

DOLO/ PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD

1.-Recuérdese que el dolo, al tenor de lo establecido por el artículo 36 del Código Penal, reviste dos aspectos esenciales: el conocimiento del hecho punible y la voluntad de realizarlo.

2.-El funcionario judicial deberá citar al procesado conforme a lo reglado en el numeral 2o. del artículo 376 del Código Adjetivo, cuando el delito imputado tenga pena privativa de la libertad cuyo mínimo sea inferior a dos años de prisión y no se encuentre dentro de aquellas conductas delictuales en que proceda la detención preventiva como medida de aseguramiento.

Ahora bien, si el procesado no comparece a rendir indagatoria, la ley faculta al funcionario para que expida la orden escrita de captura con el fin de practicar la diligencia, pues una vez terminada deberá dejar en libertad al indagado. (paragrafo 1 y 2 art. 376 del C. de P.P.).

Proceso No. 9586

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- SALA DE CASACION PENAL.- Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente Dr.EDGAR SAAVEDRA ROJAS

Aprobado Acta No.097

VISTOS

Contra el hoy Juez Promiscuo Municipal de La Victoria Valle), MARTIN ROSBERY VASQUEZ

CANCINO, la Fiscalía Quinta Delegada ante el Tribunal Superior de Buga formuló resolución de acusación el 11 de febrero de 1994 por el delito de Privación Ilegal de la Libertad (libro II, Título X, Capítulo II). Celebrada la Audiencia Pública, el tribunal Superior de distrito pronunció el fallo de instancia en proveído del 7 de junio de 1994, en el cual, condenó al procesado a la pena principal de 13 meses de prisión y pérdida del empleo de Juez Promiscuo Municipal de la Victoria y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término. Así mismo, le fue concedido el subrogado penal de la Condena de ejecución Condicional.

Contra la anterior determinación interpuso el recurso de apelación su defensora, la doctora Inés Macías Cabal, el que, sustentado debidamente y corrido el traslado común a los no recurrentes, fue concedido el 8 de julio de 1994, es el momento oportuno para la decisión de fondo.

H E C H O S

El Tribunal los reseñó de la siguiente manera:

“...Según se desprende de la prueba legalmente allegada a los autos, se tiene que la señora DIANA LUCIA RODRIGUEZ, el 26 de mayo de 1993, ante la Inspección de policía de Tránsito Municipal de la Victoria, formuló denuncia contra MARCELO RAMON HORACIO MOSQUERA porque, siendo el padre de sus dos hijos FERNANDO ALEXIS y DIANA MARCELA MOSQUERA RODRIGUEZ, se ha sustraído a la prestación de alimentos legalmente debidos a tales hijos (fol.8)

“La denuncia fue remitida al Juzgado Promiscuo Municipal de La Victoria el mismo día de su presentación, fecha en que el titular del despacho, doctor MARTIN ROSBERY VASQUEZ CANCINO, declaró abierta la investigación, disponiendo, entre otras cosas, que ‘6o. Si de las pruebas aportadas se encuentra mérito suficiente indáguese al sindicado, librando orden de captura si fuere el caso y resuélvase la

situación jurídica dentro del término legal' (f.9)

“En la misma fecha se dictó por el juez citado un auto ordenando allegar a la investigación copia del proceso que por alimentos tramitaba el mismo juzgado contra MARCELO RAMON HORACIO MOSQUERA, disponiendo también que “hecho lo cual se procederá a librar la correspondiente orden de captura contra el precitado demandado, para los fines legales pertinentes” (fol. 9 vto.).

“Allegadas las copias del proceso por alimentos, que comprendían la demanda de DIANA LUCIA RODRIGUEZ en representación de su hijo FERNANDO ALEXIS MOSQUERA RODRIGUEZ (fol. 10), el registro civil de nacimiento de éste (fol. 11), constancia de que DIANA LUCIA es estudiante de la Normal e Instituto Industrial “Manuel Antonio Bonilla” de la Victoria (fol. 12), certificación médica sobre que la misma DIANA LUCIA RODRIGUEZ se encuentra embarazada (fol. 13), el auto por el cual el Juzgado Promiscuo de La Victoria admite la demanda y fija provisionalmente la suma de \$20.000.00 como cuota alimentaria (fol. 14), oficio al tesorero Municipal en que anuncia el embargo de la cesantía y “demás emolumentos que se le proporcionen al demandado” (fol. 15), la constancia de notificación y traslado de la demanda (fol. 16), copias de dos recibos por pago parcial de arrendamientos (fol. 17), contestación de la demanda (fol. 18 y 19), constancia del hospital San Rafael sobre que DIANA LUCIA estuvo interna “en post-quirúrgico de cesárea” (fol. 20) y fijación de fecha para celebrar audiencia pública entre las partes (fol. 21), allegadas esas copias, se repite, el juez MARTIN ROSBERY VASQUEZ CANCINO, el 2 de junio de 1993, libró el oficio 264 solicitando al comandante de la estación de policía “capturar y poner a disposición de este juzgado a MARCELO RAMON MOSQUERA” (fol. 23).

“El Comandante de la Estación de policía, el 24 de junio de 1993, deja a disposición del Juez Promiscuo a MARCELO RAMON HORACIO MOSQUERA, “retenido mediante requerimiento de ese despacho, por el delito de Inasistencia

alimentaria" (fol. 24)

"El mismo día 24 de junio de 1993, el doctor MARTIN ROSBERY VASQUEZ CANCINO, como Juez Promiscuo de la Victoria, libró boleta de encarcelación contra MARCELO RAMON HORACIO MOSQUERA "quien deberá permanecer incomunicado por haber sido capturado el día 24 de junio de 1993"(fol. 25)

"El 28 de junio de 1993, el Juez Promiscuo Municipal de La Victoria, doctor MARTIN ROSBERY VASQUEZ CANCINO, sometió a indagatoria a MARCELO RAMON HORACIO MOSQUERA.

"Por interlocutorio No. 073, del 6 de julio de 1993, el doctor VASQUEZ CANCINO, como Juez Promiscuo de La Victoria, definió la situación jurídica de MARCELO RAMON HORACIO MOSQUERA mediante medida de aseguramiento consistente en caución prendaria por la suma de \$140.000.00 y dispuso que "2o.) cumplida la exigencia caucionaria, dispuesta, la cual no tendrá variación, por tratarse de un proceso de los llamados especiales, asentada la diligencia con las especificaciones del artículo 394 del Código de Procedimiento Penal, se girará la orden de libertad en favor del sindicado, a que se refiere este auto" (fol. 31 y 32).

"El mismo Juez. el 8 de julio de 1993, ante manifestación de la denunciante sobre MOSQUERA le abonó la suma de \$80.000.00 por concepto de cuotas alimentarias, adeudándole \$40.000.00 (fol. 33), dictó un auto ordenando "suspender el presente proceso" y dejar en libertad al sindicado "a quien le hace saber que en caso de incumplimiento, al suministro alimentario materia del proceso será revocado el beneficio que se concede" (fol. 34). El mismo día, previa la suscripción de una diligencia "compromisoria de presentaciones cuando se le exija, lo mismo de dar cumplimiento al suministro de alimentos.....ser respetuosos de las autoridades, no ingerir bebidas alcohólicas, someterse a la vigilancia de las autoridades", se libró la boleta

de libertad (fol. 35).

“Mediante auto del 27 de septiembre de 1993, el Juez Promiscuo de La Victoria, doctor MARTIN ROSBERY VASQUEZ CANCINO, ante la manifestación hecha por DIANA LUCIA RODRIGUEZ al Inspector de Policía y Tránsito Municipal en el sentido de que MARCELO RAMON HORACIO MOSQUERA ” no le volvió a pasar nada al niño, pues debe desde el mes de junio del presente año hasta la fecha, o sea que me da un total de ochenta mil \$80.000.00 pesos” o mejor, ” que el señor Marcelo está atrasado en el pago de las cuotas que le fueron fijadas” (fol. 37), manifestación que se hizo llegar al Juzgado, resolvió : “Revocar el auto mediante el cual se suspendió la presente investigación, contra el señor MARCELO RAMON HORACIO MOSQUERA. 2) Líbrese orden de captura contra el sindicado, sometiéndolo a indagatoria oportunamente. Para la aprehensión ofíciase a las autoridades de seguridad, se adjunta la denuncia” (fol. 38).

“El mismo 27 de septiembre de 1993, el Juez Promiscuo Municipal de La Victoria, doctor MARTIN ROSBERY VASQUEZ CANCINO, libró ala orden de captura No. 482 (fol. 40).

El 25 de octubre de 1933, MARCELO RAMON HORACIO MOSQUERA fue capturado por la policía en obediencia a la anterior orden de captura, y fue puesto a disposición del juez Promiscuo Municipal de La Victoria, doctor MARTIN ROSBERY VASQUEZ CANCINO (FOL. 41), funcionario que inmediatamente libró boleta de encarcelación (fol. 42).

“El 29 de octubre de 1993, el Juez Promiscuo Municipal de La Victoria somete a indagatoria a MARCELO RAMON HORACIO MOSQUERA (Fol. 43).

“El mismo día 29 de octubre de 1993, la doctora MARTHA OFELIA REBELLON ZUÑIGA, ante el Juzgado Penal del Circuito -reparto- de Cartago, solicitó “se decrete el habeas corpus en nombre del señor RAMON MARCELO MOSQUERA, pues el delito por el que

adelanta investigación el Juez Promiscuo Municipal de La Victoria “no tiene detención previa, y por consiguiente el Juez.....está incurriendo en detención arbitraria y prevaricato” (f.1)”

“

“El 30 de octubre de 1993, el Juzgado 2o. Penal del Circuito de Cartago concedió el habeas corpus y, en consecuencia, ordenó la libertad inmediata de MARCELO RAMON HORACIO MOSQUERA y compulsar copias para iniciar la investigación a que haya lugar, tal como lo dispone el art. 436 del C. de P. Penal. Se consideró que en la actuación adelantada por el Juez VASQUEZ CANCINO no se dió el trámite adecuado, pues si el delito de Inasistencia Alimentaria es sancionado con pena de 1 a 4 años, la medida de aseguramiento que inicialmente debe tomarse es la de caución, y luego, en caso de incumplimiento, hacerse la debida sustitución de tal medida por la de detención, ordenando, ahí sí, le respectiva ordena de captura” (fol. 44 a 49).

ACTUACION PROCESAL

La Fiscalía Quinta Delegada ante el Tribunal de Buga con resolución del 8 de noviembre de 1993, dispuso la apertura de la instrucción y en la cual se ordenó la práctica de plurales pruebas, entre las cuales se destaca la documentación pertinente acredita al procesado como Juez Promiscuo Municipal de La Victoria (valle) y las copias del proceso que por inasistencia alimentaria se siguió contra Marcelo Ramon Horacio Mosquera y que son motivo de esta actuación., que fueron tomadas por el juzgado Segundo penal del Circuito para el trámite del habeas corpus.

Así mismo, obra en el proceso la indagatoria del Juez procesado , las declaraciones de Diana Lucía Rodriguez, Martha Lucía Rebellón Vargas, Noel Padilla Cardona y de Marcelo Ramon Horacio Mosquera.

La situación jurídica se resolvió con medida de aseguramiento de detención preventiva contra el Juez procesado como autor de los delitos de Privación Ilegal de Libertad y Prolongación Ilícita de Privación de Libertad, otorgándole la libertad provisional previo al pago de caución prendaria.

Allegados otros elementos de juicio, entre ellos la inspección judicial realizada a los procesos que por el delito de Inasistencia Alimentaria adelantó el juzgado Promiscuo de La Victoria a cargo del procesado doctor Martín Rosbery Vásquez Cancino, la instrucción se clausuró con resolución del 12 de enero de 1994 y el mérito del sumario fue calificado el 11 de febrero siguiente, con resolución de acusación por el delito de Privación Ilegal de la Libertad en concurso y la precluyó por la infracción de Prolongación Ilícita de la Privación de la Libertad.

Ejecutoriada la anterior decisión, el Tribunal Superior de Buga dió inicio a la etapa del Juzgamiento con auto del 1 de marzo de 1994 y celebró la audiencia pública el cuatro de mayo del mismo año, que al término de ella pronunció la respectiva sentencia con los resultados ya conocidos.

FUNDAMENTOS DE LA DECISION DEL TRIBUNAL

Consideró pertinente iniciar las fundamentaciones con el estudio de las normas contenidas en el capítulo I título III del Libro segundo del Código de Procedimiento Penal, que hace referencia a la “captura, medidas de aseguramiento libertad provisional y habeas corpus”, con el fin de establecer si la conducta ilícita que se le imputa al procesado se adecua al tipo penal de privación ilegal de libertad.

Sostiene la corporación que según el artículo 375 de C.P.P., faculta al funcionario judicial para librar orden de captura para escuchar en indagatoria al procesado, cuando a su juicio exista mérito para recibirla y el delito por el cual se procede tenga pena privativa de la libertad cuyo mínimo sea o exceda de dos años y se encuentre previsto para infracciones

“que aparejan detención preventiva” conforme al artículo 397 del Código adjetivo y demás normas concordante al respecto.

El proceso que adelantó el Juez procesado por el delito de Inasistencia Alimentaria tiene como pena privativa de la libertad de un año de prisión de acuerdo a lo reglado en el artículo 270 del Decreto 2737 de 1989 por tratarse de un delito cometido contra sus hijos menores.

Por lo anterior concluye el Tribunal que el doctor Martín Rosbery Vásquez Cancino no estaba facultado para proferir contra el procesado orden de captura con el fin de escucharlo en indagatoria,” ya que el delito que se investigaba no está sancionado con pena que sea, la mínima, de dos a más años de prisión; ni es competencia de los jueces regionales; ni está dentro del rol previsto en los ordinales 3o. y 7o. del artículo 397 del C. de P. Penal; ni el sindicado MOSQUERA se encontraba dentro de las circunstancias previstas en los ordinales 4o, 5o y 6o. de la misma norma.”

La conducta del funcionario es abiertamente ilegal, pues además el numeral 2o. del artículo 375 del Código de Procedimiento penal le imponía que el procesado debía ser citado para ser oído en indagatoria.

Sin embargo, el Juez procesado optó por la captura de Marcelo Ramon Horacio Mosquera,”materializándose así el delito de detención arbitraria, pues la aprehensión del imputado sólo procedía, de acuerdo con el inciso 5o. del art. 376 del C.de P. Penal, si MOSQUERA hubiese desobedecido la citación a rendir indagatoria, hecho que no sucedió en razón de que la citación nunca se hizo, según se desprende del proceso”:

Empero, las irregularidades imputadas al funcionario no se limitan a esa sola actuación, pues recibida la indagatoria de Marcelo Ramón Horacio Mosquera el día 28 de junio de 1993 no fue puesto de manera inmediata en libertad, como era el deber del doctor Vásquez Cancino, al establecerlo el inciso 6o. del art. 376 del Código de Procedimiento Penal,

prologándole la detención diez días después no obstante que le había impuesto al procesado Mosquera la medida de aseguramiento consistente en caución el día 6 de julio del mismo año, proveído en el que también, de manera ilegal, consignó que una vez que " que asentada la diligencia de caución 'se girara la orden de libertad".

La conducta contraria a la ley del funcionario se hizo reiterativa al librar, nuevamente, orden de captura contra Marcelo Ramón Horacio Mosquera fechada el 27 de septiembre de 1993, la cual fue cumplida por los policiales el día 25 de octubre de 1993 y una vez puesto a disposición del Juzgado, se sometió a "nueva indagatoria el 29 del mismo mes, cumplida la cual MOSQUERA continuó detenido, produciéndose su libertad sólo el 30 de octubre de 1993, cuando el Juez Segundo Penal del Circuito de Cartago concedió el Habeas Corpus", con el argumento de dar cumplimiento al artículo 42 del Código de Menor que lo autorizaba para esa medida restrictiva a la libertad.

Sin embargo, ello no era así, por cuanto el artículo 47 de la ley 75 de 1968 establecía: "el procedimiento que se seguía en la investigación y juzgamiento del delito contemplado en el artículo 40 de la misma ley (inasistencia material y moral), no era el especial de menores sino el ordinario consagrado en el Código de Procedimiento Penal, mandamiento que se repitió en el artículo 663 de Decreto No. 409 de 1971, " por el cual se introducen reformas al Código de Procedimiento Penal y se codifican todas sus normas", es decir, el Código de Procedimiento Penal por el cual se sustituyó el decreto ley 1345 de 1970".

De lo anterior concluye el Tribunal que la suspensión de la acción penal que regulaba el artículo 660 del decreto 409 de 1971, era tan solo por un lapso equivalente al máximo de pena que correspondería al delito referido en el artículo 40."Si vencido ese lapso se habían cumplido las obligaciones, este hecho ponía fin al proceso por los trámites del art. 163 del mismo decreto 409 de 1971".

Así las cosas, cuando se concedía la libertad provisional en los términos del inciso 3o. del artículo 660 del decreto 409 de 1971 y se vulneraban las obligaciones impuestas al otorgarse la caución, el beneficio debía revocarse,"como ocurría en los casos contemplados en el procedimiento común, vale decir, en los referidos en el artículo 470 del mismo decreto 409 de 1971".

Ahora bien, la legislación anterior se derogó con la expedición del decreto 050 de 1987 y éste a su vez también fue modificado por el decreto 2700 de 1991, estatuto que reguló todo lo concerniente a la captura, medidas de aseguramiento, libertad provisional y habeas corpus

Entonces, la captura ordenada por el Juez acusado riñe con la legalidad, pues es indispensable "para que pueda hablarse de revocación de libertad provisional se necesita, ello resulta apenas obvio, que al procesado se le haya otorgado libertad provisional conforme a alguna de las causales previstas en el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal".

"En el caso de MARCELO RAMON HORACIO MOSQUERA, se tiene que a éste no se le había otorgado libertad provisional, como que su excarcelación se originó por la ilegal suspensión del proceso ordenada con base en la ley 75 de 1968, conforme reza el respectivo auto, o con base en el art. 38-2- del actual estatuto procedimental, según lo dijo el doctor VASQUEZ C. en su indagatoria (ilegal porque el art.42 de la ley 75 de 1968 quedó sin vigencia al perder esta condición el art. 660 del decreto 409 de 1991, como ya se vió, y porque, si se hizo con base en el art. 38 del actual Código de Procedimiento Penal, no se celebró la audiencia de conciliación a que alude tal norma), luego mal puede hablarse de habersele revocado la libertad provisional a MOSQUERA y por ende de la legalidad de la nueva captura ordenada por el Juez Promiscuo Municipal de La Victoria, doctor MARTIN ROSBERY VASQUEZ CANCINO".

Con la segunda captura ordenada por el procesado contra Marcelo Ramón Horacio Mosquera, incurrió nuevamente en detención arbitraria, “lo que significa que hubo concurso de hechos punibles, pues con varias acciones infringió varias veces la misma disposición”.

En lo que hace referencia al aspecto subjetivo de la infracción que se le imputa al doctor MARTIN ROSBERY VASQUEZ CANCINO, que para el caso que nos ocupa se demuestra por la ostensible contradicción existente entre lo decidido por el juez y lo dispuesto por la norma en lo que respecta a la captura y detención de los sindicados.

El sindicato a lo largo del proceso ha manifestado que su conducta contraria a derecho se debió a la “existencia de la ignorancia o error como defectos trascendentales de la inteligencia”, situación que no es cierta, habida cuenta que la sola hoja de vida de éste demuestra que “llevaba alrededor de 9 años en el ejercicio de la judicatura, y por ello no se puede aceptar que desconocía las normas vigentes sobre captura, medidas de aseguramiento, libertad provisional y habeas corpus contenidas en el decreto extraordinario 2700 de 1991 (Nuevo Código de Procedimiento Penal). Tan no las desconocía que, en su indagatoria, invocó el artículo 375 del citado decreto, precisamente el que regula la captura facultativa, como el que permitía obrar en la forma en que lo hizo a raíz de la denuncia formulada por DIANA LUCIA RODRIGUEZ; también invocó el art. 38-2, que regula la suspensión de la actuación en los procesos que lo permiten (la inasistencia alimentaria es uno de ellos, conforme los arts. 33 y 34 C.P Penal). Solo que, cuando pretendió aplicarlos, no lo hizo de acuerdo a lo regulado, deviniendo así la ilegalidad de la actuación...”

También adujo conocer el artículo 270 del Código del menor que establece la prisión de uno a cuatro años para quien incumpla con un menor su obligación alimentaria, “norma que no era sino relacionarla con las pertinentes de C. de P. Penal para conocer si se podía

capturar al sindicado Mosquera”; y el artículo 418 del actual Código Procesal “solo que la aplicó para revocar una libertad provisional que el Juez sabía que no había concedido”.

Concluye el sentenciador de primera instancia que “De allí que su actuación no pueda estimarse como un simple yerro. Es que ni el texto ni el espíritu de las normas atropelladas podían suscitarle la interpretación que dió lugar a sus decisiones totalmente ajenas a las instituciones procesales. Decir lo contrario conduciría a la situación de que las más notorias contradicciones con la ley encontrarían siempre una razón exitosa para desvirtuar el elemento subjetivo que se exige para condenar, el cual surge, en este caso, tanto de los hechos mismos como de las exculpaciones dadas, pues nada significa que el procesado diga que desconoce normas que le impedían capturar a Mosquera, o mejor, sí significa que se quería violar la ley cuando se dice que para capturar a MOSQUERA se basó primero en el art. 375 del C. de P. Penal, norma que precisamente conduce a la decisión contraria, o el 418 ibídem, norma que regula las causales de revocación de la libertad provisional, libertad que el doctor VASQUEZ sabía no había concedido. En síntesis: cuando el sentido literal de la norma de que se trate y su concreta finalidad son suficientemente claros, y pese a ello se desconoce e inaplica, sin que haya lugar a error en cuanto a su contenido, tendrá que reconocerse, como se hace en esta oportunidad, que se ha incurrido en el hecho punible, en este caso en el previsto en el art. 272 del C. Penal”.

SINTESIS DE LA IMPUGNACION

Dos reparos le formula la defensora del procesado a la sentencia condenatoria. El primero de ellos porque la conducta del procesado no se le puede predicar a título de dolo y el segundo, porque éste actuó amparado en una causal de inculpabilidad.

Sostiene la recurrente que su defendido no cometió el hecho punible con el querer consciente de realizar una conducta que se sabe es antijurídica, pues este ingrediente

subjetivo del tipo no está plenamente demostrado en la actuación :”Y no está probada, como nunca lo será porque no existió que mi defendido actuara con ánimo perverso basado en animadversión alguna contra Marcelo Ramón Horacio Mosquera; de donde se desprende claramente que no existe certeza del hecho punible”.

En su defecto, afirma la defensora que el procesado obró “bajo una creencia invencible que actuaba conforme a derecho”, toda vez que ha de reconocérsele que hubo un error judicial de interpretación porque “obró con conciencia limpia” al no podersele imputar la conducta con dolo, faltando así uno de los elementos para proferir sentencia condenatoria.

La sentencia condenatoria proferida contra el doctor Martín Rosbery Vásquez Cancino debe ser revocada, ” para que en su lugar sea ABSUELTO de todo cargo al hallarnos frente a una causal de inculpabilidad por error judicial de interpretación, que sí tiene validez jurídica, contrario sensu a lo dicho por el H. Tribunal Superior de Guadalajara de Buga, en sentencia que recurro; o bien porque no se llena las exigencias del art. 247 del Código de Procedimiento Penal para condenar”.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Conforme al artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, reformado por el art. 34 de la ley 81 de 1993, la competencia del superior entratándose del recurso de apelación le permite revisar únicamente aquellos aspectos en los cuales radica la inconformidad del recurrente.

Por lo anterior, la Sala desatará la impugnación interpuesta contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga en los puntos que para la parte recurrente son de su inconformidad y los cuales los hace consistir en dos aspectos, a saber:

1.- La ausencia de dolo en la conducta ilícita atribuída al funcionario, pues no está

demostrado que el juez procesado actuara con ánimo perverso con el fin de perjudicar al sindicado dentro del proceso de inasistencia alimentaria.

2.- El procesado obró bajo un error de interpretación judicial.

Como el asunto que pone en discusión la defensa es el relacionado con el elemento subjetivo de la conducta punible, recuérdese que el dolo, al tenor de lo establecido por el artículo 36 del Código Penal, reviste dos aspectos esenciales: el conocimiento del hecho punible y la voluntad de realizarlo.

La defensa acepta que en el plenario se encuentra establecida la tipicidad de la conducta ilícita de privación ilegal de libertad que se le imputa al procesado, pues éste ordenó la detención de Marcelo Ramón Horacio Mosquera en dos oportunidades, sin acato a las formalidades legales que el asunto requería para tomar esas determinaciones.

También acepta que con la conducta ilícita del funcionario se vulneró el bien jurídico de la libertad del sindicado dentro del proceso que por inasistencia alimentaria se adelantó contra él.

Es bien sabido que el dolo, dada su naturaleza subjetiva, no es susceptible de ser demostrado, en principio, por prueba directa y menos con la simple afirmación del propio implicado; por ello, es necesario deducirlo de las circunstancias que rodearon la actuación y que se hallen debidamente establecidas en el proceso.

Partiendo de los anteriores conceptos encuentra la Sala ajustada a la realidad fáctica las motivaciones del sentenciador de primera instancia para deducir la culpabilidad del hecho punible imputado al Juez Promiscuo Municipal de La Victoria (Valle).

En efecto, la culpabilidad del Juez acusado resulta evidente, pues la pretendida ausencia de dolo o la interpretación equivocada dada a la normatividad imperante para el delito de inasistencia alimentaria no es de recibo para la Corte, pues éste se encontraba en posibilidad de dirigir su comportamiento conforme al orden jurídico y sin embargo, optó por pretermitirlo no solo motivado por el fin de favorecer al “menor desprotegido” “que fue injustamente dejado sin las cuotas” alimentarias, como lo afirmó en la diligencia de indagatoria vertida ante el instructor.

Entonces, no le asiste razón a la defensa en el sentido que del caudal probatorio no se puede deducir que el procesado haya actuado con dolo, sino que, por el contrario, obró “bajo una creencia invencible que actuaba conforme a derecho”.

La prueba allegada legalmente al proceso demuestra que la acción desplegada por el funcionario estaba preconcebida en vulnerar el derecho a la libertad de procesado Mosquera con el fin no solo de obtener de éste el pago de las cuotas que le fueron asignadas en el proceso de alimentos que también conoció el Juez acusado, sino el de hacer prevalecer su autoridad así fuere a costa del derecho fundamental de la libertad del sujeto activo del delito. Veamos:

- 1.- El delito de inasistencia alimentaria conforme a lo estipulado en el artículo 270 del decreto 2737 de 1989, aplicable al asunto por tratarse de un delito cometido contra hijos menores, tiene como pena privativa de la libertad el de un año (1) de prisión.
- 2.- De acuerdo a lo anterior, el investigador no está facultado para ordenar la captura del sindicado cuando se trate de este hecho punible, por cuanto el artículo 375 del Código de Procedimiento Penal establece que el funcionario judicial podrá librar orden escrita de captura cuando el delito esté sancionado con pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos años o se encuentre dentro del listado de ilícitos que contempla el artículo 397 del mismo estatuto.

3.- El funcionario judicial deberá citar al procesado conforme a lo reglado en el numeral 2o. del artículo 376 del Código Adjetivo, cuando el delito imputado tenga pena privativa de la libertad cuyo mínimo sea inferior a dos años de prisión y no se encuentre dentro de aquellas conductas delictuales en que proceda la detención preventiva como medida de aseguramiento.

4.- Ahora bien, si el procesado no comparece a rendir indagatoria, la ley faculta al funcionario para que expida la orden escrita de captura con el fin de practicar la diligencia, pues una vez terminada deberá dejar en libertad al indagado.(paragrafo 1 y 2 art. 376 del C.P.P.)

Por su parte, desde el inicio del proceso el señor Juez Promiscuo de La Victoria afirmó no desconocer la normatividad vigente sobre la captura, medidas de aseguramiento, libertad provisional y habeas corpus que el asunto ameritaba.

Es así que ante una pregunta formulada por el instructor respondió que:

“Como se puede observar en el expediente la disposición para llegar a la definición de la situación jurídica es así: Como había una queja anterior se procede a detener al denunciado señor MARCELO HORACIO, conforme a lo establecido en los artículos (El indagado solicita un Código de P. Penal el cual se le facilita) el artículo 375 del C. de procedimiento Penal y una vez definida su situación se le cambia la detención preventiva por la caucionada de acuerdo al artículo 415 y el artículo relativo a las medidas de aseguramiento otorgándole la caución y dándole la libertad”.

Sin embargo, en el proceso que por inasistencia alimentaria adelantó el Juez acusado, se observa que una de las primeras actuaciones realizadas fue la de librar la correspondiente orden de captura contra el sindicado sin existir base legal; una vez indagado el procesado siguió privado de su libertad con claro desconocimiento del mandato del art. 375 del C.de P.P.; la situación jurídica le fue resuelta varios días

después con caución; empero, el imputado Mosquera obtuvo finalmente la libertad ante la petición de suspensión de la actuación formulada por las partes en conflicto.

Posteriormente, ante la nueva denuncia que le fue formulada al procesado Mosquera por la madre de los menores el juez ordena la captura, la cual una vez cumplida lo somete a nueva diligencia de indagatoria, privándolo, nuevamente, de su libertad con evidente abuso de sus funciones, situación que fue reparada al concedérsele el habeas corpus.

Con la precedente reseña de la actuación irregular, se establece claramente la evidente adecuación entre la conducta del funcionario judicial con el tipo penal de privación ilegal de libertad, pues es claro que el Juez Promiscuo Municipal de La Victoria, arbitrariamente, privó de la libertad al señor Mosquera sin sujeción a las formalidades prescritas en nuestra legislación procesal.

Ahora bien, como se dijo en un comienzo las tesis presentadas por la defensora tendientes a obtener la absolución del procesado riñen con la realidad procesal, al estar debidamente demostrado que el Juez Promiscuo Municipal de La Victoria tenía conocimiento de la ilicitud de su conducta y existió en él la voluntad de realizarla.

El ánimo torcido que motivo al Juez acusado para privar de la libertad al señor Marcelo Ramón Horacio Mosquera no fue solamente ese fin noble que esgrimió en la diligencia de indagatoria de “proteger al menor”, sino además el de hacer valer su autoridad, mal entendida por cierto, que le daba la investidura de Juez Promiscuo Municipal de La Victoria.

En efecto, las declaraciones rendidas por la citadora del juzgado y del secretario en el proceso llevan fácilmente a deducir a la Sala que la finalidad que perseguía el juez procesado era la de sentar un precedente ante los incumplimientos en las cuotas asignadas y las manifestaciones del procesado en cuanto a que el juzgado no podía

investigarlo, pues según lo manifestado por la primera:

“....pero pues ya MARCELO lo mira a uno diferente, porque él ahorita con esa libertad da más pie a que él como se dice se ría o se burle del Juzgado, como le da a entender a uno con las miradas que es una mirada y una risa como burlona porque nunca él fue obligado o ha tenido que llevar dineros a consignar como cuota alimentaria para los hijos”.

El secretario del Juzgado fue más enfático en sostener que:

“Lo que sí y esto lo obtuve en información es que el amigo MOSQUERA dijo que a él no le podían hacer nada porque se había hecho matricular en la normal MANUEL ANTONIO BONILLA de La Victoria y que por ese motivo como estudiaba el Juzgado ni nadie le podía investigar,El me lo dijo a mí porque entre otras cosas a pesar de ser amigo de él afirmo que es una persona terca y va afirmando lo que se le viene a la cabeza...”

Lo anterior demuestra que en el ánimo del Juez Promiscuo Municipal de La Victoria existía animadversión contra el sindicato Mosquera ante los comentarios que éste hacía en contra del Juzgado por el proceso de alimentos y la cuota que le fue asignada y de cuyo incumplimiento se vanagloriaba.

Entonces, en la conducta ilícita atribuida al procesado se encuentra debidamente acreditado el elemento subjetivo, pues sí llevaba la intención de perjudicar al sindicato Mosquera al ordenar en dos oportunidades su privación de la libertad, sin el acato a las formalidades legales que el asunto requería para tomar esas determinaciones.

Los mismos argumentos expuestos en antelación servirán para rechazar la tesis de la defensa, en cuanto a que el procesado erró al interpretar las normas pertinentes que rigen en los procesos por inasistencia alimentaria, pues, además de estar demostrado que el

Juez Promiscuo Municipal de La Victoria actuó con culpabilidad -dolo- para vulnerar el derecho a la libertad al precitado sindicado, al juez no se le presentó dificultad alguna en cuanto a la legislación aplicable para privar de la libertad al imputado, la cual, no había sufrido modificación a ese respecto desde que entró en vigencia el decreto 050 de 1987, y por tanto, constituía una herramienta de trabajo por cerca de seis años de los nueve que llevaba como administrador de justicia.

Ciertamente, como se adujo, no se puede predicar que el procesado no tenía conocimiento de la ilicitud de su conducta y que por ello, no se puede emitir en su contra un juicio de exigibilidad, cuando demostrado está que la conducta irregular asumida por el Juez Promiscuo Municipal de La Victoria, obedeció a la animadversión que sentía contra el sindicado ante los continuos desacatos a la cuota alimentaria asignada y los comentarios emitidos contra el despacho que estaba a su cargo.

Ningún argumento de los postulados por la defensa presenta la contundencia indispensable para modificar las conclusiones del Tribunal, que esta superioridad encuentra acertados jurídica y probatoriamente, puesto que los aspectos objetivos y subjetivos del delito de privación ilegal de libertad imputado al doctor Martín Rosbery Vasquez Cancino obtuvieron plena demostración en el proceso; por lo tanto, se confirmará en su integridad la sentencia impugnada.

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

RESUELVE

CONFIRMAR en su integridad la sentencia del siete (7) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994) por medio de la cual el Tribunal Superior de Buga condenó al doctor MARTIN ROSBERY VASQUEZ CANCINO como responsable del delito de privación ilegal de libertad cometido en su condición de Juez Promiscuo Municipal de La

Victoria (Valle).

Cópiese y devuélvase a la oficina de origen.

NILSON PINILLA PINILLA, FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL, RICARDO CALVETE RANGEL,
CARLOS E. MEJIA ESCOBAR, DIDIMO PAEZ VELANDIA, EDGAR SAAVEDRA ROJAS, JUAN
MANUEL TORRES FRESNEDA, JORGE ENRIQUE VALENCIA M.

CARLOS A. GORDILLO LOMBANA,

Secretario