

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado ponente

AP4270-2019

Radicación No. 52682

Acta 246

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

ASUNTO

Resuelve la Corte el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior y el defensor, contra la decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio por medio de la cual, negó la preclusión de la investigación adelantada en contra de Omar Evangelista Peña Villalobos, como Juez Segundo Promiscuo Municipal de Acacías, Meta.

ANTECEDENTES

Dentro del expediente de vigilancia de condena impuesta a Silvano Ramírez Castro¹, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Descongestión de Ibagué le concedió la libertad condicional, mediante auto del 29 de julio de 2015.

En razón a que el condenado no se encontraba recluso en Ibagué, sino en Acacías, el juez ejecutor libró Despacho Comisorio N° 187, del 31 de julio del mismo año, con destino a los Juzgados Municipales de tal población a fin de i) notificar personalmente el anterior proveído,

ii) efectuar la suscripción del acta de compromiso y iii) expedir la correspondiente boleta de libertad, sin perjuicio que fuere requerido por otra autoridad.

Por reparto del 11 de agosto de la misma anualidad, la citada comisión fue asignada al aquí investigado, Dr. Omar Evangelista Peña Villalobos, Juez Segundo Promiscuo Municipal de Acacías, quien avocó su conocimiento mediante auto del día siguiente.

Sin embargo, en atención a que dentro de la foliatura no figuraba el número de cédula del condenado y beneficiado con la libertad condicional, en el mismo auto ordenó devolver la actuación a efectos de obtener el referido dato individualizador, dejando como constancia:

«que se intentó por todos los medios establecer comunicación telefónica con el despacho judicial que solicita la diligencia al abonado telefónico 261-4308 a fin de establecer la información faltante y la autenticidad de la comisión, sin ser posible.»

Posteriormente, el 19 de agosto, día en que aun no se había materializado la libertad condicional, la esposa del condenado Silvano Ramírez Castro interpuso habeas corpus en favor de su cónyuge, acción que fue asignada al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Acacías.

Al decidir la mencionada acción constitucional, el funcionario ordenó la libertad inmediata de Ramírez Castro, al tiempo que remitió copias para investigar las conductas y omisiones constitutivas de delito en que pudo incurrir el Juez Segundo Promiscuo Municipal de la citada localidad, al tramitar el despacho comisorio.

Específicamente, cuestionó la tardanza del juez comisionado para tramitar la orden de libertad provisional, con el pretexto de que no se indicó en la comisión el número de cédula del interno, pues pese a tal omisión contaba con suficientes herramientas tecnológicas con las que podía subsanar tal falencia.

Tramitada la anterior investigación, la Fiscalía Segunda Delegada del Tribunal Superior de Villavicencio solicitó la preclusión de la investigación bajo la causal 4ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, es decir, por "...atipicidad del hecho investigado...".

INTERVENCIONES EN LA AUDIENCIA DE PRECLUSIÓN

1. El Fiscal solicitó la preclusión de la investigación con fundamento en que la conducta atribuida al Juez Peña Villalobos es atípica desde el punto de vista del tipo subjetivo, la cual si bien en el escrito contentivo de la solicitud de audiencia afirmó que se trataba de prevaricato por omisión, en la vista respectiva concretó que constituía la conducta de prolongación ilícita de la privación de la libertad.

Luego de narrar detallada y cronológicamente el trámite y las actuaciones surtidas al interior del despacho comisorio y considerar que, si bien la falta de sustanciación oportuna de la libertad condicional se adecuaba objetivamente al citado comportamiento típico, era evidente que no se reúnen los presupuestos subjetivos para inferir el dolo.

Esta conclusión la fundamentó a partir del contenido del auto del 12 de agosto de 2015, en el cual el investigado advirtió la imposibilidad de continuar la actuación ante la falta del número de cédula del detenido y en el que expuso que realizó llamada telefónica al juzgado comitente para obtener la plena individualización, pero ello no fue posible.

Señala que resulta cuestionable que el aforado dejara en el olvido la actuación al remitirla por correo postal, cuando hubiera podido acudir a ayudas tecnológicas para superar el impase de la información faltante.

No obstante, vino a percatarse del trámite comisorio, sólo hasta el 20 de agosto, día en el cual, conoció el número de cédula del condenado, gracias a los datos aportados en la acción de habeas corpus, pudiendo de esta manera cumplir la orden que le fue encomendada.

Así, para la Fiscalía Delegada ante el Tribunal los hechos muestran que se trató de falencias que denotan una modalidad culposa y algo negligente; pero esta razón, descartaba el dolo necesario para predicar la tipicidad propia de la conducta penal reprochable.

Por último, acota que el procesado no tenía ningún interés en seguir manteniendo privado de la libertad a Silvano Ramírez Castro, pues ni siquiera lo conocía y el trámite fue asignado a su despacho por circunstancias del azar en virtud del reparto del Centro de Servicios Judiciales.

2. El Representante de víctimas, en calidad de apoderado de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial del Meta, no presentó oposición a la solicitud que eleva el ente acusador.

3. El Ministerio Público, por su parte, si bien no controvierte la petición que eleva la Fiscalía, respecto a la causal de preclusión por atipicidad subjetiva de la conducta, sí encuentra equivocada la adecuación típica del hecho investigado, pues califica que el delito a investigarse corresponde al de prevaricato por omisión y no al de prolongación ilícita de privación de la libertad.

Justifica su postura en el hecho de que el detenido, Silvano Ramírez Castro, venía siendo privado de la libertad en virtud del trámite de ejecución de penas del Juzgado de Ibagué, y no por el aforado investigado, quien no tenía poder decisorio respecto a dicha materia, es decir, carecía de un control efectivo respecto de la libertad del detenido.

Entonces, en términos jurídicos, la libertad no dependía del aquí indiciado, quien únicamente tenía una competencia restringida al cumplimiento y diligenciamiento de un despacho comisorio; de modo que, al atribuirse que no acató la orden que le fue impartida, se configuró una omisión en el cumplimiento de sus funciones propia del prevaricato por omisión.

No obstante lo anterior, bien se trate de prolongación ilícita de privación de la libertad o prevaricato por omisión, es claro que en ambos casos se requiere actuar dolosamente, como requisito estructural del tipo penal.

En esas condiciones, comparte la petición de preclusión por atipicidad de la conducta, ya que una vez recibió la comisión, el investigado ordenó dar cumplimiento a la misma pero solicitó información relacionada con el número de cédula del detenido, incluso telefónicamente, y ante la imposibilidad de lograr la verificación se desentendió del asunto.

Desde tal perspectiva, y teniendo en cuenta que las evidencias muestran que el procesado actuó negligentemente, pero no en forma dolosa, consideró viable acceder a la solicitud de preclusión que eleva el ente acusador.

4. El defensor contractual al coadyuvar la solicitud de la fiscalía, indica que ningún juez en sano juicio expediría una boleta de libertad a quien no está debidamente identificado con su número de cédula, y teniendo en cuenta que tal información faltaba, la conducta de su prohijado no fue irregular y se encontraba habilitado a devolver y abstenerse de tramitar el despacho comisorio en cuestión.

Agrega que el juez no estaba obligado a cumplir la orden de libertad si no se le habían dado los elementos necesarios, razón por la cual, decidió lo que estaba a su alcance, es decir, requerir la información faltante.

También, alega que el Juzgado Comitente no debía enviar el despacho comisorio, pues perfectamente hubiera podido usar los medios tecnológicos a su alcance y enviar directamente la orden de libertad al ente carcelario, sin necesidad de comisionar a ninguna autoridad.

Así, y solo hasta cuando al fin tuvo conocimiento del número de cédula del detenido, dio

cumplimiento a la comisión, hecho que de forma contundente desvirtúa el elemento subjetivo del tipo penal, pues la intención no era mantener detenido al procesado, sino obtener el dato de identificación faltante.

Aunado a lo anterior, y sin ofrecer mayores detalles, solicitó que se decretara la preclusión por la causal 1ª, referente a la imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal.

5. Por último, el procesado si bien apoya la solicitud de preclusión, muestra inconformidad con los aspectos fácticos expuestos por el Delegado de la Fiscalía.

Concretamente, reprocha el señalamiento según el cual, tuvo una conducta negligente, pues por el contrario, refiere que su proceder fue siempre correcto y acucioso en pro de la administración de justicia.

Al respecto, llamó la atención en la alta estadística de procesos que conoce y tramita su juzgado, pues allí se observa que se conocen hasta 9 tutelas diarias, son los encargados de realizar las diligencias de entrega que ordenan los Jueces de Restitución de Tierras, se llevan a cabo incidentes de desacato, se atienden procesos civiles y de familia y audiencias de control de garantías y conocimiento, respectivamente.

Tan alto ha resultado el cúmulo de procesos que debe atender que ha requerido en varias oportunidades al Consejo de la Judicatura para que creen cargos de sustanciadores porque no los tienen, así como tampoco ha contado con servicio de internet, pues tal ayuda tecnológica fue instalada solo hasta el 25 de mayo del 2017.

Al explicar el contenido y consecuencias de la comunicación telefónica que entabló con el juzgado comitente, antes de ordenar la devolución de la actuación, señala que en ella le informaron que no contaban con el expediente, y que al buscarlo en el Centro de Servicios de Ibagué, tampoco lo encontraron, por lo cual, al no corroborar el número de cédula del

procesado, no tenía otra opción que devolver la comisión, máxime el cúmulo de trabajo que atiende su juzgado.

Señala que ordenó su devolución inmediata, no obstante, solo hasta el trámite del habeas corpus se llevó la sorpresa que la actuación seguía en su dependencia judicial.

Sin embargo, señala que el envío y remisión por medio de la empresa postal es un asunto de trámite que debe atender la escribiente y el notificador, y él confió que sus empleados habían cumplido la tarea; por lo que humanamente, le era imposible verificar que sus subordinados cumplieran sus labores inmediatamente, dadas las funciones a su cargo que tenía como juez.

Sin embargo, y de ninguna manera puede atribuirse que se trató de negligencia del funcionario, pues ni siquiera contaba con las ayudas tecnológicas para verificar la información faltante.

DECISIÓN IMPUGNADA

La Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio negó la preclusión solicitada con fundamento en que no se encuentra acreditada la causal invocada, ni ninguna otra de las mencionadas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

Lo anterior, en razón a que existe una precariedad de elementos materiales probatorios que sustenten la solicitud de la fiscalía, pues, estima que no se adelantaron mayores actos de investigación tendientes a descartar toda hipótesis delictiva.

En tal sentido, la actividad investigativa se limitó a emitir orden de policía judicial con el único propósito de obtener la calidad de aforado y la copia del expediente de habeas corpus.

En tal escenario y teniendo en cuenta que la preclusión es una terminación anticipada del proceso, el ente acusador debe agotar esfuerzos tendientes a esclarecer las circunstancias fácticas puestas en su conocimiento con miras a establecer si está o no, frente a la comisión de un delito.

Contrario a ello, consideró que la Fiscalía no ha sido exhaustiva en el acopio de elementos de juicio que permitan direccionar en uno u otro sentido la indagación; motivo por el cual, denegó la petición preclusiva.

Respecto a la solicitud del defensor en el sentido de declarar la preclusión pero por la causal de imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal, expuso que la misma es improcedente, toda vez que la defensa no cuenta con la legitimación en el presente estado procesal para elevar solicitud en tal sentido, pues dicha facultad está prevista en la etapa de juzgamiento.

Al mismo tiempo, el a quo guardó silencio con respecto a la petición del Ministerio Público en el sentido de adecuar la tipicidad al tipo de prevaricato por omisión.

ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

1. La Fiscalía Delegada reiteró los argumentos con los cuales sustentó la solicitud de preclusión, haciendo énfasis en la corroborada ausencia de tipicidad subjetiva, luego de recordar los antecedentes procesales que enmarcaron el despacho comisorio no diligenciado oportunamente y la acción de habeas corpus que ordenó la libertad de Silvano Ramírez Castro.

Estima que, contrario a lo esbozado por el Tribunal de Primera Instancia, existe suficiente material probatorio para arribar a la conclusión de preclusión de la investigación, pues solo se evidencia una falta de compromiso o una incuria de parte del procesado en el diligenciamiento de la comisión encomendada, pero jamás se entiende una materialización

de actos que importen o merezcan reproche del derecho penal.

Entonces, al considerar que la conducta investigada no trasciende a la esfera penal como última ratio, los hechos atribuibles al aforado solamente podrán dilucidarse en el marco de una investigación disciplinaria.

2. El abogado Defensor, al sustentar su recurso de alzada, insistió en que su prohijado actuó de forma correcta al atender de forma inmediata el Despacho Comisorio, asunto que trasladó y recayó en los empleados del Despacho Judicial.

Expone que la Fiscalía recaudó todos los elementos probatorios posibles para arribar a la conclusión de que el investigado actuó sin dolo, pues está acreditado que el juez comitente omitió identificar plenamente al procesado objeto de libertad provisional, e incluso el investigado efectuó las llamadas telefónicas correspondientes para obtener el número de cédula necesario, sin que fuere posible.

Dados los hechos y las pruebas recaudadas no existe manera de contradecir las aseveraciones del ente acusador, referidas a que la conducta fue atípica al no extraerse un actuar doloso, y exigir una prueba en contrario sería cercenar las garantías constitucionales del procesado, específicamente la de presunción de inocencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 3º, de la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de los recursos de apelación contra los autos y sentencias que profieran en primera instancia los Tribunales Superiores.

2. Según lo indica el artículo 250 de la [Constitución Política](#), la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar las investigaciones que

revistan las características de un delito, pero también a solicitar ante el Juez de Conocimiento la preclusión de la investigación cuando se configure alguna de las causales previstas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

En este último evento, los artículos 331 y 332 de la Ley 906 de 2004 prevén dos oportunidades para realizar tal solicitud: en primer lugar, en la fase de indagación e investigación únicamente el representante del ente acusador está facultado para pedir al Juez de Conocimiento la preclusión de la investigación por cualquiera de las causales previstas en la referida norma, y un segundo momento se presenta en la etapa de juzgamiento, oportunidad en la cual la petición puede ser elevada por la Fiscalía, el Ministerio Público y el defensor, pero sólo cuando se trate de las causales previstas en los numerales 1° y 3° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

Tal distinción resulta relevante para determinar la legitimidad que le asiste a los recurrentes en el presente evento, porque al encontrarse esta actuación en la etapa de indagación, sólo el representante de la Fiscalía podía solicitar la preclusión e impugnar la decisión adoptada por el a quo, facultad que no se extiende hasta la defensa y el indiciado, pues al carecer de la potestad de postulación de la preclusión quedan inhabilitados para alzarse respecto de una decisión contraria a sus intereses, tal y como lo ha indicado esta Corporación en autos CSJ AP, 15 de feb 2010, rad. 31767, y AP2660-2017.

Así las cosas, la Sala deberá rechazar la impugnación de la defensa, en tanto que carece de legitimidad para apelar la decisión de primer grado.

3. Anotado lo anterior, en el presente asunto se tiene que el Fiscal solicitó en su escrito la preclusión por el delito de prevaricato por omisión, sin embargo, al sustentar su petición expuso que se trataba de una conducta de prolongación ilícita de privación de la libertad.

La Sala considera que la Fiscalía tiene razón, en cuanto más que un delito de prevaricato por omisión, la conducta delictiva que podría configurarse sería la de prolongación ilícita de

privación de la libertad, en la cual incurre según voces del artículo 175 del Código Penal, el servidor público que prolongue ilícitamente la libertad de una persona.

Recuérdese que los hechos génesis de esta actuación, indican que a Silvano Ramírez Castro se le concedió la libertad condicional, por parte de un Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad de Ibagué, pero para que librara la boleta de libertad se comisionó a un Juzgado de Acacías, lugar donde se encontraba detenido, correspondiéndole al indiciado, quien ante la falta de una información, cédula de ciudadanía del procesado, que estimó relevante, ordenó devolver la comisión.

En tales condiciones, a pesar de que no expedir una boleta de libertad podría considerarse una omisión, más que un prevaricato omisivo los hechos eventualmente constituirían el delito del cual se viene haciendo mención, esto es, prolongación ilícita de la privación de la libertad, porque tiene una mayor riqueza descriptiva y por el principio de especialidad en cuanto protege la libertad de las personas específicamente.

No comparte la Sala la opinión del Ministerio Público, en cuanto afirma que el investigado no tenía control efectivo sobre la libertad, ya que el mismo lo había adquirido precisamente en razón de la comisión que le otorgó el Juez de Ejecución de Penas, quien le delegó la facultad de expedir la boleta respectiva, luego es claro que cualquier dilación en hacer efectiva la misma corría por cuenta del Juez comisionado.

En consecuencia, la Sala decidirá la apelación sobre la base del delito que consideró la Fiscalía se configuraba en este caso.

Pues bien, objetivamente no se tipifica el delito, ya que si bien a pesar de haberse dado la orden de libertad por parte del funcionario que decidió acerca de la liberación condicional en favor del detenido, y que por ende el juez comisionado debía cumplir con la expedición de la orden pertinente previa suscripción del compromiso, es claro que al no hacerlo prolongó la privación de la libertad del sentenciado, pero no de manera ilícita según se verá a

continuación.

El comportamiento no puede reputarse ilícito, comoquiera que el juez no quiso en modo alguno prolongar el estado de privación de libertad del procesado, sino que previamente a disponer la liberación para lo cual había sido comisionado, procuró cerciorarse de la plena identificación del beneficiario, y para ello requirió de la cédula de ciudadanía, documento que no se le mencionó en el despacho comisorio No 187, ni en los autos adjuntos a él, por ende, debió solicitar al comitente que se lo informara, pues es claro que una boleta de libertad tiene que incluir los datos que identifiquen plenamente a la persona que habrá de ser dejada libre, de todo lo cual debe quedar constancia en el documento que con esa finalidad se emita

Al respecto es importante destacar lo que informó el Juzgado Comitente dentro del trámite del habeas corpus, luego de relatar lo relacionado con la comisión otorgada y los fines de la misma:

“Cabe señalar que en horas de la tarde se recibió llamada telefónica de un Juzgado de esa municipalidad, (Acacías), en la que se solicitó el número de cédula de ciudadanía del sentenciado SILVANO RAMÍREZ CASTRO, por lo que la sustanciadora le manifestó que se encuentra en la página web de la Rama Judicial, pero le insistieron en revisar el expediente por cuanto a veces los registros consignados en la página eran erróneos, (...)»²

El citado extracto demuestra, que el juez comisionado sí actuó en orden a suplir la falencia del número de identificación del detenido, y que el expediente de vigilancia de la pena no fue remitido, pues de él hubiera podido extraerse el dato que consideró necesario para librar la orden de libertad, entre otras razones porque el centro de reclusión al confirmar la orden seguramente lo iría a requerir, advirtiéndose que la remisión a la página de la rama judicial es inaceptable, máxime si quien contaba con los datos completos era el funcionario que emitió la comisión.

En esas condiciones, de ninguna manera puede considerarse ilícito el proceder del juez comisionado, luego en tal caso la conducta es atípica desde el punto de vista objetivo, advirtiéndose que por tratarse de un despacho comisorio, el funcionario comisionado no tenía a su disposición el expediente para extraer los datos que identificaran al procesado. Cuando tuvo la información inmediatamente decretó la libertad.

En tal virtud, la Sala revocará la providencia impugnada y en su lugar dispondrá la preclusión de la investigación y consecuentemente la cesación del procedimiento seguido en contra del indicado por el delito de prolongación ilícita de la privación de la libertad.

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

RESUELVE:

Revocar la providencia apelada y en su lugar DECRETAR LA PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN en favor de Omar Evangelista Peña Villalobos, por el delito de prolongación ilícita de la privación de la libertad.

En consecuencia, se dispone la cesación de todo procedimiento seguido por razón de este asunto en contra del citado.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUÉLVASE

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Según sentencia de segunda instancia proferida el 21 de octubre de 2009,
por la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué.

2 Folios 16 y 17. C. F.