

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO

JUDICIAL DE BARRANQUILLA

SALA PENAL

CAUSA PENAL DE PRIMERA INSTANCIA

CUI N° 08-001-60-08767-2014-01073-00

Ref. Int. Trib. 2016-00056-00

Aprobado Mediante Acta No. 071 del 3 de Junio de 2016

Magistrada Ponente Dra. María Judith Durán Calderón

Barranquilla, Siete (7) de Junio de dos mil dieciséis (2016)

Hora: 09:30 a.m.

OBJETO:

Procede la Sala a resolver la solicitud de preclusión incoada en favor del Doctor DAVID HASSAN SAADE MORAD, en razón de sus funciones como Juez Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías Barranquilla, indiciado por el delito de prevaricato por acción.

I. ANTECEDENTES:

Los hechos fueron puestos en conocimiento del ente acusador por parte del Asistente de Fiscal Cavif y Caivas, Dr. Wulfran Acuña, quien refirió una denuncia pública que se publicó el 5 de octubre de 2014 en la página

8A del diario El Heraldo de esta ciudad, en la que la Representante de la Directiva de la Red de Mujeres del Atlántico, señora Emma Doris López, reclamaba más justicia, ante la decisión adoptada el 4 de octubre de ese año por el Juez Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla, Dr. DAVID HASSAN SAADE MORAD, a través de la cual se decretó la ilegalidad de la captura de CARLOS RODRÍGUEZ IBARRA por el delito de violencia intrafamiliar, en el cual figuró como víctima la señora NANCY CHACÓN SANTOS.

II. DE LA PETICIÓN DE PRECLUSIÓN:

El Fiscal Delegado solicitó la preclusión en favor del doctor DAVID HASSAN SAADE MORAD, pues, a su juicio, se estructuró la causal de preclusión de que trata el numeral 4to del artículo 332 de la ley 906 de 2004, sépase la atipicidad subjetiva del hecho investigado, toda vez que si bien asegura que el referido profesional del derecho, con ocasión de sus funciones como Juez Segundo de Control de Garantías, incurrió en el tipo objetivo de que trata el delito de prevaricato por acción, ya que la decisión del 4 de octubre de 2014, a través de la cual decretó ilegal la captura de CARLOS RODRÍGUEZ IBARRA, sería manifiestamente contraria a derecho, evidenció que aquel obró bajo el supuesto a que hace alusión el inciso primero del numeral 10º del artículo 32 del Código Penal, a saber el error vencible, ya que el Fiscal Primero CAVIF, quien realizó dicha solicitud, le indujo en error, pues le invocó una causal de flagrancia que no se adecuaba a los supuestos fácticos que describió en la respectiva diligencia.

En desarrollo de ello, indicó que la sustentación realizada por el Fiscal Primero CAVIF en la audiencia de legalización del 4 de octubre de

2014 celebrada por el Despacho presidido en ese entonces por el aquí indiciado, dejaba entrever que se estructuraba era la causal tercera de flagrancia a que hace alusión el artículo 301 ibídem, más no la segunda que éste planteó, reafirmando ello al acotar que incluso el Dr. DAVID HASSAN SAADE MORAD en su decisión sostuvo que si había flagrancia pero que no se estructuraba la causal invocada, de lo cual concluye que efectivamente la argumentación realizada si permitía apreciar uno de los supuestos de flagrancia a que hace alusión la precitada norma, por lo que afirma que éste emitió una providencia manifiestamente contraria a derecho.

De igual modo, planteó que pese a que el indiciado dictó tal providencia obrando bajo el error en el que lo indujo el Fiscal Primero CAVIF al exponer de manera confusa su solicitud de legalización de captura, tal circunstancia era vencible, toda vez que el Juez bien podía consultar antes de adoptar la decisión cuestionada ya que, incluso, dispuso de un receso para ello.

No obstante, indica que, según lo dispuesto en el precitado numeral 10 del artículo 32 del C.P., en tratándose del error vencible la conducta será punible cuando la ley la describa como culposa, razón por la cual arguya que al evidenciarse que el reato de prevaricato por acción descrito por el legislador en el artículo 413 ibídem, no prevé tal modalidad sería ostensible que deviene en atípica desde el punto de vista subjetivo la conducta punible que se le atribuye al Dr. DAVID HASSAN SAADE MORAD, por lo que, en virtud de lo reglado en la causal 4º del artículo 332 de la ley 906 de 2004, solicita la declaratoria de preclusión de la causa penal de la referencia.

