

Proceso No 21695

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Aprobado: Acta No. 90

Bogotá, D. C., veinte (20) de octubre del dos mil cuatro (2004).

VISTOS

Mediante sentencia del 12 de agosto del 2003, el Tribunal Superior de Bogotá declaró penalmente responsable a la doctora Deyanira Avendaño Rebolledo, en calidad de autora, del delito de privación ilegal de la libertad, cometido en su condición de Fiscal 5ª Delegada ante los Juzgados Regionales de Villavicencio.

En el mismo fallo la absolvió de los delitos de prevaricato por acción y abuso de autoridad, aunque respecto de éste no se pronunció expresamente en la parte resolutive.

Le impuso prisión de 12 meses, interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, le reconoció el derecho a la condena de ejecución condicional y la exoneró del pago de perjuicios y de costas.

El defensor apeló.

La Corte resuelve el recurso.

HECHOS

En la Fiscalía 5ª Delegada ante los Jueces Regionales de Villavicencio, a cargo de la doctora Deyanira Avendaño Rebolledo, se adelantaba un proceso por el delito de enriquecimiento ilícito derivado de actividades de narcotráfico, radicado bajo el N° 1734. Los sindicados eran César Gómez Gutiérrez y Libia Villa Roza, propietarios de la empresa Transamazónica Ltda.

Dentro del proceso, actuaba como defensor el abogado Édgar Ardila Lozada.

La Fiscalía Regional de Oriente -Delegada ante los Jueces Regionales de Villavicencio- calificó el mérito probatorio de la investigación. En la providencia, declaró la preclusión a favor de los procesados y ordenó la entrega de unas aeronaves de su propiedad, que se hallaban decomisadas.

La Unidad de Fiscalías ante el Tribunal Nacional, despacho que conoció del proceso en segunda instancia, revocó la determinación y, adicionalmente, declaró nulo lo actuado a partir del cierre de investigación.

El 21 de agosto de 1997, se iba a realizar la entrega de las aeronaves ordenada dentro del proceso N° 1734. Germán Giraldo, identificado como gerente de Transamazónica Ltda., presentó copia de una providencia emanada de la Fiscalía ante el Tribunal Nacional, supuestamente expedida el 27 de junio de 1997, mediante la cual se confirmaba la preclusión y se mantenía en firme la entrega de las avionetas incautadas.

Cuando se iba a materializar la devolución de las aeronaves, hizo presencia en el aeropuerto la Fiscal 5ª Regional, doctora Deyanira Avendaño, quien se había enterado de lo sucedido a través de un informe del CTI. Inmediatamente, examinó la providencia de segunda instancia, pues tenía certeza de que ella no había sido dictada dentro del proceso que adelantaba, y confirmó su naturaleza apócrifa.

Con las palabras de Germán Giraldo y del abogado Álvaro Fuentes Arjona, se estableció el origen de ese documento: lo habían recibido de manos del doctor Édgar Ardila Lozada.

Motivada por esta información, la doctora Deyanira Avendaño suspendió la diligencia y se dirigió a la secretaría de la Fiscalía de 2ª instancia. Allí, luego de revisar los archivos, reafirmó su convencimiento de que la resolución exhibida era apócrifa.

El 4 de septiembre de 1997, la fiscal Avendaño llevó a cabo una diligencia de allanamiento a la oficina del abogado Ardila Lozada. Desde prudente distancia, observó cómo el abogado y su asistente retiraban varias carpetas que contenían documentos.

Con el respaldo de los agentes del CTI, la funcionaria realizó, previa la expedición de la resolución FGN-FRO-UL-3086-194-1734, del 2 de septiembre de 1997, la diligencia de allanamiento en la oficina del mencionado profesional, situada en la calle 7, N° 13-52, oficina 404, de Bogotá.

Allí se operó su captura y la de su hermana Francy Ardila Lozada, quien actuaba como asistente del abogado.

Durante el desarrollo de la diligencia, en la que hubo malos comportamientos e intercambio de palabras, se hizo presente María Etelvina Méndez a reclamar un contrato de compraventa que le había elaborado el doctor Ardila Lozada. Cuando la señora se iba a retirar, la fiscal Avendaño requisó su bolso, puesto que previó que en él podía llevar algunos documentos importantes para la investigación que estaba adelantando.

Una vez aprehendido el profesional Ardila Lozada, la Fiscal 5ª Regional lo denunció por los delitos de falsedad en documento y fraude procesal, con fundamento en que a su juicio

había sido el autor de la falsificación de la resolución de preclusión y de la orden de entrega de unas aeronaves dentro del proceso N° 1734.

El 15 de septiembre de 1997, la Fiscalía Regional de Oriente le resolvió la situación jurídica al doctor Ardila Lozada por enriquecimiento ilícito, falsedad en documentos y fraude procesal. Este proveído quedó en firme porque ninguno de los sujetos procesales lo impugnó.

Luego, el abogado Ardila Lozada solicitó revocatoria de la medida de aseguramiento y el control de legalidad de la actuación. La Fiscal 5ª regional de Villavicencio, en providencia del 7 de noviembre de 1997, no accedió a la revocatoria de la medida de aseguramiento. Sin embargo, el 12 del mismo mes y año, se pronunció sobre el control de legalidad.

Por virtud de este control, declaró la nulidad de la resolución de situación jurídica, dispuso la ruptura de la unidad procesal para que la fiscalía seccional se hiciera cargo de los delitos de falsedad en documento y fraude procesal, pero dejó en firme la medida impuesta a Édgar Ardila Lozada por enriquecimiento ilícito. No obstante, remitió las diligencias al Juez Regional para que decidiera sobre el control de legalidad de la medida de aseguramiento.

