

Proceso No 19700

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado ponente:

Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA

Aprobado acta No. 124.

Bogotá D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil tres (2003).

ASUNTO

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal 2º Delegado contra la sentencia emitida por una sala de decisión penal del Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual absolvió al doctor CARLOS ALBERTO MONSALVE ACEVEDO, ex Fiscal 98 Seccional de esa ciudad.

ANTECEDENTES

1. Los hechos por los cuales fue acusado el procesado aparecen resumidos en forma adecuada en el fallo objeto de apelación, de la siguiente manera:

“Al término del primer semestre de 2001 se tuvo conocimiento sobre un corrupto manejo de algunas actividades propias de la Contraloría Departamental de Antioquia, en las que aparecían seriamente involucrados funcionarios y exfuncionarios de esa entidad y algunos Alcaldes titulares de varios Municipios sometidos al pertinente control por esa dependencia oficial.

En el mes de junio se dispuso entonces en esta ciudad la apertura de la investigación sumarial a cargo del titular de la fiscalía 98 seccional, destacado ante el C.T.I. en las instalaciones del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, seccional Antioquia, doctor Carlos Alberto MONSALVE ACEVEDO, y la expedición de sendas ordenes de captura en contra de Juan Enrique MONTOYA URREA, Gloria Elsy GIRALDO SUAREZ, Oscar Hernando PEREZ VELEZ, Libardo BOLIVAR PETRO, Pedro Luis CARO MORALES, Guillermo León ROLDAN CORREA, Oscar Darío RESTREPO TIRADO y Abad de Jesús MARIN ARCILA, a quienes se les atribuía la comisión de los delitos de cohecho, concusión, prevaricato y uso de documento público falso.

La aprehensión del último de los referidos, MARIN ARCILA, se logró en el Municipio de Carolina del Príncipe, en el norte Antioqueño, en la noche (22:30 horas) del jueves 21 de septiembre de 2000 (f. 7), de lo cual desde luego fue enterado el fiscal instructor, vía fax, a las tres de la tarde del siguiente día viernes 22. Sin embargo, el capturado MARIN ARCILA fue dejado a disposición del competente fiscal el lunes 25 siguiente, en esta ciudad, a la hora de las 4:45 de la tarde (f. 8). Y como para ese instante ya estaba vencido el término para rendir indagatoria, el fiscal MONSALVE ACEVEDO optó por decretar su libertad inmediata e incondicional, sin más agregados, razón por la cual no fue elaborada la pertinente acta judicial.

El recién liberado fue, empero, nuevamente aprehendido cuando se había alejado pocos metros del edificio en donde en esta ciudad funciona el departamento Administrativo de Seguridad DAS, pues así lo había dispuesto el mismo Fiscal MONSALVE ACEVEDO mediante oficio número 071 del 25 de septiembre de 2000.

A esa manera de proceder del doctor MONSALVE ACEVEDO, acá en la ciudad de Medellín, se le reconoció la adecuación al tipo penal descrito en el artículo 273 del anterior código penal, PROLONGACIÓN ILICITA DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD, precisamente la causa de la pretensión punitiva que formuló el titular de la fiscalía 2ª delegada ante la

Sala”.

2. Con base en las copias remitidas por el Juzgado 5º Penal del Circuito de Medellín, la Fiscal 13 Delegada ante el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial dispuso inicialmente la apertura de investigación previa mediante resolución de 22 de noviembre de 2000 (fl. 60) y posteriormente, el 12 de febrero siguiente, decretó la apertura de la instrucción (fl. 78).

3. Después de escuchar en indagatoria al imputado, doctor CARLOS ALBERTO MONSALVE ACEVEDO (fls. 125 a 133), la Fiscalía 2ª Delegada ante el Tribunal Superior de Medellín, a quien fueron reasignadas las diligencias, resolvió su situación jurídica en resolución de julio 12 de 2001 (fls. Fls. 162 a 173), mediante la cual impuso medida de aseguramiento consistente en caución prendaria, por el delito de prolongación ilícita de privación de la libertad.

El procesado interpuso el recurso de reposición y subsidiario de apelación contra la anterior resolución. En resolución de 2 de agosto siguiente, el Fiscal 2º revocó la medida de aseguramiento al considerar que el “nuevo ordenamiento procesal no contempla Medida de Aseguramiento para el penado con esa conducta”. (fls. 197 a 204).

4. Clausurado el ciclo instructivo (fl. 257), procedió a calificar el mérito del sumario el 2 de octubre de 2001 con resolución de acusación en contra del procesado como autor del delito de prolongación ilícita de privación de la libertad (fls. 287 a 304).

El Fiscal apoyó la acusación en las siguientes razones:

4.1. La documentación aportada a la actuación nos revela la “defectuosa e irregular actuación del Fiscal MONSALVE ACEVEDO en cuanto a que sin rodeos, y sin titubear de manera simultánea después de expedir orden de libertad despacha una segunda orden

de captura con la intención -que se cumplió- prolongando(sic) ilícitamente la privación de la libertad de MARIN ARCILA”.

4.2. La prueba aportada informa con suficiencia que la conducta desplegada por el procesado, al despachar simultáneamente y de manera conjunta las órdenes de libertad y captura, fue dolosa en lo fundamental.

4.3. No le asiste razón al representante del Ministerio Público en cuanto que la conducta del procesado estructura el delito de privación ilegal de la libertad, pues lo que “ha resultado probado en el sumario agitado(sic) contra MONSALVE ACEVEDO, es que este funcionario hizo detener inicialmente a MARIN ARCILA con lo que podría llamarse sin lugar a equívocos con plenitud de formalidades legales, pero hubo una equivocación protuberante concretado en un acto ilícito a Prolongar indebidamente esa Detención”.

5. La causa fue tramitada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, quien luego de llevar a cabo el debate oral (fls. 380 a 390), adoptó el fallo que es objeto de impugnación (fls. 392 a 432).

EL FALLO RECURRIDO

1. En principio, al Tribunal le pareció importante hacer claridad sobre dos episodios de los hechos, que estimó independientes, “penalmente relevantes cada uno, y en todo caso no susceptibles de asumirse en unidad”.

Se refirió así a lo acontecido, de una parte, en el municipio de Carolina del Príncipe y, de otra, en la ciudad de Medellín, e igualmente a la supuesta distorsión que se formó en su criterio en punto de estos episodios a partir de las providencias que definieron la acción pública de habeas corpus, iniciada en favor de ABAD DE JESUS MARÍN ARCILA, y que se mantuvo en la resolución de acusación.

“Claramente se observa entonces –puntualizó al respecto- que ese ejercicio constitucional se debe a la afectación de la libertad de locomoción de Abad de Jesús MARIN allá en Carolina del Príncipe, y no a lo sucedido acá en Medellín en la tarde del 25 de septiembre. Si se repara en el contenido de la fundamentación escrita en ese documento, se capta de inmediato que la petición de protección de la libertad se afina en el prístimo hecho de haber sido MARIN ARCILA capturado en la noche del jueves 22 de septiembre y setenta y dos (72) horas después no había sido oído en indagatoria (cfr. f. 1).

Significa lo anterior, en concepto del Tribunal, que la violación del término legal para oír en indagatoria a MARIN ARCILA, aún no ha sido investigada, razón por la cual ordenó compulsar copias para que se investigara penal y disciplinariamente esa conducta “pues por medio hay evidente afectación del derecho fundamental de libertad de locomoción”.

2. En punto de la acusación, consideró el Tribunal que la prueba es “copiosa e inobjetablemente persuasiva” respecto a:

2.1. Cuando el fiscal acusado recibió a las 4:45 de la tarde del lunes 25 de septiembre de 2000 en Medellín al capturado MARIN ARCILA, estaba vencido el término para oírlo en indagatoria.

2.2. Que fue el doctor MONSALVE ACEVEDO quien ordenó después de las 4:45 de la tarde de aquél día la libertad del aprehendido y enseguida dispuso nuevamente la captura del recién liberado –pues en la misma tarde del lunes signó la providencia de sustanciación que así lo impuso y el oficio 071 dirigido al DAS localizado en las mismas instalaciones-. Resaltó por seria y coherente la aceptación que de tales hechos hizo el procesado, respaldada por el testimonio del Técnico Judicial JOSE ALONSO MARÍN RAMÍREZ.

Frente a esas dos determinaciones (libertad y captura) reseñó las posturas de los sujetos intervinientes en la audiencia de juzgamiento. Unívoca en cuanto al absoluto acierto de la liberación; y disímil en relación a la captura, pues para la defensa no hay lugar al juicio de reproche, pero sí para los delegados de la Fiscalía y el Ministerio Público, sólo que a título de prolongación de privación de la libertad para el primero y a manera de privación ilegal de libertad para el segundo.

2.3. Que el procesado es un “hombre de bien; impoluto y probo; integérrimo servidor del Estado jurisdicción; competente, respetado y apreciado fiscal delegado. En fin, un hombre ético”. Al respecto aludió a los testimonios de los doctores OMAR DE J. DAVID TAPIAS, SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ y MARYCELLA RUIZ GÓMEZ.

Merced a esas calidades humanas y profesionales, consideró el Tribunal que la Directora Seccional de Fiscalías lo encargó de la investigación que se inició por el descubrimiento de realizaciones delictivas dentro de la Contraloría Departamental.

Y, aunque consideró que no era tema a ventilarse en este proceso, el Tribunal hizo ver la diligencia y preocupación con que el procesado actuó en orden a indagar a MARIN ARCILA, lo cual, dijo, resultó imposible porque las autoridades policivas se negaron a acompañarlo hasta el municipio de Carolina del Príncipe por razones de orden público.

3. A partir de estos antecedentes, el Tribunal estimó que el funcionario acusado actuó “limpia y decorosamente” al ordenar nuevamente la captura de MARIN ARCILA. El hombre de bien, el que real y ciertamente lo es, siempre se comporta como tal en todos los niveles de la vida -reflexionó siguiendo la máxima de la experiencia-.

Y, agregó:

“... cuando él ordenó al término de esa tarde la aprehensión del recién liberado..., en

todo caso estaba obrando a tono con esa justamente reconocida pulcritud y honorabilidad, la que nadie desde luego acá osó tachar. A ese instante en su mente no tenía porqué haber perversidad o intención torcida de dañar, es claro, pero también lo es que en efecto se generó un daño. Cabe entonces acá la interrogación de un interrogante más: ¿Le debe ser reprochada jurídicamente la conducta generadora de ese daño....?; en caso afirmativo, ¿a la manera como lo demanda la fiscalía acusadora o a la manera como lo invoca el señor representante del Ministerio Público?”.

La respuesta es negativa para el Tribunal de instancia, en cuanto es del parecer que el procesado actuó con el convencimiento de que lo hacía dentro del marco de la legalidad. Esto –acotó– fue lo que el acusado dijo en la audiencia de juzgamiento, además de que con antelación al suceso conocía una providencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, a través de la cual se decide un caso similar, y de cuya fundamentación el procesado deriva que tras la liberación de una persona que viene en prolongación ilícita de la privación de la libertad se puede disponer nuevamente a continuación, sin más, su captura.

4. La intención de dañar, sostuvo a continuación, no se puede concluir a la manera como lo hace el delegado de la Fiscalía, al anclarse irregular y exclusivamente en el episodio material.

Aquí hizo suyo el planteamiento del defensor vertido en el debate oral, en el sentido de que el procesado no era culpable porque actuó “bajo un error de tipo supuesto que para entonces estaba convencido de que actuaba correctamente”, convencimiento en el cual –dijo– lo acompañan su colega OMAR DE J. DAVID TAPIAS, el titular del Juzgado 9º Penal Municipal que conoció en primera instancia la acción de habeas corpus e incluso el Tribunal Superior de Antioquia en la providencia aportada por el funcionario acusado.

También el Ministerio Público, quien si bien estuvo de acuerdo en la presentación de la

situación, al reflexionar sobre la conciencia de antijuridicidad, terminó diciendo que se trataba de un error de interpretación no disculpante.

5. Para el a quo, no había porqué indagar a ultranza si el nuevo mandato de captura se dispuso cincuenta minutos después de recibido en el DAS el ciudadano MARIN ARCILA o si fue coetáneo con el mandato de libertad, o si la aprehensión fue realizada o no por el jefe de la unidad penal especializada de ese organismo. Lo anterior en referencia a la controversia que al respecto se presentó en la audiencia de juzgamiento.

Lo que importa realmente establecer, dijo, es si el acusado actuó con conciencia de la legalidad o ilegalidad del acto.

En ese sentido señaló que el funcionario estimó en su momento que obraba bien, y en todo caso legalmente, al afectar la libertad de quien acababa de liberar por la ilegal prolongación de su retención.

En orden a demostrarlo, el Tribunal analizó el asunto sometido a consideración del Tribunal Superior de Antioquia, con base en la fotocopia de la providencia aportada por el procesado para justificar su comportamiento (fl. 137 y ss.), y otro caso similar tratado en la sentencia T-046 de 1993 emitida por la Corte Constitucional, acerca del entendimiento del artículo 435 del estatuto procesal anterior, actual 387.

A continuación precisó que otra resulta la interpretación que sobre el precepto tiene el delegado del Ministerio Público, para quien el liberado debe ser citado para que comparezca posteriormente, y solo cuando desatienda injustificadamente la citación, procedería la captura, no antes. En otras palabras, el Tribunal entendió que en criterio del Procurador Delegado el restablecimiento de la garantía quebrantada no funciona como presupuesto para la nueva afectación de la libertad de locomoción de la persona.

Por su parte, el a quo es del criterio de que la incidencia del elemento político “Estado

Social”, permite arribar a la conclusión de que, así el artículo 387 no mencione la “prolongación ilegal de la privación de la libertad”, esta figura, junto con la “captura ilegal”, reclaman la inmediata libertad de la persona con miras a restablecer el derecho quebrantado, y hasta tanto ella no se verifique no es posible provocar la nueva aprehensión. Solo que cuando se trata de la prolongación ilegal habría que establecer en qué casos cabe la convalidación mediante la emisión de la providencia que legaliza la situación.

Todo lo anterior en orden a señalar que el artículo 387 se presta a varias interpretaciones, sin que por la adopción de una de ellas se siga que las otras resulten equivocadas o que quien acoja alguna tenga la intención torcida o malhadada de dañar o, en fin, de actuar en contravía del ordenamiento.

Con fundamento en ello, hablando en el campo de la interpretación de las leyes, consideró el Tribunal que para la realización de los diversos tipos objetivos que delimitan el plano de lo ilícito en las actividades propias de los funcionarios judiciales, no basta con la realización de un acto hermenéutico de menor razonabilidad que otro del que se predica una mayor por gozar de mayor intersubjetividad.

Así llegó a sostener que el doctor MONSALVE ACEVEDO, quien es un hombre absolutamente probo, no pudo incurrir ni en prolongación ilegal de la privación de la libertad, ni en privación ilícita de la misma. Con la interpretación que la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia le dio al artículo 435 -artículo 387 del actual estatuto procesal-, que él comparte y emplea en el ejercicio de su actividad judicial, entiende plenamente que “no se puede afectar la libertad de una persona hasta tanto se restablezca la garantía quebrantada, pero sólo tratándose de capturas realizadas con violación a las garantías constitucionales o legales”.

Desde esta perspectiva, concluyó el fallador de instancia en la atipicidad de la conducta

endilgada, como intuyó igualmente que el acusado no incurrió en ninguno de los dos tipos penales (prolongación o privación) por el hecho de haber omitido la elaboración del acta judicial prevista en la parte final del artículo 353 actual, anterior 383, acto que calificó de lamentable olvido derivado de la complejidad del asunto a cargo del funcionario, la cantidad de personas involucradas y otras circunstancias que precisó.

Con fundamento en tales supuestos, el Tribunal absolvió al procesado del cargo formulado.

LA IMPUGNACION

El Fiscal 2º Delegado ante ese Tribunal impugnó el fallo anterior, con fundamento en las siguientes razones:

1. El Tribunal desconoce que la sindicación y acusación surgió de manera unificada cuando el funcionario despachó la primera orden de aprehensión y el capturado se puso a su disposición mediante comunicación remitida desde el municipio de Carolina del príncipe.

Lo que ocurrió fue entonces que el fiscal “titubeó, dudó, cayó en la incertidumbre para decidirse a trasladarse hasta CAROLINA DEL PRINCIPE y cumplir con el deber ineludible de recibirle indagatoria a MARIN ARCILA, pero no procedió con ese traslado, ni tampoco comisionó a un funcionario de la Fiscalía con sede en el municipio mencionado para ese menester y cuando ya el día 25 de septiembre tiene a su disposición en la ciudad de MEDELLÍN de manera física a MARIN ARCILA, los términos para indagarlo estaban vencidos y optó por dejarlo en libertad, pero simultáneamente con la orden de libertad de manera burlesca, abusiva, con desconocimiento de la Constitución y de la Ley y afectando el derecho fundamental e inalienable expidió nueva orden de captura..., produciéndose en todo el episodio un solo hecho y una sola consecuencia: MARIN ARCILA en ningún momento disfrutó del derecho a su libertad, ese derecho le fue cercenado, fue obstaculizado su disfrute, por el proceder equivocado,

mal intencionado y doloso del fiscal MONSALVE ACEVEDO”.