III. DE LAS DEMÁS INTERVENCIONES:

3.1. Del Ministerio Público:

El Delegado de la Procuraduría General de la Nación precisó que la Fiscalía debe ser precisa con respecto a la causal que plantean al momento de solicitarle al Juez de Control de Garantías que le legalice la captura de un aprehendido, puesto que se debate la libertad de un ciudadano.

En ese sentido, considera que la decisión adoptada por el indiciado fue en exceso apegada a la literalidad de la norma, pero que ello no quiere decir que sea manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, ya que para tal declaratoria se requiere que sea ostensible el error del Juzgador. Así mismo sostiene que al analizarse la fundamentación realizada por Fiscal que le solicitó al Dr. DAVID HASSAN SAADE MORAD la legalización de la captura del señor CARLOS RODRÍGUEZ IBARRA, se aprecia que la misma fue una "mescolanza", por lo que la determinación de no haberse accedido a tal pretensión fue sana, aunque la sociedad no la compartiera.

Finalmente, aduce que del actuar del citado funcionario judicial no se advierte que hubiese dolo o mala fe por parte de éste al adoptar la decisión cuestionada, por lo que considera que la decisión adoptar debe precluir el presente asunto.

3.2. De la defensa técnica del indiciado:

El defensor sostiene que comparte la postura del ente acusador, referente a la ausencia de dolo en el actuar de su poderdante, así como

también lo expuesto por el Ministerio Público, relativo a la necesidad de que la Fiscalía al solicitar la legalización de captura por flagrancia indique de manera precisa la causal en la cual se fundamenta dicha pretensión.

3.3. De la defensa material:

El procesado inicia su intervención citando en extenso jurisprudencia de las altas cortes en las cuales se desarrollan los principios de imparcialidad, igualdad de armas y congruencia, los cuales cimientan el sistema procesal penal de tendencia acusatoria implementado mediante la ley 906 de 2004.

De igual modo, trae a colación apartes de la audiencia que presidió el 4 de octubre de 2014, a efectos de precisar que en esa diligencia el ente acusador erró en la proposición jurídica, toda vez que el recuento factico del asunto allí estudiado no evidenciaba que la aprehensión de CARLOS RODRÍGUEZ IBARRA estuviese ajustada a derecho por haberse actualizado la causal de flagrancia a que hace alusión el numeral 2º del artículo 301 ibídem, tal como lo indicó el defensor de éste.

En ese contexto, manifiesta que su decisión es acorde a los principios rectores del sistema procesal penal vigente, ya que de haber fallado en forma diferente habría sorprendido a la defensa, toda vez que ésta, en ejercicio de su derecho a la contradicción, planteó los argumentos que a bien tuvo a efectos de rebatir la causal que sustentó e invocó el titular de la acción penal, y no sobre otra diferente.

Aunado a ello, hace alusión a que la declaratoria de flagrancia no solo tiene efectos con respecto a la aprehensión del indiciado, sino que también condiciona los beneficios que por justicia premial se le pueden conceder a éste.

Por lo anterior, deprecia que se declare la atipicidad objetiva de la conducta punible por la cual se le investiga, a saber prevaricato por acción, ya que, a su juicio, la decisión que adoptó en la audiencia del 4 de octubre de 2014, ésta es, la declaratoria de ilegalidad de la captura de CARLOS RODRÍGUEZ IBARRA, se encuentra ajustada a derecho.

Finalmente, de manera subsidiaria requiere se precluya la presente actuación por no haber actuado con dolo al momento de proferir la decisión cuestionada.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

4.1. De la competencia:

Esta Sala es competente para decidir la solicitud de preclusión elevada por el Fiscal Séptimo Delegado ante Tribunal Superior, pues se trata de una actuación de carácter penal adelantada contra el Dr. DAVID HASSAN SAADE MORAD, con ocasión de sus funciones como Juez Segundo o Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, acorde con lo reglado en el artículo 34, inciso segundo de la ley 906 de 2004.

