

PREVARICATO/ DOLO

4 Si la causal de inculpabilidad está plenamente demostrada, esto es, la ausencia de dolo en el actuar de la funcionaria resulta contradictorio afirmar que existe duda en cuanto a si la procesada actuó con culpabilidad dolosa. Si bien una y otra determinación conllevan a la absolución de la procesada, cada una entraña aspectos y consecuencias diferentes entre sí.

De un lado las causales contenidas en el artículo 40 del Código Penal, impiden el nacimiento del hecho punible por ausencia del elemento culpabilidad, que por su carácter netamente subjetivo, operan únicamente en relación con el sujeto agente, en el sentido de que le impiden tener conciencia de la ilicitud de su acción, o descartan la intención de realizar el tipo.

En el caso del error, tanto el de tipo como el de prohibición, excluyen el dolo ya que debido a la errada apreciación fáctica o la equivocada apreciación de una norma, el sujeto actúa creyendo que lo hace conforme a derecho, bien porque considere que en su conducta no se dan los elementos del tipo, bien porque crea que ella está amparada por una causal de justificación.

Por su parte, el principio del in dubio pro reo, hace referencia a la duda que se le presenta al funcionario judicial, sobre la responsabilidad del sujeto con base en el material probatorio recaudado en el proceso y opera siempre que no haya forma de eliminarla razonablemente.

PROCESO No. 11061

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

Aprobado Acta No.152

Santafé de Bogotá D.C., diciembre diez (10) de mil novecientos noventa y siete (1997).

VISTOS

Resuelve la Corte el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Delegado ante el Tribunal y el Procurador 157 de asuntos penales contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdò, por medio de la cual absolvió a la Doctora LIGIA MARIA MOSQUERA MURILLO de los cargos formulados en su contra por los delitos de Detención Arbitraria y Prevaricato.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Aquellos tuvieron origen en la denuncia presentada por el Doctor Silvio Elias Murillo Moreno, quien puso en conocimiento que el día dos (2) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993), en horas de la noche en el Municipio de Tadò (Quibdò), agentes de la Policía Nacional capturaron al Señor John Jaime Arias Agamez quien portaba un revolver calibre 38 sin salvoconducto, pero fue dejado en libertad con el compromiso de que se presentara el día siguiente; como así no lo hizo, los citados agentes, sin que mediara orden de autoridad competente, procedieron nuevamente a su aprehensión el día domingo 4 de abril, y lo pusieron a disposición de la Fiscalía Seccional de Tadò, al día siguiente.

Agregó que la funcionaria en cuestión, sin ninguna justificación, esperó hasta el último día para indagar a su representado; que de conformidad con el artículo 371 inciso 3o del

Código de Procedimiento Penal, existía la obligación de dejarlo en libertad, después de la indagatoria ya que, según experticia, el arma decomisada no era de uso privativo de las fuerzas militares, pero la citada Fiscal, contrario a ello, resolvió dejarlo privado de la libertad.

Refiere el demandante un caso en el que la citada funcionaria, cuando se desempeñaba como Fiscal en el Municipio de Tado, le otorgó la libertad al sindicado, caso que era similar a éste por cuanto se trataba del mismo delito, de donde se desprende su comportamiento prevaricador.

Dijo también que la Dra. MOSQUERA MURILLO trató de insinuar una pregunta capciosa a su representado Arias Agamez, lo cual originó un altercado entre ellos dos y además le coartó el derecho de defensa a su patrocinado cuando al final de la diligencia solicitó el uso de la palabra para dejar una constancia a lo que la citada funcionaria se negó.

Agregó que su prohijado recobró la libertad gracias a una solicitud de Habeas Corpus que él mismo impetró ante el Juzgado de Familia de Itsmina.

Por los anteriores hechos, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Quibdó, ordenó la apertura de instrucción penal contra la Dra LIGIA MARIA MOSQUERA MURILLO, a quien, luego de ser escuchada en diligencia de indagatoria, se le profirió medida de aseguramiento consistente en conminación, por el delito de Prolongación Ilícita de la Libertad y detención preventiva por el punible de Prevaricato por acción, con derecho a la libertad provisional mediante caución prendaria, el 13 de julio de 1994.

Contra la anterior providencia el defensor de la procesada interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por la Fiscalía Delegada ante la Corte el dieciséis (16) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), en el sentido de confirmar la decisión del a quo, pero modificándola en lo relativo a las medidas de aseguramiento, ya que no tenía objeto imponerle una doble, sino que bastaba, para garantizar su

comparecencia al proceso, la aplicable al delito de mayor gravedad, esto es, la de detención preventiva.

El dos de noviembre del año en mención, se declaró cerrada la investigación y luego de surtidos los respectivos trámites procesales, la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal calificó el mérito del sumario el once (11) de enero de mil novecientos noventa y cinco (1995), formulando acusación penal en contra de la Doctora LIGIA MARIA MOSQUERA MURILLO, como probable autora de los delitos de Detención Arbitraria (prolongación ilícita de la privación de la libertad) y Prevaricato, al tiempo que declaró precluida la investigación en cuanto al reato de privación ilegal de la libertad.

La Fiscalía Delegada ante la Corte, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor de la procesada contra la providencia anterior, la confirmó en su integridad.

Practicadas algunas pruebas dentro de la etapa de juzgamiento, se llevó a cabo la respectiva diligencia de audiencia pública al cabo de la cual se dictó sentencia de primer grado, en la que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdò absolvió la Doctora LIGIA MARIA MOSQUERA MURILLO de los cargos que se le imputaron dentro del proceso.

Contra la anterior providencia, interpusieron recurso de apelación el Procurador Judicial 157 y el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Quibdò, el cual sustentaron así:

Considera el PROCURADOR 157 JUDICIAL PENAL que si bien la tipicidad de la conducta desplegada por la procesada LIGIA MARIA MOSQUERA M, y la antijuridicidad de aquella se presentan en forma nítida, no comparte la tesis del Tribunal, consistente en que la Dra. MOSQUERA confundió la figura de la flagrancia con la captura en flagrancia, porque ya ha reincidido en algunos casos respecto del mismo delito y en igualdad de condiciones, profiriendo providencias con los mismos hechos, algunas veces ceñida a derecho y otras interpretando lo contrario.

Según él, a una funcionaria de esta trayectoria no se le puede aceptar el error, ya que “la norma a aplicar no ofrece ninguna clase de duda ni forma distinta de aplicación, la norma es muy clara y simple en su tenor literal, por consiguiente no requiere ni siquiera de ser abogado para su correcta interpretación simplemente basta saber leer.”

Tampoco comparte el memorialista lo dicho por el Tribunal “como medio de justificación”, porque en la actualidad existe un sin número de abogados con mala preparación que proceden sin intención, pero también existe otro tanto de profesionales capacitados, pero que no han tenido la oportunidad de demostrar su idoneidad.

Hace mención de la providencia aportada al proceso en la cual la Fiscalía Delegada ante la Corte, toma una decisión favorable a la Dra. LIGIA MARIA MOSQUERA MURILLO basada en la tesis de un error de interpretación, para argumentar que aun cuando era un caso parecido, con ello se está es probando su reprochable conducta.

Tampoco acepta los argumentos del Tribunal relacionados con que el fuerte altercado que la Señora Fiscal tuvo con el defensor pudo generar una alteración nerviosa ya que, a su juicio, el funcionario judicial debe tener “actitud legal, serenidad, en todos sus actos, experiencia jurídica” que en el proceso se encuentra probada con diez años de labores que le deben dar una formación humanística, intelectual y calidad humana para ordenar sus ideas respecto de los principios jurídicos.

Se muestra igualmente inconforme con la providencia recurrida, ya que allí se absolvió a la funcionaria por no estar demostrado su actuar doloso frente al prevaricato por acción, aplicándosele el principio del in dubio pro reo en su favor. Al respecto afirma el Señor Procurador en lo Judicial, que los hechos, las pruebas y copias de los interlocutorios no admiten duda, cuando es el mismo defensor del sindicato quien al formular la solicitud de libertad le advierte a la Señora Fiscal la forma como capturaron a su prohijado, que el delito es excarcelable y que si no se le concede la libertad se producirá una

detención arbitraria, además de mencionar una situación procesal de similares circunstancias.

Que aparte de ello, se tomó hasta el último día para oír al sindicato en indagatoria y, por el altercado con el defensor de Arias Agamez, le niega la libertad a sabiendas de que los siguientes días eran de vacancia judicial por semana santa.

Finalmente se refirió al auto por medio del cual la Doctora MOSQUERA MURILLO definió la situación jurídica de Arias Agamez con medida de aseguramiento de caución prendaria, cuando conforme al ordenamiento penal debía concederle la libertad previa suscripción del acta de compromiso; sostiene que allí se configuró el punible de prevaricato por acción.

