

R

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

AP1880-2018

Radicado N° 52169

Aprobado Acta No. 145.

Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

V I S T O S

Se pronuncia la Corte respecto del recurso de apelación presentado por la Fiscalía y la defensa en contra de la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el 7 de febrero de 2018, que negó la preclusión de la investigación seguida contra la Doctora PATRICIA MEDINA TORRES, en su calidad de Juez Sexta Penal del Circuito de esta ciudad, respecto del presunto delito de prevaricato por acción, previa solicitud presentada por la Fiscalía Veintitrés Delegada ante el Tribunal de Bogotá.

HECHOS

Con fecha del 9 de febrero de 2015 y por virtud de preacuerdo presentado por la Fiscalía, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bogotá, a cargo de la Doctora PATRICIA MEDINA TORRES, emitió sentencia de condena en contra de Cristhian Camilo Martínez Díaz, en calidad de autor del delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, partes, accesorios o municiones.

En la decisión se impuso el mínimo imponible de sanción, esto es, 108 meses de prisión y a renglón seguido se examinó el tópico de la suspensión condicional de la ejecución de la pena para sostener que, si bien, no se cumple el requisito objetivo dispuesto sobre el particular por el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, visto que la pena supera ampliamente 4 años de prisión, en virtud del factor subjetivo y, en especial, dadas las condiciones particulares del acusado, debería acceder, como en efecto se le concedió, a dicho subrogado.

Apelada la sentencia por la Fiscalía, en fallo de segundo grado el Tribunal Superior de Bogotá, no solo revocó la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, otorgado al procesado, sino que estimó necesario expedir copias para que se investigue “la eventual comisión de la conducta punible de prevaricato en la que pudo incurrir el juzgador, al conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena aunque no se cumple el requisito objetivo que contempla el artículo 29 de la ley 1709, que

modificó el artículo 63 de la ley 599 de 2000”.

La investigación le fue asignada a un fiscal delegado ante el Tribunal de Bogotá, el cual, después de recibir el interrogatorio de la indiciada, Doctora PATRICIA MEDINA TORRES, y recoger la decisión objeto de cuestionamiento, junto con otros dos pronunciamientos similares, pidió a esa corporación decretar la preclusión, por entender, acorde con la causal segunda del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, que la indiciada incurrió en invencible error de prohibición.

Durante la audiencia convocada por el Tribunal, celebrada el 7 de febrero de 2018, el Fiscal detalló los motivos por los cuales se abrió investigación en contra de la funcionaria, para después relacionar los elementos de juicio allegados, de los que destaca otras dos decisiones, diferente de la que es objeto de cuestionamiento, en las que toma decisión similar de otorgar el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pese a no cubrirse el requisito objetivo del artículo 63 del C.P.

De igual manera, se refiere al interrogatorio de la indiciada, en el cual asegura que, si bien, conoce el contenido y efectos del artículo 63 en cita, en especial la prohibición objetiva de conceder el beneficio cuando la pena supera los 4 años, lo decidido por ella obedeció al examen concreto de las condiciones particulares del allí procesado, entre ellas, que atravesaba una penosa condición de salud incompatible con el encarcelamiento, misma que pudo percibir directamente cuando fue llevado a la audiencia.

Añadió la funcionaria, en el interrogatorio, que actuó como juez constitucional, buscando hacer valer el principio pro homine, entendiendo que la prisión domiciliaria no sería suficiente para atender las necesidades del procesado.

Y, acota, si bien no lo dijo expresamente en la decisión objeto de examen, hizo valer la excepción de inconstitucionalidad respecto del artículo 63 del C.P., visto el estado de cosas inconstitucional que la Corte Constitucional ha declarado respecto de las cárceles del país.

Además, significó, realizó estudios de derecho comparado, en los que conoció que la legislación española faculta entregar ese tipo de libertades sin limitaciones en razón del monto de la sanción; y tuvo en consideración las finalidades de la pena.

Referido lo que la indiciada aseveró en el interrogatorio, el fiscal solicitante de la preclusión abordó el examen dogmático del tipo penal de prevaricato por acción, haciendo énfasis en el elemento de manifiesta contrariedad con la ley de la decisión, para lo cual se soportó en jurisprudencia de la Corte.

Luego, significó que en el caso concreto no es posible adelantar acción penal contra la funcionaria judicial a cargo del Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bogotá, porque ella incurrió en un error de prohibición (artículo 32-10, del C.P.), dado que, si bien, sabía que el artículo 63 del C.P., impedía conceder el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena cuando esta supera los 4 años, tenía la convicción de que concederlo no constituía una conducta antijurídica, en tanto, confirió un alcance equivocado a la norma, al extremo de estimar que le permitía otorgar el beneficio o no era aplicable al caso.

Esto por cuanto, afirmó el solicitante, en su interrogatorio la indiciada advirtió que en casos excepcionales priman los criterios constitucionales sobre los legales, lo que demuestra que consideró justa su decisión.

Precisó que el error atribuible a la funcionaria no afectó el dolo, la culpa, ni los elementos del tipo de prevaricato, sino la conciencia de ilicitud, acorde con el modelo Welzeliano, que funda el juicio de reproche en esta conciencia.

Luego de citar a otros tratadistas que diferencian el error de prohibición en directo e indirecto, asume el examen de lo decidido por la juez, para advertir que el juicio obligado de hacer en este caso no es de acierto sino de legalidad y debe operar respecto de las circunstancias existentes al momento de tomarse la decisión, vale decir, el problema jurídico asumido por el funcionario, y no desde la óptica que hoy pueda tener el intérprete.

Destaca, así mismo, que la postura de la indiciada sobre el tema no fue insular, sino consolidada y constante, como lo demuestran otras dos sentencias que sobre el particular se aportaron. No existe, de igual manera, forma de decir que desbordó sus deberes funcionales o que estuviese interesada en favorecer a terceros.

