



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado ponente

SP270-2023

Radicado N° 61330.

Acta 132.

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil veintitrés (2023).

V I S T O S

Una vez admitida la demanda, se pronuncia la Corte sobre el recurso extraordinario de casación instaurado por la defensa de los procesados ANDRÉS GIOVANNY LÓPEZ ARBOLEDA, GILMER RENÉ AUSECHA MOSQUERA y JESÚS GIOVANNI QUIÑÓNES JÁCOME, contra el fallo de segunda instancia proferido el 30 de noviembre de 2021 por la Sala Primera de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial de Bogotá, mediante el cual confirmó la sentencia condenatoria emitida el 21 de noviembre de 2017, por el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Nariño, que los condenó a 32 meses de prisión y multa en cuantía equivalente a 28.33

s.m.l.m.v., luego de hallar responsable, al primero, por el delito de detención arbitraria especial, y a los otros, por privación ilegal de la libertad.

HECHOS

El día domingo 20 de julio de 2014, un grupo de policías, entre ellos, el Patrullero JESÚS GIOVANNI QUIÑÓNES JÁCOME, se encontraban realizando labores de vigilancia y control en la zona de discotecas del municipio de Iles, Nariño.

Aproximadamente a las 4:30 de la tarde, fueron alertados de una riña callejera y posible comisión del delito de hurto, en las afueras del bar denominado La Peña.

Al arribar al lugar, uno de los presentes –indocumentado-, aunque después se conoció que respondía al nombre de Arley Efraín Velásquez Moreno y se hallaba en alto grado de embriaguez- se enfrentó a los uniformados. Por ello, se le privó de su libertad.

El Patrullero JESÚS GIOVANNI QUIÑÓNES JÁCOME comunicó de la captura, vía telefónica, al Comandante (e) de la Estación, Subintendente GILMER RENÉ AUSECHA MOSQUERA, quien dada la información recibida por el anterior, dispuso su traslado a la Estación de Policía.

En el parque del municipio coincidieron los dos grupos de uniformados que patrullaban el lugar, incluido su Comandante, AUSECHA MOSQUERA. De allí, todos se trasladaron la Estación de Policía.

Pasado un tiempo, AUSECHA MOSQUERA se retiró de la Estación de Policía, para seguir en actos de vigilancia y control, al tanto que el Patrullero QUIÑÓNES JÁCOME condujo a *Velásquez Moreno* a una celda temporal o de reflexión, para lo cual se dejó la siguiente constancia en el libro de población, por parte del Patrullero ANDRÉS GIOVANNY LÓPEZ ARBOLEDA, quien se encontraba como Comandante de Información: “[...] a las 16:45 horas el señor PT. QUIÑÓNES JÁCOME JESÚS, ingresa a las instalaciones policiales, a un ciudadano él manifestó llamarse ARLEY EFRAÍN VELÁSQUEZ, 1.087.673.739 (ILES) sin más datos, manifiesta el PT. Quiñonez Jacome (sic) Jesús, que lo condujo a la sala temporal ya que se encontraba en la vía pública fomentando riña, para fines que estime pertinentes”.

LÓPEZ ARBOLEDA entregó turno a las 19:00 horas, al Patrullero JAMES EDUARDO MARQUÍNEZ DE LA CRUZ, dejando constancia, nuevamente, en el libro de población, de que en la celda de reflexión continuaba el detenido conducido por QUIÑÓNES JÁCOME.

Enterados de su captura, Niny Johana Moreno y Jhon Leonel Mendoza Moreno, hermanos de *Velásquez Moreno*, se dirigieron a la Estación de Policía -a eso de las seis de la tarde-,

en donde se entrevistaron con el Comandante AUSECHA MOSQUERA, a quien solicitaron su liberación.

El comandante negó la solicitud argumentando que el retenido había *fomentado riña y lesionado a un uniformado*, por lo que permanecería en el lugar hasta tanto *le pasara la borrachera*; por esto, conminó a los familiares a que regresaran más tarde.

Acorde con ello, aproximadamente a las 7:30 de la noche regresaron de nuevo los consanguíneos de *Velásquez Moreno* - con su cédula de ciudadanía- reclamando a AUSECHA MOSQUERA la liberación del detenido, a lo cual accedió.

Sin embargo, cuando dio la orden para el efecto les fue informado -pasado algún de tiempo de espera- que el detenido se había ahorcado en la celda.

ACTUACION PROCESAL

1. Por los anteriores hechos, el 20 de julio de 2014¹, el Juzgado 180 de Instrucción Penal Militar dispuso la apertura de indagación preliminar, en averiguación de responsables por el punible de homicidio culposo.

¹ Fl. 2 ss del c.o. 1.

2. El 4 de junio de 2015², el mismo funcionario ordenó la apertura de instrucción por el delito de privación ilegal de la libertad –art. 174 del C.P.-, en contra del Patrullero JESÚS GIOVANNI QUIÑONES JÁCOME; y se vinculó, por el delito de detención arbitraria especial -art. 176 del C.P.-, al Patrullero ANDRÉS GIOVANNY LÓPEZ ARBOLEDA³. Luego de escuchados en indagatoria, el instructor se abstuvo de proferir medida de aseguramiento, en decisión del 3 de julio de 2015⁴.

Lo relacionado con la investigación por el delito de homicidio culposo fue adelantado en actuación separada por un Fiscal Seccional de Nariño, sin que se tenga conocimiento del resultado de la misma.

3. El 26 de enero de 2016, se escuchó en indagatoria al Subintendente GILMER RENÉ AUSECHA MOSQUERA, a quien se atribuyó el delito de privación ilegal de la libertad –art. 174 del C.P.-. En la misma fecha se indagó por los delitos de prolongación ilícita de privación de la libertad –art. 175 del C.P.- y falsedad ideológica en documento público, al Patrullero JAMES EDUARDO MARQUÍNEZ DE LA CRUZ.

El 28 de enero siguiente, se abstuvo el juez de instrucción de imponerles medida de aseguramiento⁵.

² Fls. 317 ss c.o.1.

³ Fls. 317 y 318 del c.o. 2.

⁴ Fl. 369-396 cuaderno original 2.

⁵ Fls. 538-546, 562 y 595 c.o. 3.

4. El 7 de marzo de 2016⁶, se declaró el cierre de la investigación y el 27 de abril siguiente, se calificó el sumario con resolución de acusación⁷, de la siguiente manera:

i) el Subintendente GILMER RENÉ AUSECHA MOSQUERA y el Patrullero JESÚS GIOVANNI QUIÑONES JÁCOME, fueron acusados como posibles autores del delito de privación ilegal de la libertad del art. 174 del Código Penal;

ii) el Patrullero ANDRÉS GIOVANNY LÓPEZ ARBOLEDA, como presunto autor del delito de detención arbitraria especial del canon 176 íb, y

iii) el Patrullero JAMES EDUARDO MARQUINEZ DE LA CRUZ, por los delitos de prolongación ilícita de privación de la libertad, en concurso con falsedad ideológica en documento público de que tratan los dispositivos 175 y 286 íb.

5) La resolución de acusación cobró ejecutoria el 13 de mayo de 2016⁸, dado que ninguno de los sujetos procesales la impugnó.

6) En la etapa del juicio, el asunto correspondió al Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía de Nariño, el cual, luego de adelantar la audiencia de corte

⁶ Fl. 619 c.o. 4.

⁷ Fls. 677 ss. Del c.o. 4.

⁸ Fl. 707 del c.o. 4.

marcial⁹, en decisión del 21 de noviembre de 2017¹⁰ condenó a los procesados, por los delitos objeto de acusación, a 36 meses de prisión y pérdida del empleo, salvo en lo que toca con el ilícito de falsedad ideológica en documento público, por el que absolvió a JAMES EDUARDO MARQUÍNEZ DE LA CRUZ –sólo a éste le fue atribuido el mismo-. Igualmente, se concedió a los acusados el subrogado de la condena de ejecución condicional.

7) Interpuesto el recurso de apelación por la defensa de todos los procesados, la Sala Primera de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, el 30 de noviembre de 2021¹¹, confirmó la sentencia de condena.

8) Dentro del término de traslado correspondiente, la defensa de ANDRÉS GIOVANNY LÓPEZ ARBOLEDA interpuso y sustentó el recurso extraordinario de casación. Hizo lo propio el defensor de GILMER RENÉ AUSECHA MOSQUERA y JESÚS GIOVANNI QUIÑONES JÁCOME.

A favor de JAMES EDUARDO MARQUÍNEZ DE LA CRUZ no se recurrió en casación.

⁹ Fls. 754 ss c.o. 4. Audiencia de 7 de noviembre der 2017.

¹⁰ Fls. 789 ss del c.o. 4.

¹¹ Fls. 899 ss del c.o. 5.

EL RECURSO

1. Por parte de la defensa de ANDRÉS GIOVANNY LÓPEZ ARBOLEDA.

1.1. Primer cargo. Por la senda de la causal tercera alega la defensa la violación directa de la ley sustancial, derivada de un falso raciocinio, por el alcance que dio el A quo a la figura de la *detención transitoria*.

Así, explica que, aunque el fallo de instancia reconoció que el traslado a la Estación de Policía de Iles Nariño, del ciudadano *Arley Efraín Velásquez Moreno*, obedeció a la necesidad de proteger su vida e integridad personal, dado que se encontraba en situación de riña, termina la instancia confirmando la condena, en contravía de la legitimidad de la medida de detención.

Estima que si la detención transitoria de *Velásquez Moreno* cumplía con los presupuestos establecidos en la sentencia C-720 de 2007, por fomentar riña en vía pública, no incurrieron los uniformados en delito alguno.

En esas condiciones, desconocieron las instancias el verdadero contenido de los testimonios del Subintendente AUSECHA MOSQUERA, y de los patrulleros GENOY ENRÍQUEZ y GAMBOA, que revelan las razones del traslado a la Estación de Policía.

Así mismo, no fue adecuadamente analizada la anotación efectuada en el libro de población por LÓPEZ ARBOLEDA, en la que dejó constancia de que el traslado se requería *para su protección y la de terceros por motivo de riña*. Por ello, tilda de vago el fallo de condena, en tanto, no indica con claridad cuáles fueron los requisitos que desconoció el procesado LÓPEZ ARBOLEDA, para *encuadrar su conducta en los supuestos fácticos de la aplicación de la figura de detención transitoria a los presupuestos normativos del delito de detención especial*.

Contrario a lo expuesto, no se le podía exigir al uniformado actuar de manera distinta a como lo hizo, en tanto, GILMER RENÉ AUSECHA MOSQUERA, como Comandante de la Estación de Policía, era el responsable de exigirle al Patrullero QUIÑONES JÁCOME JESÚS, realizar el informe policial sobre los motivos que dieron origen a la medida de detención y su justificación. De ello no puede hacerse responsable a su poderdante, sólo por encontrarse de comandante de información.

1.2. Segundo cargo. Con fundamento en la causal segunda, manifiesta que el Tribunal Penal Militar y Policial incurrió en un error de hecho por falso juicio de existencia, al tergiversar y cercenar la anotación realizada en el Libro de Población por el Patrullero LÓPEZ ARBOLEDA “...10.07.14-16:45”- en la que se indica que QUIÑONES JÁCOME JESÚS condujo a la sala temporal a un ciudadano que manifestó

llamarse *Arley Efraín Velásquez* identificado con c.c. 10.812.673.739 de Iles, sin más datos, por encontrarse en vía pública fomentando riña.

Advierte que, de esa anotación, aunque escueta, se extrae que el ingreso del ciudadano a la estación de policía, obedeció a una retención transitoria, según lo documentó LÓPEZ ARBOLEDA en el libro de población -“*para los fines pertinentes*”; luego, el protocolo a realizar, conforme con la sentencia C-720 de 2007, no era de competencia del acusado, por cuanto, las verificaciones puntuales sobre el informe que debía enviarse al Ministerio Público, así como los demás requisitos exigidos para la continuación o cese de la medida, corrían insiste, bajo la directa responsabilidad del Comandante de la Estación de Policía.

Con esa coherencia, no se le podía exigir del patrullero, que elaborara los informes sobre la mencionada aprehensión, ni efectuara verificaciones relacionadas con la legalidad del procedimiento, al punto de pedir de él presentar los soportes de la captura -orden judicial o informe de flagrancia-; ello, por cuanto, insiste, la víctima se hallaba en retención transitoria y no en calidad de capturado.

Por su parte, cuando el Patrullero LÓPEZ ARBOLEDA entregó su turno a las 19:00 horas, dejó constancia en el libro de población, de que en la sala temporal quedaba el ciudadano

dejado por QUIÑÓNES JÁCOME, sin ninguna novedad, por lo que actúo diligentemente.

Para la libelista, todo lo referido es indicativo de que el Patrullero LÓPEZ ARBOLEDA, al recibir en calidad de retenido transitoriamente, al ciudadano *Velásquez Moreno*, desplegó todas las actividades que el cargo le exigía, como comandante de guardia de la unidad de policía, sin que de allí derive ningún comportamiento delictivo, culposo o doloso,

Pide, en consecuencia, casar los fallos de instancia, absolviendo a su poderdante de los cargos endilgados.

2. Por parte de la defensa de GILMER RENÉ AUSECHA MOSQUERA y JESÚS GIOVANNI QUIÑÓNES JÁCOME.

Manifiesta el recurrente, que su pretensión se ubica dentro del mecanismo de *casación excepcional*, en busca de la garantía de derechos fundamentales, entre ellos, el debido proceso y la legalidad de las penas

2.1. Cargo principal. Con apoyo en la causal tercera de casación, pide declarar la nulidad de lo actuado, por prescripción de la acción penal, en aplicación de los artículos 83 y 86 del C.P., atendiendo que el delito de privación ilegal de la libertad comporta pena de 36 a 60 meses de prisión, la cual debe aumentarse en la mitad, por tratarse de un servidor público, para una sanción final de 90 meses.

Así, explica que la prescripción, de todas formas, después *de la imputación de cargos*, no puede superar, en este caso, los 5 años, según el art. 83 de la ley 522 de 1999.

Advierte que, como se trata de un trámite de Ley 600 de 2000, *la formulación de imputación se produjo con la vinculación mediante indagatoria de los procesados*, lo cual ocurrió el 1 de junio de 2015, para AUSECHA MOSQUERA, y para QUIÑONES JÁCOME, el 30 de junio del mismo año.

Desde allí, hasta el 30 de noviembre de 2021, fecha en la que el Tribunal expidió la sentencia de segunda instancia, transcurrieron los 5 años de que trata la norma indicada.

Pide, de nuevo, que se declare la nulidad de lo actuado y se extinga la acción penal, por prescripción.

2.2. Cargo subsidiario. Por la vía de la causal primera prevista en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, alega la violación indirecta de la ley sustancial, pues, estima que las sentencias de primera y segunda instancias incurrieron en errores de hecho en la apreciación de los diferentes medios de prueba –falso juicio de raciocinio–, que llevaron, erradamente, a suponer el dolo en el actuar de los uniformados.

De esa manera, construye la defensa una regla de la lógica, así redactada: “*No todo funcionario público (policiales) que retiene*

a una persona, incurre por ese solo hecho, en una conducta delictual”; sin embargo, las instancias consideraron que “todo funcionario público (policiales) que retiene a una persona, incurre por ese solo hecho en una conducta delictual”. Considera por lo tanto que la conclusión a la que llegan los fallos no soporta un juicio de universalidad, es decir, no puede ser aceptada por todos sin reproche alguno, sin crítica alguna.

En esa misma dirección, anota que, para que esa regla lógica sea aceptada universalmente, el tipo penal debe, necesariamente, integrar el elemento subjetivo del dolo; pero, como el mismo no fue demostrado en este evento, no se estructura plenamente el delito de privación ilegal de la libertad.

Reconoce que el Tribunal decantó lo relacionado con el error de prohibición y el error de tipo; empero, en esa inferencia incurre en un *error de hecho por falso raciocinio*, al dar *por sentado el elemento subjetivo del tipo*, apartándose de lo probado, por cuanto, insiste, *no todo policial que retiene a una persona, es responsable del delito de privación ilegal de la libertad*, más, cuando, en este caso, no se observa una manifestación arbitraria de autoritarismo o intención criminal de causar daño, sino la intención de cumplir con la detención discrecional, para lo cual estaban facultados los uniformados.

Sobre ese aspecto, menciona que el Tribunal incurrió en un grave error al inferir que a raíz de la muerte de señor *Velásquez Moreno*, deceso producto de un suicidio –ahorcamiento–, el

propósito de la aprehensión no se cumplió, cuando lo cierto es que momentos después de su retención, éste decidió terminar con su vida; así, razona, desconoce el fallo *el principio de universalidad*.

Por consiguiente, dice, la muerte de *Velásquez Moreno* es un hecho ajeno e independiente de la retención transitoria, sin que de aquella se pueda inferir que la intención de los uniformados fue la de privarlo, de forma ilícita, de su libertad.

Para la defensa, la trascendencia del error radica en que el Tribunal dio por sentado, sin fundamento, el elemento subjetivo del tipo penal de privación ilegal de la libertad contemplado en el artículo 174 del Código Penal. Por ese motivo, acota, aplicó indebidamente el tipo penal y, consecuentemente dejó de aplicar el contenido de los artículos 21 y 22 ib.

En suma, asegura, que en respeto de las garantías judiciales de AUSECHA MOSQUERA y QUIÑONES JÁCOME, procede la casación excepcional.

3. Por auto de 15 de noviembre de 2022, la Sala admitió de manera discrecional la demanda de casación por considerar reunidas las exigencias mínimas que la gobiernan y en orden a intervenir como Tribunal de Cierre. En esas condiciones, ordenó correr traslado por 20 días al Procurador Delegado para la

casación penal, conforme con el artículo 213 de La Ley 600 de 2000¹².

4. En el transcurso del traslado, el Procurador Primero Delegado para la Casación Penal¹³ emitió concepto, en el que manifestó lo siguiente:

4.1. Respecto de la demanda de casación presentada a favor de ANDRÉS GIOVANNY LÓPEZ ARBOLEDA, considera que el cargo no prospera. Advierte que la conducta desplegada por el implicado se adecúa a los ingredientes normativos contemplados en el artículo 176 del Código Penal, por cuanto, recibió a la víctima en la estación de policía y la encerró en un calabozo, sin cumplir con los protocolos establecidos para esos efectos.

Admite que el procedimiento realizado por los compañeros de LÓPEZ ARBOLEDA, fue correcto, en tanto, condujeron hasta la estación de policía a quien en ese momento se hallaba en estado de embriaguez y participaba en una riña en vía pública; sin embargo, ninguno de los implicados registró en el libro correspondiente en qué calidad ingresaba y el tiempo que debería permanecer allí, limitándose a dejarlo en una celda del lugar, sin ninguna vigilancia.

¹² Fl. 6 c.o. de la C.S.J.

¹³ Fl. 11 ss íb. Escrito de 14 de febrero de 2023.

Adicionalmente, incumplió el deber de dejarlo a disposición del comandante de la Estación de Policía, con la debida motivación de la detención y la definición del término de permanencia.

Y, aunque la hermana del retenido acudió a la Estación de Policía, para solicitar su liberación, nada hizo LÓPEZ ARBOLEDA, limitándose a anotar en un libro los datos de la pariente del detenido.

En esas condiciones, conforme con los parámetros dados por la Corte Constitucional, se le vulneraron al capturado las garantías mínimas, por lo que el acusado incurrió en el delito de detención arbitraria transitoria.

En segundo lugar, estima que los juzgadores no tergiversaron y tampoco cercenaron la anotación realizada por LÓPEZ ARBOLEDA a las 4:45 p.m., en la que registró el ingreso de la víctima a las instalaciones de la policía, conducida por el patrullero JESÚS QUIÑONES, y la constancia dejada al momento de entregar turno, a las 7:00 p.m., en la cual indicó que en la sala temporal quedaba el ciudadano, *sin novedad*.

En oposición a lo que esgrime la defensa, para el Ministerio Público resulta claro que, acorde con los parámetros de la Corte Constitucional, el implicado LÓPEZ ARBOLEDA omitió un acto propio de sus funciones. Como jefe de información permitió el ingreso de la víctima sin exigir el informe de su captura al

Patrullero QUIÑÓNES o al Comandante de la Estación. Omitió registrar en qué condición fue detenido, el motivo de privación de la libertad, qué autoridad se hacía cargo de él, su estado de salud y la posible individualización, ni tampoco indicó cuánto tiempo duraría su reclusión. En esas condiciones, fue dejado a su suerte en una celda sin vigilancia.

4.2. Sobre la demanda presentada a favor de los procesados GILMER RENÉ AUSECHA MOSQUERA y JESÚS GIOVANNI QUIÑÓNES JÁCOME manifiesta el Ministerio Público lo siguiente:

En lo que toca con el primer cargo, la acción penal no se encuentra prescrita –art. 174 del Código Penal-, por cuanto, desde el *27 de abril de 2016, fecha en que cobró ejecutoria la acusación*, no han transcurrido los 7 años y 6 meses de plazo máximo, que se cubren el 13 de noviembre del año que transcurre -2023-.

En esas condiciones, el cargo atinente a la prescripción no está llamado a prosperar.

Respecto del segundo cargo, pide no casar la sentencia de condena, por cuanto, quedó demostrado que por orden del Subintendente GILMER RENÉ AUSECHA MOSQUERA -quien se desempeñaba para la fecha de los hechos como comandante de la Estación de Policía del municipio de Iles Nariño-, el Patrullero JESÚS GIOVANNI QUIÑÓNES JÁCOME aprehendió

a la víctima y la trasladó, para su identificación, a la Estación de Policía del municipio, por encontrarse fomentando riña en vía pública –a la salida de una discoteca- en estado de ebriedad y señalado de la posible comisión del delito de hurto.

Posteriormente, cerca de las 7 de la noche, AUSECHA MOSQUERA regresa a la Estación de Policía y allí traba conversación con un familiar del detenido, quien solicitó la liberación del hoy occiso, pero este fue encontrado ahorcado en su celda.

Es claro para el Ministerio Público, que, si bien, AUSECHA MOSQUERA no participó en el procedimiento de aprehensión, fue quien, vía telefónica, dio la orden de conducción a la Estación de Policía, despreocupándose por completo de ejercer el control y seguimiento de la detención transitoria, tanto así que se negó a su liberación inmediata, una vez concurrió la hermana de la víctima para esos efectos.

De esa manera, AUSECHA MOSQUERA abusó de sus funciones policiales, al incumplir los parámetros establecidos por la Corte Constitucional a efectos de legalizar la captura de la aquí víctima, una vez fue ésta conducida a la Estación de Policía.

En igual omisión incurrió QUIÑONES JÁCOME, dado que se limitó a dejar al aprehendido en la Estación de Policía e

internarlo en una celda, sin legalizar el procedimiento; en lugar de ello, decidió continuar realizando patrullaje por el municipio.

Considera que a los uniformados les correspondía proteger a la víctima, sin necesidad de recluirlo en una celda sin vigilancia y dejarlo a su suerte; peor aún, no se precisó cuál fue el motivo de su retención, es decir, si existía una evidencia sumaria para un caso en flagrancia o *retención transitoria*; en ambos casos, no se le dieron a conocer los derechos del capturado, menos, fue dejado a disposición de autoridad competente.

Así las cosas, considera, que la privación de la libertad ejecutada por QUIÑONES JÁCOME, mediante orden de su comandante AUSECHA MOSQUERA es ilegal, dado que se estructuró bajo el abuso de las funciones de los uniformados, sin cumplir con las formalidades legales.

Pide en consecuencia, no casar el fallo de instancia.

CONSIDERACIONES

A fin de resolver la demanda, la Sala seguirá el siguiente derrotero: **i)** se pronunciará sobre el recurso extraordinario de casación, en materia del proceso penal militar; **ii)** verificará si la acción penal se encuentra prescrita; **iii)** se referirá brevemente al derecho a la libertad y la reserva legal de la aprehensión; **iv)** analizará los tipos penales de *privación*

ilegal de la libertad –art. 174 del C.P.-, prolongación ilícita de privación de la libertad –art. 175 del C.P.-y *detención arbitraria especial* –art. 176 del C.P.; **v)** abordará la demanda de casación presentada a favor de GILMER RENÉ AUSECHA MOSQUERA y JESÚS GIOVANNI QUIÑÓNES JÁCOME; **vi)** luego, la incoada por la defensa de ANDRÉS GIOVANNY LÓPEZ ARBOLDA, y **vii)** oficiosamente revisará la condena proferida en contra de JAMES EDUARDO MARQUÍNEZ DE LA CRUZ, por el delito de prolongación ilícita de la detención.

1. Del recurso extraordinario de casación en materia penal militar

El presente asunto se tramitó en vigencia de la Ley 522 de 1999, pues, el hecho atribuido a los uniformados ocurrió el 20 de julio de 2014, en el municipio de Iles Nariño, fecha para la cual, según lo previsto en la Ley 1407 de 2010 (Código Penal Militar) no se había implementado el nuevo estatuto penal militar¹⁴.

En esas condiciones, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 234 de la Ley 522 de 1999, estatuto por el que se rigió el presente proceso, corresponde a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia conocer del recurso extraordinario de casación en materia penal militar.

¹⁴ Según el Decreto 314 de 2014, en Nariño, entraría a regir en 2016.

De otro lado, en lo que respecta a la procedencia del recurso de casación se debe examinar lo establecido en el canon 368 de la Ley 522 de 1999, según el cual, como regla general la impugnación extraordinaria procede contra la sentencia de segunda instancia, por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de 6 años.

Caso ajeno al que ocupa la atención de la Corte, dado que los delitos de privación ilegal de la libertad –art. 174 del C.P-, prolongación ilícita de privación de la libertad –art. 175 ib- y detención arbitraria especial –art. 176 íb.- comportaban, acorde con el trámite adelantado aquí, una pena máxima de cinco (5) años de prisión – Ley 599 de 2000-, luego, para acceder al recurso extraordinario de casación, los impugnantes deben optar por la vía excepcional, carga que exige evidenciar la necesidad de que la Corte lo admita y revisar la legalidad del fallo atacado, bien, porque se requiere desarrollar la jurisprudencia, ora porque lo que se pretende es la garantía de derechos fundamentales.

La Sala tiene dicho¹⁵ que cuando se invoca el primero de tales aspectos, esto es, el desarrollo de la jurisprudencia, compete al casacionista señalar si lo que busca con la impugnación del fallo de segundo grado, es que la

¹⁵ CSJ AP, 18 abr. 2007, rad. 26916 y CSJ AP, 27 feb. 2012, rad. 38100; entre otros.

Corporación intervenga, sea para referirse a un tema jurídico en particular, o en procura de unificar posturas conceptuales o actualizar la doctrina, con el deber de precisar de qué manera la decisión solicitada tiene la doble utilidad de brindar solución al asunto concreto y simultáneamente servir de guía a la actividad judicial.

Y, en cuanto al amparo de los derechos fundamentales, el demandante tiene la carga de demostrar en forma clara y precisa la violación de una garantía por quebrantamiento de la estructura básica del proceso o por trasgresión de un derecho fundamental, con indicación de las normas constitucionales o legales que protegen el derecho invocado y cómo el fallo lo conculca.

Asimismo, las razones aducidas por el censor en orden a revelar a la Corte la necesidad de admitir discrecionalmente la demanda, deben guardar perfecta armonía con los reproches que formule contra el fallo, lo que significa que el fundamento de la casación excepcional debe avenirse con los cargos, tanto en su postulación como en su desarrollo.

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, aunque la demanda presentada a favor de ANDRÉS GIOVANNY LÓPEZ ARBOLEDA, no satisfizo las anteriores exigencias y la defensa de los procesados GILMER RENÉ AUSECHA MOSQUERA y JESÚS GIOVANNI QUIÑONES JÁCOME, sólo

cumplió con la carga de indicar la finalidad de la casación discrecional -la protección de la garantía de un derecho fundamental-, la Sala advirtió, la necesidad de admitirla de manera discrecional, en orden a intervenir como Tribunal de Casación.

2. Prescripción de la acción penal.

El apoderado de los procesados GILMER RENÉ AUSECHA MOSQUERA y JESÚS GIOVANNI QUIÑÓNES JÁCOME, solicita la declaratoria de nulidad, dado que el asunto se adelantó cuando ya se hallaba prescrita la acción penal, acorde con los artículos 83 y 86 del C.P.

En su sentir, desde el 1 de junio de 2015 y el 30 del mismo mes y año, en los que, mediante indagatoria, fueron vinculados al sumario AUSECHA MOSQUERA y QUIÑÓNES JÁCOME al 30 de noviembre de 2021, cuando se emitió la sentencia de segunda instancia, transcurrieron los 5 años de que tratan las normas indicadas.

La postulación está llamada al fracaso, por cuanto, el censor parte de una premisa errada: el término de la prescripción, en los casos tramitados bajo la Ley 600 de 2000, no se interrumpe con la vinculación de los procesados mediante indagatoria, sino a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, como bien se extrae del dispositivo

86 de la Ley 599 de 2000 –sin la reforma de la ley 890 de 2004–, según el cual:

La prescripción de la acción penal se interrumpe con la resolución de acusación o su equivalente debidamente ejecutoriada.

Recuérdese que el artículo 86 mencionado, sufrió modificación con el artículo 6° de la ley 890 de 2004, regla que fijó la interrupción de la prescripción, a partir de la *formulación de la imputación para los eventos de la Ley 906 de 2004* –sistema penal acusatorio–, pero en nada incidió sobre los procesos que continuaban tramitándose bajo el rito de la Ley 600 de 2000. La Corte, al respecto, señaló:

Dos son los momentos procesales a partir de los cuales se interrumpe la prescripción de la acción de acuerdo a cada sistema: en el previsto en la ley 906 con la formulación de la imputación y en el consagrado en la ley 600 con la resolución de acusación, actos de distinto contenido material y alcance, así como generadores de diferentes consecuencias procesales, que –además– obedecen a etapas procesales distintas, respecto de los cuales es imposible predicar identidad a menos que quiera desvertebrarse el procedimiento propio de cada ley (C.S.J. SP1497-2016, radicado 43997 de 10.02.2016, SP-2016, radicado 23700 de 09.02.2016).

En ese orden, establecido el momento a partir del cual se interrumpe el término de la prescripción de la acción penal, la Sala encuentra que en el caso examinado no ha concurrido el mencionado fenómeno jurídico de terminación

anticipada del proceso, si se atienden los siguientes presupuestos:

Los delitos por los que discurre este asunto: privación ilegal de la libertad –art- 174 del C.P.-, prolongación ilícita de privación de la libertad –art. 175- y detención arbitraria especial –art. 176-, consagran pena de prisión de tres (3) a cinco (5) años, sin el aumento contenido en la Ley 890 de 2004.

Como los investigados tienen la calidad de servidores públicos, a la pena máxima indicada se debe realizar el incremento de la mitad, por cuanto, para la fecha de los hechos -20 de julio de 2014-, se encontraba vigente la modificación introducida al artículo 83 del Código Penal, por el 14 de la Ley 1474 de 2011¹⁶, es decir, la pena máxima, para efectos de prescripción, asciende a siete (7) años y seis (6) meses.

En este asunto, los hechos objeto de investigación tuvieron ocurrencia el 20 de julio de 2014; la resolución de acusación se profirió el 27 de abril de 2016¹⁷ y su ejecutoria se produjo el 13 de mayo siguiente¹⁸.

Por consiguiente, si el término extensivo es de 5 años -en ningún caso puede ser inferior a este periodo¹⁹, ni siquiera si se adelanta la fase del juicio-, incrementado en la mitad arroja un guarismo de 7 años y seis meses, lapso que no corrió de

¹⁶ Vigente desde el 12 de julio de 2011

¹⁷ Fls. 677 del c.o. 4.

¹⁸ Fl. 707 del c.o.4.

¹⁹ Artículos 83 Código Penal y 83 de la Ley 522 de 1999.

manera previa a la ejecutoria de la resolución de acusación²⁰ y tampoco desde la ejecutoria de la misma hasta hoy –art. 86 de la Ley 522 de 1999-. La fecha de expiración del plazo, se acota, opera el 13 de noviembre de 2023.

Ello, por cuanto, luego de la ejecutoria de la resolución de acusación de nuevo se cuenta el plazo prescriptivo por un término igual a la mitad del máximo de la pena, sin que sea inferior a cinco años, según el inciso 2º del artículo 86 del Código Penal²¹. Guarismo último -5 años- que se debe tomar en el caso presente y sumarle a este la mitad por la condición de servidores públicos de los acusados, por lo que arroja de nuevo una cifra de siete años y seis meses, lapso que, ya se indicó, no ha trascurrido desde la ejecutoria de la acusación -13 de mayo de 2016²²-.

Luego, infundado resulta el reproche postulado, por lo que el cargo de nulidad formulado con el propósito de que se dicte la prescripción de la acción penal, no prospera.

3. Derecho a la libertad y reserva legal para la aprehensión.

²⁰ Artículo 86. INTERRUPCIÓN DEL TÉRMINO PRESCRIPTIVO DE LA ACCIÓN PENAL. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación.

En el procedimiento especial con la ejecutoria formal del auto que declara la iniciación del juicio.

Interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 de este código.

²¹ Art. 86. Interrupción y suspensión del término prescriptivo de la acción. [...] Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10).

²² Fl. 707 del c.o.4.

La libertad es un derecho consagrado en el artículo 28 Constitucional, según el cual, *toda persona es libre*

“Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

[...]”.

A su vez, el artículo 3° de la Ley 600 de 2000, lo consagra como principio rector, al señalar:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.”

Por su parte, la Corte Constitucional lo ha definido como *la ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona.*²³

En términos generales la libertad siempre será la regla y la limitación o restricción la excepción a este derecho.

²³ CC. C-024/94; CC C-850/05; CC-879/11; CC C-223/17; CC C-276/19.

Aunque derecho fundamental, no es absoluto, en tanto que, acorde con el artículo 116 Constitucional, las autoridades judiciales pueden ordenar capturas; excepcionalmente, lo puede disponer la Fiscalía General de la Nación y el Senado de la República, cuando ejerce funciones de juzgamiento.

Ahora, dado que la Constitución de 1991 estableció como regla general la reserva judicial en materia de privación de la libertad, la Corte Constitucional²⁴ al estudiar el tema precisó algunos criterios sobre los alcances de la detención preventiva consagrada en el inciso segundo del artículo 28 de la Carta, dado que esta ésta no implica la posibilidad de retención arbitraria por autoridades policiales, sino que corresponde a la necesidad específica de verificar ciertos hechos, necesarios para que las autoridades puedan cumplir su función constitucional, a saber *"el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.*

Bajo esos derroteros, la autoridad de policía está legitimada para proceder a la detención preventiva de un ciudadano cuando *i)* medie orden expedida por autoridad judicial o *ii)* cuando la persona es aprehendida en flagrancia en la comisión de un delito, conforme a las reglas del artículo 32 Constitucional –caso último en el cual no se exige orden

²⁴ C-024 de 1994.

judicial-; de todas formas, en ambos eventos el aprehendido debe ser puesto a disposición de autoridad judicial, para su legalización, dentro de las 36 horas siguientes a la captura.

Junto con lo anotado, en la fecha de los hechos -20 de julio de 2014-, la Policía Nacional tenían facultades para privar de la libertad a las personas, de acuerdo con la aplicación condicionada del Código Nacional de Policía –hoy derogado- o Decreto 1355 de 1970²⁵, conforme se había señalado en la sentencia C-720 de 2007, obra de la Corte Constitucional.

En efecto, el artículo 186.8 del mencionado dispositivo, reseñaba *la retención transitoria*, como una medida correccional a cargo de la Policía Nacional.

En concordancia con la mencionada disposición, el canon 207 íb., establecía: *Compete a los comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando: 1) al que irrespete, amenace o provoque a los funcionarios uniformados de la policía en el desempeño de sus tareas*²⁶; **2)** al que deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su

²⁵ Disposición que estuvo vigente hasta el 29 de enero de 2017, fecha en que entró en vigor el nuevo Código Nacional de Seguridad o Convivencia, a través de la Ley 1801 de 2016.

²⁶ Declarado inexecutable en sentencia de C-199 de 1998.

domicilio²⁷ y **3)** al que por estado de grave excitación pueda cometer inminente infracción de la ley penal²⁸.

El numeral 1° del artículo 207 ejusdem, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-199 de 1998, por estimar que retener a una persona por irrespeto a la autoridad de policía, tenía una finalidad sancionadora, no preventiva o de protección, por lo que el funcionario público agredido contaba con la posibilidad de denunciar los hechos ante la autoridad competente.

Los demás numerales, el 2) y 3), fueron declarados ajustados a la constitución, por considerar que contaban con una finalidad protectora, dirigida a salvaguardar la vida o la integridad personal de los ciudadanos que se encontraren en estado de embriaguez o grave excitación, al punto de poner en peligro su propia vida y/o la de los demás.

Posteriormente, el tema de la *retención transitoria* fue de nuevo abordado por la Corte Constitucional, en la sentencia C-720 de 2007.

²⁷Declarado executable en sentencia C-199 de 1998.

²⁸ Declarado executable en sentencia C-199 de 1998.

Estimó allí que, como no se había estudiado la constitucionalidad del artículo 192²⁹ del Código Nacional de Policía, ni el encabezado del canon 207³⁰ íb -únicamente había analizado los numerales 1, 2 y 3-, tampoco había cubierto los efectos de cosa juzgada del numeral 8° del art. 186³¹ íb, debía entrar a pronunciarse de fondo, por encontrarse, las mencionadas disposiciones, estrechamente relacionadas con la atribución de las autoridades de policía de retener transitoriamente a una persona.

Acorde con ello, tanto el artículo 192 del Decreto Ley 1355 de 1970, como la expresión “*Compete a los comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando*”, contenida en el artículo 207 del mismo decreto, fueron declaradas inconstitucionales.

Ahora, tras aceptar que la inexequibilidad pura y simple, así declarada, podría conducir a que la policía careciera de medidas para proteger efectivamente derechos como la vida y la integridad de personas puestas en situación de grave riesgo -cuando se trata de circunstancias de urgencia frente a las cuales, en la actualidad, no existen medidas alternativas posibles-, decidió la Corte diferir la inconstitucionalidad de las

²⁹ La retención transitoria consiste en mantener al infractor en una estación o subestación de policía hasta por 24 horas.

³⁰ “Compete a los comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando”.

³¹ “Son medidas correctivas en cabeza de la Policía: (...) 8. La retención transitoria”.

normas en el tiempo, esto es, que sólo surtiera efectos a partir del vencimiento de un plazo fijado a fin de que el legislador pudiera conjurar las consecuencias constitucionalmente indeseables de retirar del ordenamiento jurídico la norma estudiada y adecuar las normas de policía al derecho constitucional vigente.

Para la Corte Constitucional, mientras el Congreso de la República regulara la materia, la retención transitoria sólo podría aplicarse cuando fuere estrictamente necesario para proteger a la persona que se encuentre, *efectivamente y de manera clara, en situación de riesgo*. En ese orden, estableció la sentencia aludida, los siguientes parámetros a seguir en el evento de una detención transitoria ejecutada por la Policía Nacional:

i) La autoridad que ordena la retención deberá elaborar un informe por escrito a través del cual indique la novedad de manera clara, expresa y suficientemente motivada; documento que inmediatamente deberá presentarse al retenido y al Ministerio Público, para su conocimiento.

ii) El retenido, sin importar el estado en el que se encuentre, debe ser informado de manera inmediata, no sólo de las razones de su retención, sino de los derechos y garantías constitucionales que lo asisten, entre ellas, la de

comunicarse de inmediato con una persona que lo asista y con quien pueda movilizarse libremente; permanecer en silencio; no rendir declaración que lo comprometa ni firmar ningún documento en el mismo sentido; tener asistencia inmediata de quien pueda asistirlo en la defensa de sus derechos, etc.

iii) Adicionalmente, toda retención transitoria debe ser informada de inmediato al Ministerio Público, de forma tal que se asegure que la medida no está dando lugar a una privación arbitraria de la libertad o una sanción encubierta.

iv) La persona retenida debe ser objeto de atención especializada según el estado en el que se encuentre y a ella se le permitirá comunicarse en todo momento con la persona que pueda asistirlo para cualquier efecto.

En todo caso, la retención sólo puede tener lugar mientras la persona supera el estado de vulnerabilidad o de peligro o hasta que una persona responsable pueda asumir la protección requerida. En ningún caso podrá superar el plazo de 24 horas.

v) El retenido – directa o indirectamente - debe poder interponer, en todo momento, el recurso de habeas corpus,

si encuentra que se trata de una privación arbitraria de la libertad.

vi) Mientras se adecuan lugares especiales de protección, las autoridades deben tener en cuenta que una persona que está siendo objeto de protección y se encuentra en estado de alteración, incapacidad o especial vulnerabilidad, no puede ser ubicada en el mismo lugar destinado a los capturados – por cualquier razón - y deberá ser separado en razón de su género o de su estado de particular indefensión.

vii) Los menores deberán ser protegidos, de conformidad con el Código de la Infancia y la Adolescencia, y los sujetos de especial protección constitucional sólo podrán ser conducidos a lugares donde se atiende a su condición.

Lo anterior deja en evidencia que, tras la declaratoria de inconstitucionalidad diferida, realizada por la Corte Constitucional respecto de la figura de la *retención transitoria*, las medidas que venía aplicando la Policía Nacional quedaron sujetas a las reglas establecidas en la C-720 de 2007, en tanto, sólo el 20 de julio de 2016, el Congreso de la República expidió el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, que empezó a regir a

partir del 29 de enero de 2017, seis meses después de su promulgación.

Como para el 20 de julio de 2014, cuando se presentaron los hechos, aún el Congreso de la República no había legislado al respecto, procedía, en las condiciones descritas en la sentencia C-720 de 2007 la *retención transitoria*.

4. Los delitos de privación ilegal de la libertad –art. 174 del C.P.-, prolongación ilícita de privación de la libertad –art. 175 íb- y detención arbitraria especial –art. 176 íb-.

La privación ilegal de la libertad, la prolongación ilícita de privación de la libertad y la detención arbitraria especial (artículos 174, 175 y 176), son conductas realizadas por servidores públicos en ejercicio de sus funciones, que sancionan la privación de la libertad que se produce con violación de las garantías y de los requisitos previstos para el efecto en la Constitución y la ley.

Sobre los tipos penales en comento, esta Corte ha indicado que en la comisión de los mismos *siempre va comprometido un abuso del poder del que está investido el servidor público, por cuanto significa que la privación ilegal de libertad, la prolongación ilícita de la privación de la libertad o la detención arbitraria especial tuvieron como influjo inspirador el simple*

arbitrio del funcionario, con la salvedad que, al menos, se puede tener noticia de dónde y bajo órdenes de quién se encuentra, cosas que no pueden ser muy claras o incluso ignorarse en cualquiera de las otras situaciones, siendo, en todo caso, atrocidad mayor la de la desaparición forzada, pues a pesar de señalarse “al particular” como el sujeto agente realizador de la conducta tipificada en el artículo 165, las diferentes experiencias han enseñado que ese particular suele obrar con el auspicio, patrocinio o favorecimiento de agentes estatales³².

En términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cualquier acto de privación de la libertad con ocasión de *la supuesta comisión de un delito o por cualquier otro motivo debe ser realizado con estricto cumplimiento de una serie de garantías que aseguren la protección de este derecho fundamental de las personas.*

4.1. El delito de ***privación ilegal de la libertad*** se encuentra previsto en el Título III –Delitos contra la libertad individual y otras garantías-, Capítulo Cuarto –De la detención arbitraria-, artículo 174 del C.P., es del siguiente tenor: «El servidor público que, abusando de sus funciones, prive a otro de su libertad...».

Para su perfección, requiere de los siguientes elementos.

³² C.S.J. Rad, 31.367 de 21 de mayo de 2009.

- El sujeto activo es un servidor público en cualquiera de las ramas del poder y de sus dependencias o entidades.
- El verbo rector es privar a otro de la libertad.
- Es un tipo de resultado. Requiere la afectación material de la libertad.
- Es pluriofensivo, pues lesiona los bienes jurídicos de la libre locomoción y la dignidad humana.
- El servidor público debe tener competencia funcional, es decir, facultad para privar la libertad.
- La conducta debe realizarse a título de dolo –art. 22 del C.P.

La Corte³³ de tiempo atrás hizo un análisis sobre el tipo penal objeto de condena, por lo que, dada su absoluta pertinencia, a continuación se transliteraran los apartes pertinentes:

«2. El delito por el que se procede es el denominado Privación ilegal de la libertad, tipificado en el artículo 174 de la Ley Penal sustantiva y cuyo tenor es el siguiente: “*El servidor público que abusando de sus funciones, prive a otro de su libertad, incurrirá en prisión de tres a cinco años.*”

Todo el substrato político y filosófico de este tipo penal radica en el artículo 28 de la Constitución Política, que consagra la Libertad como derecho fundamental, y señala de manera clara cómo puede ser afectada esa libertad personal, que es justamente el bien jurídico objeto de tutela:

ARTICULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con

³³ CSJ SP, 19 dic. 2012, Rad. 39109, reiterada en CSJ AP2237-2018, Rad. 47555; CSJ AP1007-2017, Rad. 44180, SP347-2022, Rad. 60199.

las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

Se establece como presupuesto ineludible de toda captura el que debe estar precedida de orden escrita de autoridad competente, la cual debe estar investida de las formalidades legales y sustentada en motivos previamente determinados en la ley, lo cual remite, como se verá, a las disposiciones de la ley procesal penal, sobre los casos en que procede la captura de una persona.

No obstante, las exigencias formales reseñadas, (orden escrita, previa y por motivos definidos en la ley), la misma Carta contiene excepciones, una de ellas es la captura en flagrancia, la cual puede ser practicada, además de las autoridades policiales, por cualquier persona (art. 32). La captura en flagrancia impone la conducción inmediata del capturado ante la autoridad competente.

3. El punible de que se trata, tiene lugar mediante el abuso de sus funciones por parte del servidor público, lo que supone que el servidor esté investido de competencia o que entre sus funciones se encuentre la de disponer de la libertad. Cabe precisar que en términos generales sólo los fiscales y los jueces pueden afectar la libertad de las personas en el marco de sus competencias.

El verbo rector del tipo es privar de la libertad a una persona, lo que comporta impedirle o limitarle la libre locomoción.

La privación debe ser ilegal, esto es, no corresponder a los supuestos en que, de acuerdo con la ley procede la afectación a la libertad ambulatoria. Aquellos eventos en que procede la privación de la libertad se encuentran definidos en la ley procesal penal, para el caso colombiano en los dos estatutos procesales que coexisten, las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004. Grosso modo, cabe mencionar los casos de captura para recepcionar indagatoria y para el cumplimiento de la detención preventiva».

Más adelante, en la sentencia CSJ SP3408-2014, Rad. 38733, la Corte reseñó:

«En tal sentido necesario es recordar que la esencia del delito de privación ilegal de la libertad dimana del contenido del artículo 28 de la Constitución Política, el cual afianza el derecho a la libertad, de modo que solamente puede ser afectada en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente y por motivo previamente definido en la ley, además de que expresamente prevé que no podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas.

El delito aludido solamente tiene cabida cuando el funcionario judicial investido de competencia para afectar el derecho a la libertad, en el sistema procesal de la Ley 600 de 2000 los fiscales y los jueces, abusando de las funciones en ellos discernidas, privan de la libertad a una persona excediendo el marco de su competencia, es decir, cuando la orden emitida para afectar ese derecho no se corresponde con los supuestos constitucionales y legales que la sustentan, por lo que en tratándose de casos adelantados bajo la égida de la ley en cita, la misma se restringe a los casos de captura para indagatoria y cumplimiento de la detención preventiva».

Por la misma senda, en la decisión CSJ AP4557-2018, Rad. 48694, indicó lo siguiente:

«43. Cabe recordar que en anteriores oportunidades, la Sala ha indicado que se trata de un tipo penal de sujeto activo calificado, comoquiera que debe ser cometido por un servidor público investido de competencia o que entre sus funciones se encuentre la de disponer de la libertad (CSJ SP. 19 dic 2012, rad. 39109).

44. Dicho funcionario debe llevar a cabo el verbo rector del tipo penal consistente en **privar de la libertad** a una persona, lo cual comporta impedirle o limitarle la libre locomoción a través de mecanismos **ilegales o, lo que es lo mismo, mediante herramientas que no correspondan a los supuestos que la ley ha consagrado para llevar a cabo tal afectación** (CSJ SP. 19 dic 2012, rad. 39109).

45. Este último aspecto converge en el ingrediente normativo del tipo penal, según el cual, el agente debe **abusar de sus funciones** al momento de ordenar o decretar la captura para que se configure el reato (CSJ SP. 19 dic 2012, rad. 39109).

46. Finalmente, se trata de un delito eminentemente **doloso**, por lo que el ciudadano que incurra en él deberá contar con conocimiento y voluntad para llevarlo a cabo.
(...)

51. Resulta imperioso hacer una aclaración, en el sentido que el censor equipara erróneamente la captura en flagrancia con la legalidad de la privación de la libertad. Sin el ánimo de profundizar en el tema, cabe anotar que una persona puede ser aprehendida en situación de flagrancia y, no obstante, ser limitada en su derecho de locomoción de manera ilegal, como acontece, por ejemplo, cuando sobre ella se imponen tratos crueles o inhumanos, se prolonga injustificadamente la detención o, incluso, cuando se retiene por un delito que no comporta detención preventiva. En criterio de la Corte, se trata de dos fenómenos procesales diversos».

En cuanto a la consumación del delito, la Sala en la decisión CSJ AP4710-2017, Rad. 49662, trajo a colación la postura que sobre este tema expuso en la providencia CSJ AP, 23 ene. 2008, Rad. 25392, así:

«Ahora bien, a efectos de determinar la fecha de ocurrencia de los hechos en el caso que concita la atención de la Corte en esta oportunidad, resulta oportuno traer a remembranza la decisión proferida en CSJ AP del 23 de enero de 2008, rad. 25392, en donde se dijo lo siguiente:

Como es bien sabido, el delito de privación ilegal de la libertad es de aquellos denominados materiales, en la medida en que sólo es dable afirmar su consumación en tanto efectiva y físicamente se produzca el hecho antijurídico de privar a una persona de su libertad sin que medie fundamento jurídico para ello.

*Desde el punto de vista de su contenido, también se le ha caracterizado como **reato permanente, toda vez que la realización de la conducta o la producción del evento típico no se agota en un solo instante, sino que ella perdura o se prolonga durante todo el tiempo en que se mantenga el proceso consumativo, en tanto no se produzca la liberación del detenido a iniciativa de quien directamente la ha coartado, o de quien debe hacer cesar su vulneración, o de un tercero, o por circunstancias no vinculantes con las personas a quienes resulta imputable. (...)**».*

4.2. El delito ***prolongación ilícita de privación de la libertad*** se encuentra definido en el artículo 175 del Código Penal, según el cual “*El servidor público que prolongue ilícitamente la privación de libertad de una persona, incurrirá en prisión de treinta y seis (36) a sesenta (60) meses y pérdida del empleo o cargo público*³⁴.”

Igual que en el anterior tipo penal, este punible sanciona la transgresión del bien jurídico tutelado de la *libre locomoción individual* de las personas, y se configura, según lo ha señalado esta Corte, cuando a pesar de que una persona es aprehendida legalmente, conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Política de Colombia, no se cumplen los presupuestos formales y sustanciales posteriores tendientes a mantener ese estado de legalidad, o cuando habiendo concluido las causas que dieron lugar a la privación lícita de la libertad, se mantiene el estado de reclusión, no permitiendo que se recupere el derecho a la libre locomoción individual³⁵.

En ese sentido se indicó:

“Mediante este tipo penal se sanciona penalmente un atentado contra la libertad de locomoción individual de las personas, y en esencia, tiene lugar cuando a pesar de que una persona ha sido privada legalmente de su libertad, esto es, bajo los lineamientos del artículo 28 de la Carta Política, no se cumplen los presupuestos

34 Sin el aumento punitivo previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 –trámite previsto en la Ley 600 de 2000-.

35CSJ SP, 15 feb. 2012, rad. 33149, reiterada en las SP12974-2016 de 14 de sep, de 2016 y AP1871-2019, rad. 53635

formales y sustanciales posteriores, tendientes a mantener ese estado de legalidad; o, cuando habiendo cesado las causas que dieron lugar a la privación lícita de la libertad, se mantiene tal situación, no permitiendo que se recupere dicha libertad. En el primer supuesto, caben aquellos casos en que no se formaliza la captura, o cuando no se recepciona dentro del término legal la indagatoria, o se resuelve la situación jurídica, o como cuando no se acude a legalizar una captura en flagrancia. En el segundo supuesto, caben aquellos casos en que el reo ha cumplido la pena y no obstante ello, el estado de privación de la libertad es extendido indebidamente por el servidor público.”

Es decir, que el desvalor de la conducta a la que se hace referencia surge cuando se prolonga la privación de la libertad más allá de los límites legalmente permitidos.

En las mencionadas decisiones, igualmente, se precisó:

El delito de prolongación ilícita de privación de la libertad, es esencialmente doloso. Conforme ya se ha dicho por la Corte, “El dolo en esta conducta, se concreta entonces en el conocimiento que tiene el servidor público de la manifiesta ilegalidad de la prolongación de la detención originariamente legítima de una persona, sin justificación legal, y la conciencia de que con tal determinación se vulnera sin derecho el bien jurídico de la libertad, sin que sea menester demostrar el móvil que guió la acción del funcionario.”³⁶

4.3. El delito de ***detención arbitraria especial***, del artículo 176 de la Ley 599 de 2000, establece “*El servidor público que sin el cumplimiento de los requisitos legales reciba a una persona para privarla de la libertad o mantenerla bajo medida de seguridad, incurrirá en [...]”*

³⁶ Reiterado en CSJ SP, 14 sep. 2016, rad. 43726.

Se trata de un delito de resultado, de lesión, de conducta instantánea, pluriofensivo, y debe realizarse con dolo, dado que no admite la modalidad culposa.

Como en los anteriores tipos penales, el sujeto activo es cualificado, es decir, servidor público con competencia funcional de *recibir* personas, en camino de privarlas de la libertad o mantenerlas bajo medida de seguridad.

Según la doctrina³⁷, *la conducta*, tiene que ver con la acción establecida *en el verbo rector recibir*, que para este caso significa admitir el ingreso de una persona, contra quien recae la privación de la libertad, con efectivo internamiento en establecimientos de reclusión, psiquiátricos, clínicas, dependencias de reclusión transitorias de policía, cuarteles de policía o militares y demás establecimientos de carácter oficial habilitados como lugares de reclusión.

El elemento normativo se refiere a la realización de la conducta con la inobservancia de los requisitos legales para admitir e internar a una persona en los establecimientos antes mencionados, en aras de que cumpla una medida de aseguramiento o de seguridad.

³⁷ González Monguí, Pablo Elías, Delitos contra la libertad individual y otras garantías, pagina 186 ss, Universidad Católica de Colombia.

En la generalidad de los casos, son sujetos activos de la mencionada conducta los directores o empleados de los lugares de reclusión antes mencionados, quienes estén encargados de *recibir* personas para privarlas de la libertad o mantenerlas bajo medidas de seguridad.

5. De la demanda de casación presentada por la defensa del Subintendente GILMER RENÉ AUSECHA MOSQUERA y el Patrullero JESÚS GIOVANNI QUIÑÓNES JÁCOME, condenados por el delito de privación ilegal de la libertad del artículo 174 del C.P.-.

Los fallos de instancia aceptan que la detención realizada a *Velásquez Moreno* por el Patrullero QUIÑÓNES JÁCOME, en principio, tuvo un fundamento legal: de un lado, se daban los presupuestos para la *retención transitoria* en las condiciones señaladas por la Corte Constitucional en la C-720 de 2007, es decir, con el propósito de identificarlo, proteger su vida y la de terceros, como quiera que fomentaba riña en vía pública, con signos de ebriedad.

De otra, porque, en tanto, señalado de cometer el delito de hurto, de igual manera han debido los policiales proceder a legalizar *su captura en flagrancia*, como lo tiene previsto el artículo 32 de la Carta.

Sin embargo, como los uniformados omitieron informarle al detenido sus derechos, la retención operada

contra *Velásquez Moreno* pasó a contrariar el ordenamiento jurídico. Al cimentar la responsabilidad de QUIÑONES JÁCOME, el *A quo* argumentó lo siguiente:

*Frente al caso concreto podemos decir que inicialmente hubo una motivación para hacer esa restricción de la movilidad al señor **ARLEY EFRAÍN VELÁSQUEZ**, que en sí no comporta una privación de la libertad sino una medida restrictiva de protección de su propia vida, pues recordemos que el **PT. QUIÑÓNEZ (sic)**, le informa al SI. AUSECHA, sobre un caso de riña en la discoteca la peña y un posible hurto, ordena la conducción del señor para identificarlo e independiente de cualquiera de las hipótesis era lícita esta verificación, **en la medida en que se hubiesen respetado los protocolos a seguir**, es decir, haberlo dejado a disposición del señor comandante de estación, indicando las circunstancias de su conducción y la motivación, si era solo con fines de identificación o por su estado de embriaguez para evitar que continuara en la riña de esta manera protegerle su vida e integridad, hasta que se calmara o finalmente si se trataba de un caso de hurto, haberle leído sus derechos y dejado a disposición de la autoridad competente, pero nótese que esto nunca ocurrió y quien estaba en la obligación legal de hacerlo era el **PT. QUIÑÓNEZ**, pues finalmente fue él quien lo condujo a la estación y omitió el procedimiento legal y solo se limitó a decir que lo entró a las instalaciones, que lo dejó ir al baño y luego lo deja afuera de la estación y que nunca lo ingresó a una celda, argumento defensivo que pierde credibilidad, pues si nos remitimos a la anotación que hizo el señor Patrullero, **LÓPEZ ARBOLEDA ANDRÉS GIOVANNY**, allí se lee:*

“[...] 20.07.14 16:45. A esta hora y fecha se deja constancia que el señor PT. QUIÑÓNEZ JÁCOME JESÚS, ingresa a las instalaciones policiales, a un ciudadano el cual manifestó llamarse ARLEY EFRAÍN VELÁSQUEZ, 10.812.673.739 (ILES) sin más datos, manifiesta el PT. Quiñónez Jácome Jesús, que lo condujo al ciudadano a la sala temporal ya que se encontraba en vía pública fomentando riña, para fines que estime pertinentes PT. López Arboleda Andrés, Jefe de Información” [...].

*De lo anterior se que el **PT. QUIÑÓNEZ (sic)**, abusando de sus funciones, dejó privado de su libertad al señor **ARLEY EFRAÍN VELÁSQUEZ**, sin ningún fundamento legal, pues como se expresó en párrafos que preceden, no terminó el procedimiento, es decir, no se preocupó por su individualización, por informar al Comandante de la estación del resultado del procedimiento, no le solicitó qué instrucciones debía seguir con esta persona, ni mucho menos le explicó al jefe de información, en calidad de qué ingresaba esta persona a la estación, porque quedó demostrado que él fue quien lo llevó y lo dejó allí. [...].*

Con relación a la responsabilidad del Subintendente GILMER RENÉ AUSECHA MOSQUERA, manifestó la primera instancia lo siguiente³⁸:

*Respecto de la conducta del señor **SI. AUSECHA**, podemos decir que fue él quien ordenó la conducción de esta persona, aunque no participó directamente en el procedimiento que terminó con el ingreso del señor **ARLEY EFRAÍN VELÁSQUEZ**, a las instalaciones de la Estación de Policía, y a pesar de tener pleno conocimiento de esta retención, no se preocupó por ejercer ningún control y seguimiento del caso, a reportar a su subalterno y preguntarle si rindió el respectivo informe, pedirle los resultados de la individualización y las gestiones que realizó, pero como sabemos esto no ocurrió y a pesar de que en su indagatoria asegura que tuvo comunicación el PT. QUIÑÓNEZ (sic) preguntándole sobre el procedimiento en varias ocasiones, entonces cómo se explica que si ejerció ese control, por qué no reposa ningún antecedente sobre la conducción de particular, sin olvidar además que quien estaba de jefe de información era el señor **Patrullero LÓPEZ ARBOLEDA ANDRÉS GIOVANNY**, y en ningún momento refiere que se haya hecho algún control para tratar de identificar al señor ARLEY MORENO, es más fue tan irregular el proceder, que no medió ni siquiera una comunicación entre él y el PT. QUIÑÓNEZ (sic) [...], aunado a lo anterior cuando*

³⁸ Fls. 789 a 846 cuadernos 3 y 4. Decisión de 21 de nov de 2017.

*llega a la estación con el personal, se encuentra con la señora **MINY JOHANA MORENO**, hermana del señor ARLEY, quien ya había venido en otras oportunidades a preguntar por su hermano y a pesar de conocer de la retención de esta persona desde hacía varias horas, se muestra indiferente a la solicitud de la ciudadana y en palabras de ella cuando le preguntó a qué horas iba soltar a su hermano, le dijo vamos a ver; cuando debió inmediatamente haber ordenado la libertad de ARLEY, pues al contar con la presencia de un familiar, quedaba plenamente identificado, sin olvidar además que ya habían transcurrido varias horas y ninguna persona se presentó a formular ninguna denuncia en contra de ARLEY [...] (negrillas al interior del texto).*

Por su parte, el Tribunal Superior Penal Militar, al resolver el recurso de apelación, consideró que AUSECHA MOSQUERA y QUIÑONES JÁCOME, no estarían cobijados con la figura del error de prohibición alegada por la defensa, con fundamento en que:

13. Precisado lo anterior, el censor reclama la configuración de un error de prohibición, sin señalar si el mismo fue vencible o no, por la errada capacitación que sobre la retención transitoria se les impartió a los enjuiciados. Circunstancia de la que da cuenta el acta No. 053-COMAN-DISIP-IPIALES del 25 de febrero de 2014, documento en el que se dejó constancia de la instrucción impartida a los comandantes de Estación y Subestación del Primer Distrito de Policía Ipiales, en lo referente a la “PROTECCIÓN INSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO A LA LIBERTAD y A LA CIRCULACION DE PERSONAS-MANEJO DE SALAS DE REFLEXIÓN”, fundamentada precisamente en la retención transitoria.

Instrumento en donde se registró que la instrucción inicial fue impartida por el TE. MILTON ESTEBAN SANTACRUZ GUERRERO –Juez 169 de Instrucción Penal Militar- quien les comunicó, entre

otros, que la sentencia C-720 de 2007 había declarado la inexecutable del artículo 207 del Código Nacional de Policía que facultaba a los comandantes de Estación para disponer la retención transitoria de las personas que se encontraran realizando escarnio público, pero que había dejado dos momentos en que ésta era procedente, “1. En el momento que el ciudadano se encuentra en estado de embriaguez en la situación que el ciudadano como expresa la norma” no quiere ir a la casa o no quiere ser conducido a la casa. Se procede a realizar la retención transitoria, a realizar el acompañamiento a la unidad de policía, llámese estación o cai. Pero hay que tener en cuenta una cosa **las salas de reflexión están erradicadas completamente.** (subraya y resalta el texto)

También hizo énfasis en que “Si se requiere efectuar una retención transitoria se debe llevar al ciudadano a una estación de policía pero se debe colocar en un lugar visible o con alguien que lo tenga a la vista”³⁹. Señalándose igualmente, que para efectuar una retención transitoria se debía evaluar la situación, teniendo en cuenta que si el particular estaba esquizofrénico, loco, borracho debía ser conducido a un hospital, clínica de reposo, pero por ningún motivo en carceletas, y que de hacerse uso de éstas se debía hacer una anotación contundente precisas sobre la razón de porqué se conduce al ciudadano (subraya el texto).

De la misma manera, el funcionario de instrucción les comunicó que de proceder a una retención se debía informar de inmediato al personero municipal para que obrara como constancia que se estaban respetando sus derechos y que se debía dejar el retenido a disposición dentro de las 36 horas.

Por otro lado, el TC. GUSTAVO ADOLFO MARTÍNEZ BUSTOS – Comandante del Distrito de Policía de Ipiales- también intervino reiterándoles el respeto por la libertad personal de los ciudadanos [...].

Conforme lo precisado, la Sala estima que la instrucción impartida a los uniformados estuvo ajustada a los lineamientos establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-720 de

³⁹ Cuaderno original 1. Folio 111 R/V

2007. Pues en ella se observa, que se les dio a conocer la norma derogada, así como también, las circunstancias en que en ese momento procedía la retención transitoria y cuál era el procedimiento que se debía seguir en caso de tener que acudir a aquella.

[...]

En esas condiciones, no es dable admitir que los uniformados hubieren actuado inducidos en alguna clase de error, ni de tipo ni de prohibición, conforme la mentada capacitación que trajo a colación la defensa, puesto que los policiales a quienes se les endilgó el delito de privación ilegal de la libertad eran conocedores de la norma prohibitiva, es decir, sabían que el retener a una persona sin la observancia de los requisitos legales, bien fuera para fines de protección sin observar el protocolo previamente establecido para tal fin en la sentencia C-720 de 2007, incurrían en un comportamiento prohibido⁴⁰

Para la defensa de AUSECHA MOSQUERA y QUIÑONES JÁCOME -cargo subsidiario-, el Tribunal dio por sentado el elemento subjetivo del tipo penal de privación ilegal de la libertad del artículo 174 del Código Penal, cuando lo cierto es que sus agenciados no actuaron con el dolo requerido; la detención transitoria de *Velásquez Moreno* se produjo por encontrarse en estado de embriaguez y en alto grado de exaltación -fomentando riña-, siendo posible aplicar la modulación realizada en la C-720 de 2007.

⁴⁰ “En todo caso, y hasta tanto el Congreso de la República regle la materia de conformidad con lo establecido en los fundamentos anteriores, la retención transitoria sólo podrá aplicarse cuando sea estrictamente necesario para proteger a una persona que se encuentre, efectivamente y de manera clara, en situación de riesgo. Si existe cualquier otra medida de protección al alcance de las autoridades, deberá preferirse esta última, so pena de incurrir en abuso de autoridad”. Sentencia C-720 de 2007.

En esa dirección, de acuerdo con el censor, se aplicó indebidamente el art. 174 del Código Penal y se dejó de aplicar el contenido de los artículos 21 y 22 ib.

Para resolver el asunto, la Sala encontró demostrado lo siguiente:

En horas de la tarde del domingo 20 de julio de 2014, *Arley Efraín Velásquez Moreno* –hoy occiso-, fue aprehendido por parte del Patrullero JESÚS GIOVANNI QUIÑÓNES JÁCOME, quien junto con otros policiales se encontraban realizando labores de patrullaje y control en los establecimientos públicos del municipio de Iles, Nariño.

En indagatoria ofrecida por QUIÑÓNES JÁCOME⁴¹, manifestó que la captura *Velásquez Moreno* se dio por varias causas **i)** fue señalado de cometer el delito de hurto; **ii)** se encontraba indocumentado, y, **iii)** fomentando riña en vía pública en estado de embriaguez. Afirmación ésta corroborada por el Patrullero Luis Carlos Genoy Enríquez⁴², quien lo acompañaba en el patrullaje.

Se estableció igualmente que el primero comunicó vía telefónica de la aprehensión de *Velásquez Moreno* al Subintendente GILMER RENÉ AUSECHA MOSQUERA –era el Comandante (e) de la Estación de Policía encargado-, quien ordenó

⁴¹ Fl. 23 c.o. 1

⁴² Fls. 89 ss del c.o. 1. Testimonio del 25 de agosto de 2014

trasladarlo a la Estación de Policía, sitio a donde todos los uniformados concurren, junto con el retenido.

En el lugar, *Velásquez Moreno* fue recluido en una sala temporal, por parte de QUIÑÓNES JÁCOME⁴³, con fundamento *en que fomentaba riña en la calle en estado de embriaguez* –no se dijo que fuera por captura en flagrancia–, conforme lo aseguró en indagatoria el Patrullero ANDRÉS GIOVANNY LÓPEZ ARBOLEDA⁴⁴, quien para ese momento desempeñaba el cargo de Jefe de información o de guardia.

Para el efecto, LÓPEZ ARBOLEDA dejó registrado en el libro de población de la Estación de Policía, las razones por las cuales fue retenido y encerrado en una celda *Velásquez Moreno*, por parte de QUIÑÓNES JÁCOME:

“20.07.14 16:45 Anotación. A esta hora y fecha se deja constancia que el señor PT. QUIÑÓNES JÁCOME JESÚS, ingresa a las instalaciones policiales, a un ciudadano él manifestó llamarse ARLEY EFRAÍN VELÁSQUEZ, 1.087.673.739 (ILES) sin más datos, manifiesta el PT. Quiñonez Jacome (sic) Jesús, que lo condujo a la sala temporal ya que se encontraba en la vía pública fomentando riña, para fines que estime pertinentes. PT. López Arboleda Andrés, Jefe de Información”. (Subrayado de la Sala).

Los medios de convicción antes analizados descartan de entrada que la aprehensión de *Velásquez Moreno* ocurriera a consecuencia de su captura en flagrancia, sospechoso de

⁴³ Fl. 23 c.o. 1

⁴⁴ Fls. 362 ss del c.o. nro. 2. Indagatoria de 30 de junio de 2015.

ejecutar un delito de hurto -como en principio igualmente lo indicaron los uniformados-, pues, de haber sucedido así, QUIÑÓNES JÁCOME -quien lo privó de la libertad y encerró- hubiera procedido inmediatamente a cumplir con los presupuestos de esa circunstancia, entre ellos, legalizar su detención, para después adelantar los trámites dirigidos a su judicialización, con el correspondiente reporte a la Fiscalía General de la Nación.

La simple relación de los actos ejecutados por los uniformados una vez acudieron al lugar del escándalo, advierte la inexistencia de cualquier tipo de actividad dirigida a examinar, investigar o reportar un supuesto delito de hurto; contrario a ello, queda en evidencia que *Velásquez Moreno* fue aprehendido y conducido a la Estación de Policía en cumplimiento de la figura de *retención transitoria*, por fomentar riña en vía pública y encontrarse en estado de embriaguez.

Tal medida, acorde con el contenido de los numerales 2 y 3 del artículo 207 del Código Nacional de Policía -Decreto 1355 de 1970, refrendado por la Corte Constitucional en la sentencia C-720 de 2007, resultaba viable para proteger la integridad de *Velásquez Moreno*, dado que fomentaba riña en estado de embriaguez, conforme igualmente lo dio a conocer en su testimonio Yisela Andrea Santacruz Portilla⁴⁵,

⁴⁵ Fls. 460 vuelto ss c.o. 3.

residente del municipio de Iles, persona que lo conocía de vista, aunque no era amiga suya.

La testigo, confirmó que en la fecha de los hechos se encontraba en la discoteca La Peña, con algunos amigos; que en el lugar igualmente se hallaba *Arley Velásquez*, tomando licor con otros jóvenes; que a eso de las 4:30 de la tarde, cuando abandonaron el sitio y salieron a la calle, observó que varias personas, entre ellas, *Velásquez*, estaban *armando problema, estaban empujándose e insultándose, no estaban golpeándose, al parecer la discusión era por una billetera, en ese momento llegó la policía. Eran más o menos seis policías que llegaron y los apartaron y les pidieron documentos a todos ahí en la calle, en ese momento Arley se corrió en dirección para salir a la alcaldía alcanzando a correr como media cuadra. Más o menos al frente de un internet que queda en la casa de Don Luis Pantoja, dos policías lo siguieron, lo detuvieron y en ese momento Arley empujó a uno de los policías, empezaron a forcejear y llegaron los amigos de Arley, eran más o menos como cinco que miré en medio de la montonera, Arley en ese momento se tiró al suelo y los dos policías trataban de levantarlo y él hacía fuerza a no dejarse levantar, finalmente lo pararon y lo sujetaron por los brazos, uno de cada lado, no lo esposaron [...].*

Con el relato de Santacruz Portilla se descarta, aún más, que la aprehensión de *Velásquez Moreno* se diera consecuencia de una supuesta flagrancia por la comisión del

delito de hurto; contrario a ello, cobra relevancia que operó en razón a que fomentaba riña en la calle y se enfrentó a los uniformados cuando le solicitaron identificarse.

Sobre el estado de embriaguez del detenido *Velásquez Moreno*, igualmente dio cuenta su hermana Niny Johana Moreno⁴⁶, en tanto, señaló que el día de los hechos éste había salido de su casa como a las dos de la tarde, para verificar el transporte que utilizaría al día siguiente con el fin de viajar a Ipiales, toda vez que debía presentarse al ejército; agregó que a eso de las 3 de la tarde arribó de nuevo a la vivienda “*lo miré un poco prendido, medio tomado, yo le dije que no vaya a estar tomando, es que él ya no sabía tomar y salió de nuevo, después en la tarde ya lo habían metido al calabozo [...]*”.

Afirmó, igualmente, que una vez enterada de la retención de su hermano, concurrió con su otro hermano, Jhon Leonel Mendoza Moreno, a la Estación de Policía; allí conversaron con el Comandante del lugar, quien se negó a dejarlo en libertad argumentando que el retenido le había “*reventado el labio a uno de los patrulleros*” y que procedería a ello cuando se le pasara “*la borrachera*”, por lo que les pidió regresar más tarde.

Así, la privación de la libertad de *Velásquez Moreno*, acorde con el artículo 174 del C.P., no puede reputarse *ilegal*, en tanto, para ese momento procedía la *retención transitoria*

⁴⁶ Fl. 23 c.o. 1.

para proteger la integridad del detenido, conforme a las directrices dadas en la sentencia C-720 de 2007, respecto del artículo 207 del Código Nacional de Policía.

Ciertamente, el tipo penal de privación ilegal de la libertad del artículo 174 del Código Penal, como atrás quedó señalado –num. 4.1.–, exige para su consumación que la retención del ciudadano se produzca *sin que medie fundamento jurídico para ello*, requisito que no se cumple en el asunto examinado, pues, queda en evidencia que la detención de *Velásquez Moreno* operó en aplicación de la figura de la *retención transitoria*.

Consecuencia de lo anterior es que la conducta atribuida a GILMER RENÉ AUSECHA MOSQUERA y JESÚS GIOVANNI QUIÑÓNES JÁCOME emerge atípica, razón suficiente para que la Corte *case* el fallo de condena en contra de éstos proferido; en su lugar, los absolverá por el delito de privación ilegal de la libertad del artículo 174 del Código Penal.

6. La demanda a favor de ANDRÉS GIOVANNY LÓPEZ ARBOLEDA condenado por el delito de detención arbitraria especial del artículo 176 del Código Penal.

En el caso del Patrullero ANDRÉS GIOVANNY LÓPEZ ARBOLEDA los falladores sustentaron su responsabilidad, en que en su condición de jefe de información o de guardia “*admitió el ingreso del retenido a la celda dispuesta dentro de*

la estación sin observancia de los requisitos legales”, argumento que se apoya en la nota del libro de población que éste suscribió en ese sentido.

Al efecto, señaló el *a quo*:

*En su injurada, el Patrullero LÓPEZ ARBOLEDA ANDRÉS GIOVANNY, argumenta en su defensa que durante el transcurso de su turno nunca recibió personas en calidad de detenidos, que entre la guardia y la sala de reflexión hay aproximadamente 10 a 12 metros, que no hay visibilidad ni audibilidad desde la guardia, que cuando hizo entrega de su turno al **PT. MARQUÍNEZ**, no le hizo entrega de ninguna persona retenida. El instructor le pone de presente la anotación que realizó en el libro y lo reconoce como suyo pero dice que la hizo antes de que el señor ARLEY ingresara a las instalaciones porque el ciudadano estaba en las afueras de las instalaciones hablando con el **PT. QUIÑÓNEZ** (sic) y el cabo **AUSECHA**, que en dos ocasiones entraron a la estación y volvieron a salir, por eso quedó allí la anotación de ingreso del ciudadano.*

Contrario a lo informado por el policial, obran dos anotaciones de las que se desprende que conocía plenamente del ingreso del particular a la estación de policía: “...20.07.14 16:45 Anotación. A esta hora y fecha se deja constancia que el señor PT. QUIÑÓNEZ (sic) JÁCOME JESÚS, ingresa a las instalaciones policiales, a un ciudadano el cual manifestó llamarse ARLEY EFRAÍN VELÁSQUEZ, 10.812.673.739 (ILES) sin más datos, manifiesta el PT. Quiñonez (sic) Jácome Jesús, que condujo al ciudadano a la sala temporal ya que se encontraba en la vía pública fomentando riña, para fines que estime pertinentes. PT. López Arboleda Andrés, Jefe de Información”. Y al finalizar el turno a las 19:00 horas, también deja una nota en la que entrega al PT. RAMOS, reiterando que en las salas temporales hay un ciudadano, dejado por el PT. QUIÑÓNEZ (sic), que verifica su estado y se encuentra sin novedad; omitiendo un acto propio de sus funciones en su condición de jefe de información, al permitir el ingreso del señor

ARLEY, desconociendo todos los protocolos y formalidades legales, omitiendo exigir a su compañero el informe y a disposición de qué autoridad lo iba a dejar, su estado de salud y la posible individualización y lo más importante el motivo de su privación de la libertad, él por su condición de servidor público, sabía que tenía la obligación legal y constitucional de verificar que la privación de la libertad de aquél fuera legal y en caso de estar allí por orden del comandante de estación, debió preguntarle por cuánto tiempo lo debía tener allí y cuáles eran las órdenes para él, en su condición de jefe de información, conducta que no ejecutó y se limitó a hacer unas anotaciones tanto de ingreso del particular, como al momento de hacer entrega por finalizar del turno a su compañero, a quien no lo entregó físicamente al señor ARLEY, sólo en la anotación, tal como lo explicó el policial en su injurada, debiéndosele llamar para que le aclarara donde estaba esta persona.

[...]

Por su parte el Tribunal Militar y Policial, al momento de confirmar la condena contra LÓPEZ ARBOLEDA, añadió lo siguiente:

*15.- Por otro lado, aunque los policiales en su injurada afirmaran que el ciudadano retenido no fue ingresado a la celda, las pruebas obrantes permiten decantar lo contrario. Para ello se tienen las documentales, como son: 1. Registros dejados en el Libro de Minuta de Guardia de la Estación de Iles, por el PT. **ANDRÉS GIOVANNY LÓPEZ ARBOLEDA**, quien se encontraba de comandante de guardia, tercer turno: “20.07.14 16:45 Anotación. A esta hora y fecha se deja constancia que el señor PT. QUIÑÓNES JÁCOME JESÚS, ingresa a las instalaciones policiales, a un ciudadano él manifestó llamarse ARLEY EFRAÍN VELÁSQUEZ, 10.812.673.739 (ILES) si (sic) más datos, manifiesta el PT. Quiñonez Jacome (sic) Jesús, que lo condujo a la sala temporal ya que se encontraba en la vía pública fomentando riña, para fines que estime pertinentes. PT. López Arboleda Andrés, Jefe de Información”. (Subrayado de la Sala). Registro que repitió a las 19:00 horas cuando finalizaba su turno: ciudadano el cual fue*

*ingresado por el señor PT. QUIÑÓNEZ JÁCOME JESUS, el cual se verifica su estado que se encuentra sin ninguna novedad*⁴⁷.

*Registros que son coincidentes con lo relatado por **MINY JOHANA MORENO** hermana del retenido **EFRAÍN ARLEY VÁSQUEZ MORENO** quien narró: “luego yo llegué con la cédula a la Estación y me atendieron dos policías que se encontraban en la entrada, uno de ellos se puso a escribir en un libro. Me preguntó el nombre y la cédula de mi hermano y me dijo que era para entregarlo sano y salvo que ellos no le habían hecho nada. Después un policía le pasó la llave a otro policía para que fuera a traer a hermano”[...]. Circunstancia que se encuentra plenamente acreditada, en tanto el retenido fue hallado muerto dentro de la celda como da cuenta la inspección judicial realizada (subraya del texto)..*

Pruebas que, valoradas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica conforme lo establece el artículo 401 del Código Penal Militar, permiten inferir razonablemente que desde el primer momento de su retención se recluyó al ciudadano en la sala de reflexión, puesto que no de otra manera se explica la elaboración de tales registros, así como también que se hubiere hecho entrega de llaves al policía para que trajera al retenido, como lo señaló la hermana de éste en su testimonio, así como el hecho de haberse encontrado al particular sin vida en la sala de reflexión. Circunstancias que permite evidenciar la inobservancia del procedimiento dispuesto para desarrollar una retención transitoria, transformándose aquella medida de protección en una extralimitación que condujo a la privación ilegítima de la libertad del ciudadano.

*16.- Ahora bien, es claro que el ciudadano **ARLEY VELASQUEZ (sic) MORENO** (q.e.p.d.) ingresó a la sala de reflexión desde la 16:45 horas del 20 de julio de 2014, conforme al registro efectuado por el PT. **LOPEZ (sic) ARBOLEDA**, de manera que, el institucional admitió el ingreso del retenido a la celda dispuesta dentro de la estación sin observancia de los requisitos legales como atrás se estableció, por lo que fue condenado como autor del delito de detención arbitraria especial, en tanto, la prueba permite constatar que no se tuvieron en cuenta ni el procedimiento dispuesto para retener transitoriamente al particular, ni mucho menos los*

⁴⁷ Cuaderno original 1, folio 135.

*requisitos legales establecidos para detener a **VELÁSQUEZ MORENO**, tampoco se observa que hubiere realizado gestión alguna, ni ante el comandante de la Estación ni ante el PT. **QUIÑONES JACOME** (sic), para que se profirieran las instrucciones a seguir en relación con el mentado particular, aspecto medular que el censor no logró desvirtuar en el recurso vertical (Subrayas al interior de la decisión).*

Entre los cargos que propone la defensa de LÓPEZ ARBOLEDA, por la vía de la violación directa de la ley sustancial, es que advierte equivocado el fallo del Tribunal, cuando se ocupa de *aplicar o interpretar* el artículo 176 del Código Penal, por cuanto, *los hechos jurídicamente relevantes objeto de investigación*, no corresponden a la privación de la libertad de *Arley Efraín Velásquez Moreno* sin el cumplimiento de los requisitos legales, es decir, sin verificar si existía orden de captura en su contra o por captura en flagrancia, sino que se trató de una *retención transitoria*.

Contrario a lo indicado por los jueces de instancia, la conducta atribuida a LÓPEZ ARBOLEDA no se corresponde con los elementos del tipo penal de *detención arbitraria especial*, como lo precisó la defensa.

En efecto, dentro de la investigación quedó acreditado, que la función del Patrullero LÓPEZ ARBOLEDA, para la fecha de los hechos, estuvo circunscrita a registrar en el libro de población las novedades que se presentaron en la Estación de Policía de Iles, durante el turno que le fuera

asignado, como lo diera a conocer en la indagatoria que rindiera ante el Juez 82 de Instrucción Penal Militar⁴⁸.

Tal afirmación es corroborada con la anotación por éste dejada en el libro de población, el día 20.07.14 a las 16:45 horas, al señalar claramente que “*A esta hora y fecha se deja constancia que el señor PT. QUIÑONES JÁCOME JESÚS, ingresa a las instalaciones policiales, a un ciudadano él manifestó llamarse ARLEY EFRAÍN VELÁSQUEZ, 1.087.673.739 (ILES) sin más datos, manifiesta el PT. Quiñonez Jacome (sic) Jesús, que lo condujo a la sala temporal ya que se encontraba en la vía pública fomentando riña, para fines que estime pertinentes. PT. López Arboleda Andrés, Jefe de Información”.* (Subrayado de la Sala).

En los mismos términos, cuando LÓPEZ ARBOLEDA procedió a dejar el turno a las 19:00 del mismo día, para entregarlo al patrullero JAMES EDUARDO MARQUÍNEZ DE LA CRUZ, registró en igual libro, la siguiente anotación:

“20.07.14 las 19:00 horas- c/ servicio. Como Jefe de información al señor Marquínez de la Cruz James enterándolo de las consignas y novedades [...] Nota. Se deja constancia que en las Salas Temporales un ciudadano, el cual fue ingresado por el señor Patrullero Quiñonez Jácome (sic) y eso sí el cual se verifica su estado que se encuentra sin ninguna novedad”⁴⁹.

De entrada descarta la Corte, la incursión de LÓPEZ ARBOLEDA en el delito que se le endilga, en tanto que, como quedó atrás demostrado, en la aprehensión y conducción a

⁴⁸ Fls. 362 ss del c.o. nro. 2. Indagatoria de 30 de junio de 2015.

⁴⁹ Fl. 135 del c.o. 1.

una celda de la Estación de Policía de Iles, participaron el Comandante de la Estación AUSECHA MOSQUERA y el Patrullero QUIÑÓNEZ JÁCOME, aunado a que éste en indagatoria reconoció que no dejó al detenido a disposición del comandante de guardia, pues, a pregunta realizada por el funcionario judicial, manifestó lo siguiente⁵⁰:

Preguntado. ¿Cuándo según sus dichos, usted autorizaba al señor HARLEY EFRAIN para que se dirija al baño en la segunda ocasión, lo dejó en consigna con el comandante de guardia, dado su estado de embriaguez y melancolía que según usted dice presentaba en ese momento?.(subraya la Sala).

Contestó: No lo dejé en consigna a nadie porque yo estaba en cambio de guardia y porque ya estaba más tranquilo.

Así las cosas, resulta evidente que no intervino LÓPEZ ARBOLEDA, ni formal, ni materialmente, en la reclusión de *Velásquez Moreno*, acorde con las condiciones exigidas por la norma penal examinada.

Por tanto, no hay lugar a extender los efectos de la prolongación ilícita de privación de la libertad de la cual finalmente pudo ser objeto *Velásquez Moreno*, por parte de QUIÑÓNES JÁCOME y AUSECHA MOSQUERA –delito que no les fue imputado-, al delito de *detención arbitraria especial* atribuido a LÓPEZ ARBOLEDA, dado que el tipo penal reclama de una condición especial para el obrar del funcionario público, relacionada con *recibir al detenido en el centro de reclusión*, situación que se insiste, no se presentó

⁵⁰ Órdenes que se dan al que manda o vigila un puesto.

en el caso de éste último, por no tener éste la facultad para actuar de la manera que le fue atribuida.

Por manera que como LÓPEZ ARBOLEDA, *no recibió* al detenido *Velásquez Moreno* para *privarlo de la libertad* en las condiciones indicadas por la norma típica, es razón suficiente para determinar que no incurrió en el delito de detención arbitraria especial; de ahí, que su conducta resulte atípica frente a la ley penal.

Por las razones indicadas, la Sala casará el fallo de condena y, en su lugar, absolverá al Patrullero ANDRÉS GIOVANNY LÓPEZ ARBOLEDA, por el delito de detención arbitraria especial –art. 176 del C.P.-

7. Casación oficiosa respecto del procesado JAMES EDUARDO MARQUÍNEZ DE LA CRUZ acusado por el delito de prolongación ilícita de privación de la libertad del artículo 175 del C.P.-.

Finalmente, la Corte, en su deber de resguardar las garantías fundamentales de las partes e intervinientes en la actuación, advierte necesario realizar un pronunciamiento oficioso –art- 216 de la Ley 600 de 2000-, en orden a restablecer los derechos del acusado JAMES EDUARDO MARQUÍNEZ DE LA CRUZ, condenado por el delito de *prolongación ilícita de privación de la libertad*. La defensa de éste no recurrió en casación.

El Patrullero MARQUÍNEZ DE LA CRUZ fue acusado y condenado por el delito de *prolongación ilícita de privación de la libertad*, consagrado en el artículo 175 del Código Penal, tipo penal antes analizado –núm. 4.2.–, con el argumento de “*prolongar ilícitamente la privación de la libertad a **ARLEY EFRAÍN VELÁSQUEZ MORENO** (q.e.p.d.) por cuanto asumió el servicio de jefe de información en el horario de 19:00 horas del día 20 de julio de 2014, recibiendo la custodia de dicha persona sin ejercer control alguno sobre su estado y las condiciones en que se encontraba privado de la libertad, omitiendo desplegar las acciones correspondientes en procura de asegurar el ejercicio del derecho a la libertad del ciudadano*”.

Se encuentra acreditado que el acusado MARQUÍNEZ DE LA CRUZ no participó en la privación efectiva de la libertad de *Velásquez Moreno*, tampoco lo recluyó en una celda *temporal o de reflexión*, menos, prolongó ilícitamente su libre locomoción.

Para el momento de la captura e ingreso de *Velásquez Moreno* a la sala de reflexión o celda transitoria, el acusado no se encontraba de turno en la Estación de Policía; contrario a ello, hay evidencia que el turno de jefe de guardia fue recibido a las 19:00 horas, de parte de LÓPEZ ARBOLEDA; éste tampoco, como arriba se analizó, *recibió* al detenido y, por obvias razones, no hizo entrega de este a quien lo

remplazó, aspecto despejado con la siguiente anotación, efectuada en el libro de población:

“20.07.14 las 19:00 horas– c/servicio. Como Jefe de información al señor Marquínez de la Cruz James enterándolo de las consignas y novedades [...] Nota. Se deja constancia que en las Salas Temporales un ciudadano, el cual fue ingresado por el señor Patrullero Quiñonez Jácome (sic) y eso sí el cual se verifica su estado que se encuentra sin ninguna novedad”⁵¹.

En el mismo libro de población, diez minutos después de recibido el turno, MARQUÍNEZ DE LA CRUZ, dejó la siguiente constancia:

“20-07-14. 19:10. Revista. Se le pasa revista a las instalaciones en su parte interna y externa de las instalaciones, de igual manera se verifica el estado del ciudadano que se encuentra en la Sala temporal y se encuentra sin novedad”.

Es decir, en ningún momento MARQUÍNEZ DE LA CRUZ tuvo la posibilidad de disponer del capturado, ni realizó algún comportamiento, omisivo o activo, para que este siguiera en calidad de retenido o privado de la libertad.

Ahora, igual que con el tipo penal de *detención arbitraria especial* –art. 176 del C.P.- en la prolongación ilícita de privación de la libertad –art. 175 del C.P.-, la inicial limitación del derecho a la libre locomoción -que se prolonga de forma ilegal- debe resultar legítima, bien por orden de

⁵¹ Fl. 135 del c.o. 1.

captura dispuesta por autoridad judicial –art. 28 de la C.P.-; a consecuencia de captura en flagrancia –art. 32 íb-; o cuando se dispone de una medida de aseguramiento de detención preventiva intramural o como en este caso, consecuencia de una *retención transitoria*.

Por lo que, en caso de que la captura no se legalice dentro del término legal o no se vincule al detenido al proceso en debida forma, incurre el funcionario que dio lugar a ello, en prolongación ilícita de privación de la libertad. En igual delito está inmerso el funcionario del centro de reclusión que persiste en mantener privada de la libertad a una persona, pese a la orden de liberación proveniente de autoridad judicial.

Ocurre, sin embargo, que *Velásquez Moreno*, fue privado de la libertad legítimamente por obedecer su confinamiento a la *retención transitoria* que, tal cual se ha venido indicando, tenía como finalidad contrarrestar su estado de embriaguez y dado que fomentaba riña en vía pública.

Sin embargo, luego de su retención le fue prolongada ilícitamente su privación de la libertad en los términos del artículo 175 del C.P., dado que por parte de los procesados AUSECHA MOSQUERA y QUIÑÓNES JÁCOME, como atrás quedó señalado, no indicaron las razones de su aprehensión, no informaron a su familia de su retención, ni se corrió traslado al personero, en las condiciones de la Sentencia C-

270 de 2007, aunado a que se le encerró en una celda, pese a encontrarse frente a una medida eminentemente administrativa y no mediar orden de autoridad judicial.

Así las cosas, no puede incurrir MARQUÍNEZ DE LA CRUZ, en el delito de *prolongación ilícita de privación de la libertad*, dado que a éste no le fue puesto a disposición el retenido, tampoco lo recibió para recluirlo en una celda y por lo tanto no tenía la potestad de disponer de su libertad.

Como la conducta del Patrullero MARQUÍNEZ DE LA CRUZ, resulta atípica, la Sala Casará el fallo de condena y en su lugar lo absolverá de los cargos endilgados.

Finalmente, consecuencia de la absolución que a favor de los cuatro procesados se profiere, la Sala ordena que, por parte del Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía de Nariño, libre los oficios respectivos, a las autoridades correspondientes, con el propósito de cancelar las anotaciones que en contra de éstos exista.

En mérito a lo expuesto, la **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal**, administrando justicia en nombre de la Ley,

RESUELVE

Primero: CASAR el fallo de condena proferido contra el Patrullero JESÚS GIOVANNI QUIÑÓNES JÁCOME y el Subintendente GILMER RENÉ AUSECHA MOSQUERA, por el delito de *privación ilegal de la libertad* –art. 174 del C.P.-, en su lugar **absolverlos**, conforme se dejó expuesto en la parte motiva.

Segundo: CASAR el fallo de condena proferido en contra de Patrullero ANDRÉS GIOVANNY LÓPEZ ARBOLEDA por el delito de detención arbitraria especial –art. 176 del C.P.- en su lugar **absolverlo**, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

Tercero: CASAR OFICIOSAMENTE el fallo de condena proferido en contra del Patrullero JAMES EDUARDO MARQUÍNEZ DE LA CRUZ por el delito de prolongación ilícita de privación de la libertad –art- 175 del C.P.-, en su lugar **absolverlo**, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

Cuarto: Se ordena al Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía de Nariño, librar los oficios respectivos, a las autoridades correspondientes, con el propósito de cancelar las anotaciones que en contra de éstos exista, con ocasión de la absolución aquí proferida.

Quinto: Regresen las diligencias al Despacho de origen.

Sexto: Contra esta decisión no procede recurso alguno.

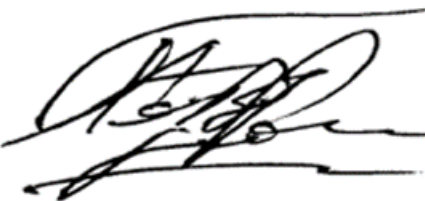
Cópiese, notifíquese y cúmplase.



HUGO QUINTERO BERNATE



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN
SALVAMENTO DE VOTO



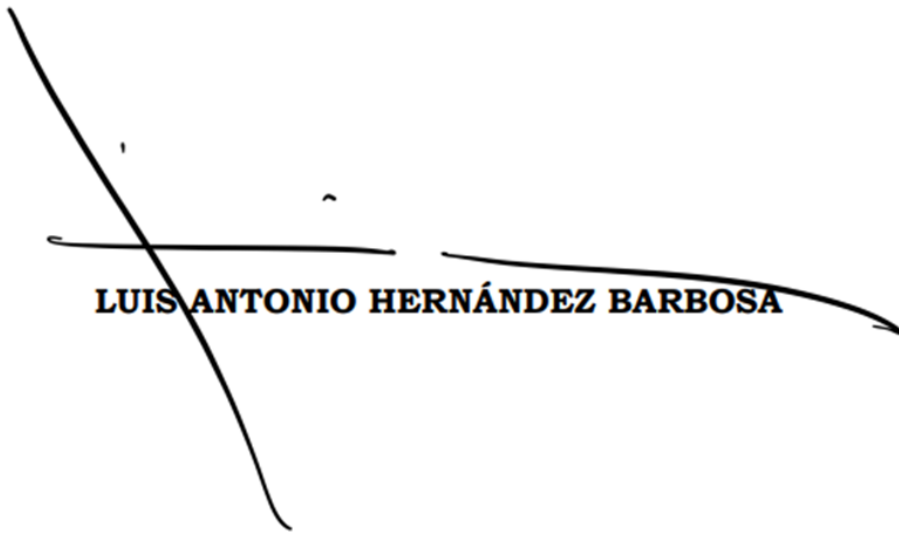
FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN



CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

Casación - Justicia Penal Militar No. 61330
Cui 11001224600020145884601
GILMER RENÉ AUSECHA MOSQUERA / Otros

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria