

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado ponente

AP5374-2021

Radicación nº 58790

Acta No 294

Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Se pronuncia la Corte respecto del recurso de apelación presentado en contra de la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior de Armenia – Quindío, datada el 11 de diciembre de 2020, que negó la solicitud de preclusión de la investigación seguida contra la doctora Margoth Ortiz Torres, en su calidad de Fiscal 22 Delegada ante los Jueces Penales Municipales, respecto del delito de prevaricato por acción, previa solicitud presentada por la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de Pereira – Risaralda.

1. ANTECEDENTES

1.1. Fácticos

Da inicio a esta investigación la queja que mediante oficio No. S-2018-081037-Gaula-Coman-29.25, fechado 18 de diciembre d 2018, fue presentada por el Comandante del Gaula Quindío de la Policía Nacional¹, ante el Director Seccional de Fiscalía de Fiscalía de Armenia, en la que da a conocer que dentro de la investigación penal radicada con el

número 63 001 60 1247 2018 00552, fueron vinculados los menores E.D.R.S. y J.S.R.S.2, tras haber sido capturados en flagrancia el día 10 de diciembre de 2018, en desarrollo del operativo implementado por agentes de esa unidad policial, luego de recibir de parte de Martha Liliana Patiño, propietaria del local comercial de razón social “Tienda Milenio”, el dinero que a título extorsivo le fue exigido.

Precisando el quejoso que, al ser dejados los capturados a disposición en la Unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía de Armenia, el despacho a cargo, sin acudir al juez de control de garantías, ordenó la libertad de los dos adolescentes, aduciendo razones diferentes a las señaladas en el inciso 4º del artículo 302 de la Ley 906 de 2004.

1.2. Procesales

Adelantada la indagación contra la doctora Margoth Ortiz Torres, en su condición de Fiscal 22 Local adscrita a la Unidad de Infancia y Adolescencia de Armenia Quindío, por la presunta comisión del delito de prevaricato por acción, el Fiscal 3º Delegado el 12 de septiembre de 2019 presentó ante el Tribunal Superior de la citada ciudad, solicitud de preclusión fundada en la causal 4ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, la que fue resuelta de manera negativa, mediante proveído del 16 de octubre de 2019; decisión frente a la cual no se interpuso recurso alguno.

Así que, en sesión de audiencia programada con tal finalidad, el Fiscal argumentó su solicitud de preclusión fundamentado en la atipicidad de la conducta (numeral 4º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004), la que fue coadyuvada por la representante del Ministerio Público y el defensor de la indiciada.

2. LA SOLICITUD

2.1. Fiscal 3º Delegado

Fundó su argumento⁵ en que, si bien es cierto la doctora Margoth Ortiz Torres, en su condición de Fiscal 22 Local, adscrita a la Unidad de Infancia y Adolescencia de Armenia Quindío, ordenó de manera directa la libertad de los dos menores que fueron capturados el 10 de diciembre de 2018, en desarrollo del operativo dispuesto frente a la comisión del presunto delito de extorsión, también lo es que, tal determinación se respaldó en una argumentación razonable expresada en el “interés superior de los adolescentes y ante la duda sobre la presunta responsabilidad en los hechos por extorsión, aunado a que los adolescentes rindieron interrogatorio y aportaron el nombre del presunto responsable ante las autoridades, considera esta delegada que no evadirán el proceso, además de que no se cuenta con EMP que permitan inferir que eran un peligro para la víctima.”

Precisó que, no obstante que el Comandante del Gaula Quindío reprocha como irregular que la fiscalía haya concedido de manera directa la libertad a los adolescentes, pese a las condiciones y razones por las que fueron dejados a su disposición -se trató de una captura en flagrancia y por el delito de extorsión- no hay que pasar por alto que el delito de prevaricato por acción, previsto en el artículo 413 de Estatuto Penal, conforme a la jurisprudencia de la Corte “...comporta, en su estructura objetiva, el proferir o dictar (i) resolución, (ii) dictamen, o (iii) concepto manifiestamente contrario a la ley. De manera que, ante la ausencia de uno de esos elementos, no es factible la configuración del mencionado tipo penal.” ⁶

En tal sentido, las explicaciones entregadas por la Fiscal investigada frente a la situación resuelta, no resultan descabelladas, en tanto obedecen a la valoración y apreciación de la información y elementos que hacían parte de la actuación. A modo de ejemplo, la poca diligencia investigativa realizada para esclarecer el hecho, en contraposición a los importantes datos brindados por la joven capturada en su interrogatorio, incluso, al suministrar el nombre de quien la contactó para recoger el dinero, así como su ubicación, pero que, sin embargo, con respecto a esta persona nada se indagó.

De igual manera, al argumentar la Fiscal indiciada la duda razonable en cuanto a la participación voluntaria y consciente de los jóvenes capturados en la producción de una conducta delictiva y sopesado ello, acudir también a la normatividad aplicable, esto es, la Ley 1098 de 2006, artículo 1407, así como a las Reglas de Beijín o las mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, para, por último, definir la libertad de los adolescentes basada en que: i) las medidas a tomar en relación con éstos deben ser pedagógicas, específicas y diferenciadas y ii) en lo posible deberán limitarse a circunstancias excepcionales.

Destacó el delegado del ente acusador que la decisión adoptada por la indiciada se soportó, además, en la ausencia de circunstancias que apuntaran indefectiblemente a radicar la responsabilidad en la comisión de la conducta en los adolescentes capturados, no obstante haber sido aprehendidos en flagrancia, esto es, reclamando el dinero de la presunta extorsión, hecho que podría conducir a conclusiones equivocadas, como quiera que, en ocasiones anteriores fueron otras las personas las que acudieron con el mismo objetivo al local comercial y podría inferirse que los menores estaban siendo instrumentalizados en ese fin, así que, disponer su libertad fue una decisión adoptada conforme a la ley.

De manera que, resulta evidente el esfuerzo que hizo la indiciada por analizar lo sucedido y determinar lo jurídicamente correcto, y si erró en su apreciación, ello no determina un actuar consciente y voluntario de contrariar la ley o causar un daño.

Advirtió que la administración de justicia no sufrió afectación, como quiera que la actuación sigue adelante en el recaudo de elementos probatorios producto de las órdenes impartidas a policía judicial y con sus resultados podrá definirse la vinculación o no de los jóvenes en la comisión de la conducta delictiva.

Conforme a lo expresado, concluyó el Fiscal, ostensible es la ausencia de dolo, lo que lleva a considerar la atipicidad de la conducta y, por consiguiente, solicita la declaratoria de la

preclusión de la presente indagación.

2.2. La Representante del Ministerio Público

Se pronunció sobre la viabilidad de la petición de preclusión presentada por el Delegado, para, el efecto, consideró imprescindible confrontar los argumentos expuestos en la adopción de la decisión que se acusa de prevaricadora, con las razones dadas por la funcionaria dirigidas a explicar su conducta, además, tener en cuenta el criterio que fue prevalente para la definición del asunto y las circunstancias específicas que rodearon el acontecer.

Solo a través del análisis de dichos elementos, podrá el juez de conocimiento determinar si existió voluntad y consciencia en el actuar presuntamente constitutivo de prevaricato, siendo insuficiente inferir la existencia del dolo de la misma resolución, dictamen o concepto que se debate, pues se confundiría el elemento subjetivo y objetivo del injusto penal⁸.

De este modo, esgrimió la representante del Ministerio Público, que establecidos los requerimientos normativos frente a la conducta por la que se procede, se evidencia la carencia de demostración, esto es, la falta de prueba acerca del ingrediente subjetivo, concretamente, el dolo en el actuar de la indiciada al ordenar la libertad de los adolescentes, en tanto que, si bien puede considerarse errada dicha determinación, dista de constituir fundamento suficiente para catalogar la conducta de la funcionaria como prevaricadora, porque la estructuración del comportamiento no es meramente objetiva, sino que requiere del elemento subjetivo, atinente a la ideación de la acción, selección de medios y disposición de voluntad para actuar.

Expresó que, en su concepto, ello no aparece acreditado en el proceso, de ahí que, no sea posible aseverar que al ordenar la libertad de los dos adolescentes, la Fiscal actuara con entendimiento, consciencia y voluntad de vulnerar el bien jurídico protegido. La prueba del

ingrediente subjetivo, no radica en el mero yerro, pues de admitirlo así, se da paso a la responsabilidad objetiva, sobre la base de que la conducta ilícita se estructuró con solo emitir la determinación en cuestión, desconociendo las explicaciones dadas por la funcionaria en la ampliación de su interrogatorio.

Refirió que no se observa en el proceder de la indiciada actitud obstinada, caprichosa, ni arbitraria, tampoco voluntad de adoptar una posición contraria a la ley. Destacó que, no son los errores del funcionario los que determinan un actuar ilícito, sino las dolosas violaciones en contra del ordenamiento jurídico. En otras palabras, el abuso del derecho es el que debe ser reprochado, pero al estar ausente tal ingrediente en el actuar de la indiciada, considera que debe resolverse favorablemente la solicitud de preclusión de la investigación, solicitada por el Fiscal, con efectos de cosa juzgada.

2.3. La defensa

Señaló que tanto el Fiscal Delegado y la representante del Ministerio Público expusieron los argumentos que acertadamente sustentan la causal de preclusión, la cual aspira sea resuelta de forma favorable.

Además, de los hechos origen de este investigativo, fácilmente se colige que se trata de la utilización de menores, como suele ocurrir con conductas de esta naturaleza, evento respecto del cual, indicó, los investigadores no realizaron ningún tipo de indagación, no obstante que la joven entregó información importante para esclarecer el acontecer, aunado a que los servidores de policía que afectuaron la captura, solo se apresuraron a denunciar por la libertad de los adolescentes.

El recuento de hechos indicados por el señor Fiscal, señaló el defensor, permite establecer que el Coordinador de la Uri era quien estaba en turno, recibió el diligenciamiento, pero desatendió su deber de tramitarlo, para, entonces, “endosarlo” a su representada, quien, para ese día, contaba con importante programación de audiencias en su agenda.

Adujo que, el inciso 4º del artículo 302 de la Ley 906 de 2004 impone al fiscal hacer el filtro cuando advierte que la captura pudo ser ilegal, siendo claro que su prohijada cumplió con el test de ponderación; consideración que la llevó a suspender la detención de los jóvenes. Por tanto, no se trató de una decisión contraria a la ley, menos de carácter dolosa, siendo claro que, de no haber puesto a los capturados en libertad, hubiese incurrido en una prolongación ilícita de su detención y, por consiguiente, estima le asiste razón al Fiscal en su pedido de preclusión.

3. DECISIÓN IMPUGNADA

Mediante proveído de fecha 11 de diciembre de 2020, el Tribunal Superior de Armenia negó la solicitud de preclusión, bajo los siguientes razonamientos.

Precisó que el origen del diligenciamiento corresponde a la queja formulada por el Comandante de la Policía Nacional del Guala Quindío, al considerar irregular el proceder de la Fiscal Margoth Ortiz Torres, acaecido el 11 de diciembre de 2018, al ordenar la libertad de dos adolescentes, los que previamente habían sido aprehendidos como presuntos autores de conducta ilícita de extorsión, misma que fue denunciada por la ciudadana Martha Liliana Patiño, según investigación con radicado 63 001 60 1247 2018 00552.

Destacó la Sala de primer grado, que de acuerdo a la indicación efectuada por la denunciante en cuanto a las circunstancias en las cuales debía entregar la suma exigida, se dispuso el respectivo operativo que arrojó como resultado la captura de una pareja de jóvenes adolescentes, los cuales fueron dejados a disposición de la autoridad correspondiente en la Uri de la Unidad de Infancia y Adolescencia, en la cual, la Fiscal 22 Local, doctora Margoth Ortiz Torres, procedió a ordenar la libertad de los menores a pesar de haberse suministrado la información que sustentaba el procedimiento de aprehensión, por ser presuntos autores de la conducta ilícita indicada.

Resaltando que, la decisión de libertad adoptada se sustentó en "... el interés superior de

los adolescentes y ante la duda sobre la presunta responsabilidad en los hechos por extorsión y aunado a que los adolescentes rindieron interrogatorio y aportaron el nombre del presunto responsable a las autoridades”9; además, en la consideración de que no evadirían el proceso ni constituían peligro para la víctima.

Indicó la Colegiatura que, al tratarse de una captura legal, dado que la aprehensión de los jóvenes se produjo en situación de flagrancia – numeral 1º del artículo 301 de la Ley 906 de 2004 – y, además, lo fue por un delito que comporta privación de la libertad – numeral 1º del artículo 187 de la Ley 1098 de 2006-, el deber de la funcionaria era acudir al juez de control de garantías para establecer la legalidad del procedimiento de aprehensión, conforme lo regula el inciso final del artículo 302 de la Ley 906 de 2004. Obligación de la cual se apartó la delegada, adicional a que, al disponer de manera directa la libertad de los capturados de acuerdo con la fundamentación señalada en la decisión cuestionada, lo hizo acudiendo a razones diferentes a las exigidas en el inciso 4º de la norma en comento.

Señaló el a quo que, apartándose el actuar de la Fiscal de tales lineamientos, no hay duda, que su conducta se adecua de manera objetiva a la descripción contenida en el artículo 413 del Estatuto Penal, esto es, el delito de prevaricato por acción. Comportamiento respecto del cual, el aspecto subjetivo se determina en la voluntad consciente del servidor público de emitir una decisión contraria a la ley.

Advirtió el Juez Colegiado de primera instancia, que el Fiscal delegado expresó que la indiciada no actuó dolosamente, sin embargo, la atipicidad subjetiva de la conducta susceptible de argumentarse como causal de preclusión, debe estar plenamente probada, es decir, exige demostración cierta y no probable, dado que se trata de una decisión que pone fin al proceso de manera anticipada.

Señaló que la jurisprudencia tiene decantado que la solicitud de preclusión no puede ser una simple exposición argumentativa, sino que exige que el petente presente el sustento

probatorio que acredite absolutamente la existencia de la causal que alega, para el caso bajo estudio, el que la funcionaria no obró con dolo.

Encontrando que a diferencia de la primera ocasión en que se examinó solicitud similar, el peticionario acudió a la ampliación del interrogatorio de la indiciada, un medio de prueba precario en la finalidad anunciada, en cuanto ésta explicó que su decisión lo fue por considerar que estaba frente a una captura ilegal, por haberse dado bajo lo que denominó “flagrancia premeditada”; afirmación que, sumada a las anteriores, en modo alguno, la eximían de su obligación de acatar la ley que, para el caso en particular, consistía en acudir al juez de control de garantías para que decidiera sobre la legalidad o ilegalidad de la captura de los jóvenes.

Concluyó que, del examen de los medios de convicción no se advierte la ausencia de tipicidad subjetiva ni el error de tipo al que aludió el Delegado Fiscal, máxime cuando no se ahondó en el examen de los elementos que componen dicha figura. En consecuencia, negó la solicitud de preclusión.

4. IMPUGNACIÓN

4.1. El Fiscal

Su disenso lo cimentó en que, la orden de libertad no fue firmada por la Fiscal indiciada, precisamente por la premura que afrontaba por estar convocada a diversas diligencias en diferentes estrados judiciales, de ahí que, factible resultaría que su juicio se hubiese afectado por la apremiante situación en la que se encontraba y de manera culposa haya cometido un yerro al no señalar en el formato en el que dispuso la libertad, los verdaderos motivos de su decisión.

Insiste el Fiscal Delegado en que la actuación de la funcionaria se desarrolló sin ánimo torticero de cometer una conducta violatoria del régimen penal, aspecto demostrado en las

circunstancias en las cuales aquella afrontó la complejidad del caso que, a la fecha, aún no arroja resultados positivos y concretos, de acuerdo con lo reportado por la Fiscalía 14 Local a cargo de esa investigación.

El no haber señalado en el formato la razón real de la ilegalidad de la captura, no implica que no los haya considerado o no se evidencien en el proceso, ejemplo de ello, la lesión padecida por la adolescente, la no aducción de elementos como el celular, o el no haberse indagado sobre el gestor del hecho delictivo. Aspectos con los que, se evidencia la atipicidad de la conducta y la ausencia de dolo, por lo que, insiste, en el decreto de preclusión de la indagación.

Precisó en que, sumado a la ampliación del interrogatorio de la indiciada, también se cuenta con la respuesta de la Fiscalía 14 Local, despacho a cargo la investigación por extorsión, en la que se refiere los pocos avances de la indagación, demostrando ello la complejidad del caso.

Añade que el prevaricato es la vulneración de una norma penal sustantiva de forma grotesca, comportamiento ajeno al que fue desplegado por la Delegada, motivo por el cual solicita se revoque la negativa con la cual su petición fue resuelta.

4.2. Como no recurrentes:

4.2.1. La Representante del Ministerio Público

Peticionó la revocatoria de la decisión, toda vez que los argumentos argüidos por la Sala abandonan el análisis frente al ingrediente subjetivo del tipo o se confunde con el aspecto objetivo, al no tener en cuenta que la prueba no radica en el mero yerro en el que habría incurrido la funcionaria por la decisión adoptada, pues este indiscutiblemente no estructura el dolo. Considerar lo contrario, añade, implica acudir a la responsabilidad objetiva, pues se incurriría en la conducta con la sola decisión de ordenar la libertad de los adolescentes,

cuando es necesario analizar la motivación del actuar.

Insiste en que, la ampliación del interrogatorio rendido por la indiciada, evidencia la ausencia del ánimo de contrariar la legalidad, De manera que, al no acreditarse el dolo, factible es decretar la preclusión, dado que, innecesario resulta agotar la etapa de juzgamiento, para finalmente llegar a una sentencia absolutoria.

4.2.2. La indiciada

Solicitó se revoque la decisión de primera instancia y se acceda a la preclusión elevada por la fiscalía, puesto que, en su momento, actuó conforme al interés superior de los adolescentes. Destacó que, de los elementos materiales arrimados y la manifestación de la joven en cuanto a la agresión que sufrió por parte de los policiales, demuestran que su actuación estuvo orientada a preservar la libertad de los adolescentes.

4.2.3. La defensa

Demandó la revocatoria de la decisión, para que, en su lugar, se acceda a la solicitud de preclusión, en atención a que la evidencia procesal demuestra que la indiciada no actuó con dolo.

5. CONSIDERACIONES

5.1. Esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, es competente para resolver el presente asunto, toda vez que se trata de los recursos de apelación formulados contra una determinación adoptada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Armenia, de la cual es su superior funcional.

5.2. Con el propósito de abordar el análisis de los argumentos de disenso, debe señalarse que, en virtud del principio de limitación, la Corte restringirá el objeto de su

pronunciamiento a aspectos que fueron estrictamente abordados por el recurrente y, desde luego, a aquellos que resulten inescindiblemente vinculados a su objeto.

5.3. La preclusión de la investigación

En atención a los postulados del artículo 250 de la Carta Política, cuyo desarrollo legal se aprecia en el artículo 200 de la Ley 906 de 2004, es claro que corresponde a la Fiscalía General de la Nación el ejercicio de la acción penal, cometido para el cual ha de ejecutar los actos propios de indagación e investigación de los hechos que lleguen a su conocimiento y revistan las características de una conducta punible, siempre que medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la probable existencia de la misma.

Sin embargo, dado que existen determinados eventos en los cuales no se satisfacen las exigencias legales para acusar, el legislador reguló en los artículos 331 a 335 de la Ley Procesal Penal, el trámite relacionado con la preclusión, de modo que es factible que, en cualquier etapa de la actuación, el Fiscal solicite al juez de conocimiento pronunciamiento en tal sentido, petición que de ser aceptada conducirá al archivo de la actuación con efectos de cosa juzgada.

En tales condiciones, si la Fiscalía acredita en debida forma alguna de las causales previstas por el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, corresponde al Juez de conocimiento decretar la preclusión.

Esto por cuanto constituye una figura según la cual, el Estado declara o reconoce que no existe mérito para adelantar la acción penal contra el indiciado, imputado o acusado, siempre que la causal invocada se encuentre debidamente acreditada y motivada, tal como lo dispone el artículo 333 de la misma normativa.

De ahí que, el análisis y argumentación que presente el fiscal para soportar su petición debe ser específico y detallado, puntualizando no solo los elementos que exige la causal

invocada para su estructuración sino los que hacen parte del tipo penal objeto de investigación, los cuales al ser evaluados permitan colegir la necesidad de precluir la investigación.

5.4. El prevaricato por acción

En ese orden de ideas, de manera previa, es necesario hacer una aproximación al tipo penal de prevaricato por acción, para que, una vez valorados los elementos materiales probatorios presentados, sea posible determinar si es atípica, como lo considera la Fiscalía delegada ante el Tribunal de Pereira, la conducta desplegada por la funcionaria judicial denunciada.

En relación con la conducta de prevaricato por acción, debe indicarse que se encuentra consagrada en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, que prescribe:

«El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.»

Según la descripción del tipo penal, para su estructuración se requiere de los siguientes elementos:

- i) Un sujeto activo calificado, que en este caso corresponde a un servidor público;
- ii) Un ingrediente normativo que consiste en que el servidor en ejercicio de sus funciones emita o profiera un dictamen o decisión (entendiéndose como tal, cualquier acto administrativo o providencia judicial, auto o sentencia), manifiestamente contrario a la ley, esto es, que en forma clara, patente, ostensible, notoria, contravenga el ordenamiento legal.

Este último elemento descarta la configuración del ilícito en aquellos casos en que la decisión censurada, aunque no se comparta o se estime equivocada, es producto de una interpretación razonable y admisible del funcionario sobre el derecho vigente, o de una valoración ponderada del material probatorio objeto de apreciación.

Dicho de otro modo, el delito se estructura «cuando las decisiones se sustraen sin argumento alguno al texto de preceptos legales claros y precisos, o cuando los planteamientos invocados para ello no resultan de manera razonable atendibles en el ámbito jurídico, verbi gratia, por responder a una palmaria motivación sofística grotescamente ajena a los medios de convicción o por tratarse de una interpretación contraria al nítido texto legal»¹⁰.

“La conceptualización de la contrariedad manifiesta de la resolución con la ley hace relación entonces a las decisiones que sin ninguna reflexión o con ellas ofrecen conclusiones opuestas a lo que muestran las pruebas o al derecho bajo el cual debe resolverse el asunto, de tal suerte que el reconocimiento que se haga resulta arbitrario y caprichoso al provenir de una deliberada y mal intencionada voluntad del servidor público por contravenir el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, no caben en ella las simples diferencias de criterios respecto de un determinado punto de derecho, especialmente frente a materias que por su enorme complejidad o por su misma ambigüedad admiten diversas interpretaciones u opiniones, pues no puede ignorarse que en el universo jurídico suelen ser comunes las discrepancias aún en temas que aparentemente no ofrecerían dificultad alguna en su resolución.

Como tampoco la disparidad o controversia en la apreciación de los medios de convicción puede ser erigida en motivo de contrariedad, mientras su valoración no desconozca de manera grave y manifiesta las reglas que nutren la sana crítica, pues no debe olvidarse que la persuasión racional elemento esencial de ella permite al juzgador una libertad relativa en

esa labor, contraria e inexistente en un sistema de tarifa legal.

Sin embargo, riñen con la libertad relativa la apreciación torcida y parcializada de los medios probatorios, su falta de valoración o la omisión de los oportuna y legalmente incorporados a una actuación, en consideración a que por su importancia probatoria justificarían o acreditarían la decisión en uno u otro sentido a partir del mérito suasorio que se les diera o que hubiera podido otorgárseles.

Así las cosas, la manifiesta contrariedad con la ley de la decisión judicial puede provenir de alguno de los supuestos mencionados que hacen arbitraria o aparente la apreciación probatoria, los cuales -según lo dicho- tienen origen en la voluntad y conciencia del funcionario que decide actuar de ese modo y no en un error propio de valoración en el cual pudiera haber incurrido al apreciar un medio de prueba»

Este comportamiento delictivo solo admite la modalidad dolosa, por ello, el prevaricato por acción no se configura cuando la decisión, aunque sea contraria a la ley, es el resultado de la inexperiencia, desidia, impericia, ignorancia o ausencia de algún propósito criminal de quien la profiere.

Ahora bien, el escrutinio debe efectuarse de modo ex ante, esto es, a partir de las circunstancias concretas en que el sujeto activo adoptó la determinación, con los elementos de juicio con los que contaba para ese momento, sin que sea admisible la valoración de la decisión como prevaricadora a partir de «la perspectiva de la cual habría actuado quien lo investiga o juzga»¹², sino del «derecho verdaderamente conocido y aplicado por el servidor judicial en su desempeño como tal... mediante una evaluación ex ante de su conducta»¹³.

Finalmente, valga precisar que el delito de prevaricato por acción es instantáneo o de mera conducta, en el entendido que se consuma con el proferimiento de la decisión o dictamen contrario a la ley, sin que se requiera de la causación efectiva de un daño o perjuicio a los

destinatarios de la providencia judicial o acto administrativo o concepto emitido por el servidor público.

En el mismo sentido, se actualiza el delito con independencia de la eventual revocatoria, confirmación o declaratoria de nulidad de la decisión o dictamen contrarios al ordenamiento jurídico.

En conclusión, la materialidad de la conducta exige demostrar que el acto censurado, esto es, la resolución, dictamen o concepto fue dictado de manera caprichosa o arbitraria por el sujeto, quien desconoce de forma abierta y ostensible los mandatos normativos o exigencias de análisis probatorio o jurídico que regulan el caso.

5.5. Del caso en estudio

La presente indagación inició a raíz del comunicado S-2018-081037 / GAULA- COMAN -29.25, fechado 18 de diciembre de 2018, a través del cual, el Comandante de la Policía Guala Quindío expresó su inconformidad en relación con la actuación del doctor Jorge Enrique Báez Vera, Fiscal 17 Seccional de Infancia y Adolescencia de Armenia, por cuanto el 10 del mes y año citado, fueron dejados a su disposición los adolescentes E.D.R.S. y J.S.R.S., luego de ser capturados en situación de flagrancia, cuando acudieron al establecimiento de comercio tienda “Milenio”, de propiedad de Martha Liliana Patiño, ubicado en el Municipio de Montenegro – Quindío, a recibir la suma de cuatrocientos mil pesos (\$400.000), a cambio de no atentar contra su integridad; no obstante, el Fiscal no presentó a los capturados ante el Juez de control de garantías para legalizar su aprehensión y dispuso de forma directa su libertad¹⁴.

Frente a tal hecho, el doctor Jorge Enrique Báez Vera, en su condición de Fiscal 17 Seccional de Armenia, explicó en escrito fechado 26 de febrero de 2019 que, funge como Coordinador de la Unidad de Infancia y Adolescencia, en donde junto con dos Delegados de apoyo se cumplen los turnos de la unidad reacción inmediata y se asignan los procesos que ellos

conocen en su diversas etapas y sin distinción en cuanto al delito ejecutado.

Precisó que el día 11 de diciembre de 2018 la Fiscalía en turno era la Delegada 22 Local, a cargo de la doctora Margoth Ortiz Torres y a ella se le asignó el proceso de radicación 63001 600247 2018 00552, quien conforme a su autonomía tomó la determinación de conceder la libertad a los adolescentes, consignando en el respectivo formato las razones que consideró sustentaba la determinación “luego se presenta ante mí, la Asistente de la Fiscalía Local y me solicita que ante la ausencia temporal de su despacho de la señora Fiscal 22 Local, quien estudió el caso y tomó la decisión de libertad, le firme el respectivo formato que esa Fiscalía 22 ya había diligenciado y en el que se consignan las razones para tal determinación”.

Agregó que, “en vista de lo anterior hice lo propio y como el caso no era de mi competencia, firmé al (sic) respectivo formato, haciendo la salvedad en el mismo, que era: PAT/ (por ausencia temporal), la que se acredita con la certificación del Centro de Servicios de esta Unidad, según la cual Fiscalía 22 Local tenía programada ese mismo día una audiencia de juicio oral”¹⁵.

Situación corroborada por la doctora Margoth Ortiz Torres, Fiscal 22 Local SRPA, en comunicado No. 20430-01-01-22 de fecha 13 de abril de 2019¹⁶, en donde afirma que el investigativo de radicación 630016012471000552 (sic) lo recibió en su condición de Fiscal de Reacción Inmediata en turno de disponibilidad, por lo que, realizó el estudio del caso y concluyó en la necesidad de otorgar de manera directa la libertad a los adolescentes, incluso, no obstante, considerar que se trataba del delito de extorsión.

“el procedimiento de captura en flagrancia fue atendido inicialmente el día 10 de diciembre de 2018 por el Fiscal 17 Seccional que se encontraba de turno de URI y por cambio de turno el 11 de diciembre del mismo año entregan las diligencias al despacho siendo las 09:30 AM, momentos en que se encontraba en audiencia de verificación, individualización e imposición sanción en el proceso 201800081 y en el radicado 201800241 en una audiencia de

incidente de reparación para continuar a las 2:00 PM en audiencia con el Tribunal de Armenia. Es por lo que en un espacio en la agenda realicé un estudio del proceso 201800552 partiendo de las garantías que tienen los adolescentes con fundamento en el respeto y el interés superior de sus derechos. Es por ello que establecí que no se daban los presupuestos consagrados en el artículo 221 del C.P.P, porque estaba en contravía de lo plasmado en la regla 17, numeral 17.1 Literal B, de las reglas mínimas para la administración de justicia para los menores (Reglas de Beijín) (....) En atención a lo descrito proyecté la libertad a los menores por considerar que la captura se tornaba ilegal, toda vez que no cumplía con los elementos materiales probatorios que me permitieran inferir la presunta responsabilidad de los menores en el procedimiento realizado conforme a los informes, denuncia y versión de la misma menor, atendiendo el conocimiento de la policía judicial respecto de prever con base en su experiencia, la utilización e instrumentalización de los menores en esta clase de delitos y por lo saturado de la agenda pedí apoyo al Fiscal 17 Seccional, doctor JORGE ENRIQUE BAEZ VERA, quien además de ser el Coordinador de la Unidad, tenía conocimiento previo sobre el procedimiento del caso, siendo en últimas quien me apoyó con la firma de las libertades”.

De manera que, no ofrece reparo ni fue objeto de discusión alguna que, la doctora Margoth Ortiz Torres, en su condición de Fiscal 22 Local de Armenia, luego de estudiar el caso puesto a su conocimiento, fue quien decidió otorgar de manera directa la libertad a los adolescentes capturados y, en tal propósito, proyectó la determinación que así lo dispuso. Orden que finalmente fue materializada por el Fiscal 17 Seccional de la misma ciudad, quien, impuso, en nombre de aquélla, su firma, dado que la titular del caso se encontraba atendiendo diligencia judicial (ausencia temporal de la titular).

Determinación a partir de la cual se investiga dentro de la presente actuación la posible comisión del delito de prevaricato por acción, verificación que se constituye en el objeto de esta decisión, por razón de la impugnación presentada por la Fiscalía delegada ante el Tribunal Superior de Pereira.

5.5.1. Bajo las anteriores precisiones, como el debate planteado está referido al trámite que debe observar la Fiscalía cuando le presentan por parte de la autoridad policiva una persona capturada en flagrancia, pertinente es indicar que, el artículo 302 de la Ley 906 de 2004, regula dicho procedimiento en los siguientes términos:

Procedimiento en caso de flagrancia.

Cuando sea una autoridad la que realice la captura deberá conducir al aprehendido inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación.

Cuando sea un particular quien realiza la aprehensión deberá conducir al aprehendido en el término de la distancia ante cualquier autoridad de policía. Esta identificará al aprehendido, recibirá un informe detallado de las circunstancias en que se produjo la captura, y pondrá al capturado dentro del mismo plazo a disposición de la Fiscalía General de la Nación.

Si de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva¹⁷, el aprehendido o capturado será liberado por la Fiscalía, imponiéndosele bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario. De la misma forma se procederá si la captura fuere ilegal.

La Fiscalía General de la Nación, con fundamento en el informe recibido de la autoridad policiva o del particular que realizó la aprehensión, o con base en los elementos materiales probatorios y evidencia física aportados, presentará al aprehendido, inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, ante el juez de control de garantías para que este se pronuncie en audiencia preliminar sobre la legalidad de la aprehensión y las solicitudes de la Fiscalía, de la defensa y del Ministerio Público.

Al tenor de esta disposición, el Fiscal es el primer filtro de legalidad sobre el cumplimiento de las garantías y respeto de los derechos fundamentales del capturado, al punto que, si

advierde que el delito por el cual fue aprehendida la persona no amerita detención preventiva, o determina que la captura es ilegal, tiene la facultad de liberar al capturado.

En la sentencia C-591 de 2005, la Corte Constitucional conoció de la demanda presentada en contra del artículo 302 de la Ley 906 de 2004. Según el actor, esta norma les atribuye a los fiscales la posibilidad de decidir sobre la legalidad de la captura y de realizar juicios valorativos acerca de los requisitos de la medida de aseguramiento, lo que está reservado a los jueces.

Ante esa propuesta, la Corte Constitucional se refirió a la importancia de la reserva judicial en materia de afectación de la libertad y el control de su afectación, e hizo hincapié en la necesidad de que el retenido sea físicamente dejado a disposición del juez. Luego, planteó lo siguiente:

En tal sentido, el procedimiento en caso de flagrancia, regulado en el artículo 302 de la Ley 906 de 2004, articula lo dispuesto en el artículo 28 Superior con las nuevas disposiciones constitucionales del sistema acusatorio en la medida en que la decisión sobre la legalidad de la aprehensión realizada en flagrancia queda exclusivamente a cargo del juez de control de garantías, en tanto que la Fiscalía adopta tan sólo una determinación sobre la concesión de libertad en casos en que no se cumplan los requisitos objetivos para decretar la detención preventiva o la captura en flagrancia sea ilegal.

No se trata, en consecuencia, del decreto de una medida restrictiva del ejercicio de la libertad individual, y por ende, de competencia exclusiva del juez de control de garantías, sino de un procedimiento, adelantado por una autoridad que conserva ciertas facultades judiciales, encaminado a salvaguardar el goce del mencionado derecho fundamental, frente a capturas que no cumplen con las condiciones constitucionales y legales de la flagrancia. En otras palabras, de llegar a aceptarse el planteamiento de la demandante, en el sentido de que toda decisión sobre la captura en flagrancia es de reserva exclusiva del juez de

control de garantías, se le estaría imponiendo, en la práctica, una carga muy elevada al ciudadano por cuanto, así haya sido arbitrariamente capturado, por cuanto no se cumplen las condiciones de la flagrancia, deberá además esperar a ser llevado a audiencia ante el juez de control de garantías.

De igual manera, la medida es razonable ya que el fiscal se limita a constatar, con base en criterios objetivos, si el supuesto delito cometido por el aprehendido en flagrancia daría o no lugar a la imposición de una medida de aseguramiento de detención preventiva por parte de un juez de control de garantías. En este caso, igualmente, se propende por la defensa del derecho a la libertad personal, ya que, en la práctica, el juez de control de garantías terminaría igualmente absteniéndose de imponer la medida restrictiva del derecho fundamental.

Aunado a lo anterior, la decisión del fiscal de dejar en libertad al aprehendido se justifica en cuanto, de todas formas, se le impone al ciudadano el compromiso de comparecer cuando sea necesario.

En este orden de ideas, si se entendiera que el fiscal puede además adelantar, en los casos de capturas en flagrancia, ciertos juicios de valor sobre la necesidad de la medida de detención preventiva, que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, o que resulta probable que el imputado no comparecerá al proceso o no cumplirá la sentencia, la disposición acusada sería contraria a la Constitución, por cuanto constituiría un desconocimiento de las competencias del juez de control de garantías¹⁸.

Precisando el alto Tribunal Constitucional que:

“El artículo 302 de la Ley 906 de 2004 regula el procedimiento a seguir en casos de

capturas realizadas en situación de flagrancia.

Luego de haberse conducido a la persona ante la Fiscalía, ésta adelantará una doble valoración: examinará si el supuesto delito comporta o no detención preventiva y si la captura fue o no legalmente realizada. De tal suerte que si el comportamiento delictivo no conlleva imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva o la captura en flagrancia fue adelantada de forma ilegal, el fiscal procederá a dejar en libertad al aprehendido, imponiéndole bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario.

Pues bien, si la Fiscalía, con base en el informe recibido por la autoridad de policía o el particular que realizó la aprehensión, o con fundamento en elementos materiales o evidencias físicas aportadas, decide llevar al capturado ante el juez de control de garantías, deberá hacerlo inmediatamente o a más tardar dentro de las 36 horas siguientes, con el propósito de que éste se pronuncie, en audiencia preliminar, sobre la legalidad de la aprehensión, así como en relación con las solicitudes de la Fiscalía, la defensa y el Ministerio Público.

(...)

De igual manera, de conformidad con el artículo 302 del C.P.P., una vez es llevado el aprehendido en flagrancia ante el fiscal, éste deberá examinar si dicha captura fue o no legal, y en caso de no serlo, deberá dejar en libertad a la persona, bajo palabra de comparecencia cuando sea requerido. Quiere ello decir que el fiscal deberá examinar si se presentaron o no, en el caso concreto, las condiciones legales de la flagrancia, descritas en el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, y por supuesto, si se cumplieron los requisitos

exigidos por la jurisprudencia constitucional.”

Asimismo, surge claro conforme a la norma procesal transcrita que, si la captura está ajustada a los lineamientos legales y el delito que la ameritó comporta medida de aseguramiento de detención preventiva, debe el Fiscal presentar al aprehendido ante el Juez de control de garantías dentro de las 36 horas siguientes, para que este se pronuncie, en audiencia, sobre la legalidad de la aprehensión.

Conforme a estas premisas normativas, en el caso de autos, la actuación procesal muestra que el 10 de diciembre de 2018 hacia las 16:12 horas se produjo la captura de dos jóvenes adolescentes E.D.R.S. y J.S.R.S., a quienes se les incautó dinero en efectivo en cuantía de \$400.000 pesos, producto de una extorsión, en desarrollo del operativo efectuado en el establecimiento de comercio denominado “Tienda Milenio”, ubicado en la Carrera 5 No. 12 – 61 en el Municipio de Montenegro – Quindío, por parte de uniformados del Gaula; grupo, al cual recurrió la ciudadana Martha Liliana Patiño, para denunciar que tal exigencia económica se le venía realizando por parte de desconocidos bajo amenazas contra su vida, de tal manera que, señaló a los dos jóvenes aprehendidos como quienes recibieron la suma requerida, la que, efectivamente, ella les entregó.

Al ser dejados a disposición de la Unidad de Reacción Inmediata de Infancia y Adolescencia, bajo el radicado 630016002047 2018 00552, fue asignado a la Fiscalía 22 Local, cuya titular, la doctora Margoth Ortiz Torres, dispuso la libertad inmediata de los jóvenes, arguyendo que: “Atendiendo el interés superior de los adolescentes y ante la duda sobre la presunta responsabilidad en los hechos por extorsión y aunado a que los adolescentes rindieron interrogatorio y aportaron el nombre del presunto responsable a las autoridades, considera esta delegada que no evadirán el proceso además de que no se cuenta con EMP que permitan inferir que es un peligro para la víctima.”¹⁹.

En este contexto, al entrar a abordar si dicha determinación es manifiestamente contraria a

la ley, debe iniciar la Sala por precisar que, por razón de la minoría de edad de E.D.R.S.20 y J.S.R.S21, por ostentar 16 y 15 años, respectivamente, son sujetos del Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes, en tanto el Código de Infancia y Adolescencia -Ley 1098 de 2006- en su artículo 139 señala que “El Sistema de responsabilidad penal para adolescentes es el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de cometer el hecho punible.”.

Así las cosas, se imponía para la Fiscal investigada dar aplicación al ya citado artículo 302 de la Ley 906 de 2004, dada la remisión que a esta codificación hace el artículo 144 del Código de Infancia y Adolescencia²² y, en consecuencia, le correspondía: i) acudir ante el Juez de control de garantías y solicitar la legalización del procedimiento de captura de los adolescentes (art. 191 C.I.A) o, ii) disponer la libertad de los capturados, en caso de advertir que fue ilegal su aprehensión o, que el delito que ameritó la aprehensión no ameritaba medida de aseguramiento de internamiento preventivo.

De ahí que, el examen de legalidad de la captura de los adolescentes puestos a disposición de la fiscal indiciada estaba referido a verificar i.) si la captura se realizó en situación de flagrancia, de acuerdo con las hipótesis previstas en el artículo 301 de la Ley 906 de 2004 y, ii.) si aquella se cumplió bajo los parámetros de estricta legalidad, referidos a la información que deben recibir los aprehendidos, aunado a la observancia del respeto de los derechos de las personas capturadas, considerando las previsiones contenidas en el artículo 303 ibidem.

Revisión procesal que, claramente mostraba que la captura realizada por los uniformados del Gaula, se ajustó a los lineamientos legales, en la medida que la aprehensión de los adolescentes fue en situación de flagrancia, por cuanto fueron sorprendidos momentos después de haber recibido el dinero producto de una exigencia extorsiva (art. 301-2 C.P.P.).

Asimismo, la autoridad policial, conforme se advierte en el informe de captura, le dio a conocer a los menores sus derechos como capturados, conforme las previsiones del artículo 303 de la Ley 906 de 2004.

En segundo orden, sobre la verificación relacionada con que la conducta por la cual fueron capturados los adolescentes, ameritara la imposición de medida de internamiento preventivo, menester es señalar que la Corte Constitucional, en la sentencia citada en líneas precedentes, sobre el alcance de esta disposición, precisó:

“Ahora bien, una interpretación conforme de la expresión acusada con la Constitución conduce a afirmar que el fiscal únicamente puede examinar si se cumplen o no las condiciones objetivas de que trata el artículo 313 del C.P.P., para imponer medida de aseguramiento de detención preventiva, mas no evaluar si se presentan o no los requisitos de que trata el artículo 308 de esa misma normatividad, es decir, si es viable inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, y que además la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; o que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; o que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia, facultades todas estas que son de la estricta competencia del juez de control de garantías, por cuanto es él quien debe, en virtud del artículo 250.1 constitucional, adoptar las medidas que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal.”²³

De acuerdo con esta intelección, como los adolescentes fueron capturados en flagrancia por la comisión del delito de extorsión, el cual tiene prevista una pena mínima de 192 meses de prisión, surge evidente que se trata de una conducta que ameritaba la imposición de detención preventiva, ya que el artículo 313-2 de la Ley 906 de 2004, prevé que esta

medida cautelar procede en delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro años de prisión.

Adicionalmente, conforme a las previsiones del artículo 187 del Código de Infancia y Adolescencia el delito de extorsión en todas sus formas, es de aquellas conductas punibles para las cuales está prevista la sanción de privación de la libertad en centro de atención especializada, lo que torna consecuente el razonamiento, conforme al cual, para el caso, se estaba frente a una conducta que comportaba internamiento preventivo, ya que según voces del artículo 181, parágrafo 1º de la citada codificación, este tipo de medidas procede en los casos en que, conforme a la gravedad del delito sería admisible la privación de la libertad como medida.

En consecuencia, como la realidad procesal mostraba que la captura de los adolescentes se ajustó a los lineamientos legales y el delito por el cual fueron aprehendidos comportaba detención preventiva como medida de aseguramiento, la determinación de la Fiscal indiciada de dejar en libertad a los capturados, sin acudir al Juez de control de garantías para demandar de este funcionario la legalización de la aprehensión, se erige como una decisión manifiestamente contraria a la ley, por cuanto se aleja ostensiblemente de las previsiones del artículo 302 de la Ley 906 de 2004.

Es más, las razones contenidas en la decisión cuestionada, podrían ser fundamento para que la Fiscal investigada no solicitara ante el Juez de control de garantías medida de aseguramiento contra los adolescentes, eso sí, previo a agotar el ineludible trámite de adelantar ante dicho funcionario el procedimiento de legalización de la aprehensión, previsto en el artículo 302 del C.P.P., dado que, se reitera, la captura se ajustaba a la legalidad y el delito que generó la misma comportaba detención preventiva como medida de aseguramiento.

De otra parte, en la providencia censurada para disponer la libertad de los capturados, se

aludió al interés superior de los adolescentes. Sin embargo, teniendo en cuenta que, conforme al artículo 8° del Código de Infancia y Adolescencia, por este principio se entiende el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes, que son universales, prevalentes e independientes, es claro que, amparado en este principio no se podía sustentar la decisión de liberar por cuenta directa de la Fiscalía a los aprehendidos, pues, al encontrarse todo el procedimiento de captura ajustado a la legalidad, estaba descartada la violación de las garantías fundamentales de los capturados que hicieran necesario su inmediato restablecimiento y, por lo tanto, la consideración sobre el interés superior de los adolescentes era una temática a esgrimir ante el juez de garantías al momento del estudio sobre la procedencia de medidas de aseguramiento.

Por consiguiente, al ser la decisión adoptada por la indiciada ostensiblemente contraria a derecho, lleva a la Sala a considerar configurado, en su faz objetiva, el delito de prevaricato por acción previsto en el artículo 413 del Código Penal.

5.5.2. Agotado el precedente análisis, se recuerda que la Sala dejó referido, que a la par con el aspecto objetivo debe concurrir el subjetivo, para la configuración del delito de prevaricato por acción, por tanto, corresponde realizar el examen sobre la motivación con la que se movió la Fiscal investigada, en orden a establecer si su actuar, al disponer de manera directa la libertad de los adolescentes, fue doloso, esto es, que haya dirigido su voluntad de forma consciente hacia la emisión de una decisión contraria a la ley.

En ese propósito, importante es reiterar que la decisión de la Fiscal investigada de liberar a los adolescentes capturados, se fundamentó en los siguientes argumentos: “Atendiendo el interés superior de los adolescentes y ante la duda sobre la presunta responsabilidad en los hechos por extorsión y aunado a que los adolescentes rindieron interrogatorio y aportaron el nombre del presunto responsable a las autoridades, considera esta delegada que no evadirán el proceso además de que no se cuenta con EMP que permitan inferir que es un

peligro para la víctima.”

Al momento de adoptar dicha determinación, la indiciada, contaba, además del informe de captura contentivo de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló el operativo que generó la aprehensión de los adolescentes, con la noticia criminal presentada el 10 de diciembre de 2018, ante la Policía Nacional del Municipio de Montenegro – Quindío, por Martha Liliana Patiño Yepes, quien explicó los hechos de extorsión que padecía desde el 1º de enero de 2016, cuando a su local, para ese momento sin razón social, ubicado en la calle 11 con carrera 4ª esquina del barrio Caicedonia del citado municipio, y que era atendido por su hermano Juan Carlos Patiño Yepes, llegó un muchacho que le dijo debía pagar una cuota de \$200.000 en periodos de seis meses, por cada uno de los negocios de su propiedad, pero, decidieron esperar, sin acceder a la exigencia.

Sin embargo, narró la denunciante, en las horas de la tarde a su tienda llamada “La Pinza “”, localizada en la carrera 03 calle 11 esquina, se presentó un muchacho y le entregó un celular, en este, una voz masculina se identificó como “Arañin”, quien le dijo que debía recogerle \$600.000 para el día siguiente, a las 10 de la mañana, amenazándola si no cumplía. De manera que, consiguió prestada la plata y la misma fue reclamado por el citado sujeto.

Pasados seis meses, destacó la denunciante, en julio de 2016 a su tienda llegó una muchacha, mayor de edad, apodada “la Mona”, le dijo que venía por la cuota para “Arañin”, pero como no contaba con el dinero, le dio dos días para conseguirlos, al cabo de los cuales entregó la suma. Afirmó que la misma mujer pasó en el mes de diciembre del mismo año e, igualmente, le exigió \$400.000, para luego agregar:

“Pasados otros seis meses, en junio de 2017 se presentó una muchacha joven, de características peli larga negro crespo y color de piel blanca llegó con un muchacho como menor de edad, ella me pasó un teléfono celular y me dijo que contestara ...que era el

patrón, yo contesté y me habla una persona con voz masculina, me dijo que no se olvidara de la cuota, ...que se les pasara a la peladita o que si no me atuviera a las consecuencias que con ellos no se jugaba y que eran una organización grande y seria, yo me asuste demasiado por sus amenazas y le dije que bueno que yo le conseguía el dinero..., pasados dos días volvió a pasar la misma muchacha de pelo negro crespo largo y yo le entregué la plata \$400.000 mil pesos, todo quedó así, hasta la semana pasada fue una peladita blanca, cabello negro y largo, en compañía de un menor bajito, flaquito... como que eran hermanos, ella me dijo que venía de parte de SEPÚLVEDA que tenía que dar la cuota, yo le dije que no la tenía, que tenían que esperar que la reuniera, ...ya el sábado 08/12/2018 yo estaba en la tienda y me llegó la peladita de pelo crespo y negro en compañía del mismo menor ...bajito, flaquito, ...que ya me había cobrado antes y me dijo que venían por la cuota, entonces yo muy asustada les dije que el lunes a las tres de la tarde les tenía la plata, ya hoy en la mañana hablando con mi cuñado Luis Fernando Lemus Fernández decidí denunciar porque ya van muchos años pagando por miedo a que e hagan algo, entonces fui al Gaula y denuncie...”²⁴

Así, el Gaula de la Policía Nacional montó el operativo que dio con la captura de los adolescentes, el cual, fue narrado por la víctima en los siguientes términos:

“...como a eso de las 4:15, llegan dos menores de edad los cuales habían venido antes a cobrar la extorsión, uno de ellos era una mujer de cabello crespo color negro y largo como blanquita y vestía un short color negro y una blusa del mismo color y portaba puesta una gorra, el otro menor era un hombre de características delgado, bajito..., los cuales se acercaron a la reja y me dijeron que venían por el encargo de siempre que yo ya sabía, yo asustada ...les pase ocho billetes de \$50.000 pesos para un monto de \$400.000 pesos, ...ellos salieron hacia la parte de debajo de la carrera 5 con calle 12 y yo ví que como a media cuadra los capturaron...claro que los reconozco porque esos menores han llegado en varias ocasiones a cobrarme las extorsiones que yo he venido pagando desde el año 2016... estas dos personas han venido bastante a intimidarme pasándome teléfonos para que yo

hable supuestamente con los jefes de ellos...”²⁵

A su vez, se le realizó a la joven E.D.R.S. (capturada), interrogatorio como indiciada, quien manifestó:

“...eso fue el día de ayer a eso de las 4 de la tarde, en el municipio de Montenegro Quindío, estaba en la casa de una señora por el barrio la Estación, recogiendo un dinero que me habían pedido el favor de reclamar \$400.000 pesos, avance un poco luego de que me entregaran la plata, cuando unos policías me cogieron ...me encontraba con mi hermano de nombre Johan Sebastián Ruiz Sepúlveda de 15 años, al cual le pedí que me acompañara a recoger el dinero, pero él no sabía nada...Me envió Héctor Sepúlveda, el me escribió a mi celular y me pidió el favor que le recogiera ese dinero,... con la de ayer son dos veces, la vez pasada fue hace más o menos unos siete meses y la de ahora, esa vez también fui con mi hermano, ...me prometían plata \$50.000 pesos, el mismo que me decía que la recogiera, la primera vez me dieron \$25,000 pesos y los de ayer no me los alcanzaron a dar porque me capturaron, ese dinero me lo daba Sepúlveda, yo reclamaba la plata y de ahí sacaba lo que me prometía, el resto se le entregaba a otro muchacho que no conozco,... él nunca dijo para qué era el dinero, pensé que era que esa señora lo ayudaba económicamente, ...simplemente hacia el favor y me ganaba un dinero... No, yo ayer no le dije nada, simplemente ella estaba parada en la tienda y ella me vio y ahí mismo me paso la plata, la primera vez que fui, le pase el celular mío donde estaba hablando Sepúlveda y él habló con ella y ella me paso el dinero... El es un amigo, al cual conozco hace mucho tiempo, como desde el 2017, me lo presentó una amiga,... él está en la cárcel en Peñas Blancas, en Calarcá, por el delito de concierto para delinquir, condenado como a 5 años,...se comunicaba por el celular, por el Facebook, él me escribía, hablábamos normal como amigos...”²⁶

La evaluación de estos dos medios de convicción, llevaron a la Fiscal investigada a considerar que existía duda sobre la responsabilidad de los capturados en el delito de

extorsión, por cuanto, como lo destacó en los interrogatorios a indiciada que rindió:

“...respecto de los EMP antes descritos a consideración de esta delegada existían dudas respecto del procedimiento efectuado al momento de capturar a los menores y de las garantías que debían rodearlos una vez capturados por ejemplo: A. Prueba sobre el conocimiento de los adolescentes que el dinero recolectado, es producto de una extorsión y en especial que no se tratara fruto de alguna actividad (préstamo o similar). B. Entrevistar a la primera víctima de la presunta extorsión, ... para que confirmara lo dicho por la denunciante. C. No se allegaron algunos elementos físicos como es el caso del celular de la indiciada femenina adolescente en el cual presuntamente podríamos encontrar mensajes entre Sepúlveda y la adolescente donde se daban instrucciones respecto de qué se debía hacer y cómo...”²⁷

Lo anterior devela que, la indiciada como lo destacó en sus interrogatorios, realizó una evaluación de los elementos materiales probatorios que el proceso albergaba, y dadas las dudas que, para ella, desde su particular criterio, emergían sobre la responsabilidad de los capturados, pues avizoró que éstos podrían estar siendo instrumentalizados por la persona cuyo nombre develaron los envió a recoger la exigencia económica, proyectó la decisión que ordenó la libertad de los capturados, quienes fueron entregados a la Defensora de Familia, bajo el compromiso de comparecer a las audiencias que posteriormente fuesen programadas.

Esta realidad, lleva a la Corte a colegir que al proyectar la decisión cuestionada, no existió en la Fiscal indiciada una deliberada y mal intencionada voluntad de contrariar el ordenamiento jurídico, pues actuó convencida que por tratarse los capturados de menores de edad, ante la duda sobre su participación voluntaria y consciente en los hechos constitutivos de extorsión, aunado a que suministraron el nombre del sujeto que obraba como determinante, lo procedente, desde el plano procesal, privilegiando el interés superior de los adolescentes, era disponer su libertad de manera directa por la Fiscalía.

Este razonamiento no se advierte arbitrario o caprichoso, ni compagina con un ánimo deliberado de querer violar la ley, pues, aun cuando discutible el planteamiento de la Fiscal indiciada, el mismo tiene como pábulos la versión ofrecida por la adolescente E.D.R.S., quien, en primera medida, en su relato dejó claro que su hermano J.S.R.S. desconocía totalmente la situación, pues simplemente le pidió a éste que la acompañara y, en segundo lugar, manifestó que actuaba por órdenes de Héctor Sepúlveda, persona que se encontraba recluida en la cárcel de Peñas Blancas en Calarcá, desconociendo que el dinero que reclamaba era producto de un acto constrictivo.

De manera que, se advierte que la Fiscal indiciada realizó un juicio de valor de los elementos materiales probatorios que no se advierte que desconozca de manera grave y manifiesta las reglas de la sana crítica, en tanto que, del interrogatorio de E.D.R.S., sí evidenciaba que, al menos ésta, actuaba determinada por una persona mayor de edad, lo que llevó a la funcionaria a encontrar dudas sobre la participación consciente de los capturados en los hechos y, esa apreciación, la motivó a considerar que, al no estar claro el compromiso de los adolescentes en la conducta endilgada y por tratarse de menores de edad, la protección especial que merecen sus derechos y garantías, hacía necesaria su liberación por cuenta directa de la Fiscalía.

Es decir, la Fiscal investigada entendió que no contrariaba la ley penal, al ordenar la libertad de los capturados, dado que se trataba de menores de edad frente a los cuales encontró que los elementos materiales probatorios aportados generaban dudas sobre su participación voluntaria y consciente en los hechos, y ante ello, se movió convencida que por el carácter prevalente de los derechos de los adolescentes (interés superior), lo correcto, adecuado y proporcionado era disponer su excarcelación.

Para la Sala es claro que la decisión en tal sentido adoptada es contraria a las disposiciones de la ley procesal penal que regulan el procedimiento a seguir en casos de captura en flagrante delito (art. 302 C.P.P.), en tanto que, como se dejó sentado en acápites

anteriores, aun tratándose de menores de edad, como la captura efectuada en flagrancia se ajustaba a los lineamientos legales y el punible que la generó comportaba internamiento preventivo, era imperativo para la Fiscalía acudir dentro de las 36 horas siguientes a la aprehensión ante el juez de garantías y demandar la legalización del procedimiento de captura.

Sin embargo, no se advierte que la equivocada determinación adoptada por la indiciada estuviese motivada en un deseo consciente, voluntario y deliberado de contrariar la ley procesal penal, pues lo que queda latente es que actuó bajo el profundo convencimiento de que su decisión se ajustaba al marco constitucional y legal que rige el procedimiento aplicable a los niños, niñas y adolescentes cuando son sujetos de una investigación penal, normas que en su conjunto propenden porque la privación de la libertad de éstos sea excepcional y mínima.

Adicionalmente, importante es destacar que si bien la funcionaria investigada proyectó la determinación censurada, no dejó finiquitado el trámite, pues, como lo enseña la evidencia procesal, le correspondió acudir a atender una audiencia que tenía programada ese día en las horas de la tarde y, por ende, quien firma la orden o la decisión de libertad por ella proyectada es el Fiscal Coordinador; suceso que, a juicio de la Corte, de forma nítida y palmaria descarta o desvanece un proceder doloso de parte de la indiciada, ya que, de haber actuado con un propósito criminal, esto es, con voluntad y consciencia de actuar contrario a derecho, hubiese no solo proyectado la decisión, sino que, al tiempo o coetáneamente la habría dejado firmada, para cerrar la posibilidad que la concreción final de lo resuelto sobre la libertad de los adolescentes capturados, fuese malograda por factores o agentes externos, al quedar a la voluntad de un Fiscal que no estaba subordinada a ella y, por lo mismo, bien podría resistirse a culminar el trámite con la imposición de su firma.

Por lo tanto, al no observarse en la funcionaria investigada un propósito mal sano, arbitrario, caprichoso y torticero en querer contrariar la ley, se concluye que su actuar no fue

doloso, lo que torna, desde plano subjetivo, en atípica la conducta de prevaricato por acción.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

R E S U E L V E

Revocar la decisión recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Armenia el 11 de diciembre de 2020, para, en su lugar, decretar la preclusión de la investigación seguida contra la doctora Margoth Ortiz Torres, por el delito de prevaricato por acción.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cúmplase.

GERSON CHAVERRA CASTRO

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Pág. 11 -03 expediente digitalizado.

2 Se reserva la identidad de los menores, por expresa disposición del artículo 153 de la Ley 1098 de 2006

4 Págs. 202 y 203 Idíb

5 Sesión de audiencia fechada 11 de diciembre de 2020, Record: (00.03.40) c.o.3

6 C.S.J. AP-3939-2016, 22 jun. 2016, rad. 44960, entre otros.

7 Ley 1098 de 2006. Art. 140 Finalidad del Sistema de Responsabilidad penal para Adolescentes. En materia de responsabilidad penal para adolescentes, tanto el proceso como las medidas que se tomen, son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral. El proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño. En caso de conflictos normativos entre las disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen el sistema.

Parágrafo: En ningún caso, la protección integral puede servir de excusa para violar los derechos y garantías de los niños, niñas y los adolescentes.”

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la Libertad Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113 del 14 de

noviembre de 1990, en el punto 17 señala: “17. Se presumen que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio, son inocentes y deberán ser tratados como tales. En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible para aplicar las medidas sustitutorias. Cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible...”

8 Cfr. C. S. J. AP 5148 de 2016, 10 ago – 2016 rad. 35714.

9 Pág. 52 – 04 Expediente 2

10 CSJ SP, 15 oct. 2014, rad. 43.413.

11 CSJ SP, 23 oct. 2014, rad. 39.538.

12 CSJ SP, 28 may. 2008, rad. 25.658. Citada en CSJ SP, 24 jul. 2012, rad. 38.187.

13 CSJ SP 17 jun 2009, Rad. 30748. Citada en CSJ AP, 4 feb. 2015, rad. 44.879.

14 Pág. 11 – 03 Expediente formato digital.

15 Págs. 7 a 10 – 03 Ibíd.

16 Págs. 27 y 28 -03 Ibíd.

17 Negrillas fuera del texto original.

18 Negrillas fuera del texto original.

19 Págs. 51 y 52 – 04 expediente digital 2 Informe de captura.

20 Pág. 9 Ibíd. Tarjeta de identidad No. 1.096.670.480 nacida el 02 de agosto de 2002.

21 Pág.16 Ibíd. Tarjeta de Identidad No. 1.094.894.045 nacido el 30 de septiembre de 2003.

22Salvo las reglas especiales de procedimiento definidas en el presente libro, el procedimiento del sistema de responsabilidad penal para adolescentes se regirá por las normas consagradas en la Ley 906 de 2004 (sistema Penal Acusatorio), exceptuando aquellas que sean contrarias al interés superior del adolescente.

23 Corte Constitucional C- 591 de 2005.

24 Págs. 28 y 29 -04 Ibíd.

25 Págs. 37 y 38 -04 Ibíd.

26 Págs. 48 y 49 – 04 Ibíd.

27 Págs. 107 a 109 03 Expediente digital.