Asevera, de otro lado, que la funcionaria actuó dentro de los márgenes de discrecionalidad de su función, en el cometido de hacer valer los derechos y libertades frente a la realidad social; por ello, no puede sostenerse que los argumentos fueron sofísticos o absurdos; incluso, permitió el control judicial, al punto que el superior revocó lo decidido por ella.

Después de citar a otros tratadistas de renombre para soportar que la indiciada ni siquiera se representó la antijuridicidad de su actuar, lo que torna en invencible el error, el fiscal depreca que se aplique la causal de preclusión inserta en el numeral 2° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004.

LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Luego de resumir lo sucedido y los antecedentes importantes, el Tribunal aborda los motivos aducidos por la Fiscalía para solicitar la preclusión del trámite.

A continuación, anuncia que no se aceptará la solicitud de preclusión.

Para ese efecto, comienza por destacar que el contenido del numeral primero del artículo 63 del C.P., es lo suficientemente claro, en cuanto, prohíbe otorgar el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena a personas condenadas a más de 4 años de prisión, de lo cual se sigue que al disponer dicho beneficio en la providencia que se le cuestiona, la indiciada actuó por fuera de lo previsto allí.

A renglón seguido, reseña cómo, acorde con la jurisprudencia, el error de prohibición deriva en directo –cuando la persona desconoce que existe la prohibición-, e indirecto –en los

casos en que considera que a pesar de existir la prohibición, en su caso se alza una causal de exclusión de responsabilidad.

En el asunto debatido, razona el A quo, debe descartarse la variante directa, en tanto, la indiciada "cita la existencia de la norma que contempla la prohibición, tanto que lo cita y reconoce que ese requisito no lo cumple, no se satisface".

De esta manera, prosigue la decisión atacada, ha de considerarse que lo postulado por la Fiscalía atiende a un error de prohibición indirecto. Sin embargo, el ente acusador no explicitó cuál es la causal de exclusión de la responsabilidad penal que erradamente entendió la indiciada operaba a su favor.

Así mismo, después de reproducir los argumentos expuestos por la funcionaria para otorgar la suspensión condicional de la ejecución de la pena al condenado en su despacho, significa el A quo que la causal propuesta por el Fiscal dice relación con el elemento culpabilidad, mismo que encierra la no exigibilidad de otra conducta.

Si ello es así, razona, la indiciada debió acudir a otros medios legales que le ofrece el ordenamiento jurídico, en particular, el artículo 461 de la Ley 906 de 2004, por remisión expresa al 314-4 ibídem, que faculta otorgar la prisión domiciliaria en casos de enfermedad grave, asunto también tratado por el artículo 68 del C.P., en torno de la reclusión domiciliaria u hospitalaria.

De otra parte, la Sala A quo advierte que varios de los argumentos planteados por el Fiscal en torno a las razones de orden constitucional que soportaron la decisión estimada prevaricadora, no se contienen allí. En particular, acerca de la supuesta excepción de inconstitucionalidad, se desconoce qué normas son las vulneradas por el artículo 63 del C.P.

Por último, después de significar que la defensa no puede postular, motu proprio, otra

causal de preclusión, dado que no fue la solicitante de la audiencia, el Tribunal efectuó algunas precisiones dogmáticas referidas a la causal por atipicidad –numeral 4º, artículo 332 de la Ley 906 de 2004-, para de allí concluir que las mismas consideraciones efectuadas en torno del error de prohibición operan en este caso, a fin de colegir que no se observa carente de dolo lo ejecutado por la indiciada –en cuanto, remite al conocimiento de la norma que prohíbe la conducta y la voluntad de ejecutarla a pesar de ello-.

En la audiencia en que se profirió la decisión, el Fiscal solicitante, junto con la defensa, interpusieron y sustentaron el recurso de apelación.

CONTENIDO DE LA IMPUGNACIÓN

1. La fiscalía

El Fiscal Delegado ocupa amplio espacio de su impugnación en reiterar lo expuesto en la solicitud de preclusión.

Ya sobre aspectos puntuales de lo decidido por el Tribunal, advierte que sí delimitó las circunstancias que gobiernan el error de prohibición atribuido a la indiciada, solo que no aludió a una causal de justificación específica, porque de existir ella habría acudido a la causal por atipicidad objetiva de la conducta o no manifiestamente contraria a la ley.

Recalca que no se trata de un error de tipo, ya que la misma indiciada advirtió conocer todos los elementos del tipo, pero entendió que podía recurrir a principios constitucionales y a los fines de la pena, en cuanto valores superiores encaminados a proteger la dignidad humana.

Solicita que se examine a través del principio de caridad la argumentación consignada en la

decisión que se critica, pues, aunque no lo dijo expresamente, debe entenderse que los fundamentos de la libertad otorgada estriban en los principios de dignidad humana y de prevención especial positiva.

Asevera que la funcionaria escogió el camino difícil pero adecuado y no se le puede castigar por hacer lo que “debe hacer un verdadero juez”. Mucho menos, agrega, si la carga argumentativa consignada en la decisión fue seria y fundada, ratificada por decisiones de la Corte Constitucional, que reclaman atender a los fines de la pena, en particular, el de prevención especial positiva, de cara a los subrogados penales.

A renglón seguido, el apelante cita tratadistas extranjeros y prácticas de otros países (en Alemania se aplica la llamada dispensa de pena respecto de quienes ya han padecido suficiente dolor con el hecho), para de allí sostener que a la funcionaria, que constitucionalizó su decisión así no lo expresara textualmente, más que castigársele debe ser objeto de felicitación. Incluso, advierte el impugnante de su experiencia personal y cómo en calidad de funcionario ha actuado de manera similar a la forma en que lo hizo la indiciada.

Finalmente, reitera su solicitud de que se revoque la decisión del Tribunal y en su lugar se decrete la preclusión a favor de la Doctora Patricia Medina Torres.

2. La defensa

Reitera lo postulado por el Fiscal en su solicitud y sustentación del recurso de apelación, para de ello concluir que, en efecto, las pruebas acopiadas (otras dos decisiones similares de la indiciada y su interrogatorio) verifican que estimó adecuado acudir a preceptos constitucionales para conceder la libertad al acusado, sin que asumiera viables otras opciones, entre ellas la prisión domiciliaria, dadas las condiciones de salud del condenado.

Si bien, agrega, no señaló expresamente que aplicaba la excepción de inconstitucionalidad, ello se debe a la amplia carga laboral de su despacho, a que las decisiones deben ser claras, concretas y por razón de corresponder lo actuado a un proceso abreviado por preacuerdo, que no exige mayor argumentación en su resolución.

De otro lado, la defensora controvierte la decisión del Tribunal atinente a que no podía ella mutar la causal de preclusión ya que la palabra le había sido concedida para pronunciarse respecto de lo solicitado por el Fiscal, pues, en su entender, sí es factible, en estos casos, optar por una diferente.

En atención a ello, agrega, fue que se invocó la atipicidad objetiva de la conducta atribuida a la indiciada, dado que no se aprecia manifiestamente contraria a la ley la decisión, como quiera que apenas aplicó al caso concreto la excepción de inconstitucionalidad, aunque de manera breve por virtud de la naturaleza anticipada del fallo.

Solicita, en consecuencia, que sea revocada la decisión del A quo para, en su defecto, acceder a la pretensión de preclusión.

DECISIÓN DE LA CORTE

Previo a asumir el estudio central de lo debatido en la impugnación presentada por la Fiscalía y la defensa, la Corte estima necesario precisar la posibilidad de que la defensa, cuando no solicitó la preclusión, interponga recurso de apelación contra la decisión que la niega; las facultades que cobijan a la defensa cuando se realiza el traslado de la solicitud, y las que competen al funcionario de segunda instancia, de cara a la causal propuesta por el petionario.

Ello, por cuanto (i) el Tribunal dio la condición de apelante a la defensa y le permitió no solo interponer el recurso, sino sustentarlo; (ii) la defensa sostuvo en el alegato como impugnante, que perfectamente podía acudir a causal diferente a la propuesta por la

Fiscalía; y (iii) el fiscal significó al final del argumento de apelación, que la Corte perfectamente puede acudir a una causal diferente para declarar la preclusión de la acción penal.

Se requiere, entonces, definir (iv) cómo lo sostenido por la Fiscalía y la defensa incide en la competencia material de la Corte para resolver las cuestiones planteadas.

(i) Aunque no han sido muchas las decisiones expedidas sobre el particular, sí es pacífica y reciente la tesis de la Corte referida a las limitaciones que acompañan a la defensa cuando la potestad de solicitar la preclusión compete, como aquí sucede, a la Fiscalía.

En este sentido, advertida la Sala de la tarea de simple coadyuvancia atribuida a la defensa cuando se trata de la facultad que por ley se atribuye a la Fiscalía para solicitar en la etapa investigativa la preclusión de la acción penal, se ha entendido necesaria consecuencia lógico-jurídica de ello, que similar papel desempeñe en las posibilidades de impugnación, esto es, que al carecer de legitimidad en la pretensión, no puede oponerse de manera directa a la decisión denegatoria y, en consecuencia, su intervención en este caso depende de que la Fiscalía efectivamente controvierta lo resuelto por el A quo, en cuyo caso el traslado para el defensor opera en calidad de no impugnante, limitado por los argumentos del apelante, a fin de coadyuvarlos.

En reciente decisión esto dijo la Corte, reiterando jurisprudencia de antaño (auto del 26 de abril de 2017, radicado 49993):

“En este caso, no es procedente concederle a la defensa el recurso de apelación en contra del auto proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla el 22 de febrero del año en curso, por las siguientes razones:

De tiempo atrás, la Sala ha aclarado que la defensa no está legitimada para apelar el auto a través del cual se deniega una solicitud de preclusión presentada por la Fiscalía General de

la Nación. Ha dicho:

La Sala ha tenido oportunidad de precisar que la parte llamada a impugnar la negativa del juez a declarar la preclusión es la misma que se encuentra habilitada para hacer la petición, esto es, la Fiscalía. En ese contexto, los demás intervinientes deben estarse a los argumentos de aquella para, luego, actuar como no recurrentes, ya coadyuvando, ya oponiéndose a las pretensiones del ente acusador, en tanto en las fases de indagación e investigación la ley confirió exclusivamente a este la potestad de postular ese tipo de decisiones; de tal forma que de permitir impugnaciones a una parte diferente comportaría que se facultase a un interviniente diverso para realizar tales peticiones en contra del mandato legal (autos del 1º y 15 de julio de 2009, 15 de febrero y 27 de julio de 2010, radicados 31.763, 31.780, 31.767 y 34.043, respectivamente).

Así, la regla general respecto de que las providencias interlocutorias, carácter que ostenta la que niega la preclusión solicitada por la Fiscalía, admiten el recurso, debe ser valorada de conformidad con el sistema de partes implementado en la Ley 906 del 2004, de donde resulta que ese medio de gravamen solamente puede ser propuesto por el sujeto procesal legitimado para hacer la solicitud, en tanto si por mandato legal solamente la Fiscalía puede hacer lo último y esta declina recurrir la negativa del juez, esto es, muestra conformidad con lo resuelto, mal podría permitirse que un interviniente diverso impugnase con la pretensión de que la segunda instancia disponga la preclusión, pues en tal supuesto lo que acontecería en la práctica sería la habilitación de ese recurrente para reclamar y lograr la preclusión, cuando ello solamente está permitido al “dueño” de la acción penal, que lo es la Fiscalía.

Con mayor razón, la defensa no está facultada para impugnar el auto que pone fin al trámite de preclusión, cuando ello obedece a la decisión de la Fiscalía de desistir de la solicitud que previamente había presentado, sin perjuicio de los debates que puedan presentarse en torno a si dicho desistimiento era procedente luego realizada la audiencia de sustentación, lo que escapa al objeto de decisión de la Sala en el ámbito del recurso de

queja.

En efecto, si lo que se plantea es que la aceptación del desistimiento presentado por la Fiscalía es una forma de negar la preclusión en principio solicitada por esa entidad, o que se trata de una decisión “equivalente”, la defensa no estaría legitimada para presentar el recurso de apelación, por las razones atrás indicadas.”

(ii) De manera clara y expresa, el artículo 331 de la Ley 906 de 2004 atribuye exclusivamente al fiscal la potestad de solicitar la preclusión por alguna de las causales instituidas en el artículo 332 ibídem, “en cualquier momento”; al tanto que el parágrafo de esta última norma permite excepcionalmente que la pretensión radique en cabeza del Ministerio Público y la defensa –huelga señalar que también la Fiscalía-, pero únicamente con relación a las causales 1 y 3, y durante el juzgamiento.

Ya respecto del contenido de los artículos en cita la Corte ha construido sólida jurisprudencia que delimita la intervención pasible de adelantar por la defensa cuando la solicitud de preclusión es planteada por la fiscalía, al punto de determinarla accesoria, como quiera que no es facultada por la ley para adelantar su particular pretensión, de lo que se sigue que el traslado otorgado a ella en curso de la correspondiente audiencia opera apenas para coadyuvar o manifestarse frente a lo postulado por el fiscal.

Ello significa, en estrictos términos procesales, que por incapacidad y falta de iniciativa, la intervención de la defensa se ofrece subsidiaria y necesariamente mediada por los argumentos del fiscal, que en su caso constituyen límite de la misma.

Entonces, no es posible que la defensa aproveche el traslado que de lo pretendido por la Fiscalía se le hace, para plantear otra hipótesis preclusiva diferente o referirse a otros hechos que la nutran, pues, con ello no solo desnaturaliza la esencia de la normativa que hace radicar en cabeza exclusiva y excluyente del Fiscal el derecho de postular la terminación temprana del asunto, sino que excede los límites propios de dicho traslado.

(ii) No es cierto, como de manera abierta lo postula el Fiscal del caso en su impugnación, que de verdad el funcionario encargado de resolver la solicitud de preclusión, en primera o segunda instancia, tenga la facultad de acudir a otra causal para dar por terminado el asunto, así esta no haya sido invocada o sustentada por el solicitante.

Huelga reseñar que este tipo de solicitudes no solo son rogadas, sino que reclaman de adecuada sustentación en lo fáctico, lo jurídico y lo probatorio, sin que de manera alguna el funcionario judicial encargado de resolver la cuestión tenga la posibilidad de efectuar análisis diferente a lo argumentado expresamente por la parte.

El principio de limitación judicial, para lo que compete al juzgador de segundo grado, impide que este haga pronunciamientos ajenos al motivo de controversia.

Pero además, la necesaria imparcialidad judicial obliga a que el funcionario singular y colegiado se abstengan de actuar de manera oficiosa, para que no se les entienda representando el interés de determinada parte.

Cierto, sí, que la Sala ha hecho algunos pronunciamientos sobre el particular, en los cuales establece pautas de acción. Pero en ellos, debe enfatizarse, no se ha relacionado la posibilidad amplia y abierta a la que alude el impugnante.

En efecto, en el radicado 34919, del 17 de noviembre de 2010, la Corte señaló:

“1- Una adecuada lectura de lo expresado arriba permite colegir, a diferencia de lo que entendió erradamente el Tribunal, que si la Fiscalía ha presentado elementos de juicio concretos y argumenta razonadamente acerca de la existencia de una causal que impide continuar con el trámite, dentro de la órbita del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, la pretensión no puede ser desechada o respondida negativamente sólo porque el funcionario se equivocó en la postulación de la causal, pues, sólo basta con que se verifique si esos hechos, las pruebas que los respaldan y el argumento jurídico, se corresponden o no con

alguna de las varias causales consagradas en la norma.

Cosa diferente es que una vez desestimados esos hechos, pruebas y argumentos jurídicos en frente de alguna de las causales, el encargado de decidir acuda a otros y con ellos soporte la decisión de preclusión, pues, allí sí estaría desplazando a la parte y vulnerando ostensiblemente el principio de imparcialidad.”

Esta posición fue reiterada por la Sala en decisiones posteriores¹; incluso, en el radicado 48204, del 18 de agosto de 2016, se detalló su efecto, advirtiéndose que:

“Aun cuando nada impide que el Juez de Conocimiento varíe la causal alegada, si advierte que la misma no se corresponde con los hechos, alegaciones y normas de soporte, no es posible que se reemplacen o agreguen tópicos que no hubiesen sido tratados y tampoco valorar elementos materiales probatorios a los que no se hizo mención en la audiencia”.

De lo anotado se extracta que por regla general los jueces no pueden declarar la preclusión por causal diferente a la propuesta por el solicitante, salvo algunas excepciones, que corresponden a que, si bien, se alega determinada causal, la argumentación fáctica, jurídica y probatoria remita a una diferente, que es declarada por el funcionario judicial si se demuestran dichos factores.

En estos eventos, reitera la Corte, no existe violación del principio de imparcialidad judicial, porque el juez no está decidiendo por fuera de lo efectivamente argumentado y demostrado por la parte.

Así lo sostuvo recientemente la Sala²:

“En este sentido, si la causal alegada se encuentra probada, el juez debe disponer la preclusión, aun cuando considere que la terminación del proceso también procede por motivo diferente. Por el contrario, si la decisión consiste en negar la existencia de la causal

propuesta 'no pueden los jueces entrar a hacer juicios de valor sobre otras causales que no le han sido puestas de presente, porque en tal caso se estaría desbordando la actividad judicial al entrar a resolver cuestiones que no le han sido planteadas y tampoco debatidas». (CSJ AP 8 feb. 2008. Radicado 28908; CSJ AP. 15 jul. 2009. Radicado 31780; CSJ AP 18 may.2011 Radicado 35826).

Por excepción, cuando los elementos de conocimiento base de la solicitud permiten establecer la procedencia de la preclusión por algún motivo diferente al invocado, por economía procesal debe decretarse, siempre que "sus componentes estructurales (...) así lo determinen".

(iv) Lo verificado en precedencia permite advertir, en primer término, que el Tribunal equivocó el trámite cuando permitió de la defensa interponer por sí y para sí el recurso de apelación, otorgando el traslado para ese efecto y no apenas para la coadyuvancia que le permite la ley, en cuanto parte accesoria del trámite.

Empero, no entiende la Sala que el yerro sea trascendente de cara a lo sucedido y a los efectos que el dicho traslado produjo, pues, perfectamente puede asimilarse la argumentación de la defensa como propia de la coadyuvancia que apareja su calidad de no recurrente, sin que ello represente efecto adverso ninguno para esa parte o las demás que intervinieron en el trámite.

Es por esta razón que no se advierte necesaria ninguna decisión invalidante de lo actuado, aunque, como se anotará a renglón seguido, solo quepa examinarse el apartado en el cual controvierte las razones por las que el Tribunal negó la solicitud de la Fiscalía, acorde con la causal planteada por esta.

En efecto, dado que a la defensa no le cabía la posibilidad de apartarse, en su condición de coadyuvante, de la pretensión fijada por la Fiscalía en la solicitud, radicada en específica causal de preclusión, todo lo que desbordó esa calidad accesoria, esto es, el planteamiento

dirigido a determinar materializada una distinta causal, por atipicidad de la conducta, debe ser desestimado, o mejor, no puede obtener respuesta judicial, como así lo sostuvo el Tribunal.

Por último, en lo que al aspecto procedimental atañe, en el caso concreto, desde ya se enuncia, no es factible que la Corte examine otras posibles causales que se acomoden a la argumentación y demostración fáctico jurídica del Fiscal, acorde con los casos excepcionales que habilitan extender la decisión, dado que este de manera enfática y reiterada hizo hincapié en que la causal materializada lo es exclusivamente la segunda del artículo 331 de la Ley 906 de 2004, respecto de un supuesto error de prohibición que se ocupa ampliamente de tratar de explicar, incluso reseñando las razones por las cuales entiende que lo alegado no puede corresponder a otro tipo de yerro.

El caso concreto

Sobre lo que se discute, en la sistemática acusatoria diseñada por la Ley 906 de 2004, el mecanismo extraordinario de terminación del proceso por vía preclusoria atiende a unas condiciones formales y materiales bastante sui generis, en tanto, conjuga la cierta independencia y autonomía del fiscal, con la necesaria intervención judicial y unas específicas causales que atienden a la fuerte influencia ejercida por el principio de legalidad.

En estas condiciones, también lo ha señalado la Sala, al Fiscal no se le entrega plena disposición en lo que atiende a la decisión de terminar o no prematuramente el proceso, en tanto, luego de verificar que, en efecto, se materializa la causal específica, ha de acudir ante el juez a demostrar su existencia, derivando en pretensión su convencimiento.

De esta forma, en virtud de que el diseño procesal exige directa y profunda intervención del juez y, además, por ocasión de la naturaleza del mecanismo y su efecto sustancial de cosa juzgada, es necesario que se haya demostrado fehacientemente la causal invocada, lo cual

demanda del solicitante, para que su pretensión tenga buena fortuna, ofrecer elementos objetivos que permitan verificar cubiertos a satisfacción los requisitos que determinan la imposibilidad de continuar con el proceso.

Esa argumentación reclamada del fiscal, debe relevarse, opera desde diferentes ángulos, lo que obliga no solo la elaboración dogmática propia de la causal y de su aplicación al caso específico, sino de adecuada postulación fáctica y probatoria, a cuyo tenor pueda verificarse que, en efecto, lo recogido en este último ámbito es no solo suficiente, sino adecuado para llevar a la conclusión que soporta la tesis de terminación extraordinaria del proceso.

En este sentido, una primera verificación que realiza la Sala atiende a la forma en que el peticionario desplegó amplio espacio a presentar una elaboración teórica no solo farragosa, sino impertinente, pues, a partir de especulaciones propias construye unos hechos que de entrada se verifican ajenos a lo que la prueba objetiva hasta el momento recogida demuestra.

Respecto de la alegación en cita, la Corte advierte cómo el Tribunal soportó fundadamente su negativa a otorgar la preclusión reclamada, en que el Fiscal, a pesar de invocar la causal segunda, soportado en un presunto error de prohibición, nunca precisó cuál fue la causal de justificación que erradamente entendió operar a su favor la indiciada.

A ello respondió en su alegato de apelación el solicitante, sosteniendo que, precisamente, no aludió a ninguna causal concreta de justificación, porque de haber entendido materializada alguna, la pretensión se hubiese basado en la atipicidad de la conducta.

Nada más errado, verifica la Sala, en evidente confusión dogmática del apelante, quien incluso pasa por alto las muchas citas de tratadistas exhibidas en su argumentación teórica.

En efecto, esos mismos tratadistas traídos a colación señalan, para decirlo de manera

elemental, que el error de prohibición opera de forma directa e indirecta.

Lo primero, ocurre en los casos en los que el agente ignora que existe una norma que prohíbe el comportamiento, vale decir, para el tema que ocupa la atención, estima que el prevaricato es ajeno a nuestro sistema penal.

Lo segundo se presenta cuando la persona, si bien, conoce que el comportamiento es ilícito -vale decir, que emitir una decisión manifiestamente contraria a la ley se reporta delito de prevaricato-, asume que en su situación particular se materializa una causal de justificación.

Así descrita, de manera sencilla, la lógica del error de prohibición, elemental emerge que su postulación demanda demostrar, en este caso, o que la indiciada no conocía la existencia del delito de prevaricato, afirmación bastante discutible si se considera que se trata, precisamente, de una juez penal; o que entendió ella que en el asunto se le permitía actuar como lo hizo por ocasión de operar en su favor una causal de justificación, que en la práctica no existía.

Es el caso, para que se entienda mejor con un ejemplo, de la llamada legítima defensa putativa, en el cual la persona cree que la están atacando y por ello actúa en contra de otra.

En estos eventos, cabe precisar que se hace menester referir dos circunstancias específicas: la causal de justificación de la que se hace uso erradamente; y las razones objetivas que condujeron al agente a estimar, erradamente, que en su caso se cubría dicha causal.

De esta manera, basta observar la argumentación del solicitante, reiterada en el recurso de apelación, para verificar inconcuso que nada realizó en el cometido de determinar estos dos factores esenciales, pues, a la ya mencionada omisión en referir cuál pudo ser la causal de justificación erradamente asumida por la indiciada, se suma que jamás se verificó cómo o

por qué incurrió en error.

Sobre el particular, cuando el recurrente sostiene que de haber hallado una causal de justificación hubiese acudido a la causal por atipicidad objetiva de la conducta, parece confundir el objeto respecto del cual recae el error de prohibición, pues, se recuerda, el mismo atiende al delito de prevaricato y la creencia errada de que aun emitiéndose una decisión contraria a la ley, ello es avalado por una causal de justificación; y no a la norma que regula la suspensión condicional de la ejecución de la pena, artículo 63 del C.P.

Desde luego, si efectivamente la circunstancia de justificación se materializa, lo pasible de solicitar, en punto de preclusión, no lo es la aplicación de la causal inserta en el numeral 4° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, por atipicidad de la conducta, sino la contemplada en el numeral segundo -la misma que ha hecho valer el apelante, pero no por error en la causal, sino en razón a haberse efectivamente presentado, en cuyo caso, huelga anotar, también era necesario precisar cuál en concreto es la causal de justificación-, que a la letra reza: “Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal”.

Se reitera, si se acude al error de prohibición indirecto, al Fiscal le cabía como carga ineludible demostrar dos hipótesis: la existencia de una causal de justificación específica, también inserta en el artículo 32, pero ajena a la del ordinal 10, inciso segundo -dado que respecto de esta se alza una relación de continente a contenido-, y la objetiva situación que llevó a errar a la indiciada acerca de su efectiva ocurrencia.

Lejos de ello, de manera reiterada y amplia el funcionario se ocupó de registrar normas y principios constitucionales, cuando no propios del bloque de constitucionalidad, o postulados acuñados por muchos tratadistas, pretendiendo demostrar que, en esencia, existían razones valederas que soportan la decisión de conceder al condenado por la indiciada, pese a no cubrirse el requisito objetivo, la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Esa argumentación, debe significar la Sala, se aprecia bastante equívoca, cuando no contradictoria, en tanto, lejos de dirigirse a demostrar las dos aristas básicas de la causal alegada, destacadas en precedencia, parece encaminada a sostener la plena legalidad de lo resuelto.

No de otra manera puede interpretarse la continua alusión a la naturaleza constitucional de la función judicial o al cumplimiento estricto de claros postulados de esa estirpe, entre ellos el de dignidad humana, hasta derivar en una especie de diatriba contra los jueces que aplican expresamente la ley.

Tan férrea defensa de las circunstancias que legitimaban conceder al condenado el beneficio excarcelatorio, que desnaturaliza por completo el soporte de la causal alegada, como quiera que dentro de los variados argumentos nunca se precisó cómo esos factores pudieron llevar a error a la indiciada, o de qué manera se prefiguró el mismo; en contrario, lo único factible de concluir es que el yerro radica en todos y cada uno de los funcionarios que en similares condiciones aplican el contenido íntegro del artículo 63 del C.P., en lugar de acudir a la verificación extensiva de principios de muy heterogénea estirpe.

Si el Fiscal señala, al efecto, que en lugar de condenarla, la indiciada debe ser felicitada por su actuar, evidente se aprecia que el norte de lo propuesto se aleja bastante de la causal expuesta en su petitorio, así en ocasiones alude a que, efectivamente, la decisión emerge equivocada, sin ocuparse de significar, entonces, dónde, en presencia de tan excelsa ponderación de lo realizado, radica el yerro.

La radical oposición entre la causal propuesta y la argumentación de base, impone necesaria la confirmación de la decisión denegatoria del Tribunal, entre otras razones, porque, como se sostuvo allí, el solicitante pasó por alto identificar los elementos esenciales de la misma.

Pero, además, si se dijera que la profusa argumentación del fiscal tiene un norte definido de

cara a posibilitar la dispensa penal que se solicita a favor de la indiciada, habría que señalar, en el campo estrictamente probatorio, que ella resulta impertinente de cara a los elementos de juicio recogidos.

Esto es, si se anotó ya que en atención a sus efectos la solicitud de preclusión ha de venir acompañada, a más del juicioso estudio jurídico, de suficiente y adecuada verificación probatoria, la conclusión obligada de hacer en el caso presente es que el Fiscal desatendió por completo esa labor.

A este respecto, extraña a la Corte la manera acrítica como el solicitante examinó los medios suasorios hasta el presente recogidos, pues, sin aventurar ningún análisis de veracidad, credibilidad o contraste, de buenas a primeras asumió como cierto lo que expuso en su interrogatorio la indiciada y a partir de allí construyó la tesis de apego constitucional.

La Sala advierte que el examen del tópico emerge algo más complejo, ostensible como se hace la incompatibilidad entre lo que la prueba objetiva arroja y lo que al respecto significó la indiciada.

En efecto, basta leer de manera desprevenida el apartado del fallo en el cual la funcionaria investigada concedió al condenado por su despacho el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, para extractar evidente la completa ausencia de argumentos que corroboren lo que después refirió en el interrogatorio.

En la sentencia cuestionada, se recuerda, la funcionaria partió por señalar expresamente que no se cumple el requisito objetivo contemplado en el artículo 63 del C.P.

Luego, sin embargo, sostuvo que analizado el factor subjetivo, se aprecia el arraigo del procesado, quien convive con su familia y estudia, pero además, sufrió graves lesiones por consecuencia de la intervención policial en su captura, que reclaman de urgente atención médica.

Después de describir las heridas y el tratamiento recomendado por los galenos, concluye la decisión que “teniendo en cuenta tan difícil situación médica, este Despacho considera que alguien tan joven y sin antecedentes penales; requiere para su recuperación desplazamiento constante a controles médicos, lo que solo puede hacerse gozando de su libertad de locomoción. En tal consideración se considera que merece una segunda oportunidad a fin de que se reivindique consigo mismo, su familia y la sociedad, razón por la cual se le concederá el derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un periodo de prueba de tres años...”.

Como se ve, la funcionaria en soporte de su decisión acudió a un argumento jurídico –el examen del elemento subjetivo del artículo 63 del C.P., a pesar de no cumplirse el objetivo- y varios fácticos que parecen acomodarse a ese factor, entre los cuales descuellan: el arraigo familiar, la dedicación al estudio, la corta edad, la carencia de antecedentes penales y la necesidad de desplazamiento a constantes controles médicos, que demandan de su capacidad de locomoción.

Huelga sostener que jamás en el texto reseñado se hizo alusión a principios constitucionales o siquiera a las finalidades de la pena, ni mucho menos se remitió a normas internacionales o tratadistas de variado cuño. Tampoco, cabe destacar, se hizo mención siquiera adjetiva a la posibilidad de aplicar algún tipo de excepción de inconstitucionalidad.

Empero, sometida a interrogatorio la funcionaria destacó que la concesión del mecanismo de libertad operó consecuencia, fundamentalmente, de las excepcionales condiciones médicas del condenado, razón por la cual estimó que podía acudir, pese al incumplimiento del factor objetivo, al requisito subjetivo del artículo 63, en virtud de la excepción de inconstitucionalidad, que aplicó “de manera tácita”, dado que, conoce, estado de cosas inconstitucional en las cárceles “y de la comparación con legislación y jurisprudencia española...”; a más de auscultar “los fines de la pena de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado”. Después, acota

que se debe respetar la normatividad inserta en la Convención Americana de Derechos Humanos y las sentencias de la Corte Interamericana (cita algunos apartados) en las cuales se obliga a que las personas privadas de la libertad se hallen en condiciones dignas.

Pues bien, teniéndose claro que el examen de la conducta no puede operar ex post, sino en consideración a las circunstancias existentes al momento de expedir la providencia y de cara a lo que allí se argumenta, para la Corte, como se anotó antes, se verifica completamente disonante la motivación que ahora, en el interrogatorio, expone la indiciada, con lo que directa y expresamente se extracta del fallo que se le critica.

Independientemente de si las razones aducidas por la funcionaria explican o justifican su conducta, pues no es este el examen que ahora se adelanta y la Corte tampoco se halla en capacidad de significar en su actuar algún tipo de compromiso penal, es lo cierto que la explicación ofrecida carece de soporte, o mejor, se contrapone a lo que el texto de su decisión informa.

En este sentido, la Sala no puede prohiar las tesis de consuno expuestas por el Fiscal solicitante y la defensa, que sin ningún elemento de sustento buscan explicar la razón por la cual dicha excepción de inconstitucionalidad operó de manera tácita, como si de verdad un argumento de tanto peso, que tiene como efecto sustancial el desconocimiento o apartamiento de lo que consagra la ley, efectivamente pueda exponerse de manera velada o dejarse al amparo de lo que puedan entender las partes.

No pretende la Sala establecer reglas de conducta judicial, ni mucho menos, obligar determinadas actuaciones, pero inobjetable se observa que en ningún caso es posible atender al apartamiento directo y consciente de la ley, si en virtud de ello no se exponen de manera amplia y profunda las razones que obligan a ello.

Es esta una exigencia no solo elemental sino obligada, de cara a la actividad judicial y el necesario apego a la ley que del juez se demanda.

Por ello, no es factible asumir que en un asunto de tanta envergadura, factores como la carga laboral o la naturaleza anticipada de la sentencia, aducidos por la defensa, impidan exponer de manera suficiente las razones por las cuales el funcionario no cumple con lo que la ley dispone.

Si de verdad, como lo señala en su interrogatorio, la juez investigada quería hacer valer principios constitucionales y normativa internacional a fin de omitir conscientemente aplicar lo que de manera clara y simple consagra el artículo 63 del C.P., cuya naturaleza y efectos dice conocer, nada explica que dejara de plasmar en el texto de la decisión esas razones y en lugar de ello se limitara simplemente a exponer que se cumple el factor subjetivo de la norma para conceder el subrogado penal.

De un juez de la República que dice conocer tan detalladamente, dada su experiencia de muchos años, la normativa y principalística constitucionales, no es factible colegir que ignora la amplia, necesaria y profunda cauda motivacional que impone el aplicar la excepción de inconstitucionalidad en un caso específico.

Es por esta razón que se ofrece inaceptable la solicitud del fiscal, encaminada a que se haga valer aquí el principio de caridad, como si de verdad el mismo pueda predicarse a favor de quien no solo se reputa profesional en la materia, sino, como ella misma lo reseña, con amplia experiencia y profundo conocimiento del tema.

Huelga afirmar que en el caso examinado el principio de caridad no puede utilizarse para suplir lo que la decisión no contiene y, además, se instituye como obligación inexcusable para el funcionario judicial.

Se olvida, con la postura del apelante, que precisamente la obligación de motivar se erige en soporte constitucional y legitimación de la decisión judicial, en respeto de caros principios como los de igualdad y seguridad jurídica.

Para lo que se examina, cabe destacar que la motivación de lo decidido es el factor sustancial en el cual se ampara la conclusión de que lo resuelto obedece a una sólida interpretación constitucional o legal, y no apenas al capricho del funcionario judicial.

Esto es, si existe una norma cuyo tenor expreso no llama a confusión ni ha sido objeto de controversia en su aplicación, al punto que la generalidad de los jueces la hacen valer sin dificultades, los principios de legalidad, seguridad jurídica e igualdad, demandan del funcionario judicial que decida apartarse de la norma o darle una interpretación ajena a su texto, concreta y profunda motivación que permita conocer las razones en las que se soporta tan diametral oposición a lo pacífico.

Si el funcionario judicial obvia esta que se entiende obligación ineludible, de ninguna manera es factible, como lo intenta el Fiscal, acudir a especulaciones para cubrir el vacío motivacional.

Habría que decir, en contrario a como razona el impugnante –quien encuentra una especie de valor agregado en el funcionario que constitucionaliza su tarea, como si todos ellos no tuvieran ese como norte- que lo criticable no es la labor del juez que aplica la ley de manera adecuada, sino el apartamiento inmotivado de lo que esta consagra.

Esto es, de lo que se trata, no es de aplaudir al funcionario temerario que aplica su particular concepción del derecho, sino de aceptar como adecuada la postura que de forma razonada y seria explica los motivos por los cuales debe apartarse del texto de la ley.

Es que, si en efecto, como lo sostiene la indiciada en su interrogatorio y lo reitera la defensa en el traslado del recurso de apelación, la inobservancia del artículo 63 del C.P., solo se justifica en la excepcionalidad del caso sujeto a examen aquí, esto es, dadas las condiciones de salud del procesado, el estado inconstitucional de las cárceles y la necesidad de ofrecer unas condiciones dignas al condenado, no se entiende entonces cómo en otras ocasiones que distan mucho de corresponder a tan dramática situación, la indiciada desconoció de

igual manera la talanquera objetiva consagrada en la norma y sin más otorgó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Mírese, sobre lo expresado, que en fallo expedido el 10 de septiembre de 2015, ninguna situación especial operaba en favor del condenado a una pena de 94 meses y 15 días de prisión por el delito de porte de armas, pese a lo cual, basada en la edad del procesado (42 años, aunque no se explica por qué esta es factor positivo para acceder al beneficio), el arraigo, la actividad laboral y la conclusión de que el acusado “no constituye un peligro para la sociedad” –pese a que fue condenado años atrás por los delitos de porte de arma, secuestro y hurto calificado-, se le otorgó el sustituto con la misma fórmula referida en la decisión que aquí se controvierte, esto es “a fin de que se reivindique consigo mismo, su familia y la sociedad”.

De forma similar, en sentencia del 22 de enero de 2015, coincidentalmente también respecto de un delito de porte ilegal de arma de fuego por el cual se impuso pena igual de 94 meses y 15 días, fue otorgado al procesado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pese a que se reconoció no cumplido el factor objetivo del artículo 63 tantas veces citado.

A fin de conceder el beneficio, la funcionaria argumentó que el arma decomisada es de las llamadas artesanales, que “el imputado contaba con tan solo 21 años de edad”, carece de antecedentes penales, fue capturado en registro de rutina, tiene arraigo familiar y es carpintero. Por ello, consideró el despacho que “es viable concederle una segunda oportunidad para que se reivindique consigo mismo, su familia y la sociedad”.

El que la indiciada haya instituido el apartamiento de lo consagrado en el artículo 63 del C.P., como soporte de varias libertades concedidas, lejos de apuntalar la causal de preclusión aducida por la Fiscalía, la desvirtúa, en tanto, se hace evidente que en ninguna de ellas ofreció argumentos sólidos, ni mucho menos de principalística constitucional o legal

para desconocer el mandato expreso de la ley –ni qué decir de algún tipo de mención a la excepción de inconstitucionalidad-, pero además, indica evidente que no es en circunstancias excepcionales que ello sucede.

Desde luego que, en los otros dos casos allegados, no existe posibilidad de acudir a presupuestos tales como la dignidad humana o imperativos vitales, para soportar una libertad ilegal apuntalada en circunstancias extrañas a la norma, como lo son el arraigo familiar o la edad del procesado.

Esa reiteración carente de soporte válido, pero además, de motivación que permita conocer las razones por las cuales no se hace valer el contenido íntegro de la norma que impide la concesión del subrogado en penas superiores a 4 años, hace ver que lo examinado aquí no corresponde a un caso aislado o excepcional.

De esta manera, el examen conjunto y crítico de los elementos de juicio arrojados por la Fiscalía, obliga concluir que no se ha demostrado –dejando de lado la ya expuesta inconsonancia argumental del solicitante-, por fuera de toda duda y objetivamente, que en efecto existen razones válidas que justifiquen o expliquen dentro de la legalidad la manifiesta contrariedad con la ley de lo resuelto en este caso y en los otros allegados como prueba.

Acorde con lo analizado en precedencia, la Sala confirmará sin modificaciones la decisión del 8 de febrero de 2018, obra del Tribunal Superior de Bogotá.

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

R E S U E L V E

CONFIRMAR la decisión recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 8 de febrero de 2018, por medio de la cual rechazó la preclusión solicitada por la Fiscalía en favor

de la doctora PATRICIA MEDINA TORRES, a quien se investiga por el delito de prevaricato por acción.

Contra esta decisión, que se notifica en estrados, no procede recurso alguno.

Cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Entre otras, C SJ. radicado 37185, del 22 febrero de 2012; radicado 33370, del 6 de diciembre de 2012; 44422, del 25 de junio de 2014; 44678, del 1 de octubre de 2014; y, 45 138, del 22 de abril de 2015.

2 Radicado 45851, del 5 de octubre de 2016