Por su parte el FISCAL DELEGADO ANTE EL TRIBUNAL al sustentar el recurso de apelación, comenzó por referirse a un pronunciamiento de la Sala (M.P. Ricardo Calvete Rangel) en el que se dice que:

“Los jueces, como profesionales del derecho, han tenido la formación académica de rigor, teniendo oportunidad de conocer, por lo menos, las bases fundamentales de las disciplinas jurídicas, hechos que los capacita mínimamente para por lo menos aplicar correctamente la ley; afirmar que pese a tener los conocimientos de cualquier abogado, no se encuentran capacitados para tomar decisiones que no necesitan conocimientos especializados en grado sumo, ni dotes especiales de análisis y creatividad, es darle curso a cualquier Juez de la República, so pretexto de desconocer la ley, tome decisiones que contraríen el derecho y atropellen a los ciudadanos, poniéndose (sic) en peligro la tranquilidad de la comunidad.”

Acto seguido afirma que en las infracciones dolosas el dolo lo determina la dirección y el fin de la acción; en el caso sub judice, asegura que dicha finalidad no fue otra que la de oponerse a las pretensiones de la defensa, pues si bien la discusión suscitada el día de la indagatoria en el Despacho de la Fiscal alteró el ánimo de ésta, ello se produjo no en

el sentido de obnubilar su pensamiento sino de “cerrarse a la banda” y simplemente no acceder a la petición de libertad hecha por el abogado., quien la había solicitado amparado en el artículo 371-3 del Código de Procedimiento Penal.

A juicio del recurrente, si la funcionaria hubiese leído el contenido de tal disposición, no hubiese originado esta investigación; señala que hubo Ignorancia intencional, para afirmar que no es factible la aplicación del in dubio pro reo, ni siquiera bajo el argumento de error invencible, ya que en tratándose de una norma escrita en lenguaje llano y claro, la Dra MOSQUERA MURILLO no la aplicó porque la ignorara, sino porque no quiso salir de su estado de ignorancia.

Si se aceptara que los conceptos de flagrancia y captura en flagrancia, aun después de 10 años de ejercicio profesional, se tornaron confusos en la mente de la Señora Fiscal, admitiría que la aplicación del numeral 5o del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal se imponía y daba lugar a la expedición de la medida de aseguramiento de detención preventiva; pero en lo que no está de acuerdo es en la inaplicación inmediata del artículo 371 ibidem.

La excarcelación entonces no debía ser extraña a la funcionaria, porque ya lo había hecho en anterior oportunidad en el caso de Juan Bautista Meneses Prado y por tanto nada impedía que repitiera tal proceder en el caso de Arias Agames.

Solicita finalmente la revocatoria de la sentencia absolutoria y que en su lugar se profiera sentencia condenatoria.

ALEGATO DEL NO RECURRENTE

Manifiesta el defensor de la implicada absuelta, que ambos apelantes incurren en el sofisma llamado petición de principio, que consiste en dar por demostrado lo que se tiene que demostrar, pues siempre han insistido en partir primero del delito de prolongación

ilícita de la libertad, para luego dar por existente el delito de prevaricato, y así se dice que como su representada prolongó ilícitamente la libertad de JOHN JAIRO ARIAS AGAMES, entonces cometió delito de prevaricato.

Pero a su juicio, el análisis debe hacerse en forma inversa y en esto se encuentra de acuerdo con lo que dice el Tribunal del Chocó, esto es, que primero debe estudiarse si hubo prevaricato y luego analizarse si hubo prolongación ilícita de la libertad.

El delito de prevaricato exige además de una providencia contraria a derecho una conciencia del obrar ilícito. En el caso de la Dra MOSQUERA, ella tiene como concepto de flagrancia que “Entre la captura en flagrancia y la libertad del individuo, debe haber una actuación del Fiscal o del Juez que obren de manera ilegítima.”

El obrar ilegítimo de la autoridad policiva no desvirtúa la captura en flagrancia” (Negritillas dentro del texto).

Por tanto, habiendo sido el procesado objeto de captura en flagrancia el 2 de abril, luego erróneamente liberado por la policía y posteriormente capturado el 4 de abril, dicha actuación ilegal no desvirtuaba la captura en flagrancia.

Agrega el defensor que al parecer su representada confunde la Flagrancia, con la captura en flagrancia, pero que, según lo enseña la Corte Suprema de Justicia, en el delito de prevaricato no se trata de determinar “cual es el derecho que es, sino el derecho que el sujeto sabía y no aplicó a sabiendas de que no era”.

A su juicio, la Dra MOSQUERA si bien no desnaturalizó la flagrancia, si lo hizo con la captura en flagrancia, pero aún teniendo el criterio de que la actuación de la policía había sido ilegal, también pensó que estaba frente a un sujeto capturado en flagrancia.

Desde este momento -afirma- sus errores son explicables, pues si estaba frente a un

sujeto capturado en flagrancia, pensó que podía tomarse los cinco (5) días para resolver su situación jurídica y ahí sí determinar lo relativo sobre la libertad, una vez analizados los criterios objetivos y subjetivos para definir si procedía el beneficio de la libertad provisional.

