

Proceso n.º 33716

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

Aprobado: Acta No. 55

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de febrero de dos mil once (2011).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por la defensa de la doctora Dayra Margarita Vargas Arnedo contra la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, de 18 de diciembre de 2009, por medio de la cual la condenó a 50 meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, entre otras imposiciones, por el delito de prevaricato por acción.

ANTECEDENTES

1. El 27 de octubre de 2000 Vilma Chamorro Soto denunció al patrullero de la Policía Nacional, Ramón de Jesús Espinosa Romero ante el Cuerpo de Investigación Criminal C.T.I de El Carmen de Bolívar, por haber atentado contra la libertad y el pudor sexual de su hija en hechos ocurridos el 25 de octubre anterior.
2. La investigación fue asignada a la Fiscalía 22 Seccional de ese Municipio a cargo

de la doctora Dayra Margarita Vargas Arnedo.

3. El 15 de noviembre de 2000, la funcionaria declaró abierta la instrucción, ordenó la práctica de pruebas y dispuso la vinculación del patrullero Ramón de Jesús Espinosa Romero a través de indagatoria, la cual fue evacuada el 11 de diciembre de ese año.

4. El 9 de enero de 2002, la Fiscal resolvió la situación jurídica del sindicado absteniéndose de afectarlo con medida de aseguramiento por no concurrir los requisitos sustanciales requeridos para su imposición, y en la misma providencia, precluyó la investigación en su contra por no existir “pruebas que nos indiquen que sea el autor del hecho aquí investigado y toda duda debe ser resuelta a favor del procesado...”. Contra este pronunciamiento no se interpuso recurso alguno.

5. Por estos mismos hechos se inició paralelamente proceso disciplinario contra el patrullero Espinosa Romero por parte de la Comisión Nacional de la Policía. El Comisionado para la Región del Caribe, al enterarse de la resolución del 9 de enero de 2002 proferida por la Fiscal 22 Seccional de El Carmen de Bolívar e inconforme con su decisión, dispuso compulsar copias de la actuación con destino a la Fiscalía General de la Nación con el fin de que se investigara penalmente su conducta.

6. La Fiscalía Quinta Delegada ante el Tribunal Superior de Cartagena asumió el conocimiento de esta investigación y mediante resolución del 30 de octubre de 2002 abrió el instructivo, ordenó pruebas y el 21 de enero de 2010 escuchó en indagatoria a la doctora Dayra Margarita Vargas Arnedo.

7. El 22 de agosto de 2003, le definió la situación jurídica, imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de prevaricato por acción, decisión que fue revocada el 20 de octubre de ese año por la Unidad de Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia, que dispuso su libertad inmediata. El 9 de diciembre de 2003 la Fiscalía declaró cerrada la investigación y el 30 de abril de 2004 la calificó con

resolución de acusación en su contra por el delito en mención.

LA ACUSACIÓN.

Estimó que los elementos probatorios recaudados en la investigación que se adelantaba contra el patrullero Espinosa Romero resultaban sustancialmente aptos para cobijarlo con medida de aseguramiento, puesto que además del testimonio de la denunciante, quien afirmó haber encontrado a su hija en compañía del patrullero en la habitación del hotel donde éste se hospedaba, se contaba con el testimonio del recepcionista del hotel, quien corroboraba su dicho, y el dictamen de medicina legal que informaba que la menor había tenido relaciones sexuales recientes.

Si bien la menor se había negado a prestar su declaración dentro de la investigación, ello de por sí no menguaba el contenido de las demás pruebas practicadas. Y si la Fiscal tenía dudas sobre los hechos, lo correcto era continuar la investigación con el fin de reunir los elementos de juicio necesarios para esclarecer lo sucedido.

Consideró, por lo tanto, que la decisión de abstenerse de imponer medida de aseguramiento contra el patrullero era manifiestamente contraria a la ley, como también lo era la de precluir la investigación, por cuanto no estaba demostrado que concurriera alguno de los presupuestos previstos en el artículo 39 del C.P.P para la adopción de tal determinación.

La acusación fue apelada por la defensa y confirmada el 14 de julio de 2004 por la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Superior de Cartagena concluyó que se reunían las exigencias para condenar por las siguientes razones:

- (i). La funcionaria realizó el tipo penal de prevaricato por acción en sus componentes objetivo y subjetivo. En relación al primero, consideró acreditada la calidad de servidora pública de la procesada, su competencia funcional para proferir las decisiones cuestionadas y el carácter ilegal de las mismas. En cuanto al segundo, estimó que su actuar era imputable a título de dolo.
- (ii). Los presupuestos sustanciales requeridos por el artículo 356 de la Ley 600 de 2000 para dictar medida de aseguramiento en contra del patrullero Ramón de Jesús Espinosa Romero concurrían a cabalidad, como quiera que existían pluralidad de indicios graves (de presencia, de participación en el delito, de actitud sospechosa y mala justificación), que comprometían su responsabilidad en los hechos.
- (iii). Resulta extraño que la procesada optara por abstenerse de imponer medida de aseguramiento, arguyendo la falta de acopio de la declaración de la menor.
- (iv). La Fiscal omitió valorar en conjunto los medios de prueba frente a las reglas de la sana crítica, creando, por vía de invención, una nueva causal de preclusión de la investigación, consistente en la duda sobre la participación del sindicado en el delito investigado.
- (v). Precluyó la investigación sin estar plenamente demostrada la ausencia de responsabilidad del encartado y optó por marginarse de la ley anteponiendo su voluntad y capricho al querer del legislador.

DE LA APELACIÓN.

La defensa ataca el fallo por tres motivos: primero, prescripción de la acción penal; segundo, nulidad por la existencia de una irregularidad que afecta el debido proceso; y tercero, atipicidad de la conducta.

(i). En relación con la prescripción, indicó que el 30 de abril de 2004 fue proferida la resolución de acusación en contra de la doctora Vargas Arnedo, la cual fue confirmada el 14 de julio del mismo año y que la sentencia condenatoria fue emitida el 18 de diciembre de 2009.

Que de conformidad con el artículo 83 de Código Penal el término prescriptivo del delito de prevaricato por acción cometido antes de la entrada en vigencia de la ley 890 de 2004, es de 8 años, aumentado en una tercera parte por tratarse de servidor público en ejercicio de sus funciones, lo cual arroja 128 meses (10 años y 8 meses).

Como el término prescriptivo fue interrumpido, se inicia una nueva cuenta, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 86 de Estatuto Penal, es decir, por la mitad del término ordinario de prescripción, que para el presente evento sería de 64 meses (5 años y 4 meses), los cuales se cumplieron el 14 de noviembre de 2009.

Afirma que la interpretación dada por la jurisprudencia de la Corte, en el sentido de que el término de prescripción de las conductas cometidas por los servidores públicos jamás podrá ser inferior a 6 años y 8 meses, no es correcta, “se acerca a la creación de una nueva ley, potestad vedada a nuestro máximo tribunal en lo penal que exclusivamente tiene funciones jurisdiccionales”.

“Y ello no puede ser así, porque cada conducta punible que pueda ser cometida por un servidor público, tiene un término prescriptivo independiente, distinto, autónomo a otra suerte de conductas punibles”.

