

Proceso No 16105

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARINA PULIDO DE BARÓN

Aprobada Acta N°126

Bogotá, D. C., octubre veintidós (22) de dos mil dos (2002).

VISTOS

Por virtud del recurso de apelación oportunamente interpuesto y sustentado por el apoderado de la parte civil, conoce la Corte de la sentencia de fecha junio 23 de 1999, por cuyo medio el Tribunal Superior de Bogotá absolvió al doctor HÉCTOR EMILIO LEYVA OROZCO, Fiscal 202 Local de esta ciudad, del cargo que por el delito de abuso de autoridad le fue formulado en la resolución de acusación.

HECHOS

Los que dieron origen a la presente investigación penal fueron adecuadamente relacionados en el fallo impugnado, de la siguiente manera:

“Los hechos materia del presente proceso, ocurrieron por el mes de mayo de 1996, cuando el hoy encausado se desempeñaba como fiscal 202 adscrito a la Unidad de Reacción Inmediata (URI), a cuyas órdenes fue puesto el abogado JORGE ENRIQUE HURTADO CALDERÓN, quien había tenido un incidente en el hospital de Kennedy. Allí el fiscal

determinó que se trataba de una transgresión al ordenamiento contravencional, previsto en la Ley 228 de 1995 y en aplicación de tal normatividad, dispuso que el capturado permaneciera en tal estado y así fuera puesto a órdenes del Juzgado Penal Municipal -Reparto-; lo cual fue debidamente ordenado, librándose los correspondientes oficios. Igualmente se ordenó que el aprehendido quedase en la Cárcel Distrital de Varones.

Es a partir de aquel momento que se presenta el comportamiento por parte del fiscal, hoy sindicado; en el sentido de que tiempo después y en horas de la noche, resolvió solicitar la presencia del capturado, abogado HURTADO CALDERÓN, para que sirviera de defensor de oficio en la práctica de una diligencia, en caso diferente al suyo. El otro comportamiento que se le ha venido reprochando es que luego de haber sido puesto a disposición de los juzgados penales municipales, resolvió librar nueva orden, poniendo a disposición al capturado, pero ya en la Cárcel Nacional Modelo.”

ACTUACIÓN PROCESAL

1.- Por los hechos que vienen de referenciarse el abogado Jorge Enrique Hurtado Calderón, procedió a formular denuncia contra el Fiscal HÉCTOR EMILIO LEYVA OROZCO, a quien atribuyó la comisión de diversas conductas punibles, tales como, abuso de autoridad, empleo ilegal de la fuerza pública, abuso de función pública, fraude procesal, prolongación ilícita de la privación de la libertad y detención arbitraria.

2.- La Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá inició investigación preliminar, dentro de la cual acreditó la calidad de funcionario del denunciado, lo escuchó en versión libre y obtuvo copias del proceso contravencional. Posteriormente, con fecha diciembre 5 de 1996, decretó la apertura de instrucción, en cuyo desarrollo vinculó al mencionado funcionario judicial. La situación jurídica la resolvió el 12 de febrero de 1997, imponiéndole medida de aseguramiento de conminación, en calidad de presunto

responsable del delito de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto.

3.- Clausurada la etapa instructiva, la Fiscalía profirió en contra del doctor HÉCTOR EMILIO LEYVA OROZCO resolución de acusación el 27 de marzo de 1998, por el delito de abuso de autoridad, exclusivamente por haber librado orden de remisión a la Cárcel Nacional Modelo para el aprehendido y luego de considerar que por ello dicho funcionario había incurrido “en abuso de poder haciendo mal uso de la autoridad que poseía en el caso, implica desviar el objetivo de la misión y caer en los terrenos del derecho penal de voluntad, que como tal implica plena conciencia de la actuación y libre autodeterminación, a fin de lograr sin miramientos el resultado buscado.”

4.- Declarada desierta la apelación que contra la acusación interpuso el procesado en ejercicio de su derecho de defensa material, la resolución que la contiene adquirió ejecutoria el 21 de mayo de 1998.

5.- Por competencia una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá asumió el conocimiento del presente proceso para proceder, luego de agotado el trámite de la causa, a absolver al acusado HÉCTOR EMILIO LEYVA OROZCO al considerar que así careciera de competencia para emitir orden de encarcelamiento, lo que hizo fue resolver el problema generado por el establecimiento carcelario que se negó a recibir al detenido, sin adoptar decisión alguna de fondo.

Por ello, agrega el a quo, por razón de esa orden no se puede estructurar el delito de abuso de autoridad, y descarta el ánimo prevenido o malévolo que le atribuyeron la Fiscalía y el Ministerio Público, derivado de la falta de colaboración del detenido para fungir como defensor de oficio, por cuanto quedó demostrado que la orden de encarcelamiento se emitió la noche del 6 de mayo, en tanto que el requerimiento para la labor defensiva ocurrió en horas de la madrugada del día siguiente.

LA IMPUGNACIÓN

En audiencia de sustentación oral el denunciante que se constituyó parte civil, tras relatar el incidente que se presentó en el Hospital de Kennedy cuando llegó a solicitar asistencia para su pequeña hija, las circunstancias de su aprehensión en horas de la madrugada del 4 de mayo de 1996 y la situación propiciada por el Fiscal Local 202 la noche del 6 al 7 de mayo de ese mismo año, plantea que se haga justicia frente a la conducta punible de abuso de autoridad por la cual se acusó al procesado.

Con relación al hecho concreto de la acusación dice que no encuentra otra explicación al cambio de remisión para la Cárcel Nacional Modelo, sin tener competencia el Fiscal para hacerlo porque ya había enviado las diligencias al juzgado, que la indisposición que le produjo el no haber aceptado la designación como defensor de oficio y haber coadyuvado solicitud de habeas corpus en su favor, de lo cual se enteró porque el juzgado ante el cual se interpuso le pidió "cuentas sobre sus actuaciones".

Esa petición de habeas corpus llevó al Fiscal denunciado a "desviar con retaliaciones hacia mi persona toda su función", no en ejercicio del cargo como dice el Tribunal, sino con desbordamiento y abuso de poder, pues no podía asumir las funciones del juez para hacerlo cambiar de sitio de reclusión induciendo en error a las autoridades, que terminaron por aceptar que todo había sido apenas desbordamiento de las facultades del funcionario investigado.

No se le puede absolver, agrega, con el argumento de que lo hizo en ejercicio del cargo, durante el turno que le correspondía, pues esa noche el Fiscal no podía ocuparse de su situación porque a primera hora hábil del día siguiente ya no estaba bajo su competencia, de modo que lo decidido es una violación de sus derechos ciudadanos, por exceso de poder e incluso capricho de un funcionario que no tenía facultades para tomar esa clase de determinación.

Si se analiza la situación con un criterio justo, es claro, afirma que no se pueden tolerar

esa clase de actuaciones con el argumento de que fue un derbordamiento de facultades sin trascendencia, como lo afirma el Tribunal, pues es claro que la Fiscal que adelantó la investigación consideró que la conducta constituía un “abuso de autoridad”.

INTERVENCION DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Quinto Delegado en lo Penal manifiesta que el estudio del proceso y la intervención del recurrente no le permiten establecer que los hechos denunciados sean constitutivos de delito, ya que la Ley 228 de 1995 faculta a los Fiscales de las Unidades Permanentes para iniciar el trámite de las contravenciones especiales, establecer el estado de flagrancia y expedir la orden de encarcelación, en ausencia del juez por razones de horario, actividad a la cual se contrajo la actuación.

En la acusación y la audiencia pública se afirma que para esa fecha no existían problemas para el ingreso de detenidos a las cárceles, pero en el expediente obra un oficio del 14 de mayo de 1995 que dice todo lo contrario, al informar el Asistente de la Asesoría Jurídica de la Modelo que no había sido posible la remisión de Hurtado Calderón para el día 7 de ese mismo mes y año, por falta de personal para atender todas las solicitudes, debido al hacinamiento que registraba dicho establecimiento por el cierre de la Cárcel Distrital.

El representante del Ministerio Público agrega, que se quiso ligar la nueva orden de remisión con la negativa del abogado aprehendido a servir de apoderado de oficio, pero quedó demostrado que aquella fue anterior, además no podía suponer que se le requirió simplemente por mortificarlo, ya que en horario nocturno no es fácil suplir las deficiencias de defensores para la práctica de diligencias urgentes y, como el aquí denunciante había elaborado y coadyuvado las solicitudes de habeas corpus, se podía pensar que estaba dispuesto a colaborar.

Desde luego, es comprensible la posición del abogado que pudo haber sido maltratado cuando procuraba asistencia para su hija, pero lo que no se puede afirmar es que con la

nueva orden de remisión se haya cometido un abuso de autoridad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- A través de medios legales de prueba se encuentra establecida la calidad de Fiscal 202 Local de Bogotá del acusado HÉCTOR EMILIO LEYVA OROZCO, razón por la cual tiene competencia esta Sala para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de esta ciudad, de conformidad con lo establecido en el numeral 3° del artículo 75 del estatuto procesal penal.

Así mismo, está demostrado el desempeño del cargo al momento de realizar la actuación censurada, aspecto que no deja duda de la condición de sujeto activo calificado, que es uno de los requisitos indispensables para la estructuración objetiva del delito de abuso de autoridad. Además, como esta fue la única conducta reprochada en la resolución de acusación y sobre la cual versa la sentencia del Tribunal, ella constituye marco exclusivo de referencia del pronunciamiento que le corresponde emitir a la Sala.

2.- La Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha 27 de marzo de 1998 profirió resolución de acusación contra el doctor HÉCTOR EMILIO LEYVA OROZCO, Fiscal 202 Local de Bogotá, por la conducta punible de abuso de autoridad de que trataba el artículo 152 del Decreto 100 de 1980, por cuanto incurrió en la “calificada arbitrariedad” de expedir una nueva orden de encarcelación para el doctor Luis Enrique Hurtado Calderón, esta vez a la Cárcel Nacional Modelo, cuando no tenía competencia para ello, pues el asunto contravencional que en su contra se seguía había sido enviado por competencia al reparto de los Jueces Penales Municipales de Bogotá.

3.- Ejecutoriada la acusación, y tramitada la etapa de la causa, la Sala Penal de Decisión a quien correspondió su conocimiento, al momento de proferir el fallo de primera instancia

destacó la pobreza de la acusación y haciendo esfuerzos para desentrañar el sentido de la misma, llegó a la conclusión que la decisión de encarcelación emitida por el funcionario acusado, estuvo formalmente ajustada a derecho, y como para ello era competente, no es “viable hablar de incompetencia y de allí deducir arbitrariedad”. Además, como no concurre ninguna motivación “ilícita o injusta”, profiere en su favor sentencia absolutoria, por atipicidad del “cargo de abuso de autoridad, contenido en la resolución acusatoria”.

4.- La conducta punible por la cual se afectó al procesado HECTOR EMILIO LEYVA OROZCO con resolución acusatoria y en primera instancia se lo absolvió, se encontraba descrita en el artículo 152 del derogado Código Penal, norma que con la modificación introducida por el artículo 32 de la Ley 190 de 1995, sancionaba penalmente al servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como delito, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometiera “acto arbitrario o injusto”.

Por virtud de la modificación introducida a esta conducta en el artículo 416 de la Ley 500 de 2000, se tiene que para su configuración y consecuente punición se requiere no ya que el servidor público, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas cometa acto arbitrario o acto injusto, pues ahora lo que antes eran comportamientos alternativos, ahora tienen que ser concurrentes, pues no otra cosa puede concluirse de la siguiente preceptiva: “El servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario e injusto, incurrirá en multa y pérdida del empleo el subrayado es nuestro).

En relación con tal modificación normativa y los efectos que procesalmente puede generar en desarrollo del principio constitucional de favorabilidad, ya la Sala tuvo oportunidad de pronunciarse mayoritariamente, entre otras, en la siguiente decisión de la

cual para lo que interesa en la definición del presente asunto, bien está incorporar el siguiente aparte:

“ (...) que la tipicidad imputada, como sucede en este caso, lo haya sido con sustento en la normatividad anterior por arbitrariedad o injusticia, es la reciente legislación penal la que retroactivamente le resulta más favorable, sin que la cuantía de la multa sea la que determina una tal benignidad, ya que de no concurrir la injusticia en el comportamiento, su atipicidad será evidente, o porque ante la mayor exigencia típica, si la acusación, como la aquí proferida, lo es sólo por acto arbitrario ya no es posible modificar el pliego de cargos para atribuirle igualmente el acto injusto, y por ende, también su atipicidad es la que impera, pues determinada con precisión, como debe ser, en la acusación la conducta típica imputada y siendo este el insustituible fundamento de la sentencia en cuanto al delito objeto del fallo, que a su turno integra la estructura del debido proceso y garantiza el derecho de defensa, se torna en inmodificable”..

Y más adelante, sobre la misma temática, se agregó:

“ (...)no existiendo duda alguna respecto a que la acusación adecuó las conductas desvaloradas como Abuso de Autoridad en una de las dos alternativas típicas posibilitadas por la Ley Penal vigente para cuando se cometieron, esto es, en los ‘actos arbitrarios’, y aplicando a una tal realidad las premisas teórico-legales manifiestas en precedencias, es lo imperativo colegir, por favorabilidad, la atipicidad de las mismas, en cuanto ya no existiendo posibilidad jurídica, dado el estado del proceso, para modificar la calificación delictiva, es ese, y ningún otro, el tipo penal base para el proferimiento del fallo, que al haber sido derogado por el nuevo Código Penal, sin que tampoco sea dable afirmar el fenómeno de la sucesión de leyes en el tiempo, pues si bien su nominación subsiste, es lo cierto que el contenido de la prohibición ha cambiado, al exigirse ahora la dualidad de connotaciones conductuales; la arbitrariedad y la injusticia, lo que necesariamente hace que no pueda afirmarse igualdad en el marco típico.” (Decisión de

junio 25 de 2002. M. P. Dr. CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE. Rad. 14029)

5.- En el asunto que concita la atención de la Sala, como quedó precisado en precedencia, el pliego de cargos que se elevó en contra del fiscal HÉCTOR EMILIO LEYVA OROZCO se circunscribió a su presunta responsabilidad en el delito de abuso de autoridad, por haber realizado acto arbitrario, cargo que se estructuró a partir del hecho de haber librado nueva orden de encarcelamiento en relación con el abogado Jorge Enrique Hurtado Calderón, esta vez, para ante la Cárcel Nacional Modelo, cuando ya las diligencias por la posible contravención en que había podido incurrir y él mismo habían sido puestos a disposición de los Juzgados Penales Municipales.

6.- Si ello es así, es claro que en este asunto también resulta razonable convenir en que ha hecho su presencia en autos una causal de atipicidad, sobreviniente eso si, pero que posee virtud suficiente para atraer en relación con el procesado la consecuencia prevista en el artículo 39 del estatuto procesal penal, dado que la misma se corresponde con uno de los supuestos de hecho allí mismos previstos.

Desde luego que como el trámite procesal transita por la etapa de la causa, dentro de la cual incluso ya se profirió fallo absolutorio de primera instancia, obligado y procedente se impone, de una parte, reconocer la presencia en autos del referido supuesto de hecho o causal (atipicidad sobreviniente), y de otra, ordenar, como consecuencia de ello, la cesación del procedimiento adelantado en relación con el mencionado funcionario judicial, tal como lo tiene establecido el inciso segundo del artículo 39 del mencionado estatuto procesal penal.

7.- Lo anterior constituye razón suficiente para que la Sala opte por la anunciada solución, la cual recoge y reitera la posición de la Sala contenida en el precedente atrás incorporado en lo pertinente, en tanto que la conducta punible imputada al doctor HECTOR EMILIO LEYVA OROZCO en la resolución acusatoria y con presunción de

responsabilidad deviene atípica frente a la descripción que del delito de abuso de autoridad trae el artículo 416 de la Ley 500 de 2000 por las razones atrás consignadas, imponiéndose como un imperativo la aplicación de este último ordenamiento al que se le hace producir efecto retroactivo en este particular evento, en desarrollo del principio constitucional de favorabilidad.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal,

RESUELVE

1°.- DECLARAR que la presente acción no puede proseguirse por razón de la atipicidad sobreviniente de que se hizo amplia referencia en la anterior motivación.

2° ORDENAR, en consecuencia, la cesación del procedimiento adelantado en contra del doctor HÉCTOR EMILIO LEYVA OROZCO por razón de la conducta punible objeto de investigación.

Contra esta decisión procede el recurso de reposición.

Cópiese y notifíquese. Ejecutoriada esta decisión devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cumplase.

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

HERMAN

GALÁN CASTELLANOS

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

MARINA PULIDO DE BARÓN

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria