



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal



EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

SP2956-2018

Radicación n.º 46740

Acta 246

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de julio de dos mil dieciocho (2018).

1.- MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Sala procede a resolver la apelación interpuesta por la Fiscalía y la defensa en contra del fallo emitido el 12 de agosto de 2015 por el Tribunal Superior de San Gil, que condenó a **LUZ ELENA RUIZ MARTÍNEZ** por el delito de prevaricato por acción, en concurso homogéneo de tres conductas, y la absolvió por el de prevaricato por omisión.

2.- SITUACIÓN FÁCTICA

Los hechos fueron plasmados por la acusación en los siguientes términos:

El 7 de marzo de 2009, por la vía nacional -La Lizama K 83 + 400 metros- el camión de placas SWB293, fue retenido por la policía de carreteras en razón a que transportaba sustancias, al parecer prohibidas. Luego de hacer los análisis preliminares a las 33 canecas que constituían la carga, se encontró que la marcada como 19, contenía 53 galones de ácido clorhídrico, y no tenía los documentos que ampararan su movilización, químico que está sujeto a control, conforme a lo prescrito en las resoluciones N° 09/87, adicionada por la 07/92, canon 1°; la 01/95 artículo 1° y la 12/2003 precepto 1°, todas del Consejo Nacional de Estupefacientes.

Con fundamento en lo anterior se capturó a ALFONSO VARGAS AGUIRRE y JAIRO ORLANDO SÁNCHEZ TALERO, conductor y acompañante del rodante, se incautó éste, y la totalidad de la carga, por violación de la norma 382 del Código Penal (tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos).

Mediante el informe ejecutivo del CTI, los retenidos fueron puestos a disposición de la Fiscal Segunda Seccional de Cimitarra, **LUZ ELENA RUIZ MARTÍNEZ**, quien, el 8 de marzo de 2009, emitió resolución por la que los dejó en libertad, afincada en atipicidad de la conducta; y el 9 siguiente, dispuso la entrega

del camión y de la carga a favor de LEONOR RUBIO ROBLES, que lo solicitó como propietaria¹.

Posteriormente, el 29 de abril inmediatamente posterior, la Fiscal Segunda Seccional ordenó archivar de las diligencias, fundada en que la conducta es atípica, sin atender a que, dada la cantidad de sustancia incautada, la competencia radicaba en la Fiscalía Especializada de San Gil.

3.- ACTUACIÓN PROCESAL

El 21 de enero de 2013, ante el Juez Primero Penal Municipal de Control de Garantías de San Gil se llevó a cabo la audiencia de formulación de imputación a **RUIZ MARTÍNEZ** por los delitos de prevaricato por acción, en concurso homogéneo y sucesivo, y heterogéneo con prevaricato por omisión. La implicada no aceptó los cargos.

Una vez se presentó el escrito de acusación, los integrantes de la Sala Única del Tribunal Superior de San Gil se declararon impedidos, por lo que remitieron el asunto a conjueces, quienes, el 18 de marzo siguiente lo declararon fundado y asumieron el conocimiento de la actuación.

La acusación se llevó a cabo el 23 de abril de 2013 y la preparatoria el 12 de julio ulterior cuando se impugnó el decreto de pruebas,alzada que desató la Corte Suprema de Justicia el 4 de septiembre de 2014. El juicio oral se desarrolló desde el 27 de abril hasta el 1° de julio de 2015, ocasión en la que se anunció el

¹ Cfr. Folio 73 carpeta de evidencias.

sentido del fallo condenatorio. El 15 de agosto posterior, se emitió la sentencia objeto de impugnación.

4.- LA DECISIÓN APELADA

El Tribunal condenó a **RUIZ MARTÍNEZ** por el concurso de prevaricatos por acción (artículo 413 del Código Penal) y la absolvió por prevaricato por omisión (artículo 414 *idem*). Le impuso cuarenta y nueve (49) meses de prisión, multa de setenta (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta y un (81) meses, y le concedió la prisión domiciliaria². Fundamentó así su determinación:

Declaró acreditada la condición de servidora pública de la procesada con la certificación expedida por la Fiscalía General de la Nación que da cuenta que, para la época de los hechos, se desempeñaba como Fiscal Segunda Seccional de Cimitarra. Este documento fue estipulado por las partes.

Halló demostrado, con prueba documental, que la citada funcionaria, en ejercicio del cargo, expidió resoluciones los días 8 y 9 de marzo y 29 de abril de 2009, dentro de la investigación penal radicada bajo el número 681906000139200980006, a través de las cuales, respectivamente, concedió la libertad a los capturados ALFONSO VARGAS AGUIRRE y JAIRO ORLANDO SÁNCHEZ TALERO, dispuso la entrega del rodante y demás mercancías incautadas y, finalmente, archivó las diligencias.

² En la sentencia se concedió la prisión domiciliaria, pero se aplazó la expedición de las órdenes pertinentes hasta la ejecutoria de la decisión.

Para determinar que fueron manifiestamente contrarias a la ley, el *a quo* analizó esas determinaciones individualmente, así:

-La que concedió la libertad se aleja del sustento legal que le corresponde, en la medida en que el artículo 382 del Código Penal plasma como punible la conducta consistente en introducir al país, transitar, sacar o transportar elementos que sirvan para el procesamiento de cocaína o cualquier otra sustancia que produzca dependencia, dentro de las que se encuentra el ácido clorhídrico, una de las movilizadas por los implicados.

Con las labores realizadas por los policiales luego de detener el rodante, se estableció que de las 33 canecas que se llevaban en él, la marcada con el N° 19, contenía 53 galones de ácido clorhídrico, sustancia prohibida y que se carecía de permiso.

Por lo anterior, el Tribunal concluyó que cuando se produjo la resolución de libertad, estaba acreditado que los capturados tenían en su poder una sustancia controlada sin licencia para su transporte, lo que hacía punible su conducta y por esa razón han debido ser llevados ante el juez de control de garantías.

-La que decretó la devolución del vehículo y la mercancía desconoció el contenido del artículo 83 del Código de Procedimiento Penal porque el rodante fue el medio en el que se transportó la caneca N° 19 con ácido clorhídrico. Por lo que, en vez de entregarse, se debió llevar al juez de control de garantías,

con miras a lograr la suspensión del poder dispositivo, como lo establece el precepto 85 del mismo catálogo normativo.

-La orden de archivo es contraria al ordenamiento jurídico porque la Fiscal **LUZ ELENA RUIZ MARTÍNEZ** poseía los elementos demostrativos suficientes para abrir la investigación, entre ellos: *i.*- acta 016 sobre resultado de la PIPH, *ii.*- licencias emitidas por la Dirección Nacional de Estupefacientes, y, *iii.*- permisos para las empresas vendedora y compradora que no incluían el hallazgo de la caneca N° 19.

Refuerza esa conclusión con lo expresado por la gerente de CHEMICAL SOLVENS³, HASBLEYDI BEJARANO, quien, en el juicio oral, dijo que la carga despachada por su compañía no incluyó la caneca con ácido clorhídrico, dado que es prohibida por ser un precursor para el procesamiento de narcóticos. Ello debió conducir a que la procesada solicitara las audiencias concentradas ante los jueces de control de garantías y no, como lo hizo, dejar en libertad a los capturados y entregar lo incautado.

Por último, frente al prevaricato por omisión, el Tribunal sostuvo que aunque la Fiscalía pidió condena por los prevaricatos activos y el omisivo⁴, en razón a la unidad de acción derivada de que, al emitir la orden de libertad de los capturados, no los llevó a audiencia; al entregar el rodante, no legalizó su incautación, ni pidió la suspensión del poder dispositivo; y al archivar las diligencias, no las remitió al Fiscal Especializado, lo cierto es que una cosa es que se hubiere determinado que era viable llevar a

³ Es la empresa que vendió las sustancias incautadas, por lo que emitió las guías de movilización para las mismas.

⁴ Frente a esta conducta el ente acusador solicitó se condenara con unidad de acción final, por todos los deberes que dejó de cumplir la acusada cuando emitió las resoluciones manifiestamente contrarias a la ley.

los aprehendidos al juez de control de garantías y otra que la Fiscalía tuviera suficiente material para imputar, pues, luego de la incautación, apareció sorpresivamente otra caneca, de forma que al dejar el automotor en cadena de custodia, ya no eran 33 sino 34 canecas; y, de otro lado, que el delito tenga más de cuatro años de pena privativa de la libertad, no implica que, en todos los casos, se deba pedir medida de aseguramiento Y finalmente, añadió:

Aunado a que la conducta presuntamente omisiva del prevaricato por omisión, de no haber remitido a la [F]iscalía especializada la investigación identificada con el número 68190600013920098006, por efectos de la competencia para la [S]ala no es constitutiva del tipo penal de prevaricato por omisión toda vez que de conformidad con la sentencia citada por el defensor de la Dra. LUZ ELENA RUIZ MARTÍNEZ, se deja claro que la competencia está es en cabeza de los señores Jueces de la República y no en el ejecutor de la acción penal, y en consecuencia no se materializa la omisión, el retardo, la denegación o el rehusarse a un acto propio de sus funciones⁵.

En conclusión, el *a quo* profirió el proveído en la forma indicada supra.

5.- TRÁMITE DE LOS RECURSOS

La impugnación fue formulada por Fiscalía y por el defensor; la primera la sustentó oralmente, y el segundo lo hizo por escrito.

5.1.- La Fiscalía⁶. Pidió modificar el fallo porque en la audiencia en que se anunció su sentido se dijo que la condena cobijaba la totalidad de conductas por las que se acusó a **RUIZ**

⁵ Cfr. Folio 139 de la carpeta del Tribunal.

⁶ Cfr. audio de 12 de agosto de 2015, record 54' 17".

MARTÍNEZ, pero en la sentencia se absolvió por el prevaricato por omisión.

Indicó que la providencia contraviene principios basilares del sistema penal acusatorio, tales como: congruencia, lealtad, inmediación y seguridad jurídica, es decir, el debido proceso, en la medida en que desconoció la jurisprudencia CSJ SP 14 nov. 2012, rad. 36.333, que plasma, como subregla, que el anuncio del sentido del fallo y la decisión constituyen una unidad, por consiguiente, los dos actos procesales deben contener idénticas determinaciones. El juez que presencié la práctica probatoria no puede anular en la providencia lo ya anunciado, con el pretexto de evitar una injusticia material porque el sentido del fallo es vinculante.

En relación con la absolución por el prevaricato por omisión, adujo que cuando la acusada emitió las resoluciones transgresoras, también *i.*- dejó de llevar a audiencia a los capturados, *ii.*- no surtió la diligencia para pedir la suspensión del poder dispositivo de los bienes incautados, *iii.*- dejó de destruir la sustancia prohibida y, *iv.*- eludió remitir las diligencias al Fiscal Especializado competente para dar trámite al asunto. Por ello, desatendió los mandatos del artículo 250 Superior, la Ley 938 de 2004, estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación, y la Ley 906 de 2004 (preceptos 114 numeral 1°, 83, 84, 302, 308 y 313, 87).

Reiteró que el ente acusador está imposibilitado para subsumir el acto de omisión en la conducta activa, porque son actos completamente diferentes. Reclamó a la Corte reparar el

yerro y disponer la condena tanto por los delitos de prevaricato por acción como por el de omisión.

5.2.- La Defensa.⁷ Criticó la sentencia por afirmar que la prueba documental fundamenta la condena, para lo cual repasó la existente, y luego, sin ningún análisis, condenó a la implicada por los tres prevaricatos por acción.

La Fiscalía en su recurso no atacó los argumentos del Tribunal, sino que se limitó a insistir en lo que ha dicho a lo largo del proceso, es decir, que la acusada cometió, con la misma conducta, tanto prevaricato por acción como por omisión. Pidió declarar desierta la alzada interpuesta por el ente acusador.

En cuanto a la condena, señaló, en primer término, que cuando a un Fiscal le ponen a disposición una persona capturada, debe ser el primer filtro en los siguientes aspectos: *i.*- si el delito por el que se retuvo tiene medida de aseguramiento y, *ii.*- si la captura es legítima. En caso de responder negativamente cualquiera de las dos aristas, deberá dejar en libertad inmediata al aprehendido. Y, en el caso concreto, la acusada, el 8 de marzo de 2009, tuvo la certeza que la conducta por la que se retuvo a ALFONSO VARGAS AGUIRRE y JAIRO ORLANDO SÁNCHEZ TALERO no era típica, por lo que obró como lo dispone la ley, esto es, restableciéndoles el derecho afectado, por consiguiente, actuó conforme a derecho.

Reconoció el impugnante que su cliente pudo errar en la apreciación de la atipicidad de la conducta, para lo cual citó el

⁷ Sustentó por escrito presentado el 20 de agosto siguiente a la audiencia.

pronunciamiento apelado cuando, al determinar la pena imponible, expresó que no tuvo una mayor gravedad, pues aunque afectó el buen nombre de la administración de justicia, no generó daño al patrimonio del Estado ni a persona «*indeterminada*», así como que no se percibe que hubiere recibido dinero o dádiva alguna.

Así, era un deber de la acusada realizar el control de legalidad a las capturas, como también lo era que, al encontrarlas ilegales, procediera a excarcelar sin dilaciones a los retenidos puestos a su disposición. Por consiguiente, **LUZ ELENA RUIZ MARTÍNEZ** actuó convencida de que lo hacía cumpliendo las expectativas que el cargo se imponía.

El error de apreciación probatoria se generó porque al poco tiempo de recibir a los aprehendidos, la Fiscal comprobó que el material incautado fue despachado desde una empresa seria (CHEMICAL SOLVENS) y tenía por destino un almacén que distribuía pinturas (Pinturas Atlas), por ende, requería de los químicos incautados, por ello, no había ilicitud en su actuar, ya que se portaban los documentos que autorizaban el traslado de esos elementos.

Analizó los elementos del tipo de prevaricato, (acudió a jurisprudencia de esta Corporación⁸) y resaltó que no basta con la constatación de la ilegalidad de la resolución, concepto o dictamen, sino que debe demostrarse el dolo en la conciencia del servidor público, esto es, que entienda la manifiesta ilegalidad de la resolución proferida en el momento en que ejecuta la conducta.

⁸ Sin referir los radicados de sus citas.

Aseguró que dentro de la actuación no se probó que **RUIZ MARTÍNEZ** tuviera conocimiento de la ilicitud de alguna de las tres resoluciones, puesto que, con cada una de ellas, creyó estar actuando acorde a derecho. Además, ninguna autoridad le advirtió sobre la posible ilicitud de su proceder, al grado que, hasta la fecha, no se ha removido la decisión dispuesta con base en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, como tampoco se ha interesado en conocer el resultado de las pruebas técnicas que se hicieron a las sustancias incautadas.

Criticó al *a quo* porque no se pronunció frente al dolo, le bastó hallar las tres resoluciones contrarias a derecho para derivar la condena. Y, además, no estudió la antijuridicidad ni la culpabilidad, desconociendo con ello los artículos 11 y 12 del Código Penal, elementos avalados en la sentencia C-370 de 2000 de la Corte Constitucional.

En consecuencia, determinó que, al no haber culpabilidad en el obrar de la acusada, ella actuó dentro de un error; ejecutó el punible bajo la convicción equivocada de que no incurría en delito, por lo cual, a voces del numeral 10 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, se excluye su responsabilidad.

Al carecer el fallo recurrido de una adecuada sustentación, se hace nugatoria la garantía de segunda instancia si la Corte complementa la argumentación que allí se extraña; y, tampoco es aceptable que se decrete una nulidad para que el *a quo* supla lo que omitió, pues constituiría una «vulneración a la prohibición de

reforma en perjuicio, derecho de estirpe constitucional consagrado en el segundo inciso del artículo 31 Superior.⁹»

5.3. Intervención de los no recurrentes.

5.3.1. Fiscalía¹⁰. Expresó que comparte los planteamientos del fallo de primera instancia, por lo que pide su confirmación.

En relación con el recurso de la defensa, arguyó que es novedoso, en la medida en que en curso del juicio jamás intentó exculpar a su prohijada con el argumento (error), al grado que no aportó medios de conocimiento para acreditarlo y en el proceso se demostró que, con la experiencia¹¹ de la acusada, bien pudo actuar conforme a derecho.

5.3.1. Defensa¹². Frente al recurso interpuesto por la Fiscalía, expresó que no tiene razón en la medida en que los conjuces no anularon el anuncio del sentido del fallo sino que lo aclararon, por consiguiente, no se violó el debido proceso. Además, reconoció que la postura mencionada por la Fiscal fue expuesta por la Corte en una providencia, pero no hay doctrina probable porque no ha sido confirmada en otra providencia de la misma Corporación.

⁹ Cfr. Folio 178 de la carpeta del Tribunal.

¹⁰ Descorrió el traslado en forma escrita.

¹¹ Conforme lo expuesto por la Fiscalía, la procesada: *«es una persona con amplia experiencia en la Rama Judicial, tanto como Juez de la República como Fiscal, que ingresó a la Fiscalía General de la Nación desde 1995, con estudios y práctica suficientes que le hacían ponderar en buena medida la complejidad y el cuidado que debía tener al acometer un delito particularmente grave como el asociado al narcotráfico, amén que para casos idénticos si procedió en forma debida...»* (Cfr. folio 203 Carpeta del Tribunal)

¹² Realizó su intervención como no recurrente en el curso de la audiencia de lectura de la decisión. Cfr. record 1:11:02”.

Insistió en que nunca se configuró el prevaricato omisivo, porque la competencia no está asignada en la ley al acusador sino al juez.

5.3.1. Ministerio Público¹³. Explicó que el sentido del fallo no fue anulado sino aclarado y en ello está de acuerdo con la Sala de Conjuces. En relación con la posible comisión de prevaricato por acción y por omisión con la misma conducta, adujo que no es posible en la medida en que se presenta la unidad de acción, por ello solicitó la confirmación de la sentencia emitida.

6.- CONSIDERACIONES

La Corte Suprema de Justicia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 32-3 de la Ley 906 de 2004, es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y la defensa en contra de la determinación proferida por la Sala de Conjuces del Tribunal Superior de San Gil, mediante la cual condenó a la ex fiscal **LUZ ELENA RUIZ MARTÍNEZ** como autora del concurso homogéneo de prevaricato por acción en tanto que la absolvió de prevaricato por omisión.

De acuerdo con la sustentación de las impugnaciones, este proveído abordará los siguientes temas: *i.*- si en el caso concreto, el sentido del fallo fue «aclarado» o «variado» en la providencia; *ii.*- si la acusada cometió el prevaricato por omisión o, tal injusto no debió imputarse en razón de presentarse «*unidad de acción*»; *iii.*- si hay motivación en el fallo, en relación con el concurso de

¹³ La Representante de la Procuraduría General de la Nación intervino como no recurrente dentro de la audiencia de lectura de la providencia, es decir, en relación con la apelación propuesta por el ente acusador, más no hizo lo propio en relación con el recurso de la defensa.

prevaricato por acción, sobre el elemento subjetivo del tipo, la antijuridicidad y, la culpabilidad.

6.1. El sentido del fallo y su congruencia con la sentencia.

Esta Corporación ha dicho de manera reiterada y uniforme que el sentido del fallo debe guardar correspondencia con la sentencia, en la medida que se trata de un acto complejo generador de expectativas y que ata al funcionario judicial, especialmente, cuando es el mismo quien profiere los dos actos procesales.

Sobre el particular, se dijo en CSJ SP12846-2015, rad. 40.694:

No obstante, el criterio de la Sala según el cual de manera excepcional era posible la anulación del sentido del fallo, cuando después de su anuncio se percataba el juez de la inclusión de una injusticia material en su determinación, para modificarlo a través de uno nuevo, fue recogido en el precedente jurisprudencial adoptado en CSJ SP, 14 nov. 2012, rad. 36333, en un asunto en el que se afinaron las reglas en materia de sentido de fallo y sentencia, binomio reputado como una unidad temática inescindible.

En dicha decisión se reflexionó en el hecho de que tras presenciar la práctica de las pruebas y escuchar los alegatos de conclusión de las partes e intervinientes, el juez se encuentra en capacidad para dar a conocer de manera oral y pública el sentido del fallo, el que debe anunciar inmediatamente o después del receso establecido en la ley, que puede prologarse de acuerdo a la complejidad del asunto¹⁴, lapso en el que puede evaluar los acontecimientos percibidos en el juicio e incluso consultar los registros de la audiencia para disipar sus dudas y determinar, en el trascendental acto procesal, si halla culpable o inocente al procesado.

Determinación aquella, que además de garantizar el pronto conocimiento de la decisión adoptada, resulta consecuente con los principios de inmediación, concentración e inmutabilidad, que rigen el

¹⁴ Posibilidad de ampliación del término para preparar el sentido del fallo que ya la Sala ha admitido, cfr. CSJ SP, 17 sep. 2010, Rad. 32196.

proceso penal, razones que justifican, desde el punto de vista de la legitimidad de la decisión judicial, su aspiración de corrección en la determinación del juez de conocimiento, por lo que resulta inconveniente en términos de coherencia y seguridad jurídica la posibilidad que ante la variación de su criterio pudiera modificar el anunciado sentido del fallo.

De esta manera se comprende que no resulta refractario con el valor justicia, la reivindicación del debido proceso constitucional como garantía inalienable, la misma que resultaría sacrificada si se admitiera la modificación del sentido del fallo, pues significaría ello el desconocimiento de la secuencia lógica y coherente de los actos procesales que determinan la existencia del proceso como instrumento legítimo precisamente para la consecución de la justicia material, cometido que igual queda salvaguardado con la existencia de los medios idóneos para impugnar la decisión recogida en la sentencia.

Por lo tanto, se puntualizó en aquella decisión que «el debido proceso acusatorio se preserva, cuando el juez al redactar la sentencia respeta el sentido del anuncio del fallo y no a la inversa, esto es, cuando anula su aviso por considerar que el mismo encierra una injusticia material»¹⁵.

(...)

En consecuencia, le está vedado al juez de conocimiento la modificación del sentido del fallo emitido tras la culminación del debate probatorio que pone fin al juicio oral y público, debiendo ser congruente con el contenido de dicha anunciación la decisión vertida en la correspondiente sentencia, quedando a salvo el ejercicio del derecho de impugnación que puede ser incoado por las partes e intervinientes en uso de los mecanismos de los recursos, si lo consideran pertinente, para combatir la decisión adoptada conforme al anuncio de aquel sentido del fallo emitido.

Invariable línea jurisprudencial que se mantiene hasta hoy, en la que se privilegia la total consonancia que debe existir entre la anunciación del sentido del fallo y el contenido de la decisión recogida en la sentencia, lo que revela como evidente el dislate en que incurrieron los falladores en el presente caso, como vicio generador de la nulidad, debiéndose anunciar el remedio extremo que hoy reclama el censor, respaldado por la propia Fiscalía.

Significa lo expuesto que la congruencia entre el sentido del fallo y la sentencia forma parte de la estructura del debido proceso, por cuanto así se materializan los principios de inmediación, concentración e inmutabilidad. De manera que le

¹⁵ Es de resaltar que la línea jurisprudencial respecto a que el sentido del fallo y el proveído conforman una unidad inescindible es estable y se ha reiterado en repetidas ocasiones.

es vedado al juez que presenció la práctica probatoria emitir un criterio al finalizar el juicio oral y modificarlo después; de hacerlo, altera la seguridad jurídica y la coherencia. Bajo esa línea, si el funcionario judicial erró al momento de proferir el primer acto, no puede, con el pretexto de preservar la justicia, mutar la determinación final, lo que tampoco implica que la injusticia no se pueda superar, pues precisamente con ese fin existen los recursos.

En el caso concreto, la Sala de Conjuces, unos días después de culminar el juicio oral, anunció la orientación condenatoria del fallo así:

*Concluido el debate probatorio, esta Sala de Conjuces después de un ponderado análisis de lo controvertido en el mismo emite un sentido del fallo de carácter condenatorio considerando que la doctora Ruiz Martínez efectivamente, contaba con todos los elementos de juicio para solicitar como mínimo, ante el juez de control de garantías, la legalización del procedimiento de captura en flagrancia de los señores Jairo Orlando Sánchez Talero y Alonso Vargas Aguirre según la relación fáctica consignada en el expediente, para que en últimas, fuera el juez de control de garantías quien decidiera acerca de las solicitudes elevadas. Igualmente se considera que tenía razones fundadas para solicitar el comiso de la sustancia que se encontraba como prohibida y sin permisos y del vehículo que la transportaba. Así las cosas, ese es el sentido del fallo que esta Sala de Conjuces ha emitido y procedemos a fijar la fecha para la lectura del fallo. Se ha determinado como fecha de lectura del fallo el próximo 10 de julio de este año a partir de las nueve de la mañana*¹⁶.

Después, en la parte resolutive de la sentencia, expresó¹⁷:

PRIMERO: Absolver a la Dra. LUZ ELENA RUIZ MARTÍNEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No 63.293.691 expedida en Bucaramanga, de condiciones civiles y personales conocidas en la actuación del cargo de prevaricato por omisión al no haber remitido a la Fiscalía especializada en razón a la cantidad de precursores químicos incautados.

¹⁶ Subrayas de la Sala.

¹⁷ Cfr. Folio 142 de la Carpeta del Tribunal

SEGUNDO: Declarar responsable a la Dra. LUZ ELENA RUIZ MARTÍNEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No 63.293.691 expedida en Bucaramanga, de condiciones civiles y personales conocidas en la actuación, como autora del delito de prevaricato por acción en concurso homogéneo y sucesivo, tipificado por el artículo 413 del Código Penal, modificado por la Ley 890 de 2004, respecto de la expedición en su calidad de Fiscal Segunda Seccional de Cimitarra – Santander, por las resoluciones] de archivo de fecha 08 de marzo de 2009, resolución de entrega definitiva del vehículo de fecha 09 de marzo de 2009 y la orden de archivo proferida el 29 de abril de 2009, dentro de la indagación que se adelantó en contra de los señores ALFONSO VARGAS AGUIRRE y JAIRO ORLANDO SÁNCHEZ TALERO, por el delito de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos, en el código único de investigación 6819060001392009800006.

De lo anterior surge que el anuncio del sentido del fallo, como lo prescribe el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal¹⁸, no se refirió, de manera puntual a cada una de las conductas, para, en forma individual, declarar culpable o inocente a la acusada, sino que, luego de hacer un recuento de la situación y de lo que estimó debía hacer un Fiscal frente a un capturado, anunció condena y puntualizó sobre los prevaricatos por acción. No obstante, en la sentencia si fue claro el juzgador en absolver por el prevaricato por omisión y condenar por el concurso de prevaricatos por acción.

Al analizar el contenido de esos episodios no se concluye en realidad incongruencia sino una ambigüedad que no afecta la estructura del debido proceso. Obsérvese: el anunció de condena no explicitó que comprendiera **todos** los delitos objeto de acusación, por el contrario, en curso del mismo, solo se refirió a las tres resoluciones tildadas de prevaricadoras por acción; a su

¹⁸ Ley 906 de 2004, artículo 446.- *la decisión será individualizada frente a cada uno de los enjuiciados y cargos contenidos en la acusación, y, deberá referirse a las solicitudes hechas en los alegatos finales. El sentido del fallo se dará a conocer de manera oral y pública inmediatamente después del receso previsto en el artículo anterior, y deberá contener el delito por el cual se halla a la persona culpable o inocente.*

turno la sentencia no expresó que la orientación del fallo sería aclarada, modificada, variada o mutada, mucho menos anulada.

Lo expuesto permite concluir que, aunque en el sentido del fallo se anunció condena, ella no abarcó la totalidad de los delitos por los que se acusó a la implicada, pues de ningún modo se refirió al prevaricato por omisión, como sí se extendió sobre los por acción.

La referida ambigüedad se percibe del texto integral de lo acaecido en el acto procesal previo a la emisión de la sentencia, donde el Conjuez inició su discurso haciendo una relación de los hechos de la acusación en los que no puntualizó sobre los constitutivos de la omisión. Luego se refirió a los elementos de conocimiento con que contaba la Fiscal para tomar decisiones diversas a las reflejadas en las resoluciones de 8, 9 de marzo y 29 de abril de 2009, para concluir en el anuncio de condena. En consecuencia, ese acto no se podrá tildar de contradictorio con la sentencia sino de incompleto, pues no se pronunció frente al injusto por omisión, ni en lo fáctico, ni en probatorio y menos en la consecuencia. En verdad, olvidó aludir a esa conducta, lo cual no ameritó reclamo alguno de la Fiscalía, la defensa, o el Ministerio Público, a pesar de la forma antitécnica en que se surtió ese episodio procesal.

Lo expuesto permite concluir que hubo errores al anunciar el sentido de la providencia, pero se tornan intrascendentes para este caso concreto porque la acción penal por esa conducta esta prescrita como lo analizaremos a continuación.

6.2. Prescripción del prevaricato por omisión.

Ahora bien, la Corte aclara que para el momento en que se emite este pronunciamiento han fenecido los términos con que contaba el Estado para reprimir el prevaricato por omisión.

Ello porque la imputación tuvo lugar el 21 de enero de 2013¹⁹, y, de acuerdo con el canon 293 de la Ley 906, ese hecho interrumpió el término de prescripción que comenzó a correr de nuevo por la mitad del establecido como máximo de la pena, como lo pauta el precepto 83 del Código Penal.

Así, tomando en consideración que el prevaricato por omisión tendría como fecha última de realización el 29 de abril de 2009, la máxima sanción imponible, acorde con el incremento de la Ley 890 de 2004, es de 90 meses de prisión, *quantum* que por tratarse el sujeto activo de una servidora pública, se aumenta en una tercera parte para efectos de la prescripción, para un total de 120. La mitad de ese valor es de 60 meses o 5 años que se cumplieron el 21 de enero de 2018.

No obstante, esta Corporación ha sostenido que en los eventos en los que se enfrentan la absolucón y la prescripción, en garantía de los derechos del procesado, especialmente la recuperación moral y el buen nombre, prevalece la primera sobre la segunda²⁰. En CSJ SP 8 oct. 1958:

¹⁹ Fecha en que se formuló la imputación

²⁰ Esta postura jurisprudencial es reiterada, entre otras decisiones en: CSJ SP, 16 may. 2007, rad. 24374; CSJ AP, 27 jun. 2012; rad. 39098, CSJ AP, 29 may. 2013, rad. 41268; SP16533-2017, rad. 49607.

La Sala ha venido reiterando la doctrina de que, antes de declararse la prescripción de la acción penal, el juzgador debe examinar a fondo las cuestiones sustantivas planteadas en los procesos, con el objeto de definir el sobreseimiento definitivo, la absolución y otra declaración análoga, si existe fundamento para ello, a la declaración de prescripción.

“La acción penal es, por decirlo así, una acción persecutoria del acusado, con que la sociedad intenta realizar plenamente su función de defensa contra el delito. Si transcurre determinado lapso (prescripción), ello significa que el delincuente ya no podrá ser perseguido, ni continuarse en la busca de pruebas del delito y de la responsabilidad, ni mantenerse en tela de juicio la conducta del imputado. Pero no implica ello que cesen las facultades y deberes de los juzgadores respecto a la declaración de inocencia del acusado o a las causales de justificación o de excusa que amparan su conducta. Si esto aparece comprobado, lo justo y equitativo es declararlo así, para dar al presunto delincuente la reparación moral que le corresponde, frente a denuncios temerarios, acusaciones excesivas o apreciaciones apriorísticas o ligeras. Haciéndose esto, la acción penal no se adelanta, sino que se le pone fin”²¹.

No obstante, se aclara, la mayoría de la jurisprudencia que sobre el particular ha emitido esta Corporación se relaciona con eventos de casación²², revisión²³, extradición²⁴ y Justicia y Paz²⁵ sin que se hubieren determinado las reglas aplicables en aquellos casos en que el fenómeno prescriptivo se presenta en curso de la segunda instancia.

En principio, sería posible aplicar las disposiciones jurisprudencialmente establecidas cuando la prescripción opera de forma posterior a la sentencia de segundo grado, es decir, las previstas para la casación, en las que se exige que la persona

²¹ La cita corresponde a lo plasmado en auto de 10 de marzo de 1958, proferido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

²² Cfr. CSJ AP 2-mar-2007, rad. 19867; AP 11-abr-2008, rad. 26021; SP 27-may-2009, rad. 27494; SP 2-sep-2009, rad. 29221; AP 22-abr-2009, rad. 31145; SP 16-may-2007, rad. 24734; AP 9-abr-2008, rad. 29452; SP 23-may-2012, rad. 35256; AP 9-ago-2011, rad. 37082; AP3826-2015, rad. 46115; AP3836-2015, rad. 46273; SP981-2017, rad. 46237; SP2902-2016, rad. 46801; SP17062-2015, rad. 47135 y SP17356-2016, rad. 479891; entre otros.

²³ Cfr. CSJ AP 17-sep-2008, rad. 26021; SP 1-nov-2007, rad. 26077; SP 24-feb-2010, rad. 31195; SP 5-mar-1996, rad. 2481; solo para citar algunos.

²⁴ Cfr. CSJ AP 22-sep-2010, rad. 34254.

²⁵ Cfr. CSJ AP 28-may-2008, rad. 29560 y AP 21-sep-2009, rad. 32022.

hubiere sido absuelta en las dos instancias²⁶ y que esa decisión no sea cuestionada en el recurso extraordinario.

Empero, en el caso que ocupa esta decisión no se cumple la regla establecida para que prevalezca la absolución en razón a que, de un lado, al tratarse de segunda instancia, no hay doble conformidad frente a la absolución y, de otro, la Fiscalía discute esa determinación del *a quo*.

En consecuencia, a pesar de presentarse la ausencia de concurso de tipos penales, lo cierto es que el organismo de persecución penal, como titular de la acción acusó por ese tipo penal, por lo que ante la imposibilidad de declarar cumplidas las exigencias para que prevalezca la absolución, corresponde declarar la prescripción de la acción penal en relación con el prevaricato por omisión por el que fue acusada la implicada, por lo cual se precluirá la acción penal en favor **LUZ ELENA RUIZ MARTÍNEZ** frente esa conducta punible.

6.3. Falta de motivación en la sentencia frente al elemento subjetivo de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, de los delitos de prevaricato por acción.

La defensa adujo que el fallo no realizó ningún tipo de análisis probatorio en relación con la tipicidad objetiva de los prevaricatos por acción y no agotó en forma alguna el examen del tipo subjetivo, de la antijuridicidad y de la culpabilidad.

²⁶ En la mayoría de las decisiones se establece que para la prevalencia de la absolución sobre la preclusión debe tener doble conformidad en ese sentido, a excepción de la CSJ SP 2-sep-2009, rad. 29221, en la que la procesada fue absuelta en primera instancia y condenada en la segunda, no obstante lo cual se hizo prevalecer esa absolución.

En torno a la motivación de las decisiones, la Corte ha sostenido en CSJ SP 31 ene.2004, rad. 17738:

*Para la Corte, son cuatro las situaciones que pueden dar lugar a la nulidad de la sentencia por violación al deber de motivación: (1) Ausencia absoluta de motivación. (2) Motivación incompleta o deficiente. (3) Motivación equívoca, ambigua, dilógica o ambivalente. Y (4) Motivación sofisticada, aparente o falsa. En relación con esta última debe ser precisado que solo vino a ser incluida en forma expresa como fenómeno generador de nulidad por **defectos de motivación** en la referida providencia, pero que la Corte ya venía aceptando sus implicaciones invalidatorias de tiempo atrás, como surge del contenido de la decisión de 11 de julio de 2002, que allí se cita.*

La primera (ausencia de motivación) se presenta cuando el juzgador omite precisar los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan la decisión. La segunda (motivación incompleta) cuando omite analizar uno cualquiera de estos dos aspectos, o lo hace en forma tan precaria que no es posible determinar su fundamento. La tercera (equívoca) cuando los argumentos que sirven de sustento a la decisión se excluyen recíprocamente impidiendo conocer el contenido de la motivación, o cuando las razones que se aducen contrastan con la decisión tomada en la parte resolutive. Y la cuarta (sofística), cuando la motivación contradice en forma grotesca la verdad probada.

*La afirmación consistente en que algunas de estas hipótesis no pertenecen al género de **falta de motivación**, porque el fenómeno que revelan no se identifica con la ausencia de razones, propia de dicho concepto, es cierta solo si la expresión es entendida en su significado puramente gramatical, no en su alcance jurídico. Durante mucho tiempo, la jurisprudencia ha sido clara en precisar que dentro del concepto **falta de motivación** queda comprendida no solo la ausencia absoluta de motivación, sino también, **la motivación deficiente**, y **la motivación anfibológica**.*

*Hoy día, la expresión **falta de motivación**, ha venido siendo sustituida por la de **vicios de motivación o defectos de motivación**, por resultar menos llamada a equívocos, mucho más amplia, y ser comprensiva de los cuatro fenómenos que pueden presentarse en desarrollo del deber de motivación de la sentencia: ausencia de motivación, motivación deficiente, motivación equívoca, y motivación falsa o sofisticada.*

*Ahora bien. La Corte entiende que una cosa es la sentencia como **acto procesal**, y otra como **decisión**. De igual manera que las tres primeras hipótesis (ausencia de motivación, motivación deficiente y motivación equívoca) afectan la sentencia como acto, y que la cuarta (falsa motivación) afecta la sentencia como decisión. También entiende*

que las tres primeras constituyen en estricto sentido un error in procedendo, y la cuarta un error in iudicando, y consecuentemente, la vía de ataque de las primeras es la causal tercera, y la de la última la primera cuerpo segundo (violación indirecta). (Las negrillas hacen parte del texto original).

Sobre el fundamento jurídico que sustenta la solución a los eventos de deficiencia en la motivación, esta Corporación sostuvo en CSJ AP4618-2017, rad. 49683, que cuando hay defectos de motivación (ya sea por ausencia absoluta, deficiencia o dilógica) la solución es la nulidad, por constituir tal yerro un error *in procedendo*, en razón a que el deber de sustentar las providencias es una expresión de garantías como la publicidad, el debido proceso y su correlato el derecho de defensa, amén de ser un control a los desafueros de los jueces.

Por consiguiente, los funcionarios tienen un deber, que a la vez se convierte en derecho para las partes en el proceso, de motivar sus decisiones, de suerte que no hacerlo configura una vulneración a la defensa, publicidad, debido proceso y contradicción, pues quien pretende atacar una determinación judicial por vía de los recursos, requiere conocer los fundamentos en que se afincó la parte resolutive que le es adversa, de manera que, sin ello, menguan sus posibilidades de criticar lo resuelto.

En ese sentido, en la elaboración del fallo se deben tener en cuenta los contenidos sustanciales de los artículos 9 del Código Penal y 381 del estatuto procedimental, que exigen, de un lado, que la conducta sea típica, antijurídica y culpable, y, de otro, que ello se verifique a la luz de las pruebas legal y oportunamente aportadas a la actuación y debatidas en el juicio oral.

En el caso en estudio, la sentencia objeto de la alzada trae la siguiente estructura:

En sus primeros capítulos hace el recuento de la acusación, la identidad de la procesada, la calificación de los hechos y los alegatos de conclusión, para luego enfrentar la resolución del fondo del asunto, en su parte considerativa.

Anuncia que se sustentará en la prueba documental. Así, declaró probada la condición de servidora pública de la acusada, hizo un recuento de los elementos de prueba aportados y efectuó el siguiente análisis:

La resolución de 07 de marzo de 2009, mediante la cual se ordenó la libertad de los capturados, tuvo como sustento el informe de la policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia FPJ-5, en el cual se detallan los hechos materia de la investigación elaborado a las 17:50 horas del 07 de marzo de 2009; el acta de pesaje, identificación preliminar de muestras, embalaje y destrucción de sustancias 016 de fecha marzo 07 de 2009 elaborado a las 16:00 horas; en la cual se identifica grupos de sustancias que arrojaron como resultado “Prueba efectuada Dicromato de potasio sustancias a identificar alcoholes primarios y secundarios dio positivo en las canecas 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 24, 25 y 30, para un total de 16 canecas; un segundo grupo prueba efectuada de marqués, sustancia a identificar hidrocarburos, dando positivo en las canecas 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 26, 27, 28, 29 31 y 32, para un total de 14 canecas, un tercer grupo, prueba efectuada nitrato de plata, sustancias a identificar ácido clorhídrico dio positivo a la caneca 19; finalmente dos canecas que no se pudieron abrir, razón por la cual no se tomaron muestras. Los documentos soporte de la decisión tienen la característica de documentos públicos y fueron ingresados al juicio oral a través de la prueba número 6, cuando se ingresó la carpeta de la investigación cuyo número de radicado es 681906000139200980006, mediante el testigo de acreditación JUAN CARLOS OLARTE QUIROGA, en el testimonio que vertió al interior del debate del juicio oral, y que hace parte integral de la investigación referida en líneas anteriores.

Para la Sala es claro que la decisión de conceder la libertad impartida por la Dra. LUZ ELENA RUIZ MARTÍNEZ, se aleja del sustento legal que le corresponde, puesto que al tenor del artículo 382 del CP el cual reza; “El que ilegalmente introduzca al país, así sea en tránsito, saque de él, transporte, tenga en su poder elementos que sirvan para el

*procesamiento de cocaína o de cualquier otra droga que produzcas dependencia, tales como éter, etílico, acetona, amoníaco, permanganato de potasio, carbono liviano, **ácido clorhídrico**, ácido sulfúrico, diluyentes, disolventes u otras sustancias que según concepto previo del Consejo Nacional de Estupefacientes se utilicen con el mismo fin, incurrirá en prisión de...”*

*Basados en que dentro del resultado de las labores de investigación adelantadas por las autoridades, posteriores a la inmovilización del automotor, es claro que desde el mismo momento de la inmovilización y hasta el acta de pesaje, identificación preliminar de muestras, embalaje y destrucción de sustancias No. 016 de fecha 07 de marzo de 2009 elaborado a las 16:00 horas, menos de cuatro horas después del momento en que es abordado el vehículo, se relacionan 33 canecas, como contenido del vehículo, que de esas 33 canecas, solo 30 necesitaban permiso de autoridad competente (Certificado No. 0103671 de carencia de informes por tráfico de estupefacientes, emitido por la Dirección Nacional de Estupefacientes) y que dichos permisos recaían en 15 tambores de thinner y 15 tambores de disolvente número uno. Que de igual manera se encuentra una caneca, la número 19 de 53 galones aproximadamente cuyo contenido dio positivo con **ácido clorhídrico**, para sin lugar a equívocos determinar que de la confrontación de la norma con las sustancias encontradas, el ácido clorhídrico emerge como una sustancia prohibida, puesto que es de aquellas que por expresa consagración de la norma se utilizan para el procesamiento de cocaína, lo anterior da como resultado que al no mediar la autorización de la Dirección Nacional de Estupefacientes, se convierte en sustancia prohibida, e independientemente de su cantidad, constituye una conducta punible, que debía ser puesta en conocimiento de un juez de control de garantías, para que fuera este quien decidiera sobre el procedimiento de captura y no como lo estampó la Fiscal Segunda Seccional de Cimitarra que “en atención a los elementos materiales probatorios, evidencia física, e información legalmente obtenida obrantes hasta ese momento dentro de las diligencias, se considera que los hechos denunciados no constituyen violación al artículo 382 del C.P.” Así las cosas es manifiesto que la orden de libertad fue contraria a la ley.*

Sin más elucubraciones, el *a quo* encontró que, frente a la primera resolución, hubo ostensible contradicción entre la ley y lo resuelto por la acusada.

Enseguida, abordó el estudio de la segunda resolución y concluyó que si el camión fue utilizado para transportar la sustancia prohibida –ácido clorhídrico– lo procedente era dar aplicación al artículo 85 del Código de Procedimiento Penal y

solicitar la suspensión del poder dispositivo o el comiso, y no, como lo hizo la Fiscal Segunda de Cimitarra, entregarlo en forma definitiva, pudiendo hacerlo, al menos, en forma provisional, por lo tanto, la conducta es contraria a derecho.

Por último, estudió el archivo de las diligencias mediante la resolución proferida el 29 de abril de 2009, y afirmó que el punto nodal no es si la funcionaria acusada tenía o no competencia para continuar con la investigación, sino que ella, desde el primer momento, contaba con elementos materiales que le permitían inferir que la caneca número 19 no poseía permiso, como sí lo tenían las otras 30 transportadas en el camión incautado.

Analizó la declaración rendida en juicio oral por LILIAM HASBLEYDI BEJARANO –administradora de CHEMICAL SOLVENS– y adicionó que ese es otro elemento que le permitía a la Fiscal entender que el ácido clorhídrico no poseía autorización para su transporte, por ello debió acudir a los jueces de control de garantías, y agregó:

(...) Se edifica entonces el prevaricato por acción, puesto que el material aportado como prueba documental, arrojaba en el momento de la prueba de PIPH, que había una sustancia sometida a control que no tenía los permisos que exigía la ley; independientemente de si la prueba fue bien o mal tomada, independientemente de que momentos después cuando fueron a dejar el vehículo en el parqueadero en cadena de custodia apareciera una inconsistencia de una caneca más, o sea de 34 y no 33 canecas.

Así, sin más observaciones dio por terminada la exposición de los prevaricatos por acción y se pronunció sobre el de omisión, para concluir que no ameritaba condena; y en el folio siguiente (23 de la providencia), dio paso al capítulo de «*Dosificación Punitiva*».

Como puede observarse, no se estudió el dolo como parte de la tipicidad de la conducta y menos se elaboró el juicio de reproche que ameritaba el caso. No obstante, en relación con la antijuridicidad, en el acápite en que expresó los criterios para determinar la pena aplicable en concreto, sí se hizo alusión al tema, cuando, luego de determinar que la sanción se distribuiría en el primer cuarto, adujo:

En virtud a lo anteriormente expuesto la conducta punible de prevaricato por acción en concurso homogéneo y sucesivo en que incurrió la acusada no alcanza a tener las dimensiones de gravedad superlativa, en virtud a que si bien es cierto afecta el buen nombre de la administración de justicia, no se incurrió en generar daño al patrimonio del Estado, tampoco se causaron perjuicios a una persona indeterminada y es claro que no hubo en el actuar de la Dra. RUIZ MARTÍNEZ, finalidad alguna de obtener provecho económico o dádivas con las resoluciones que emitió, la pena se tasará en el primer cuarto...²⁷.

Así las cosas, es necesario adoptar la solución al caso particular, puesto que de la lectura de la sentencia no se puede colegir el análisis valorativo de medios de conocimiento de los que se pudiera extraer que la acusada conocía la contrariedad entre sus determinaciones y el ordenamiento jurídico y a pesar de ello hubiere tomado la decisión de actuar inverso a derecho.

Más allá de la somera manifestación sobre lo antijurídico de la conducta, no se agotó un esfuerzo argumentativo suficiente para declarar la antijuridicidad y mucho menos se hizo el juicio de reproche.

²⁷ Cfr. Folio 142 Carpeta del Tribunal.

Reiteradamente ha dicho la jurisprudencia de esta Sala que frente a los vicios de motivación cuando hay falta absoluta²⁸, deficiente²⁹ o dilógica³⁰, lo que procede es decretar la nulidad de la determinación a efectos que el respectivo fallador se pronuncie en relación con los aspectos que omitió³¹, a diferencia de la solución cuando es por motivación sofisticada, en la medida en que el yerro, en esos eventos, se deriva de inapropiada apreciación probatoria.

En el caso en cuestión, se trata de un vicio por «sustento deficiente» al no explicitar las motivaciones jurídicas y probatorias que determinan la condena, en aspectos fundamentales (dolo, antijuridicidad y juicio de reproche) por lo que deberá decretarse la nulidad parcial de la sentencia -en lo que atañe a la condena por los tres prevaricatos activos- a efectos que se agote el análisis de los aspectos echados de menos por la defensa y corroborados por esta Corporación.

Deja en claro la Corte que la aludida respuesta al *impasse* presentado es la única posible –principio de residualidad- puesto que de complementarse los argumentos en la segunda instancia, se afectaría el derecho a impugnar los adversos.

Por último, el defensor al impugnar, en el capítulo que denominó: «Deficiencias de la sentencia que la segunda instancia no puede enmendar» expresó que, ante los yerros en que se incurrió en la determinación de primera instancia, a la Corte no puede ni

²⁸ Carencia total de desarrollo de análisis de las disposiciones y las pruebas que sustentan la providencia.

²⁹ Se presenta cuando la argumentación es parcial e insuficiente.

³⁰ Cuando presenta argumentos contradictorios entre sí, es decir, que se repelen.

³¹ CSJ SP10292-2017, rad. 48529; AP4618-2017, rad. 49683, entre otras.

complementar el sustento que se omitió, ni anular el fallo, pues ello constituiría una «*afectación a la prohibición de reforma en perjuicio*» que vulneraría el artículo 31 Superior.

Frente a esos argumentos la Sala debe señalar que: *i.*- las determinaciones judiciales para ser legítimas, tienen que ser expresión el debido proceso consagrado en el artículo 29 constitucional, pero, si hay un vicio insalvable, lo procedente es decretar la nulidad, como en este asunto corresponde; y, *ii.*- la reforma en peor solo se presenta cuando el apelante es único y la decisión adoptada por la segunda instancia agrava su situación, lo que no se configura en el presente, pues la defensa no es recurrente exclusivo y la nulidad no busca que se incremente la pena o las consecuencias del delito, sino, únicamente, que se expliciten las razones probatorias y jurídicas que sustentaron la sentencia, por lo tanto, no se vulnera el principio aludido.

Por último, en relación con las manifestaciones relativas a que la acusada incurrió en un error de tipo, al no estar debidamente emitido el proveído, no puede esta Sala abordar el estudio probatorio y jurídico necesario para dar respuesta a este *petitum* de la defensa, dada la irregularidad presentada.

En mérito de lo expuesto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar prescrita la acción penal frente al punible de prevaricato por omisión, con fundamento en lo expuesto, por lo cual se precluye la acción penal en favor de **LUZ ELENA RUIZ MARTÍNEZ**, en razón de esa conducta punible.

SEGUNDO. Declarar la nulidad parcial de esa decisión, por las razones expuestas en el cuerpo de este proveído.

TERCERO. Disponer la devolución del expediente al Tribunal de origen, para lo de su cargo.

CUARTO. Informar a partes e intervinientes que contra esta determinación no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y 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