

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

Magistrado Ponente

AP2484-2023

Segunda instancia No. 63472

Aprobado según acta n° 159

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

I. VISTOS

1. Decide la Corte el recurso de apelación formulado por el Fiscal Primero Delegado ante el Tribunal de Buga (Valle) contra el auto dictado por el mismo cuerpo colegiado, mediante el cual decretó la extinción de la acción penal por prescripción en lugar de resolver sobre la preclusión solicitada por la Fiscalía en favor de ESTHER INÉS SINISTERRA MONTAÑO.

II. HECHOS

2. De lo consignado en el auto de primera instancia, la actuación tuvo origen en la denuncia penal que el 16 de julio de 2010 interpuso Jorge Enrique Tovar Vanegas, contra ESTHER INÉS SINISTERRA MONTAÑO, por presuntas irregularidades cometidas por ella al interior del proceso radicado 690687-67, donde fungió como Fiscal 67 Local de Palmira a cargo de la investigación.

Los hechos por los que se inició la actuación 690687-67, tienen su génesis en el tratamiento médico que Jorge Enrique Tovar Vanegas recibió, luego de que el 20 de

septiembre de 2002 ingresara a la Fundación Valle del Lili de Cali, donde fue diagnosticado con VIH, asociado a toxoplasmosis cerebral; fue tratado en primera medida por el Dr. Juan Diego Vélez Londoño especialista en infectología, quien le recetó Piremetamina para tratar la toxoplasmosis, pero el 27 y 30 de septiembre del mismo año el Dr. Jhon Jairo Romero Morales sustituyó ese medicamento por Sulfadoxina.

Jorge Enrique Tovar Vanegas continuo el tratamiento con ese último fármaco (Sulfadoxina) hasta el 9 de octubre de 2002, ingiriendo 26 pastillas en total, fecha en que suspendió la ingesta debido a que presentó intoxicación grave por exceso de sulfas, quemaduras de tercer grado por todo el cuerpo, síndrome de Steven Johnson y enucleación del ojo derecho, daños por los que presentó la denuncia penal en contra del médico Jhon Jairo Romero Morales.

3. El conocimiento de la denuncia para la investigación preliminar, se asignó a la Fiscalía 67 Local de Palmira donde durante parte del trámite fungió como fiscal ESTHER INÉS SINISTERRA MONTAÑO, a quien se le reputa haber obrado irregularmente al desconocer lo dispuesto en el Dictamen Médico Legal N° 2004C-1925 del 14 de noviembre de 2004, suscrito por el Perito Forense Juan Guillermo Zapata Jaramillo, donde dicho profesional aconsejó, dada la complejidad del asunto, se obtuvieran:

- ii. Declaración del personal médico y paramédico que intervino en el caso, anotando el grado de participación de cada uno de ellos.
- iii. Historia clínica completa relacionada con los hechos, que incluya evoluciones médicas.
- iv. Historia clínica previa a los hechos, para determinar si cuando sucedieron los mismos, ya estaba alterada la presanidad, notas de enfermería, descripciones

quirúrgicas, notas operatorias y órdenes médicas.

v. Protocolos de manejo para la patología del ofendido, que se siguen en la institución o que sigue el médico tratante con su respectiva bibliografía.

vi. Diplomas, registro médicos y certificados que prueben la idoneidad del profesional en salud tratante, certificados de asociaciones a las cuales pertenece, etc.

4. A decir del denunciante, la procesada en su condición de fiscal, no adelantó actuación alguna que ayudara para la recolección de los elementos necesarios para el estudio del caso y omitió o desconoció la documentación aportada por el afectado; no obstante, emitió la resolución 184 del 27 de octubre de 2006, precluyendo en favor del médico Jhon Jairo Romero Morales la actuación.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

4. Interpuesta denuncia el 16 de julio de 2010 contra ESTHER INÉS SINISTERRA MONTAÑO, la Fiscalía dio inicio a la indagación.

5. El 22 de agosto de 2022, la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, solicitó audiencia de preclusión, invocando la causal 4ª del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004 “atipicidad del hecho investigado”.

6. Correspondió conocer del asunto a la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, donde el 09 de noviembre de 2022, tuvo lugar la audiencia solicitada.

6.1 La Fiscalía solicitó se precluyera la investigación seguida contra ESTHER INÉS SINISTERRA con fundamento en lo siguiente:

-. La presunta omisión en que se incurrió al no haber atendido lo dispuesto en el dictamen

médico legal número 2004C-1925 de noviembre 14 de 2004, fue objeto de investigación en el radicado 76001-6000-199-2010-0145, que fue archivado mediante orden 202003-9, donde se dispuso compulsar copias para investigar la posible comisión de prevaricato por acción de la implicada; en concreto, por la emisión de la Resolución Interlocutoria 184 del 27 de octubre de 2006 dentro del Proceso radicado 690687-67, seguido contra el Dr. Jhon Jairo Romero Morales.

-. De la revisión de lo acontecido al interior del proceso 690687-67, se verificó la existencia de diferentes medios probatorios que fueron recaudados, entre los que se destacan: i) la denuncia interpuesta por Jorge Enrique Tovar Vanegas; ii) la declaración rendida por Oscar Raul Ruiz, amigo del afectado; iii) declaración del Dr. Juan Diego Vélez Londoño, quien explicó en detalle todo lo relativo a la atención de Jorge Enrique Tovar Vanegas, su diagnóstico, tratamiento y medicamentos que le fueron formulados; y iv) el auto interlocutorio del 09 de diciembre de 2004 proferido por el Tribunal de Ética Médica, entidad que determinó que al cuestionado Dr. Jhon Jairo Romero Morales “no era dable hacerle juicio de reproche en materia médica”.

Pruebas que motivaron a la indiciada a proferir la Resolución de Preclusión No. 184 del 27 de octubre de 2006 en favor de Jhon Jairo Romero Morales, de allí que no sea posible concluir que faltó a sus deberes, pues fueron varias las pruebas que en ejercicio de sus funciones practicó.

-. Agotada la investigación y ante la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia que amparaba al Dr. Jhon Jairo Romero, resultaba adecuada la decisión que de precluir adoptó la funcionaria.

6.1 El apoderado de la víctima (Jorge Enrique Tovar Vanegas), pidió se niegue la preclusión solicitada por la fiscalía teniendo en cuenta que, de las pruebas existentes surge evidente que la implicada en su condición de fiscal, desatendiendo los deberes que le asistían y con

ello contribuyó a que el caso que estaba bajo su conocimiento quedara impune.

7. Mediante auto del 2 de febrero de 2023, el Tribunal Superior de Buga decretó la prescripción de la acción penal por estos motivos:

-. Los hechos que se reputan constitutivos de prevaricato por acción tuvieron lugar en el 2006; dicho delito está descrito en el artículo 413 del Código Penal con sanción que va de 48 a 144 meses de prisión, por lo que, en principio, la acción penal prescribiría pasados 12 años (144 meses) a partir de la comisión de la conducta.

Como ESTHER INÉS SINISTERRA MONTAÑO actuó en su condición de fiscal (servidor público), a ese término se le debe adicionar una tercera parte que equivale a 4 años, lo que significa que la acción penal prescribiría 16 años después de haberse supuestamente ejecutado el reato, es decir, el 27 de octubre de 2022.

-. Por otra parte, el delito de prevaricato por omisión descrito en el artículo 414 del Código Penal se reprime con pena de prisión que va de 32 a 90 meses, en principio, la acción penal prescribiría a los 90 meses siguientes a la fecha de los hechos. Pero como la implicada tiene la condición de servidora pública y fue presuntamente en ejercicio de sus funciones que la cometió, a ese término se le debe adicionar una tercera parte (30 meses), lo que significa que la acción penal fenecería pasados 10 años (120 meses) de la fecha de los hechos, es decir, prescribió el 27 de octubre de 2016.

Contra la decisión, el delegado fiscal interpuso recurso de apelación, que coadyuvó el defensor de ESTHER INÉS SINISTERRA MONTAÑO, y que procede la Sala a estudiar.

IV. RECURSO

8. El Fiscal Primero Delegado ante el Tribunal de Buga solicita a la Sala, revocar la decisión de primera instancia para en su lugar disponer se resuelva de fondo sobre la preclusión y de

encontrar que la conducta imputada es “objetivamente atípica, así lo manifieste y anteponga a la decisión prescriptiva que condujo a la preclusión de la investigación la de la preclusión pero con fundamento en el artículo 332-4 de la Ley 906 de 2004”; lo anterior, con base en los siguientes planteamientos:

- Desconoció el Tribunal que la solicitud de preclusión al tener como fundamento la atipicidad de la conducta debió ser resuelta de fondo aun estando prescrita la acción, “pues para los asociados y para el procesado, resulta de mayor interés y fluye como regla de mayor garantía que se conozca y se diga con criterio de cosa juzgada, si realmente en el proceder que se tacha de prevaricador, en este caso por activa, se presentó o no tal conducta”.
- La necesidad de decretar la prescripción no es absoluta, tiene algunas excepciones que para el caso resultan aplicables como lo son i) cuando la sentencia de segundo grado es absolutoria y ii) cuando el procesado renuncia a su declaratoria.
- Tras analizar el caso en el que se considera la implicada cometió irregularidades, la Fiscalía llegó a la conclusión de que ESTHER INÉS SINISTERRA MONTAÑO, no había cometido “ningún delito prevaricador y por ende debía declararse tal situación si de respetar la presunción de inocencia se trataba”, teniendo en cuenta además, que la preclusión por atipicidad, puede equipararse a la emisión de un fallo absolutorio, prefiriéndose entonces la absolución (preclusión por atipicidad) sobre la prescripción.

9. La defensa como no recurrente

9.1 En el traslado a los no recurrentes, el apoderado de ESTHER INÉS SINISTERRA MONTAÑO presentó escrito en el que coadyuva la petición de la fiscalía, con las siguientes precisiones:

- El “recurso de alzada tiene como fundamento, dejar en claro que mi prohijada en ningún

momento está renunciando a la extinción de la acción penal”.

-. Se pretende que “la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronuncie acerca de la atipicidad absoluta del comportamiento de mi procurada y se resuelva de fondo la situación, toda vez que es regla de mayor garantía procesal.”

-. No es cierto que en el caso que tuvo a su cargo, la implicada hubiese faltado al deber de investigar, tal como se verifica en la carpeta del trámite, fueron varias la pruebas que practicó, que sirvieron de fundamento para emitir la correspondiente resolución de preclusión.

En esos términos, solicita “se revoque la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga (...), profiriendo a cambio sentencia de absolución por atipicidad absoluta de la conducta”.

V. CONSIDERACIONES

10. El artículo 83 del Código Penal (Ley 599 de 2000) dispone que la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), con algunas salvedades previstas en la misma norma.

Tal precepto debe conjugarse con el artículo 86 ibídem, con la modificación introducida por la Ley 890 de 2004, que aplica de manera exclusiva a los procesos regidos por la Ley 906 de 2004; norma que es del siguiente tenor:

“La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación.

Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser

inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10) años”

Además, por mandato del artículo 292 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), norma posterior más favorable, después de ser interrumpido con la imputación, el término prescriptivo no puede ser inferior a tres (3) años.

11. En el caso que se examina, los delitos por los que se investiga a ESTHER INÉS SINISTERRA MONTAÑO, son el de prevaricato por acción y prevaricato por omisión, sancionados en los artículos 413 y 414 del Código Penal, con prisión de 48 a 144 meses y de 32 a 90 meses respectivamente.

Como a la implicada aún no se le ha formulado imputación, el término que ha de contarse a efectos de establecer si sobrevino la prescripción, es el del inciso 1° del artículo 83 del Código Penal, es decir, debe la Sala constatar si a la fecha ha transcurrido un tiempo igual al máximo de la pena, que para el delito de prevaricato por acción es de 144 meses, mientras que, para el de prevaricato por omisión es de 90 meses.

12. No obstante, a dicho tiempo se debe aplicar el incremento de 1/3 parte en razón a lo dispuesto en el inciso 6° del artículo 83 original del Código Penal (esto teniendo en cuenta la fecha de los hechos, motivo por el que no rige lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011), según el cual, “Al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte.”

Así, a la pena máxima de cada una de las conductas habrá de incrementarse una tercera, a efectos únicamente de contabilizar el término de prescripción, quedando la prescripción del prevaricato por acción, en 192 meses (144 meses de pena máxima fijada para el delito, 48 meses que corresponden a 1/3 parte) que equivalen a 16 años; mientras la de prevaricato por omisión, en 120 meses (90 meses de pena máxima fijada para el delito, 30 meses que corresponden a 1/3 parte), que corresponden a 10 años.

De lo anterior se deduce que las conductas que se investigan prescribían así:

-. Para el delito de prevaricato, pasados 16 años¹ de la fecha de los hechos (27 de octubre de 2006 – fecha de la resolución de reclusión), es decir, el 27 de octubre de 2022.

-. Para el delito de prevaricato por omisión, pasados 10 años² de la fecha de los hechos (27 de octubre de 2006 – fecha de la resolución de reclusión), es decir, el 27 de octubre de 2016.

Misma conclusión a la que arribó la Sala Penal del Tribunal de Buga.

13. Entonces, en el presente asunto se verificó que el fenómeno prescriptivo de la acción penal acaeció cuando el expediente se encontraba en etapa de investigación, no obstante, acorde con lo anotado en el recurso de alzada, fiscalía y defensa pretenden que, pese a ello se resuelva de fondo sobre la solicitud de preclusión que, por atipicidad de la conducta postuló la fiscalía, al considerar resultaba prevalente la decisión preclusoria (absolutoria) sobre dicho fenómeno.

Entre los argumentos para soportar el pedimento, el fiscal puso de presente lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en el fallo CSJ SP.,16 may. 2007, Rad. 24734, en el cual, en lo sustancial, se advirtió que «ante el doble camino de absolver o decretar la prescripción, el juez debe optar por la solución que de manera más acabada restituya los derechos conculcados, o cuando menos limitados o puestos en tela de juicio, del acusado, y ella, no cabe duda, es el mecanismo absolutorio que, desde luego, no opera en cualquier momento, sino en los casos específicos en los que el asunto, por obra de la tramitación adelantada, ya ha cubierto las diferentes etapas investigativa y de enjuiciamiento, hallándose a despacho para la decisión de fondo».

Bajo ese entendido, observa la Sala, que la pretensión del representante del ente acusador tuvo lugar tras la lectura equivocada que hizo de aquel criterio jurisprudencial; en efecto, tal

y como explicó el recurrente, la declaratoria del fenómeno prescriptivo de la acción penal, como regla general, cede, únicamente frente a dos eventos: (i) cuando la sentencia de segundo grado es de carácter absolutorio y la misma no es debatida en sede de casación y, (ii) cuando el procesado renuncia a la prescripción.

No obstante, el primero de aquellos supuestos y al que acude el impugnante, esto es, cuando se confrontan la decisión absolutoria y la materialización de la prescripción, solo es procedente en sede del recurso extraordinario de casación y así lo ha desarrollado la jurisprudencia de la Corte; pues, como bien se aprecia, dicha determinación, se presupone, ha arribado a esta Corporación prevalida de una doble presunción de acierto y legalidad, ante lo cual «... algún valor debe darse a las decisiones de las instancias, cuando es claro que la prescripción, o mejor, el término de ellas, se cubrió con posterioridad a las mismas y no compete a la Corte, repetimos, porque no fue objeto de ningún tipo de demanda, evaluar el tópico específico de la absolución».

14. Presupuestos fácticos que de ninguna manera se configuran en el caso que concita la atención de la Sala. Ello, porque no existe pronunciamiento alguno que dé cuenta de la ausencia de responsabilidad de la implicada en los hechos o de la atipicidad de los mismos; motivo por el cual, cuando el Tribunal al estudiar el asunto, halló materializada la prescripción de la acción penal, no tenía más opción que proceder a declararla, tal como lo hizo.

Si no hubiera procedido en ese sentido, sino como lo solicitan los recurrentes, habría quebrantado la garantía del debido proceso, al permitir la prolongación del debate jurídico y probatorio, a pesar de que el Estado ya había perdido la potestad de juzgamiento.

En estos términos lo destacó la Sala en sentencia CSJ SP, 5 nov. 2013, rad. 40034:

... la justicia no puede actuar a partir de ese momento, de manera que si el Tribunal lo hizo su decisión es inválida y así debe declararlo la Corte casando la sentencia y declarando la

prescripción de la acción penal. Sobre este tema la jurisprudencia de la Corporación también ha expresado:

“Frente a dichos planteamientos es necesario resaltar que la prescripción de la acción penal, como lo ha destacado la Corte Constitucional³, es una institución de orden público por virtud de la cual, debido al simple transcurso del tiempo señalado en la ley, el Estado pierde su capacidad de investigación y juzgamiento, de suerte tal que una vez logrado o superado el lapso previsto por el legislador para el efecto, no hay opción distinta para el operador jurídico que decretar la prescripción, pues actuar en contravía del respectivo mandato, esto es, trascendiendo el límite cronológico máximo, implica desconocer las formas propias del juicio, sin que sea oponible para eludir el referido pronunciamiento, el que decisiones próximas a tomar puedan favorecer al procesado.

En eventos tales, ni siquiera la presunción de inocencia como garantía fundamental podría invocarse para justificar que debe emitirse la providencia liberatoria de responsabilidad (por ejemplo, por preclusión de la instrucción, cesación de procedimiento o aún sentencia absolutoria), por cuanto para proferirla se exige como requisito sine qua non que el Estado, a través del respectivo funcionario, detente la capacidad para adelantar una actuación penal, la cual desaparece ipso iure por virtud de extinguirse la acción penal, entendida ésta como el derecho-deber del Estado de investigar, juzgar o sancionar a una persona a quien se le imputa la comisión de una conducta definida como punible... (resaltados fuera del original).

En consecuencia, al verificarse la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal, se confirmará la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Buga del 2 de febrero de 2023, que decretó la extinción de la acción penal por prescripción.

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

VIII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida el 2 de febrero de 2023, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga decretó extinción de la acción penal derivada de las conductas punibles de prevaricato por acción y prevaricato por omisión, por las que se estaba investigando a ESTHER INÉS SINISTERRA MONTAÑO, por prescripción.

SEGUNDO- Contra este auto no proceden recursos.

TERCERO. Devolver la actuación al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

HUGO QUINTERO BERNATE

Presidente

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Cifra que resulta de incrementar a los 144 meses que contempla la norma como máximo de la pena, 1/3 parte (48 meses), suma que arroja un total de 192 meses que equivalen a 16 años.

2 Cifra que resulta de incrementar a los 90 meses que contempla la norma como máximo de la pena, 1/3 parte (30 meses), suma que arroja un total de 120 meses que equivalen a 10 años.

3 Cfr. Sentencia C-416 de 28 de mayo de 2002.