Esta determinación fue apelada por Ardila Lozada. El 31 de marzo de 1998, la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal Nacional declaró la nulidad de la providencia, ordenó la libertad inmediata del abogado Ardila y canceló las órdenes de captura impartidas en su contra.

Francy Ardila Lozada estuvo privada de su libertad hasta cuando se le recibió indagatoria. Denunció a la doctora Deyanira Avendaño por los hechos sucedidos el 4 de septiembre de 1997. En igual sentido procedió el abogado Édgar Ardila

Lozada: la denunció por los delitos de prevaricato por acción, privación ilegal de la libertad y abuso de autoridad.

ANTECEDENTES PROCESALES

La investigación contra la funcionaria culminó con la acusación del 6 de abril de 2000, por medio de la cual la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Cundinamarca y Bogotá le imputó la comisión de los delitos de prevaricato por acción, abuso de autoridad y privación ilegal de la libertad.

Aprehendido el conocimiento de la causa por el Tribunal Superior de Bogotá, produjo el fallo ya reseñado.

LA ACUSACIÓN

Le imputó a la procesada los delitos de prevaricato por acción, abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto y privación ilegal de la libertad. Así se expresó:

Prevaricato, con fundamento en el artículo 149 del Código Penal de 1980, con la modificación del artículo 28 de la Ley 190 de 1995, porque tomó decisiones manifiestamente contrarias a la ley respecto del abogado Ardila Lozada.

Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, conforme al artículo 152 del Código Penal de 1980, porque en desarrollo de la diligencia de allanamiento, de manera indebida requisó y ultrajó a la señora María Etelvina Méndez, cliente del abogado Ardila Lozada.

Privación ilegal de la libertad, en virtud del artículo 272 ibídem, porque en la misma diligencia capturó a Francy Ardila Lozada, sin motivo alguno ajustado a las pautas constitucionales y legales que permiten coartar el libre desarrollo de la locomoción.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal absolvió por el prevaricato activo. Sus fundamentos fueron los siguientes:

a) Al proferir el auto del 29 de agosto de 1997, que disponía el allanamiento y la vinculación del abogado Ardila Lozada al proceso por enriquecimiento ilícito, la fiscal desconoció abiertamente los artículos 87, 88 y 352 del Código de Procedimiento Penal, es decir, las normas que regulan la conexidad, la necesidad de adelantar una investigación por cada hecho punible, y las exigencias para ordenar la indagatoria de una persona al proceso, primero, porque no existían antecedentes ni circunstancias en la actuación que permitieran su inclusión en las averiguaciones por enriquecimiento indebido, ni había sido sorprendido en flagrancia; y, segundo, porque la investigación que se seguía por falsedad y fraude procesal consecuencia del documento apócrifo, no podía ser cumplida conjuntamente pues por ninguna parte se percibía la conexión entre los varios delitos.

b) Cuando resolvió la situación jurídica del abogado Ardila Lozada mediante resolución del 15 de septiembre de 1997, vulneró el artículo 388 del mismo estatuto porque no existía prueba legalmente producida en el proceso que le permitiera imponer medida de aseguramiento por enriquecimiento ilícito y, menos, por falsedad y fraude procesal, pues carecía de competencia. Esta situación se mantuvo en la resolución del 7 de noviembre del mismo año, en la que, al resolver un recurso, en esencia sostuvo la medida, a pesar de que excluyó el fraude procesal tras estimar que quedaba incurso en el de falsedad. Y prosiguió en el auto del 12 de noviembre de 1997, cuando declaró la nulidad en cuanto a la falsedad y el fraude procesal, porque dio permanencia a la decisión detentiva por enriquecimiento ilícito.

c) Cuando produjo la resolución del 12 de noviembre de 1997 también lo hizo manifiestamente en contra de la ley, porque ante la solicitud de control de legalidad de la medida de aseguramiento, en vez de remitir las diligencias al juez competente, se ocupó

ella misma de resolver lo pedido, en contravía del contenido del artículo 414 A del Código de Procedimiento Penal.

d) No obstante,

“El dolo significaría que la acusada comprendiera plenamente el contenido de los arts. 87 y 88 del c.p., 352, 388 y 414 A del c.p.p. y tuviera conciencia que no se daba la conexidad entre las conductas, por lo tanto no podía asumir el conocimiento de las mismas, que al abogado por su conducta desplegada no podía deducírsele responsabilidades en calidad de coautor o partícipe de la conducta de enriquecimiento ilícito por la que se juzgaba a los señores César Gómez Gutiérrez y Libia Villa Roza y a la que se vinculó y finalmente que al hacer el pronunciamiento del 12 de noviembre de 1977 estaba resolviendo el control de legalidad”.

Tras analizar las decisiones tomadas por la fiscal, tener en cuenta las intervenciones de ésta dentro del proceso penal seguido en su contra, y observar las pruebas, el Tribunal concluyó que los proveídos ilegales

“obedecieron a una percepción errada de los conceptos sustantivos y procesales penales y no al capricho de la funcionaria, esto es, en cada una de sus resoluciones se cuida de plasmar con la mayor precisión posible su hilo argumentativo y cuando advierte su error, no obstante equivocar el camino procesal para hacerlo, así lo

reconoce... Es viable en el presente caso predicar la ausencia de coincidencia entre el pensamiento del actor con la realidad, pues, la interpretación errónea de la normativa la llevó a pretermittir la normatividad procesal... Observa la Sala que en la apreciación fáctica y jurídica del caso sometido a su conocimiento y definición, error, y no intención manifiesta de apartarse de la ley, y como, la jurisprudencia tiene establecido que cuando el juez se equivoca de buena fe, ello descarta el dolo requerido para la configuración del prevaricato”.

En fin, si bien concurre el aspecto objetivo de los varios prevaricatos, no sucede lo mismo con el subjetivo y por ello se impone la absolución.

El Tribunal también declaró la inocencia de la fiscal por el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto. En esencia, consideró que el hecho de haber requisado el bolso de la señora María Etelvina Méndez a propósito de la diligencia de allanamiento, no lograba constituir un abuso de funciones; y que el dicho de la denunciante, de acuerdo con el cual la funcionaria le había esculcado el bolso, vaciado todo su contenido, manoseado el busto y “todo, por delante y por detrás”, no contaba con respaldo probatorio.

La halló responsable, sí, del delito de privación ilegal de la libertad, definido en los artículos 272 del Código Penal de 1980 y 174 del actual, es decir, de la Ley 599 del 2000. En resumen, estas las razones:

- a. Está probado que Francy Ardila Lozada era simplemente la secretaria del abogado Édgar Ardila Lozada, quien actuaba como defensor en el proceso seguido a César Gómez y Libia Villa.
- b. En el proceso por enriquecimiento ilícito, no había prueba alguna que vinculara a Francy Ardila al delito que se estaba investigando. Al aprehenderla, la fiscal, quien actuó con plena conciencia de lo que hacía, violó el artículo 28 de la Constitución Política y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito en 1996 y ratificado por Colombia con la Ley 74 de 1968.
- c. La privación de la libertad operada sobre Francy Ardila, por tanto, es abiertamente ilegal, dado que cuando un funcionario va a impartir orden de captura, la ley le exige identificar plenamente a la persona y expresar en el auto mediante el cual ella se ordena los motivos de esa medida. Estos requisitos formales no fueron observados por la fiscal acusada.

d. Por eso la aprehensión de Francy Ardila se produjo con evidente abuso de funciones por parte de la fiscal.

e. Con la inspección judicial efectuada al proceso el 30 de octubre de 1997, se estableció que no existía ninguna orden de captura contra Francy Ardila.

f. Del simple hecho de haber sido vista ayudándole al doctor Ardila a retirar algunas carpetas de su oficina, no podía deducirse que estaba vinculada al proceso N° 1734 que se le adelantaba a César Gómez y a Libia Villa por el delito de enriquecimiento ilícito.

El Tribunal hizo expreso su convencimiento de que Deyanira Avendaño Rebolledo había incurrido en el delito de privación ilegal de la libertad. En la página 49 de su sentencia, refiriéndose a las circunstancias en que se produjo la captura de Francy Ardila, explicó:

“Se tiene que la susodicha resolución -la FGN FRO-UL-3086-194-1734 del 2 de septiembre de 1997-, es manifiestamente contraria a la ley, porque en la misma se pretermitieron los arts. 352, 375, 376 y 378 c.p.p., pues no existían antecedentes y circunstancias consignadas en la actuación ni había sido sorprendida en flagrancia “la asistente” del Dr. Édgar Ardila Lozada, para vincularla al proceso de enriquecimiento ilícito que adelantaba la procesada contra los señores Libia Villa Rozo y César Gómez Gutiérrez”.

“Si se trataba del delito de ocultación de documentos, la procesada carecía de competencia para investigar y el mismo, en el art. 223 c.p. se encontraba sancionado con pena de prisión de uno (1) a seis (6) años, por lo tanto de conformidad con lo previsto en el art. 375 c.p.p. no le era dable librar orden de captura y en gracia de discusión debía citarla a indagatoria, conforme lo disponía el art. 356 ejusdem amén de todo lo anterior es clara la pretermisión de los requisitos formales para su expedición previstos en el art. 378 c.p.p.”

De la correlación de estas aserciones, el Tribunal obtuvo la certeza del hecho cometido -la captura de Francy Ardila- y de la tipificación objetiva y subjetiva del delito de privación ilegal de la libertad.

Estas conclusiones, tuvieron, además, los siguientes soportes probatorios:

- a. La acusada sabía que Francy Ardila era una mera asistente del abogado Ardila Lozada, que no existía ninguna constancia que permitiera ligarla al proceso por enriquecimiento ilícito, y que no se había extendido orden de captura en su contra. Sin embargo, expidió la resolución del 29 de agosto de 1997, reiterada el 2 de septiembre del mismo año, orientada a efectuar el allanamiento de la oficina del doctor Ardila y la aprehensión de él y su asistente.
- b. En las resoluciones proferidas no se individualizaba ni identificaba a Francy Ardila Lozada. En ellas, de manera vaga, se ordenaba capturar a “la asistente” del doctor Ardila. No se consignaron claramente los motivos por los cuales era necesaria su aprehensión. El simple hecho de haberla visto cuando retiraba unas carpetas de la oficina del abogado, no constituía base suficiente para vincularla al proceso N° 1734.
- c. Cuando Francy Ardila fue capturada, se le informaron los motivos de su retención y se le dijo que ellos estaban consignados en la resolución FGN-FRO-UI-30-86-194-1734 del 2 de septiembre de 1997.
- d. En esta resolución, reitera, se omitió la aplicación de los artículos 352, 375, 376 y 378 del Código de Procedimiento Penal porque, como ya se dijo, no había antecedentes ni circunstancias que permitieran vincularla al proceso por enriquecimiento ilícito, como lo exigen estas normas, y porque si la fiscal acusada estaba procediendo por el delito de ocultación de documentos, sancionado con pena de uno (1) a seis (6) años de prisión, lo adecuado, lo legal, de acuerdo con los artículos 356 y 375 del Código de Procedimiento Penal de 1991, era citarla para indagatoria. Pero, además, echó

de menos los requisitos formales establecidos en el artículo 378 del mismo código.

e. La doctora Avendaño, entonces, al proferir este acto ilegal, incurrió en el delito de privación ilegal de la libertad. Y necesariamente tuvo que haber cometido ese hecho punible con plena conciencia de que su proceder era antijurídico.

f. Tratándose de una persona que lleva 16 años vinculada a la administración de justicia, unas veces en calidad de delegada de la Personería de Bogotá y otras como fiscal regional, se le hacía exigible conocer que no se daban los presupuestos legales para emitir orden de captura contra Francy Ardila. Tenía que ser consciente de que si se trataba de un hecho nuevo -ocultación de documentos-, su obligación era dar aviso de ese acontecimiento a la autoridad competente para que lo investigara. Pero también tenía que estar enterada de que por tratarse de un delito sancionado con la pena de prisión mencionada, no procedía el mandato de aprehensión.

g. En un Estado Social de Derecho, no resulta admisible privar de la libertad a una persona para asegurar una prueba. La conducta arbitraria de la funcionaria, entonces, obedeció a un acto deliberado y consciente. Por eso atentó contra el bien jurídico de la libertad individual, razón suficiente para que se haga merecedora de la sanción prevista en la ley.