Considera que también influyó en el criterio de su defendida, las circunstancias de que el hecho se produjera en una zona de alteración del orden público, el de ser el sujeto desconocido en la región y que no se le conocieran sus antecedentes.

Tales factores son aceptados por el Tribunal Superior de Quibdó para decir que el caso que tenía en sus manos la Dra MOSQUERA, en realidad era distinto al del Señor Juan Bautista Meneses Prado, antecedente éste señalado por el Fiscal recurrente.

Más adelante hace referencia a los alegatos presentados por el Señor Procurador Judicial 157 y del Fiscal Delegado ante el Tribunal, encontrándose en total desacuerdo con los argumentos puntualizados por el primero, pero explicando, respecto del segundo, que plantea la tesis del prevaricato por dolo eventual.

Pasa así ocuparse del planteamiento causalista del error en el que se sostiene que error invencible de tipo o de prohibición genera absolució tanto cuando existe como cuando es vencible, a no ser que se trate de delito previsto de manera culposa, tesis que es la sostenida por la Corte Suprema de Justicia.

Lo que ha hecho el Tribunal Superior de Quibdó es aplicar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; “el prevaricato necesita dolo; en caso de que exista culpa, no puede sancionarse porque el hecho no está previsto de manera culposa sino dolosa.”

Solicita finalmente, la confirmación de la absolució para su prohijada.

LA SENTENCIA RECURRIDA

La providencia que ahora se ataca, comienza indicando que como el debate en este asunto se ha centrado en la culpabilidad, empezará la Sala a referirse a los criterios de tipicidad y antijuridicidad que se presentan en forma nítida y que ese aspecto es aceptado por la defensa.

La Corporación comparte el criterio de la defensa en cuanto a que las hipótesis delictivas deben plantearse a la inversa de lo realizado por la Fiscalía, en el sentido de que primero debe determinarse si se dió una equivocada interpretación de la ley y así como consecuencia verificar si hubo prolongación ilícita de la libertad, mas allá de lo jurídicamente posible.

No hay discusión respecto de que la actuación de la procesada MOSQUERA MURILLO se adecúa en su aspecto material a lo descrito en los artículos 149 y 273 del Código Penal, prevaricato por acción y prolongación ilícita de la privación de la libertad, ya que debió, en el caso de Jhon Jairo Arias Agamez, darle aplicación al inciso 3o del artículo 371 del Código de Procedimiento Penal, que la obligaba a dejarlo en libertad una vez rindiera indagatoria, pues la medida a imponer era la de detención con excarcelación.

En cuanto a la antijuridicidad, tampoco se discute que con su obrar la Dra MOSQUERA MURILLO causó daño a bienes jurídicos tutelados como la administración de justicia, componente de la administración pública y la libertad individual.

En lo que respecta a la culpabilidad, el Tribunal analiza la tesis planteada por el defensor, esto es, la inculpabilidad de la conducta realizada por la Dra MOSQUERA MURILLO, sosteniendo que ésta desde un principio confundió la flagrancia con lo que se denomina captura en flagrancia y ante esta concepción equivocada sobre el tema, pensó que se debía aplicar el numeral 5o del artículo 397 del C de P.P., y por tal razón proceder a la detención preventiva, caso en el que la excarcelación no se presentaba automáticamente en nuestra legislación, teniendo que tomar tal decisión al resolver la

situaciòn jurìdica, pues debìa analizar tanto los factores objetivos como subjetivos, para saber si tenìa derecho al beneficio.

Se hace menciòn allì de lo que el ente acusador ha sostenido, esto es, que no se puede aceptar el error en cuestiones tan simples que constituyen el nùcleo de la cotidiana actividad del funcionario judicial, más cuando la norma es clara y no ofrece dudas en su aplicaciòn. A ello se auna el hecho de que el defensor del procesado le haya mostrado a la funcionaria, antes de la diligencia de indagatoria, la procedencia de la excarcelaciòn; que ademàs existe un indicio de mala justificaciòn en su contra, al tratar de restarle importancia al altercado que tuvo con el citado defensor en la misma diligencia, siendo èsta la causa para que obrara caprichosa y voluntariamente al no proceder a la excarcelaciòn inmediata, ya que para ello solo le bastaba una providencia sustanciatoria.

Al respecto considera la Sala del Tribunal que hay normas que en su tenor literal y en su significaciòn contextual son claras pero que ello no obsta para que algunos funcionarios encuentren dificultad en su interpretaciòn "pues no es acertado partir de la premisa convirtiendo esto en un axioma, que todos los funcionarios judiciales tengan las bases mìnimas de conocimiento y discernimiento respecto del derecho sustancial como de la hermenèutica adecuada para la interpretaciòn y aplicaciòn de la normatividad imperante."

Se considera que si bien existe un gran nùmero de abogados que por su falta de estudio y preparaciòn cometen toda clase de actuaciones torticeras, ello no significa que procedan con intenciòn de violar la ley y ante tales situaciones es necesario mirar cada caso en particular, para establecer si la contrariedad con la realidad obedece a la intenciòn que el funcionario cuestionado tenga de ese obrar injurìdico.

Estima entonces admisible la tesis de la defensa respecto de una posible confusiòn de

la Dra LIGIA MARIA MOSQUERA MURILLO sobre el concepto de flagrancia, que incidió en el entendimiento de la norma que debía aplicarse de modo que interpretó mal la que equivocadamente escogió, es decir, el artículo 397, numeral 5o del C de P.P.

Para el Tribunal, la providencia proferida por la Fiscalía Delegada ante la Corte por hechos similares contra la misma Dra MOSQUERA MURILLO con posterioridad a los que aquí se están investigando, es una demostración de que en ella existe una gran confusión en cuanto a la detención y las implicaciones de la flagrancia.

También consideró que probablemente el altercado presentado entre la Dra MOSQUERA MURILLO y el defensor del procesado, provocado según declaraciones, por éste, pudo determinar una alteración nerviosa e incidir en su lucidez mental para actuar, llevándola aún más a confusión.

Y en cuanto al memorial presentado por dicho defensor del aprehendido antes de la indagatoria de su prohijado, se encuentra que allí se invoca el artículo 383 del C de P.P., y no el 371-3 ibídem, luego el defensor se refería a que la captura se produjo y se prolongaba con violación de las garantías constitucionales o legales, por lo que ninguna luz daba el memorial en comentario, respecto de la norma que se debía aplicar.

Referente a la situación relacionada con el proceso adelantado a un señor Meneses Prado, cuando la procesada se desempeñaba en el Municipio de Condoto y quien fue dejado en libertad al momento de su indagatoria, la situación es análoga o semejante, pero no exacta, pues eran diversas las circunstancias que la impulsaron a obrar en diferente forma. Condoto era un Municipio tranquilo y Meneses era conocido en la zona; Tadò no lo era y Arias Agamez era un desconocido.

Además la funcionaria MOSQUERA MURILLO no sobrepasó los términos legales para definir la situación jurídica.

Para finalizar, acepta el Tribunal la presencia de la duda en cuanto a si la procesada actuò con culpabilidad dolosa en la conducta y por lo tanto determina que debe aplicarse el in dubio pro reo en su favor y absolverla de los cargos formulados, “pues si se acepta que no està demostrado su obrar doloso respecto al PREVARICATO POR ACCION que se le imputa y que su conducta pudo obedecer a error vencible o invencible, a la misma conclusiòn hay necesariamente que llegar respecto de la hipòtesis delictiva de PROLONGACION ILICITA DE PRIVACION DE LIBERTAD”.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El asunto que motivò el recurso de apelaciòn que nos ocupa se centra en el elemento culpabilidad, respecto de la conducta desplegada por al Dra LIGIA MARIA MOSQUERA MURILLO, ya que tanto la tipicidad como la antijuridicidad de su comportamiento se encuentran debidamente acreditados.

Sabido es, que el delito de prevaricato por acciòn, implica el proferimiento, por parte del funcionario público, de resoluciòn o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, de tal manera que lo resuelto por éste sea evidentemente notorio y ostensiblemente opuesto al texto legal.

Esta corporaciòn ha sostenido de manera reiterada, que la verdadera esencia del tipo de este punible, se constituye en “la ocurrencia de un actuar malicioso dentro del cual el sujeto agente se aparta de manera consciente del deber funcional que le estaba impuesto, como la existencia objetiva de una decisiòn abiertamente opuesta a aquella que le ordenaba o autorizaba la ley”. (Segunda instancia, 94-07-07, MP Dr Dìdimò Pàez Velandia).

Sobre los anteriores supuestos, debe la sala entrar a determinar si la conducta de la Dra MOSQUERA MURILLO estuvo acompañada de ese actuar doloso que al tenor del artículo 36 del Còdigo Penal, implica el conocimiento del hecho punible y el querer

de su realización, o si, por el contrario, la procesada actuó amparada bajo alguna causal de inculpabilidad contemplada en el artículo 40 del Código Penal.

En el caso que nos ocupa, a la procesada, en su condición de Fiscal Seccional de Tadó (Chocó), le correspondió adelantar una investigación penal en contra del sujeto Jhon Jairo Arias Agamez y en el entendido de que se trataba de un caso de captura en flagrancia, omitió dar aplicación al artículo 371, inciso 3o del Código de Procedimiento Penal, que le obligaba a dejarlo en libertad una vez rindiera indagatoria; contrario sensu, le imprimió el trámite previsto en el numeral 5o del artículo 397 ibdem, que determina que la detención preventiva procede:

“Cuando se hubiere realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión.”

Indudablemente que la situación del imputado ARIAS AGAMEZ, como ilegal portador de un arma de fuego de defensa personal, lo hacía merecedor de la medida de caución, teniendo en cuenta que la pena prevista para ese delito va de uno (1) a Cuatro (4) años de prisión. Sin embargo, la Señora Fiscal, de acuerdo al informe de policía por medio del cual lo dejaron a disposición junto con el arma, consideró que estaba frente a un caso de captura en flagrancia.

El informe decía :

“Comedidamente me permito dejar a disposición de ese Despacho, al señor JHON JAIRO ARIAS AGAMEZ, c.c. No 8.049.905 de Cauca (Ant), natural de Sincelejo (Sucre), edad 20 años, soltero, profesión minero, residente en la Mina la Candelaria (Cèrtegui), alfabeto, hijo de EDUARDO ARIAS Y NILSA AGAMEZ; a quien se le incautó un revolver, marca LLAMA MARTIAL calibre 38-L No IM 4129 B, con seis (6) cartuchos para el mismo, quien no posee salvoconducto del arma.- Hechos ocurridos en la Discoteca Los Angeles, de esta localidad.-” (f 48,c.o No 1).

Por su parte, los agentes del orden que intervinieron en la captura del citado Arias Agamez, se ratificaron de lo allí expuesto en sus declaraciones, sin que en ningún momento pusieran en conocimiento de la Señora Fiscal las circunstancias ocurridas con posterioridad a su primera aprehensión, esto es, que esa misma noche fue dejado en libertad y que dos días después fue nuevamente capturado. (Fls 55 y ss, c.o No1).

No obstante, aun cuando la Señora Fiscal se enteró del procedimiento irregular por parte de los policiales, esto es, la posterior retención del sindicado, la citada funcionaria continuó considerando que no había lugar a otorgar el beneficio de la libertad, bajo los siguientes argumentos que plasmó al momento de definirle a éste su situación jurídica:

“...si bien es cierto que la Policía de la localidad de Cèrtegui, lo dejó en libertad la noche de los hechos, fue en razón a que este sujeto se comprometió a hacerse presente el día siguiente al cuartel, según lo manifestó el mismo sindicado en su diligencia de indagatoria, y en razón de que debía presentarlo al Comando de la Estación de Policía de esta localidad, pero esto no significa que el señor ARIAS AGAMEZ, no haya cometido el hecho punible, y que por demás fue sorprendido en estado de flagrancia en un establecimiento público ingiriendo licor, poniendo en peligro la seguridad de las personas que como él se encontraban divirtiéndose. Luego fue una situación de tolerancia por parte de la Policía y no de ilegalidad de la detención de este sujeto.” (F.79 c.o No 1).

Como se ve, la errada convicción de que la captura en flagrancia continuaba vigente para el sindicado Arias Agamez, propició que la funcionaria no lo dejara en libertad y de esa forma negara las pretensiones de su apoderado, quien a la postre invocó como

fundamento de su petició el artículo 383 del Código de Procedimiento Penal, esto es, la Libertad inmediata por captura o prolongación ilegal de privación de la libertad, y no el 371 inciso 3o que es sobre el cual se presenta el reclamo en este proceso.

Esa errónea postura se ha venido prolongando en el tiempo; inclusive, ya iniciado este proceso, la señorita Fiscal tuvo oportunidad de explicar su actuación, y de ello fácilmente se colige que antes de evidenciarse dolo en su conducta lo que de ella se desprende es el equivocado entendimiento de la realidad fáctica y por ende la confusa aplicación de los preceptos legales, lo que a la postre le impidió a la procesada captar la ilegalidad de su conducta.

Es así como en diligencia de versión explicó que :

“Se profirió medida de aseguramiento consistente en detención preventiva porque fue sorprendido en flagrancia, aclaro, porque fue capturado en flagrancia portando el arma en lugar público sin su debido salvoconducto, pero como el delito ameritaba beneficio de excarcelación porque el quantum punitivo es de uno a cuatro años de prisión, por ello se le concedió la libertad con caución prendaria.” (143 c.o No 1).

Más adelante en diligencia de injurada sobre el punto manifestó:

“...pero como a partir del día 8 de abril el despacho suspendía actividad por semana santa, para continuar a partir del día 12, la cual se le resolvió su situación jurídica mediante auto interlocutorio 015 de fecha 12 de abril de 1993, de acuerdo a lo establecido en el artículo 367 del C de P.P., recayendo en contra del sindicado medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por efecto de la, corrijo, de haber sido sorprendido en flagrancia, pero concediéndole beneficio de excarcelación o libertad provisional mediante caución prendaria...” (f.172 c.o No 1).

Y para darle más contundencia a lo que se ha venido resaltando, en un escrito que

presentò ante la Fiscalia que la investigaba, expresò:

“Pues entiendo que el litigante sabe que inclusive los ciudadanos de bien pueden capturar sin orden a los delincuentes sorprendidos en flagrancia, y ponerlo a disposiciòn de los funcionarios competentes, lo que en (sic) ninguna manera los habilita para poner en libertad a la persona capturada en dicho estado de flagrancia, porque el dia seis sàbado o domingo (sic) pues para los funcionarios de instrucciòn todos los dìas y horas son hàbiles, para cuando de recibir capturado se trata, màxime cuando la suscrita està en un sitio muy distante de donde ocurrieron los hechos, y el informe del operativo nada dice de las circunstancias de tiempo, modo y lugar y la suscrita no se los podìa inventar y por esa razòn no podìa atender el memorial del litigante antes de la providencia que resolviera la situaciòn jurìdica del encartado.” (F 159 c.o No 1).

Si se mira el contenido de los apartes anteriormente resaltados, es fácil establecer que en todos ellos la funcionaria en cuestiòn pretendìa demostrar que estando frente a una situaciòn de captura en flagrancia, como ella lo creia, habìa obrado conforme a derecho, sin que de esa equivocaciòn sea dable inferir siquiera un solo hecho indicativo de un obrar malicioso. Su actuar, si bien, podrìa calificarse como inaceptable pero ello en manera alguna sería posible trasladarlo al campo de una conducta prevaricadora, porque la clara confusiòn en que se encontraba, la excluye de plano.

Los recurrentes esgrimen varias tesis, coincidentes algunas, para derrumbar la sentencia absolutoria.

Por una parte, El Procurador 157 Judicial Penal, manifiesta que la procesada absuelta ya habìa proferido providencias en el mismo sentido y en casos iguales y ello es una muestra de su actuar doloso; pues bien, a lo largo del expediente se ha hecho alusiòn a dos casos que fueron resueltos por la procesada.

De un lado, el de Juan Bautista Meneses Prado, del que no se puede afirmar que es igual

a este, pues los pormenores que rodearon el hecho que se le imputò si bien presentan alguna analogía, su captura no ocurriò en las mismas circunstancias que la de Arias Agamez, lo que explica que el procedimiento allí aplicado no se admitiera asimilable èste por cuanto, según se desprende, el mismo fue dejado en libertad al momento de rendir indagatoria. En este caso, la diferencia radica en que el día en que los agentes del orden dieron captura a ARIAS AGAMEZ (2 de abril de 1993) por portar un revólver sin salvoconducto, lo dejaron en libertad con el compromiso de que se presentara al día siguiente. Como así no lo hizo procedieron a su aprehensión dos días después (4 de abril), fecha en que fue puesto a disposición de la fiscalía, y se siguió el trámite que ya se conoce.

Otro, fue el proceso seguido en contra del Señor Ivan Perea S, por el cual se le adelantò investigación a la Dra MOSQUERA MURILLO, pero en la apelación de la medida de aseguramiento proferida en su contra, la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, la exoneró de responsabilidad. (Fls. 583 y ss)

La citada providencia permite deducir que la funcionaria ha mantenido ese error de interpretación que aquí se evidencia, ya que allí se estimó también, que concurría en su comportamiento causal de inculpabilidad al confundir la situación de flagrancia contenida en el artículo 370 del Código de Procedimiento Penal, con la captura en flagrancia de que trata el art 371 ibídem.

Otro argumento del memorialista, es el relativo a que el artículo 371 inciso 3o, norma que se debió aplicar, es muy claro; sin embargo, este no es motivo para que desaparezca la causal de inculpabilidad que nos ocupa, pues no es descartable que un juez no pueda en un momento dado interpretar un precepto y, si ofrece imprecisiones, equivocarse de buena fé; pero aparte de ello, lo que incidió en este caso en particular, fue la errada apreciación de las circunstancias en que se dió la aprehensión del sindicado lo que llevó a la funcionaria a dar aplicación a una norma que no era la llamada a regular

el caso, más no que el artículo citado le hubiera ofrecido dificultad en su interpretación.

Por su parte, el Fiscal Delegado ante el Tribunal, hizo referencia a un pronunciamiento de esta Corporación, respecto de la formación académica que deben tener los jueces y la oportunidad que tienen de conocer las bases de las disciplinas jurídicas para aplicar la ley. Al respecto, estima la Sala, que cada caso en particular merece un especial análisis, porque no es una regla general que la persona que posea amplia preparación académica y conocimiento de las disciplinas jurídicas para aplicar la ley, no pueda equivocarse en sus interpretaciones, al punto que, como aquí ocurrió, considere jurídicamente válida su actuación.

También replica el recurrente que el dolo está demostrado al oponerse la funcionaria a las pretensiones de la defensa. Como ya dijo, el aquí denunciante, Dr. Silvio Elías Murillo Moreno, al solicitar la libertad de su prohijado, hizo alusión al artículo 383 del Código de Procedimiento Penal y no al artículo 371 inciso 3o de la misma obra como equivocadamente lo sostiene el Fiscal Delegado ante el Tribunal, y la Fiscal, al no considerar que se configuraba la situación plasmada en dicha norma, no accedió.

Frente a lo anterior, pierde trascendencia el argumento del Tribunal sobre la probable alteración anímica de la Dra. LIGIA MARIA MOSQUERA MURILLO por el altercado con el defensor sobre el cual con alguna razón protesta el Fiscal Delegado.

Bajo las precedentes consideraciones, estima la Corte que la Fiscal LIGIA MARIA MOSQUERA MURILLO, actuó amparada por causal de inculpabilidad, error de tipo, al estimar que la posterior captura de Arias Agamez constituía, luego de ser dejado en libertad, captura en flagrancia. Por lo tanto se confirmará en este sentido la sentencia objeto de apelación.

Lo que no encuentra razonable la Corte, es que el Tribunal Superior de Quibdó al tiempo que reconoció la inculpabilidad de la Dra MOSQUERA MURILLO, le dió aplicación al principio

del in dubio pro reo. Esto, porque si està demostrada la ausencia de dolo en su actuar resulta un contrasentido aceptar la presencia de la duda sobre el mismo aspecto. En efecto el Tribunal afirmó que:

“.... debe aplicarse pues en este caso el principio del IN DUBIO PRO REO, en su favor y absolverla de los cargos formulados en su contra, pues si se acepta que no està demostrado su obrar doloso respecto al PREVARICATO POR ACCION que se le imputa y que su conducta pudo obedecer a error vencible o invencible, a la misma conclusiòn hay que llegar respecto a la hipòtesis delictiva de PROLONGACION ILICITA DE PRIVACION DE LIBERTAD”.

Lo anterior por cuanto, si la causal de inculpabilidad està plenamente demostrada, esto es, la ausencia de dolo en el actuar de la funcionaria resulta contradictorio afirmar que existe duda en cuanto a si la procesada actuó con culpabilidad dolosa. Si bien una y otra determinación conllevan a la absolución de la procesada, cada una entraña aspectos y consecuencias diferentes entre sí.

De un lado las causales contenidas en el artículo 40 del Código Penal, impiden el nacimiento del hecho punible por ausencia del elemento culpabilidad, que por su carácter netamente subjetivo, operan únicamente en relación con el sujeto agente, en el sentido de que le impiden tener conciencia de la ilicitud de su acción, o descartan la intención de realizar el tipo.

En el caso del error, tanto el de tipo como el de prohibiciòn, excluyen el dolo ya que debido a la errada apreciación fàctica o la equivocada apreciación de una norma, el sujeto actúa creyendo que lo hace conforme a derecho, bien porque considere que en su conducta no se dan los elementos del tipo, bien porque crea que ella està amparada por una causal de justificaciòn.

Por su parte, el principio del in dubio pro reo, hace referencia a la duda que se le

presenta al funcionario judicial, sobre la responsabilidad del sujeto con base en el material probatorio recaudado en el proceso y opera siempre que no haya forma de eliminarla razonablemente.

Así las cosas, cabe recalcarle al Tribunal Superior de Quibdò, que la concurrencia de tales planteamientos resultan inconciliables entre sí, pues la orientación y conceptualización de cada uno de estos institutos se enmarca, en su precisión y alcances, en circunstancias tan diversas que no permiten su simultánea aplicación.

Por lo demás, la Sala encuentra acertada la decisión proferida por esa Corporación y en tal sentido impartirá su confirmación

Sean suficientes las anteriores consideraciones para que la Sala de Casación Penal de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

RESUELVA

CONFIRMAR la sentencia impugnada, con la aclaración hecha en la parte motiva de este proveído.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

NO FIRMO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE CORDOBA POVEDA

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

DIDIMO PAEZ VELANDIA

NO FIRMO

NILSON PINILLA PINILLA

JUAN M. TORRES FRESNEDA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria