

Proceso No 20041

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

APROBADO ACTA No. 65

Bogotá, D. C., diez (10) de junio del dos mil tres (2003).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el procesado, doctor MIGUEL ALFREDO MONCADA, y su defensor, contra la sentencia dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca el 10 de septiembre del 2002, mediante la cual lo condenó por el delito de prevaricato por acción a 36 meses de prisión y multa de 50 salarios mínimos legales mensuales e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de libertad. En el mismo fallo lo absolvió por el delito de privación ilegal de la libertad, se abstuvo de condenarlo al pago de perjuicios y suspendió condicionalmente la ejecución de la pena.

ANTECEDENTES

El 9 de marzo de 1998, la Fiscalía Tercera Delegada ante los Juzgados Penales y Promiscuos Municipales de Tocaima, Viotá, Agua de Dios y Apulo, a cargo del doctor MIGUEL ALFREDO MONCADA, inició proceso por el delito de inasistencia alimentaria contra el señor CARLOS HUMBERTO DURÁN MARTÍNEZ, a quien ordenó citar para

escucharlo en indagatoria. Como el 3 de abril compareció sin abogado, lo requirió para el día 7, oportunidad en la que también concurrió sin apoderado y, al pedírsele explicaciones, contestó de manera irrespetuosa. No sólo ordenó entonces su captura, que de inmediato se hizo efectiva, sino que además, por considerar que el señor DURÁN había desacatado la orden de hacerse acompañar por un abogado y pretendía impedir la práctica de la diligencia, el fiscal MONCADA lo sancionó con 5 días de arresto inmutable que cumplió en la cárcel municipal de Tocaima, no obstante que desde el día 8 se le había oído en indagatoria. El 8 de abril de 1999, el mismo fiscal resolvió situación jurídica y le impuso medida de aseguramiento de caución prendaria por valor equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales.

Denunciados estos hechos por el defensor del señor DURÁN MARTÍNEZ, un fiscal delegado ante los Tribunales Superiores de Bogotá y Cundinamarca dispuso la apertura de instrucción contra el doctor MONCADA y, después de escucharlo en indagatoria, el 23 de febrero del 2001 le dictó medida de aseguramiento de detención por los delitos de falsedad ideológica en documento público y privación ilegal de la libertad.

Mediante resolución del 13 de noviembre del 2001 se revocó la medida de aseguramiento en cuanto a la privación ilegal de la libertad, porque no se consagra en la lista del artículo 357 del Código de Procedimiento Penal, y se varió en lo atinente a la falsedad ideológica, que fue sustituida por el delito de prevaricato por acción.

Clausurada la investigación, el 11 de marzo del 2002 se formuló resolución acusatoria contra el doctor MIGUEL ALFREDO MONCADA por los delitos de prevaricato por acción y privación ilegal de la libertad. Así mismo, se precluyó por similar ilicitud contra la libertad, relacionada con la sanción de arresto que le impusiera el procesado al señor DURÁN MARTÍNEZ, consecuencia del irrespeto a que fue sometido el funcionario judicial por parte del imputado.

La acusación fue apoyada en las siguientes razones:

a) Como emana de la propia indagatoria del procesado, DURÁN MARTÍNEZ le producía animadversión, circunstancia que llevó al fiscal

“a perder toda ecuanimidad, objetividad e imparcialidad en la dirección del proceso penal que adelantaba en su contra... no de otra manera puede explicarse que... se refiera en términos tan despectivos y peyorativos e incluso le endilgue comportamientos delictivos, de una manera absolutamente subjetiva, sin el más mínimo soporte probatorio, por el simple hecho de figurar como denunciado por un delito de Inasistencia Alimentaria”.

b) No puede entenderse cómo el fiscal, teniendo frente a él al procesado, ordena su captura, “desconociendo por completo lo que le ordenaban las normas de procedimiento”.

c) Estando DURÁN MARTÍNEZ presente en la fiscalía, el servidor judicial debía nombrarle un defensor de oficio para la diligencia, y no trasladarle esa responsabilidad al procesado, “quien ante la carencia de recursos económicos no podía nombrar un abogado; situación que siempre le hizo saber al señor Fiscal, pero quien una vez más ‘supuso’ que solo se estaba burlando de la justicia y era una ‘treta’ para ‘eludir y esquivar la acción de la justicia’ “.

d) DURÁN MARTÍNEZ jamás se mostró renuente, ni incumplió ni eludió las citaciones que le hiciera la fiscalía para que rindiera indagatoria. De otra parte, nada permite concluir que buscara esquivar la intervención de la justicia.

e) Una vez en el despacho, el fiscal debía proceder a la indagatoria y luego a disponer la libertad del imputado. Aún si se admitiera que llegó a la fiscalía después de las dos de la tarde -hora para la cual había sido citado-, lo cierto es que compareció y el fiscal tenía que actuar de acuerdo con los mandatos legales, es decir, “nunca pudo habersele privado de su libertad. Procedimiento a todas luces ilógico, absurdo

e ilegal”.

De lo anterior, el acusador dedujo prevaricato por acción y privación ilegal de la libertad, en concurso. Y esto último, porque librada la orden de captura, dispuso la aprehensión y permanencia en la cárcel del imputado.

Como también se dijo, en el calificadorio precluyó la instrucción respecto de la otra privación ilegal de la libertad, la derivada de la sanción por la burla, el irrespeto y la grosería del señor DURÁN MARTÍNEZ.

Celebrada la audiencia pública, el Tribunal Superior de Cundinamarca dictó el fallo condenatorio a que se hizo alusión, el cual fue recurrido por el defensor del procesado.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

a) Con relación al delito de prevaricato, después de aclarar que el cargo finalmente se limitó a la expedición de una orden de captura para oír en indagatoria al señor DURÁN MARTÍNEZ ante el supuesto incumplimiento de la citación que se le había hecho, el Tribunal sostiene que si bien los testigos difieren en la hora en que éste llegó a la fiscalía, lo cierto es que en realidad el conjunto de la prueba demuestra que efectivamente se presentó. Transcribe el artículo 376 del anterior Código de Procedimiento Penal, para destacar que la aprehensión sólo puede disponerse si el imputado no comparece y para el sólo efecto de la injurada, concluida la cual se le debe dejar inmediatamente en libertad.

b) El agente de policía JAIME CÉSAR CORREA, según su testimonio, acudió al llamado del fiscal y al observar que un señor lo insultaba, decidió conducirlo al comando y de inmediato recibió la orden de captura.

c) La decisión del fiscal que, contrariando el citado artículo 376, ordenó la captura de quien se encontraba presente en la fiscalía, fue manifiestamente contraria a la ley y se adecua al tipo del prevaricato por acción por el cual debe responder, pues su amplia trayectoria como funcionario y su formación jurídica, como que ha realizado diversas especializaciones, demuestran que su acto fue doloso y no obedeció a falta de idoneidad o conocimiento.

d) En cuanto a la privación ilegal de la libertad, como el señor DURÁN estuvo recluso en el comando de policía no por incumplir la citación ni por la orden de captura sino por la intervención de la policía y por la medida disciplinaria adoptada, comportamiento por el que se precluyó la investigación, en realidad no se lesionaron los bienes jurídicos de la administración pública y de la libertad individual. Por lo tanto, el A quo absolvió por este cargo al doctor MONCADA.

EL RECURSO

Para el defensor impugnante, la resolución mediante la cual el doctor MONCADA ordenó la captura de CARLOS HUMBERTO DURÁN MARTÍNEZ no es manifiestamente contraria a la ley, por las siguientes razones:

a) El artículo 376 del anterior Código de Procedimiento Penal autorizaba la captura de quien, citado a indagatoria, no comparecía. Además ordenaba que, una vez recibida, se le liberara de inmediato.

b) Así sucedió en este caso, pues tan pronto el señor DURÁN rindió sus descargos fue puesto en libertad, aunque permaneció retenido pero por razones diferentes que ya fueron objeto de preclusión.

c) Además, el señor DURÁN MARTÍNEZ no se hizo presente a la hora señalada sino treinta minutos después y nuevamente sin abogado.

d) El artículo 123 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al penal por remisión del artículo 21 del Decreto 2.700 de 1991, establece que “las audiencias y diligencias se iniciarán en el primer minuto de la hora señalada para ellas”, de manera que si el citado no llegó a las dos de la tarde significa que no compareció y el fiscal estaba en todo su derecho de ordenar la captura. Que luego de haberla expedido hubiera llegado el requerido, no tiene trascendencia porque la orden ya se había emitido legalmente.

En consecuencia, como el prevaricato por acción exige que la resolución sea manifiestamente contraria a la ley y ello no ocurrió en este caso porque el supuesto previsto en el artículo 376 del anterior estatuto efectivamente se dio, la sentencia debe revocarse para, en su lugar, absolver al procesado.

El procesado, por su parte, sustentó la impugnación con un escrito que esencialmente reitera los argumentos de su apoderado y que niega que tuviera animadversión a DURÁN MARTÍNEZ, a quien, dice, ni siquiera conocía.

CONSIDERACIONES

Como es obvio, la Sala se ocupa exclusivamente de los puntos puestos de presente en la apelación, que se soportan en la refutación de las conclusiones del Tribunal, en cuanto al aspecto objetivo del delito de prevaricato. Lo hace de la siguiente manera:

1. La definición “objetiva” del delito de prevaricato.

El artículo 413 de la Ley 599 del 2000, en descripción similar a la que consagraba el artículo 149 del Decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 28 de la Ley 190 de 1995, define el prevaricato por acción en los siguientes términos:

“El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años”.

En reciente oportunidad la Sala, al examinar el sentido de la manifiesta contrariedad con la ley a que se refiere esta disposición, recordó:

“La jurisprudencia de la Corte, a propósito del ingrediente normativo manifiestamente contrario a la ley, es nutrida sobre el alcance de las palabras de la ley. Así, por ejemplo, ha dicho que la contradicción entre lo hecho por el autor y la ley debe ser ostensible (26 de febrero y 3 de septiembre de 1981, Ms. Ps. Alfonso Reyes Echandía y Alvaro Luna Gómez, respectivamente); que cuando el sentido literal de la norma y la específica finalidad de un texto legal no son suficientemente claros, mientras éste es complejo, o por su confusa redacción admite interpretaciones discordantes, no es posible hablar de un comportamiento manifiestamente ilegal (16 de agosto de 1983, M. P. Alfonso Reyes Echandía); que la actuación adjetivada de prevaricante debe ser ostensible y manifiestamente ilegal, “es decir, violentar de manera inequívoca el texto y el sentido de la norma” (24 de junio de 1986, M. P. Hernando Baquero Borda); que cuando lo plasmado por el servidor se ha fundado “en concienzudo examen del material probatorio y en el análisis jurídico de las normas aplicables al caso, no puede pregonarse la comisión” de prevaricato (ibídem); que no constituye prevaricato la interpretación desafortunada de las normas ni el desacierto de una determinación, pues ese delito implica la existencia objetiva de un texto abiertamente opuesto a lo ordenado o autorizado por la ley (2 de marzo de 1993, M. P. Juan Manuel Torres Fresneda); que el tipo de prevaricato exige, como elemento normativo, que la contradicción entre lo demandado por la ley y lo resuelto sea notoria, grosera o “de tal grado ostensible que se muestre de bulto con la sola comparación de la norma que debía aplicarse” (15

de abril de 1993, M. P. Juan Manuel Torres Fresneda); que para hablar de prevaricato es necesario establecer cuándo los argumentos del servidor, dentro de un campo determinado, resultan aceptables, pues una interpretación loable frente a las singulares trazas que ofrece un caso puede permitir el rechazo del prevaricato (28 de agosto de 1997, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego); que si el comportamiento del funcionario no está acompañado de razones justificatorias, es decir, acordes con los hechos y con el precepto legal, si obedece a su mero capricho, el acto es manifiestamente contrario a la ley (ibídem); y que tal delito se configura si el servidor público profiere concepto, dictamen, resolución, auto o sentencia manifiestamente apartado de la norma jurídica aplicable al caso, haciendo prevalecer su capricho sobre la voluntad de la disposición legal, lo que significa comparar el mandato legal contenido de la norma con lo hecho por el funcionario (14 de marzo y 15 de mayo del 2002, M. P. Fernando Arboleda Ripoll)”1.

2. La orden de captura para indagatoria.

El artículo 376 del Decreto 2.700 de 1991, vigente para la fecha de los hechos, señalaba:

“Citación para indagatoria. El imputado será citado para indagatoria en los siguientes casos:

- 1) Cuando el delito por el que se procede tenga señalada pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos años y el funcionario considere que no es necesaria la orden de captura.
- 2) Cuando el hecho punible por el que se procede tenga pena no privativa de la libertad, pena de arresto, o pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a dos años, siempre que no implique detención preventiva.
- 3) Cuando la prueba sea indicativa de que el imputado actuó en cualesquiera de las

circunstancias previstas en los artículos 29 y 40 del Código Penal.

Si en cualesquiera de los casos anteriores el imputado no compareciere a rendir indagatoria, será capturado para el cumplimiento de dicha diligencia.

Recibida la indagatoria, en los casos de los numerales 2º y 3º de este artículo, será puesto inmediatamente en libertad por providencia de sustanciación” (la Sala destaca los dos últimos incisos).

Obviamente, como sin dificultad alguna se comprende de la simple lectura de la disposición, el único objeto de la orden de captura es lograr la conducción del imputado para efectos de la injurada, de manera que aquélla sería improcedente si éste comparece o no habría lugar a hacerla efectiva si, aún expedido el mandato de aprehensión, el ciudadano se presenta a rendir sus descargos.

Respecto del delito de inasistencia alimentaria, que se enmarca en las previsiones del numeral 2º. porque la pena mínima era inferior a los dos años de prisión, resultaba forzosa entonces la citación para indagatoria y sólo ante la renuencia del imputado podía ordenarse su captura, a condición de liberársele tan pronto se practicara la diligencia.

3. El caso concreto.

Como ya se ha dicho, contra el señor CARLOS HUMBERTO DURÁN MARTÍNEZ se adelantaba un proceso por el delito de inasistencia alimentaria. De la revisión del expediente, se advierten los siguientes hechos:

a) El 9 de marzo de 1998, el fiscal MIGUEL ALFREDO MONCADA ordenó citarlo para indagatoria, lo que en efecto se hizo, convocándolo para el 3 de abril del mismo año, a las 9 a.m.

b) El día señalado, como el imputado se presentó sin abogado que lo asistiera en la diligencia, el fiscal dispuso que se le citara por última vez para el 7 de abril a las 2 p.m., “advirtiéndole que debe presentarse con Abogado y que el incumplimiento dará lugar a librar Orden de Captura en su contra”, decisión de la que fue enterado inmediatamente el señor DURÁN.

c) Una constancia secretarial del 7 de abril, informa que a las 2 p.m. acudió el imputado pero sin defensor, y que cuando se le pidieron explicaciones contestó “en forma burlona, grosera e irrespetuosa”.

d) Ese mismo día, el fiscal MONCADA expidió la orden de captura No. 007, recibida a las 14:30 del 070498. El texto es el siguiente:

“Como quiera que el sindicado no ha comparecido a rendir Indagatoria, habiendo sido citado, se Ordena se CAPTURA, en acatamiento de los preceptos del art. 376 del C. de. P. P. , ofíciase”.

e) Más tarde, a las 4:20 p.m., el comandante de la estación de policía de Tocaima dejó a disposición de la fiscalía al señor DURÁN MARTÍNEZ, precisamente en cumplimiento de la orden de captura anterior, legalizándose la retención a las 4:40 p.m.

f) En la misma fecha, el fiscal le impuso 5 días de arresto inmutable “por desacatar la orden impartida y tratar de impedir la práctica de la diligencia”. En las consideraciones, expresó el funcionario

“... que el sindicado sistemáticamente ha venido incumpliendo la Orden de presentarse con Abogado, teniendo en cuenta el informe rendido por el señor Técnico Judicial, en el que da cuenta de la forma burlona, grosera e irrespetuosa en que el sindicado quiere obstaculizar la práctica de la Diligencia”.

La resolución le fue notificada personalmente al señor DURÁN en la cárcel municipal, a las 5:15 p.m. y comunicada al director del establecimiento a las 4:40 del mismo día 7.

g) El 8 de abril, CARLOS HUMBERTO DURÁN fue escuchado en indagatoria, razón por la cual se ordenó su libertad inmediata. En la boleta de libertad se anotó, sin embargo, que

“Tiene pendiente pena de 5 días de arresto de acuerdo al artículo 258 del Código de Procedimiento Penal”;

y un oficio suscrito por el fiscal, fechado el 7 pero recibido el 8 a las 3:10 p.m., le informaba al director de la cárcel que el arresto se cumplía el día 11.

En contra de las conclusiones expuestas por el Tribunal en el fallo que se revisa para absolver por el delito de privación ilegal de la libertad, de la anterior reseña se aprecia con facilidad que la sanción de arresto impuesta al señor DURÁN, tanto por la norma que se invoca en apoyo² como por su propia sustentación, no fue por el supuesto trato irrespetuoso sino porque acudió al despacho sin abogado, con el propósito de obstaculizar la práctica de la prueba.

No obstante, como la calidad de apelante único que ostenta el procesado le impide a la Sala ocuparse de temas que no fueron motivo de impugnación y que eventualmente podrían agravar su situación, la providencia debe limitarse a examinar el punto atinente al delito de prevaricato por acción.

A este propósito, debe afirmarse que para la Corte no hay duda que la orden de captura fue expedida por el doctor MONCADA después de que se presentara a su despacho el señor DURÁN MARTÍNEZ, y cuando ya éste se encontraba en los calabozos del Comando de Policía, como lo afirmó el agente JAIME CÉSAR CORREA GAMBOA y lo reconoció finalmente el procesado, en la ampliación de indagatoria visible a

folios 66 y 67 del cuaderno No. 2.

El primero dijo que

“... antes de ser conducido el señor al comando, lo espese, lo lleve al Comando y al rato fue cuando llegó la orden de captura, el señor estaba en el Calabozo cuando yo recibí la orden de captura” (fl. 340 C. 1) (se destaca).

Recuérdese que ésta, como se consignó antes, aparece recibida a las 14:30 y para entonces ya había transcurrido bastante tiempo desde que el señor DURÁN había llegado a la fiscalía.

El procesado, por su parte, afirmó que

“... como quiera que DURAN MARTINEZ no cumplió la citación, porque reitero la citación era para las dos de la tarde y el se presentó a las dos y veinte había transcurrido el tiempo suficiente, ahí se dio la circunstancia para la captura facultativa, entonces que sucede, que se aprovecha la situación de que este en el cuartel de la policía y se aprovecha la situación y se libra la orden de captura... no es que al señor se le haya puesto orden de captura por presentarse sin abogado, no, fue porque sencillamente no cumplió con la citación porque repito, la hora judicial había desaparecido, la citación era para las dos y el se presentó a las dos y veinte, ya no era el momento... ” (fl. 66 C. 2) (inclinadas de la Corte).

No tiene razón, entonces, la defensa, cuando sostiene en el argumento central de la impugnación que

“No importa que posteriormente, tiempo después de la hora fijada el procesado hubiese concurrido a la oficina judicial, PORQUE YA CONTRA EL SE HABIA EXPEDIDO DE MANERA LEGAL LA ORDEN DE CAPTURA.”

Por el contrario. Precisamente porque la orden se produjo después de que concurriera el requerido, es por lo que adquiere el carácter de manifiestamente ilegal que se le ha reprochado al procesado.

En fin, si la única finalidad para disponer la aprehensión del renuente era, en términos del artículo 376 del anterior estatuto, su conducción para ser escuchado en indagatoria, ordenar privarlo de libertad a pesar de haber acudido a la citación, no importa que hubiera sido unos minutos más tarde, es una decisión manifiestamente contraria a la citada norma.

Nada justifica la actuación del entonces fiscal MIGUEL ALFREDO MONCADA. Ni sus sospechas sobre la pertenencia de DURÁN MARTÍNEZ a un grupo guerrillero, ni su conocimiento -fundado o no- de comportamientos procesales anteriores, ni su afán por “hacer justicia”. En realidad, la prueba clama que el único motivo que tuvo el procesado para obrar de ese modo fue imponerle una especie de castigo porque aquél no compareció acompañado de abogado. Esto es lo que explica, además, la manera como sustentó la resolución de arresto, apoyada únicamente en el artículo 258 del anterior Código de Procedimiento Penal (arresto inconmutable de uno a treinta días a quien impida, obstaculice o no colabore con la práctica e pruebas durante la actuación judicial).

Como se desprende de la comparación entre ley y comportamiento del procesado, la oposición, sin duda, es patente y, por tanto, manifiesta.

La sentencia impugnada, entonces, merece confirmación.

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

RESUELVE

CONFIRMAR la sentencia dictada el 10 de septiembre del 2002 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, mediante la cual condenó al doctor MIGUEL ALFREDO MONCADA por hallarlo responsable del delito de prevaricato por el que fuera acusado.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE

Salvamento de voto

JORGE A. GÓMEZ GALLEGO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

Comisión de servicio

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE L. QUINTERO MILANÉS

MAURO SOLARTE PORTILLA

Salvamento de voto

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

Este caso, como todos los que tienen que ver con la fijación del concepto de acción en cuanto a su contenido y límites, de suyo sigue correspondiendo a una temática no pacífica ni frente al doctrinante ni menos ante el juez a la hora de precisar en un caso concreto su tipicidad, deambulando entre su unidad y el concurso delictual de orden material.

Así, en este evento, dejando de lado la primera privación de libertad que dispuso el Fiscal acusado, pues fue objeto de preclusión en el momento de calificarse el mérito investigativo, pues se entendió que correspondía al ejercicio correccional del funcionario ante el irrespetuoso tratamiento de que fue objeto por el por indagar, todo ahora se remite a la privación de la libertad que del mismo imputado dispuso por el hecho de haberse rehusado al imperativo de rendir indagatoria en el proceso que se le seguía por inasistencia familiar, pretextando carecer de abogado para que lo asistiera en tal diligencia.

Estos hechos, y como ello se dispuso mediante un auto para luego expedir la orden de detención respectiva, se ha decidido desde la calificación y posteriormente en la sentencia de primera instancia objeto de apelación, tipificarlos como Prevaricato por acción. Y, precisamente, como la Sala Mayoritaria ha decidido compartir el criterio del a quo y, por ende, confirmar el fallo objeto de impugnación, es que he decidido apartarme respetuosamente de esa posición y salvar mi voto, pues considero que aquí el delito que se debió imputársele al funcionario incriminado es el de Privación ilegal de la libertad, ya que el auto fue únicamente el imprescindible medio para lograr el fin propuesto, que en las condiciones procesales dadas, no sería otro que el de privar ilegalmente de la libertad al entonces imputado, no pudiendo trastocarse en tal forma la conducta hasta el punto de tipificar el proferimiento de la decisión y dejar sin tipicidad la privación de la libertad, que era, a no dudarlo el objetivo ilegal propuesto por el sujeto agente.

No se trata aquí de entender que la privación ilegal de la libertad se convierta en

un acto copenado o intrascendente, o por decirlo en términos generales, impune. No. Es que la conducta no puede ser cercenada por el Juez, como a bien lo tenga, sino que debe respetarla en su integridad, en su unidad, conforme realmente se exteriorizó y a partir de ella si determinar su tipificación poniendo en práctica el concepto que legal y jurídicamente considere es el aplicable. Así, en este caso, la acción integral abarca desde su ideación y fijación del propósito del fin hasta que este se realizó, que en términos de los autos, no es otro su alcance que el de comprenderla desde que profirió el auto, libró la boleta de detención y se cumplió la referida privación ilegal de la libertad; por tanto, el auto, es decir, la decisión formalmente procedimental, sólo constituyó un medio para el fin perseguido, todo si se quiere ver muy formalmente la problemática, ya que, a la postre y desde su sustancia, el auto ni siquiera le era imprescindible para ordenar la privación ilegal de libertad del referido imputado, pues bien hubiese podido librar la orden obviando el auto, y en estas condiciones, de igual manera el delito se tipificaría como Privación ilegal de la libertad.

Podría afirmarse que aquí, ante esta discrepancia de criterios, todo radica en pensar si para la Sala Mayoritaria lo que prima es una concepción causalista de acción y para mí la finalista, pero mírese que antes de ello, la situación es que, tanto para una u otra posición doctrinaria, lo que se impone es no desfigurar la conducta, siendo que con base en ella es que, acto seguido, correspondería conceptualizarla dogmáticamente, y aquí lo que ha sucedido es que primariamente la conducta se ha desfigurado, y por tanto, su tipicidad es errónea, toda vez que se ha desconocido, insisto, su integridad y se ha reducido a una parte de ella, y por esto se ha considerado que el delito imputable es el de Prevaricato por acción.

Ahora, si bajo este marco conceptual la tipicidad adoptada impone consecuencia jurídicas procesales para que la Corte procediera a corregir el vicio, bien frente a la declaratoria oficiosa de nulidad por errónea calificación u otra, esto ya es otro problema que debe decidirse dentro de los parámetros procesales pertinentes, que en mi criterio

sería precisamente el enunciado, esto es, el de afectar por viciada la calificación típica que se le dio a la acción atribuida al Fiscal inculcado para que legalmente se rehaga la actuación desde el momento procesal pertinente.

Carlos Augusto Gálvez Argote

Magistrado

Fecha ut supra

SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto que la posición de mayoría merece, procedo a consignar las razones de mi disenso respecto de la decisión de confirmar la sentencia dictada el 10 de septiembre del año 2002 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, mediante la cual condenó al doctor MIGUEL ALFREDO MONCADA por hallarlo responsable del delito de prevaricato por el que fuera acusado.

Como tuve la ocasión de exponerlo en los debates orales de Sala, aunque explícitamente la decisión mayoritaria se refiere al tema de la integración de un concurso de delitos entre prevaricato por acción y privación ilegal de la libertad, conforme a la resolución acusatoria, en el presente asunto los hechos materia de investigación y juzgamiento no permiten afirmar que tal concurso hubiera tenido ocurrencia, y por el contrario corresponden tan sólo a la privación ilegal de la libertad por la cual el procesado fue absuelto en primera instancia sin que dicha decisión hubiere sido objeto de apelación.

En efecto, si bien el Fiscal MIGUEL ALFREDO MONCADA expidió sin autorización legal y sin

fundamento fáctico una orden de captura en contra de Carlos Alberto Durán, para efectos de escucharlo en indagatoria “con el único propósito de imponerle una especie de castigo porque aquél no compareció acompañado de abogado”, como se declaró por la Sala en la sentencia de la cual me aparto, resulta claro que todo confluye a la realización de una sola acción típica, donde la emisión de un acto funcional, a partir del cual la mayoría encuentra la realización de un atentado contra la administración pública, apenas constituye un paso necesario en la afectación de la libertad personal.

En esa medida, el delito de prevaricato por acción, como conducta medio, no resulta jurídicamente evitable, pues la privación ilícita de la libertad de la persona implica necesariamente que el servidor público emita decisión manifiestamente contraria a la ley. Lo cual equivale a entender que aquella conducta se constituye en medio o instrumento imprescindible para la consecución del fin propuesto de afectar ilícitamente la libertad de la persona.

En este caso, esa privación de la libertad de Carlos Alberto Durán Martínez, ineludiblemente tenía que lograrse a través de una decisión judicial manifiestamente contraria a la ley, por lo cual no es válido sostener que la conducta del funcionario se encuentre recogida en el tipo de prevaricato por acción, o que sea posible la existencia del concurso, pues se trata de una única realización típica, la prevista en el artículo 174 del actual Código penal (272 del anterior), que corresponde a la finalidad propuesta por el funcionario acusado y donde queda comprendida la afectación al bien funcional de la administración pública, tal como ha sido declarado por la Sala en asunto similar (Cfr. Sentencia de segunda instancia. Nov. 29 de 2001. Rad. 15467. M.P. Dr. ARBOLEDA RIPOLL).

Por lo anterior no resulta posible entender, en los términos indicados en el fallo, que por la decisión de ordenar la captura y la captura misma puedan derivarse dos finalidades distintas, para concluir la integración de un concurso de delitos entre prevaricato por

acción y privación ilegal de la libertad.

Situación distinta, es que no se comparten las conclusiones del Tribunal en la sentencia materia de la alzada, al decidir absolver por el delito de privación ilegal de la libertad. Sin embargo, dicha decisión se torna jurídica y materialmente intangible, pues al no poder la Corte introducir correctivo alguno a esa determinación sin incurrir en un atentado a la prohibición de reforma peyorativa por ser el procesado apelante único, y sin transgredir la limitada competencia funcional que le otorga la apelación interpuesta, resulta claro que desaparecido el delito contra la libertad personal -fin propuesto por el procesado-, se dispersa asimismo la conducta medio para su realización, referida al atentado contra la administración pública, y la cual, en el contexto de la facticidad, era jurídicamente inevitable.

En consecuencia, soy del criterio que si la finalidad determina la adecuación típica, y si ésta corresponde con el atentado contra la libertad personal por el que el procesado fue absuelto en primera instancia, la Corte no tenía más alternativa que adoptar similar decisión en relación con la conducta medio utilizada para dicho propósito.

Son estos razonamientos los que me llevan a discrepar respetuosamente de la decisión mayoritaria.

MAURO SOLARTE PORTILLA

Magistrado

Fecha ut supra.

1 Sentencia del 27 de septiembre del 2002, radicado 17.680.

2 El artículo 258 del Código de Procedimiento Penal de 1991, disponía: “Sanciones. El funcionario judicial podrá imponer a quien impida, obstaculice o no preste la colaboración para la realización de cualquier prueba durante la actuación procesal, una vez lo oiga en descargos, arresto inmutable de uno (1) a treinta (30) días según la gravedad de la obstrucción y tomará las medidas conducentes para lograr la práctica inmediata de la prueba.

La decisión será susceptible de recurso de reposición, resuelto el cual tendrá cumplimiento inmediato.