De otra parte, explicó el Tribunal que si bien era bastante discutible si en casos como el estudiado se trataba de un concurso de delitos -prevaricato por acción y privación ilegal de la libertad- o de uno sólo, optaba por la tesis de la subsunción, toda vez que las resoluciones manifiestamente contrarias a la ley constituían un medio para lograr una finalidad, que se especificaba en la privación injusta de la libertad.

EL IMPUGNANTE

Petición principal.

a. Solicita que se analicen cuidadosamente las circunstancias en que actuó la doctora Deyanira Avendaño. Ella tenía a su cargo un delicado proceso por el delito de enriquecimiento ilícito derivado de actividades del narcotráfico.

b. Dentro del período de instrucción, el abogado Ardila Lozada le había presentado, por interpuesta persona, la copia de una resolución de preclusión y de orden de entrega de las aeronaves que habían sido decomisadas. Ese documento, por cuanto en segunda instancia había sido revocado, resultó espurio. Tan cierto fue, que por este motivo el abogado fue condenado.

c. Dado ese antecedente, unido al hecho de que la policía judicial había enviado un informe en el que se indicaba que el abogado Ardila estaba sacando de su oficina unas carpetas en compañía de una mujer, era de esperarse que la doctora Avendaño ordenara el allanamiento de la oficina y la captura de Ardila Lozada y su asistente.

d. Estas decisiones se tomaron dentro del contexto de la investigación que estaba adelantando la doctora Avendaño. Existían suficientes elementos de juicio para ordenar la captura de Ardila y de quien de manera concertada con él trataba de ocultar los documentos.

e. Si la resolución de allanamiento y captura de Francy Ardila se examina dentro del marco de la investigación a cargo de la doctora Avendaño, se concluye su legalidad pues se buscaba evitar que fueran ocultados los documentos que podían servir de prueba dentro del proceso N° 1734.

f. Sostener que su contenido entraña una decisión conscientemente ilegal, es una apreciación equivocada. De las circunstancias en que obró la doctora Avendaño, no puede deducirse el dolo de su comportamiento. Lo que ella pretendía, antes que cometer una arbitrariedad, era proteger la prueba dentro del proceso que tenía bajo

su responsabilidad.

g. Se afirma que la fiscal acusada no podía ordenar la captura de Francys Ardila porque en razón de la naturaleza del delito la competencia recaía en otro funcionario. Tal aseveración no es cierta porque los fiscales tienen competencia para investigar delitos de toda clase, con la salvedad de que sólo el competente puede cerrar la instrucción y proferir la respectiva calificación del mérito probatorio.

h. Si el abogado Ardila había tenido la osadía de crear una resolución de preclusión falsa, supuestamente proferida por la Fiscalía ante el Tribunal Nacional, para obtener la entrega de las aeronaves decomisadas, y si además había sido visto cuando en compañía de su hermana retiraba unos documentos de su oficina, resultaba apenas natural que la fiscal acusada coligiera la participación de ambos, por lo menos en calidad de cómplices, en el delito de enriquecimiento ilícito. Esos elementos de juicio, constituían base suficiente para ordenar la captura de ambos.

Petición subsidiaria.

a. Se debe tener en cuenta que la doctora Deyanira Avendaño permaneció en detención preventiva durante 29 meses aproximadamente. Eso significa que, a la fecha, ya purgó la pena. Por eso resulta injurídico, a estas alturas, otorgarle la suspensión de la ejecución de la sentencia e inhabilitarla en el ejercicio de sus derechos y funciones públicas.

b. En caso de que no sea aceptada la solicitud de absolución, la Corte debe declarar cumplida la pena impuesta.

CONSIDERACIONES

El aspecto objetivo de la conducta.

Es claro que la doctora Avendaño Rebolledo objetivamente infringió el tipo que se le ha imputado, pues indebidamente privó de la libertad a doña Francly Ardila de Jiménez por un tiempo. En efecto:

a) Mediante auto del 2 de septiembre de 1997, dispuso la captura de la “asistente” del abogado Ardila Lozada, “por considerarse partícipe en la ocultación de los documentos retirados de esa oficina”.

b) El 4 de septiembre, a propósito de una diligencia de allanamiento, capturó a la señora Francly Lozada, a quien la impuso de sus derechos, a las diez de la mañana. La condujo luego a las instalaciones del CTI, la mantuvo retenida, la escuchó en indagatoria y tras la firma de diligencia de compromiso, la dejó en libertad. Posteriormente resolvió su situación jurídica y se abstuvo de proferir medida de aseguramiento en su contra.

c) De acuerdo con el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal de 1991, era viable la indagatoria de una persona, siempre que dentro del expediente existieran razones que permitieran considerarla autora o partícipe del hecho punible averiguado, o en los casos de captura en flagrancia.