2. Es, por tanto, errada la apreciación del Tribunal cuanto sostiene que se está en presencia de dos episodios completamente independientes, con lo cual la decisión de absolver y compulsar copias por el primer episodio va en contravía de la realidad que emerge de la prueba recaudada. Se trata de un solo hecho, realizado siempre por el fiscal acusado, que se resume en la expedición de una orden de captura, la privación de la libertad del afectado, el efecto de dejarlo en libertad y de manera simultánea privarlo nuevamente de ese derecho para impedirle ejercer sus actividades normales.

3. La sentencia impugnada va también en contravía del “sentido literal posible”, pues desconoce el tenor literal de la ley en su “máximo sentido de expansión”, trayendo como referencias pronunciamientos que, como la sentencia T-046 de 1993, chocan en su contenido con la conducta que en realidad asumió el procesado. En ese orden cabe advertir que el juez que resolvió el amparo constitucional (5º Penal del Circuito) fue certero en la apreciación de los hechos: ordenó la libertad inmediata para MARÍN ARCILA y dispuso compulsar copias contra el funcionario.

4. El fallo impugnado contiene una falencia “frente a un fenómeno procesal ocurrido en lo que fuera puesto en práctica por el cuestionado fiscal”. En el trámite del proceso contra MARÍN ARCILA se produjo no sólo el vencimiento de términos, “situación que de por sí amerita reproche contra el funcionario”, sino también una conducta irregular cuando con apresuramiento y “oquedad jurídica” el fiscal concede la libertad y paralelamente ordena capturarlo de nuevo para privarlo de la libertad valiéndose de los agentes del DAS que le obedecían por estar despachando en el mismo lugar.

5. Si se examinan con detenimiento los hechos, bajo ninguna interpretación posible de la ley, y análisis “por ponderado que él resulte”, la conducta del funcionario escapa a lo arbitrario e ilegal “que se condensa en que quedó incurso en la conducta que antes

describía el código penal de 1980 en su artículo 273 y que hoy con penalidad mayor describe la Ley 599/00”.

6. Finalmente, en el fondo el fallo impugnado contradice y desborda el aserto jurídico de que los derechos y libertades de los ciudadanos han de gozar del favor del Derecho. Cuando existen restricciones, limitaciones y exclusiones a esa protección, por muy elaboradas que sean las argumentaciones para permitir conductas que anulen esos derechos y libertades, resultan claramente ineficaces, sin sentido y de naturaleza apriorística y especulativa.

Demanda, en consecuencia, la revocatoria integral de la sentencia absolutoria.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De la prueba recaudada se establece que el acusado, doctor CARLOS ALBERTO MONSALVE ACEVEDO detentaba para la época de los hechos el cargo de Fiscal 98 Delegado ante los Juzgados Penales del Circuito de Medellín, destacado ante el C.T.I.

Dada esa condición, a su cargo estuvo el trámite de la investigación con radicado 012, seguida contra ABAD DE JESÚS MARÍN ARCILA y otros, por los delitos de cohecho, asesoramiento ilegal, concierto para delinquir, prevaricato por acción y por omisión.

2. De la revisión de la actuación, se advierten los siguientes hechos que interesan en esta sede:

2.1. Atendiendo a orden de captura librada el 19 de septiembre de 2000 dentro del citado proceso, integrantes de la Policía Nacional con sede en el municipio de Carolina del Príncipe (Antioquia) procedieron en el parque de esa población a la captura de ABAD DE JESÚS MARÍN ARCILA el día 21 siguiente, a las diez y media de la noche (fl. 7)

2.2. A las tres de la tarde del día siguiente (viernes), el Comandante de la Estación de Policía comunicó vía fax al Fiscal 98 Seccional de Medellín sobre la captura del procesado (fl. 7).

2.3. Sólo el día lunes 25 de ese mismo mes y año, el capturado fue físicamente puesto a disposición del instructor en las instalaciones de la Fiscalía de Medellín por el Alcalde Municipal de Carolina del Príncipe, de acuerdo al oficio sin número de esa fecha y a constancia de recibido de las cuatro y cuarenta y cinco de la tarde (fls. 8 y 9);

2.4. Mediante resolución de esa misma fecha, el Fiscal MONSALVE ACEVEDO dispuso: “Con fundamento en la constancia que antecede y toda vez que los términos para recibir diligencia de indagatoria al señor ABAD DE JESÚS MARÍN ARCILA, vencieron a las 15:horas(sic) de la fecha señalada, ordénase su libertad inmediata. CUMPLASE”.

2.5. Mediante oficio No. 070 de 25 de septiembre de 2000, el funcionario emitió orden de libertad al Director del D.A.S., Seccional de Antioquia, con oficina en las mismas instalaciones de la Fiscalía. En la parte inferior de la comunicación aparece el sello y la firma de recibido (fl. 11).

2.6. Por medio de la resolución de esa misma fecha que obra a continuación (fl. 12), el Fiscal MONSALVE ACEVEDO ordenó “reactivar de nuevo su captura (la de MARÍN ARCILA) con el fin de ser escuchado a diligencia de Indagatoria dentro de las presentes sumarias. Para el efecto se oficiará al señor Director Seccional Das Antioquia”.

2.7. A través del oficio No. 071 y la boleta de captura No. 08, recibidos en esa misma fecha en la Seccional del D.A.S., se ordenó la captura de MARÍN ARCILA (fl. 13).

