

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente
PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

SP3702-2019

Radicación N° 53976

(Aprobado Acta N° 229)

El Socorro, Santander., seis (6) de septiembre de dos mil
diecinueve (2019)

VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra la sentencia proferida el 31 de agosto de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva, en la que el procesado JULIO VICENTE ORTIZ MARTÍNEZ –Fiscal Veintiséis Seccional de Pitalito- fue absuelto del cargo de prevaricato por omisión.

I. DESCRIPCIÓN FÁCTICA OBJETO DEL PROCESO

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'P' followed by a series of loops and a final vertical stroke.

1.1. En audiencia preliminar concentrada adelantada el 20 de mayo de 2015 en el Juzgado Primero Penal Municipal de Pitalito -Huila, el fiscal Juan Carlos Durán Cujar, adscrito a la Unidad de Reacción Inmediata de la misma ciudad, (i) formuló imputación a Fredy S. por la conducta de acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir, posiblemente perpetrada en la joven A.S.Z. -de 17 años de edad- y (ii) solicitó en contra de aquél medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

El juez dispuso la detención preventiva, pero no en centro de reclusión, sino en el lugar de residencia del imputado.

Inconforme el delegado de la Fiscalía con esa decisión, interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación, para insistir en que se decretara la detención en establecimiento carcelario, conforme lo dispone el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006; motivo por el cual el recurso fue concedido y repartido para su resolución al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pitalito.

Estando en trámite la alzada, la investigación fue asignada al Fiscal Veintiséis Seccional de Pitalito -JULIO VICENTE ORTIZ MARTÍNEZ-, quien, pese a lo normado en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 -en el sentido de que en los casos de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos contra menores de edad, la medida de aseguramiento que procede es la detención en establecimiento de reclusión-, manifestó

desistir del recurso de apelación atrás mencionado, cuyo acto dispositivo fue aceptado el 9 de junio de 2015 por la Juez Segunda Penal del Circuito de Pitalito.

1.2. ORTIZ MARTÍNEZ es señalado en la acusación de *omitir* –con el desistimiento– el cumplimiento de sus funciones, consistentes en (i) solicitar las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección a la comunidad en especial de las víctimas, y (ii) asistir a las audiencias convocadas, toda vez que al desistir se abstuvo de concurrir a la diligencia programada para desatar el recurso de apelación; pues teniendo en cuenta que la imputación formulada a Fredy S, fue por una conducta atentatoria de la libertad, integridad y formación sexuales de una menor de edad, en rigor jurídico la medida de aseguramiento procedente no era otra que la detención en establecimiento carcelario.

Estos deberes funcionales se sustentan en los artículos 250 de la Constitución Política, 114, 138 y 142 de la Ley 906 de 2004, así como la Resolución N° 2-1892 del 17 de agosto de 2017 expedida por la Secretaría General de la Fiscalía General de la Nación¹.

II. ACTUACIÓN RELEVANTE

¹ De acuerdo con la acusación, la Resolución establece que son funciones del fiscal delgado *“adoptar o solicitar ante la instancia jurisdiccional que corresponda, las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas”* e *“intervenir como sujeto procesal e interponer y sustentar los recursos ordinarios y extraordinarios a que haya lugar”*

Por los anteriores hechos, en audiencia celebrada el 3 de febrero de 2017 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pitalito -Huila, la Fiscalía imputó en contra de ORTIZ MARTÍNEZ el cargo de prevaricato por omisión (artículo 414 del Código Penal), al cual éste no se allanó.

Surtida la fase de investigación formal, el ente acusador presentó escrito de cargos el 20 de abril de 2017 y formuló la acusación oral en audiencia del 21 de junio del mismo año ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva, para cuyo efecto mantuvo la descripción fáctica y calificación jurídica comunicadas en la diligencia de imputación.

La audiencia preparatoria se llevó a cabo los días 21 de julio, 21 de septiembre y 2 de octubre de 2017.

El juicio tuvo lugar en sesiones adelantadas los días 27 de febrero, 10 de abril, 11 ídem, 1º de junio y 11 de julio de 2018, al final del cual el Tribunal emitió sentido de fallo absolutorio.

El Tribunal dictó la correspondiente sentencia el 31 de agosto de 2018, la cual fue oportunamente apelada por la Fiscalía. Vencido el término de traslado para los no recurrentes, la carpeta fue remitida a la Corte Suprema de Justicia.

III. DECISIÓN APELADA

3.1. El Tribunal Superior de Neiva resolvió absolver al acusado principalmente por *atipicidad de la conducta*, toda vez que no se estructuró el elemento normativo del tipo de *prevaricato por omisión*, por cuanto para ORTIZ MARTÍNEZ, en calidad de fiscal y sujeto procesal en la actuación penal adelantada en contra de Fredy S., no emergió el deber de (i) procurar que se impusiera en contra de éste la detención carcelaria, pretendida inicialmente por su antecesor con fundamento en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, ni (ii) asistir a la audiencia en la que se desataría el recurso de apelación en contra del auto por el cual se impuso medida de aseguramiento de detención domiciliaria.

3.1.1. Lo primero porque existían serias dudas respecto de la razonabilidad de la inferencia sobre la autoría y materialidad de la conducta endilgada a Fredy S., toda vez que a partir de los elementos de conocimiento obrantes en la investigación *afloraba que la posible víctima* –la joven A.S.Z.- *en su manifestación inculpativa había faltado a la verdad.*

Esta última premisa se afina principalmente en (i) las motivaciones de la detención domiciliaria impuesta a Fredy S. por el Juez Primero Penal Municipal de Pitalito Huila, contenidas en el registro de la respectiva audiencia preliminar; y (ii) la declaración rendida por el juez precitado –Gabriel Jorge Triana–.

3.1.2. Tampoco surgió el deber en el acusado de asistir a la audiencia programada para desatar el recurso de apelación referido en la acusación, pues desistió oportunamente del mismo por las razones atrás mencionadas, para lo cual estaba facultado por el artículo 179F del C.P.P., máxime cuando no existía directriz en sentido contrario en el manual de funciones o reglamento de la Fiscalía General de la Nación y, de acuerdo con jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el desistimiento de los recursos es un acto facultativo de la parte.

3.2. Agregó el Tribunal que, *“en gracia de discusión”*, de no aceptarse la tesis de la atipicidad objetiva, de las pruebas no emerge actuar doloso del funcionario, pues no se evidenció que hubiese actuado deliberadamente o movido por el interés de *“violentar la ley”*, toda vez que frente a los motivos de índole formal, sustancial y de conciencia aducidos por ORTIZ MARTÍNEZ para desistir del recurso de apelación, la Fiscalía no allegó prueba de la que se pueda colegir que el desistimiento estuvo impulsado por capricho, desidia o interés malsano o cualquier otra razón proterva, ya que atendiendo los testimonios de Juan Carlos Durán Cujar, Fredy S. y Javier René Cardona Gaitán mal podría arribarse a alguna conclusión en este sentido, máxime cuando, contrariamente, los últimos dieron cuenta del decoroso comportamiento del acusado frente al caso materia de debate.

Adicionalmente, ORTIZ MARTÍNEZ no tenía intención de rehusar las funciones indicadas en la acusación, pues pese haber advertido la seria debilidad en la inferencia razonable de autoría, optó por desistir de la apelación contra la decisión que impuso detención domiciliaria a Fredy S. *“para así permitirle -continuar- desde su residencia las etapas siguientes del proceso en lugar de afectarle mayúsculamente sus derechos”,* cuando lo procedente era pedir la revocatoria de la medida de aseguramiento conforme lo autorizaba la ley, pues sólo satisfechas a cabalidad las exigencias legales, es procedente la restricción de la libertad *“así lo sea en su domicilio”*.

IV. SÍNTESIS DE LA APELACIÓN

4.1. Tras indicar el impugnante que en punto de la congruencia no hay lugar a formular reproche alguno contra la sentencia, el Tribunal no podía perder de vista que a partir del registro de la audiencia concentrada, ratificado por el doctor Juan Carlos Durán Cujar, *“de los elementos materiales de prueba puestos de presente al Juez Penal Municipal de Control de Garantías de Pitalito, lo que se colegía era que la captura de -Fredy S.- se había dado en situación de flagrancia”,* lo cual quiere decir que fue hallado *“en pleno desarrollo de la acción atentatoria contra el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales de aquella menor, contándose para ese momento con el informe de captura, entrevista de la ofendida y otras personas, que al apreciarse en su conjunto permitían dar por estructurado el tipo penal reprochado a -Fredy S.- y que además se satisfacían los requisitos de que trata el artículo 307 y subsiguientes de la Ley 906 de 2004 para afectar-lo- (...) con medida de aseguramiento privativa de la libertad en la modalidad*

de detención preventiva en establecimiento de reclusión carcelario, pues explícito fue en dar a conocer el fin constitucional que con la misma se perseguía”.

Destacó que si bien en la audiencia preliminar donde se debatía la solicitud de medida de aseguramiento intramural en contra de Fredy S., el juez Primero Penal Municipal de Pitalito manifestó que *“había dificultad y cierta duda respecto de los hechos controvertidos”, al “reexaminar” la situación concluyó “que la menor postulada como ofendida si había sido víctima de una afrenta contra su honor sexual, dando por reunidas las exigencias del artículo 308 de la Ley 906 de 2004”.*

Por tanto, si esa fue su postura final, *“era claro”* que, según lo requerido por el entonces fiscal, la medida a decretar en contra de Fredy S. *“no era otra diferente a la detención preventiva carcelaria”.*

4.2. Si bien el artículo 179F de la Ley 906 de 2004 posibilita a la parte a desistir de los recursos ordinarios de reposición y apelación antes de que el funcionario judicial los decida, dicha facultad ejercida por el fiscal *“debe estar a tono por lo preceptuado en el artículo 250 de la Constitución Política y lo reglamentado por la normativa procesal (...) en la medida que la norma superior prevé como obligaciones de la Fiscalía General de la Nación, entre otras, la de solicitar al juez que ejerce control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia del imputado al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas, y el estatuto procesal impone al fiscal interponer los recursos en los casos que resulte procedente”.*

Luego, si Fredy S., era *“sindicado de la conducta punible atentatoria contra el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual, siendo ofendida una menor, esta circunstancia debió ser tomada en cuenta por el fiscal JULIO VICENTE ORTIZ MARTÍNEZ al momento de desistir de la alzada comentada”*, pues el desistimiento de los recursos debe ser el resultado de un nuevo análisis que permita establecer que la impugnación es *“infundada o improcedente”*, cuya situación no se advierte en la conducta desplegada por ORTIZ MARTÍNEZ, toda vez que su desistimiento no provino *“de un absoluto convencimiento de que la decisión recurrida no estuviera debidamente respaldada desde el punto de vista fáctico y probatorio, sino como lo dio a conocer a través de su testimonio en el juicio oral, fue por razón de la duda, advirtiendo que si esta fuese de suficiente entidad no hubiese (...) realizado los actos procesales propios como eran los de presentar el escrito de acusación y luego acudir a la audiencia de acusación”*.

Por consiguiente, *“si -ORTIZ MARTÍNEZ- descartaba la configuración del tipo penal censurado a -Fredy S.- de acuerdo a las probanzas que dice examinó y proporcionadas por la defensa, lo consecuente hubiese sido que reclamara a favor de éste la preclusión de la investigación, pero bien se sabe que optó por cumplir con las demás etapas procesales, es decir, acusar y presentarse ante el juicio oral a sostener la imputación que inicialmente había formulado su colega el doctor Durán Cujar”*. Ese proceder *“devela”* que el propósito de ORTIZ MARTÍNEZ, *“al desistir del recurso mentado no era otro que disfrazar o mimetizar la omisión en que incurre (sic), cual era la de acudir (sic) a la audiencia que ya se había fijado o programado por el juez ad quem, donde resolvería la alzada y por esta vía favorecer al procesado -Fredy S.-”*.

4.3. De otra parte, señaló que la sentencia es equivocada al “descartar” el dolo en ORTIZ MARTÍNEZ, pues teniendo en cuenta que el fiscal Juan Carlos Durán Cujar cumplió con el deber de sustentar el recurso de apelación que promovió en contra del auto en el que se impuso detención domiciliaria contra Fredy S. y satisfizo “las exigencias de orden procedimental pena” al punto que el “juez constitucional concedió la alzada”, no resulta “válido que ante la existencia de dudas por parte del acusado ORTIZ MARTÍNEZ respecto del compromiso penal de -Fredy S.- acudiera al desistimiento del recurso, pues atendiendo su vasta experiencia laboral (...) se le imponía cumplir con su deber, mas no omitir su asistencia a la audiencia donde se desataría el tantas veces mencionado recurso de apelación, máxime cuando la Corte Suprema de Justicia (...) de tiempo atrás ha decantado que en aquellos procesos penales violatorios (sic) del bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales donde una menor es la ofendida, satisfechas las exigencias de orden procedimental para imponer medida de aseguramiento, la que en dichos casos corresponde es la detención carcelaria (...)”.

Agrega que es desacertada la sentencia al “descartar el dolo de la conducta censurada a fiscal ORTIZ MARTÍNEZ con fundamento en lo testimoniado en sede de juicio oral por -Fredy S.- y Javier René Cardona Gaitán, pues el primero tiene la calidad de sujeto procesal activo de la conducta punible atentatoria contra el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual, siendo ofendida una menor de edad, -y- el segundo funge como -su- defensor especial (sic), de allí que acudiendo al sentido común y la lógica, irían (sic) a respaldar la posición asumida por el fiscal ORTIZ MARTÍNEZ respecto al desistimiento de la alzada, sin embargo la misma (...) no fue producto (...) de un pleno convencimiento del hoy acusado, sino que estaba encaminada a favorecer a -Fredy S.-, pues indudablemente la

medida de aseguramiento que a la postre se le impusiera -detención domiciliaria- es menos aflictiva a la detención (...) intramural".

V. INTERVENCIÓN DE LA DEFENSA EN CALIDAD DE NO RECURRENTE

5.1. Señala que la imputación fáctica formulada por la Fiscalía y de la cual se defendió el procesado, se enmarca en el hecho de no haber asistido éste a la audiencia *"de lectura de auto"* y el verbo rector en el que se basó fue el de *"omitir"*. Sin embargo la providencia se contrae, ya no al delito *"omisivo"*, dada su inexistencia, sino a la acción de *"rehusar"*. La pregunta en consecuencia sería *"hasta dónde es lógico en el sistema adversarial el cambio de argumentación cuando la misma resulta abstracta, general, imprecisa y la posibilidad de que hubiese nacido a la vida jurídica el hecho jurídicamente relevante"*.

"La desunión entre la imputación fáctica y la jurídica (...) es evidente y (...) el fallador no debe modificar las falencias argumentativas de la Fiscalía, por cuanto se llevaría de contera garantías fundamentales del derecho de defensa y el debido proceso".

La relación de los hechos que debía ser clara, no tiene respaldo probatorio, ni podía tenerlo por su inexistencia desde *"la óptica en que lo planteó la Fiscalía"*; y la defensa se centró en demostrarlo, como en efecto así lo resalta la sentencia.

La audiencia a la que hace referencia la acusación, *"si bien es cierto se programó, no se realizó por actos jurídicos de las partes. Por lo tanto y a través (sic) de los artículos 21 y 31 superiores,*

8° de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como de la línea jurisprudencial –de la Corte Suprema de Justicia relacionada con la congruencia-, se falló en una de las dos situaciones que pide la norma y que corresponde al hecho jurídicamente relevante.

“Por tanto las observaciones del fiscal en este aspecto no corresponden a la congruencia que debe existir entre la imputación – acusación – sentencia, pues el derecho que tenía el Fiscal Veintiséis Delegado de la ciudad de Pitalito a conocer los aspectos fácticos con precisión no lo logró con el acto de imputación – acusación”.

5.2. En la apelación la Fiscalía pide que se desdén las declaraciones de Fredy S. y Javier René Cardona Gaitán “y a su vez la del doctor Juan Carlos Duran Cujar”, sin embargo, aunque se suprimieran aquellos dos testimonios, nada quedaría en el acervo probatorio para condenar a ORTIZ MARTÍNEZ, pues sólo emerge *“la inexistencia del hecho jurídicamente relevante y, -aunque- habláramos del verbo rector de rehusar (...) –tampoco- hay posibilidad jurídica de condenar”.*

Recordó haber advertido cómo Juan Carlos Durán Cujar, quien formuló la denuncia en contra de ORTIZ MARTÍNEZ por considerar que no debió surtir el desistimiento del recurso de apelación de la medida de aseguramiento impuesta a Fredy S., en su declaración manifestó lo siguiente:

El doctor JULIO VICENTE tiene una particularidad, pero es una persona honorable, es muy respetuosa. Como le indiqué, con él nunca tuve desavenencia, pero también tiene una particularidad, él es muy cortante en sus cosas, simplemente él me dijo que él

tenía otra visión de las cosas y no me entregó más detalles, no le insistí tampoco.

Agréguese cómo el juez que adoptó la medida de aseguramiento, *“independientemente si debió –proferir- otra decisión jurídica”*, lo cierto es que dejó entrever sus dudas.

Además la prueba documental, que entre otras cosas se estipuló, *“refunde”* que *“la audiencia no se realizó y que en consecuencia la asistencia a la misma era inocua y, per se, inexistente como acto jurídico, no se demostró su instalación, etc”*.

No obstante, los testigos que repudia la Fiscalía, presenciaron los hechos, en su conjunto son coherentes, reales y concuerdan *“en un todo”*, cada uno desde su óptica.

De manera que la sola manifestación del ente acusador consistente en restarle credibilidad a los testimonios ya referenciados, no se compadece en nada con lo que estatuye el C.P.F.

En consecuencia, en la apelación sustentada por el Fiscal Delegado ante el Tribunal, no hubo *“un ataque a la valoración de la prueba conforme con los principios técnicos, científicos sobre la percepción, y la memoria e igualmente lo relativo al objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos, las circunstancias de lugar, tiempo y modo, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio”*.

5.3. Precisa que CRTIZ MARTÍNEZ, una vez conoció de la problemática suscitada con el fiscal Durán Cujar, solicitó apartarse del proceso. Esto para que quede claro *“el por qué,*

por ejemplo, no haber solicitado la revocatoria de la libertad de esta persona (sic). Pero sí hay que decir que el fiscal Durán Cujar en su declaración manifestó de manera clara que continuó posteriormente con el proceso y evadió las respuestas (sic) que este operador jurídico le refería frente a esa temática al punto de no recordar nada de esa situación, es decir en qué etapa se encontraba el proceso, si el señor estaba preso, etc.”.

5.4. De otra parte, no hay prueba alguna que pueda llevar al recurrente a manifestar que con el desistimiento del recurso se quería favorecer al procesado Fredy S.; contrariamente, el testimonio de quien fungió como juez de control de garantías da cuenta que había duda respecto de la *inferencia razonable*. Por tanto ¿Si era dudoso para el juez, cómo no podría serlo para el fiscal?

5.5. Finalmente, el ente acusador no demostró dolo alguno en el actuar de ORTIZ MARTÍNEZ, y para proponerlo, *“olvida hacer valoraciones en cuanto al valor justicia”*.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Competencia.

La Sala es competente para resolver este asunto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32-3 de la Ley 906 de 2004, por tratarse de la apelación contra la decisión adoptada por un Tribunal Superior de Distrito Judicial para concluir una actuación penal.

6.2. Antes de pronunciarse la Corte respecto de los motivos de inconformidad de la Fiscalía, examinará la hipótesis fáctica de la acusación, no sin antes recordar los parámetros para su conformación y las consecuencias de una formulación incompleta.

6.2.1. La estructura fáctica de la acusación se constituye con la enunciación de los hechos jurídicamente relevantes.

La Corte ha insistido en la necesidad de que la Fiscalía en la acusación, y el juzgador en la sentencia, precisen la premisa fáctica en la que se sustentan, constituida por la descripción integral de los hechos jurídicamente relevantes, los cuales no deben confundirse² con los hechos indicadores y los medios de prueba. Así se pronunció esta Colegiatura:

Es frecuente que en la imputación y/o en la acusación la Fiscalía entremezcle los hechos que encajan en la descripción normativa, con los datos a partir de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante, e incluso con el contenido de los medios de prueba. De hecho, es común ver acusaciones en las que se transcriben las denuncias, los informes ejecutivos presentados por los investigadores, entre otros.

También suele suceder que en el acápite de “hechos jurídicamente relevantes” sólo se relacionen “hechos indicadores”, o se haga una relación deshilvanada de estos y del contenido de los medios de prueba.

Estas prácticas inadecuadas generan un impacto negativo para la administración de justicia, según se indicará más adelante.

² CSJ SP, 8 Mar. 2017, Rad. 44599; CSJ SP, 15 Mar. 2017, Rad. 48175; SP, entre otras.

Así, por ejemplo, en un caso de homicidio cometido con arma de fuego, uno de los hechos jurídicamente relevantes puede consistir en que el acusado fue quien le disparó a la víctima.

Es posible que en la estructuración de la hipótesis, la Fiscalía infiera ese hecho de datos o hechos indicadores como los siguientes: (i) el procesado salió corriendo del lugar de los hechos segundos después de producidos los disparos letales; (ii) había tenido un enfrentamiento físico con la víctima el día anterior; (iii) dos días después del homicidio le fue hallada en su poder el arma con que se produjo la muerte; etcétera.

Hipotéticamente, los datos o hechos indicadores podrían probarse de la siguiente manera: (i) María lo observó cuando salió corriendo del lugar de los hechos luego de ocurridos los disparos; (ii) Pedro fue testigo del enfrentamiento físico que tuvieron el procesado y la víctima; (iii) al policía judicial le consta que dos días después de ocurrido el homicidio, al procesado le fue hallada un arma de fuego; (iv) un perito en balística dictaminó que el arma de fuego incautada fue la utilizada para producir los disparos letales; etcétera³.

Al estructurar la hipótesis, la Fiscalía debe especificar los hechos jurídicamente relevantes (en este caso, entre ellos, que el procesado fue quien le disparó a la víctima). Si en lugar de ello se limita a enunciar los datos o hechos indicadores a partir de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante, la imputación y/o la acusación es inadecuada. (CSJ SP, 8 Mar. 2017, Rad. 44599; CSJ SP, 15 Mar. 2017, Rad. 48175; entre otras).

6.2.2. El tema de prueba y la estructura probatoria de la acusación está supeditada a la premisa fáctica.

Desde la perspectiva del acusador, son tema de prueba todas las manifestaciones de la acusación que constituyen los hechos jurídicamente relevantes, así como las proposiciones fácticas (hechos indicadores) con base en las cuales se infieren aquellos o hacen más probable su ocurrencia.

³ En idéntico sentido, Módulo de Evaluación del Caso. Reglas básicas para el manejo estratégico de Casos Penales. Fiscalía General de la Nación (documento preliminar de trabajo).

En las mismas providencias atrás citadas la Sala precisó lo siguiente:

La hipótesis fáctica contenida en la acusación en buena medida determina el tema de prueba. Del mismo también hacen parte las hipótesis propuestas por la defensa, cuando opta por esa estrategia.

Así, por ejemplo, si en su hipótesis la Fiscalía plantea que el acusado, en unas determinadas condiciones de tiempo y lugar, rompió la puerta de ingreso a la residencia de la víctima, ingresó a la misma y se apoderó de un televisor avaluado en dos millones de pesos, con la intención de obtener un provecho económico, y concluye que esos hechos encajan en el tipo penal previsto en los artículos 239 y 240, numerales 1 y 3, cada uno de los componentes de ese recuento factual hará parte del tema de prueba.

Si, a su vez, la defensa plantea que el acusado actuó bajo un estado de embriaguez involuntaria, que le impedía comprender la ilicitud de su conducta y/o determinarse de acuerdo con esa comprensión, estos aspectos fácticos también se integran al tema de prueba.

(...)

Según se indicó en otros apartados, es común que uno o varios elementos estructurales de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes sólo puedan ser probados a través de inferencias.

En esos casos, el medio de prueba tiene una relación “indirecta” con el hecho jurídicamente relevante, en la medida en que sirve de soporte al dato o “hecho indicador” a partir del cual se infiere el aspecto que guarda correlación con la norma penal (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153; entre otras).

Aunque es claro que esos datos o hechos indicadores deben ser probados, y de esa forma se integran al tema de prueba, el objetivo último es verificar si los hechos jurídicamente relevantes fueron demostrados o no, en el nivel de conocimiento previsto por el legislador.

En consecuencia:

(...) si la hipótesis de hechos jurídicamente incluida por la Fiscalía en la acusación es incompleta, el tema de prueba también lo será. En el mismo sentido, a mayor claridad de la hipótesis de la acusación, con mayor facilidad podrá establecerse qué es lo que se pretende probar en el juicio.

Como se ve, estando subordinado el *tema de prueba* a la *estructura fáctica de la acusación*, la formulación incompleta de los hechos jurídicamente relevantes, implica deficiencias en aquel y por ende en la estructura probatoria.

En otras palabras, una acusación fáctica incompleta implica dejar fuera del debate probatorio hechos jurídicamente relevantes, sin los cuales no hay manera de estructurar válidamente el tipo imputado.

6.2.3. Estructura jurídica del delito de prevaricato por omisión.

El artículo 414 del Código Penal, establece:

“El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión (...)”.

El supuesto de hecho objetivo de esta norma se compone de: (i) un sujeto activo calificado, es decir, que se trate de servidor público; (ii) que el mismo *omit*a, *retard*e, *rehú*se o *denieg*ue, en el entendido que *omitir* es abstenerse de hacer o pasarla en silencio; *retardar* es diferir, detener, entorpecer o dilatar la ejecución de algo; *rehusar* es excusar, no querer o no aceptar; y *denegar* es no conceder

lo que se pide o solicita (CSJ AP, 27 oct 2008, rad. 26243); y (iii) que alguno de estos verbos rectores recaiga sobre algún deber jurídico –de origen constitucional o legal- que haga parte de las funciones del cargo que desempeña (CSJ AP, 21 feb 2007, rad. 24053).

Es así como el *prevaricato por omisión* es uno de aquellos tipos penales en blanco (CSJ SP, 28 feb 2007, rad. 19389), en los que es necesario integrarlo con la norma que claramente impone el deber funcional, para completar y concretar el sentido de la conducta reprimida.

Ahora bien, para la configuración del ingrediente subjetivo de la conducta penal descrita, resulta indispensable que el infractor, esto es, quien tenga el deber legal de ejecutar el acto, (i) siendo *consciente* del imperativo que le asiste, (ii) en forma *voluntaria* omita, retarde, rehúse o deniegue su cumplimiento.

6.2.4. Estructura fáctica del delito de prevaricato por omisión.

Como se indicó, la acusación debe contener la descripción de los hechos respecto de los cuales se pretende su subsunción en cada uno de los elementos de la premisa jurídica.

La Sala tiene decantado que la Fiscalía al estructurar la imputación o la acusación por irregularidades en el

ejercicio de las funciones asignadas a fiscales, debe presentarse una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes suficientemente clara, lo que implica precisar, cuál es la acción o la omisión objeto de reproche (CSJSP, 8 de marzo 2017, Rad. 44599 y SP, 23 de enero de 2019, Rad. 50419, entre otras providencias).

6.2.4.1. Es así cómo, en relación con el tipo objetivo de prevaricato por omisión, a la Fiscalía le atañe señalar en su componente fáctico -además de la plena identidad del acusado y su empleo o cargo oficial desempeñado-, las siguientes descripciones:

(i) Las circunstancias de tiempo, modo y lugar por las cuales al procesado le correspondía necesariamente, ejecutar o cumplir un deber normativo -el integrado en la estructura jurídica-.

(ii) El acto con el que materializaría ese deber.

(iii) La *conducta* del acusado -constitutiva de alguno de los verbos rectores- que resulta palmariamente contraria a su deber funcional.

(iv) En los casos que la misma está supeditada a *interpretación de texto jurídico* o a la *valoración de hechos, pruebas o elementos de conocimiento*, la Fiscalía debe, so pena de formular una acusación incompleta, indicar las proposiciones necesarias y suficientes por las cuales el acto imputado no tiene justificación en *interpretación jurídica*

plausible o valoración fáctica razonable, según corresponda la desavenencia.

Esto porque, si la conducta del servidor público en razón de su competencia, se halla subordinada a interpretaciones y valoraciones, mientras no se presente palmariamente desbordada de posibles comprensiones razonables del derecho o de los hechos, no hay manera que el acto imputado pueda considerarse *manifiestamente ilegal* ni *contrario a sus funciones*, es decir, no podrá estructurar prevaricato -por acción ni por omisión-, pues estos tipos penales no cobijan las solas diferencias de criterio jurídico ni fáctico.

6.2.4.2. Por su parte, para colmar el elemento subjetivo del tipo, a la Fiscalía le corresponde indicar los hechos mediante los que se verifica objetivamente en el acusado (i) el *conocimiento* tanto del deber normativo como de las circunstancias que le imponían su observancia y (ii) su voluntad determinada a contrariar o incumplir su función.

6.2.5. Estructura fáctica de la acusación formulada en contra de JULIO VICENTE ORTÍZ MARTÍNEZ.

6.2.5.1. Componente objetivo:

(i) Las circunstancias de tiempo, modo y lugar por las cuales, según la Fiscalía, al procesado le correspondía cumplir sus deberes normativos -consistentes en propender por la imposición de las medidas necesarias que aseguren la

comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección a la comunidad en especial de las víctimas, y asistir a las audiencias-, son las siguientes:

En audiencia adelantada el 20 de mayo de 2015 ante el Juez de Control de Garantías en Pitalito Huila, el Fiscal Durán Cujar, de una parte, formuló imputación en contra de Fredy S. por actos sexuales en persona puesta en incapacidad de resistir, cuya posible víctima era una menor de 17 años de edad y, de otra, solicitó medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

Por su parte, el juez dispuso la detención preventiva, pero no en centro de reclusión, sino en el lugar de residencia del imputado; motivo por el cual el Fiscal Durán Cujar interpuso recurso de apelación debidamente sustentado, pues por tratarse de una conducta contra la libertad, integridad y formación sexuales de una menor de edad, la única medida de aseguramiento jurídicamente posible, conforme con el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, es la detención intramural.

La investigación adelantada en contra de Fredy S. fue asignada al Fiscal Veintiséis Seccional de Pitalito JULIO VICENTE ORTIZ MARTÍNEZ y La Juez Segunda Penal del Circuito de Pitalito fijó fecha para adelantar la audiencia en la que se desataría el recurso de apelación antes mencionado.

(ii) Frente a las anteriores circunstancias para que el fiscal ORTIZ MARTÍNEZ cumpliera sus funciones atrás indicadas, le correspondía concretamente (a.) asistir a la audiencia programada para la resolución del recurso de apelación y (b.) abstenerse de torpedear el curso de la actuación con el fin de que la juez de segundo grado se pronunciara de fondo respecto del motivo de apelación formulado por su antecesor.

(iii) Sin embargo, contrariamente, el Fiscal ORTIZ MARTÍNEZ manifestó desistir del recurso, cuyo desistimiento fue aceptado por la juez el 9 de junio de 2015.

(iv) Explicó la Fiscalía, que si bien el artículo 179F del Código de Procedimiento Penal, posibilita a los sujetos procesales desistir de los recursos, en este caso al acusado le compelia no hacerlo, por cuanto a Fredy S. le fue decretada medida de aseguramiento de detención domiciliaria, a pesar de que la imputación formulada en su contra fue por una conducta atentatoria de la libertad, integridad y formación sexuales de una menor de edad, por lo cual, *“en rigor jurídico”*, la medida de aseguramiento procedente no era otra que la detención en establecimiento carcelario, como lo ordena el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

6.2.5.2. Componente subjetivo:

Señala la acusación que el doctor ORTIZ MARTÍNEZ tenía la capacidad de comprender la ilicitud de su

comportamiento y de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Igualmente era consciente que al realizar la conducta de no asistir a la audiencia programada por el juez de segunda instancia donde se resolvería el recurso de apelación estaba prohibido por la ley.

6.2.6. Exigencias legales para la solicitud e imposición de la medida de aseguramiento.

El artículo 28 de la Constitución Política establece como norma general la libertad de las personas; y como excepción su detención en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y *“por motivo previamente definido en la ley”*.

El artículo 250.1 de la Constitución Política, asigna a la Fiscalía General de la Nación la carga de solicitar ante el Juez de Control de Garantías la imposición de las medidas necesarias –limitadoras de derechos- que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.

El inciso primero del artículo 306 de la Ley 906 de 2004 señala que el fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se

evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.

El artículo 295 *ídem*, indica que las disposiciones que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado (i) tienen carácter excepcional; (ii) solo podrán ser interpretadas restrictivamente y (iii) su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.

A partir de las anteriores disposiciones, en sentencia del 28 de mayo de 2019⁴ la Sala señaló que, conforme con el principio de imparcialidad (artículo 5° del C.P.P.) el Juez con Función de Control de Garantías (i) debe pronunciarse sobre la imposición de la medida de aseguramiento *“sólo a solicitud sustentada por la Fiscalía o por la víctima⁵, no de manera oficiosa”*; en cuya labor (ii) le compete verificar el cumplimiento de la ley y la salvaguarda de los derechos fundamentales frente a las pretensiones del ente acusador o de quien funge como víctima.

En virtud de esa función de contención adjudicada al juez, a éste le corresponde, concretamente, (a.) denegar la solicitud de detención cuando quiera que no haya sido legalmente sustentada o su justificación no satisface criterios de razonabilidad o proporcionalidad de la limitación de los derechos -afectados con la medida- en relación con el fin o a los fines constitucionales aducidos, o

⁴ Rad. 53888.

⁵ Inciso 4° del artículo 306 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

(b.) decretarla motivadamente, esto es, dando cuenta de que se encuentran colmadas las exigencias legales y constitucionales para su imposición.

Ahora, tanto el fiscal para solicitar la medida de aseguramiento, como el juez para acceder a esa pretensión, deben demostrar la satisfacción de los siguientes requisitos contenidos en los artículos 306 a 316 del Código de Procedimiento Penal de 2004, los cuales, en reciente pronunciamiento⁶, fueron organizados por la Corte de la siguiente manera:

- i) La inferencia razonable de participación del imputado en la conducta. Para tales efectos, deben presentarse y explicarse las evidencias físicas y otra información legalmente obtenida, con la que se acredite, en el nivel de conocimiento establecido en la ley, que el delito ocurrió y que el imputado es autor o partícipe.*
- ii) La necesidad de la medida contra el imputado. Para ello, tanto el solicitante al formular la petición, como el juez al resolverla, deben evaluar los siguientes factores:*
 - a. Factores no procesales, que desarrollan los arts. 310 y 311 del Código de Procedimiento Penal, que disponen la imposición de la medida restrictiva de la libertad cuando el imputado represente un peligro para la seguridad de la comunidad (posibilidad de reiteración de la conducta o comisión de otras), o pueda inferirse razonablemente que atentará contra la víctima, sus familiares o sus bienes.*
 - b. Factores procesales, previstos en los cánones 309 y 312, que disponen la procedencia de la restricción de la libertad cuando existan «motivos graves y fundados» que den cuenta de que el imputado podría no comparecer al proceso y/o afectar la actividad probatoria.*
- iii) La elección del tipo de medida a imponer. En esta etapa, es carga de los involucrados en la diligencia indicar cuál de las medidas de aseguramiento previstas en el art. 307 del Código de Procedimiento Penal se habrá de imponer (privativa o no privativa*

⁶ STP. 11 de junio de 2019, Rad. 104439.

de la libertad), y luego exponer los motivos por los que dicha medida es la procedente.

Para ello, deberán tenerse en cuenta: (i) las previsiones normativas aplicables, esto es, las que permiten la imposición de medida de detención en establecimiento carcelario (como el art. 313); (ii) las que prohíben el decreto de una medida distinta a la de privación de la libertad intramuros (v. gr. el art. 199 de la Ley 1098 de 2006); y (iii) si resulta procedente una medida no privativa de la libertad, cuando la misma pueda ser suficiente para alcanzar el fin perseguido (parágrafo 2º del art. 307 y art. 308).

En este proceso, es necesario llevar a cabo el juicio de proporcionalidad, orientado a que se evalúe si la medida solicitada resulta adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto, a través de un balance de los intereses que se confrontan, esto es, el derecho fundamental que se afecta con la imposición de la medida y el fin constitucional que se busca proteger al decretarla (Art. 295 y 296 de la Ley 906 de 2004).

Como tercer aspecto, habrán de evaluarse los problemas jurídicos atinentes a las particularidades del caso, como por ejemplo, la posibilidad de imponer una medida más o menos grave que la solicitada por la Fiscalía o la víctima.

6.2.7. Deficiencias de la hipótesis fáctica de la acusación, por las cuales no satisface la tipicidad objetiva del delito imputado.

Como viene de verse, la Fiscalía en la acusación reconoce que el desistimiento del recurso es un acto facultativo de los sujetos procesales, cuyo ejercicio trae implícito la adopción de un criterio diferente al acogido al momento de su interposición.

Sin embargo, el desistimiento del recurso manifestado por el acusado, lo señala de prevaricador sólo a partir del mismo criterio que impulsó a su antecesor a promover la alzada –lo cual per sé nada informa respecto de la razonabilidad del desistimiento–.

Ciertamente, como se adelantó, la sindicación se centró en que a ORTIZ MARTÍNEZ, contrario a su proceder, le correspondía no desistir del recurso de apelación, por cuanto a Fredy S. le fue decretada medida de aseguramiento de detención domiciliaria, a pesar de que la imputación formulada en su contra fue por una conducta atentatoria de la libertad, integridad y formación sexuales de una menor de edad, por lo cual, *"en rigor jurídico"* la medida de aseguramiento procedente no era otra que la detención en establecimiento carcelario, como lo ordena el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

Sin embargo, la acusación pretermite mencionar si la medida de aseguramiento intramural pretendida por el fiscal Durán Cujar, sin dubitación alguna satisfacía todas las exigencias legales para su imposición, pues guarda silencio respecto de la inferencia razonable de autoría o participación de Fredy S. en la conducta que le fue imputada, así como sobre la necesidad de la medida, urgencia y proporcionalidad.

De este modo, la Fiscalía en la estructura fáctica de la acusación se sustrajo de señalar si la conducta endilgada a ORTIZ MARTINEZ carecía completamente de razonabilidad, sin lo cual no hay manera de considerar que su proceder fue contrario a sus deberes funcionales.

En consecuencia, la hipótesis fáctica de la acusación, per se, deviene atípica, lo cual resulta suficiente para confirmar la sentencia absolutoria.

6.3. No obstante, en consideración a que la Fiscalía en la apelación pone en entre dicho fundamentos fácticos y jurídicos de la sentencia absolutoria, que de todos modos se mantendrán en este fallo y demuestran la inocencia del procesado, la Sala dará respuesta a sus inconformidades.

6.3.1. Componentes fácticos que no son objeto de debate en la apelación.

No cabe duda y tampoco las partes discuten en sus intervenciones los siguientes hechos declarados en la sentencia: (i) la identidad del procesado -JULIO VICENTE ORTIZ MARTÍNEZ-; (ii) su calidad de servidor público como Fiscal Veintiséis Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Pitalito -Huila, cuya dignidad viene desempeñando a partir del 28 de julio de 1992; (iii) haber tenido éste asignado, en razón de su cargo, la investigación con radicado N° 415516000597-2015-00812, adelantada en contra de Fredy S. por *acto sexual con persona puesta en incapacidad de resistir*; (iv) la apelación promovida por el fiscal asignado a la U.R.I. doctor Juan Carlos Durán Cujar contra la medida de aseguramiento de detención domiciliaria impuesta a Fredy S.; y (v) la manifestación de desistimiento del recurso precitado, formulada por ORTIZ MARTÍNEZ en ejercicio de sus funciones.

6.3.2. Respuesta a la apelación.

6.3.2.1. Señala el impugnante que si bien el fiscal está legalmente facultado para desistir de la apelación, su

ejercicio debe estar conforme con lo preceptuado en el artículo 250 de la Constitución Política y la legislación procesal, cuyas normas disponer como "*obligaciones*" de la Fiscalía General de la Nación, entre otras, la de solicitar al Juez de Control de Garantías las medidas necesarias que aseguren los fines constitucionales, así como la de "*interponer los recursos en los casos que resulte procedente*".

Ciertamente el artículo 250.1 de la Constitución Política, asigna a la Fiscalía *la competencia* para solicitar ante el Juez de Control de Garantías la imposición de las medidas necesarias –limitadoras de derechos- que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas. Sin embargo, no dispone la "*obligación*" de solicitar medidas privativas de la libertad en todos los casos y por el solo hecho de formular imputación o ejercer la acción penal por alguno de los delitos respecto de los cuales la ley posibilita su imposición.

Lo anterior toda vez que por regla general la actuación penal debe adelantarse estando el imputado en ejercicio de sus derechos fundamentales a la *libertad y presunción de inocencia* (artículos 28⁷ y 29⁸ de la Carta Política). De manera que la limitación de estas garantías es de carácter

⁷ "Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley".

⁸ "(...) Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. (...) Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. (...)".

excepcional y restringido, como en efecto así lo preceptúa el artículo 295 del C.P.P.

Esto significa que la detención preventiva sólo tiene lugar cuando se satisfacen integralmente las exigencias legales -atrás mencionadas- para su imposición, entre ellas, destaca la Sala, que la solicitud esté acompañada de los *elementos de conocimiento* que (i) permitan inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta investigada (artículo 308 del C.P.P); (ii) sustente la urgencia de la misma para la consecución de alguno de los fines constitucionales (artículo 306 del C.P.P.), siempre que su adopción (iii) resulte "*necesaria, adecuada, proporcional y razonable*" (artículos 27 y 295⁹ *idem*).

De manera que, frente a la ausencia de elementos de conocimiento que realmente permitan cumplir los requisitos legales para la afectación de la libertad, la Fiscalía está facultada para abstenerse o excusarse de pedir la detención preventiva, pues además de que su petición en todos los casos, como viene de verse, no es lo que la Constitución Política ni el Código de Procedimiento Penal disponen, resulta ilógico obligarla a formular solicitudes desprovistas de fundamento y en ser tido contrario a su convicción.

⁹ "Afirmación de la libertad. Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales".

Por los mismos motivos antes mencionados, el fiscal lógicamente no está *obligado* a impugnar toda providencia judicial que resuelve sobre la detención preventiva por el solo hecho de que la decisión resulta divergente o adversa a su pretensión original o a la de su antecesor y, una vez promovido el recurso, tampoco está necesariamente compelido a persistir en él, pues bien cabe la posibilidad de que, a partir de un nuevo análisis de la situación fáctica o jurídica objeto de discusión o inconformidad, adopte otro criterio por el cual le resulte razonable abstenerse de recurrir o desistir del mismo, según corresponda, pues además de estar facultado para ello por el artículo 179F del Código de Procedimiento Penal, el principio de objetividad (artículo 115 *ídem*) le impone adecuar *“su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley”*.

6.3.2.2. El apelante, sustentado en el testimonio de Juan Carlos Durán Cujar, señala que en la actuación adelantada en contra de Fredy S., los elementos materiales de prueba que en calidad de fiscal el primero puso de presente ante el juez de control de garantías de Pitalito, –esto es, *“el informe de captura, la entrevista de la ofendida y otras personas”*–, permitían *“dar por estructurado”* tanto el tipo penal imputado como *“los requisitos de que trata el artículo 307 y subsiguientes de la Ley 906 de 2004”* para imponer medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, pues dio *“a conocer el fin constitucional que con la misma se perseguía”*.

Obsérvese que la Fiscalía en la apelación trae una proposición que no hizo parte de la estructura fáctica de la acusación. No obstante pasa la Sala a examinar la cuestión.

Escuchados los registros contentivos de la declaración rendida por Carlos Durán Cujar, -quien en calidad de fiscal solicitó ante el juez de control de garantías detención preventiva intramural en contra de Fredy S.-, y su intervención en la audiencia preliminar a la cual hizo referencia, se advierte cómo, ciertamente, manifestó que los elementos de convicción señalaban a Fredy S. como autor responsable de *acto sexuales en persona puesta en incapacidad de resistir*, cuya conducta está prevista en el inciso 2 del artículo 207 del Código Penal.

No obstante, como se adelantó, la opinión valorativa de Carlos Durán Cujar, quien antecedió al fiscal JULIO VICENTE ORTIZ MARTÍNEZ en el trámite penal adelantado contra Fredy S., per se, no prueba el hecho que le correspondía acreditar al ente acusador en el presente asunto -cuál era que ORTIZ MARTÍNEZ *en dicha actuación, prevalido de su facultad de desistir del recurso de apelación, realmente se rehusó a cumplir con su función de propender para que el juez de control de garantías adoptara una legal, necesaria y proporcional medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario-* como se verá:

(i) El Tribunal fue claro en indicar que (a.) el artículo 179F del Código de Procedimiento Penal de 2004 “*autorizaba al doctor ORTIZ, como sujeto procesal en la causa (sic) seguida contra –*

Fredy S.- *a desistir de los recursos antes de ser resueltos por el juez de segunda instancia; máxime si no existía directriz en sentido contrario en la ley o el manual de funciones y reglamentos de la Fiscalía General de la Nación*”, y (b.) el desistimiento de los recursos es un acto facultativo de la parte.

Estas proposiciones, además de que no son discutidas por el impugnante, la Sala las encuentra ajustadas a lo indicado en la disposición adjetiva citada en la sentencia – artículo 179F¹⁰ del Código de Procedimiento Penal- así como a la jurisprudencia de la Corte¹¹.

(ii) Sentado que el desistimiento es un acto facultativo de la parte, entonces para que el ahora impugnante pudiera demostrar que el fiscal ORTIZ MARTÍNEZ, excusado en esa prerrogativa, se resistió o rehusó *objetivamente* a dar cumplimiento a la función indicada en la acusación, tenía la carga de plantear en la acusación y acreditar que ese acto dispositivo en lo sustancial *carecía completamente de fundamento jurídico razonable*.

En este propósito resulta inane oponer la mera opinión valorativa de quien promovió la apelación, sin demostrar -a partir de los medios de conocimiento base de la discusión- la manifiesta ilegalidad del desistimiento, pues el acto de desistir, como ya se indicó, tiene lugar precisamente cuando quien lo formula adopta un criterio divergente al que motivó inicialmente la impugnación.

¹⁰ “Desistimiento de los recursos. Podrá desistirse de los recursos antes de que el funcionario judicial los decida”.

¹¹ AP 29 Nov. 2017, Rad. 44728.

El Tribunal apreció el testimonio del fiscal Durán Cujar así:

Salta a la vista que la razón por la cual puso en conocimiento del Procurador los hechos ahora materia de juzgamiento y por ende la génesis del actual proceso, lo constituye única y exclusivamente la disparidad de criterio jurídico con el acusado ORTIZ MARTÍNEZ en cuanto a la imposición de la detención preventiva carcelaria del imputado -Fredy S.-, pues estimó que esta medida era idónea y forzosa, mientras su colega, con el argumento de tener otra visión del caso desistió de la apelación interpuesta por aquél (...).

(...) admitió desconocer a fondo cuáles fueron las razones del Dr. ORTIZ para desistir de la alzada, pero aun así, esto es sin conocerlas, las estimó irregulares, y presentándose como portador de la verdad absoluta, en su opinión, la única salida posible en el referido caso era la imposición de la detención preventiva carcelaria.

Examinado el registro contentivo de la declaración del fiscal Durán, se advierte que éste ciertamente estimó irregular el desistimiento formulado por el fiscal ORTIZ MARTÍNEZ, pero sin conocer ni confrontar las razones de su colega, ni la valoración de los elementos de conocimiento llevada a cabo por el Juez Primero Penal Municipal de Pitalito -Huila a partir de la cual consideró indemostrada la conducta imputada a Fredy S. -acto sexual con persona puesta en incapacidad de resistir-.

Verificado lo anterior, de cara a estructurar el tipo objetivo de prevaricato por omisión endilgado a ORTIZ MARTÍNEZ, nada aporta el que Durán Cujar opine fundada la apelación que interpuso contra el auto proferido por el Juez Primero Penal Municipal de Pitalito, Huila -Gabriel Jorge Triana Perdomo-, pues siendo él mismo quien la

promovió, lógico resulta que así la estime, sin que ello per se, insiste la Corte, informe sobre la carencia de razonabilidad del desistimiento formulado por aquél.

Si de opiniones valorativas se tratara el asunto, en sentido contrario a la del fiscal Durán, en el juicio también declararon Javier Rene Cardona Gaitán -obró como defensor de Fredy S.- y Gabriel Jorge Triana Perdomo -el juez que resolvió sobre la medida de aseguramiento-, quienes indicaron cómo los elementos de conocimiento entonces allegados por Durán Cujar para sustentar la solicitud de detención carcelaria, no acreditaban razonablemente la autoría sobre la conducta imputada, porque habían serias dudas respecto de la verosimilitud de las manifestaciones de quien fungía como víctima.

En consecuencia, hasta aquí -es decir, sin examinar el registro de la audiencia en la que se impuso medida de aseguramiento y los elementos de conocimiento que para entonces obraban en la investigación adelantada contra Fredy S., los cuales constituyen mejor evidencia¹²- los principios de *presunción de inocencia* y *buena fe* imponen pensar que el desistimiento formulado por el fiscal ORTIZ MARTÍNEZ se originó en un criterio divergente al de su homólogo, sin que por ese solo hecho -atinado o no-, pueda tenerse configurada la tipicidad objetiva de prevaricato por omisión, pues, cabe insistir, el desistimiento de los recursos supone necesariamente *contraposición de criterios* provenientes de la misma parte o interviniente, ya sea porque el promotor del recurso cambia

¹² CSJ AP, 8 Nov. 2017, Rad. 51410 reiterada en AP, 7 Mar. 2018, Rad. 51882.

su opinión original o, en los casos de sustitución de alguno de los sujetos procesales, el remplazante adopta una postura diferente a la inicialmente planteada por su antecesor.

6.3.2.3. Oponer el apelante que si bien en la audiencia preliminar donde se debatió la solicitud de medida de aseguramiento intramural en contra de Fredy S., el Juez Primero Penal Municipal de Pitalito manifestó que *"había dificultad y cierta duda respecto de los hechos controvertidos"*, al *"reexaminar"* la situación concluyó *"que la menor postulada como ofendida sí había sido víctima de una afrenta contra su honor sexual, dando por reunidas las exigencias del artículo 308 de la Ley 906 de 2004"*. Por tanto, si esa fue su postura final, *"era claro"* que, según lo requerido por el entonces fiscal, la medida a decretar en contra de Fredy S. *"no era otra diferente a la detención preventiva carcelaria"*.

Nuevamente el apelante plantea una proposición ajena a la estructura fáctica de la acusación.

No obstante cabe precisar que el Tribunal, tras examinar el pronunciamiento del Juez Primero Penal Municipal de Pitalito, Gabriel Jorge Triana Perdomo, -por el que resolvió decretar detención preventiva en lugar de residencia en contra de Fredy S.- así como su declaración en el presente trámite, verificó lo siguiente:

(...) pese a haberse declarado cumplidas las exigencias legales por el juez constitucional para imponer medida de aseguramiento contra - Fredy S.-, lo cierto es que el togado no estaba seguro ni siquiera de la inferencia razonable de autoría en cabeza del procesado, pues así lo

indicó expresamente en la audiencia preliminar al sopesar los elementos materiales probatorios (...) al punto de haberse formulado interrogantes razonables sobre la credibilidad de la versión de la víctima, circunstancias que a juicio de la Sala lo legitimaban para haberse abstenido de cobijar con medida de aseguramiento al imputado, pues si bien en ese hito procesal no se requería certeza sobre la autoría y responsabilidad, los elementos de prueba habían podido privilegiar el derecho a la libertad del procesado, por cuanto la versión de los hechos dada por la ofendida ofrecía serias dudas en cuanto a su veracidad. No obstante el juez quizá tratando de solucionar la tensión de los derechos en conflicto e intentando una decisión justa, optó por imponer la medida en detención domiciliaria, sin tener en cuenta que el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 descartaba esa posibilidad y pasando por alto que, ante la inexistencia de la inferencia razonable de autoría, (...) no estaba facultado para imponer la detención preventiva (...) sino para abstenerse de cobijarlo con medida cautelar y en su lugar dejarlo en inmediata libertad. (Subrayado fuera de texto).

Revisadas las pruebas aludidas por el Tribunal, ciertamente se advierte que el Juez Primero Penal Municipal de Pitalito optó por imponer medida de aseguramiento de detención domiciliaria contra Fredy S., a pesar de que, a partir de los elementos de conocimiento, no conseguía estructurar la conducta imputada -acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir-.

Concluyó el juez que la menor no estaba diciendo la verdad en relación con haber sido puesta en incapacidad de resistir y los hechos no se percibían claros, sino que había “profundas dudas”. Sin embargo, resolvió imponer contra Fredy S. medida de aseguramiento de detención domiciliaria, sin modificar o reformular las anteriores proposiciones, apoyado, eso sí, en una premisa diferente, cual fue que “pudo existir un abuso sexual por parte de Fredy S.”, en la medida que los elementos de conocimiento señalaban que la joven A.S.Z. se resistió a tener relaciones sexuales con aquél.

Fue así como el doctor Triana Perdomo para imponer medida de aseguramiento, como se adelantó, abandonó la estructura fáctica de la imputación, porque los medios de conocimiento no le permitían inferir que A.S.Z. había sido puesta en incapacidad de resistir, sin lo cual lógicamente no se podía tener sumariamente configurado el punible imputado, ni, por lo mismo, cabía inferencia razonable alguna de autoría o participación.

De manera que, contrario a lo manifestado por el impugnante, la valoración de los medios de conocimiento en punto de la inferencia razonable de autoría sobre la conducta investigada –acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir–, no fue reexaminada o reconsiderada por el Juez de Control de Garantías Triana Perdomo.

6.3.2.4. Señala el apelante que contra Fredy S. se adelantó el trámite penal por *“la conducta punible atentatoria contra el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales”*, siendo ofendida una menor de edad, cuya circunstancia debió ser tomada en cuenta por el fiscal JULIO VICENTE ORTIZ MARTÍNEZ al momento de desistir de la alzada promovida contra el auto en el cual el Juez Primero Penal Municipal de Pitalito impuso medida de aseguramiento de detención domiciliaria y no carcelaria, pues el desistimiento de los recursos debe ser el resultado de un nuevo análisis que permita establecer que la impugnación es *“infundada o improcedente”*, lo cual no se advierte en la conducta desplegada por el acusado.

6.3.2.4.1. El Tribunal consideró en la sentencia:

(...) declárese desacertada la conclusión según la cual, en virtud del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, toda persona procesada por delito sexual contra un menor de edad debe ser cobijada -por ese sólo hecho- con detención preventiva en centro carcelario; pues atendiendo la diáfana y sencilla literalidad de la referida norma, esa medida de aseguramiento privativa de la libertad procede siempre y cuando haya mérito para imponerla o, lo que es igual, satisfechas las condiciones del artículo 306 (sic) del Código de Procedimiento Penal, esto es, cuando exista inferencia razonable de autoría o participación contra el procesado y se cumpla alguno de los fines constitucionales de toda medida de aseguramiento, caso en el cual, sólo podrá decretarse la detención intramural, sin la posibilidad de ser sustituida por la domiciliaria.

El artículo 199.1 del Código de la Infancia y la Adolescencia señala lo siguiente:

Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:

1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 (sic) de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004. (Subrayado fuera de texto).

Como se ve, la medida de aseguramiento referida por el apelante en casos de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de menores de edad, tiene lugar sólo “si hubiere mérito” para su imposición, cuyo presupuesto en consecuencia exige satisfacer, entre otros requisitos, los señalados en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, el cual prevé el mencionado en la sentencia impugnada, esto es, que “de los elementos materiales probatorios

y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga”.

6.3.2.4.2. El motivo sustancial aducido por JULIO VICENTE ORTIZ MARTÍNEZ para desistir del recurso, según su testimonio rendido en el juicio, es el siguiente:

(...) después de que me correspondió el caso, ya como fiscal radicado (...) me enteré por uno de los policiales que la situación no era como se presentaba. Es decir el policía me dijo: doctor ahí no hay nada; la menor hizo teatro para quedar bien con la mamá; parece que tenía una relación con el señor que era su jefe, este resultó casado y le estaba terminando la relación ese día, formó un escándalo y en eso terminó.

Escuché el audio de la audiencia y llegué a la conclusión de que la posición del Juez Primero Penal Municipal era la más acertada, es decir, él con su experiencia avizoró que ahí lo que se estaba presentando era un teatro por parte de la adolescente. Entonces yo dije: si eso es así, creo que es suficiente y proporcional la medida de aseguramiento que se impuso que es detención en su casa de habitación y no carcelaria, porque uno como fiscal sabe que tener un preso en la casa es diferente a tenerlo en la cárcel porque con el tiempo (...) todo se vuelve más complicado con la persona detenida intramural.

Obsérvese que ORTIZ MARTÍNEZ desistió del recurso de apelación por el cual su antecesor pretendía la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, porque advirtió probable que Fredy S. no era autor o partícipe de conducta penal alguna, debido a que fue informado de que la joven A.S.Z., quien mantenía una relación sentimental con aquél se disgustó al enterarse que era casado, y había inventado o teatralizado los hechos objeto de investigación, lo cual observó compatible con la valoración llevada a cabo por el Juez de Control de Garantías Triana Perdomo.

En consecuencia, lo alegado por el impugnante en el sentido de que el acusado *tenía el deber de considerar* que la imputación contra Fredy S. se formuló por una conducta atentatoria de la libertad, integridad y formación sexuales de una persona menor de 18 años, no es suficiente para estructurar el prevaricato por omisión, toda vez que ORTIZ MARTÍNEZ tuvo en cuenta el no cumplimiento de la exigencia de inferencia razonable de autoría del imputado, cuyo examen para la imposición de la medida de aseguramiento -incluida la detención en centro de reclusión prevista en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006- es, además de necesario, *anterior* a cualquier reflexión relacionada con la naturaleza de la conducta, el bien jurídico amparado y la edad de quien fungía como posible víctima. De manera que aquella constatación, lógicamente derruía la inicial pretensión de detención carcelaria formulada en el recurso de apelación por el fiscal Durán Cujar con base en el Código de la Infancia y la Adolescencia.

6.3.2.5. Indica el apelante que el fiscal ORTIZ MARTÍNEZ en la actuación adelantada contra Fredy S. optó por formular acusación *“y presentarse ante el juicio oral a sostener la imputación que inicialmente había formulado su colega el doctor Durán Cujar”*, cuyo proceder *“devela”* que con el desistimiento del recurso interpuesto contra la medida de aseguramiento de detención domiciliaria, se propuso no acudir a la audiencia programada para la resolución de la alzada y así favorecer a Fredy S.

El Fiscal Delegado ante el Tribunal pretende que la Corte tenga por demostrado que el desistimiento manifestado por ORTIZ MARTÍNEZ tuvo lugar para un propósito contrario a su función de fiscal –favorecer ilegalmente al imputado-, a partir de la premisa según la cual *éste llevó a juicio la imputación formulada por el fiscal Durán Cujar contra Fredy S.*; sin embargo de esta proposición, per se, no se infiere aquella conclusión, pues para ello se requiere suponer que (i) los elementos de conocimiento con los cuales el fiscal ORTIZ decidió ir a juicio son exactamente los mismos con los que contó al momento de desistir y (ii) que dichos medios de convicción tenían indudable vocación de estructurar en contra de Fredy S. tanto la materialidad de la conducta como su autoría, pero las pruebas allegadas a este trámite no acreditan ninguna de estas situaciones.

Lo realmente probado es que los elementos de conocimiento con base en los cuales el fiscal Durán Cujar solicitó medida de aseguramiento, no acreditaban claramente una inferencia razonable de autoría o participación de la conducta imputada en contra de Fredy S., no obstante que la premisa opuesta ni siquiera fue planteada en la acusación.

De esa realidad dio cuenta Gabriel Jorge Triana Perdomo –Juez Primero Penal Municipal de Pitalito-, quien indicó que en el caso de Fredy S. es el único donde ha impuesto detención domiciliaria a pesar de que quien fungía como víctima de un delito sexual era menor de 18 años, debido a que se trataba de un asunto *“muy especial, porque se advertía*

desde un comienzo que la menor estaba mintiendo y los elementos de juicio que hasta ese momento había (...) a ello conducían; lo cual he entendido y he conocido que efectivamente así sucedieron los hechos, que la menor estaba mintiendo”.

Este testimonio lo respalda una mejor evidencia, el registro de la audiencia preliminar a la que hizo referencia el juez Triana Perdomo -allegado como prueba a este proceso por solicitud del Ministerio Público-, donde consta cómo, ciertamente, a partir de otros medios de conocimiento, consideró que la joven A.S.Z. no estaba diciendo la verdad.

Esto último porque, en sentido contrario a la inicial manifestación rendida por quien fungía como víctima -según la cual, a las once de la mañana le fue suministrada en una gaseosa, sustancia que le redujo su voluntad cuando se hallaba en una de las habitaciones del inmueble de la señora Lourdes, a donde ingresó con Fredy S.-, el juez advirtió que el día de los hechos, A.S.Z. fue vista a las trece horas por Gina Paola Galeano -prima de la señora Lourdes-, quien la observó en la habitación por ella referida junto con Fredy S., en condiciones normales haciendo cuentas y examinando documentos -esto es, en plenas capacidades físicas y mentales-, lo cual resultaba indicativo de que aquella joven había mentado. Adicionalmente, en el “álbum fotográfico” de lo hallado en el lugar no se evidenció ningún envase de gaseosa, sino diecisiete latas de cerveza desocupadas y media botella de aguardiente consumida por la mitad; y el fiscal no allegó examen toxicológico alguno que acreditara la ingesta en A.S.Z. de algún tipo de sustancia.

Así lo consideró el funcionario Triana Perdomo en la audiencia preliminar mencionada:

Desde ya el despacho escuchando la intervención de la Fiscalía, la defensa y haciendo un estudio profundo a los elementos materiales de prueba puestos de presente, acepta (...) que este caso no está muy claro, hay unas profundas dudas (...). Por la propia entrevista rendida por -A.S.Z- (...) -y- la entrevista rendida por la propietaria del inmueble, la señora Lourdes, quien habla de que (...) después del ingreso de la adolescente y el aquí procesado -Fredy S.- desde las once de la mañana hasta las tres y media de la tarde, es decir, cuatro horas y media después es cuando ella escucha voces de auxilio de la menor que al parecer la estuvieran matando. ¿Qué pasó todo el tiempo antes? (...). Queda en entredicho la circunstancia en que ella, la presunta víctima aceptó trasladarse con el procesado hasta el inmueble donde sucedieron los hechos, ingresando (...) desde las once de la mañana y sólo a eso de las tres y treinta de la tarde, luego de aceptar ingerir diecisiete cervezas y media de aguardiente es cuando pide auxilio e impide o se resiste a tener el acceso carnal o los actos sexuales con el procesado. Es decir, se evidencia es un aparente no consentimiento de la menor y no una puesta de ésta en incapacidad de resistir, porque lo que está en evidencia es que ella sí se resistió a tener la relación sexual con el procesado, no que haya sido puesta en incapacidad de resistir (...); surge entonces unos interrogantes ¿Por qué la adolescente acepta dirigirse hasta el inmueble donde sucedieron los hechos con el procesado? ¿Dónde está la prueba de toxicología que determine la puesta en estado de inconciencia? ¿Dónde está la botella de gaseosa señor fiscal, que se dice consumió la adolescente y que la embriagó? No aparece en el álbum fotográfico tomado a la habitación del lugar de los hechos; por el contrario aparecen diecisiete latas de cerveza consumidas y una media de aguardiente ya consumida por la mitad. Si fuere cierto lo que afirma la adolescente de que con la gaseosa quedó en estado de inconsciencia, no hubiera estado cuatro horas y media con el procesado sin problema alguno, según se advierte de la entrevista de la prima de la señora Lourdes, cuando a la una de tarde entra a la habitación de los hechos y observa todo normal, ve a la adolescente con el procesado haciendo unas cuentas y observando unos documentos (...). Si es cierto lo que dice la adolescente, que al ingerir la gaseosa se trastornó ¿Por qué a las dos horas la prima de la señora Lourdes cuando a la una de la tarde ingresa a la habitación observa todo normal? Son dudas que hay que despejar. Se trata no de una menor de 14 años, sino de una adolescente de 17 años, es decir casi mayor de edad, que tiene buen uso de razón y muy seguramente comprende lo que es una relación sexual, o al menos el de aceptar voluntariamente ingresar a una habitación con un hombre como sucedió. Estas circunstancias ponen en entredicho

entonces la imputación que se ha hecho fáctica y jurídicamente de los hechos, pero ello no es óbice de acuerdo con lo que ha manifestado la menor y la propietaria del inmueble, de que sí pudo existir un abuso sexual de parte del aquí procesado (...). De todas maneras con esas evidencias que hay se puede colegir que podemos estar ante la presencia de un delito sexual, pero por la falta de consentimiento de la adolescente, pero no por ser puesta en incapacidad de resistir.

Adicionalmente, las partes estipularon¹³ que el fiscal JULIO VICENTE ORTIZ conoció de la investigación¹⁴ adelantada en contra de Fredy S., la cual contiene los elementos de conocimiento indicados por el juez Triana Perdomo.

De esos medios de convicción se extrae que: (i) Lourdes Ortiz refirió la presencia en una habitación –dada en arrendamiento– de su casa, de dos personas que no conocía –y quienes después se supo eran A.S.Z. y Fredy S.–, aproximadamente desde las once de la mañana y hasta al menos las tres y treinta de la tarde, hora esta última en la que llamó a la policía debido a los fuertes gritos de auxilio que comenzó a emitir la joven; (ii) Yina Paola Galeano Ortiz –prima de la señora Lourdes– indicó que a la una de la tarde, al momento en que buscaba al inquilino de la habitación antes mencionada, encontró la puerta entreabierta y vio a A.S.Z. con un “señor” en situación normal, haciendo cuentas con facturas en la mano; y (iii) el acta de inspección al lugar de los hechos, no refiere hallazgo alguno de envase de gaseosa, pero sí “media botella de aguardiente a medio consumir, 14 latas de cerveza reds y 3 latas de cerveza águila”.

¹³ Estipulación número 3.

¹⁴ Radicado No. 415516000597201500812.

En situación compatible con el hallazgo mencionado, en los mismos elementos de convicción considerados por Triana Perdomo se advierte que la señora Lourdes también manifestó que cuando los policías hicieron presencia en el lugar, encontraron *“dentro de la habitación una muchacha en estado de embriaguez y un señor también embriagado”*; y, por su parte, Yina Galeano agregó que después de haber visto a la joven a la una de la tarde, salió a su trabajo y regresó a la casa a *“las cuatro y veinte de la tarde”*, momento en el que observó a policías afuera de la habitación, quienes le indicaron que no podían sacar a la joven de la misma *“porque ella estaba diciendo que él era el esposo y que si ella no denunciaba ahí no había nada”*.

Estos medios de conocimiento obrantes en la investigación adelantada en contra de Fredy S., desvirtuaban la manifestación incriminatoria de A.S.Z., quien había indicado haber quedado inconsciente tras consumir una bebida gaseosa que le ofreció Fredy S. en la mañana.

De manera que la valoración llevada a cabo por el juez Triana Perdomo, por la cual concluyó que no estaba demostrada la conducta imputada, se observa razonablemente ajustada a los elementos materiales de prueba, evidencia física e información por él examinados.

A su vez, siendo la precitada valoración judicial la que el fiscal JULIO VICENTE ORTIZ MARTÍNEZ consideró justa, y por la cual en su momento se convenció de desistir del

recurso de apelación interpuesto por su antecesor y así renunciar a la pretensión de encarcelamiento contra Fredy S., su actuación no fue arbitraria o contraria a sus deberes funcionales, pues dentro de estos no se cuenta el de procurar infundadas detenciones intramurales.

6.3.2.6. El impugnante acusa la sentencia de desacertada, en cuanto *“descartó”* el dolo de la conducta censurada con fundamento en los testimonios de Fredy S. y Javier René Cardona Gaitán, *“pues el primero tiene la calidad de sujeto procesal activo de la conducta punible atentatoria contra el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual, siendo ofendida una menor de edad”* y el segundo funge como el defensor del primero en ese proceso. Por tanto, acudiendo al sentido común era lógico que llegarían a la presente causa *“a respaldar la posición asumida por el fiscal ORTIZ MARTÍNEZ respecto al desistimiento de la alzada”*.

En consideración a que la Fiscalía no planteó ni demostró que el desistimiento del recurso —señalado de prevaricador— fuera contrario a las funciones del fiscal acusado, sería un despropósito adelantar algún examen de tipicidad subjetiva.

Sin embargo, nada impide señalar que la ausencia de dolo expuesta en la sentencia se sustenta en que la Fiscalía *no allegó prueba alguna de la que se pueda colegir que el proceder de ORTIZ MARTÍNEZ estuvo motivado en su ánimo de quebrantar la ley o impulsado por capricho, desidia,*

interés malsano en el proceso o cualquiera otra razón proterva.

Así se pronunció el Tribunal:

En todo caso, si en gracia de discusión se aceptara que el Dr. ORTIZ faltó a su deber funcional, por haber desistido de la apelación de marras y no asistir a la audiencia donde se desataría ese recurso, habría que declararse la ausencia de proceder doloso, pues no se evidenció que el procesado hubiese actuado deliberadamente o motivado por el exclusivo interés de violentar la ley. Es que frente a los motivos de índole formal, sustancial y de conciencia aducidos por el acusado en su testimonio para desistir del recurso, la Fiscalía no allegó prueba en contrario a fin de colegir haber sido otras las motivaciones de ese actuar, pues ninguna prueba siquiera sugirió que el Dr. ORTIZ hubiera procedido como lo hizo impulsado por capricho, desidia, interés malsano en el proceso o cualquiera otra razón proterva; ya que, atendiendo los testimonios de Juan Carlos Durán Cujar, - Fredy S.- y Javier René Cardona Gaitán, mal podría arribarse a esa conclusión (...) menos si por el contrario, los últimos dieron cuenta del decoroso comportamiento del acusado frente al caso materia de debate". (Subrayado fuera de texto).

De modo que al margen de la poca credibilidad que pueda asignarse a los testigos Fredy S. y Cardona Gaitán - en cuanto dieron cuenta del actuar decoroso de ORTIZ MARTÍNEZ en su calidad de fiscal-, permanece en pie la premisa de la sentencia, es decir, la inexistencia de prueba para estructurar el componente subjetivo del tipo.

Pese a lo anterior, cabe recordar que (i) el primero de los testigos mencionados -Fredy S.- declaró por solicitud del *ente acusador*, cuya pertinencia la centró en que éste podía dar informe detallado del trámite adelantado en su contra; (ii) los temas a los que el deponente se refirió, incluido el atinente al comportamiento de ORTIZ MARTÍNEZ como

sujeto procesal en la actuación de marras, fueron propiciados o planteados en el interrogatorio por el fiscal; y (iii) éste no impugnó la credibilidad del testimonio.

Ahora, respecto de la declaración de Javier René Cardona Gaitán, no sobra indicar que el fiscal igualmente no impugnó su credibilidad.

Adicionalmente, revisada la actuación, ciertamente como atinadamente lo advirtió el Tribunal, la Fiscalía no allegó mejor evidencia que revele alguna realidad contraria a la manifestada por los testigos Fredy S. y Cardona Gaitán respecto del comportamiento de ORTIZ MARTÍNEZ en calidad de sujeto procesal en el trámite penal adelantado en contra del primero.

Por tanto, se insiste, no hay manera de sostener probatoriamente que el desistimiento manifestado por ORTIZ MARTÍNEZ estuvo impulsado para la consecución de algún fin contrario al Ordenamiento que implicara sustraerse de los deberes funcionales manifestados en la acusación.

6.3.2.7. Recapitulando, al margen de cualquier disquisición sobre la tipicidad subjetiva y los testimonios de Fredy S. y Cardona Gaitán, la sentencia en lo esencial se sostiene en que no se estructuró el tipo objetivo, cuya premisa se sustenta en la declaración del juez Triana Perdomo y el registro de la audiencia preliminar donde emerge evidente que los medios de conocimiento con los que

el fiscal Durán Cujar solicitó medida de aseguramiento de detención carcelaria, no permitían establecer la inferencia razonable de autoría y materialidad de la conducta investigada.

En consecuencia, (i) siendo esta la realidad de la actuación que motivó al doctor ORTIZ MARTÍNEZ a desistir del recurso de apelación por el que su antecesor pretendía la imposición de detención carcelaria en contra de Fredy S. y (ii) no existiendo prueba que la desvirtúe, en cuanto el ente acusador no demostró legal y necesario el interés de la Fiscalía de persistir en la imposición de detención en establecimiento carcelario, el actuar del ahora acusado no se advierte contrario a su función de propender por la imposición de la medida de aseguramiento para el cabal cumplimiento de los fines constitucionales señalados en el artículo 250.1.

Además, cabe precisar que la audiencia programada para desatar el recurso de apelación interpuesto por el fiscal Durán Cujar, nunca se instaló debido precisamente a la previa manifestación de desistimiento –de este hecho fueron testigos tanto el abogado Cardona Gaitán como aquél fiscal–.

Por tanto, habiendo sido tanto razonable como oportuna la manifestación de desistimiento del recurso, esto último conforme con la exigencia establecida en el artículo 179F¹⁵ del Código de Procedimiento Penal -antes de que el

¹⁵ Artículo 179F. Desistimiento de los recursos. <Artículo adicionado por el artículo 97 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> Podrá desistirse de los recursos antes de que el funcionario judicial los decida. (Subrayado fuera de texto).

funcionario judicial lo decidiera-, tampoco surgió para ORTIZ MARTÍNEZ el deber de asistir a la audiencia programada para desatar la alzada, pues como se adelantó, la misma finalmente nunca se instaló.

En consecuencia, no habiéndose estructurado el elemento normativo del tipo de prevaricato por omisión, la decisión que se impone es la de confirmar la absolución decretada por el Tribunal Superior de Neiva.

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

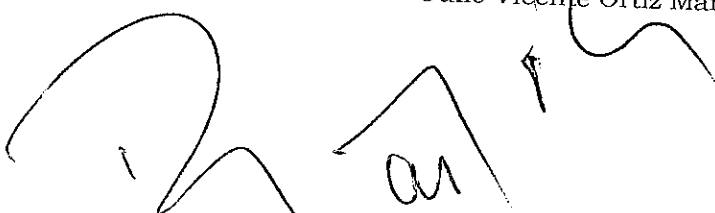
CONFIRMAR la sentencia apelada.

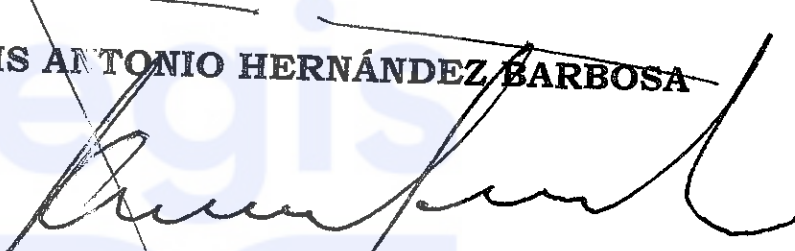
Contra esta decisión no procede recurso alguno.

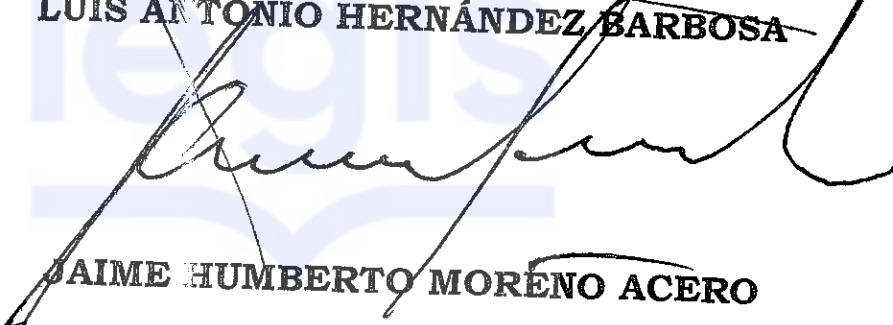
Comuníquese y cúmplase


EYDER PATIÑO CABRERA


JOSE FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

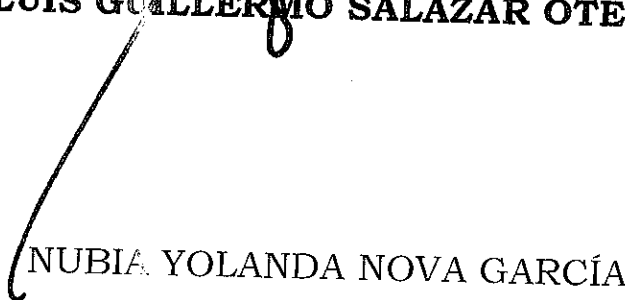

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER


LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA


JAIME HUMBERTO MORENO ACERO


PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR


LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO


NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

11 SEP 2019