Si el legislador hubiera querido que los delitos cometidos por servidores públicos en ejercicio de sus funciones tuvieran un mínimo común, así lo habría estipulado en una norma de forma explícita y taxativa.

De existir duda en la forma de interpretación de normas que regulan el término

prescriptivo, tendría que aplicarse la más favorable a los intereses del procesado, por mandato del Código de Procedimiento Penal, la [Constitución Política](#) y los tratados de derechos humanos.

(ii). En lo que atañe a la nulidad, sostiene que para la fecha en que la procesada emitió la resolución que se tilda de prevaricadora (9 de enero de 2002), lo hizo en condición de Fiscal 22 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de El Carmen de Bolívar, y que la investigación y parte del juicio seguido en su contra se adelantó mientras desempeñaba ese cargo.

Pero hallándose el proceso al despacho del Magistrado ponente para emitir el fallo, fue nombrada Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de Barranquilla y tomó posesión del cargo “bajo la creencia de que el Honorable Tribunal Superior de Cartagena había sido enterado formalmente de su nueva investidura pero, examinado detenidamente el plenario, no hay constancia de que se hubiera informado de tal novedad. Sin embargo, por distintas circunstancias, mi prohijada tiene la consciencia de que su nuevo cargo era del pleno conocimiento de los magistrados integrantes de este Tribunal, esto es, un hecho notorio.”

A renglón seguido sostuvo: “Como puede verse, la doctora VARGAS ARNEDO a partir de su nombramiento como Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial, tenía el privilegio de que su caso lo asumiera directamente la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia. Entiende el suscrito apoderado que este privilegio es personal, a diferencia –por ejemplo- de los congresistas cuyo fuero es funcional. Esto es, la Honorable Corte Suprema de Justicia perdería competencia en el evento que mi prohijada dejara de ostentar la calidad de Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial.”

En aras de la protección del debido proceso y garantizar el principio del juez natural, es necesario declarar la nulidad de todas las actuaciones evacuadas por la Sala Penal del

Tribunal Superior de Cartagena con posterioridad al momento en que la doctora Vargas Arnedo se posesionó como Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla, incluida la sentencia del 18 de diciembre de 2009, que es objeto del presente recurso de apelación.

(iii). En la última censura, señala que si bien la decisión del 9 de enero de 2002 no es la más afortunada en materia de valoración de la prueba e interpretación de la ley procesal, también es cierto que no es contraria a la ley, tal y como lo concluyó el Tribunal.

Hace hincapié en que fue la Fiscal quien tuvo contacto directo con los sujetos procesales, valoró sus reacciones y llegó a una conclusión, y no el Tribunal Superior de Cartagena, pues el juez colegiado concurrió con posterioridad a la fecha de los hechos y no conoció de primera mano lo declarado por las partes y los testigos.

“El importante principio de inmediación de la prueba, conlleva que no es lo mismo ver, conocer, escrutar y valorar el dicho de sindicados y testigos, teniéndolos al frente, de primera mano, viendo sus reacciones (como lo hizo mi prohijada); que leer sus manifestaciones en un papel (como lo hicimos el Tribunal, el suscrito, y lo hará la Corte).”

La resolución del 9 de enero de 2002, que compromete a la procesada, pudo ser apresurada o equivocada, pero de ninguna forma afectó el bien jurídicamente tutelado de (La Administración Pública), porque no hizo sino ratificar lo percibido personalmente por la Fiscal Vargas Arnedo en el sentido de que la menor de 14 años aparentaba más edad y que no había prueba que demostrara la concurrencia de relaciones sexuales.

No es dable acreditar la existencia del dolo en la actuación de la encartada, simple y llanamente porque actuó bajo la premisa de la buena fe y por el deseo de cumplir bien y fielmente con los deberes propios de su cargo.

Las explicaciones suministradas por la procesada en su indagatoria y en audiencia pública evidencian que lejos de ella estuvo una conducta mal intencionada o dolosa, pues no existe huella ni rastro que demuestre que obró con la conciencia culpable de contrariar el derecho. Por lo que causa extrañeza que el Tribunal haya fundado el dolo en un supuesto “capricho” de la acusada. Y agrega:

“Por lo tanto, si por alguna razón se pretendía castigar esta conducta, en gracia de discusión, lo máximo que podría imputársele a mi prohijada es una falta disciplinaria, pero jamás una conducta delictiva.”

No hay un testimonio, un documento, ni siquiera el más mínimo indicio, que demuestre que la doctora Vargas Arnedo pretendía con su conducta recorrer la descripción típica del delito de prevaricato por acción; la decisión por equivocada o controvertida que pudiera ser se tomó bajo el imperio de la buena fe y con el convencimiento de estar obrando dentro de marco de sus responsabilidades.

Solicitó, por tanto, sin perjuicio de cesar el procedimiento por prescripción de la acción penal y de la posible declaratoria de nulidad, revocar el fallo impugnado y en su lugar absolver a la doctora Dayra Margarita Vargas Arnedo por el delito de prevaricato por acción.

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en primera instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, de acuerdo con lo establecido en el artículo 75.3 de la ley 600 de 2000, estatuto procesal bajo el cual se viene tramitando el asunto. Por tanto, procederá a ello, dentro del marco material de competencia que le fija el tema de la impugnación artículo 204

del Código de Procedimiento Penal.

2. Temas de la impugnación.

Son tres los cuestionamientos que el defensor plantea contra el fallo de primer grado: Primero, prescripción de la acción penal. Segundo, nulidad por incompetencia. Y tercero, atipicidad de la conducta. Por separado se analizará cada uno de estos aspectos:

2.1. Prescripción de la acción penal.

Para el defensor, la acción penal se encuentra prescrita, por haber transcurrido más de 5 años y 4 meses (64 meses) desde la ejecutoria de la resolución de acusación, que acaeció el 14 de julio de 2004.

En consecuencia, solicita su declaración y la cesación de todo procedimiento a favor de la doctora Dayra Margarita Vargas Arnedo.

Esta pretensión es infundada. La consolidación del fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal debe emerger de manera diáfana de los hechos y pruebas conocidos, estudiados, controvertidos y valorados en las instancias judiciales, y no, de la inconformidad o desacuerdo del recurrente por la línea jurisprudencial vigente de la Corte con relación a esa figura jurídica, como acontece en el presente caso.

La defensa, animada por un interés personal explicable, sostiene que el delito de prevaricato por acción prescribe en 5 años y 4 meses en la etapa de juicio, postura que, no coincide con la línea jurisprudencial vigente de la Corte (20.673 del 25 de agosto de 2004), que tiene establecido que el término de prescripción de las conductas cometidas por los servidores públicos jamás podrá ser inferior de 6 años y 8 meses.

Al efecto, conviene recordar lo afirmado sobre el incremento de la tercera parte del término de prescripción para los delitos cometidos por servidores públicos en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos¹:

“1. La evolución jurisprudencial sobre el incremento de la tercera parte por la calidad del sujeto activo

1.1. En relación con el término de prescripción de la acción penal cuando la conducta punible ha sido cometida por un servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos, el legislador, tanto el de 1980 como el de 2000, previó aumento en una tercera parte.

La manera de contabilizar ese incremento, habida cuenta que el término de prescripción se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación, no ha sido un tema pacífico en la jurisprudencia de la Corte.

– En vigencia del Código Penal de 1980 sostuvo que ese aumento debía aplicarse tanto en la fase instructiva como en la del juicio, por lo que operaba en forma autónoma, es decir, una vez interrumpido el término con la ejecutoria de la resolución de acusación, en el juicio volvía a contabilizarse dicho lapso reducido a la mitad más la tercera parte.

Así, en la sentencia de revisión del 23 de septiembre de 1998 la Sala dijo:

“El delito por el cual fueron juzgados y condenados los accionantes es el de peculado por uso previsto en el artículo 134 del Código Penal, y cuya pena privativa de la libertad es de uno (1) a cuatro (4) años de prisión.

En esas condiciones, de acuerdo con los artículos 80 y 82 ibídem, el término de prescripción de la acción desde la comisión del hecho hasta la ejecutoria de la calificación del sumario es de cinco (5) años, aumentado en una tercera parte por haber sido cometido

dentro del país por servidores públicos en ejercicio de sus funciones, lo cual da un total de seis (6) años ocho (8) meses.

2. Ejecutoriada la resolución de acusación el término empieza a correr nuevamente, pero según lo dispuesto en el artículo 84 ibídem, “por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80”, sin que pueda ser inferior a cinco años.

Desde luego, cuando el delito fuere cometido dentro del país por servidor público en ejercicio de sus funciones, el término previsto en el artículo 80 se tiene que incrementar en una tercera parte, como lo ordena el artículo 82, y para el caso que nos ocupa, el tiempo es de seis (6) años ocho (8) meses.

Dicho de otra manera, el artículo 80 señala que la prescripción de la acción se presenta en un tiempo igual al máximo de la señalada en la ley si fuere privativa de la libertad, teniendo en cuenta las circunstancias de agravación y atenuación concurrentes, nunca inferior a cinco (5) años ni superior a veinte(20). Esta norma es complementada por los artículos 81 y 82, en el primero en el sentido de aumentar el término de prescripción en la mitad cuando el delito se hubiere iniciado o consumado en el exterior, y en el segundo, el incremento es de una tercera parte cuando el delito fuere cometido dentro del país por servidor público en ejercicio de sus funciones. Esto obliga a entender que cuando el artículo 84 se refiere a la mitad del término previsto en el artículo 80, dejando el mismo mínimo, significa que su lectura hay que hacerla con las normas que lo complementan, pues es ilógico que la distinción sea solamente para el sumario y se deseche en el juicio, cuando las razones de dificultad que ameritan que el Estado tenga un tiempo mayor para investigar y juzgar esa clase de hechos siguen siendo las mismas.

Aún más, el término de prescripción para un delito iniciado o consumado en el exterior, o cometido dentro del país por un servidor público en ejercicio de sus funciones o de su cargo, o con ocasión de ellos, no lo fija el artículo 80, situación que llevaría a decir que la

disminución de que trata el artículo 84 no se aplica a esos casos, pues en realidad para ellos el término de prescripción de la acción está dado por la integración de los artículos 80 y 81, y 80 y 82. Como el artículo 84 es posterior, se entiende que se aplica a los eventos anteriores, pero siempre y cuando su lectura sea completa.

Este es el criterio adoptado por la Corte de tiempo atrás, inicialmente en forma unánime, después con un salvamento de voto, repetido en numerosas decisiones, entre ellas las de mayo 2 y septiembre 5 de 1990, M. P. GUILLERMO DUQUE RUIZ; abril 28 de 1992, M. P. JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA; diciembre 6 de 1995, M. P. RICARDO CALVETE RANGEL; y 28 de agosto de 1997, M. P. CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE.”

- Con la promulgación de la Ley 599 de 2000 recogió esa postura y consideró que, conforme a los artículos 83 y 86, producida la interrupción de la acción penal por virtud de la resolución de acusación, el nuevo término debía hacer referencia al genérico del inciso 1º del artículo 83. Por manera que el incremento previsto en esa normativa quedaba reservado de manera exclusiva para la etapa instructiva, es decir, sólo operaba una sola vez, y el término de prescripción en el juicio quedaba reducido a la mitad de aquél. Bajo esa tesis era factible que la acción penal en juicio prescribiera, para los servidores públicos, mínimo en cinco años.

Así, en el auto del 7 de diciembre de 20013 afirmó:

“El nuevo ordenamiento penal (Ley 599 de 2000) introdujo un cambio sustancial en cuanto a la manera de calcular el lapso de prescripción de la acción penal en la etapa de juzgamiento, cuando se trata de delitos cometidos dentro del país, por un servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos, según lo ha considerado mayoritariamente la Sala.⁴

En efecto, la interpretación sistemática de los artículos 80, 82 y 84 del Código Penal derogado (Decreto 100 de 1980) y 83 y 86 del vigente (Ley 599 de 2000), llevan a

las siguientes conclusiones:

1. En ambos, el aumento de la tercera parte se aplica de manera autónoma tanto en el sumario como en el juicio.
2. En los dos, interrumpido el término prescriptivo de la acción penal, con la ejecutoria de la resolución de acusación o su equivalente, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del máximo señalado en la ley (artículos 80 del C. Penal derogado y 86 del actual).
3. En ambos estatutos el lapso prescriptivo no puede ser inferior a cinco (5) años (artículos 80 y 83, respectivamente).
4. En el Decreto 100 de 1980 para calcular el término de prescripción en la etapa de juzgamiento, primero se dividía por dos el máximo de la pena privativa de la libertad previsto en la ley y luego se aumentaba la tercera parte, lo que significaba que si, por ejemplo, ese máximo era de ocho años, se dividía por dos, lo que daba cuatro. Como el resultado era inferior a cinco (5) años, menor al exigido en la ley, entonces se aumentaba a ese guarismo, esto es, a cinco (5) años, y a estos se les incrementaba la tercera parte, lo que daba seis (6) años y ocho (8) meses.

Este método de contabilización traía como consecuencia que cuando se trataba de delitos cometidos dentro del país por servidores públicos en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos, el lapso de prescripción de la acción penal en el juicio, nunca podía ser inferior a seis (6) y ocho (8) meses.

En el nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), al tenor de los incisos 1° y 5° del artículo 83, al máximo de pena privativa de la libertad previsto en la ley, primero se le suma la tercera parte y luego sí se divide por dos.

En el ejemplo, partiendo de un máximo de ocho años (96 meses), se aumentará una tercera parte, lo que nos dará 128 meses que al dividirse por dos, dará un guarismo de 64 meses, esto es, cinco (5) años y cuatro (4) meses.

Como se observa, este segundo procedimiento de cálculo es más favorable al procesado, por lo que se deberá aplicar.”

- Ese método fue recogido por la Sala el 25 de agosto de 2004, que en sentencia de casación de esa fecha⁵ regresó a la mecánica inicial para sostener que, en instrucción, al límite máximo previsto para el delito se le aumenta una tercera parte; y, en juicio, ese resultado se divide por dos, subtotal que, de resultar inferior a 5 años, se aproxima a estos, aplicando de nuevo el aumento de la tercera parte. Por consiguiente, el lapso mínimo de prescripción de la acción penal ocurrirá en 6 años y 8 meses, tanto en la etapa instructiva como en la de juzgamiento.

Sostuvo la Corte en esa providencia:

“Después de estudiar el estado de la cuestión, es preciso hacer varias declaraciones en cuanto tiene que ver con la prescripción de la acción penal por delitos cometidos por servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos⁶, asertos que se fundamentan con los argumentos que más adelante se construye:

(...)

3.1 Los artículos 83 y 86 del Código Penal reglamentan de manera diferente y autónoma la prescripción de la acción penal cuando ocurre en la etapa de instrucción (antes de la ejecutoria de la resolución de acusación), y cuando acaece en la etapa del juicio (después de ejecutoriada la resolución de acusación).

3.2 Con fundamento constitucional y por razones de política criminal, los artículos 83

y 86 del Código de Procedimiento Penal reglamentan de manera diferente y autónoma la prescripción de la acción penal cuando el delito es cometido por un particular, y cuando el delito es cometido por un servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos.

3.3 En ningún caso la acción penal por el delito cometido por un particular prescribe en un término inferior a cinco (5) años, sea que el fenómeno ocurra en la etapa de instrucción o en la etapa del juzgamiento.

La tesis anterior dimana sencillamente de los artículos 83 y 86 del Código Penal, pues su texto estipula que en las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad la acción penal prescribirá en cinco (5) años; y que si la pena de prisión es inferior a cinco (5) años, para efectos de la prescripción se extenderá a ese término.

3.4 En ningún caso la acción penal por el delito donde sea autor, partícipe o interviniente un servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos prescribe en un término inferior a seis (6) años y ocho (8) meses, sea que la prescripción se presente antes de ejecutoriarse la resolución acusatoria (en la instrucción), o sea que la prescripción se produzca después de quedar en firme la acusación (en la etapa del juzgamiento).

Lo anterior, se aplica en todos los casos, aunque el delito sea sancionado con pena no privativa de la libertad, y aunque la pena máxima de prisión del delito concreto -si la tiene- sea inferior a cinco (5) años.

El último aserto se fundamenta articulando de manera equilibrada y reflexiva los criterios de hermenéutica antes mencionados, que generalmente apoyan la tarea del intérprete de cara al correcto entendimiento de las normas jurídicas. Los siguientes son los argumentos:

3.4.1 El criterio exegético o gramatical. Esta herramienta de apoyo al intérprete, aisladamente considerada, frente a la problemática tratada es insuficiente para sostener la anterior, o una tesis diferente como exclusiva.

De la redacción de los artículos 83 y 86 del Código Penal podrían inferirse al mismo tiempo dos métodos para calcular la prescripción después de ejecutoriada la resolución de acusación para los delitos del servidor público, que llevan a diferentes soluciones y que son irreconciliables entre sí:

a) que al máximo de la pena se le aumente la tercera parte, que ese guarismo se divida entre dos; y ese resultado sería el término de prescripción, que se aproximaría a cinco (5) años, si fuere inferior. Con éste método la prescripción para el delito del servidor público podría ocurrir en el lapso mínimo de cinco (5) años.

b) que el máximo de la pena se divida entre dos, que ese resultado se aproxime a cinco (5) años si fuere menor, y que luego de esa operación se realice el incremento de la tercera parte a que se refiere el artículo 83. Con el segundo método la prescripción para el delito del servidor público nunca ocurriría antes de seis (6) años más ocho (8) meses.

Se observa que las palabras de la ley, aisladamente consideradas, no tienen la claridad necesaria para dilucidar la cuestión, como lo prueba la dispar jurisprudencia antes referida por vía de ejemplo. Y no se trata de un tópico que involucre la favorabilidad que debiera beneficiar al reo, puesto que no se presenta un problema originado en la sucesión de leyes.

3.4.2 El criterio histórico. Auscultando los antecedentes del Código Penal de hoy (Ley 599 de 2000), se infiere que la intención del legislador, plasmada en las normas, era mantener invariable el método para el cálculo de la prescripción, respecto de las reglas que se aplicaban en vigencia del Código Penal anterior.

Fue tan manifiesto ese propósito del legislador, que en la exposición de motivos del nuevo régimen, publicada en la Gaceta del Congreso No. 189 del 6 de agosto de 1998, escuetamente se expresó:

“Se mantienen las reglas actuales sobre prescripción de la acción.”

Las “reglas actuales” que se quiso preservar son las contenidas en el Código Penal de 1980. En especial, en cuanto aquí interesa, era claro que en firme la resolución de acusación comenzaba a correr de nuevo el lapso para la prescripción por la mitad del máximo de la pena indicada para el respectivo delito; y si el resultado era inferior se aproximaba a los cinco años. Pero tratándose de los delitos cometidos por servidores públicos, el incremento de la tercera parte debía sumarse a esa mitad.

Por manera que si al calcular el tiempo de la prescripción en la etapa de la causa se encontraba que la mitad del máximo de la pena era inferior a cinco años, se aproximaba a esa cifra, y los cinco años se incrementaban en la tercera parte, con lo cual, bajo la égida del Código Penal de 1980, la prescripción para la acción penal del delito cometido por servidor público nunca -ni en instrucción ni en el juicio- era inferior a seis (6) años más ocho (8) meses.

Como se vio, fue propósito del legislador del año 2000 que esa regla siguiera vigente, y así se constata en los antecedentes del Código de Penal que hoy rige.

3.4.3 El criterio lógico. Siguiendo el sendero acometido se arriba a la necesidad de interpretar los diferentes incisos de los artículos 83 y 86 del Código Penal de manera que su conjunto produzcan el resultado coherente con lo pretendido por el legislador, es decir, mantener invariables las reglas de la prescripción que se venían aplicando bajo la égida del Código Penal de 1980.

El inciso primero del artículo 83 estipula que “la acción penal prescribirá en un tiempo

igual al máximo de la pena fijada en la ley” y que en ningún caso será inferior a cinco (5) años.

De otra parte, el inciso quinto de la misma norma prevé el aumento de la tercera parte al término de prescripción para la acción penal de delitos cometidos por servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o por razón de ellos.

No es difícil deducir que en ningún caso el legislador admite una prescripción inferior a cinco (5) años, y que en tratándose del servidor público que ha delinquido funcionalmente, ese mínimo de cinco (5) años debe aumentarse en la tercer parte, si el fenómeno se presenta en la etapa de instrucción, por lo cual, para el sujeto activo calificado la prescripción nunca se produce antes de que transcurran seis (6) años más ocho (8) meses desde la comisión de la conducta punible, sin importar la clase de pena con que se sancione.

Ahora bien, el artículo 86 señala que producida la interrupción del término prescriptivo con la ejecutoria de la resolución acusatoria, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83; y agrega “en este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años ni mayor a diez (10).”

Nótese que la remisión que hace el artículo 86 va dirigida al “término prescriptivo” indicado en el artículo 83, esto es, en el caso de los particulares, al termino referido en el inciso primero de ese artículo, que es el que establece la regla general: “La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años”.

Y en el caso de los servidores públicos, la remisión que hace el artículo 86, va dirigida al “término de prescripción” que contiene el inciso quinto del artículo 83, en cuanto dice que al “servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de

prescripción se aumentará en una tercera parte” (Se destaca). En otras palabras, el aumento de la tercera parte no se predica del máximo de la pena, ni podría hacerse, por supuesto, de esa manera porque nada autoriza a modificar la pena; sino que el aumento de la tercera parte siempre se predica del término de prescripción.

De ese modo, en caso de los particulares, para calcular la prescripción en la etapa del juzgamiento, se divide la pena máxima entre dos, y el resultado será el plazo para la prescripción siempre que sea mayor o igual a cinco (5) años; pues si es inferior, se incrementa hasta los cinco años.

Ahora, en el caso de los servidores públicos se habilita la regla que opera por igual tanto en instrucción como en el juzgamiento, según la cual el término de prescripción se aumenta en una tercera parte; por lo cual si efectuada la operación inicial (dividir la pena máxima entre dos) el resultado supera los cinco años, a esa cifra se aumenta la tercera parte y se obtiene así el tiempo de prescripción; y si el resultado de la operación inicial es inferior a cinco años, se prolonga hasta ese lapso y a continuación se incrementa en la tercera parte, con lo cual, para el servidor público que realiza un delito en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos, la prescripción mínima después de ejecutoriada la resolución acusatoria en ningún caso será inferior a seis (6) años y ocho (8) meses.

3.4.4 El criterio teleológico. Como antes se indicó, la reglamentación legal de la prescripción de la acción penal cuando el delito es cometido por servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellas, obedece a principios constitucionales y a razones de política criminal enraizadas en la lucha contra la corrupción, que propenden por derivar consecuencias más graves -desde diversos puntos de vista- para aquellos, en comparación con la reacción que corresponde a la delincuencia de ciudadanos particulares.

La manera de contar el término de prescripción de la acción penal refleja una de aquellas diferencias, lo cual genera como resultado que el término mínimo para que ese fenómeno sea reconocido no puede coincidir para uno y otro (particular y servidor público), indistintamente que se esté en la etapa de la instrucción o en la fase del juzgamiento.

Para la doctrina constitucional, la prescripción de la acción penal es una institución de orden público en virtud de la cual el Estado cesa su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la respectiva ley. En su doble connotación, dicho fenómeno se erige en garantía constitucional a favor del procesado, en cuanto a todo ciudadano le asiste el derecho de que se le aclare su situación jurídica, como quiera que no puede quedar sujeto indefinidamente a la imputación que se ha hecho en su contra. Y para el Estado, se trata de una sanción frente a su inactividad.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-345 del 2 de agosto de 1995, al pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo 82 del Código Penal anterior (Decreto 100 de 1980), cuyas reflexiones continúan vigentes debido a la reproducción que en lo esencial se hizo de sus preceptivas en el actual artículo 83 de la Ley 599 de 2000, expresó que en el evento delictivo atribuido al servidor público se justifica la mayor punibilidad porque, además de propiciarse la vulneración de determinado bien jurídico tutelado, se lesionan los valores de la credibilidad y de la confianza públicas; y ese aumento en la sanción “responde a la necesidad de proteger más eficazmente a la sociedad del efecto corrosivo y demoledor que la delincuencia oficial tiene sobre la legitimidad de las instituciones públicas.”

Del mismo modo, en torno al incremento del término prescriptivo de la acción penal en los delitos cometidos por servidores públicos, dijo la citada Corporación que la mayor punibilidad señalada para tales ilicitudes conlleva “automáticamente” el aumento de dicho lapso; y acotó:

(...)

Entonces, el cabal entendimiento de las reglas de la prescripción debe realizarse articulando de manera razonada el texto legal con los fines que el constituyente y el legislador se han propuesto, de suerte que los motivos de política criminal que justifican el incremento del término prescriptivo de la acción penal cuando en la ejecución de la conducta delictiva interviene funcionalmente un servidor público, no resulten vanas pretensiones de contenido retórico.

Lo anterior permite inferir que si al servidor público que delinque en ejercicio de sus funciones o de su cargo, o con ocasión de ellos, se le sanciona con mayor severidad en atención a los motivos atrás expuestos, ese tratamiento más drástico repercute en la ampliación proporcional del término con el que el Estado cuenta para perseguir esta clase de delitos, habida consideración de la “posición privilegiada” de la que goza, dificultándose a menudo la investigación y el juzgamiento.

Para ahondar en el fundamento constitucional de ese trato diferencial, cabe recordar que en virtud del artículo 120 de la Carta, sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado intemporalmente para el desempeño de funciones públicas. Para los particulares, en cambio, la interdicción en el ejercicio de la función pública tiene límites legalmente establecidos.

3.4.5 La visión pragmática y las consecuencias: Sin duda, la comprensión del asunto como se viene sosteniendo responde a los cometidos político jurídicos del Estado colombiano, pues recuerda al servidor público que la administración de justicia dispone de un tiempo mayor para investigarlo y juzgarlo, si delinque, en comparación del lapso disponible frente a la delincuencia particular. De lo contrario, de admitirse que en algunos eventos la prescripción para el servidor público que se involucra en conductas

punibles podría ocurrir en sólo cinco (5) años o en un lapso menor, transmitiría un mensaje políticocriminalmente indeseable, que conspira contra la integridad de la función pública y desdibuja la lucha estatal contra la corrupción, si llegase a creerse -erradamente- que es indiferente mancillar delictivamente dicha función, que vulnerar otra especie de bienes jurídicos.

En síntesis, recapitulando, la Sala de Casación Penal recoge las diversas posturas vertidas en autos y sentencias a partir de la entrada en vigencia del Código Penal, Ley 599 de 2007, y en su lugar sostiene que en la sistemática jurídica colombiana si un servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realiza una conducta punible, la prescripción de la acción penal ocurrirá en un tiempo no menor de seis (6) años y ocho (8) meses, bien que el fenómeno ocurra en la etapa de instrucción (antes de quedar ejecutoriada la resolución de acusación), bien que acaezca en la fase del juzgamiento (después de alcanzar firmeza la resolución acusatoria); no importando que el delito se sancione con pena no privativa de la libertad, o que la pena máxima de prisión -si la hubiere- fuere inferior a cinco años.”

1.2. De lo expuesto puede colegirse lo siguiente:

a) Hasta el 6 de diciembre de 2001 la Sala consideró que el aumento del lapso prescriptivo para el delito cometido por servidor público en el ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos operaba tanto en instrucción como en el juicio de manera autónoma.

b) Desde el 7 de diciembre de 2001 hasta el 24 de agosto de 2004 cambió de postura para sostener que el aumento de la tercera parte operaba una sola vez, en la fase de instrucción, y en el juzgamiento simplemente aquel tope se dividía en dos.

c) A partir del 25 de agosto de 2004 varió su jurisprudencia y retornó a la tesis inicial, es decir, en instrucción, al límite máximo previsto para el delito se le aumenta una tercera

parte, y en la causa ese resultado se divide por dos, subtotal que, de ser inferior a 5 años, se aproxima a estos, aplicando de nuevo el aumento de la tercera parte.”

El defensor pretende que la Corte aplique a favor de su prohijada la tesis que fue reemplazada el 25 de agosto de 2004, en la cual se decía que el incremento previsto en el inciso 1° del artículo 83 del Código Penal de 2000 quedaba reservado de manera exclusiva para la etapa instructiva, es decir, que sólo operaba una sola vez, y que el término de prescripción en el juicio quedaba reducido a la mitad de aquél.

Esta pretensión es inaceptable porque, como ya se dejó visto, la Corte redefinió su doctrina en torno a este aspecto, para indicar que el incremento de la tercera parte debía hacerse sobre el término prescriptivo ordinario, y que éste en ningún caso podría ser inferior a cinco (5) años. Es por ello que, la acción penal en el presente caso aún no ha prescrito, porque los 6 años y 8 meses, contados a partir del 14 de julio de 2004, fecha de ejecutoria de la resolución de acusación, se cumplen el 14 de marzo de 2011.

2.2. Nulidad por incompetencia.

La Sala tiene dicho que el fuero es una garantía que establece la Constitución o la ley en favor de determinadas personas, que por razón del cargo o de la función que desempeñan sólo pueden ser investigadas y juzgadas por los funcionarios a quienes especialmente se les asigna la competencia.

Son por tanto, el cargo, la investidura o las funciones discernidas, los factores que determinan la aplicación del fuero y la autoridad competente para conocer del asunto, independientemente de la persona individualmente considerada.

La Corte ha sostenido que en materia penal existen dos clases de fuero. Uno personal o constitucional y otro legal. El primero, que remite a la prerrogativa de que los altos funcionarios del Estado sean juzgados por la más alta instancia ordinaria en el ámbito

penal, vale decir, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia; y el segundo, referido no a la condición de servidor público, o mejor, alta dignidad de que ésta investida la persona, sino al tipo de función que ella desarrolla, a cuyo efecto es siempre necesario delimitar cuál es el tipo de delito ejecutado y, en concreto, si este deviene o no consecuencia del cargo o la función.

El numeral 2° del artículo 76 de la Ley 600 de 2000 otorga a las Salas Penales de Decisión de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial de manera exclusiva y excluyente, el juzgamiento, entre otros funcionarios, de los Fiscales Delegados ante los Jueces Penales del Circuito, por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas.

Del contenido de esta norma se desprende que los fiscales delegados ante los jueces tienen fuero legal, puesto que los delitos que comentan en ejercicio de sus funciones deben ser investigados y juzgados por autoridades distintas de aquellas que de ordinario deben conocer de los mismos por la naturaleza del hecho o por el factor territorial.

Este ha sido y sigue siendo el criterio de la Corte en torno al punto:

“Tal fuero, sin embargo, dista de ser personal o referente a la investidura, pues ni se extiende a la totalidad del tiempo en que el fiscal se desempeña como tal, ni cubre toda clase de infracciones, sino tan solo aquellas que se cometan dentro de su ejercicio funcional o por razón del mismo, lo excluye no solamente los llamados delitos comunes, sino aún los de responsabilidad que se cometan con el solo abuso del cargo, lo que parece indicar que esta competencia especial refiere, a aquella responsabilidad adicional que la [Constitución Política](#) adjudica en su artículo 6. a los servidores públicos, que a diferencia de los particulares, no solo se deriva de la simple infracción a la constitución y a la ley, sino además “por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”⁸

La tesis del recurrente, consiste en que el nombramiento de la procesada como Fiscal

Delegada ante el Tribunal Superior de Barraquilla le otorgaba el privilegio a ser juzgada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, no tiene fundamento, porque, una lectura desprevenida del numeral 2° del artículo 76 del estatuto procesal penal conduce a concluir que el fuero que ampara a esta clase de funcionarios es legal y que era la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena la competente para asumir su juzgamiento.

Recapitulando se pueden hacer, para concluir, las siguientes precisiones: (i) que la procesada no ostenta la alta dignidad en el cargo que faculta aplicar en su favor el tipo de fuero personal o constitucional arriba reseñado; (ii) que cuando cometió el delito que se le imputa fungía como Fiscal Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de El Carmen de Bolívar (Bol), (iii) que lo hizo en ejercicio de sus funciones, (iv) que el fuero que la cobija es legal; y (v) que su nombramiento como Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de Barranquilla no es un factor que haga variar la competencia en este caso.

2.3. Atipicidad de la conducta.

Importa recordar inicialmente los hechos que dieron origen a que la acusada profiriera la resolución que se califica de prevaricadora.

“En octubre 27 de 2000 Vilma Rosa Soto Chamorro elevó denuncia ante el C.T.I. de El Carmen de Bolívar (Bolívar) por delito lesivo de la libertad y el pudor sexual del cual fueron presuntamente víctimas su menor hija L.L.S9, y autor el patrullero de la Policía Ramón Espinosa Romero en hechos acaecidos en octubre 25 anterior.

El conocimiento de la denuncia correspondió a la fiscal seccional 22 de ese municipio, doctora Dayra Margarita Vargas Arnedo, quien mediante resolución de noviembre 15 de ese mismo año declaró abierta la instrucción, ordenó la práctica de algunas pruebas y la vinculación mediante injuriada del sindicado, llevada a cabo en

diciembre 11 de 2000.

Posteriormente, en resolución fechada enero 9 de 2002 la fiscal antes nombrada resolvió la situación jurídica de Espinosa Romero por el presunto delito de ´actos sexuales con menor de catorce años`, decisión mediante la cual, a la par que se abstuvo de afectarlo con medida de aseguramiento por estimar que no concurrían los requisitos sustanciales para ese efecto, precluyó la investigación con el argumento de que no existían ´pruebas que nos indique que sea el autor del hecho aquí investigado y toda duda debe ser resuelta a favor del procesado...`.” 10

La actualización del tipo penal objetivo de prevaricato por acción exige el cumplimiento de las siguientes condiciones: (i) que el sujeto activo sea servidor público, (ii) que haya proferido una resolución, un dictamen o concepto, y (iii) que la resolución, dictamen o concepto proferido contraríen la ley en forma manifiesta.

En el caso analizado el impugnante parte de reconocer que se cumplen los dos primeros presupuestos, más no el tercero, pues aunque admite que las decisiones tomadas no son las más afortunadas en materia de valoración probatoria e interpretación de la ley procesal, considera que no son contrarias a la ley.

La Corte ha dicho que una decisión es manifiestamente contraria a la ley cuando se aparta abierta e inexplicablemente de la prueba o de las normas jurídicas que deben servir de fundamento para su adopción:

“una decisión es contraria a la ley cuando la contradicción entre lo demandado por la ley y lo resuelto sea notoria, grosera o de tal grado ostensible que se muestre de bulto con la sola comparación de la norma que debía aplicarse”.¹¹

“la locución “manifiestamente contraria a la ley” es un elemento normativo del tipo que impone una valoración sobre cuan abierta o evidente es la disonancia entre la actuación y

la ley, porque no basta con la simple contradicción entre una y otra; esa contrariedad debe ser de tal modo palmaria que ponga en evidencia el afán de hacer prevalecer el capricho o el interés particular a toda costa, con desprecio por la ley que se debe aplicar”¹²

La resolución tildada de prevaricadora contiene dos decisiones, (i) la definición de la situación jurídica del indagado, en la que la Fiscal se abstiene de imponer medida de aseguramiento en su contra por carencia de pruebas sobre su responsabilidad en los hechos, y (ii) la preclusión de la investigación por los mismos motivos y porque toda duda debe resolverse a favor del procesado. Véase:

“Atendiendo el material probatorio existente en el expediente, justamente el Dictamen Médico Legal, nos dice que hubo maniobras sexuales en los genitales de la menor y no existiendo ninguna otra versión u otra prueba de ninguna especie, que en verdad nos lleve a la conclusión que efectivamente que el aquí sindicado sea autor responsable penalmente del punible endilgado, como sería actos sexuales abusivos con menor de 14 años, pues la presunta ofendida no dio ninguna versión y el presunto ofensor dijo que no había sucedido nada entre ellos, no hay nada que nos lleve a asegurar o por lo menos nos indique que el sindicado sea autor del punible endilgado, nos abstendremos de dictar la medida de aseguramiento correspondiente, pues no hay suficientes pruebas para dictar en estos momentos tal medida de aseguramiento.

Así las cosas, este Despacho, no encuentra óbice alguno, para abstenerse de proferir MEDIDA DE ASEGURAMIENTO en contra de RAMON DE JESUS ESPINOSA ROMERO, por no reunirse los requisitos del artículo 356 del C.P.P., teniendo en cuenta la carencia de pruebas, pues no se encuentra demostrado que el procesado haya realizado el hecho, aunque se encuentra demostrado que el hecho si existió, lo que no se encuentra demostrado es la responsabilidad del sindicado, pues no es claro a lo relativo a su responsabilidad, porque de igual forma no se escuchó en declaración jurada a la menor.

Así se dispondrá en la parte final de esta Resolución. Precluyase el presente proceso en favor del procesado pues no hay pruebas que nos indique que sea autor del hecho aquí investigado y toda duda debe ser resuelta a favor del procesado, artículos 7 y 399 del C.P.P.” 13

Las normas cuyo desconocimiento se le atribuyen a la funcionaria son el artículo 356 de la Ley 600 de 2000, que establece los presupuestos para imponer medida de aseguramiento, y el artículo 39 ejusdem que señala condiciones para precluir la investigación.

La primera de las normas dice textualmente:

“Solamente se tendrá como medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva.

Se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso.

No procederá la medida de aseguramiento cuando la prueba sea indicativa de que el imputado pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad.”

Y, la segunda disposición reza:

“En cualquier momento de la investigación en que aparezca demostrado que la conducta no ha existido, o que el sindicado no la ha cometido, o que es atípica, o que está demostrada una causal excluyente de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse, el Fiscal General de la Nación o su delegado declarará precluida la investigación penal mediante providencia interlocutoria.

El juez, considerando las mismas causales, declarará la cesación de procedimiento cuando se verifiquen durante la etapa del juicio.”

La Fiscal, al momento de abstenerse de proferir medida de aseguramiento y de precluir la investigación contaba con las siguientes pruebas: (i) denuncia presentada por la madre de la menor y su afirmación de que desesperada por el retardo de su hija, procedió a buscarla, encontrándola en una habitación del Hotel en compañía del policía en estado de embriaguez¹⁴, (ii) el registro civil de nacimiento de la menor víctima en el cual se establece que para la fecha de los hechos tenía un poco más de doce (12) años de edad¹⁵; (iii) la indagatoria rendida por el patrullero en la cual reconoció que la menor había ingerido licor (Ron viejo de Caldas) en su compañía, cuando los dos departían en una “taberna”, y que al sentirse mal por no estar acostumbrada a tomar la llevó al Hotel donde éste se alojaba, sin que hubiesen tenido contacto sexual¹⁶; (iv) el testimonio del recepcionista del Hotel quien da cuenta que el día de los hechos vio ingresar al patrullero Espinosa Romero con la menor a una habitación¹⁷; y (v) el examen médico legal (sexológico) practicado por Medicina Legal a la niña el cual dictaminó que al momento de la valoración presentaba una excoriación leve en cuello parte media izquierda; himen anular íntegro dilatado, lo que indica el paso de miembro viril sin desgarrarse; inflamación en labios superiores y alrededor del himen, compatibles con maniobras sexuales recientes a ese nivel, lo cual originó que la incapacitaran por 5 días.¹⁸

La existencia de inflamación en labios superiores y alrededor del himen, compatibles con maniobras sexuales recientes, de que informa el dictamen médico legal, claramente indican que la menor fue sometida a maniobras de este tipo en las horas inmediatamente anteriores (acceso carnal o actos sexuales), y así lo reconoce la funcionaria acusada en la decisión, en la que afirma la existencia del hecho típico: “no se encuentra demostrado que el procesado haya realizado el hecho, aunque se encuentra demostrado que el hecho sí existió”.

Sobre el compromiso del procesado en los hechos, si bien es cierto no había sido posible recepcionar el testimonio de la ofendida, no por eso la funcionaria podía afirmar para sustentar sus decisiones que en el proceso no había pruebas que indicaran que el implicado era el autor del hecho, porque además de la versión de la mamá de la menor que informaba del hallazgo de su hija en el cuarto del hotel en su compañía, se contaba con la versión del recepcionista del lugar quien vio ingresar a la pareja, y con la aceptación del implicado de haber estado con la menor en el hotel donde se alojaba.

Estos elementos de juicio, sumados al hecho de que la investigación no ofrecía ninguna información que permitiera siquiera avizorar la posibilidad de que la menor hubiese compartido con persona distinta del procesado ese día, dejaban seriamente comprometida su responsabilidad en los hechos, y muestran con claridad que las decisiones que la funcionaria tomó se apartan inexplicablemente de la prueba allegada al proceso, y recorren, sin lugar a dudas, el tipo penal objetivo que describe el prevaricato por acción.

Se contaba, de una parte, con prueba seria y abundante que señalaba al procesado como el autor de los hechos investigados, cuya existencia la funcionaria admitía, suficiente para imponer la medida de aseguramiento, y por el mismo motivo, con prueba que impedía finiquitar el proceso por la vía de la preclusión, pues para llegar a esta decisión que requería que la causal alegada estuviera debidamente probada en el proceso, y esta situación no se presentaba en el caso que la funcionaria debía resolver.

La afirmación que la funcionaria hace en el cuerpo de la providencia para justificar la decisión preclusiva, en el sentido “no hay pruebas que nos indique que sea autor del hecho aquí investigado”, es absolutamente falaz, puesto que no consulta la realidad procesal, y la que a renglón seguido consigna, que “toda duda debe ser resuelta a favor del procesado”, conforme a lo dispuesto en los artículos 7 y 399 ejusdem, es impertinente, porque no se estaba calificando el mérito del sumario, y eso lo

sabía la funcionaria, como quiera que no se trataba de una persona inexperta, sino de amplia trayectoria en la rama como Fiscal.

La Corte ha sido insistente en sostener que la norma que prevé la preclusión de la investigación es absolutamente clara en exigir que para tomar una decisión de esta naturaleza se requiere que la causal que se invoca para hacerlo se halle debidamente acreditada en el proceso, y por tanto, que su texto excluye cualquier posibilidad de que puedan presentarse interpretaciones o confusiones al respecto:

“Desde esta perspectiva, los preceptos acusados como transgredidos por el enjuiciado son los artículos 39, 395 y 397 del Código de Procedimiento Penal, que prevén como forma de terminación extraordinaria del proceso la preclusión de la instrucción y el cese de procedimiento en caso de estar comprobada alguna de las siguientes hipótesis: que el hecho investigado no ha existido, que el sindicado no lo ha cometido, que la conducta es atípica, que esté demostrada una causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad y, que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse; y las formas de calificar la instrucción y los requisitos sustanciales de la resolución de acusación.

La simplicidad y claridad del tenor de las disposiciones desecha la posibilidad de que se presenten interpretaciones discordantes o confusiones en su comprensión, además, por lustros la jurisprudencia y la doctrina han sido uniformes en pregonar que para precluir la investigación el Fiscal en la instrucción o cesar el procedimiento el Juez competente, es imprescindible la demostración plena de la causal invocada, de modo que si perviven dudas sobre su comprobación el funcionario judicial está compelido a continuar el trámite.”¹⁹ -Negrillas y subrayado fuera de texto-.

En relación con el aspecto subjetivo del delito, la defensa sostiene que las conclusiones

del Tribunal, en el sentido de que la acusada actuó dolosamente, son equivocadas, porque en el proceso no existe ninguna prueba que indique que su voluntad fue contrariar la normatividad legal, y que su actuar, por el contrario, se enmarcó dentro de los linderos de la buena fe y el deseo de cumplir con responsabilidad sus funciones.

La Corte no comparte estas conclusiones. La formación de la acusada, su trayectoria como fiscal, la claridad de las disposiciones que de cuyo contenido inexplicablemente se apartó, y la realidad probatoria que ofrecía el proceso, impiden pensar que las decisiones que adoptó hayan sido producto de la buena fe, o resultado de la confusión causada por la dificultad del asunto, o la complejidad de las disposiciones legales.

La doctora Dayra Margarita Vargas Arnedo es abogada especializada en derecho penal, que ha tenido una amplia experiencia en el desempeño de la función investigativa, como quiera ha sido fiscal seccional por varios años, formación y trayectoria que le suministraban la experiencia suficiente y conocimientos necesarios para saber que la prueba recopilada y el momento procesal en que actuaba le impedían tomar las decisiones que finalmente tomó.

No podía, entonces, desconocer que la preclusión anticipada de la investigación, que permite el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, se rige por condiciones muy distintas de las que se exigen para adoptar igual decisión como forma de calificación (artículo 399 ejusdem), donde sí es posible invocar la existencia de duda. Ni podía ignorar que para optar por la primera alternativa se requería establecer plenamente que el hecho no había existido o que el procesado no lo había cometido, y que ninguno de esos supuestos se presentaba en el caso que debía resolver.

La circunstancia de que la ofendida no hubiera concurrido a rendir testimonio, situación que la acusada invoca en su indagatoria para explicar las decisiones tomadas, no la autorizaba para precluir la investigación en ese momento, no sólo porque no se daban

los presupuestos exigidos para hacerlo, sino porque su obligación como fiscal era continuar la instrucción con el fin de allegar el testimonio de la ofendida, si en verdad abrigaba dudas sobre la existencia del hecho o la responsabilidad del procesado.

Tampoco puede afirmarse que las conclusiones probatorias de la funcionaria hayan provenido de equivocaciones de buena fe en su apreciación, porque del contexto del pronunciamiento ilegal se establece que conocía los elementos de juicio que hacían parte del proceso, al igual que su contenido y connotación probatoria, que no le permitían llegar a las conclusiones a las que arribó, conocimiento que reafirma en su indagatoria, donde ante la evidencia de la ilegalidad de la decisión, termina justificando su conducta con explicaciones que causan perplejidad:

“PREGUNTADO. Entonces, qué alcance le dio usted a ese dictamen médico legal.

CONTESTO. El alcance que le di es el que establece la ley, cuando dice que en estos casos de abusos sexuales se debe practicar una (sic) examen por perito médico y el valor que le di es el de que presentaba la menor maniobras en sus genitales, en lo que no estaba de acuerdo era con lo que el médico conceptuó que eran de carácter sexual y este examen tampoco me dice a mí que el autor de dichas maniobras sexuales fuera el sindicado, pudo haber sido cualquiera. PREGUNTADO. Pero acaso –ese pudo haber sido cualquiera- no ameritaba seguir la investigación, que era por delito llamado a explorarse oficiosamente.

CONTESTO. Sí, pero sin la ayuda de la víctima no podíamos establecer otra persona que pudiera ser responsable. Quiero agregar que hablando de las reglas de la experiencia y como estamos ante un caso en que no se puede hablar de suposiciones sino de cosas debidamente comprobadas, pudo ser hasta la misma menor se estuviera masturbando, porque allí cabe cualquier cosa.”²⁰

En consecuencia, ninguno de los argumentos expuestos por la defensa técnica logran desvirtuar las razones fácticas y jurídicas contendidas en la sentencia impugnada. Razón por la cual se confirmará el fallo condenatorio proferido por el Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Cartagena, Sala de Decisión Penal.

Por 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

Confirmar la sentencia recurrida.

Notifíquese y cúmplase.

JAVIER ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTINEZ

FERNANDO A. CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

GÓMEZ QUINTERO

ALFREDO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

GUZMÁN

AUGUSTO J. IBÁÑEZ

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

SALAMANCA

JULIO ENRIQUE SOCHA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

- 1 Sentencia 30.869 del 17 de junio de 2009.
- 2 Radicado 14.020. En igual sentido ver, entre otros, los autos del 21 de septiembre de 1999 (radicado 11.361) y del 3 de abril de 2000 (radicado 11.541).
- 3 Radicado 13.774. En igual sentido pueden consultarse, entre otros, el auto del 27 de septiembre de 2002 (radicado 15.131) y la sentencia del 17 de septiembre de 2003 (radicado 17.765).
- 4 Ver cas. 15.077, octubre 17 de 2001. y auto del 26 de noviembre de 2001, Rad. 18222.
- 5 Radicado 20.673.
- 6 En el mismo sentido, confrontar sentencia del 30 de agosto de 2004.
- 7 Empezó a regir a partir del veinticinco (25) de julio de dos mil uno (2001).
- 8 Radicado 13.305 del 16 de diciembre de 1997.
- 9 Se mantiene en reserva el nombre de la menor en concordancia con el Código de la Infancia y la Adolescencia.
- 10 Hechos narrados por la Unidad de Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia.
- 11 Sentencia 7918 15 de abril de 1993.

12 Sentencia 28464 del 1 de noviembre de 2007.

13 Folio 57 Cuaderno Original Primera Instancia.

14 Folio 15 Ídem.

15 Folio 10 cuaderno de copias No. 2.

16 Folios 34-42 cuaderno original 1ra instancia Fiscalía.

17 Folios 25-26 Ídem.

18 Folio 17 Ídem.

19 Sentencia 22099 del 6 de abril de 2005.

20 Folio 71 Ídem.