2.8. Hacia las seis de la tarde del mismo día, cuando el señor MARÍN ARCILA se había alejado pocas cuerdas de las instalaciones donde funciona la Fiscalía y el D.A.S., fue nuevamente capturado por personal de esta última institución, como así se establece

de las declaraciones rendidas por el Detective SERVIO TULIO FULA ARÉVALO (fl. 156) y el Doctor ROGELIO URIBE URIBE (fl. 241), apoderado de MARÍN ARCILA.

El capturado fue puesto a disposición del Fiscal al día siguiente y éste legalizó la situación.

2.9. A la par, el 25 de septiembre, a las cuatro y veinte minutos de la tarde, ABAD DE JESÚS MARÍN ARCILA promovió ante el reparto de los Juzgados Penales Municipales de Medellín acción pública de habeas corpus. Esta petición de amparo fue resuelta negativamente en primera instancia por el Juzgado 9º el 26 de septiembre (fl. 15 y ss).

Empero, al ser apelada la decisión por el interesado, el Juzgado 5º Penal del Circuito de Medellín la revocó en la suya de 24 de octubre (fl. 34 y ss), ordenando la libertad del capturado y la expedición de copias para que se investigara penal y disciplinariamente al doctor CARLOS ALBERTO MONSALVE ACEVEDO.

3. Estos hechos, que se encuentran debidamente acreditados y que nadie pone en duda, revelan para la Sala la objetiva transgresión en lo pertinente (inciso 3º) del artículo 383 del decreto 2700 de 1991, vigente en ese momento, y que aparece recogido en los mismos términos por el artículo 353 de la ley 600 de 2000.

Dicho precepto reza:

“Libertad inmediata por captura o prolongación ilegal de privación de la libertad. Cuando la captura se produzca o prolongue con violación de las garantías constitucionales o legales, el funcionario a cuya disposición se encuentre el capturado, ordenará inmediatamente su libertad.

Lo dispuesto en el inciso anterior también se aplicará cuando la persona sea aprehendida

en flagrancia por hecho punible que exige querrela y ésta no se hubiere formulado.

La persona liberada deberá firmar un acta de compromiso en la que conste nombre, domicilio, lugar de trabajo y la obligación de concurrir ante la autoridad que la requiera”.

Esta norma prevé una forma de control sobre la legalidad de la aprehensión por parte del mismo funcionario que conoce de la actuación, lo cual la distingue de la acción pública de habeas corpus, que es otro mecanismo de control de legalidad pero a cargo de un juez por completo ajeno al trámite del proceso y especialmente regido por el artículo 430 y ss. del anterior estatuto procesal penal, vigente para la época de los hechos. No obstante que una y otro tienen idéntico fundamento y proceden por las mismas hipótesis (captura ilegal y prolongación ilícita de privación de la libertad).

Cuando la persona no es puesta dentro del término legal a disposición de la autoridad que ordenó su captura o el fiscal deja vencer el plazo previsto en el artículo 340 del código de procedimiento penal para oírla en indagatoria (artículo 386 del decreto 2700 de 1991), el mismo funcionario está en la obligación de dejarla inmediatamente en libertad.

Si falta a ese imperativo legal, el afectado, o cualquier persona a su nombre, podrá intentar la acción pública de habeas corpus ante otro funcionario judicial para que decida a más tardar dentro de las 36 horas siguientes si decreta la libertad.

Cuando es el mismo fiscal quien ejerce dicho control al interior del proceso, al tiempo que restablece la garantía vulnerada mediante la libertad del capturado, está en la deber de imponer a éste la suscripción de un acta en la que se comprometa a presentarse cuando se le solicite. En ella, además, se deberá consignar los datos personales que permitan su localización.

Una interpretación razonable del último inciso del precepto transcrito, indica que si el procesado incumple la obligación de presentarse cuando el Fiscal lo requiera para oírlo en indagatoria, procede librar una nueva orden de captura.

No antes, pues tal como se encuentra redactada la norma no deja duda de la necesidad de restablecer la garantía vulnerada en toda su extensión, de manera que impida aplicar inmediatamente cualquier restricción al derecho de locomoción del afectado, que no sea por su propia voluntad de desatender el llamado del funcionario.

Esta medida opera no solo como una forma de restablecimiento de la garantía quebrantada, sino a manera de prohibición para el funcionario judicial en orden a impedirle que a su arbitrio pueda sanear mediante un acto de simple convalidación la privación de la libertad o la prolongación ilícita de la misma.

Lo anterior no significa, desde luego, que una vez el procesado se presente voluntariamente a rendir indagatoria, atendiendo al compromiso adquirido, el fiscal pierda la posibilidad de privarlo de la libertad, pues de subsistir o surgir razones para considerar que hay lugar a imponer medida de aseguramiento, nada le impide proceder de esa manera (artículos 382 anterior, 341 del actual).

En tal medida, entonces, si la captura o la privación de la libertad se producen con violación de las garantías constitucionales o legales, una vez restablecidas éstas resulta ineficaz cualquier medida restrictiva de la libertad de locomoción.

Empero, si el sindicado desatiende la obligación impuesta en el acta de compromiso y se niega a comparecer, podrá el funcionario judicial ordenar la captura para escucharlo en indagatoria.

4. En el evento que concita la atención de la Sala, como se advierte de los antecedentes del caso, el Fiscal MONSALVE ACEVEDO, si bien en principio procedió correctamente al

disponer la libertad del capturado MARIN ARCILA, en observancia del artículo 383, inciso 1º, faltó al mandato del inciso 3º, no solo al haber omitido elaborar el acta de compromiso, sino también, y fundamentalmente, al disponer inmediatamente la aprehensión del liberado, sin antes haber agotado el trámite que se deriva de un adecuado entendimiento del citado precepto.

Desde esa perspectiva, y al menos objetivamente, habría que reconocer, en principio la reprochable acción que le atribuye el Fiscal 2º Delegado ante el Tribunal Superior de Medellín, único recurrente del fallo de primera instancia.

En otras palabras, de acudir a la concepción objetiva de la tipicidad, que reclama la coincidencia entre la conducta desplegada por el procesado (naturalísticamente entendida) y la definición del comportamiento previsto en el ordenamiento jurídico, con prescindencia de todo elemento subjetivo, necesariamente tendría que darse por probada la tipicidad del comportamiento atribuido en la resolución de acusación.

De igual manera, de seguirse la postura adoptada por el representante del Ministerio Público en esa instancia, ello conllevaría a reconocer la existencia del delito de privación ilegal de la libertad, caso en el cual cabría adoptar la medidas pertinente en orden a la variación de la calificación jurídica.

5. No obstante lo anterior, tal como lo hace notorio el Tribunal, es la indemostración del dolo la nota predominante del comportamiento asumido por el funcionario acusado.

El tipo recogido en el artículo 273 del código penal anterior (actual artículo 175), como al igual sucede con la figura del artículo precedente, requiere para su configuración que el agente conozca el carácter delictivo de su comportamiento y decida, empero, llevarlo a cabo.

Independientemente de que se pueda acoger aquella concepción objetiva de la tipicidad o la de tipo total de injusto, esta última según esquema adoptado por el Tribunal (según la cual el dolo y la culpa no son elementos integrantes de la categoría de culpabilidad sino de la acción o del tipo), en los eventos de indemostrabilidad de aquel elemento subjetivo, se impone dictar sentencia absolutoria.

El a quo, al considerar el tema de la culpabilidad dolosa dijo que el doctor MONSALVE ACEVEDO no ha podido incurrir en ninguno de los dos comportamientos, pues basado en un antecedente jurisprudencial del Tribunal Superior de Antioquia, que él comparte y emplea en el ejercicio de su actividad judicial, entendió que estaba autorizado para proceder en la forma como lo hizo.

Para la Corte, ello tiene comprobación en el expediente. En la indagatoria, el procesado no se planteó en principio el contenido de la parte final del artículo 383 del anterior estatuto procesal penal, si se toma en cuenta que en su relato inicial se dedicó fundamentalmente a controvertir algunas de las afirmaciones del Juez 5º Penal del Circuito de Medellín acerca de su presunta negligencia en escuchar oportunamente en indagatoria al capturado.

En forma desprevenida comentó que había ordenado nuevamente la captura de MARÍN ARCILA aproximadamente a las cinco y media de la tarde del día 25 de septiembre de 2000, cuarenta y cinco minutos después de haber dejado en libertad al capturado y luego de recepcionar la indagatoria de otro implicado. Si se refirió al punto, fue simplemente para desvirtuar la presunta simultaneidad que declaró el juez de amparo entre la orden de libertad y la de captura (fl. 130).

En su relato inicial, el Fiscal ACEVEDO dio a entender, entonces, que la ilegalidad del acto estaría en aquella simultaneidad, pero como no procedió de tal manera, pues primero restableció el derecho a la libertad de locomoción del capturado y solo después

ordenó la captura, estaba convencido de haber procedido legítimamente al ordenar nuevamente la aprehensión de quien había sido liberado esa misma tarde.

Para ello se apoyó fundamentalmente en un caso resuelto por una sala de decisión penal del Tribunal Superior de Antioquia el 21 de mayo de 1996.

Según la copia de la providencia de segunda instancia que aportó en desarrollo de la misma diligencia de indagatoria (fl. 137 y ss), la Fiscalía decretó la nulidad a partir de la diligencia de indagatoria dentro de un proceso adelantado contra un ciudadano privado de la libertad, que incluyó la medida de aseguramiento.

Por tal motivo hubo de decretar su libertad, pero inmediatamente dispuso su captura para someterlo a indagatoria, aprehensión que se llevó a efecto “minutos después de que Omar salió en libertad” (fl. 138). El Tribunal respondió al delegado del Ministerio Público, que había recurrido la decisión de la juez de primera instancia, advirtiéndole que la nulidad decretada no le daba derecho al procesado a permanecer en libertad incondicionalmente y por un lapso de tiempo indefinido, dando a entender con ello que podía ser recapturado inmediatamente.

Con vista en esa determinación del Tribunal Superior de Antioquia, el Fiscal MONSALVE ACEVEDO se creyó autorizado para proceder en la forma como lo hizo, postura que encontró recogida posteriormente por el inferior funcional del juez de amparo (9º Penal Municipal), quien había negado el habeas corpus al encontrar ajustada a derecho su actuación.

Cuando se le preguntó por qué no había dado aplicación al último inciso del artículo 383, si bien no dijo ignorar su contenido, contestó, aludiendo a circunstancias del momento, que tal omisión carecía de la entidad suficiente para que fuera investigado penalmente, y su desatención en todo caso desprovista del dolo propio de una conducta delictiva.

La malicia, ni aquella definida intención de obrar contrariamente a sus deberes conocidos, se concretan en verdad en el acusado.

En ese sentido, además de la forma desprevenida y sincera con que asume la explicación de lo sucedido, no puede pasar desapercibidas para la Sala las características que ofrece la personalidad de este funcionario, el ejercicio pulcro de su cargo y hasta los antecedentes y circunstancias que el mismo caso ofrece, como bien apuntó el Tribunal.

Nadie pone en duda, ni siquiera el propio acusador y el delegado del Ministerio Público, la honradez, competencia y dedicación del fiscal acusado.

De ello, por el contrario, da cuenta el doctor OMAR DE JESUS DAVID TAPIA, Fiscal 5º Delegado ante el mismo Tribunal y compañero de quien emitió la acusación, al calificarlo como funcionario de “conducta irreprochable, de clara honestidad y siempre...dispuesto a acatar los ordenamientos legales” (fl. 261).

También quien fue su jefe inmediata, la doctora MARYCELLA RUIZ GOMEZ, Directora Seccional de Fiscalías de Antioquia para esa época, guarda una buena opinión del doctor MONSALVE por su consagración y permanente disponibilidad para el cumplimiento de las funciones asignadas, avalada por su actividad en varios municipios, como en Cauca donde tuvo que salir por amenazas contra su vida derivadas del ejercicio de su función. Precisamente, en consideración a su responsabilidad y consagración al trabajo, afirma haberle asignado la investigación por las irregularidades encontradas en la Contraloría Departamental (fl. 351).

Resulta inconcebible pensar que un funcionario de ese perfil, ponderado por sus propios superiores, asuma voluntariamente y sin ningún motivo un comportamiento abusivo y

por completo alejado del ordenamiento, máxime cuando él mismo había dispuesto momentos antes el restablecimiento de la libertad por el vencimiento del término para escucharlo en indagatoria.

El expediente revela, por lo demás, no empece que el término para vincular por injurada al capturado MARÍN ARCILA había vencido, que el actuar del funcionario en relación con este episodio precedente no fue negligente.

El recurrente sostiene sin razón, pues se queda en el simple enunciado, que el procesado “titubeó, dudó, cayó en la incertidumbre para decidirse a trasladarse (sic) hasta CAROLINA DEL PRINCIPE y cumplir en el deber ineludible de recibirle indagatoria a MARIN ARCILA, pero no procedió con ese traslado, ni tampoco comisionó a un funcionario de la Fiscalía con sede en el municipio mencionado para ese menester”.

Al hacer tal afirmación ignoró por completo la realidad que emerge de las pruebas recaudadas: El citado municipio no cuenta con fiscales y a pesar de ello, desde el mismo momento que el capturado fue puesto a su disposición, el funcionario se comunicó con la Fiscal Local de Gómez Plata, el pueblo más cercano, con quien convino en principio que le remitiría despacho comisorio para que escuchara en injurada al sindicado.

Lo anterior no fue posible porque esta misma delegada le advirtió finalmente que en ninguno de los dos municipios existía un abogado para que asistiera al implicado, a más de que intuía que el apoderado de confianza, residente en Medellín, buscaba el vencimiento de términos.

Pero además de otras actividades que el funcionario acusado desplegó para evitar el vencimiento de términos, comunicándose con el Comandante de la Policía, el Alcalde y hasta la Personera Municipal para que el capturado fuera remitido a Medellín, no puede resultar indiferente que también el doctor MONSALVE ACEVEDO buscó trasladarse a dicho municipio, pero razones de orden público le impidieron hacerlo.

En ese sentido, si no se le cree al procesado, la prueba recaudada evidencia las actividades que desarrolló el implicado para escuchar a tiempo en indagatoria a MARÍN ARCILA.

-El abogado del capturado presenció cuando el fiscal inquirió a los guardianes sobre la tardanza en el traslado de su cliente; se “veía bastante alterado por esa demora e incluso de pronto pienso que les dijo que iba a pedir una investigación”, declaró (fl. 240);

-La Directora Seccional de Fiscalías refirió que el Fiscal la llamó a Bogotá, donde se encontraba asistiendo a una reunión, para solicitarle autorización para trasladarse a Carolina del Príncipe, desde el mismo momento que supo de la presencia de MARÍN ARCILA en esa población. Ella, empero, le sugirió comisionar a un funcionario de un municipio cercano por razón de la presencia de grupos armados, aunque extendió a su subordinado la autorización de encontrar apoyo operativo para el traslado (fls. 349). Incluso, la funcionaria supo del vencimiento de los términos para indagar al capturado, pero estimó improcedente cualquier investigación pues no “consideré que hubiera sido por causas imputables” al fiscal (fl. 350).

-La Fiscal 72 Local de Gómez Plata, doctora DIANA ALEXANDRA LIZARAZO LAGOS, quien afirma no conocer personalmente al doctor MONSALVE, corrobora en toda su extensión lo sostenido por éste (fls. 362 y 363).

-Por si fuera poco, el Director Seccional del D.A.S. Antioquia declara acerca del apoyo que le solicitó el procesado para su traslado a aquél municipio, que no le fue posible atender por la situación de orden público imperante en la región, incluso previa consulta que hiciera al Comandante de la Policía de ese mismo departamento.

Si esa es la realidad, el impugnante no puede afirmar válidamente que el acusado contribuyó con su indecisión al vencimiento de los términos, Pero, además, el delegado resulta inconsecuente al sostener que por dejar el acusado vencer el término para oírlo en indagatoria “de por sí amerita reproche contra el funcionario”, cuando en la

resolución de acusación se limitó a formular cargos por el hecho de expedir en forma simultánea la orden de libertad y la boleta de captura, prolongando de esta manera -en su sentir- la privación de la libertad.

Asimismo, el delegado incurre en generalidades al tener por demostrado el dolo de la conducta. En la resolución de acusación y en su intervención durante el debate oral se limitó a afirmar su presencia, aludiendo a aquella simultaneidad en la expedición de las dos órdenes, para de allí concluir que su comportamiento resultó arbitrario, desfasado y violador de los parámetros constitucionales y legales.

Tal postura generó la justa crítica del Tribunal al advertirle que la intención de dañar no se puede derivar a la manera como lo hace este sujeto procesal “anclándose irregular y exclusivamente en el episodio material”.

El delegado, empero, volvió por sus fueros, y al recurrir la sentencia no hizo más que insistir en su planteamiento de que la comprobación fáctica de los hechos bastaba para dar por demostrado el dolo. Con apoyo en la alegada simultaneidad de las ordenes impartidas, considera que la arbitrariedad e ilegalidad de su conducta no puede estar justificada por ninguna interpretación o análisis, por ponderado que resulte.

En el esquema adoptado por el Tribunal, a partir de los desarrollos finalistas que defienden las teorías normativas de la culpabilidad y los elementos subjetivos del injusto, la comprobación de la tipicidad se torna indispensable para hacer el juicio de responsabilidad. Pero la tipicidad no sólo en su aspecto material, sino también referida a su faceta subjetiva, lo que exige demostrar, además de la facticidad del comportamiento, el conocimiento y voluntad de llevarlo a cabo.

Por eso mismo extraña la reiterada posición del recurrente, para quien no resulta relevante la personalidad del procesado, las explicaciones vertidas en la indagatoria, las circunstancias que rodearon el caso y todos aquellos otros aspectos a los cuales nos

hemos venido refiriendo, que evidencian que al doctor CARLOS ALBERTO MONSALVE ACEVEDO no le asistía razón para apartarse del ordenamiento y atentar contra la libertad personal del señor MARÍN ARCILA.

Por equivocada que resulte la cita del Tribunal, trayendo a colación una sentencia de la Corte Constitucional -lo cual hizo para demostrar que del artículo 387 de la ley 600 de 2000 se desprendían varias interpretaciones-, no se pueden desconocer las explicaciones que, con apoyo en el material recaudado, suministró el procesado. Creyó actuar legítimamente cuando ordenó nuevamente la aprehensión del liberado, sin reparar en la necesidad de elaborar el acta de compromiso.

En ello lo acompañan el Tribunal Superior de Antioquia y, por supuesto, el Juez 9º Penal Municipal de Medellín, quien no vio en su proceder ninguna irregularidad.

Lejos de contradecir en el dicho del indagado y el razonable análisis que el Tribunal hace sobre el punto, el recurrente no hace más que reiterar su postura: el acusado despachó al mismo tiempo la boleta de libertad y la orden de captura -pero ni siquiera acerca de esta simultaneidad existe prueba- y ello resulta suficiente para dar por demostrado el dolo de la conducta.

Claro que cuentan en ese orden los antecedentes y circunstancias que rodean el comportamiento del procesado. Su personalidad, la labor interpretativa que emprendió, la forma como asumió su trabajo y el interés que demostró en restablecer la libertad del capturado, no podían ser soslayados por el juzgador de instancia.

Yerra el apelante, entonces, en declarar acreditado en el grado de certeza la culpabilidad dolosa del funcionario con la sola constatación material de la conducta.

Es que incluso, en punto de la omisión de realizar el trámite previsto en el último inciso del artículo 383 del estatuto procesal anterior, se podría llegar a sostener que su

actuar fue negligente, mas no animado de la consciente voluntad de privar ilegalmente de la libertad o prolongar la privación de la misma mas allá de lo permitido, lo que ubicaría la conducta del procesado bajo los parámetros de la culpa.

En ese sentido, la Sala no se resiste a recordar que fue el propio recurrente quien en la audiencia de juzgamiento sostuvo que el procesado privó de la libertad a MARÍN ARCILA “por confusión interpretativa o aturdimiento”, traducido lo cual significa la aceptación de la culpa como presupuesto de la conducta.

Pero bien es sabido que el delito que se le imputa no puede ser cometido a ese título, con lo cual también por este motivo la absolución del acusado resulta acertada.

6. No obstante que se impone confirmar la sentencia de primer grado sobre el particular, no encuentra la Sala razón valedera alguna para que el Tribunal hubiera determinado compulsar copias para que se investigara el “vencimiento del término para indagar a Abad de Jesús MARIN ARCILA”, a partir de considerar que este primer episodio es completamente independiente de lo ocurrido en Medellín.

Con esa determinación no hace más que desconocer que el Fiscal acusó al procesado por el delito de prolongación ilícita de privación de la libertad, lo cual independientemente de las razones que le sirvieron de apoyo, conlleva necesariamente a tener en cuenta el primer episodio de los hechos. Con tal encuadramiento el Fiscal dio a entender sencillamente que se trató de una privación lícita Ab initio, que se transformó en ilícita cuando el funcionario extendió la privación de la libertad del afectado más allá del término legalmente permitido, por lo cual resulta imposible desligar ambos episodios de los hechos.

Pero, si lo anterior no fuera suficiente, la Sala no deja de advertir que el Tribunal yerra al contabilizar los términos de ley y desconoce el hecho de que al procesado no se le puede

atribuir penalmente responsabilidad respecto del primer episodio.

Es así como cuenta el término para oírlo en indagatoria a partir de la captura de MARÍN ARCILA, con lo cual llega a la conclusión que para el momento de su libertad llevaba más de noventa horas, sin reparar que el término de tres (3) días se cuenta desde el momento que el capturado “haya sido puesto a disposición del fiscal” (artículo 386 del anterior estatuto procesal, 340 del actual).

Por lo demás, el capturado fue puesto a disposición del funcionario a las tres de la tarde del día 22 de septiembre, lo que indica que ese plazo apenas vino a vencerse el día 25 a esa misma hora, y no antes como parece entenderlo el Tribunal. Pero aún así, ya se vio que funcionario buscó por todos los medios escuchar al capturado en indagatoria dentro de ese término, lo cual fue imposible por razones ajenas a su voluntad, con lo cual deviene innecesaria la orden impartida en el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia impugnada, que habrá de revocarse.

En mérito de lo expuesto, la SALA DE CASACION PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Confirmar la sentencia impugnada, excepto el numeral 2º de su parte resolutive que se revoca.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Permiso

HERMAN	GALÁN CASTELLANOS	JORGE A. GÓMEZ GALLEGO
ALFREDO	GÓMEZ QUINTERO	EDGAR LOMBANA TRUJILLO
ALVARO	O. PÉREZ PINZÓN	MARINA PULIDO DE BARÓN
		Comisión de servicio
JORGE	L. QUINTERO MILANÉS	MAURO SOLARTE PORTILLA
TERESA	RUIZ NUÑEZ	

Secretaria