

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

AP1233-2015

Radicación N° 44.507

Aprobado mediante Acta No. 100

Bogotá, D. C., once (11) de marzo de dos mil quince (2015)

VISTOS

La Sala resuelve los recursos de apelación interpuestos por la víctima y el agente del Ministerio Público contra el auto de julio 30 de 2014, por medio del cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena decretó la preclusión de la investigación seguida contra la doctora DAVEIBA ISABEL ÁVILA OLIVARES, quien para la época de los hechos se desempeñaba como Fiscal Local 22 de Turbaco, por la presunta comisión del delito de prevaricato por acción.

HECHOS

De la carpeta que contiene las diligencias se desprende que en la mañana del 16 de octubre de 2009, Faustino Agresot Moreno, en compañía de su cónyuge, se desplazaba en una motocicleta por la vía 9005, ubicada en el municipio de Turbaco, departamento de Bolívar,

cuando fue detenido por uniformados de la Policía Nacional que realizaban labores rutinarias de control en la zona.

En el desarrollo del operativo se generó una confrontación verbal y física entre el nombrado y los policiales, posteriormente identificados como Tomás León Escudero Sanes y Roberto Carlos Potes de las Salas, en razón de la cual al primero le fueron causadas las lesiones corporales que determinaron la incapacidad médico legal definitiva de 20 días sin secuelas.

En esa misma fecha, aquél se dirigió a la Fiscalía Seccional de Turbaco para poner en conocimiento de la autoridad competente lo ocurrido; en ese lugar, no obstante, fue abordado por Escudero Sanes y Potes de las Salas, quienes lo capturaron y mantuvieron privado de la libertad ilegalmente en los calabozos de esas instalaciones durante aproximadamente 3 horas.

Posteriormente, en octubre 17 de esa anualidad, Agresot Moreno coincidió por casualidad con el patrullero Escudero Sanes en un parqueadero ubicado en el barrio Plan Parejo del mismo municipio, donde el segundo nombrado reiteró la agresión y, utilizando el arma de dotación oficial, profirió amenazas de muerte en su contra.

Esos hechos fueron denunciados por Agresot Moreno ante la Fiscalía General de la Nación en octubre 19 de 2009; noticia criminal con radicado 2009 - 01314, cuyo conocimiento correspondió inicialmente a la Fiscalía 38 Seccional de Turbaco, pero que después fue remitida a la Fiscalía 22 Local de ese mismo municipio, de la que para entonces era titular ÁVILA OLIVARES.

Esta última adelantó la respectiva indagación preliminar y, mediante orden de febrero 26 de 2013, dispuso el archivo de las diligencias con fundamento en lo previsto en el artículo 79 de la ley 906 de 2004, según adujo, por cuanto las lesiones sufridas por el ofendido «fueron mutuas entre los participantes de la riña a fin de defenderse, por lo que

estaríamos ante una causal de ausencia de responsabilidad contenida en el art. 32 Noº 7 C.P.»..

Inconforme con esa determinación, el ofendido presentó la denuncia que originó las presentes diligencias, en la que le atribuyó a la indiciada la comisión del delito de prevaricato.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. Solicitud de preclusión de la Fiscalía.

1.1 Por los anteriores hechos, la Fiscalía 4º Delegada ante el Tribunal Superior de Cartagena inició indagación, en curso de la cual realizó diligencia de interrogatorio a ÁVILA OLIVARES, obtuvo la acreditación de su condición de Fiscal Local para la fecha de los hechos, entrevistó al denunciante Agresot Moreno y llevó a cabo inspección judicial al proceso seguido contra Escudero Sanes y Potes de las Salas.

Acopiados los medios de conocimiento referidos, el funcionario instructor pidió la preclusión de la investigación con fundamento en la causal prevista en el artículo 332, numeral 2º, de la ley 906 de 2004.

1.2 En el desarrollo argumentativo de esa pretensión, adujo que la indiciada, luego de examinar los elementos de conocimiento recaudados en la investigación seguida con ocasión de la agresión sufrida por el denunciante Agresot Moreno, concluyó que los agentes de la Policía Nacional actuaron en legítima defensa, por ende, que se configuró la causal de ausencia de responsabilidad de que trata el numeral 6º del artículo

32 de la ley 599 de 2000.

Admitió que de acuerdo con el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal y la jurisprudencia de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia, ello no facultaba a la funcionaria para archivar las diligencias, sino que estaba compelida a reclamar la preclusión de la investigación ante un Juez de Conocimiento.

No obstante, aseveró que los medios de prueba recaudados no permiten concluir que ÁVILA OLIVARES actuó con «dolo cognoscitivo», sino que la determinación censurada estuvo determinada por «la torpeza de la Fiscal», o lo que es igual, que se echa de menos en su conducta la «conciencia de la antijuridicidad».

En ese entendido, el peticionario afirmó de manera ambigua que la indiciada actuó amparada por un error de prohibición, bien directo o indirecto, este último, por «desconocimiento de la ley», en razón del cual resulta procedente entonces decretar la preclusión de la investigación que se sigue en su contra.

2. Oposición de la víctima Faustino Agresot Moreno.

El denunciante intervino para oponerse al pedido de la Fiscalía y solicitar, consecuentemente, «que el proceso siga y haya imputación contra la doctora».

A tal efecto manifestó, luego de narrar extensamente la situación de hecho que dio lugar a la actuación archivada por ÁVILA OLIVARES, que existen distintos elementos de conocimiento que acreditan tanto la realidad de las lesiones personales que le fueron infligidas por los policías, como de la detención ilegal de la que fue víctima en la tarde del 16 de octubre 2009.

En ese entendido, afirmó que la conducta de la indiciada fue abiertamente equivocada, tanto así, que el titular de la Fiscalía 38 Seccional, a la que correspondió en principio el conocimiento del caso, le hizo saber que «con esas pruebas podía haber imputación».

3. Oposición del Ministerio Público.

El agente del Ministerio Público se opuso a la pretensión de la Fiscalía.

Manifestó que la comprensión del «fundamento real de la solicitud» es problemático, porque el peticionario aludió de manera indistinta a categorías diferentes de la teoría del delito. Así mismo, perdió de vista que la situación de hecho está vinculada tanto con las lesiones corporales sufridas por Agresot Moreno como con la privación de la libertad a la que fue sometido en la fecha de los hechos.

En ese entendido, afirmó que ÁVILA OLIVARES estaba obligada a examinar si dicha detención, cuya realidad aparece soportada en varios medios de conocimiento, se llevó a cabo por «fuera del marco constitucional».

Así las cosas, concluyó que «existe razón suficiente para pensar que la decisión de archivo está en oposición a la prueba en la carpeta», de modo que, en su criterio, no es viable acceder a la solicitud de preclusión impetrada.

DECISIÓN IMPUGNADA

El Tribunal Superior de Cartagena, Sala Penal, accedió a la solicitud de la Fiscalía, no obstante, con fundamento en consideraciones distintas de las invocadas por aquélla.

En el sustento de esa determinación, adujo las razones que la Sala reseña seguidamente:

a) Luego de discurrir sobre el instituto de la preclusión en el esquema procesal de la Ley

906 de 2004 y el delito de prevaricato por acción, encontró probado que la funcionaria indiciada, tras examinar el acervo probatorio recaudado, coligió que «los agentes de policía obraron en cumplimiento de sus funciones, en legítima defensa» y, por lo mismo, «decidió archivar la indagación».

b) De acuerdo con lo expuesto, el a quo aseveró que la actuación de ÁVILA OLIVARES fue equivocada, en cuanto resulta evidente que los uniformados denunciados no actuaron en legítima defensa, pues lo ocurrido fue el surgimiento de una riña que, de hecho, descarta la configuración de esa causal de ausencia de responsabilidad.

Agregó, de igual manera, que incluso de admitirse la concurrencia de una causal de ausencia de responsabilidad, le correspondería entonces a la Fiscalía, como lo tiene discernido esta Corporación, reclamar ante un Juez de Conocimiento la preclusión de la investigación y no ordenar el archivo de las diligencias.

No obstante lo anterior y sin perjuicio de los yerros en que incurrió la indiciada, el Tribunal declaró que «no existe elemento de convicción alguno que demuestre que la decisión de la funcionaria fue arbitraria y con el fin de vulnerar los derechos» del denunciante, sino que, por el contrario, puede colegirse que estuvo determinada por «una falta de análisis profundo sobre el tema», o lo que es igual, por «un raciocinio erróneo o equivocado de la norma llamada a regular el caso concreto».

c) En ese orden, el a quo concluyó, tras disertar ampliamente sobre la categoría del error y sus distintas manifestaciones en el ordenamiento penal colombiano, que en la conducta de ÁVILA OLIVARES concurre un error de tipo y no de prohibición, como erradamente lo entendió el peticionario, pero además, de naturaleza vencible, pues podía ser superado «con un estudio sereno y reposado de la actuación».

Añadió que en el esquema del delito adoptado por la ley 599 de 2000, lo anterior significa que la conducta investigada «no alcanzó a superar el umbral de la tipicidad subjetiva», concretamente, por cuanto «el desconocimiento o error de los elementos descriptivos o normativos...por parte de quien realiza la conducta prohibida excluye el dolo» y, en todo caso, el delito de prevaricato no existe en la modalidad imprudente.

Aseveró entonces que el peticionario sustentó equivocadamente la causal de preclusión invocada, lo cual sin embargo no impide al Juzgador decidir materialmente sobre la pretensión, desde luego, siempre que se acredite la configuración de los presupuestos previstos por la legislación adjetiva para acceder a lo solicitado.

Así, como en el presente asunto es evidente que en la conducta atribuida a ÁVILA OLIVARES concurre el error de tipo, concluyó que no queda solución diversa a precluir la investigación seguida en su contra.

d) Finalmente y en réplica a las alegaciones del Agente del Ministerio Público, el a quo indicó que la orden de archivo proferida por la indiciada está referida exclusivamente a los hechos en que Agresot Moreno resultó lesionado, no así a los posibles punibles relacionados con la privación de la libertad ilegal a la que aquél fue supuestamente sometidos, los cuales «aún son objeto de investigación».

LAS IMPUGNACIONES

1. El recurso de la víctima.

El denunciante Agresot Moreno solicita, por vía de apelación, que se revoque la providencia de primera instancia y se niegue la preclusión de la investigación.

Con tal propósito, reitera que existen suficientes elementos de prueba, tanto de naturaleza documental como testimonial, que demuestran que fue agredido y privado arbitrariamente de la libertad por los patrulleros Escudero Sanes y Potes de las Salas.

Agrega que si la Fiscal estaba determinada a no persistir en la investigación debió «pasar eso ante un juez y no archivarlo», de modo que sí incurrió en una irregularidad, cuya existencia, de hecho, es admitida por el propio peticionario.

1. El recurso del agente del Ministerio Público.

El agente del Ministerio Público, en igual sentido, pide que se revoque la decisión de primera instancia y, en su lugar, se niegue la pretensión de la Fiscalía.

Sostiene, en primer lugar, que erró al entender que la indagación archivada por la indiciada incluía también la que se adelanta por la privación de la libertad de la que el denunciante dijo ser víctima; equivocación que atribuyó a la «poco afortunada exposición del señor Fiscal», quien no precisó que, por el contrario, dicha determinación está referida exclusivamente a las pesquisas adelantadas con ocasión de la causación de las lesiones personales.

Dicho lo anterior, manifiesta la inconformidad con la decisión recurrida, en cuanto allí se sostiene que ÁVILA OLIVARES actuó amparada en un error de tipo vencible, pues tratándose de una «Fiscal de la República», estaba obligada a ser diligente e indagar sobre la corrección de su actuación.

Agrega que, contrariamente a la comprensión del a quo, no ha sido acopiado ningún medio de prueba que permita afirmar que la indiciada actuó sin dolo; por el

contrario, no cabe duda de la contrariedad entre la orden de archivo proferida por aquélla y el ordenamiento jurídico, como tampoco que se lesionó el bien jurídico tutelado, pues el denunciante ha manifestado de manera expresa haber sido perjudicado como consecuencia de esa actuación.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo previsto en los artículos 32, numeral 3°, 176 y 177, numeral 2°, de la Ley 906 de 2004, la Corte es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra autos dictados en primera instancia por los Tribunales Superiores, por medio de los cuales se resuelven las solicitudes de preclusión¹.

2. En este caso fue impugnada la decisión de 30 de julio de 2014, proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, que decretó la preclusión de la investigación a favor de la doctora DAVEIBA ISABEL ÁVILA OLIVARES, quien para la fecha de los hechos se desempeñaba como Fiscal 22 Local del municipio de Turbaco, dentro de la actuación seguida por la conducta punible de prevaricato por acción.

De la Preclusión

Al tenor del artículo 250 de la Carta Política, la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la «investigación de los hechos que revistan las características de delito» conocidos a través de denuncia, petición especial, querella o de oficio «siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo».

Quiere ello decir que el fiscal debe valorar en su integridad los elementos objetivos - materiales probatorios o evidencias fácticas mínimas- recaudados para establecer si a partir de ellos es posible inferir la posible ocurrencia de un delito, caso en el

cual tiene entonces la obligación constitucional de dar inicio a la acción penal.

Establecida así la causa probable para poner en movimiento el aparato judicial, la investigación se debe encaminar a buscar la evidencia necesaria para esclarecer la verdad de lo ocurrido, cometido en el cual debe actuar, con apego al principio de objetividad, previsto en el artículo 115 de la ley 906 de 2004.

Si el fiscal, al evaluar la evidencia recogida, encuentra que no hay prueba suficiente para acusar por presentarse duda insuperable respecto de la participación del indiciado en los hechos objeto de investigación, o hay prueba indicativa de que la conducta no es delictiva o la persona investigada no es responsable, como cuando se configura una circunstancia que determina la ausencia de responsabilidad, debe solicitar la preclusión ante el Juez de conocimiento, e invocar la causal correspondiente conforme el artículo 332 de la Ley 906 de 2004:

“El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:

1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal²
2. ;
3. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal;
4. Inexistencia del hecho investigado;
5. Atipicidad del hecho investigado;
6. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado;

7. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia; y

8. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de dicho código.

PARÁGRAFO. Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión”.

El análisis y fundamentación presentados por el fiscal para lograr su cometido deben ser específicos y detallados, atendiendo no sólo los elementos fácticos y jurídicos que configuran la causal de preclusión invocada, sino los que integran el tipo penal respecto del cual se pretende la terminación anticipada del proceso, de modo que sea posible deducir con certeza la necesidad de extinguir la acción penal con fuerza de cosa juzgada por ausencia de mérito para continuar con la persecución penal.

Lo anterior y como lo tiene precisado esta Corporación, sin perjuicio de que el juzgador pueda decretar la preclusión de la actuación con fundamento en una causal distinta de la invocada por el peticionario, siempre que «sus componentes estructurales y los soportes materiales probatorios y evidencia física así lo determinen»³.

Del prevaricato

A fin de concretar la causal de preclusión, la atipicidad subjetiva de la conducta como consecuencia de la configuración de un error vencible de tipo, es necesario mencionar que el delito de prevaricato está referido a la emisión de una providencia “manifiestamente contraria a la ley”, circunstancia esta que supone – ha dicho la jurisprudencia – la expresión dolosa de la conducta en cuanto se es consciente y se quiere su realización, pero semejante contradicción debe surgir evidente, sin mayores elucubraciones.

En contraste, todas aquellas providencias respecto de las cuales quepa discusión sobre su contrariedad con la ley quedan excluidas del reproche penal, independientemente de que un juicio posterior demuestre la equivocación de sus asertos, pues -como también ha sido jurisprudencia reiterada - el juicio de prevaricato no es de acierto, sino de legalidad.

A ello debe agregarse como principio axiológico cuando se trata de providencias judiciales, que el análisis sobre su presunto contenido prevaricador debe hacerse necesariamente sobre el problema jurídico identificado por el funcionario judicial y no sobre el que identifique a posteriori su acusador o su juzgador, según sea el caso.

Es decir que las simples diferencias de criterios respecto de un determinado punto de derecho, especialmente frente a materias que por su complejidad o por su misma ambigüedad, admiten diversas interpretaciones u opiniones, no pueden considerarse como propias del prevaricato, pues en el universo jurídico suelen ser comunes las discrepancias aún en temas que aparentemente no ofrecerían dificultad alguna en su resolución⁴.

El examen subjetivo de la conducta señalada de prevaricadora, ha de partir de la mayor o menor dificultad interpretativa de la ley inaplicada o tergiversada, así como de la divergencia de criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre su sentido o alcance, elementos de juicio que no obstante su importancia, no son los únicos, imponiéndose avanzar en cada caso hacia la reconstrucción del derecho verdaderamente conocido y aplicado por el servidor judicial en su desempeño como tal, así como en el contexto en que la decisión se produce, mediante una evaluación ex ante de su conducta⁵.

Caso concreto

1. Ahora bien, en el presente asunto, la Fiscalía reclamó del Juzgador de primera

instancia la preclusión de la investigación seguida contra ÁVILA OLIVARES con fundamento en la causal prevista en el numeral 2º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, esto es, la «existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal», por considerar que la nombrada actuó amparada por un error de prohibición, bien directo, ora indirecto.

No obstante lo anterior, en el examen del pedido, el Tribunal de Cartagena ajustó las alegaciones del peticionario y estimó configurado un error de tipo vencible, que de igual manera comporta la exclusión de la responsabilidad penal, no obstante, por vía de la atipicidad subjetiva de la conducta.

Importa precisar que, como lo tiene discernido esta Sala de manera reiterada, «la fuerza de cosa juzgada que entraña la preclusión exige que la causal que la funda se encuentre demostrada de manera cierta o, lo que es igual, que respecto de la misma exista conocimiento más allá de toda duda razonable»⁶ (negrilla fuera del texto).

Es así que «la alternativa de poner fin al proceso por esta vía supone la existencia de prueba de tal entidad que determine de manera concluyente la ausencia de interés del Estado en agotar toda la actuación procesal prevista por el legislador para ejercer la acción penal, dando paso a un mecanismo extraordinario por virtud del cual pueda cesar de manera legal la persecución penal»⁷ (negrilla fuera del texto).

Echada de menos la convicción sobre el particular, entonces, «el funcionario judicial está compelido a continuar el trámite»⁸.

En ese orden, no corresponde a quien se opone al pedido de preclusión, como parece entenderlo el Tribunal a quo, aportar los medios de conocimiento que permitan inferir la materialidad del delito y la responsabilidad del indiciado en su comisión, sino a quien eleva la solicitud sustentarla a partir de pruebas que demuestren la configuración de la causal

que invoca para dicho efecto.

De acuerdo con lo expuesto, la prosperidad de la pretensión de la Fiscalía está condicionada a la demostración, más allá de toda duda razonable, de la configuración de los supuestos fácticos y jurídicos que la sustentan, en este caso, de que ÁVILA OLIVARES, al proferir la orden de archivo de las diligencias radicadas 2009 - 01314, actuó sin dolo, esto es, con desconocimiento de que dicha actuación contrariaba las disposiciones adjetivas vigentes.

2. Ese supuesto, anticipa la Sala, no se verifica en el presente asunto, pues, como lo manifestó con acierto el agente del Ministerio Público en la sustentación de la alzada, los medios de prueba recaudados por la Fiscalía resultan insuficientes para afirmar, al menos en el grado de conocimiento previamente aludido, la materialización de la causal de preclusión con fundamento en la cual aquélla pretende la terminación anticipada del proceso.

En efecto, de las piezas procesales contenidas en la carpeta se desprende que Agresot Moreno presentó denuncia penal contra los patrulleros de la policía Escudero Sanes y Potes de las Salas por hechos ocurridos los días 16 y 17 de octubre de 2009, en los que sufrió lesiones que determinaron la incapacidad médico legal de 20 días sin secuelas y fue privado de la libertad por aquéllos, según adujo, de manera ilegal y arbitraria (fs. 27 a 29).

Así mismo, que el conocimiento de dicha noticia criminal, radicada 2009 - 01314, correspondió inicialmente a la Fiscalía 38 Seccional de Turbaco; despacho que, mediante orden de 17 de febrero de 2012, remitió el asunto a las Fiscalías Locales de ese municipio, por considerar que «nos encontramos frente a los delitos de lesiones personales y abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto» (f. 81).

La indagación fue entonces repartida a la Fiscalía Local 22, de la que era titular para

entonces ÁVILA OLIVARES, quien la remitió por competencia, mediante orden de febrero 24 de 2012, a la Justicia Penal Militar (f. 82).

Luego de que un Juez de Instrucción Penal Militar se declaró incompetente para conocer del asunto y lo devolvió a esa Fiscalía (fs. 84 a 89), la ahora indiciada citó a las partes a una audiencia de conciliación que terminó sin que hubiere acuerdo (fs. 91 a 94).

Posteriormente, con fundamento en la transcripción de un video en el que se registraron los hechos en los que el denunciante resultó herido (f. 98), la nombrada, en orden de febrero 26 de 2013, dispuso el archivo de las diligencias, pues consideró que lo ocurrido fue una riña en desarrollo de la cual se suscitaron agresiones mutuas entre Agresot Moreno y los uniformados; coligió, entonces, «que estaríamos ante una causal de ausencia de responsabilidad contenida en el art. 32 N° 7 C.P.» (fs. 99 a 101).

3. Por los hechos reseñados en precedencia, el nombrado Agresot Moreno presentó denuncia penal en la que atribuyó a ÁVILA OLIVARES el delito de prevaricato (fs. 9 a 12).

La investigación correspondió a la Fiscalía 4ª Delegada ante el Tribunal de Cartagena, que en el cometido de esclarecer los hechos ocurridos adelantó las pesquisas en las que obtuvo copia de las actuaciones surtidas en el trámite de la noticia criminal 2009 - 01314 (fs. 17 a 21), así como la resolución mediante la cual la indiciada fue nombrada como Fiscal 22 Local del municipio de Turbaco y el acta de posesión (fs. 115 y 116).

Adicionalmente, se practicó la diligencia de interrogatorio al indiciado en la cual ÁVILA OLIVARES admitió haber ordenado el archivo de la actuación con base en «los elementos materiales probatorios y evidencia física que reposan en la carpeta, esbozando

también el artículo 79 de la ley 906 de 2004» (f. 120).

4. A partir de lo expuesto, es posible colegir, de una parte, que la orden de archivo proferida por la investigada se ofrece, cuando menos objetivamente, típica.

Ciertamente, el artículo 79 de la ley 906 de 2004 dispone que «cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación».

La Corte Constitucional, al examinar la conformidad de esa disposición con la Carta Política⁹, declaró la exequibilidad de la misma en el entendido de que «la expresión “motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito” en el entendido de que dicha caracterización corresponde a la tipicidad objetiva».

Ese condicionamiento, desde luego, integra el texto legal y resulta, por lo mismo, vinculante para los operadores jurídicos; aserto que se fundamenta no sólo en lo dispuesto en el artículo 243 Superior, a cuyo tenor «los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional», sino también en la pacífica jurisprudencia de esa Corporación, a la que baste remitirse, en relación con el carácter obligatorio del precedente constitucional¹⁰.

En igual sentido, esta Corporación ha precisado, en punto al archivo de las diligencias, que «no le corresponde a la fiscalía hacer juicios de valor acerca del tipo subjetivo y de la existencia o no de causales de exclusión de responsabilidad, pues de adentrarse en éste ámbito, no podría ordenar el archivo de las diligencias y, por el contrario, tendría que acudir al juez de conocimiento para solicitar la preclusión de la actuación»¹¹ (negrilla fuera del texto).

Así las cosas, no cabe duda de que la ahora indiciada no estaba legalmente facultada para archivar las diligencias con fundamento en la supuesta configuración de una causal de ausencia de responsabilidad penal, o lo que es igual, que la determinación que adoptó en ese sentido contraviene objetivamente el ordenamiento jurídico penal.

5. De otro lado y como acertadamente lo manifestó el agente del Ministerio Público, la revisión de la carpeta contentiva de las diligencias no permite aseverar, al menos más allá de toda duda razonable, que dicha determinación hubiese sido adoptada en razón de un error sobre la ilicitud de la misma o sobre la concurrencia de los elementos estructurales del tipo penal que define el delito de prevaricato por acción.

Puesto de otra forma, las alegaciones del peticionario, según las cuales la orden de archivo de las diligencias fue proferida como consecuencia de «la torpeza de la Fiscal», responden en realidad a una apreciación respecto de la cual la actividad probatoria de la Fiscalía se ofrece deficiente.

Ciertamente, la Fiscalía no recaudó ni aportó medios de conocimiento que permitan inferir, entre otras, que el despacho del que ÁVILA OLIVARES era titular tenía una carga laboral que hiciere imposible para ella atender la totalidad de los asuntos con la debida diligencia o que careciera de la experiencia laboral suficiente para comprender la naturaleza y el alcance de la determinación adoptada.

Tampoco se adelantaron las pesquisas que permitan establecer el grado de preparación académica de la indiciada, las actividades laborales desempeñadas por aquélla previamente a su vinculación con la Fiscalía General de la Nación, su experiencia concreta en el estudio y adopción de decisiones de archivo, las posibles relaciones o tratos entre la indiciada y quienes resultaron favorecidos con el archivo de las diligencias, los supuestos que sustentaron las convicciones jurídicas aplicadas al caso

o las razones por las cuales se apartó de los precedentes jurisprudenciales aludidos en precedencia.

Adicionalmente, la Sala no pasa por alto que, a partir de los medios de prueba contenidos en la carpeta, se hace imposible establecer con claridad si la decisión de archivo estuvo referida a la indagación adelantada tanto por las lesiones personales sufridas por ÁVILA OLIVARES como por la privación de la libertad de que fue víctima, o únicamente respecto de las primeras.

En relación con esa circunstancia, que desde luego debió ser dilucidada por la indiciada a efectos de determinar la viabilidad de ordenar el archivo de las diligencias, ningún elemento de prueba aportó la Fiscalía, al punto que el Agente del Ministerio Público que interviene en el presente asunto exteriorizó la confusión sobre el particular.

En síntesis, a partir de los medios de conocimiento allegados por el peticionario no puede afirmarse configurada la causal de preclusión examinada y declarada por el Tribunal.

6. Ahora bien, tampoco al estudiarse la solicitud desde la perspectiva planteada inicialmente por la Fiscalía, esto es, con fundamento en la posible configuración de un error de prohibición directo o indirecto – aludió indistintamente a ambos – resulta viable acceder a la preclusión reclamada.

Ciertamente, el artículo 32 de la Ley 599 de 2000 establece como causales de exclusión de la responsabilidad penal las de actuar bajo el convencimiento o la convicción de que concurren en la conducta «los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad» – error de prohibición indirecto – o con error sobre la licitud de la conducta – error de prohibición directo –.

En relación con lo primero, esto es, la supuesta configuración del error de prohibición indirecto, el peticionario no precisó si quiera cuál de las causales de exclusión

de la responsabilidad previstas en la disposición citada habría concurrido en la conducta de ÁVILA OLIVARES, al tiempo que omitió aportar medio de conocimiento a partir del cual pueda suponerse la configuración de una de aquéllas.

En cuanto a lo segundo, porque a efectos de obtener la preclusión con fundamento en la ocurrencia del error de prohibición directo, el peticionario estaba compelido a acreditar, mediante elementos de convicción suficientes, que la indiciada sabía que la decisión de archivo de las diligencias contravenía el ordenamiento jurídico vigente, no obstante lo cual tenía la convicción de que ello no constituía una conducta prohibida; puesto de otra forma, que «conocía la ilicitud de su comportamiento» pero entendió equivocadamente «que el mismo le (estaba) permitido»¹².

En síntesis, la Sala no encuentra demostrada más allá de toda duda la configuración de la causal de preclusión declarada en primera instancia por el Tribunal ni la invocada por la Fiscalía en la sustentación del pedido; en consecuencia de ello, se accederá a la solicitud de los apelantes y se revocará entonces la providencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

RESUELVE:

1. REVOCAR el auto de julio 30 de 2014, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena dispuso la preclusión de la indagación a favor de la doctora DAVEIBA ISABEL ÁVILA OLIVARES, por la conducta punible de prevaricato por acción. En su lugar, NEGAR la preclusión de la investigación reclamada por la Fiscalía.

2. ORDENAR el envío inmediato de las diligencias a la Fiscalía 4º Delegada ante el Tribunal Superior de Cartagena para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 CSJ AP, 30 de noviembre de 2006, Rad. 26.517. Aunque el artículo 334 de la Ley 906 de 2004 utiliza la expresión “sentencia” para referirse a la naturaleza de la decisión que decreta la preclusión, esta Corporación tiene precisado que dicha providencia está revestida de la condición de auto.

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

3 CSJ SP, 6 de diciembre 6 de 2012, Rad. 37.370.

4 CSJ SP, 23 de febrero de 2006, Rad. 23.901.

5 CSJ SP, 25 de mayo de 2005, Rad. 22.855.

6 CSJ AP, 30 de julio de 2014, Rad. 44042.

7 CSJ AP, 18 de junio de 2014, Rad. 43797.

8 Ibídem.

9 Sentencia C - 1154 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

10 Entre otras, sentencia C - 634 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

11 CSJ AP, 3 de diciembre de 2008, Rad. 30.640.

12 CSJ AP, 15 de julio de 2009, Rad. 31.780.