Como es claro, el proceso que adelantaba la doctora Avendaño contra Gómez Gutiérrez y Villa Roza nada informaba sobre esa relación de doña Francly con los delitos que investigaba. Por tanto, por este factor, no podía ser oída en injurada.

d) Según el artículo 378 del mismo estatuto, la orden de captura debía contener los datos necesarios para identificar o individualizar al imputado.

No bastaba, entonces, con afirmar en el auto que se disponía la aprehensión de la “asistente” del doctor Ardila Lozada. Con ello, fue dejado de lado el contenido de la

disposición citada.

e) El artículo 224 del Código Penal de 1980 preveía pena de prisión de 1 a 6 años para quien incurriera en el delito de falsedad por ocultación de documento privado. Mientras tanto, el artículo 376 del estatuto procesal disponía la citación para indagatoria frente a aquellos delitos incriminados con pena mínima inferior a dos años, siempre que no implicara detención preventiva, y ésta no discurría para esa forma de falsedad, como emana del artículo 397 ibídem.

Si la fiscal en su auto pensaba en ocultación de documentos por parte de la señora Ardila, documentos que reposaban en la oficina del letrado, no podía proferir, entonces, orden de captura.

Si se colocan esos comportamientos de la doctora Avendaño frente a las normas relacionadas, fluye sin esfuerzo la contraposición. Por tanto, se repite, la privación de libertad de doña Francly fue contraria a derecho y, por tanto, ilegal.

El aspecto subjetivo de la conducta.

a) El delito de privación ilegal de la libertad es eminentemente doloso, vale decir, no es posible jurídicamente mediante culpa o preterintención.

b) El dolo, entendido como el conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal unido al querer o voluntad de lesionar la ley, ha sido bastante explicado por la jurisprudencia, a lo largo de su desarrollo.

Así, por ejemplo, se ha dicho por la Corte Suprema de Justicia que se presume la buena fe mientras prueba en contra no la desvirtúe (Sala de Casación Civil. 14 de diciembre de 1944, M.P. Fulgencio Lequerica Vélez. G.J.T. LVIII, No. 2017, p. 576); equivale al aspecto subjetivo de la infracción y debe calificarse como la plena

conciencia que tiene el sujeto activo de que con su acción viola la ley penal” (14 de marzo de 1961, G.J.T. XCV, No. 2238, p. 171); no se puede presumir (14 de marzo de 1961, G.J.T. XCV, No. 2238, ps. 171/2); ante su ausencia, la conducta no es punible, porque debe haber correspondencia absoluta entre el propósito o intención criminal -elemento subjetivo del delito- y los actos de la voluntad, que traducida en hechos violatorios de la norma penal, constituye el delito en su acepción general (21 de agosto de 1964, M. P. Humberto Barrera Domínguez. G.J.T. CVIII -2a. parte-, No. 2273, ps. 105/6); requiere que el autor “...mediante un acto de acción o de omisión emanado con humana libertad de su propio psiquismo, realice un hecho penalmente antijurídico con conocimiento de su típica ilicitud, con conciencia de su antijuridicidad y con voluntad de ejecutarlo” (9 de agosto de 1983, M. P. Alfonso Reyes Echandía); para que exista, el agente ha debido proceder con conocimiento y con voluntad (13 de marzo de 1985, M.P. Luis Enrique Aldana Roza. G.J.T. CLXXXI, No. 2420, p. 126); implica conocimiento de que se está realizando un hecho punible, y se quiere su realización (7 de marzo de 1989, M.P. Jaime Giraldo Angel. G.J.T. CXCI -primer semestre-, No. 2438, ps. 151/2); para que lo haya, es menester la demostración de un estado intelectual y volitivo que, por supuesto, va más allá de la simple observación objetiva del descuido o equivocación (30 de julio del 2002, radicación 15296, M. P. Nilson Pinilla Pinilla); etc.

Si se quisiera resumir una fórmula frente al contenido explicado del artículo 22 del Código Penal, bien podría decirse que el dolo, por su aspecto intelectual o cognoscitivo, requiere conocimiento y conciencia integral del hecho típico; del significado de los elementos del tipo y de sus circunstancias; del resultado de la conducta y de la cadena causal, así como de la antijuridicidad del comportamiento; y por su aspecto volitivo, necesita la demostración “de operaciones síquicas que orientan al hombre a decidirse en un sentido antijurídico”. O, para sintetizar aún más, también se puede afirmar que la parte del dolo referida a la voluntad “se presenta cuando el agente quiere realizar la conducta típica y

antijurídica (en relación con los tipos de mera conducta), o cuando quiere ejecutar la conducta y la consecuencia que de ella se deriva (respecto de los tipos de resultado) y hacia ese fin orienta su determinación”¹¹.

c) La jurisprudencia de la Corte, frente al estatuto penal que regía para la época de los hechos, también se ha ocupado de la teoría del error, entendida como causal excluyente de la culpabilidad. Ha dicho, por ejemplo, que:

“Las anormales condiciones en que se desenvuelven las relaciones entre la autoridad y los asociados en la Isla de San Andrés; su desvinculación con el orden jurídico nacional, y la misma circunstancia de ser sus pobladores en gran número de origen extranjero, son todos hechos que permiten aceptar como buena la cualificación del procesado para sincerar su conducta y entender que actos objetivamente arbitrarios y no ceñidos en su procedimiento a los preceptos legales, eran dictados por una necesidad de defensa de los intereses y seguridad de la propia Isla. En este aspecto quizás no es posible al fallador encontrar en las imputaciones el elemento ‘injusticia’, dada la finalidad de esos proceder, o es preciso reconocer un error de derecho cometido por el funcionario, de buena fe, lo que a la postre...conforma un error de hecho. En las expresadas condiciones la integración del delito de abuso de autoridad no es susceptible de lograrse...” (15 de noviembre de 1961, M.P. Gustavo Rendón Gaviria, G.J.T. XCVII, Nos. 2246 a 2249, p. 497).

El No. 4o. del artículo 40 del código penal consagra “...el llamado error sobre el tipo, que comprende el que recae sobre su propia existencia y el que apunta a uno cualquiera de sus elementos integradores (sujetos, objetos o conducta); en esta última modalidad, el error del agente puede provenir de una equivocada percepción de la realidad fáctica que el legislador ha incrustado en el tipo (se confunde la cosa propia con la ajena), o de una igualmente equivocada interpretación del alcance y contenido de expresiones que en veces el legislador plasma en ciertos tipos penales

(ingredientes normativos) y cuyo entendimiento exige especial juicio valorativo y no mera captación sensorial, como cuando el actor considera que la sentencia judicial de separación de cuerpos, generalmente conocida como divorcio, destruye el matrimonio al que estaba ligado y que por eso puede contraer lícitamente uno nuevo sin incurrir en bigamia” (24 de mayo de 1983, M. P. Alfonso Reyes Echandía).

“En todo caso, para que el error genere inculpabilidad es indispensable que posea la nota de la insuperabilidad, es decir, que no le haya sido humanamente posible evitarlo o vencerlo pese a la diligencia y cuidado con que actuó en el caso concreto...Evidenciada esta nota del error (su insuperabilidad), la culpabilidad no se da por ausencia de dolo en cuanto faltaría uno de sus elementos: el del conocimiento de la concreta tipicidad de la propia conducta, o lo que es igual, del aspecto cognocitivo del actuar doloso. Si, en cambio, el error existió pero fue fruto de negligencia, descuido o desatención; si el agente debió y pudo haberlo superado habida

cuenta de su condición personal y de las circunstancias en que actuó, persiste la inculpabilidad dolosa por desconocimiento intelectual de la específica tipicidad de su conducta, pero se abre la perspectiva de una culpabilidad culposa en cuanto incumplió reprochablemente el deber de cuidado que le era exigible para evitar la producción del resultado típico; pero en tal hipótesis, por expresa determinación del inciso final del No. 4o. del artículo 40 del código penal vigente, ‘El hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo’, lo que significa que si solamente admite forma dolosa, habrá de reconocerse exención de responsabilidad” (24 de mayo de 1983, M. P. Alfonso Reyes Echandía).

La insuperabilidad del error “...no debe medirse con criterio uniforme...pues ella varía de acuerdo con las condiciones personales del actor, con las características de aquello que fue objeto de error y con los factores circunstanciales que hayan rodeado el hecho” (24 de mayo de 1983, M. P. Dr. Alfonso Reyes Echandía).

“Entre las causales de inculpabilidad que menciona el artículo 40 del c. P. se encuentra la de ‘quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal’. Dentro de esta modalidad del error aquí plasmado cabe la del que apunta a uno cualquiera de los elementos integrantes del tipo penal y, desde luego, a un ingrediente normativo del mismo; es el clásico error de interpretación que tiene validez jurídica como causal de inculpabilidad en la medida en que siendo insuperable haya impedido al actor darse cuenta de la típica antijuridicidad de su comportamiento y, por lo mismo, actuar con conciencia de su ilicitud; pero cuando el error era vencible, cuando podía y debía ser evitado con la diligencia y cuidado anejos a la condición en que se actuaba y pese a ello se incurrió en error, entonces no puede concluirse error culposo. Persistirá su responsabilidad penal en la medida en que el hecho punible realizado tenga prevista aquella forma de culpabilidad (art. 40, inciso final)” (24 de enero de 1984, M. P. Alfonso Reyes Echandía).

“En esta forma quedó consagrado el llamado por la doctrina error sobre el tipo, cuyas características estructurales son las siguientes: 1) Obrar sin tener pleno conocimiento de la tipicidad de la conducta que ejecuta; 2) Que ese conocimiento sea falso por error esencial sobre elementos que concurren a la conformación del tipo; 3) Que ese conocimiento equivocado sea invencible, esto es, insuperable. La ausencia de una cualquiera de estas connotaciones desvirtúa el error. Esto significa que el agente en la esfera de su cognición no tiene la representación del actuar doloso, porque por error esencial desconoce algún elemento compositivo de la concreta tipicidad de la conducta sin el cual ésta no se integra, error para él insuperable dadas las circunstancias y condiciones personales determinantes del mismo. No obstante lo anterior, si el error existe con lesión de la descripción legal que le corresponde a la conducta, pero como consecuencia ya no de la pura incompreensión del tipo sino de negligencia, descuido o inexperiencia, por disposición expresa del artículo 40-4 del C. P. ‘...

el hecho será punible si la ley lo hubiere previsto como culposo...'. Así se pone de resalto que lo que no es doloso, puede resultar culposo si de modo indiscutible la ley lo establece como tal. En otras palabras se debe afirmar que lo que la ley solamente señala como doloso no puede ser imputado a otro título, en cuyo caso el comportamiento no es apto para generar responsabilidad penal bajo ningún concepto. De donde se concluye que con fundamento en el error sobre el tipo se llega, por esta vía y por modo necesario, al reconocimiento de la exención absoluta de la culpabilidad aludida" (23 de octubre de 1984, M. P. Dr. Fabio Calderón Botero).

"Ciertamente es que la norma que viene de citarse (artículo 40-4 C. P.) consagra como causal de inculpabilidad el denominado error de tipo para quien 'obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal'. Defínese esta especie de error o estado de consciencia como la que recae sobre los caracteres o circunstancias que componen el tipo legal como sobre sus elementos normativos a diferencia del error de prohibición que tiene que ver con la significación antijurídica de la conducta o injusto de hecho por creer el autor que éste no está prohibido o por creerse legitimado para hacerlo. Destaca Jescheck que el error sobre el tipo descansa en un sencillo principio fundamental, a saber: 'puesto que el dolo presupone el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo y en el error de tipo falta ese conocimiento total o parcialmente, el mismo excluye el dolo' (Cfr. Tratado de derecho penal. Barcelona, 1983, Vol. I, pág. 412). Esta regla permite declarar dos cuestiones fundamentales de frente a la responsabilidad dolosa: que se hayan cumplido todos y cada uno de los requisitos objetivos del delito de que se trata, y que tales presupuestos hayan sido captados por el dolo del autor" (4 de octubre de 1993, M. P. Jorge Enrique Valencia Martínez. G.J.T. CCXXVII -segundo semestre, segunda parte-, No. 2466, p. 18).

d) La doctora Avendaño Rebolledo ha dado sus explicaciones, que se pueden resumir de la siguiente forma, como se extracta de su versión, de su indagatoria y de

su intervención en audiencia pública:

1. Francy Ardila no fue identificada en la orden de captura, pero existe un decreto, una “resolución de la fiscalía del 97”, que permite disponer la aprehensión de una persona sin que se halle individualizada.
2. La captura fue previamente dispuesta y aunque se desconocía exactamente el nombre de la destinataria, quedó claro que se trataba de la asistente del doctor Ardila, quien sólo tenía una.
3. Doña Francy fue aprehendida. Pero el mismo día la escuchó en indagatoria y la dejó en libertad.
4. La captura de la señora fue ordenada con base en que previamente se le había visto prestando ayuda al abogado para retirar documentos de su oficina, hecho que permitía suponer que era sabedora de las actividades de éste.
5. Como probablemente se había filtrado la noticia de que se realizaría un allanamiento al despacho del abogado, creyó que el hecho de sacar documentos constituía una coartada compartida por el abogado y su asistente.
6. Cuando se trata de delitos graves –el que adelantaba por enriquecimiento ilícito producto del narcotráfico- es necesario actuar con rapidez.
7. Con la aprehensión de la asistente solamente pretendía que informara sobre el paradero de los documentos que habían extraído de la oficina.
8. No inobservó la normatividad sobre la libertad porque una vez oída en indagatoria, dispuso la de la señora Ardila Lozada.
9. Capturó a doña Francy con fundamento en dos indicios: uno, que cuando se habló con

ella por teléfono, dio un nombre diferente; y, dos, que colaboró en la sustracción de los documentos después de saber que habría un allanamiento.

e) Importa penetrar en detalle el cerebro y la conducta de la fiscal Avendaño; ubicarla en su entorno judicial por aquellos días; analizar sus explicaciones; y observar la prueba. El expediente enseña esto:

1. La fiscal no ha negado que privó de su libertad a Francy Ardila. Pero ha explicado que su ánimo era el de proteger la prueba que se había propuesto reunir dentro del proceso adelantado a otras personas por enriquecimiento ilícito, proceso ciertamente delicado y, por tanto, exigente de máximo cuidado. Admite, además, que pudo actuar con exceso de celo.
2. El móvil y el fin de su proceder estuvieron determinados por circunstancias anteriores y posteriores muy particulares. En primer lugar, por obra del abogado Édgar Ardila, se había intentado hacer valer dentro del proceso, para que se le devolvieran unas avionetas decomisadas, una resolución de preclusión falsa; y, en segundo lugar, con antelación, había visto cómo la señora Ardila y su hermano retiraban algunos documentos de la oficina. Estas dos circunstancias influyeron para que la acusada optara por apresar de facto a Francy Ardila. Pero lo hizo bajo el convencimiento de que de ese modo podía preservar la integridad de la prueba que estaba recopilando, y con fundamento en que, según su criterio, había proferido un auto que disponía la aprehensión de la asistente del letrado.
3. Prueba en contrario, esto es, indicativa de que su propósito inmediato fuera el de atentar contra el derecho a la libertad de la agraviada, no se percibe en el proceso.
4. Aun cuando no es exigencia típica objetiva, de los elementos de juicio aportados a la investigación no surge que sus acciones estuvieran signadas por un especial interés en perjudicar, por retaliación, malquerencia u otro sentimiento bajo, a Francy Ardila. Y si

ello es así, es admisible pensar que no la acompañaba un interés particular de causar daño a la libertad de la denunciante.

5. Sí aflora del informativo que el propósito de la doctora Avendaño se hallaba centrado en evitar que desapareciera o se perdiera la evidencia probatoria que bajo su percepción estaba constituida por las carpetas retiradas de la oficina, o que las personas a quienes ella creía comprometidas en esa acción no pudieran ser localizadas con posterioridad a la diligencia de allanamiento. Y ese interés tenía respaldo: estaba demostrada la falsificación de una decisión judicial, documento espurio que casi permite la obtención de la finalidad que guiaba a quienes delinquían.

e) Si se comparan los conceptos de dolo y de error con el comportamiento de la funcionaria procesada en el caso concreto, se arriba a estas conclusiones:

1. No comprendía correctamente el alcance de las disposiciones procesales atrás citadas, relacionadas con los requerimientos para proferir orden de captura y para privar de la libertad con fines de indagatoria, como tampoco las reglas referidas a la detención preventiva y a la cantidad punitiva de la disposición sustancial mencionada. Vale decir, habría incurrido en el denominado error de tipo, por errónea interpretación o valoración de los elementos que tácitamente o por remisión lo componen. Para ello basta recordar sus sencillas y ciertamente frágiles explicaciones ante los interrogatorios judiciales, contestaciones que, además, enseñan que frente a sus investigadores y juzgadores no la acompañaba ningún ánimo de justificar retorcidamente sus actuaciones.

2. Esa incapacidad de comprensión de los enunciados legales, por aquellos días incuestionablemente se vio reducida por las circunstancias que influían su Ser: la confusión generada por el impacto de la resolución falsificada; su desplazamiento a Bogotá para confirmar o infirmar el falso; la comprobación de la falsedad; la posibilidad de

vinculación del abogado al proceso matriz; la asistencia que le prestaba su secretaria; la sustracción de documentos de la oficina del togado para conducirlos hasta un vehículo; la creencia de autoría o participación de quien compartía despacho con el abogado; el ambiente que se dio en la oficina del abogado cuando arribaron los miembros del CTI y la fiscal, etc., todo ello, ciertamente, de manera vertiginosa, en un breve lapso. Y se verifica la posibilidad en el expediente: la desordenada toma de decisiones por la fiscal, inmediatamente después modificadas, revocadas, parcialmente sostenidas y hasta en parte anuladas por ella misma.

3. Frente a lo anterior, unido a la fuerza de las circunstancias recordadas, no puede decirse con firmeza que la doctora Avendaño Rebolledo, aunque se admitiera que por su experiencia judicial tenía que conocer la ilegalidad del acto que estaba cometiendo, realmente captara en su estricto contenido el alcance de las disposiciones objetivamente infringidas.

4. Si se asumiera por un momento que la funcionaria sí conocía y comprendía en su integridad los enunciados legales dichos, se arribaría a otro tema: la prueba indica que actuó de buena fe, pues quería algo bueno en pro de la justicia, y no algo malo en contra de la libertad individual. Por eso ha insistido tanto, y ninguna prueba la infirma, en que pretendía preservar la prueba, evitar desapariciones de evidencias, en fin, resguardar el proceso que adelantaba por el enriquecimiento ilícito producto del tráfico de estupefacientes.

Desde este punto de vista, los dos componentes del dolo, el conocimiento y la voluntad, por lo menos en las circunstancias en que actuó la acusada, no concurrirían. Se presentaría un desfase entre el primero y el segundo de esos elementos.

La Corte, frente a esa escisión de los elementos integradores del dolo, carece de bases para sostener que la doctora Avendaño Rebolledo actuó en consonancia con un fin

culpablemente doloso.

Una decisión en este sentido, si se atiende al querer o propósito que presidió las actuaciones de la procesada, no desborda los linderos de la razonabilidad. Sostener lo contrario, es decir, desconocer que la fiscal, por encima de cualquier otra finalidad, lo que buscaba al capturar a Francy Ardila era limitarle caprichosa y arbitrariamente su libertad, es un juicio que no concuerda, que no consulta la realidad procesal.

5. Si hubo error, no hubo dolo; y si lo intelectual del dolo existiera, más no su momento volitivo, afirmar el dolo conduciría a suponer que uno de los segmentos de esa unidad psíquica que es el dolo –el de querer afectar el bien jurídico tutelado-, está probado dentro del proceso. Y como la certeza de que Deyanira Avendaño quería vulnerar a su arbitrio la libertad individual no emerge del proceso, igualmente se impondría su absolución.

Para casos como este quizás fue plasmada la idea del legislador cuando confeccionó el nuevo Código Penal, tal como se lee en la Ponencia para Primer Debate del Proyecto correspondiente en el Senado de la República, previa su advertencia de que el Estatuto no se afiliaba a ninguna corriente determinada del pensamiento penal:

“El principio de culpabilidad se mantiene en toda su extensión. Sólo se agrega una regla importante para su determinación, con lo cual se introduce un mecanismo que permite un manejo más riguroso e igualitario del principio de culpabilidad, esto es, se evitan decisiones que puedan estar basadas en consideraciones personales ajenas a las propias de la responsabilidad penal, anclando la decisión en exigencias tangibles y demostrables a través del proceso penal. Con ello se brinda un importante instrumento para el manejo del error de prohibición, se da plena cabida al error de derecho bajo condiciones razonables –queda abolida la prohibición del reconocimiento de la ignorancia iuris- y se admite que la llamada conciencia de la antijuridicidad es un

presupuesto presente tanto en los delitos dolosos como culposos” (Gaceta del Congreso No. 280, viernes 20 de noviembre de 1998).

Una anotación final.

Aparentemente, se advierte una falta de concordancia formal entre la sentencia y la resolución acusatoria. La doctora Avendaño fue acusada de incurrir en tres delitos: privación ilegal de la libertad, prevaricato

por acción y abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto.

El Tribunal, sin embargo, en la parte resolutive de su fallo, omitió pronunciarse sobre el abuso de autoridad por acto arbitrario o (e) injusto, aunque en la motiva anunció la absolución de la acusada. El sustento de su determinación, como ya se dijo, se halla en el hecho de que la prueba no permitía afirmarlo.

A pesar de ello, esa informalidad no alcanza la entidad de causal de nulidad. Con la decisión del Tribunal, no se causa ningún perjuicio a la sentenciada. Además, si se invalidara la actuación con el fin de obtener un pronunciamiento expreso sobre la conducta de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto en la parte resolutive del fallo, ningún beneficio alcanzarían ni el Estado ni la doctora Avendaño Rebolledo.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. Revocar la sentencia del 12 de agosto del 2003, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá condenó a la doctora Deyanira Avendaño Rebolledo como autora del

delito de privación ilegal de la libertad.

2. Absolver a la doctora Deyanira Avendaño Rebolledo de los cargos que le formulara la Fiscalía General de la Nación en la resolución acusatoria del 6 de abril del 2000, por tal delito.

3. Devolver la caución prestada por la doctora Avendaño para efectos de obtener los beneficios previstos en la ley.

4. Expedir las comunicaciones de rigor.

Notifíquese y cúmplase.

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO
PÉREZ PINZÓN

ÁLVARO

ORLANDO

Comisión de servicio

MARINA PULIDO DE BARÓN
QUINTERO MILANÉS

JORGE

LUIS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Alfonso Reyes Echandía. Culpabilidad. Bogotá, Temis, 3ª edición, 1988, páginas 44 a 50.