

Proceso No 30640

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Acta No. 348

Bogotá D.C., tres (3) de diciembre de dos mil ocho (2008)

Realizada la audiencia pública conforme lo dispone el artículo 333 de la Ley 906 de 2004, se pronuncia la Sala sobre la solicitud de preclusión formulada por el Fiscal General de la Nación a favor del doctor JAIRO JOSÉ AGUDELO PARRA, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

HECHOS

Mediante sentencia de primera instancia proferida el 30 de junio de 2005 por el Juez Veintiuno Penal del Circuito de Bogotá, fue condenado a cuarenta y ocho (48) meses de prisión el señor EDDER SAMUEL TÉLLEZ OSMA, al hallarlo penalmente responsable de los delitos de falsedad en documento privado, en concurso homogéneo y heterogéneo con hurto agravado por la confianza; además, se le negó tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria. Dicha providencia fue apelada y le correspondió desatar el recurso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal.

Posteriormente, el 9 de agosto de 2005, el Juez Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad concedió la libertad condicional al señor TÉLLEZ OSMA, quien se encontraba descontando pena de catorce (14) meses de prisión impuesta por el Juzgado Ochenta y Siete Penal Municipal de Bogotá como autor penalmente responsable del delito de hurto agravado. En consecuencia, dispuso librar boleta de libertad No. 104 de 2 de septiembre del mismo año, la cual no se materializó porque mediante auto de septiembre 7 de 2005, el doctor JAIRO JOSÉ AGUDELO PARRA, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, ordenó comunicar al Director de la Penitenciaría Central La Picota que era requerido dentro de la actuación y librar la respectiva boleta de encarcelamiento.

Finalmente, el 23 de septiembre de 2005, la Juez Novena Penal Municipal de Bogotá, con funciones de conocimiento, declaró procedente la solicitud de habeas corpus interpuesta a favor de EDDER SAMUEL TÉLLEZ OSMA, ordenó su libertad inmediata y dispuso compulsar copias de la decisión con destino a la Fiscalía General de la Nación para que investigara la conducta del Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, quien prolongó ilegalmente la privación de la libertad del accionante, al mantenerlo detenido durante diecisiete (17) días, con desconocimiento de las previsiones consagradas en la Ley 600 de 2000, artículo 188, según las cuales, cuando se niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la captura sólo puede ordenarse si la sentencia se encuentra en firme, salvo que durante la actuación procesal se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención preventiva.

FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD

1. El Fiscal General de la Nación, presentó solicitud de preclusión, conforme a los preceptos contenidos en los artículos 331 y 332 de la Ley 906 de 2004 y luego de señalar el delito de prolongación ilícita de la privación de la libertad, previsto en el artículo

175 del Código Penal, como hipótesis para una imputación jurídica, relacionó los elementos probatorios con los que se cuenta en la actuación; además, sustentó la petición de preclusión porque en su criterio, se encuentran acreditados los supuestos que estructuran la causal consistente en la atipicidad del hecho investigado.

2. Durante su intervención en la audiencia, el señor Fiscal doctor OMAR ZARABANDA en su calidad de Fiscal General de la Nación, encargado, por encontrarse éste ausente temporalmente, manifestó que se encuentran inmersos en el artículo 333 de la Ley 906, numeral 4, por “Atipicidad de la conducta”.

Cuando el doctor JAIRO AGUDELO PARRA tuvo la oportunidad de revisar el expediente, dadas sus angustias personales y el cúmulo de trabajo, violó el deber objetivo de cuidado en la medida en que por negligencia no revisó el expediente, confió por el principio de confianza en la persona que le colaboraba y en lo que éste le dijo, no revisó entonces la disposición pertinente y por eso puede hablarse de tipicidad objetiva; sin embargo, un elemento sustancial del tipo penal por el que aquí se le investiga, artículo 175 del Código Penal, no se estructura en este caso porque falta el factor subjetivo, esto es, este delito exige inequívocamente el dolo, por tanto, el funcionario además de conocer la ilicitud del comportamiento, debe haber querido su realización.

Afirma el Fiscal General de la Nación que el doctor JAIRO AGUDELO acepta no haber tenido la precaución de revisar la norma, pero advierte que no se evidencia la intención o ánimo de causar un daño a quien hoy interviene en las diligencias en su calidad de víctima.

La Fiscalía entiende y considera que aquí no hay tipicidad subjetiva por ausencia de dolo en la conducta del doctor JAIRO AGUDELO PARRA; siendo ello así, la Fiscalía está obligada a acudir a la Corte para solicitar preclusión de la investigación cuando se presenta atipicidad subjetiva.

En resumen, solicita preclusión de la investigación por atipicidad subjetiva.

3. La Víctima no se opone a la solicitud de preclusión elevada por el Fiscal General de la Nación (encargado)

4. El defensor de la víctima señala que es deber de todas las personas que imparten justicia, verificar que las actuaciones y las actividades que delegan en sus colaboradores estén ajustadas a derecho y, si bien considera que no existe el elemento subjetivo, si destaca que se actuó contrario a derecho, normas de orden procesal y de obligatorio cumplimiento, que crearon un perjuicio a la víctima. Esta conducta debe reprocharse porque en muchas ocasiones, en forma involuntaria se afecta la vida de las personas.

5. El Agente del Ministerio Público efectuó un breve relato de los hechos que fundamentan la presente actuación y resalta que ello obedeció a que se inaplicó o se aplicó de forma indebida el artículo 188 del Código de Procedimiento Penal.

Correspondía al Magistrado verificar si el procesado tenía detención preventiva y si ella había operado en el proceso, no podía referirse simplemente a que no se le concedió la suspensión provisional, ni la prisión domiciliaria, pues desconocer la norma tipifica de manera objetiva el ilícito de la prolongación ilícita de la privación de la libertad.

Empero, es necesario verificar si la conducta del doctor AGUDELO PARRA estuvo dirigida a desconocer la norma y afectar el derecho a la libertad del procesado y concluye que existió una falta de cuidado del Magistrado, quien debió verificar la existencia de una medida restrictiva de la libertad y en esa medida solicita que se reconozca la causal 4 del artículo 333 que impetra la Fiscalía.

6. El indiciado sólo agregó que la interpretación que se ha hecho por las demás partes e intervinientes sobre las circunstancias que rodearon el caso, es justa y, por ende, coadyuva la petición de preclusión.

7. El defensor sostiene que no existió dolo en la conducta de su representado y, en

consecuencia, se allana a las posturas, postulaciones y conceptos emitidos por la Fiscalía y por el Ministerio Público, razón por la cual solicita que se conceda la preclusión de la indagación que eleva la Fiscalía.

CONSIDERACIONES

1. Sobre la Competencia

Corresponde a la Sala actuar como juez de conocimiento en esta indagación, al tenor de lo dispuesto en el artículo 235-4 de la Carta Política, que la faculta para adelantar el juzgamiento, entre otros altos funcionarios del Estado, de los magistrados de tribunales, cargo que ostenta el doctor JAIRO JOSÉ AGUDELO PARRA.

A su vez, el artículo 251-1 ibídem asignó al Fiscal General de la Nación la función especial de investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos servidores que gocen de fuero constitucional, es decir, a aquellos cuyo juzgamiento el artículo 235-4 de la Carta le atribuye a la Corte Suprema de Justicia, previa acusación del Fiscal General de la Nación. Por lo tanto, a éste corresponde en ejercicio de esa atribución indelegable, solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones en los eventos previstos en la ley.

1. La atipicidad del hecho investigado como causal de preclusión

La Ley 906 de 2004, artículo 332 señala que el fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:

“1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.

2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.

3. Inexistencia del hecho investigado.

4. Atipicidad del hecho investigado.

5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.

6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este código.

PARÁGRAFO. Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión”.

En cualquier etapa del proceso, no solamente a partir de la formulación de imputación, cuando se acredite alguna de las causales previstas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, el fiscal debe solicitar la preclusión al juez de conocimiento¹, pues una vez decretada, cesará con efectos de cosa juzgada la persecución penal contra el indiciado por los hechos a él atribuidos.

Ahora, es necesario hacer la distinción entre la causal cuarta de preclusión, consistente en “Atipicidad del hecho investigado” y la facultad autónoma otorgada por el artículo 79 ibídem al fiscal para ordenar el archivo de las diligencias, cuando constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, pues a pesar de que podría considerarse que existe coincidencia entre ellas, la Corte Constitucional declaró exequible condicionalmente la expresión “motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito” en el entendido de que dicha caracterización corresponde a la tipicidad objetiva².

En ese orden de ideas, no le corresponde a la fiscalía hacer juicios de valor acerca del tipo subjetivo y de la existencia o no de causales de exclusión de responsabilidad, pues de adentrarse en éste ámbito, no podría ordenar el archivo de las diligencias y, por el contrario, tendría que acudir al juez de conocimiento para solicitar la preclusión de la actuación.

1. De la solicitud de preclusión en el presente caso

La solicitud de preclusión presentada por el Fiscal General de la Nación encargado se fundamenta en la causal de atipicidad subjetiva de su comportamiento, lo

cual exige verificar si las evidencias aducidas demuestran fehacientemente que con la conducta del doctor JAIRO JOSÉ AGUDELO PARRA, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, no se tipifica el ilícito de prolongación ilegal de la privación de la libertad.

Para la estructuración del tipo penal definido y sancionado en el artículo 175 del Código Penal como prolongación ilícita de la privación de la libertad, se requiere:

1. Que la persona se encuentre privada de la libertad, acorde con las disposiciones y procedimientos legales.
2. Que adquiriera el derecho a la libertad.
3. Que ese derecho a la libertad no se materialice
4. Que la prolongación ilícita de la privación de la libertad, se de por causa de un servidor público.

Se trata entonces de una privación de la libertad que tiene un origen legal y, posteriormente se mantiene de manera ilegítima, porque se prolonga más allá de los límites permitidos, trascendiendo barreras infranqueables fijadas por el legislador y afectando el bien jurídico tutelado, que en este evento lo constituye el derecho a la libertad personal.

Es que, si los servidores públicos únicamente pueden ordenar -y mantener- la privación de la libertad en los casos y por los motivos previamente definidos en la ley, es ilícita la decisión de conservar la detención sin causa jurídica atendible e

irrespetando los límites del poder punitivo, tal como sucede en este caso, donde la conducta desplegada por el indiciado (naturalísticamente entendida) coincide con la definición del comportamiento previsto en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, la correspondencia objetiva entre la conducta realizada y la prohibida no resulta suficiente para tipificar el delito, habida consideración de que la prolongación ilícita de la privación de la libertad no tiene prevista la modalidad culposa y, por ende, este punible sólo puede cometerse a título de dolo; en consecuencia, es necesario que obre en el agente el conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal y la intención de realizarlo, porque se requiere la demostración de un estado intelectual y volitivo que, por supuesto, va más allá de la simple observación objetiva del descuido o equivocación³.

En este caso, el señor TÉLLEZ OSMA se encontraba privado de la libertad, descontando pena de catorce (14) meses de prisión y el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad le concedió la libertad condicional, la cual no se hizo efectiva en virtud de la orden de detención librada por el doctor JAIRO JOSÉ AGUDELO PARRA.

Indudablemente tal proceder afectó el bien jurídico de la libertad del señor TÉLLEZ OSMA, quien permaneció privado de la libertad desde el 7 de septiembre de 2005 hasta el 23 del mismo mes y año, fecha en la cual se concedió el amparo solicitado a través de hábeas corpus y se dispuso su libertad inmediata.

En efecto, el indiciado debió verificar que se cumplieran las exigencias del Código de Procedimiento Penal, artículo 188, según el cual, al negarse la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la captura sólo podría ordenarse cuando se encontrara en firme la sentencia, salvo que durante la actuación procesal se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención preventiva.

Sin embargo, en el evento que ocupa la atención de la Sala, el proceso se encontraba a Despacho del Magistrado JAIRO JOSÉ AGUDELO PARRA, precisamente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia condenatoria, es decir que ésta no había alcanzado firmeza y, durante el trámite del proceso penal el derecho a la libertad del señor TÉLLEZ OSMA no había sido afectado con medida restrictiva de la misma. En estas circunstancias, no se cumplían las condiciones para mantenerlo privado de la libertad.

Ahora, la evidencia física y los elementos materiales de prueba indican que el implicado se desempeñaba como Fiscal Delegado ante Tribunales de Bogotá y fue incorporado a la planta de cargos de la Rama Judicial, en calidad de Magistrado de esta Corporación mediante Resolución No. 2646 de 30 de diciembre de 2004, cargo del cual tomó posesión el 1 de enero del año siguiente.

Además, para el momento en que tuvo ocurrencia la conducta que se investiga, el indiciado reportó una elevada carga laboral y dificultades de tipo personal, razón por la cual confió en la constancia elaborada por su auxiliar judicial, la cual fue consignada en los siguientes términos:

“CONSTANCIA. Bogotá, D.C., siete (07) de septiembre de dos mil cinco (2005). En la fecha se recibe procedente de la Secretaría el oficio No. 113-EPCAMS- de la Oficina Jurídica de la Picota, señalando que el sentenciado EDDER SAMUEL TELLEZ OSMA fue dejado en libertad dentro del radicado 14292, pero que aparece requerido dentro de la causa 243-2004, proceso que efectivamente fue recibido por este Despacho el 29 de agosto próximo pasado, para resolver recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de junio de 2005. Verificada ésta, se observa que el Juez de conocimiento ordenó purgar físicamente la pena privativa de la libertad (Fl. 53 C.O.) disponiendo que una vez se ejecute la pena por la cual está recluso, sea dejado a disposición de ese Despacho. Se agrega que se negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Al Despacho

para resolver...”

La forma como está redactada la constancia, induce a considerar que se “verificó” en el expediente y se concluyó que la persona debía quedar privada de la libertad por cuenta de ese proceso en el cual se surtía el recurso de apelación, aspecto que debió ser establecido por el funcionario judicial investigado, previo a ordenar la detención que se cuestiona. No obstante no lo hizo, pues de haber procedido de manera diligente se habría percatado que contra ese ciudadano no pesaba medida de aseguramiento que permitiera adoptar la aludida determinación.

Aunado a lo anterior, debe considerarse que el funcionario investigado al rendir interrogatorio en entrevista del 18 de julio de 2008 explicó que había llegado recientemente a desempeñar el cargo de Magistrado de Tribunal –como en efecto se corroboró con la evidencia física y los elementos materiales probatorios aportados- y que por esa razón pudo existir una cierta impericia con relación a la disposición aplicable, toda vez que hasta entonces su cargo era el de Fiscal y en esa condición conocía de la fase de instrucción.

Vistas así las cosas, se observa descuido, negligencia, en la conducta del doctor JAIRO JOSÉ AGUDELO PARRA, quien olvidó verificar personalmente si había medida de aseguramiento de detención preventiva o solicitar a su auxiliar que procediera en tal sentido; sin embargo, tal desidia no alcanza a demostrar el estado intelectual y volitivo requerido para atribuir el dolo, o aspecto subjetivo de la infracción al imputado.

En síntesis, la hipótesis delictiva de prolongación ilícita de la privación de la libertad no admite la modalidad culposa y siendo ello así, la conducta del doctor JAIRO JOSÉ AGUDELO PARRA deviene atípica toda vez que el dolo forma parte del tipo subjetivo.

Acorde con lo anterior y haciendo eco de las posturas de la Fiscalía y el Ministerio Público, la Sala llega a la conclusión de que en este evento, es procedente declarar la preclusión de la investigación a favor del Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, JAIRO JOSÉ AGUDELO PARRA, por atipicidad de la conducta, al tenor de lo dispuesto en el artículo 332, numeral 4 de la Ley 906 de 2004.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

1. PRECLUIR la indagación adelantada en contra del doctor JAIRO JOSÉ AGUDELO PARRA, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.
2. DECLARAR EXTINGUIDA LA ACCIÓN PENAL adelantada en contra del aforado, en relación con la hipótesis delictiva de prolongación ilícita de la privación de la libertad, definida y sancionada en el artículo 175 del Código Penal.
3. NOTIFICA en estrados esta decisión y ADVIERTE que contra ella procede el recurso de reposición.
4. ARCHIVAR la actuación, una vez en firme la presente providencia.

Cúmplase

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Comisión de servicio

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Comisión de servicio

MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE L.

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Ver sentencia C-591 de 2005

2 Ver sentencia C-1154 de 2005.

3 C. S. de J. Sala de Casación Penal, julio 30 de 2002, radicado No. 15296.