4.2. De la preclusión:

El artículo 250 de la Constitución Política dispone que la Fiscalía General de la Nación es la titular de la acción penal, por lo cual tiene la obligación de realizar la investigación de los hechos que revistan las características de delito, bien sea que los conozca por denuncia,

petición especial, querella u oficiosamente, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancia fácticas que indique la posible existencia del mismo.

Ahora, si el Fiscal luego de realizar el análisis respectivo de los medios de convicción que recaudó evidencia que los mismos no le permiten llegar al grado de convencimiento necesario para formular acusación o siquiera imputación de cargos, ya sea por existir duda insalvable con respecto a la participación del indiciado en los hechos objeto de investigación, por atipicidad de la conducta, por inexistencia del hecho investigado, etc., deberá solicitar la preclusión de la actuación ante el Juez del Conocimiento e invocar la causal correspondiente dentro de las establecidas en el artículo 332 de la ley 906 de 2004, éstas son:

"1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal¹;

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; y

¹ Esta causal se debe interpretar conforme al artículo 77 del Código de Procedimiento Penal en donde se plasman los eventos en los cuales se extingue la acción penal: muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, obliación, caducidad de la querella y desistimiento.

7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de dicho 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 ese sentido, para accederse a tal solicitud es menester que la misma cuente con el respaldo fáctico y jurídico que le permita al Fallador apreciar nítidamente que la causal alegada se estructura.

4.3. Del caso en concreto:

En virtud de lo reglado en el numeral 4º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, hay lugar a decretar la preclusión cuando el hecho investigado sea atípico.

De igual modo, el artículo 331 ibídem prevé que la preclusión solo es procedente cuando no existiere mérito para acusar.

Precisado lo anterior, en el sub-júdice se tiene que la Fiscalía sostuvo que la acción desplegada por el indiciado se adecuaba a la causal de preclusión a que hace referencia el numeral 4º del artículo 332 ejusdem, toda vez que, a su juicio, ésta es atípica en su aspecto subjetivo, ya que si bien considera que la decisión proferida el 4 de octubre de 2014 por el Dr. DAVID HASSAN SAADE MORAD, a través de la cual declaró la ilegalidad de la captura del señor CARLOS RODRÍGUEZ IBARRA, es manifiestamente contraria a derecho, señaló

que la misma se dio por el error vencible en el que lo indujo el sujeto procesal que convocó la diligencia, a saber, el Fiscal Primero CAVIF.

Por su parte, la defensa material indicó que, a su criterio, obró conforme a derecho en la motivación de la mentada providencia, ya que la determinación allí plasmada es acorde a los principios que solventan el sistema procesal penal de tendencia acusatoria que rige en nuestro país, por lo que solicitó que se accediera a la preclusión deprecada por el ente acusador pero por atipicidad objetiva de la conducta investigada.

Así las cosas, procederá la Sala a analizar si la decisión adoptada por el Dr. DAVID HASSAN SAADE MORAD en la audiencia de legalización de captura celebrada el 4 de octubre de 2014, actuando como Juez Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, es manifiestamente contraria a derecho, es decir, si se adecua a la descripción del tipo objetivo del delito de prevaricato por acción a que hace referencia el artículo 413 del C.P. y, en el evento de acreditarse tal situación, se examinará si la misma se produjo dolosamente.

Ahora, en caso de encontrarse demostrada la atipicidad objetiva de la conducta por la cual se investiga al Dr. DAVID HASSAN SAADE MORAD, se procederá a declarar la preclusión del presente asunto, tal y como éste lo solicitó, puesto que en virtud de lo expuesto por la Honorable Corte Constitucional en la sentencia C - 648 de 2010, la defensa en la audiencia de solicitud de preclusión puede no solo oponerse a la petición de la Fiscalía, sino que además, entre otras facultades, está habilitada para alegar una causal de preclusión distinta a la que invocó el ente acusador.

4.3.1. Del tipo objetivo del delito de prevaricato por acción:

Pues bien, se aprecia que el estudio de los elementos constitutivos de la anotada conducta punible permite evidenciar que ésta contiene un sujeto activo calificado "servidor público", un verbo recto "proferir", y dos ingrediente normativos "dictamen, resolución o concepto" y "manifiestamente contrario a la ley".

En ese sentido, la discusión en el caso objeto de estudio se centra en determinar si la decisión que el indiciado adoptó el 4 de octubre de 2014 en la audiencia de legalización de captura que se adelantó contra el ciudadano CARLOS RODRÍGUEZ IBARRA es manifiestamente contraria a la ley, como lo considera el ente acusador o si, opuesto a ello, no lo es y, por ende, es dable precluir el presente asunto por atipicidad objetiva de la conducta investigada, como lo deprecia la defensa material.

En ese orden de ideas, la expresión "manifiestamente contrario a la ley" contenida en el artículo 413 de la ley 599 de 2000, ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte de la jurisprudencia de las Altas Cortes y, producto de ello, se ha consensuado en que para dar por materializado dicho ingrediente normativo es necesario que el contenido de la decisión cuestionada *"...permita evidenciar sin mayor dificultad, la ausencia de fundamento fáctico y jurídico, y su contradicción con la normatividad rompiendo abruptamente la sujeción que en virtud del "imperio de la ley" del artículo 230 de la Carta Política debe los funcionarios judiciales al texto de la misma..."*².

² Ver Sentencia del 6 de diciembre de 2012. Proceso de segunda instancia de radicado No. 37370. M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz.

En igual sentido, sobre la descripción típica realizada por el Legislador en la conducta punible de prevaricato por acción la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal ha indicado que :

"... al incluir el legislador en la referida descripción un elemento normativo que califica la conducta, el juicio de tipicidad correspondiente no se limita a la simple y llana constatación objetiva entre lo que la ley manda o prohíbe y lo que con base en ella se decidió, sino que involucra una labor más compleja, en tanto supone efectuar un juicio de valor a partir del cual ha de establecerse si la ilegalidad denunciada resiste el calificativo de ostensible por lo cual, como es apenas natural, quedan excluidas de esta tipicidad aquellas decisiones que puedan ofrecerse discutibles en sus fundamentos pero en todo caso razonadas, como también las que por versar sobre preceptos legales complejos, oscuros o ambiguos, admiten diversas posibilidades interpretativas por manera que no se revelan como manifiestamente contrarias a la ley...^{3º}".

Así, deviene nítido que no todos los desaciertos en los que incurran los funcionarios judiciales son susceptibles de ser catalogados como prevaricadores, toda vez que de proceder así se obviaría el hecho de que la actividad judicial es una ejercicio humano y, por tanto, es dable que frente a una misma circunstancia se produzcan diversos criterios.

³ Ver auto del 13 de julio de 2006, radicación No. 25627.

Empero, lo sancionado por el legislador al realizar la descripción típica del delito de prevaricato por acción son aquellos dictámenes, resoluciones o conceptos que de manera abrupta desconocen los lineamientos del ordenamiento jurídico con respecto al caso en específico.

Ahora bien, como quiera que la decisión que profirió el indiciado, la cual se cataloga por el ente acusador como manifiestamente contraria a la ley, versa sobre una solicitud de legalización de captura bajo situación de flagrancia, es menester entrar a analizar lo previsto en el ordenamiento jurídico al respecto.

En lo concerniente a la privación de la libertad se encuentra que la flagrancia está prevista como excepción al principio de reversa judicial en materia de restricción de la libertad a que hace alusión el artículo 28 de la Constitución Nacional. Así, sobre tal tópico el artículo 301 de la ley 906 de 2004 establece los supuestos en los cuales es posible afirmar su existencia al disponer que:

“... Se entiende que hay flagrancia cuando:

- 1. La persona es sorprendida y aprehendida durante la comisión del delito.*
- 2. La persona es sorprendida o individualizada durante la comisión del delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o cuando fuere señalado por la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración.*

3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que acaba de cometer un delito o de haber participado en él.

4. La persona es sorprendida o individualizada en la comisión de un delito en un sitio abierto al público a través de la grabación de un dispositivo de video y aprehendida inmediatamente después.

La misma regla operará si la grabación del dispositivo de video se realiza en un lugar privado con consentimiento de la persona o personas que residan en el mismo.

5. La persona se encuentre en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito, salvo que aparezca fundadamente que el sujeto no tenga conocimiento de la conducta punible.

PARÁGRAFO. <Parágrafo **CONDICIONALMENTE** exequible> La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá $\frac{1}{4}$ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004...”

Seguidamente, el mismo cuerpo normativo en su artículo 302 regula el procedimiento a seguir en casos de flagrancia:

“... Cualquiera persona podrá capturar a quien sea sorprendido en flagrancia.

Cuando sea una autoridad la que realice la captura deberá conducir al aprehendido inmediatamente o a más

tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación.

Cuando sea un particular quien realiza la aprehensión deberá conducir al aprehendido en el término de la distancia ante cualquier autoridad de policía. Esta identificará al aprehendido, recibirá un informe detallado de las circunstancias en que se produjo la captura, y pondrá al capturado dentro del mismo plazo a disposición de la Fiscalía General de la Nación.

Si de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva, el aprehendido o capturado será liberado por la Fiscalía, imponiéndosele bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario. De la misma forma se procederá si la captura fuere ilegal.

La Fiscalía General de la Nación, con fundamento en el informe recibido de la autoridad policiva o del particular que realizó la aprehensión, o con base en los elementos materiales probatorios y evidencia física aportados, presentará al aprehendido, inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, ante el juez de control de garantías para que este se pronuncie en audiencia preliminar sobre la legalidad de la aprehensión y las solicitudes de la Fiscalía, de la defensa y del Ministerio Público.

PARÁGRAFO. *En todos los casos de captura, la policía judicial inmediatamente procederá a la plena identificación y registro del aprehendido, de acuerdo con lo previsto en el artículo 128 de este código, con el*

propósito de constatar capturas anteriores, procesos en curso y antecedentes.”

En ese contexto, se tiene que al aprehenderse al señor CARLOS RODRÍGUEZ IBARRA el ente acusador sostuvo que ello se dio en circunstancia de flagrancia, pues se actualizaba la causal contenida en el numeral 3ro del artículo 301 de la ley 906 de 2004, es decir, fue sorprendido y capturado con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparecía fundadamente que acababa de cometer la conducta punible de violencia intrafamiliar y, además, puesto que dicho reato comportaba una pena mínima que permitía la imposición de detención preventiva.

Al respecto, durante el respectivo traslado el apoderado del retenido sostuvo que éste no fue aprehendido bajo el supuesto a que hizo alusión la Fiscalía, por lo que deprecó la declaratoria de ilegalidad de dicha privación de la libertad.

Por su parte, el aquí indiciado, Dr. DAVID HASSAN SAADE MORAD, fungiendo como fallador en esa actuación argumentó que: *“en cuanto a lo fáctico si hay flagrancia, el Despacho considera que sí hay esa inmediación y ese calor del momento entra la lesión, la agresión y el momento en el que aparece en escena la policía”*⁴, seguidamente expuso qué: *“entonces fácticamente para el Despacho si hay flagrancia, porque se actualiza en el segundo evento en el cual se noticia por parte de la víctima que ella llamó”*⁵.

⁴ Ver audiencia de legalización de captura cel 4 de octubre de 2014; Audio 3 record 3:40.

⁵ Ver audiencia de legalización de captura cel 4 de octubre de 2014; Audio 3 Record 5:54.

Luego postuló lo siguiente:

"No obstante, encontró vocación de prosperidad los planteamientos de la defensa, ante la indebida estructuración de la flagrancia que demanda el ente fiscal, el ente fiscal de las cinco posibilidades, en cuanto la aprehensión de flagrancia, ha elegido en esta justifica rogada, de partes, cuyo dicho vincula a cada uno de los intervinientes, escoge el numeral tercero, que desarrolla: la persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas de los cuales aparezca fundadamente que acaba de cometer un delito, instrumentos, objetos o huellas de los cuales aparezca fundadamente que acaba de cometer un delito, esto no encuentra respaldo al interior de la carpeta, a menos que se pretenda decir que el instrumentos u objeto son las manos del indiciado, lo cual no tendría ninguna clase de soporte, no se ha dicho aquí que al indicado lo encontraron con rasgos de sangre en sus vestimentas, con los nudillos fracturados, con heridas en la epidermis de lo cual denote una agresión anterior, inclusive, dice la misma policía que cuando llegan éste manifestó no haberla golpeado y no da ningún relato en cuanto a que le incautaron una camisa manchada de sangra, no da ningún relato diferente a que la encontraron con la niña en sus manos y la niña no es un instrumento ni un objeto de los cuales se pueda inferir razonablemente que acaba de cometer un ilícito, circunstancia diferente estaríamos aquí si la fiscalía hubiese demandado la captura en el numeral de segundo, hubiese casado a la perfección en la circunstancias que nos convocan y esta captura tendría

en este momentos otro resultado anunciado, porque el numeral segundo dice: la persona es sorprendida o, disyuntivamente, individualizada durante la comisión del delito por la víctima, quien está aquí presente, u otra persona y aprehendida inmediatamente después por señalamiento, como ocurrió en el particular, o por persecución, ese era el numeral que hubiese encontrado prosperidad en cuanto a las pretensiones del ente acusador...⁶".

En ese contexto, debe señalar esta Colegiatura que en principio se muestra como acertada la decisión proferida por el Dr. DAVID HASSAN SAADE MORAD, toda vez que, efectivamente, al analizar la causal de flagrancia que invocó el ente acusador se evidencia que la misma no se encuentra acreditada, ya que en el Informe⁷ de la Policía en casos de captura en flagrancia del 3 de octubre de 2014 realizado con ocasión de la aprehensión del ciudadano CARLOS RODRÍGUEZ IBARRA, no se advierte que al restringírsele la libertad a éste se le hubieren encontrado con objetos, instrumentos o huellas de los cuales apareciera fundadamente que acababa de cometer el delito de violencia intrafamiliar.

No obstante, deviene necesario precisar que el análisis de la acreditación de la situación de flagrancia no comporta el mero estudio de si se estructuró o no la causal que en particular aduce el ente acusador, toda vez que dicho ejercicio requiere la confrontación del recuento fáctico del caso en específico, los medios de convicción que sean aportados, la sustentación que realice el titular de la acción penal y el encuadramiento que éste efectuó de todo ello en la respectiva

⁶ Ver audiencia de legalización de captura del 4 de octubre de 2014; Audio 3 Record 07:20.

⁷ Ver folios 36 y 37 del cuaderno de la Fiscalía.

causal de flagrancia, ya que a fin de cuentas lo que se busca es realizar el control constitucional respectivo de la retención del ciudadano, tal y como lo ha considerado el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria en su Sala de Casación Penal al indicar que:

"...En efecto, la función del juez de control de garantías, en punto de la legalización de la captura, comporta el análisis de las circunstancias en que la misma se produjo a efectos de verificar el respeto de las garantías y derechos fundamentales de los aprehendidos, así como la concreción de las condiciones autorizadas en la ley.

En ese cometido, el servidor público no puede limitar su labor a constatar si las partes argumentan su postura en pro o en contra de la privación de la libertad, pues ello desnaturaliza la función constitucional encomendada, la cual, se repite, implica el análisis conjunto de los hechos y de la normatividad constitucional y legal relacionada con la libertad y las restricciones autorizadas.

Para el caso, como se aducía la configuración de la flagrancia, constituía carga ineludible del juez de control de garantías analizar la figura jurídica invocada, pues de lo que se trataba era de ejercer control sobre la actuación de las autoridades de policía que concretaron la retención...⁸"

⁸ Ver sentencia del 28 de agosto de 2013. Proceso penal de segunda instancia de radicado No. 41575. M.P. Dra. María Del Rosario González Muñoz.

Bajo tales premisas, al analizar la Colegiatura la sustentación que realizó el ente acusador en la diligencia de la legalización de captura que se celebró en el Despacho presidido por el Dr. DAVID HASSAN SAADE MORAD, se aprecia que, en efecto, como lo sostuvo el ente acusador en la audiencia de solicitud de preclusión, allí se permite visualizar que esa argumentación cimentaba la causal de flagrancia contenida en el numeral 2º del artículo 301 del C.P.P. y no la establecida en el numeral tercero ibídem que se invocó erróneamente.

Ha dicha conclusión llega esta Sala al apreciar los siguientes apartes de la intervención del Fiscal Primero CAVIF en la pluricitada audiencia de legalización de captura:

"...se trata de una captura en flagrancia porque de lo anterior surgen los motivos fundados que originan que dicha autoridad procediera a capturar al antes mencionado por que ese hecho se subsume en una norma penal, esto es, porque hubo un maltrato físico y psicológico a una señora que estaba indicando a los policiales en la mañana de ayer que había sido agredida en la cabeza, en la cara, por parte de su pareja, quien se encontraba encerrado en una de las habitaciones y con quien vive y tiene una parentela, ese hecho por si solo tiene o está señalado en el código penal en el artículo 229 y que tiene una pena que sobrepasa los 4 años, atendiendo que es agravada...".

Posteriormente indicó que:

* Ver audiencia de legalización de captura del 4 de octubre de 2014; Audio 1 Record 11:13.

"quien más que la víctima que fue la que puso en conocimiento de la policía su afectación física frente a la agresión que había hecho el aquí indiciado, la señora Nancy Chacón Santos, dice el Informe, que fue la que les dijo a los policiales lo sucedido, ¿cuándo?, momentos antes de haber llegado ellos al sitio...¹⁰"

En esa misma tónica, sostuvo lo siguiente:

"... es indudable que en el relato así lo descarta: "a policía no estuvo presente al momento de cometer el ilícito, sino posteriormente por voces de auxilio por voces de los vecinos que llamaron a la policía, llegaron y se enteraron por la propia víctima, voces de la propia víctima lo sucedido", considera la Fiscalía, que si bien es cierto la flagrancia necesita unos elementos constitutivos de la misma, que sería la actualidad, el sorprendimiento que tiene que ver y la inmediatez, aquí con ello nosotros creemos y consideramos que queda salvado haciendo este esbozo fundante frente a los hechos constitutivos de una presunta conducta delictiva...¹¹"

Precisado lo anterior, no le queda duda a este Cuerpo Colegiado sobre la orientación de la sustentación realizada por el ente acusador, el cual erró al elegir la causal de flagrancia pero su argumentación permite devenir nítidamente la existencia del supuesto que dispone el numeral 2º del artículo 301 de la ley 906 de 2004, toda vez que CARLOS

¹⁰ Ver audiencia de legalización de captura del 4 de octubre de 2014; Audio 1 Record 14:15.

¹¹ Ver audiencia de legalización de captura del 4 de octubre de 2014; Audio 1 Record 15:13.

RODRÍGUEZ IBARRA fue señalado por la víctima de la conducta que se le atribuye, aunque, se resalta, durante toda su intervención refirió en reiteradas ocasiones una causal de flagrancia que en nada se adecuaba al caso allí evaluado.

De igual modo, no se era factible obviar lo que enseñaban los elementos demostrativos que aportó la Fiscalía, tales como el Informe¹² de la Policía en casos de captura en flagrancia del 3 de octubre de 2014, en el que se aprecia con total nitidez que los agentes captores que aprehendieron a CARLOS RODRÍGUEZ IBARRA lo hicieron por el señalamiento que les realizó la presunta víctima NANCY CHACÓN SANTOS y el Informe Pericial de Clínica Forense¹³ que se allegó, en el que se da cuenta que a la afectada se le halló una herida de 3cm en la región occipital hasta el tejido celular subcutáneo, así como varios hematomas en la región occipital temporal izquierda y frontal.

En consecuencia, considera la Colegiatura que es dable hacer alusión a un desacierto por parte del Juez Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla, Dr. DAVID HASSAN SAADE MORAD, en la decisión que adoptó el 4 de octubre de 2014 ante solicitud de legalización de captura que le elevó el ente acusador, pues si bien no se desconoce que el sistema procesal penal reglado por la ley 906 de 2004 se estructura bajo los postulados de imparcialidad del Juez, igualdad de armas y congruencia, tales premisas incrementan su rigurosidad en la etapa de juzgamiento, ya que en tratándose de la audiencia de legalización de captura en casos de flagrancia la labor principal del Juez de Control de Garantías

¹² Ver folios 36 y 37 del cuaderno de la Fiscalía.

¹³ Ver folios 22 al 24 del cuaderno de la Fiscalía.

consiste en verificar que la retención del ciudadano sea acorde a los postulados constitucionales y legales, tanto en su ejecución como en su fundamentación, pudiendo incluso, en el evento de apreciar la existencia de una circunstancia que vicie tal actuación proceder a su declaratoria, aunque los sujetos procesales lo hubiesen obviado.

Pese a lo anotado, a juicio de esta Corporación dicho yerro no posee la entidad suficiente como para indicar que la providencia dictada por el aquí indiciado sea manifiestamente contraria a derecho, ya que la misma cuenta con una fundamentación plausible con respecto a los principios que rigen el sistema procedimental penal, la cual si bien es desacertada no denota un alejamiento arbitrario de las disposiciones jurídicas llamadas a regular el caso, máxime si se advierte que éste aplicó la normativa que el ente acusador le invocó, por lo que en principio su decisión fue acertada, empero debió cotejar de igual modo el recuento fáctico, los medios de convicción y la sustentación realizada, a fin de apreciar con mayor solvencia la legalidad de la aprehensión de CARLOS RODRÍGUEZ IBARRA.

De igual modo, es deber acotar que la presente problemática versa sobre un asunto que puede generar diversas posturas jurídicas con respecto a su forma de resolución, ya que entran en colisión principios de índole constitucional, tales como el derecho a la defensa y a la contradicción, las garantías de las víctimas, la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, etc. Lo cual indudablemente hace que la decisión a adoptar por parte del funcionario judicial no sea sencilla, es por ello que, luego de analizarse la fundamentación realizada por el Dr. DAVID HASSAN SAADE MORAD, advierte la Sala que la misma no es ostensiblemente contraria a derecho, pues se muestra como

razonada atendiendo a los principios que fundamentan el sistema procesal penal con tendencia acusatoria.

Por lo expuesto, se decretará la preclusión de la acción penal seguida contra el DR. DAVID HASSAN SAADE MORAD por el delito de prevaricato por acción que se le atribuía al haber proferido como Juez Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías la decisión del 4 de octubre de 2014, a través de la cual decretó ilegal la captura de CARLOS RODRÍGUEZ IBARRA, al advertirse que se estructura la causal prevista en el numeral 4º del artículo 312 de la ley 906 de 2004, a saber, la tipicidad objetiva de la conducta.

Finalmente, con respecto a la solicitud de preclusión por atipicidad subjetiva que expone el ente acusador, debe indicarse que esta Sala no se adentrará en el estudio de la misma al haberse desvirtuado el presupuesto de que partió dicho sujeto procesal, éste es el que la providencia que dictó el indiciado era manifestamente contraria a derecho.

Por todo lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

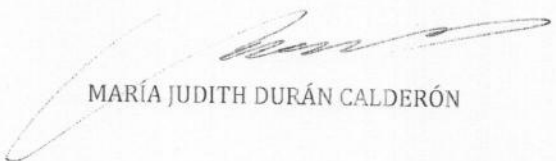
RESUELVE:

1º. Decretar la preclusión en favor del Doctor DAVID HASSAN SAADE MORAD, ex - Juez Segundo Penal Municipal con Funciones de Garantías de Barranquilla, por el delito de prevaricato por acción en aplicación de lo previsto en la causal 4ta del artículo 332 de la ley 906 de 2004, es decir, la atipicidad objetiva de la conducta.

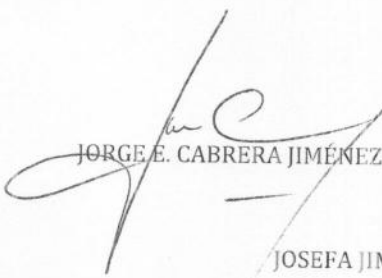
2º. Contra la presente decisión proceden los recursos de reposición y apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

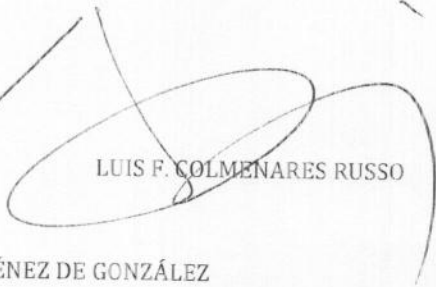
Los Magistrados,



MARÍA JUDITH DURÁN CALDERÓN



JORGE E. CABRERA JIMÉNEZ



LUIS F. COLMENARES RUSSO

JOSEFA JIMÉNEZ DE GONZÁLEZ
SECRETARIA