



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

EYDER PATIÑO CABRERA
Magistrado ponente

SP6125-2017
Radicación n.º 44958
Acta n.º 124

Bogotá, D. C., tres (3) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

VISTOS

Resuelve la Sala el recursos de apelación interpuesto por el representante de la fiscalía en el proceso seguido a **EDUARDO ALFONSO AVENDAÑO CALDERÓN**, Fiscal Veintidós Seccional de Ciénaga (Magdalena), en contra de la sentencia del 3 de junio de 2014, por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta lo absolvió del delito de prevaricato por acción y omisión.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Se señala en la acusación a **EDUARDO ALFONSO AVENDAÑO CALDERÓN** de incurrir en una serie de irregularidades en la instrucción identificada con número 61336, al abstenerse de imponer medida de aseguramiento el 14 de noviembre de 2008, decretar el cierre el 12 de diciembre del mismo año y precluir el 12 de marzo de 2009, en desconocimiento manifiesto de la ley, con lo cual, favoreció al sindicato

MIGUEL ALFONSO GUAL MOLINA, quien era investigado por la presunta comisión de homicidio agravado tentado y porte ilegal de arma de fuego, en hechos donde fueron víctimas PEDRO LUIS ROBLES CHARRIS y ZUNEISY ORQUÍDEA ESCORCIA.

Se le atribuye a su turno, un proceder omisivo en razón a que se abstuvo durante el transcurso de la actuación de indagar respecto de la materialidad de la conducta.

En lo que respecta a la actuación, el 31 de mayo de 2013, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal Ambulante de Santa Marta, con Funciones de Control de Garantías, se llevó a cabo audiencia de imputación en contra de **EDUARDO ALONSO AVENDAÑO CALDERÓN** por el delito de prevaricato por acción en concurso homogéneo y sucesivo, en concurso con el de prevaricato por omisión, agravado.

Presentado el 20 de agosto siguiente el escrito de acusación en los términos referidos, el 26 de noviembre siguiente se cumplió su respectiva sustentación.

Una vez celebradas las audiencias preparatoria¹ y de juicio oral², la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta emitió fallo absolutorio a favor de **AVENDAÑO CALDERÓN**, como en consecuencia se resolvió en sentencia del 1 de septiembre de 2014.

Con ocasión del recurso de apelación interpuesto oportunamente por el representante de la fiscalía, se ocupa la Corte de su resolución.

LA SENTENCIA RECURRIDA

El *a quo*, luego de identificar al acusado, resumir los hechos, la actuación y la intervención de los sujetos procesales, refiere la competencia, los requisitos para dictar sentencia y procede a realizar el estudio de fondo.

Inicia por manifestar que, de los elementos de convicción, no se satisfacen los presupuestos del canon 381 del Código de Procedimiento Penal, para declarar responsable a **AVENDAÑO CALDERÓN** de las conductas contra la administración pública inculpadas.

Menciona, se atribuye al enjuiciado incurrir en prevaricato por acción, al proferir las siguientes decisiones: (i) la resolución del 14 de noviembre de 2008, a través de la cual resolvió situación jurídica, absteniéndose de imponer medida de aseguramiento, en

¹ 28 de enero de 2014.

² 13 de mayo de 2014.

desconocimiento de los presupuestos exigidos por el artículo 356 de la Ley 600 de 2000; (ii) la determinación del 12 de diciembre del mismo año, con la que ordenó el cierre del sumario, sin que el sumario se encontrara perfeccionado; y (iii) la decisión del 12 de marzo de 2009, mediante la cual precluyó la investigación, en razón a la carencia de elementos de juicio diferentes a los valorados para la desestimación de la medida antes referida; todas, con ostensible distanciamiento de la ley.

En lo relativo al comportamiento omisivo, se reprocha al procesado que, desde la interposición de la denuncia, el 5 de junio de 2007, hasta el cierre de la causa, 12 de diciembre de 2008, actuó de manera displicente, al no ordenar la práctica de pruebas relevantes para esclarecer los hechos y la materialidad de la conducta.

Aquí, enfatiza en el comportamiento objetivo o externo, consistente «*en omitir, rehusar, retardar o denegar, un acto propio o de sus funciones*», para lo cual, explica cada uno de los verbos alternativos. Cierra este apartado, refiriendo los elementos estructurales del ilícito.

Respecto al componente subjetivo, resalta la necesidad de acreditar el *dolo* y su correspondencia con los hechos y la infracción penal, así como la antijuridicidad y la culpabilidad.

Luego de lo anterior, realiza una reconstrucción histórica de los hechos a través de los elementos de convicción y cita cada uno de los testimonios rendidos.

En concreto, con relación al prevaricato por acción, señala que a partir de los supuestos fácticos y jurídicos, no emana el ingrediente «*manifiestamente ilegal*», porque infiere fundamentos razonables al momento en el que **AVENDAÑO CALDERÓN** resolvió situación jurídica, el contenido de la decisión guarda correspondencia con el material probatorio allegado hasta ese instante procesal, fue objeto de apreciación expresa y no trasgrede, de forma grave, las reglas de la sana crítica.

En alusión a la determinación de cierre, sin que presuntamente estuviera agotado el término y el recaudo probatorio, indica, tampoco se erige como una ostensible violación de la norma, como quiera que el inculpado los estimó perfeccionados, con base en la denuncia, su ratificación y ampliación, el dictamen médico legal y la indagatoria de GUAL MOLINA, y de ellos no se desprendían indicios graves de responsabilidad de la autoría o determinación del delito investigado.

Para el *a quo*, la declaración de la víctima, en la que argüía amenazas en su contra, era un indicio, pero sólo de predisposición,

más no se contaba con ninguna prueba de responsabilidad directa de los hechos.

Ahora, de la modalidad omisiva, los reparos tampoco logran trascendencia penal, en razón a que, durante el trámite, el actuar del encartado se ajustó a lo que ilustraba la realidad procesal y *«mal habría hecho el otrora fiscal **AVENDAÑO CALDERÓN** en haber dictado resolución de acusación sin la existencia de medios de convicción contundentes»*.

Frente a lo anterior, no encuentra el Tribunal prueba del retardo, omisión, denegación o cualquier otra hipótesis, de autoría o determinación, para atribuir responsabilidad. La recopilación de los testimonios de la otra víctima, PEDRO LUIS ROBLES CHARRIS, y de la madre de la ofendida ZUNEISY ORQUÍDEA ESCORCIA, reclamados por la fiscalía, se tornaban inútiles a efectos de construir un juicio de compromiso con ánimo de prosperidad, pues, con ellos solo se ratificaría lo ya expresado en la denuncia inicial.

Aunado a ello, pone de presente que el acusado remitió a medicina legal a PEDRO LUIS ROBLES CHARRIS y lo citó a testificar, sin que se llevara a cabo por circunstancias ajenas al inculpado y atribuibles al ofendido.

En todo caso, demandar de **AVENDAÑO CALDERÓN** un comportamiento diferente, no deja de ser más que una diferencia de criterio, quizás con consecuencias disciplinarias pero no punitivas.

En respuesta a los alegatos del ente acusador, manifiesta que el procesado acopió los elementos de prueba posibles, que no era categoría cualquier hipótesis de autoría o participación a título de determinador y no se encontraban cumplidos los dos indicios graves de la disposición 356 de la Ley 600 de 2000.

Revisadas las resoluciones, no encuentra el Tribunal que sean manifiestamente contrarias a la ley, como lo exige el ingrediente normativo y tampoco existieron circunstancias fácticas que comprometieran a MIGUEL ALFONSO GULA MOLINA como determinador o ejecutor material de la conducta.

Así las cosas, concluye que el fallo debe ser absolutorio, como quiera que la fiscalía no logró demostrar, más allá de toda duda razonable, la consumación de las conductas imputadas.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Dentro del término establecido para el efecto, el delegado del ente acusador presentó escrito de apelación, el cual pasa a condensarse:

Empieza refiriendo, en extenso, los hechos para luego realizar una relación de las normas que estima violadas, a saber: artículos 1, 9, 20, 234, 238, 284, 311, 393 y 398 de la Ley 600 de 2000, en razón del prevaricato por acción, y 20, 233, 234 y 311 del mismo estatuto, por el de omisión.

Manifiesta que se presentaron en juicio los elementos de conocimiento suficientes para el reproche penal contra **EDUARDO ALFONSO AVENDAÑO CALDERÓN**, y señala:

(Nos) hallamos frente a un típico caso de denegación de justicia, que no fuera advertido por el juez natural de primera instancia al equivocar el problema jurídico en ciernes, dado que, enfocó la absolución sobre la base de la situación jurídica del sindicado MIGUEL ALFONSO GUAL MOLINA, cuando en verdad el juicio de reproche emergía ante la carencia absoluta de indagación y posterior investigación de hechos de gravísima entidad, convirtiéndose el proceso a cargo del señor doctor Avendaño Calderón en un prototipo del desgano, la falta de compromiso, sindéresis, objetividad en la misión de administrar justicia.

En su criterio, el *a quo* restó valor al testimonio de ALMA ROSA MACHADO ÁVILA, instructora de descongestión, quien para la época de los hechos puso de presente a WILLIAM BAQUERO NAMEN, Director Seccional de Fiscalías del Magdalena, las evidentes y serias irregularidades que encontró con ocasión de «una misión de dispersión procesal».

Acusa al procesado de no desarrollar una verdadera investigación y no considerar la gravedad de los hechos y las amenazas contra las víctimas.

Explica que, MACHADO ÁVILA mediante una comunicación, previno al encausado de la necesidad, en cumplimiento del principio de investigación integral, del acopio de elementos que permitieran el esclarecimiento de los hechos, ya que **AVENDAÑO CALDERÓN** había decretado el cierre dejando imperfecta la indagación. Sugería también el oficio, la pertinencia de escuchar los testimonios de PEDRO LUIS ROBLES y VIRGINIA ESCORCIA, compañero permanente y madre, respectivamente, de ZUNEISY ORTIZ ESCORCIA, con quienes se corroboraría las amenazas, máxime, teniendo en cuenta que ROBLES CHARRIS ostentaba, asimismo, la calidad de agraviado. Por último, evaluaba procedente la funcionaria que se revocara el cierre de la investigación, en atención a que ese trámite se había iniciado recientemente.

De las anteriores *«irregularidades»* el encausado hizo caso omiso y no incorporó al expediente el documento del que se hace referencia, en su criterio, con la finalidad de *«desaparecer»* esas recomendaciones.

Retoma, para aseverar que MACHADO ÁVILA acudió a juicio oral y se mantuvo firme en los anteriores argumentos, con base en los cuales, según señala, se abstuvo de calificar el sumario y lamenta que el Magistrado ponente, negara la introducción del expediente 61336 con el objeto de que MACHADO identificara *«punto por punto, cuáles fueron las debilidades investigativas que ella advertiera»*.

A continuación, en un prolongado aparte, justifica la incorporación de documentos públicos sin testigo de acreditación, en amparo de la disposición 425 de la Ley 906 de 2004, dada su presunción de autenticidad. Califica de *«exceso de rigorismo»* la postura del Tribunal de impedir el ingreso de evidencia sustancial, que solo pudo incluir con posterioridad a través de la funcionaria del CTI.

En igual sentido, se queja de que tampoco se le permitió la admisión de un oficio privado a través de la misma deponente, con apoyo en la inadecuada sustentación de las bases probatorias, aun cuando la norma procesal no establece restricciones al efecto y *«que lo importante es exteriorizar al juez que la parte tiene en su poder un elemento con vocación de prueba, la utilidad del mismo, exhibírselo al testigo para su reconocimiento – incluso – es permitido direccionar el testigo, llevarlo, orientarlo e interrogarlo»*.

Luego de elucubrar acerca de la metodología que, desde su óptica personal, debe aplicarse para la introducción de elementos de conocimiento, critica a la primera instancia, al estimar, que fue desconsiderada con su intervención en juicio.

Plantea que, si el acusado juzgaba su actuación correcta, objetiva y sensata, debió aludir en la calificación las indicaciones de MACHADO ÁVILA. Con esto, junto a la exclusión de anexar al expediente el documento contentivo de las recomendaciones, deduce la responsabilidad penal del procesado.

Señala que, con el irregular proceder, el enjuiciado violentó los derechos de las víctimas porque favoreció al presunto responsable de los hechos con una preclusión, que hizo tránsito a cosa juzgada.

Postula que, **AVENDAÑO CALDERÓN** le imprimió un tratamiento de *bagatela* a la causa, al indicar:

(...) éste funcionario le dio un tratamiento de (...) insignificancia al caso, prueba de ello, el 30 de octubre de 2008, dispone la apertura de instrucción formal en contra de MIGUEL ALFONSO GUAL MOLINA, teniendo como elemento de juicio para ello, la versión rendida por una de las víctimas, señora ZUNEISI (sic) ORQUIDEA ORTIZ ESCORCIA, el dictamen de medicina legal – nada mas – (sic) versión que al momento de la definitoria de la situación jurídica del sindicado le restara plena validez; el 10 de noviembre de 2008, se oye en indagatoria al señora (sic) MIGUEL ALONSO GUAL MOLINA, luego el 11 de noviembre de 2008, se amplía la versión de la víctima ORTIZ ESCORCIA, el 14 de noviembre de 2008, se define la situación jurídica de GUAL MOLINA absteniéndose de imponer medida de aseguramiento, y era la obligación del instructor en tal proveído, ordenar las pruebas de rigor a efecto de perfeccionar la incipiente averiguación, guardando silencio absoluto; vaya sorpresa, que el 12 de diciembre de 2008, cierra la investigación penal sobre el argumento que las sumarias se encuentran perfeccionadas – en lo posible -. Es decir, que exactamente UN MES Y DOCE DÍAS después de aperturada la investigación formal, en un caso de sicariato, de violencia de género, un doble atentado criminal, sin el recaudo mínimo de prueba, el fiscal acusado consideró que el recaudo probatorio – en lo posible – se había perfeccionado.

Considera que es un despropósito para la administración de justicia que el Tribunal comparta el criterio, según el cual, al momento de tomar las determinaciones reprochadas, *la investigación estaba perfeccionada.*

Expone, la primera instancia erró en la determinación del problema jurídico, porque centró la discusión en establecer si la prueba era suficiente para imponer medida de aseguramiento y una eventual convocatoria a juicio, cuando la pretensión del ente acusador radicaba en la censura de tomar esas resoluciones sobre la base de que la víctima no logró identificar a su ex marido como el presunto autor material del hecho.

Por otra parte, según se logra entender, expresa que el principal reproche emana de la frágil actuación adelantada y a continuación enuncia una serie de posibles actividades que el encartado pudo realizar, pero desestimó.

Cuestiona el argumento de la defensa que atribuye a PEDRO LUIS ROBLES CHARRIS, un comportamiento indiferente, por no atender el llamado a rendir versión ni la valoración de medicina legal, y, alega que, fue fruto de su condición humilde, el desconocimiento del proceso judicial y la convalecencia en el hospital luego del atentado.

Seguidamente, realiza una reiterativa exposición de alternativas, que juzga pertinentes, pero que el encausado dejó de observar;

asimismo, critica no haber realizado ningún acto tendiente a constatar las declaraciones de ZUNEISY ORTIZ ESCORCIA.

Afirma que, el Tribunal se equivocó al desestimar la configuración de la conducta de prevaricato, sobre el supuesto de que no había merito probatorio para acusar, cuando precisamente esa circunstancia fue el resultado de la apatía del inculcado.

Se aparta del argumento del fallo, consistente en que revocar el cierre no cambiaba el resultado de la investigación, al considerar que es «*solo una suposición*» y que las víctimas sí hubieran aportado elementos de juicio relevantes para efectos del examen de lo ocurrido.

Por último, cita la sentencia identificada con radicación 30592 del 5 de octubre de 2011, emitida por esta Corporación, por considerar que guarda relación con el presente asunto.

En estos términos, solicita revocar la decisión del Tribunal y, en su lugar, se emita condena.

CONSIDERACIONES

En atención a que **EDUARDO ALFONSO AVENDAÑO CALDERÓN** ejercía las funciones de Fiscal Veintidós Seccional Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Ciénaga (Magdalena) para la época de los hechos objeto de la actuación, la Corte es competente para conocer, en segunda instancia, del fallo emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, de conformidad con lo establecido en el artículo 32-3 de la Ley 906 de 2004.

Se advierte que se acusa al sindicado de incurrir en irregularidades dentro del sumario identificado con número 61336, al abstenerse de imponer medida de aseguramiento, decretar el cierre de investigación, pese a encontrarse imperfecta y, posteriormente, precluir las diligencias en esas condiciones. A su turno, se imputa un actuar omisivo, porque desde la denuncia hasta la clausura, inobservó sus deberes, dejando de ordenar y practicar prueba relevante en la determinación de la materialidad de la conducta y el esclarecimiento de los hechos.

Dentro de este contexto el representante de la fiscalía, a través del memorial, conduce su pretensión de obtener la revocatoria del pronunciamiento, bajo el argumento de un ostensible desconocimiento de la ley.

Cuestión previa

El impugnante expresa su descontento con el Tribunal, porque le negó la incorporación del expediente, objeto de examen, a través de la fiscal ALMA ROSA MACHADO ÁVILA, quien fue la primer deponente en juicio oral, exponiendo, en su apoyo que, por ser documentos públicos, su ingreso no requiere testigo de acreditación.

Sin embargo, el estudio del reproche carece de objeto, porque del registro de lo ocurrido, se advierte que los mismos se introdujeron, finalmente, como se decretó en audiencia preparatoria, a través del técnico adscrito al CTI (*testigo de acreditación*) que los recopiló.

El delito de prevaricato

En el escrito de acusación se atribuye al procesado la conducta punible definida en el precepto 413 de la Ley 599 de 2000, modificado por la 890 de 2004, que prescribe:

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

En lo que respecta a la estructuración del tipo del delito de prevaricato por acción, reiteradamente³, se han precisado los siguientes presupuestos:

*De acuerdo con esta descripción constituyen supuestos para la estructuración del **tipo objetivo** la concurrencia de un **sujeto activo calificado**, es decir, tener la calidad servidor público; como **sujeto pasivo** el Estado y la Sociedad; el **bien jurídico** que este delito viola o pone en peligro es la administración pública en su específica versión de exigir el respeto de la autoridad a la ley y el Derecho; **la conducta** consiste en conceptuar, proferir el dictamen o la resolución ilegal; y, como **elemento normativo**, además de los anteriores, la expresión “manifiestamente contrario a la Ley”.*

*Cuando se imputa el delito de prevaricato a un servidor judicial porque se cuestiona la interpretación que da a una norma, la jurisprudencia de la Sala ha reiterado, que dicha conducta prohibida se realiza, desde su **aspecto objetivo**, cuando se presenta un ostensible distanciamiento entre la decisión adoptada por el servidor público y las normas de derecho llamadas a gobernar la solución del asunto sometido a su conocimiento.*

³ CSJ SP, 25 may. 2005, Rad. 22855, CSJ SP, 23 feb. 2006, Rad. 23901, CSJ SP, 13 jul. 2006, Rad. 25627, CSJ SP, 17 jun. 2009, Rad. 30748, CSJ, 19 mar. 2014, rad. 41357, entre otros.

*También ha señalado la Sala que al incluir el legislador en la referida descripción un elemento normativo que califica la conducta, el juicio de tipicidad correspondiente no se limita a la simple y llana constatación objetiva entre lo que la ley manda o prohíbe y lo que con base en ella se decidió, sino que involucra una labor más compleja, en tanto **supone efectuar un juicio de valor a partir del cual ha de establecerse si la ilegalidad denunciada resiste el calificativo de ostensible** por lo cual, como es apenas natural, quedan excluidas de esta tipicidad aquellas decisiones que puedan ofrecerse discutibles en sus fundamentos pero en todo caso razonadas, como también las que por versar sobre preceptos legales complejos, oscuros o ambiguos, admiten diversas posibilidades interpretativas por manera que no se revelan como manifiestamente contrarias a la ley.*

El delito de prevaricato sólo admite la modalidad dolosa en los términos del artículo 22 de la Ley 599 de 2000 y se presenta cuando el servidor público profiere de manera voluntaria una resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrarios a la ley, y además, es consciente de que con su comportamiento vulnera el bien jurídico de la administración pública.

*Tiene dicho la Sala que a la hora de hacer el examen del **aspecto subjetivo** de la conducta prevaricadora se ha de observar que su concurrencia puede inferirse a partir de la mayor o menor dificultad interpretativa de la ley inaplicada o tergiversada, así como de la mayor o menor divergencia de criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre su sentido o alcance, elementos de juicio que no obstante su importancia, no son los únicos que han de auscultarse, imponiéndose avanzar en cada caso hacia la reconstrucción del derecho verdaderamente conocido y aplicado por el servidor judicial en su desempeño como tal, así como en el contexto en que la decisión se produce, mediante una evaluación ex ante de su conducta.*

Otro aspecto que se debe tener en cuenta es el referido a las simples diferencias de criterios respecto de un determinado punto de derecho, especialmente frente a materias que por su enorme complejidad o por su misma ambigüedad admiten diversas interpretaciones u opiniones, situaciones en las que no se puede considerar la decisión judicial como propia del prevaricato, pues no puede ignorarse que en el universo jurídico suelen ser comunes las discrepancias aún en temas que aparentemente no ofrecerían dificultad alguna en su resolución.

Se imputa, también, el mismo comportamiento, en su modalidad omisiva, reglado en la disposición 414 *ibídem*, que consagra:

El servidor público que omita, retarde, rehuse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75)

salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses.

En cuanto a la configuración de esa conducta, reiteradamente, se ha precisado:

El tipo de injusto del prevaricato por omisión en su fase subjetiva es esencialmente doloso y reclama en su descripción que el servidor público omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, lo cual implica que el autor tenga la representación efectiva y actual de la contrariedad de su actuación con la ley.

Se estructura por el incumplimiento de un deber legal propio del funcionario, mediante cualquiera de las conductas alternativas previstas en su descripción típica, lo cual constituye el aspecto objetivo de la infracción; sin embargo, es indispensable que la omisión, retardo, rehusamiento o denegación sea voluntaria, es decir, que tenga conocimiento de que con su “no hacer” falta a sus deberes oficiales (por mandato del artículo 122 de la Carta Política, no habrá cargo público que no tenga funciones detalladas en la ley o en el reglamento).

La omisión es dejar de realizar el acto funcional dentro del término señalado en la ley o dentro del cual es fértil para producir efectos jurídicos normales. Por su parte, el retardo es la realización del acto por fuera del plazo legalmente determinado, es decir, dentro del cual resultaba útil. En tanto que el rehusamiento reside en la negativa a realizar el acto ante una solicitud válidamente presentada.

En consecuencia, se trata de una actuación dolosa que demanda el conocimiento del carácter del acto omitido como propio de las funciones constitucionales, legales o reglamentarias discernidas en el agente. Es una omisión ilegal acompañada de la voluntad libre de realizar cualquiera de las hipótesis alternativas que conjuga el artículo 414 de la Ley 599 de 2000. (CSJ SP, 21 may. 2014, Rad. 42275).

En este contexto, corresponde a la Sala determinar, de cara a las probanzas del plenario y a las exigencias típicas de las conductas que vienen endilgadas, si se acredita o no su existencia, dentro del marco de censura propuesto por el recurrente.

Previamente, se debe señalar que la competencia para decidir las apelaciones se extenderá a los asuntos objeto de impugnación y a aquellos que resulten inescindiblemente vinculados a éstos.

Metodológicamente se evaluará en su orden, la conducta por acción y luego la de omisión.

Por acción

Se pone de presente que se tacha de prevaricadoras las resoluciones emitidas dentro de la investigación número 61336, seguida contra MIGUEL ALFONSO GUAL MOLINA, a saber: (i) la emitida el 14 de noviembre de 2008 que definió situación jurídica, (ii) la del 12 de diciembre de igual año, que decretó su cierre y (iii) la del 12 de marzo de 2009 con la que se dictó la preclusión de la actuación.

En el evento examinado, reposa en el expediente denuncia del 5 de junio de 2007, instaurada por ZUNEISY ORQUÍDEA ORTIZ ESCORCIA, en la que pusieron en conocimiento los hechos en los cuales, el 13 de mayo anterior, ella y su compañero permanente fueron víctimas de un atentado a mano armada, en el cual resultó herida en la región vulvar y la pierna izquierda y su pareja en las extremidades posteriores y abdomen. Refiere la ofendida que, en el momento del ataque, su agresor les manifestó *“ahí les mandaron está razón⁴”* y que de lo sucedido acusaba a su ex –esposo y padre de sus dos hijos, por ser la única persona de quien había recibido amenazas, empero, no reconoció al autor material del acto.

Con base en lo expuesto, el 14 de junio posterior, el ahora procesado dispuso la apertura de indagación preliminar junto con la ampliación de denuncia de ZUNEISY ORTIZ, la declaración de PEDRO LUIS ROBLES CHARRIS, y la de las personas que pudieran tener conocimiento de lo ocurrido, la versión libre de MIGUEL ALFONSO GUAL MOLINA y la comisión al Cuerpo Técnico de Investigación para la elucidación de lo acaecido. Aparece, asimismo, registro de la remisión de ROBLES CHARRIS ante el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

El CTI, a través del funcionario NÉSTOR GILLERMO KING ARTURO, entregó el informe de campo FPJ-11 931 el 27 de julio siguiente, que tenía por objeto esclarecer las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos, sin mayores resultados, tan solo con la entrevista y la reseña del indagado.

A continuación, el 30 de octubre de 2008, se dispuso la apertura de la instrucción, con la vinculación de MIGUEL ALFONSO GUAL MOLINA, la captura y los testimonios jurados de ZUNEISY ORQUÍDEA ORTIZ ESCORCIA y PEDRO LUIS ROBLES CHARRIS.

La indagatoria se llevó a cabo el 10 de noviembre próximo, la declaración de ZUNEISY ORTIZ el 11 del mismo mes y anualidad, pero PEDRO LUIS ROBLES CHARRIS no acudió a testificar ni a la valoración médico legista.

Dentro de ese contexto adjetivo, el impugnante resalta en su apoyo, el testimonio de la fiscal, que con ocasión de las actividades de

⁴ Declaración jurada de ZUNEISY ORQUÍDEA ORTIZ ESCORCIA del 11 de noviembre de 2008.

descongestión, conoció del trámite bajo examen y elevó ante la dirección seccional respectiva, las observaciones, que ahora son retomadas en el libelo.

Sustenta su queja en razón a que el procesado fue advertido de las incongruencias que precisaban la conveniencia de un mayor acopio de elementos de convicción, con el objeto de pulir la actuación, y en concreto, cuestiona, puntualmente, la no recepción de los testimonios de una de las víctimas, PEDRO LUIS ROBLES CHARRIS, y de la madre de la otra, VIRGINIA ESCORCIA, quienes, en su criterio, hubieran aportado información relevante para el perfeccionamiento de la investigación.

Pero pierde de vista el actor, que el imputado sí desplegó acciones tendientes al esclarecimiento de los hechos, como lo fue la misión de trabajo del CTI surtida el 27 de julio de 2007, así como la remisión del ofendido ROBLES CHARRIS a medicina legal y la orden de su declaración, no obstante, este nunca se hizo presente en el proceso ni en la evaluación médica.

Además de la falencia argumentativa en torno a *«la oposición con la norma»*, lo que a la par, derruye la tesis de ilegalidad de las resoluciones, advierte la Sala, que en el presente caso los reparos se erigen en meras discrepancias acerca de la suficiencia del soporte fáctico; en otros términos, no se trata, en estricto sentido, de una disparidad en la comprensión de los textos legales, sino que la censura se sustrae a los elementos de juicio recaudados por el procesado para tomar las determinaciones.

Reproche que se cimenta sobre la base de suposiciones, como quiera que no existe certeza de que las declaraciones echadas de menos, aseguraban la dilucidación de la responsabilidad, la autoría o su determinación, pues se reitera, la postulación es solo una discrepancia interpretativa entre diferentes opciones plausibles, en torno a la eventual compilación de elementos de convicción.

Al efecto, es también necesario indicar, respecto a la apreciación de las pruebas, que no es suficiente, para la configuración del delito, invocar, simplemente, la posibilidad de otra lectura de los elementos de convicción, en cuanto es menester que resulten, de forma contundente, trasgredidas las reglas de la sana crítica, de manera que denote capricho y arbitrariedad. Circunstancias que no se acreditan en el *sub júdice*. (CSJ SP, 15 oct. 2014, Rad. 43413).

Debe también señalarse, con relación a las indicaciones formuladas por ALMA ROSA MACHADO ÁVILA, fiscal de descongestión que puso de manifiesto las presuntas conductas tachadas de prevaricadoras,

consistentes en que la actuación no se hallaba acabada y que, en observancia al principio de investigación integral, era necesario escuchar los testimonios de PEDRO LUIS ROBLES CHARRIS y VIRGINIA ESCORCIA, que su concepto, no deja de ser una apreciación, factible, aunque, sin sustento normativo que impusiera su acatamiento.

Con lo expresado hasta aquí, es fundamental establecer si las resoluciones reseñadas, proferidas por **EDUARDO ALFONSO AVENDAÑO CALDERÓN**, son o no, manifiestamente contrarias a la ley, contrastando, para ese propósito, las determinaciones frente a las disposiciones pertinentes de la Ley 600 de 2000.

En consecuencia, conviene subrayar, que el artículo 354, establece la figura de la definición de la situación jurídica, como medida ineludible en aquellos eventos en que proceda la detención preventiva, presupuesto propio de la causa evaluada, como quiera que el ilícito investigado era el de *«tentativa de homicidio»*.

Para el 14 de noviembre de 2008, fecha en la que se emitió la decisión de que trata la disposición en cita, **AVENDAÑO CALDERÓN** había logrado acopiar (i) la denuncia presentada por ZUNEISY ORQUÍDEA ORTIZ ESCORCIA el 5 de junio de 2007, (ii) su informe médico legal, del 16 de junio del mismo año, (iii) la misión de trabajo del CTI con número FPJ-11 931 del 27 de julio, (iv) la indagatoria del procesado GUAL MOLINA, del 10 de noviembre de 2008 y (vi) la declaración jurada de ORTIZ ESCORCIA, evacuada el día siguiente. Se precisa, que no logró practicar el testimonio de PEDRO LUIS ROBLES CHARRIS ni su valoración médica, por las circunstancias ya anotadas, y el de VIRGINIA ESCORCIA, nunca fue solicitado formalmente en el transcurso del sumario.

Ahora, respecto de la procedencia de la medida restrictiva de la libertad, de acuerdo con el precepto 355, la misma está concebida para garantizar la comparecencia del sindicado, la ejecución de la pena o impedir su fuga o la continuación de la actividad delictual o de las labores para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios, o entorpecer su acopio.

Puntualmente, la disposición 356 *ejusdem* señala los requisitos para su imposición, consistentes en por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso. Éstos signos de inferencia, de acuerdo a la disposición 233 del Código de Procedimiento Penal de 2000, radican en una operación mental, a través de la cual de un hecho probado se infiere la existencia de otro, con la guía de los parámetros de la sana crítica, vale decir, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los aportes científicos. (CSJ, SP. 24 ene. 2007 rad. 26618).

Como se observa, la única circunstancia que permitía deducir la responsabilidad de GUAL MOLINA, era el testimonio de ZUNEISY ORTIZ acerca de algunas amenazas previas y las declaraciones, ignoradas, de PEDRO LUIS ROBLES CHARRYS y VIRGINIA ESCORCIA; no obstante, estas probanzas estaban dirigidas a ratificar la senda factual de lo manifestado por ZUNEISY ORTIZ en su denuncia, por tanto, no aportarían perspectivas diferentes para la estructuración de un nuevo indicio, con el agregado, de que dentro de esa proposición, GUAL MOLINA, no era señalado como el autor directo del tipo indagado ni se deducía patente la tesis de la determinación.

En cuanto a la resolución de cierre, es pertinente resaltar que el artículo 393, consagra su procedencia cuando se haya recaudado la prueba necesaria para calificar o estuviera vencido el término de la instrucción y, que por consiguiente, el expediente queda al despacho para su calificación. Con esto, es claro que este pronunciamiento implica un margen de valoración discrecional que la norma concede al operador jurídico, quien a su juicio, debe apreciar si el sumario cuenta con los elementos de demostrativos necesarios para tomar la decisión aludida.

En el caso en concreto, el acto de clausura de la investigación se emitió el 12 de diciembre de 2008, al estimar el procesado, que las diligencias, en lo posible, se encontraban perfeccionadas, esto, precisamente, como consecuencia de la inferencia a la que arribó de la evaluación de los elementos materiales de prueba antes descritos, que lo llevaron al convencimiento de que la actuación había alcanzado el grado exigido para juzgar la conducta adjudicada a MIGUEL ALFONSO GUAL MOLINA.

No se observa que lo anterior constituya una trasgresión de los elementos estructurales de la conducta de prevaricato, porque se efectuó la actividad de recaudo probatorio y la decisión se cumplió dentro del marco adjetivo de la Ley 600 de 2000.

Además, en tratándose de medios de conocimiento, la libertad demostrativa es la regla general, limitada, únicamente, por la sana crítica y los debates de la pertinencia y la conducencia, con lo cual, es plausible que el operador judicial logre el convencimiento de los hechos, sin que sea necesario, para ello, agotar el universo de posibilidades probatorias que, eventual o hipotéticamente, pueden plantearse frente a un determinado asunto.

De igual modo, en cuanto al reparo a la resolución de preclusión, se precisa, a la luz del precepto 395, que las formas de calificación del sumario, son, precisamente, la adoptada por **AVENDAÑO CALDERÓN** o con acusación. Como la vía exigida por el recurrente era la inculpatoria, los

requisitos para el efecto, consagrados en el artículo 397, consisten en que *«esté demostrada la ocurrencia del hecho y exista confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que señale la responsabilidad del sindicado»*.

Por el contrario, la senda de la conclusión del trámite, de acuerdo al canon 399, dispone su procedencia, con base en las mismas circunstancias previstas para dictar cesación de procedimiento, figura reglada en el canon 39 y que señala que, en cualquier momento de la investigación, *cuando aparezca demostrado que la conducta no ha existido, o que el sindicado no la ha cometido, o que es atípica, o que está demostrada una causal excluyente de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse*, podrá declararse precluida mediante providencia interlocutoria.

El pronunciamiento en ese sentido, fue adoptado en el proceso bajo examen el 12 de marzo de 2009, del que se puede extraer, que el acusado inició con una narración de los hechos, refirió como pruebas la denuncia, el informe médico legal, el resumen de la historia clínica, la indagatoria de MIGUEL ALFONSO GUAL MOLINA y la declaración de ZUNEISY ORQUÍDEA ORTIZ ESCORCIA y procedió al escrutinio del material demostrativo, las normas sustantivas y procedimentales, y el grado de conocimiento obtenido.

Aspectos con los cuales no se puede tildar de prevaricadora la resolución, en atención a que se ajustó a la realidad adjetiva, bajo la hipótesis de la inexistencia de serios motivos acerca de la responsabilidad penal del GUAL MOLINA, que lo llevaron a determinar que no se satisfacían los presupuestos para acusar. Inferencia, debidamente motivada con indicación expresa de las pruebas y las normas que respaldaron la decisión con fundamentos razonables.

De otra parte, la queja por la no incorporación en el expediente del oficio en el que se elevaban las observaciones, ni su mención en la resolución de preclusión, son simples inferencias subjetivas, sin sustento legal, basadas en meras alternativas, carentes de fuerza vinculante.

Ahora, como se indicó, el ilícito de prevaricato por acción demanda la emisión de una determinación ostensiblemente contraria a la ley, esto es, que sin mayor dificultad se advierta su distanciamiento con la normativa. Condición que no reúnen las resoluciones referidas, porque no se observa que las reglas que regulan los institutos de definición de situación jurídica del artículo 354, cierre de la investigación en el 393, y preclusión 39 y 399, de la Ley 600 de 2000, fueran quebrantadas.

El recurrente se limita a enunciar algunas normas del Estatuto Procedimental, sin demostrar la trasgresión y su incidencia en el comportamiento del canon 413 del Código Penal, mediante una postulación indeterminada, vaga y abstracta, con lo cual, no resulta válido su razonamiento frente al elemento normativo que califica la conducta.

Además, la Sala ha precisado que, todas aquellas decisiones que se tilden de desacertadas, no pueden ser calificadas de prevaricadoras, cuando quiera que estén apoyadas en un examen del material probatorio y en el análisis jurídico de las normas aplicables, como en efecto ocurrió en las resoluciones examinadas. (CSJ SP, 25 ene. 2017, rad. 47586).

Observa la Corte, como se refirió en anteriores líneas, que las resoluciones reseñaron de forma expresa las pruebas recopiladas hasta ese momento y las normas adjetivas que las facultaban, lo cual, aunque no sea compartido por el recurrente, desvirtúa los presupuestos para la configuración del delito de prevaricato por acción; de ahí que, el proceder de **AVENDAÑO CALDERÓN** no comportó oposición a un mandato jurídico en forma clara y abierta, del que objetivamente, se pudiera calificar como el resultado del capricho o la arbitrariedad, por contrariar, en algún grado, el orden legal.

En conclusión, el reproche del apelante tan solo se soporta en una opinión o criterio diferente frente a la dirección de la instrucción, discrepancia de común ocurrencia en este tipo de asuntos y, por tanto, sin trascendencia penal.

Dígase, finalmente que, se percibe del recurso, que la línea argumentativa se vierte, casi en su integridad, en un presunto *comportamiento negligente* y, relega, en forma ostensible, la fundamentación del cargo *por acción*, asumiendo el ente acusador una postura inconexa y alejada del pliego de cargos.

Por omisión

En lo pertinente a la conducta omisiva, entendida, según se percibe, por no recopilar las evidencias necesarias para el perfeccionamiento de la instrucción, en primer lugar, se destaca que para su estructuración, el tipo objetivo contempla, además de un (i) sujeto activo calificado ("*servidor público*"), una (ii) pluralidad de acciones o de verbos rectores que pueden alternarse ("*omita, retarde, rehúse o deniegue*") y un (iii) elemento normativo ("*acto propio de las funciones*") como complemento directo de la conducta ejecutada. (CSJ SP, 16 dic. 2015, rad. 44178).

Es decir, se trata de una infracción al deber, pues la disposición le prohíbe al servidor público omitir, retardar, rehusar o denegar alguna función relativa al cargo que desempeña.

Las mismas condiciones expuestas en el apartado anterior, perfectamente permiten sostener que del comportamiento desplegado por **AVENDAÑO CALDERÓN**, no emerge tampoco ninguna de las conjugaciones turnadas en el artículo 414 de la Ley 599 de 2000, ni trasgresión de normas o deber funcional, que cope los matices, abierto y en blanco, propios de este tipo.

Como se ha detallado, la instrucción compiló elementos de convicción con los que, razonadamente, se podía respaldar la hipótesis de ausencia de responsabilidad en los hechos, a saber: la denuncia presentada, el informe médico legal, la misión de trabajo del CTI, la indagatoria del procesado GUAL MOLINA y la declaración jurada de ORTIZ ESCORCIA, medios que coincidían en la manifestación de amenaza en contra de la víctima y su compañero permanente, sin más sustento para enhebrar el rumbo de la autoría o la determinación

Ahora, que de su valor suasorio o del método de direccionamiento de la indagación, puedan derivarse discrepancias de criterio, esas probables hipótesis no se erigen como razones suficientes para que se configure la conducta de prevaricadora, más allá de toda duda razonable.

Por ende, el juicio de tipicidad en esta modalidad, de igual forma, no está llamado a prosperar, en atención, además, a que no se demostró que alguna disposición funcional fuera soslayada deliberada e injustificadamente, más aún, cuando lo que se pretende, radica en anteponer un particular criterio respecto del recaudo de pruebas y la orientación de la indagación.

Para terminar, en armonía con el aserto del Tribunal, al no concurrir los requisitos para la estructuración de las conductas, mucho menos puede deducirse manifestación dolosa de alguno de los comportamientos imputados, como presupuesto subjetivo indispensable en la ejecución de las conductas.

Conclusión.

En consecuencia, queda demostrado que **EDUARDO ALFONSO AVENDAÑO CALDERÓN**, en su calidad de Fiscal Veintidós Seccional de Ciénaga (Magdalena), no incurrió en las conductas punibles acusadas. Así las cosas, la sentencia absolutoria será objeto de confirmación, en

tanto, no se verifican en este asunto las exigencias que, para dictar condena, demanda el estatuto de Procedimiento Penal de 2004.

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

RESUELVE

Primero. Confirmar el fallo impugnado.

Segundo. Contra esta providencia, no procede recurso alguno.

Notifiquese y cúmplase.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria