado, según se lo indicaron las pruebas recaudadas.

Sin embargo, luego de analizar detenidamente el expediente, se puede sostener que no existe ningún elemento de juicio que permita inferir que el ex-Juez conocía el procedimiento ordenado por la ley y que pese a ello se rebeló a aplicarlo; o que su actuar fue clandestino, a espaldas de los sujetos procesales o de sus superiores funcionales.

Todo lo contrario, está probado que actuó así hasta que le pusieron de presente que estaba en un error, ante lo cual tomó los correctivos inmediatos; esa misma falla la repitió en todos los casos que tenía bajo su cuidado; el convencimiento de que estaba obrando bien era de tal grado, que por igual lo aplicaba a asuntos en donde intervenían abogados

y a aquellos en donde la indagatoria era atendida por un ciudadano honorable no jurista, respetando la participación del Personero y remitiendo luego el expediente al Juez de Instrucción Criminal competente.

Según los datos obrantes en estas diligencias, en el Municipio de Morales no hay abogados radicados, de modo que las únicas personas que en ese lugar podían arrojarle al Juez alguna luz sobre lo acertado o erróneo del procedimiento que estaba aplicando, eran el Personero y el secretario, pero los dos conocían los procesos y también les pareció bien lo que se estaba haciendo. Es más, el abogado que finalmente dió lugar a que el funcionario advirtiera su error había tenido antes otras intervenciones sin notar la falla procesal.

De otra parte, nadie aduce que las decisiones tomadas fueran desacertadas, o inspiradas en un querer ejercer las funciones de manera arbitraria o de mala fe, antes bien, lo que se observa es una gran disposición de administrar justicia sin miramientos de ninguna clase, actuando con prontitud y evitando la impunidad, aunque desafortunadamente sin las formalidades señaladas en el estatuto respectivo.

No entendió las facultades que le asignaba el parágrafo del artículo 72 del Código de Procedimiento Penal -ese fue su error- y al darse cuenta de que los delitos denunciados no eran los propios de su competencia, optó por no abrir investigación, pero no para quedarse sin hacer nada, sino para adelantar el mayor número de diligencias dentro del término de indagación preliminar.

60.- En las condiciones anotadas no es posible llegar a la conclusión de que el acriminado tuvo intención y voluntad de realizar un hecho que sabía típico y antijurídico. Lo que emerge de manera ostensible es que incurrió en un error al creer que su conducta no se adecuaba a lo descrito en el tipo penal de prevaricato, llamado doctrinariamente error de tipo.

Es verdad que lo lógico es que quien asume la responsabilidad de ser juez sea versado en temas jurídicos, y siendo abogado de él se espera un profundo conocimiento de la ley, pero esa es una aspiración que no puede ser tomada como presunción de infalibilidad, pues las circunstancias demuestran que existen casos, como el que ahora nos ocupa, en donde es claro que el funcionario judicial desconoció las normas procesales, falla explicable por su inexperiencia judicial, ya que llevaba corto tiempo laborando con pocos asuntos a su cargo, lo que hacía que el tema que el impugnante califica como muy sencillo, para él fuera complejo. Y quién puede negar que para la correcta aplicación de las reglas de procedimiento es vital un cierto grado de experiencia?.

Agotadas las precarias posibilidades que tenía el encausado en ese lugar para salir de su error, y no existiendo otras alternativas utilizables, hizo muy bien el Tribunal al calificarlo como invencible y excluyente de la culpabilidad al tenor de lo previsto en el numeral 4o. del artículo 40 del Código Penal, por lo tanto la sentencia absolutoria recurrida será confirmada.

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

R E S U E L V E

Confirmar en todas sus partes la sentencia por medio de la cual el Tribunal Superior de Cartagena de Indias absolvió al doctor Henry Forero González.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen.

NILSON PINILLA PINILLA, FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL, RICARDO CALVETE RANGEL, CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE, CARLOS E. MEJIA ESCOBAR, DIDIMO PAEZ VELANDIA, EDGAR SAAVEDRA ROJAS, JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA.

Patricia Salazar Cuellar,SECRETARIO