

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

AP-2020

Radicación N° 57152

(Aprobado Acta No. 087)

Bogotá D.C., Veintinueve (29) de abril de dos mil veinte (2020).

VISTOS

Sería del caso pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra el auto proferido el 13 de febrero de 2020 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, mediante el cual negó la preclusión de la indagación seguida contra GLADYS MILENA VALLEJO DUCLERQ por el delito de privación ilegal de libertad, si no se advirtiera que la acción penal se encuentra prescrita.

HECHOS

El 19 de febrero de 2010 Jimmy Leonardo Herrera Hernández, miembro de la Policía Nacional, determinó que una sustancia incautada previamente en el aeropuerto internacional Alfonso Bonilla Aragón de la ciudad de Cali, correspondía a cocaína en un peso neto de 992 gramos, conforme al resultado de la Prueba de Identificación Preliminar Homologada (en adelante PIPH).

Siendo las 22:10 horas del mismo día y antes de proceder con la destrucción del

estupefaciente, Evelyn Valencia Saavedra, delegada del Ministerio Público para el asunto, percibió que la cantidad había disminuido, por lo que solicitó al patrullero Herrera Hernández que procediera nuevamente con el pesaje del alcaloide; actividad última que evidenció un faltante de 200 gramos respecto al resultado inicial.

El policial Jimmy Leonardo Herrera Hernández, quien debía custodiar el elemento ilícito, manifestó que la situación obedecía a un daño en la báscula. Tal argumento no resultó convincente para la procuradora, por lo que requirió la presencia de GLADYS MILENA VALLEJO DUCLERQ, Fiscal 151 Seccional, quien para ese preciso momento se encontraba regresando a su casa luego de prestar turno en la Unidad de Reacción Inmediata de Palmira (Valle).

La Fiscal VALLEJO DUCLERQ atendió el asunto sobre las 24:00 horas del 19 de febrero de 2010 y, luego de escuchar las diferentes versiones sobre lo acontecido, consignando en el respectivo informe que la conducta podría converger en el tipo penal de “peculado culposo”, decidió requerir a los miembros del CTI para que: (i) materializaran la captura del miembro de la Policía Nacional por el estado de flagrancia, lo cual aconteció a las 3:46 a.m. del 20 de febrero de 2010, (ii) lo hicieran firmar acta de derechos del capturado y constancia de buen trato y (iii) lo pusieran a disposición del funcionario de la Fiscalía que prestaba el turno a las 7:00 a.m. del día siguiente.

Los funcionarios del CTI acataron la orden, aunque consideraron que no se configuraba la flagrancia, apreciación que fue compartida posteriormente por el Jefe del CTI Bernardo Garrido y la fiscal del turno de las 7:00 a.m. del 20 de febrero de 2010, quien ordenó la libertad definitiva del policía.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 22 de febrero de 2010, el agente de la policía Jimmy Leonardo Herrera Hernández presentó denuncia contra GLADYS MILENA VALLEJO DUCLERQ por el punible de privación

ilegal de la libertad¹.

2. Una vez recopiladas varias entrevistas, compilados los fallos absolutorios disciplinarios emitidos en el marco de investigaciones por los mismos hechos y escuchar en interrogatorio a la investigada, el 12 de abril de 2016 la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Buga solicitó la preclusión de la investigación con base en la causal 4ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, por atipicidad de la conducta².

3. El 5 de agosto de 2016, el Tribunal negó la preclusión, decisión confirmada por esta Corporación en providencia CSJ AP, 17 oct. 2018, rad. 486943.

4. El 6 de febrero de 2020, la Fiscalía solicitó nuevamente la preclusión pero con fundamento en las causales 2ª y 4ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, la primera referente a la existencia de una causal que excluye la responsabilidad penal. Sin embargo, únicamente argumentó la existencia de un error de tipo⁴, el cual consistió en que la indiciada consideró, de manera errónea, que la conducta desplegada por Jimmy Leonardo Herrera Hernández se adecuaba al delito de peculado culposo, punible cuya pena mínima privativa de la libertad es inferior a 4 años y, por ende, no comportaba detención preventiva a la luz del artículo 313 ídem.

Afirmó que el error se produjo en virtud a las circunstancias particulares que sucedieron el día de los hechos, como lo fue la extensa jornada laboral a la que se vio sometida la indiciada, la actitud de los uniformados de la SIJIN quienes estaban en desacuerdo con la captura de su compañero y la existencia de una situación de flagrancia, e incluso que pudo existir un error de digitación al momento de definir el delito por el cual consideró se debía efectuar la captura⁵.

5. El 13 de febrero de 2020, el Tribunal Superior de Buga negó la preclusión de la investigación seguida contra GLADYS MILENA VALLEJO DUCLERQ, decisión que fue recurrida por la Fiscalía.

6. El 25 de febrero siguiente arribó a esta Corporación el presente asunto.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga consideró que no se acreditó que GLADYS MILENA VALLEJO DUCLERQ hubiese actuado con desconocimiento o conocimiento defectuoso de los hechos que pertenecen al tipo legal, con independencia de que estas tengan carácter fáctico, de naturaleza descriptiva (cosa, cuerpo, causalidad), o normativa, de esencia comprensiva (ajenidad, documento, funcionario).

Señaló que la Fiscalía omitió señalar en cuál de los elementos objetivos del tipo penal de privación ilegal de la libertad recayó el error por parte de la indiciada, esto es, frente al sujeto activo calificado de la acción penal (servidor público), el verbo rector (privar de la libertad) o el ingrediente normativo del tipo penal, según el cual, el agente debe abusar de sus funciones al momento de ordenar o decretar la captura.

Expuso que tampoco precisó si el error se presentó en el conocimiento o la voluntad de la indiciada al momento de disponer la captura, siendo éstos elementos del dolo.

También indicó que no se trató de un simple error de digitación, ya que GLADYS MILENA VALLEJO DUCLERQ ordenó en repetidas ocasiones la aprehensión, pregonando que Jimmy Leonardo Herrera Hernández estaba incurso en el punible de peculado culposo.

Adujo que no existe relación causal entre la extensa jornada laboral de la indiciada, el malestar del personal de la Policía Nacional adscrito a la SIJIN que estaban en desacuerdo con la captura del uniformado Jimmy Leonardo Herrera Hernández, y la gran cantidad de personas capturadas en el aeropuerto internacional Alfonso Bonilla Aragón de la ciudad de Cali el día de los hechos, con la errada decisión de ésta de tipificar la conducta desplegada por dicho policial en el delito de peculado culposo.

Finalmente, advirtió acerca de la necesidad de aportar suficientes elementos de juicio que permitan avizorar la excepcional situación que vivió la indiciada el día de los hechos, los cuales permitan afirmar que en razón a ello incurrió en el error, por lo que concluyó que se impone la continuación de la investigación y negó la preclusión de la indagación seguida en su contra⁶.

LA APELACIÓN

El delegado de la Fiscalía inició su intervención indicando que la acción penal prescribiría el 19 de febrero de la presente anualidad y que ello no podía imputársele dada la alta carga laboral que maneja en su despacho y las acciones dilatorias por parte del apoderado de la víctima.

En cuanto a la decisión del Tribunal estima que se pronunció exclusivamente frente a la causal 2ª del artículo 332 de la Ley 906 (fundada en el error de tipo) y no respecto a la 4ª de la misma normatividad, relativa a la atipicidad del hecho investigado (atipicidad subjetiva de la conducta).

Frente a lo primero, reitera que el error de la funcionaria consistió en tipificar la conducta del uniformado Jimmy Leonardo Herrera Hernández (apropiarse de sustancia estupefaciente incautada) de manera equivocada, pues atribuyó el delito de peculado culposo cuando en realidad debió endilgarle el de peculado por apropiación, y que además de ello ordenó su detención pese a que, a la luz del numeral 2º del artículo 313 de la Ley 906 de 2004, debía quedar en libertad.

Igualmente, considera que la equivocación de la funcionaria obedeció a los actos “lastimeros” por parte del capturado y sus compañeros adscritos a la Policía Judicial, la actitud del comandante de la SIJIN, y la reticencia de las investigadoras del CTI quienes se negaban a efectuar la aprehensión.

De otro lado, en lo que respecta a la causal 4ª del artículo 332 de la Ley 906, considera que debe declararse la atipicidad subjetiva de la conducta, pues la indiciada actuó sin el conocimiento y la voluntad dirigida a privar de manera ilegal a Jimmy Leonardo Herrera Hernández. En contraste, advierte que el propósito de ella fue el de impartir justicia al considerar en extremo grave el actuar de Jimmy Leonardo Herrera Hernández⁷.

INTERVENCIÓN DEL NO RECURRENTE

1. El apoderado de la víctima advierte que no le asiste culpa alguna por la prescripción de la acción penal, pues han transcurrido 10 años desde que ocurrieron los hechos y la Fiscalía, a pesar de contar con elementos materiales probatorios para formularle imputación a GLADYS MILENA VALLEJO DUCLERQ, decidió solicitar la preclusión de la indagación en dos oportunidades.

Por tanto, solicita al Tribunal remitir el proceso antes del 19 de febrero de 2020, y a esta Corporación, que en el evento que decrete la prescripción, tenga en cuenta que la Fiscalía contaba con material probatorio suficiente para considerar que la captura de Jimmy Leonardo Herrera Hernández encuadra en el punible de privación ilegal de la libertad.

De otro lado, solicitó se confirme la decisión adoptada por el a quo, pues en su sentir la indiciada aprehendió a la hoy víctima sin haber emitido orden escrita, a pesar de que no existió una situación de flagrancia, e ignoró lo manifestado por las investigadoras del CTI, quienes afirmaron que la captura del uniformado era autoritaria.

Por tal situación considera que es posible deducir con claridad que la intención de GLADYS MILENA VALLEJO DUCLERQ era la de capturar a Jimmy Leonardo Herrera Hernández contrariando la ley, lo que permite entrever la existencia de dolo en su actuar⁸.

2. El delegado del Ministerio Público solicita se revoque la decisión proferida por el Tribunal y en su lugar se precluya la indagación.

Lo anterior, por cuanto existían motivos para capturar a Jimmy Leonardo Herrera Hernández, pues como lo reconoció esta Corporación en decisión CSJ AP, 17 oct. 2018, rad. 48694, se presentó una situación de flagrancia. Además, considera se deben tener en cuenta las circunstancias particulares que influyeron en la funcionaria al no haber escogido el delito adecuado, lo que condujo a que cometiera un error⁹.

3. El defensor se atiene a lo manifestado por la Fiscalía y el Ministerio Público¹⁰.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

1. De conformidad con el artículo 32.3 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. De la prescripción de la acción penal

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 83 del Código Penal, durante la etapa de indagación la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena establecida en la ley para el delito endilgado, sin que dicho término pueda en ningún caso ser inferior a 5 años ni superior a 20.

Por su parte, el punible de privación ilegal de la libertad descrito en el artículo 174 del Código Penal, con el incremento del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, establece una pena máxima de 90 meses.

Dicho monto debe incrementarse en una tercera parte por tratarse de un servidor público¹¹, por lo que el término prescriptivo durante la indagación, para el referido injusto, es de 120 meses, es decir, 10 años.

Ahora, de acuerdo con los elementos materiales probatorios aportados por Fiscalía, la aprehensión de Jimmy Leonardo Herrera Hernández se produjo el 20 de febrero de 2010, fecha desde la que inició a correr el término de prescripción.

De manera que el término prescriptivo se cumplió el 21 de febrero de 2020, previo a la llegada a esta Corporación¹², por lo que ante esa realidad procesal, fuerza la intervención de la Corte para declarar la extinción de la acción penal del delito de privación ilegal de libertad, por razón de la prescripción, y ordenará la consecuente preclusión de la actuación.

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

RESUELVE

1. DECLARAR LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL, POR PRESCRIPCIÓN, y la consecuente preclusión de la indagación, derivada del delito de privación ilegal de libertad que le fue endilgado a GLADYS MILENA VALLEJO DUCLERQ.
2. DISPONER que el Tribunal a quo realice las anotaciones y cancelaciones a que haya lugar.
3. Contra esta última decisión procede el recurso de reposición.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado

GERSON CHAVARRA CASTRO

Magistrado

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

Magistrado

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado

HUGO QUINTERO BERNATE

Magistrado

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 CSJ AP, 17 oct. 2018, rad. 48694.

2 Ibid.

3 Ibid.

4 No precisó si se trata de un error vencible o invencible.

5 Audiencia del 6 de febrero de 2020, record: 00:08:10 y siguientes.

6 Audiencia del 13 de febrero de 2020, record: 00:03:37 y siguientes.

7 Audiencia del 13 de febrero de 2020, record: 00:18:21 y siguientes.

8 Audiencia del 13 de febrero de 2020, record: 00:52:53 y siguientes.

9 Audiencia del 13 de febrero de 2020, record: 01:07:20 y siguientes.

10 Audiencia del 13 de febrero de 2020, record: 01:18:13 y siguientes.

11 Según el inciso 6º del artículo 83 del Código Penal, vigente para la época de los hechos (sin la modificación del artículo 14 de la Ley 1474 de 2011).

12 Conforme al acta de reparto, se corrobora que el proceso arribó a la Corporación el 25 de febrero de 2020. Folio 3 del cuaderno de la Corte.