

Proceso No 23049

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

APROBADO ACTA No. 051

Bogotá, D. C., veintidós (22) de junio del dos mil cinco (2005).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el defensor del doctor LUIS ÁNGEL VELÁSQUEZ GARCÍA y por la procuradora judicial 152 penal contra la sentencia dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira el 29 de septiembre del 2004, 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 inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 5 años. En el mismo fallo, se abstuvo de condenarlo al pago de perjuicios y suspendió condicionalmente la ejecución de la pena.

ANTECEDENTES

En el proceso que por los delitos de hurto calificado agravado y porte ilegal de armas de fuego adelantaba la fiscalía 15 delegada ante los juzgados penales del circuito de Pereira, a cargo del doctor LUIS ÁNGEL VELÁSQUEZ GARCÍA, contra los señores Nelson Antonio Vallejo Trejos e Iván Albeiro Quintero Arango, la defensa solicitó la libertad

provisional de éstos por haberse producido la indemnización integral de los perjuicios ocasionados.

Mediante resolución del 21 de noviembre del 2002, el fiscal VELÁSQUEZ GARCÍA negó la petición porque no aparecía claro quien había sido el ofendido con el atentado patrimonial, los hechos habían afectado también a un tercero y se vulneró igualmente la seguridad pública, de manera que no podría aludirse a indemnización integral. Apelada la decisión, el fiscal Ad quem la confirmó porque compartió la primera de las razones aducidas por el A quo, pero advirtió que de establecerse “que la indemnización se hizo a quien realmente es el perjudicado, debe otorgarse la libertad pues la causal es objetiva”.

Una nueva solicitud que en el mismo sentido presentó la defensa cuando ya se había cerrado la investigación, fue igualmente negada el 27 de diciembre del 2002 por el fiscal VELÁSQUEZ GARCÍA, porque el del particular no fue el único interés jurídico lesionado y porque la investigación se hallaba cerrada, aunque contra la decisión se tramitaba un recurso de reposición.

Ejerció entonces el defensor de los procesados la acción de hábeas corpus, favorablemente resuelta el 3 de enero del 2003 por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Pereira, que dispuso también compulsar copias para que se investigara la conducta del funcionario judicial.

Un fiscal delegado ante el Tribunal Superior de ese distrito judicial dispuso la apertura de instrucción contra el doctor VELÁSQUEZ y, después de escucharlo en indagatoria, el 21 de febrero del 2003 le dictó medida de aseguramiento de detención por el delito de prevaricato por acción, ilicitud por la que fue acusado por resolución del 28 de mayo del 2004.

Celebrada la audiencia pública, el 29 de septiembre del 2004 el Tribunal Superior de

Pereira dictó el fallo condenatorio a que se hizo alusión, el cual fue recurrido por el defensor del procesado y por la representante del ministerio público.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Para el Tribunal, la claridad del texto legal le imponía al procesado el deber de cumplirlo, sin que pudiera siquiera acudir a los criterios auxiliares consagrados en el inciso 2º del artículo 230 de la [Constitución Política](#).

Para determinar si, en todo caso, era posible justificar la actuación del fiscal a la luz de alguno de los métodos de interpretación del derecho, examinó el problema desde concepciones iusnaturalísticas que, al privilegiar el reconocimiento de derechos fundamentales, priorizan la libertad frente a supuestos valores de seguridad ciudadana, contexto dentro del que repugnan decisiones como la adoptada por el fiscal; y desde otras corrientes contemporáneas de interpretación que, ante la textura abierta de la norma, admiten diversas opciones hermenéuticas razonables, situación que tampoco se presentó en este caso dado el carácter cerrado de la disposición que se negó a aplicar el procesado.

En ocasiones, los márgenes de discrecionalidad son limitados porque la norma, como en este caso, no admite sino una sola interpretación. Y aun, de separarse el intérprete de su significado, sería preciso que explicara con suficiencia las razones de su disenso, en un ejercicio dialéctico que permite un nuevo entendimiento pero no afincado en criterios de autoridad, dogmatismo o arbitrariedad, sino en una argumentación sólida. Tampoco es este el escenario en el que se movió el procesado, cuyo pronunciamiento carece por completo de los señalados lineamientos.

Un tercer ámbito en el que podría ejercerse la labor de interpretación, está signado por la inequidad de la norma, por su injusticia o por no consultar la realidad social, de forma que su aplicación lesiona más derechos de los que pretende proteger. En tal caso, consciente

de su responsabilidad social y legal, el juez puede ensayar otras visiones de la norma pero sólo en tanto la decisión esté precedida de suficiente, sólida y respetable motivación que produzca certidumbre y genere confianza en el sistema. Desde esta perspectiva, la actitud del fiscal es también insostenible.

Apoyado en esas premisas, el Tribunal abordó el estudio de la materialidad de la infracción, confrontó la decisión adoptada por el fiscal con la norma que regía el caso, y concluyó que era absolutamente evidente la ruptura del sistema jurídico ocasionada por el actuar del procesado, comportamiento que sin duda afectó el prestigio de la administración pública.

Finalmente, después de sostener que la jurisprudencia ha dejado de lado la necesidad de acreditar el dolo o la intención en el prevaricato, afirmación equivocada pues lo que ha relevado de prueba es el móvil, reprodujo alguna decisión de la Corte en la que se sostuvo que en estos casos el dolo se traduce en el conocimiento que debe tener el servidor público de la manifiesta ilegalidad de la decisión proferida, para concluir configurada en este caso la responsabilidad del doctor VELÁSQUEZ GARCÍA e imponerle, en consecuencia, las penas mínimas previstas en la ley dada la ausencia de circunstancias agravantes.

También decretó la pérdida del empleo y suspendió condicionalmente la ejecución de las penas, medida de la que expresamente excluyó la accesoria aludida.

LOS RECURSOS

1. Para la procuradora judicial 152 penal la sentencia se debe revocar por ausencia de dolo, pues ciertamente no existía claridad sobre quien debía ser la persona a indemnizar. El documento que después de la decisión del 21 de noviembre fue remitido a la fiscalía tampoco ofrece claridad, porque provenía de otro país y aunque se aprecian sellos y firma del cónsul, esto no fue confirmado. No se trató, entonces, de “una

verdadera indemnización integral, de persona legalmente legitimada”.

También para el fiscal Ad quem, al confirmar la inicial negativa, la identidad del ofendido debía acreditarse con toda claridad y ello, en criterio del ministerio público, no se logró con el simple envío de un documento vía fax desde el exterior, insuficiente para dilucidar el punto. Era necesario escuchar el testimonio del ofendido o al menos verificar la idoneidad del documento, actuaciones que el fiscal consideró no podía hacer porque la investigación se hallaba cerrada.

Insiste que las dudas sobre la identidad de la víctima aun subsisten, porque no se probó, por ejemplo mediante el certificado de la Cámara de Comercio de Pereira, que quien dijo ser indemnizado, Luis Aníbal Seguro Varela, fuera el propietario del establecimiento comercial “El Arriero”. De la comparación del escrito de indemnización con el texto de la declaración que rindió la persona indemnizada mucho después de haber prosperado el hábeas corpus, se concluye que a estas alturas el señor Seguro ignora cómo se hizo realmente la negociación y cuanto dinero recibió, pues quien lo sabe es la señora Gloria Álvarez.

En contra de lo dicho por el Tribunal sobre la falta de sustentación de la decisión calificada como prevaricadora, para el Ministerio Público el contenido era claro e idóneo y permitía concluir que a esa altura del proceso no se configuraba la causal objetiva de libertad provisional.

En la providencia que concedió el hábeas corpus no se examinó si había existido una verdadera indemnización integral y el tema tampoco fue tratado por la fiscalía.

De otro lado, un dictamen del psicólogo forense concluyó que los rasgos de la personalidad del procesado incidieron en la decisión, de manera que esa particular forma de escribir, de sustentar, que se reprocha en el fallo, tiene explicación científica y permite concluir que no obedeció a un querer malintencionado suyo.

Por lo tanto, como en el prevaricato es indispensable que la decisión manifiestamente contraria a la ley haya sido expedida con conocimiento inequívoco de la ilicitud y ese requisito no se configura en este caso, la sentencia de condena debe ser revocada.

2. Para el defensor, el procesado no concedió la libertad provisional “por la gravedad de los hechos, la flagrancia, la reincidencia, la organización criminal al canto y otras afectaciones de derechos, indicativas todas de la necesidad de la restricción excepcional para el cumplimiento de fines legales superiores como el de garantizar la comparecencia de los sindicados al proceso...”, criterios que no son ajenos a la legalidad y que por el contrario encuentran acomodo en el apartado segundo del artículo 3º del Código de Procedimiento Penal. “La negativa de excarcelación -agregó- apuntó a un fin superior de eficiencia investigativa”.

En este sentido la decisión cuestionada no fue manifiestamente ilegal, pues el fiscal tradujo la realidad social que exigía de la ley penal una protección excepcional merced a la neutralización de la actividad delictiva. La sentencia del juzgado, dictada en ausencia, le concedió la razón.

El trato diferente a los procesados lo determinó la profesionalidad criminal de ellos y la inquietud porque continuaran delinquiendo, como lo presagiaba la reincidencia de uno, a quien dos o tres meses antes el Tribunal Superior le había confirmado una sentencia de condena por hechos semejantes.

En esas circunstancias, la restitución de lo apropiado no es un beneficio irreductible, privilegio o blindaje contra el imperio del citado artículo 3º, norma rectora que prevalece sobre cualquiera otra.

Además de la gravedad del delito, la excarcelación se negó por existir duda sobre la indemnización integral, por la reincidencia de uno de los sindicados y por la existencia de un precedente en el que el Tribunal Superior de Pereira confirmó decisión semejante en

asunto de igual naturaleza, adoptada por el Juez Sexto de esa ciudad. A los precedentes de la misma Sala se hizo alusión en el fallo de primera instancia, pero para afirmar que se trataba de situaciones diferentes a la examinada por el doctor VELÁSQUEZ GARCÍA.

Insiste la defensa que la explicación de la decisión reprochada no puede darse desde perspectivas teóricas o filosóficas, sino con apoyo en los hechos y las pruebas que el caso concreto revela, realidades a partir de las cuales se debe valorar la conducta del fiscal, de cuya ilicitud siempre alegó no haber tenido conciencia.

Y aunque la sentencia también dirigió el análisis hacia la prioridad entre el derecho a la libertad individual y el derecho a la defensa de la comunidad, entre el individuo y la sociedad, para privilegiar al primero, lo que debía destacarse era la excepción al derecho individual por la necesidad de cumplir fines superiores del ordenamiento.

Que la libertad del individuo esté por encima de otras consideraciones como la protección de la comunidad, según se dice en el fallo impugnado, no es asunto de fácil definición porque igualmente la Corte Constitucional dijo en la sentencia C-774 del 2001 que la detención preventiva estaba fundada en la prevalencia del interés general.

Cualquiera sea la perspectiva que se escoja, el iusnaturalismo o el positivismo, lo cierto es que dentro de sus alternativas uno es el texto aplicado y otro el inaplicado y en los dos coexiste el elemento común de la amenaza implícita de la organización criminal. Que prevalezca el interés general o el interés individual en la justicia es, en definitiva, lo que debe definir la segunda instancia a la que, desde luego, le solicita revocar el fallo impugnado y, en su lugar, absolver al procesado.

CONSIDERACIONES

1. El caso concreto.

Del proceso adelantado por el doctor VELÁSQUEZ GARCÍA contra Nelson Antonio Vallejo e Iván Albeiro Quintero, se deben destacar los siguientes hechos:

1) El 16 de septiembre del 2002, cuatro individuos que portaban armas de fuego se apropiaron de dos paquetes de dinero que un empleado del establecimiento comercial El Arriero pretendía consignar en una sucursal de Bancafé en la ciudad de Pereira. Ante la presencia de la policía se produjo un intercambio de disparos, en el que resultó lesionada en el cuello una joven así como uno de los asaltantes. En el acto se logró la captura de Nelson Antonio Vallejo Trejos e Iván Albeiro Quintero Arango y se recuperó uno de los paquetes que contenía \$ 2.845.764. El otro, con \$ 4.235.000, quedó en poder de las dos personas que lograron huir.

2) Después de que el 24 de septiembre el fiscal 15 seccional de Pereira asegurara con detención a los sindicados por el delito de hurto calificado agravado, el 15 de noviembre el defensor solicitó la libertad provisional con base en la causal 7ª del artículo 365 del Código de Procedimiento Penal y anexó a la petición un escrito firmado por William Montoya Cartagena y Luis Eduardo Gaviria Benítez, en el que el primero manifestaba haber recibido del defensor de los detenidos la suma de \$ 4.500.000 por concepto de indemnización de los perjuicios materiales y morales sufridos.

3) El 21 de noviembre del mismo año el fiscal seccional, doctor VELÁSQUEZ GARCÍA, negó la libertad por las siguientes razones:

a. No se puede admitir que exista reparación integral en este caso, porque además del delito contra el patrimonio económico se afectó la seguridad pública y también resultó herido un tercero.

b. Quien se declara indemnizado, William Montoya Cartagena, no tiene interés en el proceso. El dinero recuperado lo reclamó -y le fue entregado- Gloria Cecilia Álvarez Muñoz, mediante escrito en cuya parte superior aparece Luis Aníbal Seguro Varela

como propietario del establecimiento comercial Depósitos El Arriero.

c. En los hechos fue herida una joven, quien también sería titular de la acción indemnizatoria.

d. Impugnada la resolución, el 18 de diciembre siguiente fue confirmada por la fiscalía 3ª delegada ante el Tribunal Superior de Pereira, que igualmente expresó su incertidumbre sobre la real identidad del ofendido y precisó que,

Una vez aclarado el aspecto relativo a quien realmente es el perjudicado y se le haya escuchado en testimonio, tal como se hizo mención en párrafo anterior, se de ello se desprende que la indemnización se hizo a quien realmente es el perjudicado, debe otorgarse la libertad pues la causal es objetiva.

Previamente, el fiscal Ad quem había señalado que a los sindicatos no se les imputó el delito de lesiones personales y tampoco aparecía constancia de haberse formulado la necesaria denuncia, pues la incapacidad fue de 22 días. Igualmente anotó que el porte de armas no era óbice para conceder la libertad provisional, porque de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 357 del estatuto procesal, por esa conducta no se debe resolver situación jurídica y, por lo tanto, no procede la imposición de medida de aseguramiento.

5) El 26 de diciembre, la defensa solicitó nuevamente la libertad provisional con apoyo en la misma causal antes aducida porque al despacho fiscal fue remitido por fax un escrito, cuyo contenido fue reconocido ante el cónsul de Colombia en Santo Domingo de los Colorados, Ecuador, en el que Luis Aníbal Seguro Varela explicó los detalles de la indemnización y la razón por la que se le había entregado, por instrucciones suyas, al administrador del depósito, William Montoya Cartagena.

6) Al día siguiente, el 27, el doctor VELÁSQUEZ GARCÍA negó de nuevo la solicitud. Dijo

que la libertad provisional no era procedente, porque también había sido ofendida la seguridad pública. Después de afirmar que la investigación se había clausurado, sin aducir esa precisamente como causa de la negativa, sostuvo que el despacho mantenía la posición expresada en septiembre 24 y noviembre 21, cuando se preguntó: "... Como queda resarcida la sociedad ante un hecho criminal de los que hoy se investiga en esta fiscalía y donde la SEGURIDAD PÚBLICA también fue ofendida?..."

7) Ante esta situación, el defensor de los sindicatos interpuso la acción de hábeas corpus cuya prosperidad declaró el 3 de enero del 2003 el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Pereira, porque de la solicitud de entrega del dinero hecha por la tesorera del establecimiento y de un contrato de trabajo aportado al proceso podía concluirse que el propietario del depósito era el señor Luis Aníbal Seguro Varela, precisamente el mismo que dirigió el último escrito al fiscal seccional. Agregó que las lesiones personales no son objeto de investigación en ese proceso y el porte ilegal de armas es conducta que no requiere resolver situación jurídica y por tanto no procede medida de aseguramiento.

8) El 14 de enero del 2003, el fiscal VELÁSQUEZ GARCÍA dictó resolución acusatoria contra los dos sindicatos por los delitos de hurto calificado agravado y porte ilegal de armas de fuego.

Sobre la libertad provisional, dijo:

A través de la interposición de un recurso de HABEAS CORPUS se dio la LIBERTAD PROVISIONAL a los vinculados. Tal proceder no es objeto de cuestionamiento por este operador. Será la historia y posteriores pronunciamientos que determinarán la legitimidad o no de tal reconocimiento. Sin excluir que el Fiscal Quince (15) Delegado ante Juez Penal del Circuito se plega a lo dictado por la Constitución y la ley y bajo esa orientación un delito de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO en concurso con PORTE ILEGAL DE ARMAS y con circunstancia agravada no es de naturaleza excarcelable.

Y agregó:

De la libertad por el momento este despacho tiene la obligación de no pronunciarse, pues se otorgó libertad provisional no compartida. Será el juez de la causa quien determinará si frente a los hechos investigados es procedente o no la concesión de tal beneficio.

2. El aspecto objetivo del delito de prevaricato.

El artículo 413 de la Ley 599 del 2000 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 pasada 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) (Sentencia del 27 de septiembre del 2002, radicación 17.680).

Comparando los dos puntos acabados de sentar, se precisa determinar, entonces, si la decisión del doctor VELÁSQUEZ GARCÍA de negar la libertad provisional por

indemnización integral en un proceso por hurto calificado agravado y porte ilegal de armas, contraría la ley de manera manifiesta.

El artículo 365.7 de la Ley 600 del 2000, dispone:

ARTÍCULO 365. Causales. Además de lo establecido en otras disposiciones, el sindicado tendrá derecho a la libertad provisional garantizada mediante caución prendaria en los siguientes casos:

7. En los delitos contra el patrimonio económico, cuando el sindicado, antes de dictarse sentencia, restituya el objeto material del delito, o su valor e indemnice integralmente los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado.

Se trata, como ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación, de una causal objetiva de libertad para cuya concesión, precisamente por serlo, no se requiere hacer ninguna valoración, como que

Cuando el ofendido o perjudicado con la infracción ha manifestado ‘bajo la gravedad del juramento’ su concreta pretensión y el procesado aceptando la cuantía y el valor de los perjuicios, consigna el dinero a favor del juzgado, procede de inmediato la excarcelación, siempre y cuando cumpla los requisitos para su otorgamiento, es decir, la caución y la suscripción de la diligencia de buena conducta y presentaciones periódicas (Auto del 11 de octubre de 1989, radicación 3.849).

Más recientemente, aunque con relación a la disminución de pena por restitución e indemnización de perjuicios en delitos contra el patrimonio económico, dijo la Sala en palabras igualmente aplicables a la causal de libertad a que se viene haciendo referencia:

La rebaja de pena no es facultativa del juez. Cumplido el supuesto fáctico, se aplica la consecuencia jurídica correspondiente sin que interese determinar el motivo que

indujo a la restitución o indemnización, valoraciones subjetivas que no hacen parte de los requisitos consagrados en la ley (Sentencia del 13 de febrero del 2003, radicación 15.613).

De manera que en estos casos el único control que puede ejercer el funcionario judicial es que en efecto se haya producido la indemnización y que ésta sea integral, es decir, que satisfaga razonablemente las pretensiones de la víctima, lo cual supone, desde luego, que sea ésta y no un tercero ajeno a la ilicitud quien resulte resarcida.

Referida la acusación a la segunda de las providencias que negaron la excarcelación, esto es, la proferida por el doctor VELÁSQUEZ GARCÍA el 27 de diciembre del 2002, debe recordarse que su sustento no fue la falta de identificación del perjudicado sino que además del patrimonio particular también había sido quebrantada la seguridad pública, lo que expresamente lo llevó a reiterar la pregunta formulada en las resoluciones del 24 de septiembre y del 21 de noviembre: "... Como queda resarcida la sociedad ante un hecho criminal de los que hoy se investiga en esta fiscalía y donde la SEGURIDAD PÚBLICA también fue ofendida?..."

Por eso en la indagatoria, preguntado sobre su comprensión de la causal 7ª del artículo 365 del Código de Procedimiento Penal, precisamente la que se negó a aplicar, dijo:

En el caso que hoy me tiene como sindicado, la motivación que me da para reafirmarme y que no hay operancia a la libertad provisional fue: Hubo vulneración del patrimonio económico y moral de un tercero y la indemnización no ha sido integral, pues el proceso no ha terminado y hay un hecho objetivo como fue la lesión que sufrió una empleada de un almacén a quien se incrustó un impacto de bala en el cuello, esa parte debe ser ventilada en la etapa del juicio; también porque amparado en valoración probatoria, el porte ilegal de armas de fuego allí desplegado fue con circunstancia

agravada; también estimé no dar la libertad porque uno de los vinculados tiene sentencia condenatoria por mismos hechos en grado de tentativa y anexos a la investigación, porque a la Fiscalía Quince se arrimó un ciudadano y una vez capturados manifestó que esas mismas personas y en las mismas circunstancias lo habían atracado y hay referencias, en la Fiscalía Local los tienen vinculados por la misma modalidad de hechos. Esas circunstancias generan en el operador jurídico una visión jurídico-penal fuerte y motivada para entender que una de las funciones del Delegado del Fiscal General de la Nación e inserta en la Constitución es hacer comparecer a los presuntos infractores ante Juez competente. Con base en esa realidad objetiva estimo que el Fiscal no es un ser mecánico y tiene derecho a conceptuar y a valorar la prueba.

Por esta razón, no son de recibo los argumentos de la procuradora judicial que justifica la decisión cuestionada por la duda que en su opinión aún subsiste sobre la identidad del ofendido, circunstancia que, valga en todo caso aclararlo, no daría lugar a la falta de dolo que alega a favor del procesado sino a la ausencia de tipicidad objetiva, porque la providencia, por consultar la realidad procesal, no podría ser catalogada de contraria a la ley.

La Sala constata que la materialidad de la ilicitud surge nítidamente acreditada de la confrontación objetiva entre el hecho alegado para reclamar la libertad (indemnización integral en delito contra el patrimonio económico), la causal de excarcelación aducida y los argumentos expuestos por el fiscal seccional para negar la petición.

Como el derecho a la libertad cuando se resarcen los perjuicios ocasionados por un delito contra el patrimonio económico no exige, según quedó visto, ninguna valoración sobre la gravedad del comportamiento, la personalidad del agente o las circunstancias del hecho, es claro que el doctor VELÁSQUEZ GARCÍA no podía negarlo con base en argumentos de esa naturaleza. Menos en defensa de intereses de terceros como la joven que resultó lesionada, porque este hecho no era objeto de averiguación en ese

proceso y la ofendida ni siquiera formuló la querrela por unas lesiones que, atendida la incapacidad que le generó, era requisito de procedibilidad. Tampoco porque se hubiera ofendido también la seguridad pública en razón del delito de porte ilegal de armas de fuego, porque esta ilicitud no amerita resolución de situación jurídica ni medida privativa de libertad, como oportunamente le advirtió el fiscal Ad quem al A quo.

Cierto que en la labor interpretativa el funcionario judicial puede optar por la decisión que según su juicioso criterio realice de mejor manera los supremos valores de justicia, bien común y seguridad jurídica en un Estado social y democrático de derecho, que consulta no sólo los intereses de las personas vinculadas al proceso penal sino también los de las víctimas y los de la sociedad en su conjunto. Pero esa respuesta tiene que respetar los parámetros establecidos por el propio ordenamiento jurídico o, dicho en otros términos, debe ser una opción válida, plausible, razonable.

Establecer exigencias no previstas en las normas para el reconocimiento del derecho a la libertad, oponer a su concesión inexistentes requisitos relacionados con la seguridad pública o con la defensa de la comunidad, revelan el carácter ilegal de la decisión en cuanto contraría de manera manifiesta los textos legales.

No puede aceptarse, por lo tanto, que la escogida por el doctor VELÁSQUEZ GARCÍA fuera una de las rutas posibles para la realización del derecho en pro de solucionar una pretendida tensión entre los artículos 3º y 365 del Código de Procedimiento Penal, como lo pregona el defensor, pues justamente aquella disposición le fija unos fines a la detención preventiva entendida no como la podría imaginar o anhelar el intérprete judicial, sino precisamente “en los términos regulados en este código” (artículo 3.2, ibídem).

Y uno de esos términos, no cabe duda, es que cuando se presenten unas muy específicas circunstancias previstas por el legislador, la detención preventiva tiene que ceder ante el derecho a la libertad.

3. El aspecto subjetivo del prevaricato

El delito de prevaricato solo admite la modalidad dolosa, es decir, exige que el autor realice la conducta objetivamente definida en la ley con intención y voluntad de violentar un bien jurídico. Sobre el punto, la Corte ha expresado lo siguiente:

Cuando a la solución jurídica prevista por el ordenamiento vigente para el caso concreto, el funcionario antepone su voluntad o capricho sobre la norma legal que por conocerla está en la obligación de aplicar y sin embargo voluntariamente transgrede, generando con ello una manifiesta disparidad entre el derecho aplicable y el aplicado al caso, y, de contera, afectando el bien jurídico administración pública expresado en el sometimiento del Estado a la legalidad en sus relaciones con los particulares, en virtud de la cual, los asuntos de conocimiento de sus agentes deben resolverse según la normatividad que los rige, pues sólo de esta manera se puede garantizar la vigencia del ordenamiento y la pacífica convivencia en el medio social (Sentencia del 2 de mayo del 2001, radicación 13.683).

Días después, explicó:

El delito de prevaricato solo admite la modalidad dolosa, y el dolo es, de una parte, conocimiento y comprensión de la tipicidad objetiva y de la antijuridicidad de la conducta; y, de la otra, querer, es decir, voluntad, de realizar ese comportamiento que se sabe ilícito. Para efectos del prevaricato se requiere, entonces, primero, que el actor tenga conciencia de que con su actuar transgrede ostensiblemente la normatividad, de que con su acción causa daño o riesgo para un bien jurídico tutelado; y, segundo, que teniendo claro lo anterior, opte por dirigir voluntariamente su comportamiento hacia la lesión (Sentencia del 25 de febrero del 2003).

Posteriormente, agregó:

El actuar doloso en el prevaricato, como viene en juzgarlo la Sala, requiere entendimiento de la manifiesta ilegalidad de la resolución proferida y conciencia de que con tal proveído se vulnera sin derecho el bien jurídico de la recta y equilibrada definición del conflicto que estaba sometido al conocimiento del servidor público, quien podía y debía producir un pronunciamiento ceñido a la ley y a la justicia (Cfr. sentencia mayo 20 de 1997).

...

Sólo es fundamental que se tenga conciencia de que el pronunciamiento se aparta ostensiblemente del derecho, sin que importe el motivo específico que el servidor público tenga para actuar así (Sentencia del 15 de septiembre del 2004).

Y recientemente, aun cuando refiriéndose al prevaricato por omisión, dijo:

Ahora, en su aspecto subjetivo y dado que la conducta de prevaricato por omisión es delito eminentemente doloso, necesario se torna partir del concepto de dolo que, conforme la dogmática penal, es “el saber y querer la realización del tipo” y, en términos del Art. 36 del C. Penal de 1980, vigente para la época de los acontecimientos, existe dolo cuando el agente realiza la conducta tipificada en la ley sabiendo que lo hace y queriendo llevarla a cabo, y también cuando la acepta previéndola al menos como posible; de lo cual se sigue que el dolo está integrado por dos componentes, tanto en los tipos comisivos como omisivos, uno intelectual, cognitivo o cognoscitivo y otro volitivo.

El primer momento comprende el conocimiento que se tiene del hecho punible -el tipo en su aspecto objetivo- en tanto que con el segundo se precisa de que el agente también quiera la realización del tipo, esto es, que tenga voluntad de concurrir a la conducta omisiva.

...

Siendo este delito esencialmente doloso, requiere necesariamente que cualesquier conducta de las descritas en el artículo 150 del Código Penal de 1980 -Art. 414 de la Ley 599 de 2000-, esté precedida del conocimiento y voluntad claros de faltar a la lealtad debida en el ejercicio de dicha función.

“porque no es posible concebir el dolo sin el conocimiento y la voluntad del supuesto amenazado con pena” -Cfr. Proveídos del 28 de septiembre de 1993 y 18 de mayo de 1999, Rdos. 8250 y 11726, M.P. Dídimo Paez Velandia- (Sentencia del 23 de febrero del 2005).

Volviendo al caso concreto para parangonarlo con lo inmediatamente anterior, se tiene que no obstante que la materialidad de la infracción se encuentre, como se ha dicho, plenamente acreditada, es evidente que ello, por sí solo, no permite predicar responsabilidad del autor del tipo objetivo de prevaricato, esto es, que confluya además, entre otros elementos, la tipicidad subjetiva.

La conciencia de la palmaria contrariedad de la decisión con la ley, de la “manifiesta disparidad entre el derecho aplicable y el aplicado al caso”, no aparece plenamente demostrada en este proceso. En efecto:

Uno. El doctor VELÁSQUEZ GARCÍA es una persona que ante el observador genera controversia. Baste tener en cuenta que algunos profesionales del derecho que han tenido procesos en su despacho, hablan mal de él y que otros hablan bien de él. No es, entonces, de esas personas que se acomodan para que todos hablen bien de ella.

El doctor VELÁSQUEZ GARCÍA ha sido objeto de investigaciones disciplinarias e incluso se le ha sancionado, pero lo ha sido por incumplimiento de horarios en las diligencias y se le ha recriminado, por ejemplo, por ausentarse en misión oficial sin

comunicar a uno de los jueces ante el cual cumple función de fiscal. También ha sido denunciado penalmente pero carece de antecedentes.

De él se afirma que es retraído, parco, pragmático, acelerado, estricto y nervioso. Pero también que es humano, cordial, atento y correcto.

Es una persona que cae bien a unos y cae mal a otros; es una persona que por su comportamiento ha sido objeto de etiquetas, unas positivas, otras negativas. Tanto, que, en líneas generales, los funcionarios judiciales que han declarado sobre su conducta laboral -fiscales y jueces-, afirman que es un buen servidor de la justicia; tanto, que para resolver su situación jurídica fue menester una reunión previa de cognoscentes y sus superiores jerárquicos.

Pero nadie, eso sí, como emana del expediente, ha dicho que sea deshonesto, que infrinja la ley con ánimo torcido, que delinca.

El procesado tiene trayectoria judicial; desde el punto de vista cualitativo ha sido calificado con resultados aceptables; es multiplicador oficial de conocimientos; ha sido comisionado en varias ocasiones por la fiscalía para que la represente; se ha dedicado a profundizar el derecho de los derechos humanos; tiene por "vicio" la lectura; y a pesar de poder acceder al derecho a unas "vacaciones" de cinco días para unas navidades, siguió prestando sus servicios "porque tenía mucha carga laboral", como lo acredita la Dirección Seccional de Fiscalías.

De una persona como la descrita se puede esperar cualquier adjetivación y cualquier evaluación. Todo depende de cómo la miren los demás, es decir, de los calificadores. Por eso, se repite, para un sector testimonial, es un funcionario cabal; para, otro, no.

A pesar de lo anterior, nada refleja que, en el caso concreto, haya querido desviar la ley, o haya querido simular una postura jurídica con el propósito de causar daño a la

administración pública.

Del balance que hace la Corte de los “sí” y los “no” que se perciben en el expediente en relación con el doctor VELÁSQUEZ GARCÍA, concluye que de su comportamiento habitual no es posible desprender conducta dolosa frente al caso concreto. Y la Sala no lo supone: lo extracta del expediente, particularmente de los testimonios de quienes lo ven actuar judicialmente a diario, entre ellos los doctores Hernando Torres (fl. 329, 1); Heroel Giraldo (fl. 338, 1); Amparo Cerón Ojeda (fl. 412, 1); Joel Darío Trejos Londoño (fl. 540, 2); María Consuelo López Montes (fl. 542, 2); Olga Cecilia Arenas (fl. 619,2); y Esteban Jaramillo Campuzano (648, 2).

De la personalidad laboral del procesado, entonces, surge la ausencia de conciencia y voluntad de violar la ley, personalidad que ha sido bien recibida por el Tribunal de Pereira, Corporación que, palabras más, palabras menos, por ello, entre otras cosas, le reconoció el derecho a la condena de ejecución condicional.

Dos. Aunque el procesado no se refirió en su indagatoria a otras decisiones semejantes que en el mismo distrito judicial en que laboraba se adoptaron por jueces y magistrados, ahora se sabe, porque sus copias fueron aportadas luego, que en auto del 18 de noviembre del 2002 el Juzgado 6º Penal del Circuito de Pereira negó la libertad provisional a que se refiere el numeral 7º del artículo 365 del estatuto procesal penal a una persona acusada por los delitos de hurto calificado agravado y porte ilegal de armas con argumento idéntico al suyo, si bien el Tribunal lo morigeró agregando que la indemnización y reparación no había sido del todo cierta porque el dinero no fue restituido sino recuperado.

Así se pronunció ese despacho:

Además no es aconsejable que en casos de extrema gravedad como el que ahora se analiza, en donde varios hombres fuertemente armados ingresan a un establecimiento

bancario se apoderan de una gruesa suma de dinero y ponen en riesgo evidente la vida e integridad personal de usuarios y trabajadores bancarios se disponga la libertad de quien así actúa.

También en oportunidad anterior -30 de diciembre del 2000- el mismo fiscal VELÁSQUEZ GARCÍA negó liberar a varios sindicados por delitos de hurto calificado agravado y porte ilegal de armas de fuego, porque

Los intereses afectados son el patrimonio del particular y la Seguridad Pública. La punibilidad es clara y la estrategia de pasar escritos y alegar presunta "... indemnización y pago de perjuicios..." no le quita la gravedad al hecho. Es preciso dar la oportunidad al Juez de la causa y en caso de llegar a esa instancia que determine él y a través de su discrecionalidad sobre la libertad. Sin ser peligrosista, no se compadece con el conglomerado social acciones de este tipo, que generan pánico, desánimo y consecuencias sociológicas incalculables y en detrimento de la tranquilidad y seguridad públicas. No es procedente pues lo solicitado a través de memoria por el apoderado de los implicados, y las actividades "decembrinas" y la alegada "indemnización material y moral" no es suficiente".

No obstante que el fiscal Ad quem confirmó la negativa pero por razón de la captura en flagrancia que respecto del porte ilegal de armas exigía detención en el Código de Procedimiento Penal de 1991 (artículo 397.5), el Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira ratificó la decisión cuando ya había entrado a regir la Ley 600 del 2000 -la providencia está fechada 31 de julio del 2001-,

Porque la investigación y la acusación se realizó en razón a un concurso de hechos punibles, hurto calificado y agravado y, por porte ilegal de armas de fuego de defensa personal; y es precisamente por el delito conexo que atenta contra el bien jurídico de la seguridad pública que se ha denegado el beneficio liberatorio que se impetra...

El punto crítico y revelador de la negativa de la libertad de los acusados se refleja en las singulares características de la conducta criminosa o sus modalidades del porte ilegal de armas, hecho punible que fundó en el instructor la convicción de la necesidad o conveniencia de prohibir la libertad por razón de lo preceptuado en el artículo 415-1 del extinto código de procedimiento penal (Dto. 2700 de 1991); con atinadas reflexiones censuró y reprochó de modo simplificado la conducta punible que se perpetró con el arma de fuego, agregando el peligro que se torna para la seguridad pública la utilización de dicho artefacto en la forma como se consumaron los hechos.

El ambiente judicial-interpretativo señala algo indiscutible: la conclusión elaborada por el doctor VELÁSQUEZ GARCÍA no se hallaba huérfana. Otros funcionarios pensaban en forma similar. Ello, por supuesto, también pudo inducir al error hermenéutico. Y el ex fiscal procesado no creó una “nueva” forma de ver las cosas, para el caso concreto. No. Pensaba así y durante el proceso en su contra siguió creyendo lo mismo.

Tres. Es conveniente transcribir, para respaldar lo dicho, apartes del dictamen psicológico que se le practicó al procesado para atender una petición de la defensa:

Se observa que el examinado posee rasgos de una personalidad obsesivo compulsiva, sobresale en él lo siguiente: Preocupación por el orden, el perfeccionismo y el control mental e interpersonal, a expensas de la flexibilidad, la espontaneidad y la eficiencia, intenta mantener la sensación de control mediante una atención a los detalles triviales, los protocolos, las formalidades que lo pueden llevar a perder el punto de vista principal de la actividad (...), terco, llevado de su parecer, esto lo torna en ser poco flexible en temas como la moral, la ética y los valores, se forza a sí mismo y a los demás a seguir principios morales rígidos y unas normas de comportamiento rígidas y estrictas, regido y respetuoso de la autoridad y las normas, insistiendo en el cumplimiento al pie de la letra, sin que logre incorporar una flexibilidad en estas apreciaciones (...), dado a ser obstinado llegando en ocasiones a la irracionalidad para que todo se haga a su

manera (...). Le cuesta estar de acuerdo con las ideas de los demás, reacio al cambio, una persona con este rasgo de personalidad, aunque reconozca el hecho que transigir puede ir en beneficio propio, tenderá a negarse a ella obstinadamente, argumentando que se mantiene en su actitud “por principios”.

El doctor Velásquez García a lo largo de su existencia se ha refugiado en su mundo de creencias, de ideales, esto le permite tener una seguridad, una protección frente a las amenazas que surgen de su interior y que percibe en el mundo exterior. Ha encontrado en la figura del Quijote de la Mancha una persona con la cual él se identifica plenamente, percibe en este personaje el ideal de los principios, de la ética y la moral que a él le deben de guiar en esta tierra, idealiza el mundo, el entorno y él mismo, ve en personajes históricos como Simón Bolívar personas las cuales él debe seguir como modelos dignos de identificarse.

De acuerdo a lo solicitado por el abogado defensor del doctor Velásquez García se puede señalar lo siguiente: El examinado presenta características muy acentuadas de una personalidad obsesivo compulsiva, esta forma de ser no se escoge, es imperativa en él y de poca flexibilidad; por ser una forma de ser, siempre va a estar presente en todos sus actos en consecuencia también jugó un papel en la decisión que judicialmente se le investiga.

Quizás por esa estructura de personalidad, el doctor VELÁSQUEZ GARCÍA no entendía que contrariaba un texto legal sino que realizaba el valor de la justicia desde su particular perspectiva, la misma que le llevó a expresar en la indagatoria:

En conclusión, esa cantidad de situaciones objetivas son las que me motivan a sostener mi criterio y es una valoración jurídico legal y no una posición caprichosa.

Sea, pues, porque su rigidez ética y ontológica lo lleva como Quijote redivivo a imponer su particular visión de lo justo suprimiendo la conciencia de la ilicitud que significa

adoptar decisiones que contrarían la ley pero reivindican su noción de justicia, o porque en el medio jurídico en el que transcurría su quehacer judicial negar la libertad provisional en las condiciones en que lo hizo no constituía proceder inusual o reprochable, lo cierto es que el doctor VELÁSQUEZ GARCÍA actuó con la convicción de hacerlo dentro de los marcos de la juridicidad, error que excluye la “culpabilidad” o, si se prefiere, la verificación positiva del “tipo subjetivo”.

En consecuencia, la Sala revocará el fallo impugnado y, en su lugar, absolverá al procesado del cargo por el que fue convocado a juicio.

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

REVOCAR la sentencia dictada el 29 de septiembre del 2004 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira y, en su lugar, ABSOLVER al doctor LUIS ÁNGEL VELÁSQUEZ GARCÍA del cargo de prevaricato por acción por el que fue convocado a juicio.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN

JORGE L. QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria